

**REPONSE DE COLT
A LA CONSULTATION DE L'ARCEP
SUR LES SERVICES A VALEUR AJOUTEE
DU 23 NOVEMBRE 2006**

1	SYNTHÈSE.....	5
2	APPRECIATION SYNTHETIQUE SUR LA LEGALITE DU DISPOSITIF PROPOSE.....	5
2.1	Introduction à l'analyse de la légalité du dispositif proposé.	5
2.1.1	Résumé du dispositif proposé par l'ARCEP au terme de sa consultation.....	5
2.1.2	Résumé des remarques de COLT à l'égard de la consultation de l'ARCEP du 23 novembre 2006.....	7
2.2	La suppression d'une obligation d'orientation vers les coûts requiert une analyse de marché.....	9
2.2.1	La Directive Cadre et la Directive Accès exigent une analyse de marché avant toute suppression d'une obligation SMP.	9
2.2.2	Les Lignes Directrices de la Commission placent l'analyse de marché en tout début du processus de régulation.	9
2.2.3	Le Code des Postes et Communications Electroniques français exige une analyse de marché avant toute suppression d'une obligation réglementaire	10
2.2.4	En conclusion, l'ARCEP ne peut légalement supprimer l'obligation d'orientation vers les coûts de France Télécom s'agissant de sa prestation FCT sans analyse de marché.....	10
2.3	Le cadre réglementaire des mesures symétriques n'est pas adapté aux mesures proposées	11
2.3.1	Au niveau de l'Union Européenne, la régulation symétrique est une mesure exceptionnelle, qui doit être appliquée strictement.	11
2.3.2	Le devoir d'interpréter strictement les compétences des ARNs dans le cadre de la régulation symétrique.....	13
2.3.3	L'embarras de la Commission, des ARNs et des opérateurs quant à la portée et au futur de l'article 5.1 de la Directive Accès témoigne des difficultés à interpréter la portée de l'article 5.1 et renforce le devoir d'interprétation stricte de l'ARCEP.....	16
2.3.4	En droit français également, la régulation symétrique est une mesure exceptionnelle, qui doit être appliquée strictement.....	20
2.3.5	L'affirmation du caractère exceptionnel de la régulation symétrique dans les articles L 34-8 III et D 99-11 Code des Postes et Communications Electroniques.....	20
2.4	Le devoir d'interpréter strictement les compétences de l'ARCEP dans le cadre de l'article L 34-8 III CPCE	22

2.4.1	En l'espèce, la régulation symétrique projetée par l'ARCEP ne remplit pas les conditions de la régulation symétrique européenne et française.....	22
2.4.2	Hormis les dispositions qui concernent France Télécom, le projet de consultation aurait peu de conséquences en termes d'obligations sur le marché	24
2.5	Conclusion sur la légalité du dispositif proposé	25
3	REPONSE QUESTION PAR QUESTION A LA CONSULTATION.....	26
3.1	Q1 : Les parties intéressées sont invitées à adresser leurs remarques sur cette première partie descriptive ?.....	26
3.2	Q.2 : Quelles sont les remarques du secteur quant aux définitions proposées ?.....	27
3.3	Q.3 : Quelles sont les remarques du secteur quant aux objectifs visés, et à l'obligation [d'acheminement imposée aux opérateurs départ] que l'Autorité propose ici d'adopter ?.....	28
3.4	Q.3 bis : Quels sont les impacts et conséquences des mesures ainsi proposées sur le fonctionnement actuel du secteur, pour les opérateurs départ et les exploitants de numéros SVA ?	28
3.5	Q.4 : Quelles sont les remarques du secteur quant aux objectifs visés par l'Autorité dans cette partie et quant à l'obligation [de facturation imposée aux opérateurs facturiers] proposée ici ?.....	28
3.6	Q.4 bis : Quels sont les impacts et conséquences des mesures ainsi proposées sur le fonctionnement actuel du secteur, pour les opérateurs départ et les opérateurs exploitant de numéros SVA ?	29
3.7	Q.5 : Quelles sont les remarques du secteur quant aux objectifs visés par l'Autorité et à l'obligation [d'acheminement imposée aux exploitants de numéros SVA] qu'elle propose ici d'adopter pour les atteindre ?.....	29
3.8	Q.5 bis : Quelles sont en particulier les remarques du secteur quant à l'interprétation qu'il convient de donner au concept de non discrimination appliqué aux numéros SVA du plan national de numérotation, et en particulier à l'interdiction des clauses d'exclusivité sur ces numéros ?	29
3.9	Q.5 ter : Quels sont les impacts et conséquences des mesures ainsi proposées sur le fonctionnement actuel du secteur, pour les opérateurs exploitant les numéros SVA et les opérateurs départ ?.....	30
3.10	Q. 6 : Quelles sont les remarques du secteur quant à cette articulation avec la procédure d'analyse des marchés ?	30
3.11	Q. 6 bis : En particulier, quelles sont les conséquences pour France Télécom et les autres acteurs de la suppression proposée de l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts pour la prestation de facturation pour compte de tiers ?	31
3.12	Q. 7 : Estimez-vous que d'autres mesures, qui relèveraient de la compétence de l'ARCEP, sont nécessaires et seraient ainsi de nature à assurer le bon développement du secteur des SVA ?	31
3.13	Q. 8 : Pensez-vous qu'une instance comme le CST-CTA répondrait, moyennant l'adaptation des règles en vigueur aujourd'hui, aux attentes du secteur en termes de contrôle déontologique et de protection du consommateur ?	31

3.14	Q. 8 bis : Quelles autres mesures sont selon vous nécessaires pour améliorer le contrôle déontologique des contenus ?.....	32
3.15	Q. 8 ter : Estimez-vous nécessaire de réfléchir à une action particulière en matière d'information des tarifs pour les consommateurs ? Si oui, comment proposez-vous de participer à cette réflexion ? Quels seraient les moyens pertinents à mettre en place ?.....	32
3.16	Q. 9 : Existe-t-il des obstacles techniques ou juridiques à la mise en place de mécanismes permettant aux opérateurs de proposer des options de filtrage de certains services à leurs clients ? Si oui, comment les lever ?	32
3.17	Q. 9 bis : Si des obstacles existent, y a-t-il des actions du ressort de l'ARCEP indispensables pour rendre possible la mise en place de systèmes de filtrage ?	32
3.18	Q. 10 : Pensez-vous qu'il est utile et nécessaire de revoir et d'harmoniser les paliers tarifaires associés aux services à valeur ajoutée ?	32
3.19	Q. 10 bis : Quelles seraient les conséquences d'une telle harmonisation pour le consommateur ? Pour les opérateurs départ ? Pour les éditeurs de contenu ?	33
3.20	Q. 10 ter : En tant qu'opérateur départ, êtes vous prêts à travailler avec les autres opérateurs en vue d'une telle harmonisation ?	33
3.21	Q. 11 : Que pensent les acteurs d'une extension du schéma en « C+S » au monde fixe en termes de lisibilité pour le consommateur ? Quels sont les avantages et inconvénients d'un tel schéma pour le consommateur ?	33
3.22	Q. 11 bis : Quels sont les avantages d'un tel schéma pour les opérateurs en considérant qu'il n'a pas d'impact sur l'architecture actuelle d'interconnexion, en particulier pour les opérateurs départ fixes ? Pour les opérateurs collecteurs ? Pour les exploitants de numéros SVA et pour les éditeurs de contenu ?	34
3.23	Q. 11 ter : Quels sont les inconvénients d'un tel schéma pour les opérateurs en considérant qu'il n'a pas d'impact sur l'architecture actuelle d'interconnexion, en particulier pour les opérateurs départ fixes ? Pour les opérateurs collecteurs ? Pour les exploitants de numéros SVA et pour les éditeurs de contenus ?	34
3.24	Q. 12 : Que pensent les acteurs de l'idée d'un travail de collaboration de l'ensemble du secteur sur ces sujets ? Sont-ils favorables à la mise en place d'un groupe de travail ad hoc, ou plus généralement d'un syndicat interprofessionnel ? Quels seraient les éventuels obstacles à leur création ?	34
3.25	Q. 13 : Etes-vous demandeur de l'existence d'une offre de libre appel entièrement gratuite pour l'appelant, y compris au départ des réseaux mobiles ? Comment évalueriez-vous l'impact de cette offre sur les opérateurs départ ? Sur les fournisseurs de services et/ou éditeurs de contenu ?	34
3.26	Q. 14 : Quelles autres mesures pourraient ou devraient être mises en place pour favoriser la protection du consommateur et en particulier la lisibilité tarifaire ?	35

3.27	Q. 15 : La réalisation par l'opérateur historique d'une base de numéros portés qui inclurait les numéros SVA permettrait-elle de faciliter les flux financiers en cas de portabilité des numéros SVA ?	35
3.28	Q. 15 bis : Estimez-vous nécessaire que l'opérateur receveur d'un numéro SVA soit soumis à l'obligation d'informer les opérateurs départ dès le portage du numéro SVA ?	35
4	CONCLUSION GÉNÉRALE	35

1 Synthèse

COLT remercie l'Autorité de lui avoir donné l'occasion de s'exprimer à l'occasion de la consultation sur les services à valeur ajoutée. La réponse de COLT est structurée en deux parties :

- ☐ Une appréciation synthétique de la légalité du dispositif proposé ; COLT, qui avait demandé à ce que l'Autorité procède à une véritable analyse des marchés de la chaîne de valeur des services à valeur ajoutée, afin de solidifier la base juridique des remèdes nécessaires au bon fonctionnement concurrentiel de ces marchés, s'inquiète du caractère fragile de la légalité du dispositif envisagé, qui repose sur une régularisation horizontale fondée sur la connectivité. De plus, le dispositif proposé risque de faire perdurer les dysfonctionnements que ce dispositif prétend combattre ;
- ☐ Une réponse à la consultation question par question, au cours de laquelle il sera montré que les véritables problèmes nécessiteront une analyse des marchés afin de développer une régulation adéquate.

Selon COLT, la question de l'éventuelle puissance de chaque opérateur de départ doit être examinée, à l'instar de l'examen mené actuellement par l'AGCOM en Italie. L'analyse de ce secteur du marché est particulièrement complexe, mais son examen rapide par l'Autorité est indispensable à toute intervention réglementaire. Ensuite, les remèdes éventuels appliqués aux opérateurs de départ doivent distinguer entre France Télécom, d'une part, et les autres opérateurs de départ puissants, d'autre part. En effet les remèdes plus contraignants, et notamment une obligation d'orientation vers les coûts, seraient justifiés à l'égard de France Télécom en raison de sa base très importante de clients héritée de son passé de monopole, alors qu'une régulation légère (se limitant peut-être à une obligation de non-discrimination) serait justifiée pour les autres OBL.

Enfin, si l'ARCEP imposait une régulation symétrique sur l'ensemble des OBL avant une analyse de marché en dépit des réserves de COLT sur ce sujet, il serait indispensable de limiter le niveau tarifaire des services utilisant les numéros 0899 et 3BPQ à des niveaux pratiqués actuellement.

2 Appréciation synthétique sur la légalité du dispositif proposé

2.1 Introduction à l'analyse de la légalité du dispositif proposé.

2.1.1 Résumé du dispositif proposé par l'ARCEP au terme de sa consultation.

L'ARCEP a lancé le 23 novembre 2006 une consultation sur les services à valeur ajoutée (SVA) dans le cadre de laquelle l'ARCEP exprime son projet de réguler les SVA au moyen d'une régulation symétrique applicable à tous les opérateurs de départ et exploitant de numéros. Parallèlement, l'ARCEP propose de lever une obligation d'orientation vers les

coûts imposée jusqu'à aujourd'hui à France Télécom au titre de la prestation de facturation pour compte de tiers.

Ainsi, de manière générale, l'ARCEP propose d'imposer :

- une obligation d'accessibilité qui pèserait sur tous les opérateurs de départ et opérateurs exploitant de numéros. Les opérateurs devraient faire droit aux demandes « raisonnables » d'accès « dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires ».
- une obligation de facturation (« FCT ») et de recouvrement pour le compte de tiers (« RCT ») à tous les opérateurs de départs d'appels. Les opérateurs devraient faire droit aux demandes « raisonnables » d'autres opérateurs de facturation des communications à distance des numéros « dans des conditions objectives et non discriminatoires ». Il est précisé que cette prestation inclut une prestation de recouvrement ou de reversement.

De plus, à l'égard de France Télécom, l'ARCEP estime justifié :

« d'amender l'obligation de facturation pour compte de tiers, et en particulier celle d'orientation vers les coûts, imposée dans la décision n°05-0571 du 27 septembre 2005 à la société France Télécom en raison de sa puissance sur les marchés de gros de la téléphonie fixe (...) Dans la mesure où l'Autorité considère qu'il est justifié de mettre en place une régulation symétrique concernant les numéros SVA, elle propose de (...) supprimer l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts imposés à France Télécom pour la seule prestation de facturation pour compte de tiers. France Télécom serait alors dans cette hypothèse soumise aux obligations de régulation symétrique, à savoir l'obligation de faire droit aux demandes raisonnables de facturation, y compris de recouvrement pour tous les numéros SVA » (page 28).

Lors d'une réunion qui s'est tenue le 18 décembre 2006 entre l'ARCEP et les membres de l'AFORST, l'ARCEP a par ailleurs confirmé deux points importants :

la suppression de l'obligation de France Télécom d'orienter vers les coûts sa prestation de FCT est accordée par l'ARCEP comme une contrepartie à l'obligation nouvelle faite à France Télécom, au titre de la régulation symétrique, de fournir une prestation de RCT ;

l'ARCEP entend réguler les SVA en deux temps : régulation symétrique d'abord, puis régulation asymétrique, le cas échéant. A ce titre, l'ARCEP a annoncé qu'une deuxième consultation aura lieu comme préalable à une régulation asymétrique éventuelle. Cependant, l'ARCEP n'a ni fixé de calendrier ni donné d'informations sur cette seconde consultation en vue d'une analyse de marché de type concurrentiel.

C'est dans ce contexte que COLT a souhaité adresser une réponse détaillée à la consultation de l'ARCEP du 23 novembre 2006.

2.1.2 Résumé des remarques de COLT à l'égard de la consultation de l'ARCEP du 23 novembre 2006.

COLT ne conteste pas que le secteur des SVA, tel qu'il existe actuellement, soulève des problèmes concurrentiels, et en particulier :

- ☐ l'absence de prestation de recouvrement pour compte de tiers par France Télécom (alors que France Télécom fournit cette prestation pour certains de ses propres services et clients, ce qui crée une distorsion de concurrence)¹ ;
- ☐ le général manque de lisibilité de la tarification, notamment pour les 3 BPQ et de la tarification différente entre fixe et mobile² ;
- ☐ la non lisibilité par les consommateurs du 3ème volet de facture France Télécom³ ;
- ☐ les difficultés de portabilité des numéros SVA⁴ ;
- ☐ l'existence de fonctionnalités France Télécom non répliquables par les opérateurs alternatifs telles que le reroutage arrière Audiotel⁵ ;
- ☐ le maintien d'éléments obsolètes tels que le mode de facturation en UT ou la différenciation entre services à coûts partagés et services à revenus partagés⁶.
- ☐ le besoin de contrôle déontologique sur le contenu acheminé⁷
- ☐ la majoration des services spéciaux par France Télécom non justifiée⁸.

¹ V. par ex. page 9 de la consultation : l'ARCEP acte de ce que « les opérateurs alternatifs identifient cette absence de recouvrement dans la prestation offerte par l'opérateur historique comme un des freins les plus importants au développement de ce marché ».

² V. par ex. pages 32 et s. de la consultation.

³ V. par ex. page 55 de la consultation.

⁴ V. par ex. page 55 de la consultation.

⁵ V. par ex. page 55 de la consultation.

⁶ V. par ex. page 55 de la consultation.

⁷ V. par ex. Page 29 de la consultation.

⁸ V. par ex. page 55 de la consultation. La décision ART n°98-1043 d'approbation du catalogue d'interconnexion 1999 de FT justifiait ainsi cette majoration :

« Majoration du tarif des services et fonctionnalités complémentaires et avancés

L'Autorité a retenu une majoration du tarif du trafic des services et fonctionnalités complémentaires et avancés (SFCA) depuis les postes d'abonnés, s'appliquant au tarif du trafic d'interconnexion indirecte.

Dans l'attente d'une analyse plus précise justifiant cette majoration, qui devra être réalisée pour le catalogue 2000, l'Autorité retient forfaitairement, parmi les coûts mis en avant par France Télécom, deux tiers des coûts de service après vente de France Télécom (dérangements des systèmes d'abonnés ; pilotage de la maintenance et des interventions ; qualité de fonctionnement et de service ; analyse qualité client ; accueil service après vente grand public et professionnels).

L'actuel projet de régulation de l'ARCEP ne résoudra pas l'ensemble de ces problèmes qui sont essentiellement liés à des situations de puissance sur le marché. En particulier, les problèmes concurrentiels ne seront pas résolus par les obligations d'accessibilité et d'acheminement que l'ARCEP propose d'imposer dans le cadre de l'article L 34-8 III du CPCE. Ces problèmes, selon COLT, appellent l'imposition de certains remèdes « SMP », dans le cadre de l'article L 34-8 I du CPCE, proportionnés à la réalisation des objectifs mentionnés à l'article L 32-1 du CPCE, et après analyse de marché.

L'accessibilité des services et la connectivité de bout en bout ne sont pas, comme l'ARCEP l'observe suite à son questionnaire quantitatif et qualitatif de janvier 2006, des problèmes rencontrés actuellement sur le marché, mais plutôt des problèmes hypothétiques futurs. Dans ces circonstances, COLT s'interroge sur l'utilisation proposée par l'ARCEP de l'article 5. 1 (a) de la Directive Accès et de l'article 34-8 III du CPCE, qui sont des outils conçus pour traiter des problèmes de connectivité.

L'ARCEP envisage, dans un deuxième temps, une éventuelle régulation asymétrique des SVA qui sera initiée par une deuxième consultation et une analyse de marché. Pour autant, en cas d'adoption des mesures proposées par l'ARCEP dans le cadre de sa première consultation, l'ARCEP anticiperait sur la future analyse de marché et les remèdes qui pourraient en découler et, en particulier, une suppression de l'obligation de France Télécom d'orienter vers les coûts sa prestation de FCT.

- Si l'Autorité envisageait de supprimer l'obligation d'orientation vers les coûts dans le cadre des mesures « symétriques », cette mesure pourrait être contestée au regard du

Ce montant a été rapporté au volume de trafic total au départ des abonnés de France Télécom. La majoration a ainsi été fixée, pour 1999, à 1 centime par minute avant modulation horaire. »

La décision ART n°99-1048 d'approbation du catalogue d'interconnexion 2000 de FT précisait:

« En ce qui concerne la majoration commerciale, l'Autorité constate que France Télécom encourt des coûts particuliers du fait du développement de nouveaux services, notamment de l'accès à Internet. Néanmoins :

- les coûts du réseau – en l'occurrence ceux du réseau téléphonique traditionnel – sont normalement couverts à travers les tarifs d'interconnexion ;*
- les coûts strictement commerciaux ne peuvent être retenus comme pertinents dans le cadre de l'interconnexion non seulement pour des motifs réglementaires mais aussi d'équité. Les coûts de promotion commerciale ou d'information du public, y compris les actions ayant un caractère générique, ne peuvent être répercutés aux autres acteurs du secteur, ceux-ci développant et finançant des actions de même nature ;*
- les coûts de service après vente, générés par exemple par les appels au 1013 en cas de difficultés d'établissement de communications, sont encourus aussi bien par France Télécom que par les autres opérateurs de réseau ou fournisseurs de services. De plus, si les coûts d'accueil téléphonique aux services après vente sont pertinents, ce n'est pas le cas des coûts d'intervention.*

Dans ces conditions, l'Autorité a estimé ne pouvoir retenir, à ce stade, qu'un coût moyen (avant l'application du gradient horaire) de :

- 0,1 centime par minute pour les services d'accès à Internet et pour les services accessibles par les numéros 3BPQ ;*
- 1 centime par minute pour les autres services spéciaux. »*

Tout ceci ne paraît pas avoir été très approfondi à l'époque et n'a jamais été rediscuté depuis. La situation actuelle résulte d'une analyse partielle des problématiques et des coûts de France Télécom. Il est donc justifié de rouvrir la discussion sur ces points.

droit communautaire et du droit national car une obligation « SMP » telle que l'orientation vers les coûts ne peut être levée sans analyse de marché préalable.

L'ARCEP ne peut faire l'économie d'une analyse de marché, afin d'identifier l'ensemble des problèmes concurrentiels, les éventuels opérateurs SMP et apporter des remèdes appropriés, y compris à l'égard du secteur mobile.

2.2 La suppression d'une obligation d'orientation vers les coûts requiert une analyse de marché.

Ce sont à la fois les textes européens et français et l'opinion du groupe des régulateurs européens qui exigent une analyse de marché préalablement à la suppression d'une obligation réglementaire comme l'orientation vers les coûts imposée à France Télécom.

En l'espèce, cette obligation d'orientation vers les coûts avait été imposée par l'ARCEP dans le cadre de la décision n°05-0571 portant sur la définition des marchés pertinents de la téléphonie fixe sur lesquels France Télécom avait été reconnu SMP. Elle est bien une obligation imposée au titre d'une régulation SMP, héritée de l'ancien cadre et reprise dans la décision n°05-0571.

2.2.1 La Directive Cadre et la Directive Accès exigent une analyse de marché avant toute suppression d'une obligation SMP.

L'article 16 de la Directive Cadre décrit la « procédure d'analyse de marché ». Son § 2 prévoit :

“Lorsque, conformément aux articles 16, 17, 18 ou 19 de la directive 2002/22/CE (directive «service universel») ou aux articles 7 ou 8 de la directive 2002/19/CE (directive «accès»), l'autorité réglementaire nationale est tenue de se prononcer sur l'imposition, le maintien, la modification, ou la suppression d'obligations à la charge des entreprises, elle détermine, sur la base de son analyse de marché visée au paragraphe 1 du présent article, si un marché pertinent est effectivement concurrentiel.”

2.2.2 Les Lignes Directrices de la Commission placent l'analyse de marché en tout début du processus de régulation.

Les considérants 113, 114 et 115 relatifs à l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression d'obligations prévoient :

« Si une ARN constate qu'un marché pertinent est soumis à une concurrence effective, elle n'est pas autorisée à imposer des obligations aux opérateurs présents sur ce marché en vertu de l'article 16. Si elle a précédemment imposée des obligations réglementaires à une ou des entreprises présentes sur ce marché, l'ARN doit les supprimer et ne peut les remplacer par de nouvelles. Conformément à l'article 16, paragraphe 3, de la directive «Cadre», lorsqu'une ARN propose de supprimer des

obligations réglementaires existantes, elle en avertit les parties concernées dans un délai approprié.

Si une ARN constate que la concurrence sur le marché pertinent n'est pas effective car une ou plusieurs entreprises détiennent une position dominante, elle doit, conformément à l'article 16, paragraphe 4, de la directive «Cadre», désigner les entreprises puissantes sur le marché et leur imposer des obligations réglementaires appropriées. À noter que le fait de désigner une entreprise comme étant puissante sur un marché donné sans lui imposer les obligations réglementaires correspondantes n'est pas conforme aux dispositions du nouveau cadre réglementaire, et notamment l'article 16, paragraphe 4, de la directive «Cadre». Autrement dit, l'ARN doit imposer au moins une obligation réglementaire à la charge d'une entreprise qu'elle a désignée comme puissante sur le marché. Lorsqu'une ARN constate l'existence d'une position dominante conjointe, elle doit également déterminer quelles obligations réglementaires sont le mieux adaptées à cette situation en se fondant sur le principe de proportionnalité.

Si une entreprise a déjà été soumise à des obligations au titre du cadre réglementaire de 1998, l'ARN doit examiner si le maintien d'obligations analogues reste justifié, compte tenu du nouveau cadre réglementaire, sur la base d'une nouvelle analyse du marché effectuée conformément aux présentes lignes directrices. S'il apparaît que l'entreprise concernée est puissante sur un marché pertinent selon les critères du nouveau cadre réglementaire, des obligations réglementaires semblables à celles imposées précédemment peuvent donc être maintenues. Si l'ARN le juge approprié, elle peut aussi modifier ces obligations ou en imposer de nouvelles prévues par le nouveau cadre ».

Il résulte de ces textes européens qu'avant de supprimer une obligation réglementaire, l'ARN doit effectuer une analyse de marché, ce qui n'a pas été fait en l'espèce.

2.2.3 Le Code des Postes et Communications Electroniques français exige une analyse de marché avant toute suppression d'une obligation réglementaire

L'article L 38-IV du Code des Postes et Télécommunications prévoit que :

«les obligations prévues au présent article sont établies, maintenues ou supprimées compte tenu de l'analyse du marché prévue à l'article L 37-1 ».

Ainsi, en l'absence d'une analyse de marché, la suppression d'un remède SMP est impossible.

2.2.4 En conclusion, l'ARCEP ne peut légalement supprimer l'obligation d'orientation vers les coûts de France Télécom s'agissant de sa prestation FCT sans analyse de marché

Il résulte des textes précités qu'une analyse de marché doit être le préalable de toute régulation éventuelle et, surtout, de toute modification d'obligations SMP existantes. Une analyse de marché est nécessaire avant de modifier de quelque manière que ce soit les obligations pesant sur France Télécom au titre de la décision n° 05.0571.

2.3 Le cadre réglementaire des mesures symétriques n'est pas adapté aux mesures proposées

2.3.1 Au niveau de l'Union Européenne, la régulation symétrique est une mesure exceptionnelle, qui doit être appliquée strictement.

2.3.1.1 Rappel de la logique de la régulation UE : la régulation ex ante doit se justifier par rapport aux problèmes constatés lors d'analyses de marchés

Le cadre réglementaire des communications électroniques accorde un rôle central à l'analyse de marché comme préalable à toute régulation. Les étapes de cette régulation ex ante sont connues : (i) délimitation et définition de marché pertinent, (ii) désignation d'un ou plusieurs opérateurs SMP et (iii) imposition de remèdes aux opérateurs SMP qui doivent être proportionnés et justifiés par rapport aux problèmes concurrentiels constatés lors de l'analyse de marchés.

Hors de ce contexte d'analyse de marchés, il ne saurait en principe y avoir de régulation économique, le jeu normal de la concurrence suffisant en général à produire une concurrence efficace⁹. Comme stipulé au Considérant n°27 de la Directive Cadre, *« il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective, c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème »*.

L'article 5 de la Directive Accès sert à agir contre le comportement indésirable d'un opérateur qui mettrait en péril la connectivité de bout en bout, et n'est pas conçu comme un instrument d'action symétrique à l'encontre de tous les opérateurs, bien que son application symétrique/collective soit en théorie possible.

L'article 5.1 (a) de la Directive Accès, qui prévoit la possibilité d'imposer des obligations à des opérateurs non-SMP, recouvre donc par essence une situation tout à fait exceptionnelle où la connectivité est mise en péril. En 2004, dans une Annexe au 10ème Rapport sur la régulation du secteur des communications électroniques, la Commission Européenne écrivait ainsi :

« Il doit être souligné que le pouvoir d'imposer des obligations relatives à l'accès et l'interconnexion hors SMP doit être utilisée avec grand soin, étant donné le risque toujours présent qu'une utilisation excessive ou injustifiée des pouvoirs prévues à l'article 5 fragilise un principe clé du nouveau cadre – celui que les remèdes imposés à des fins de concurrence s'appuient sur une analyse de marché. La Commission entend par conséquent suivre attentivement l'application faite par les NRAs de l'article 5 de la Directive [Accès], dans le cadre de la procédure de notification prévue à l'article 7 de la Directive Cadre »¹⁰.

⁹ V. par ex, P. Nihoul et P. Rodford, EU Electronic Communications Law, Oxford Press 2004, 3.72.

¹⁰ Commission staff working paper, European Electronic Communications Regulation and Markets 2004 (10th report), page 23.

En 2005, la même analyse est conservée dans une Annexe au 11ème Rapport :

“The framework provides (in Article 5 of the Access Directive) that NRAs should be empowered to take action where necessary to ensure and encourage adequate access, interconnection and interoperability of services, by imposing appropriate and proportionate obligations on undertakings even in the absence of operators with SMP. The European Commission already expressed the view in the 10th Report that that this power to impose access and interconnection related obligations on non-SMP operators has to be used with great care, as there is always a risk that excessive or unjustified use of the powers under Article 5 could undermine a key principle of the new framework – that competition related remedies should be based on the findings of a market analysis. However, over the last year NRAs’ recourse to this power to impose obligations on all operators has been limited. Nevertheless, some transposition and application cases relating to Article 5 have arisen. An infringement proceeding was launched against the Slovak Republic as its national legislation does not empower the NRA to impose remedies on undertakings without SMP, except where a dispute between undertakings has arisen. The Commission has also opened an infringement proceeding concerning lack of transposition of Article 5 of the Access Directive in Poland. Further scrutiny of the transposition measures in Latvia will be necessary to verify whether the NRA has the powers and duties required by Article 5 of the Access Directive. The Commission’s services are also examining the situation in Slovenia, where there is a legal obligation on all operators of public communications networks to negotiate access agreements, in addition to the obligation to negotiate interconnection”¹¹.

2.3.1.2 Affirmation du caractère exceptionnel de la régulation symétrique dans l’article 5.1 (a) de la Directive Accès

L’article 5.1 (a) qui accorde des prérogatives aux ARN pour assurer une connectivité de bout en bout est ainsi rédigé :

« pour réaliser les objectifs exposés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive «cadre»), les autorités réglementaires nationales encouragent et, le cas échéant, assurent, conformément aux dispositions de la présente directive, un accès et une interconnexion adéquats, ainsi que l'interopérabilité des services et elles s'acquittent de leur tâche de façon à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable et à procurer un avantage maximal à l'utilisateur final. En particulier, sans préjudice des mesures qui pourraient être prises à l'égard d'entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché conformément à l'article 8, les autorités réglementaires nationales doivent être en mesure d'imposer:

dans la mesure de ce qui est nécessaire pour assurer la connectivité de bout en bout, des obligations aux entreprises qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals, y compris, dans les cas le justifiant, l'obligation d'assurer l'interconnexion de leurs réseaux là où elle n'est pas encore réalisée;

¹¹ Commission staff working paper, European Electronic Communications Regulation and Markets 2005 (11th report), page 51..

Cet article 5.1 (a) est donc sans équivoque sur le fait que la régulation à des fins de connectivité qu'il autorise est tout à fait exceptionnelle, et doit être utilisée seulement en cas de nécessité lorsque l'interconnexion n'est pas effective.

2.3.1.3 Affirmation du caractère exceptionnel de la régulation symétrique dans l'article 4.3 des Lignes Directrices de la Commission Européenne

L'article 4.3 des Lignes Directrices de la Commission renvoie aux articles 5.1 et 5.2 de la Directive Accès, et dispose :

« exceptionnellement des obligations comparables peuvent être imposées à des opérateurs autres que ceux qui ont été désignés comme puissants sur le marché dans le cas suivants énumérés à l'article 8, § 3, de la Directive Accès :

obligations couvrant notamment l'accès aux systèmes à accès conditionnel, obligations d'assurer l'interconnexion pour garantir l'interopérabilité de bout en bout, et l'accès aux interfaces de programmes d'application et aux guides électroniques de programmes afin d'assurer l'accessibilité à des services spécifiés de radiodiffusion sonore et de télévision numérique (article 5, paragraphes 1 et 2, et article 6 de la directive «Accès») (...) »

Cet article 4.3 est donc sans équivoque sur le fait que l'imposition d'obligations à des opérateurs hors SMP est exceptionnelle et s'adresse à des situations où la connectivité fait défaut.

2.3.2 Le devoir d'interpréter strictement les compétences des ARNs dans le cadre de la régulation symétrique

2.3.2.1 Ce devoir d'interprétation stricte résulte d'abord de la qualité d'exception de la régulation symétrique à un principe d'analyse systématique de marché

Il est un principe général du droit que toute exception est d'interprétation stricte.

2.3.2.2 Ce devoir d'interprétation stricte résulte ensuite de la qualité d'autorité administrative de l'ARCEP

S'agissant de la compétence de l'ARCEP pour prendre des mesures réglementaires, un principe d'interprétation stricte s'impose d'autant plus que l'ARCEP ne peut agir que dans les limites des pouvoirs qui lui sont attribués par le cadre législatif et réglementaire applicable. A l'instar de toute autorité administrative, l'ARCEP est en effet soumise à "un contrôle de légalité qui pourra être mis en œuvre tant par le Gouvernement, qui est responsable devant le Parlement de l'activité des administrations de l'État, que par toute personne qui y aurait intérêt"¹². Le pouvoir d'une autorité administrative s'exerce « dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et règlements »¹³.

¹² CC 18 septembre 1986, à propos de la Commission nationale de la communication et des libertés.

¹³ Décision précitée.

Les juges sanctionnent les méconnaissances de la loi par une autorité administrative. Pour ce faire, ils n'hésitent pas à se référer aux « travaux parlementaires » et à la « finalité » des textes. Ils sanctionnent les autorités qui ne respecteraient pas cette finalité¹⁴.

2.3.2.3 Ce devoir d'interprétation stricte s'impose également au titre des ambiguïtés recelées par les textes qui fondent la régulation symétrique

2.3.2.3.1 L'ambiguïté sur le fait de savoir si les obligations imposées à des fins de connectivité de bout en bout peuvent porter sur l'accès

L'article 5.1 (a) de la Directive Accès qui prévoit la possibilité des ARNs, à des fins de connectivité, d'imposer aux opérateurs des obligations d'« interconnexion de leurs réseaux », prévoit cette possibilité notamment en matière d'interconnexion (et non pas d'accès et d'interopérabilité).

L'article 5.1 (b) de la Directive Accès qui prévoit la possibilité des ARNs, aux fins de permettre l'accès d'utilisateurs finals à des services de radio et TV, d'imposer aux opérateurs des obligations d'« accès » à des ressources, avec une référence au concept d'interopérabilité.

Le choix des mots par le législateur européen (« interconnexion » à l'article 5.1(a), « accès » à l'article 5.1(b)) n'est pas neutre, et doit conduire à une prudence dans l'imposition des remèdes au titre de l'article 5.1(a) de la directive¹⁵.

2.3.2.3.2 L'ambiguïté sur le sens à donner à la notion de connectivité

La connectivité de bout en bout, est à la fois le but et le cadre de la régulation symétrique. C'est un souci de connectivité qui peut justifier l'intervention des ARNs au titre de l'article L 34-8 III CPCE, et de l'article 5.1(a) de la Directive Accès. C'est également cette connectivité qui donne les limites de la compétence des ARNs.

Or, cette notion n'est nulle part définie dans les directives européennes. Par conséquent, l'ARCEP doit être très prudente quand elle pense imposer des obligations sur son

¹⁴ Cf. CE 27/09/06 Association Fréquence Mistral, à propos du CSA (« *considérant qu'il résulte des termes de l'article 42-3 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée, éclairés par les travaux parlementaires, que la procédure qu'il prévoit a pour objet d'autoriser le CSA à retirer une autorisation d'exploiter un service de radiodiffusion ou de télévision s'il estime, sous le contrôle du juge, que les données au vu desquelles celle-ci avait été délivrée, notamment par suite de changements intervenus dans la composition du capital social ou des organes de direction et dans les modalités de financement, sont substantiellement modifiées, et ainsi de nature à remettre en cause les choix opérés lors de la délivrance de cette autorisation ; que cette procédure n'a pas pour finalité de permettre au Conseil de contrôler le respect par le titulaire d'une autorisation de ses obligations conventionnelles, réglementaires ou légales et d'en sanctionner les manquements, qui peuvent donner lieu, après une mise en demeure exigée par l'article 42, aux sanctions prévues par l'article 42-1 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée* »). Egalement, pour un exemple où le devoir d'interprétation stricte des autorités administratives est rappelé, v. CE 16 mai 2003, Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECI) : la compétence du Comité pour rechercher si une opération soumise à autorisation conduit nécessairement à une exploitation abusive de position dominante n'investit pas ce comité d'une compétence générale pour contrôler à titre préventif les opérations de concentration et pour les soumettre à des conditions fondées sur des appréciations fondées sur une appréciation des risques pour la concurrence qui n'est prévue par aucun texte.

¹⁵ V. dans ce sens, W. Maxwell, *Electronic Communications : The New EU Framework*, Part I, Booklet 1.3-6 ; voir également : http://forum.europa.eu.int/Public/irc/infso/ecctf/library?l=/nederland/registerednotifications/nl20030017/nls2003s0017sgrsnlpdf/ EN_1.0_&a=d

fondement. Une régulation qui placerait en son cœur une notion floue peut en effet encourir la sanction des juges¹⁶.

On entend ainsi parler aujourd'hui indifféremment de prestation de connectivité Internet (ou IP), de connectivité entre opérateurs, d'interconnexion, de connectivité de bout à bout, et d'interopérabilité. Les notions se ressemblent et se complètent sans doute, mais certains termes ne sont jamais définis et leur portée reste imprécise.

En matière téléphonique par exemple, la connectivité s'entend traditionnellement comme la possibilité pour les abonnés à un réseau de joindre tous les abonnés d'autres réseaux via des numéros qui relèvent du plan de numérotation national. Elle est donc axée sur la possibilité pour des utilisateurs finals de joindre d'autres utilisateurs finals de réseaux téléphoniques. Dans d'autres contextes, l'idée de connectivité pourrait être étendue à la possibilité d'avoir accès à tout service disponible à travers un réseau de communications électroniques. On est dès lors au cœur du débat sur la « Net Neutrality ».

Il serait risqué de la part d'une ARN de prétendre édicter une réglementation sur la base d'une notion qui ne reçoit aucune acceptation précise et légale univoque, surtout en l'absence de preuve d'un problème réel de connectivité sur le marché des SVA.

De plus, une régulation fondée sur une connectivité non définie n'est pas de nature à assurer une sécurité juridique des opérateurs, qui doivent pouvoir mesurer l'exacte étendue de leurs obligations. Cet objectif ne peut par hypothèse pas être rempli si la connectivité qui est censée fonder ces obligations n'est elle-même pas définie.

Or, ni l'article 5.1(a) de la Directive Accès ni l'article L 34-8 III du CPCE ne donnent une définition de la connectivité et ne donnent de précisions suffisantes quant au cadre possible de l'intervention de l'ARCEP.

D'ailleurs, l'ARCEP elle-même a évolué quant à l'interprétation qui doit être faite de l'article 5.1 (a) de la Directive Accès. Ainsi, en octobre 2002, dans sa réponse à la Consultation publique relative à l'évolution du droit français des communications électroniques, l'ARCEP tenait une position beaucoup plus restrictive qu'aujourd'hui. Elle écrivait ainsi (page 24) :

« la Directive Accès ajoute [cependant], par son article 5.1, la possibilité pour les autorités de régulation nationales d'imposer aux opérateurs au cas par cas de réaliser l'interconnexion de leurs réseaux pour garantir la connectivité de bout en bout ».

En 2002, l'ARCEP considère donc que la régulation doit être faite au cas par cas, ce qui accrédite l'idée de son caractère exceptionnel afin de palier des problèmes de non-interconnexion. Par ailleurs, elle ne vise que l'interconnexion et non pas l'accès. Enfin, elle vise la seule interconnexion de réseaux et ne parle pas de services.

Depuis 2002 le texte sur le fondement duquel l'ARCEP prétend réguler aujourd'hui n'a pas changé.

¹⁶ Cf la décision n°2006-540 DC du Conseil Constitutionnel, à propos de la loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, qui supprime les mot interopérabilité, proche de celui de connectivité, des articles 22 et 23 de la loi au motif que cette notion d'interopérabilité n'est pas définie par le législateur.

2.3.3 L’embarras de la Commission, des ARNs et des opérateurs quant à la portée et au futur de l’article 5.1 de la Directive Accès témoigne des difficultés à interpréter la portée de l’article 5.1 et renforce le devoir d’interprétation stricte de l’ARCEP

La Commission européenne a présenté le 28 juin 2006 une communication sur le réexamen du cadre réglementaire pour les réseaux et services de communication électroniques. Dans ce cadre, la Commission a suggéré d’apporter des modifications à l’article 5.1 de la Directive Accès dans les termes suivants :

“Article 5(1) of the Access Directive empowers regulators to impose remedies, under certain conditions, on undertakings without Significant Market Power (SMP) in order to ensure adequate access and interconnection, and the interoperability of services (i.e. end-to-end connectivity) in a way that promotes efficiency, sustainable competition, and gives the maximum benefit to end-users. This can be seen as an exception to the normal approach whereby operators are not subject to ex ante obligations unless there is a lack of effective competition in the relevant market and they are found to have SMP in such a market.

In order to ensure the consistent application of this provision and avoid the imposition of inconsistent obligations without a market analysis, it is proposed to bring the procedure into line with that to be followed by regulators (in Article 8(3) of the Access Directive) when they intend, under exceptional circumstances, to impose remedies other than those defined in the Access Directive. It is proposed that NRAs should submit a request to the Commission for authorisation to impose an obligation on a non-SMP undertaking. The Commission could take a decision under an advisory committee procedure to authorise or prevent the adoption of the relevant measure. This would prevent the risk of over-regulation and a fragmentation of the Internal Market through the imposition of inconsistent non-SMP obligations”.

On retrouve dans les propos de la Commission de nouveau le caractère exceptionnel de toute intervention au titre de l’article 5.1(a) de la Directive Accès.

La réponse des opérateurs et NRAs à cette communication est édifiante quant à l’embarras provoqué par l’article 5.1 et la proposition de la Commission. Cet embarras révèle que l’article 5.1 est mal compris et soulève des craintes. La prudence, alors même qu’une révision du cadre réglementaire UE des communications électroniques est en cours, suppose donc une utilisation extrêmement prudente de l’article 5.1 (a) de la Directive Accès. Comme témoignages de l’embarras évoqué ci-dessus, citons par exemple la réaction :

- Du Royaume Uni (DTI.GSI) :

« The UK does not support the Commission’s proposal of making the use by NRAs of their powers to regulate non-SMP operators under Article 5 subject to the Commission’s authorisation, possibly issued following an advisory committee procedure. In particular, given that this provision has so rarely been used, it is not clear what problem of harmonisation the Commission is proposing to address, and the justification for the proposed extension of the Commission’s power has therefore not been made.

The UK believes that Article 5 is to some extent a legacy of the previous Framework which no longer fits very well with the current one. Especially since it has been so little applied in practice, this would be a good opportunity to clarify the drafting so as to increase certainty as to the scope of the Article and the standard of proof required to justify its use.

We have carefully examined the benefits of an open list (the ability to respond to future, unanticipated challenges) versus its dangers (potential uncertainty and false expectations of future regulation). On balance we have concluded that a closed list is preferable (i.e. that Article 5 should only be able to be used in those specific circumstances expressly described in paragraphs 1(a) and 1(b)).

In addition, while the UK recognises that there can be public policy justifications, as outlined in paragraphs 1(a) and 1(b) of Article 5, for application of remedies to market players without recourse to a finding of Significant Market Power (SMP) the interrelationship between the Article 5 route and the SMP-based route needs to be clarified. In certain circumstances, it may be appropriate to apply the Article 5 remedies to SMP players only after a Market Review in accordance with Articles 14- 16 of the Framework Directive. The UK would welcome clarification of the drafting to place it beyond doubt that NRAs are able to take either course, according to the circumstances of the case”

- De l'Irlande (Department of Communications, Marine and Natural Resources)

“ When the Department consulted with stakeholders in the Irish market on this proposal, there were mixed views. One suggestion was that there was no need to amend or even retain the provisions for regulatory intervention as provided for in Article 5; others suggested that Article 5 was at odds with the framework’s core principle of ex ante obligations only being applied where there is lack of effective competition and SMP has been found; and others expressed their support for Article 5 and argued that it served a very useful purpose, allowing the NRA flexibility to solve national interoperability problems quickly. Given this mixed reaction, and our comments in 3.1 above re balancing the focus between the internal market and local expertise, we would not support the proposal to extend the Commission’s veto to the Article 5 procedure. We would however, welcome further debate on this article”.

- De l'association GSM Europe (European Interest Group basé à Bruxelles) :

« Article 5 of the Access Directive gives powers to an NRA to intervene on « its own initiative » in commercial negotiations on access and interconnection. Further, NRAs may also impose obligations on undertakings to ensure end-to-end connectivity. Consequently, NRAs can misuse article 5 where they do not believe they can regulate operators because they cannot find SMP. This loophole in the regulatory framework should be closed.

Also the exact scope of interoperability is an issue that should be addressed. The Netherlands (OPTA, Ministry of Economic Affairs) took a very broad scope of the obligations that related to the interoperability obligation for the mobile operators. Both the Dutch court and the European Commission have strongly criticized this approach

(i.e. infringement procedure by European Commission). So it is fair to say that there need to be more clarity on this issue ».

- De l'ERG

L'ERG suggère une réforme qui permettrait aux ARN d'agir dans le cadre de l'Article 5, pour traiter des problèmes particuliers d'absence de concurrence qui émergerait, mais à la suite d'une analyse de marché.

ERG would propose therefore that Article 5 be amended to allow NRAs to intervene on their own initiative to introduce precisely defined remedies , following the conclusion of a market review notified to the Commission under Article 7, and a temporary finding of an 'absence of effective competition'. Given that, in the circumstances in which this would be used, it would not be possible to establish a position of SMP, the evidence for the finding of "absence of effective competition" would need to be compelling. Such temporary measures would of course need to be proportionate and justified and have a clear date for removal.¹⁷

Selon l'ERG, une action au titre de l'article 5 devra donc trouver sa source dans une analyse de marché pour étayer les problèmes de concurrence relevé plus tard par l'ARN.

2.3.3.1 Dans les faits, il est exceptionnel que les ARNs cherchent à réguler sur le fondement de l'article 5.1 (a) et la Commission veille à encadrer strictement l'usage qui est fait par elles de leur pouvoir de régulation

Les occurrences sont très peu nombreuses dans lesquelles les ARN ont fait usage de leur pouvoir de régulation au titre de l'article 5.1 (a) de la Directive Accès. A titre d'exemples :

Aux Pays Bas, le Gouvernement, par délégation de l'Autorité de régulation néerlandaise, a soumis à la Commission Européenne le 5 novembre 2003 un projet de décret avec pour fin précisément d'assurer une connectivité. Au terme de l'article 2 de ce projet de décret il est ainsi prévu l'obligation suivante :

« all providers of public telephone services and operators of the underlying networks must thus ensure that retail customers are able at all times to make calls to all other retail customers, regardless of whether they are on the same or different networks ».

Dans son analyse de la conformité du projet au cadre européen, la Commission tient des développements qui montrent sans ambivalence l'extrême prudence avec laquelle les NRA peuvent prétendre réguler sur le fondement de l'article 5.1 (a) :

“(1) Justification of a draft measure under article 5.1 (a) of the Access Directive:

The Commission stresses that NRAs must use Article 5(1)(a) of the Access Directive with caution, taking into account the general principle of the electronic communications regulatory framework, that regulation should only be imposed when necessary and proportionate.

¹⁷ http://www.erg.eu.int/doc/whatsnew/irg_erg_resp_review_rf_final271006.pdf

*The Commission is of the view that regulatory intervention under Article 5(1)(a) of the Access Directive must be justified by indicating a **concrete example of an actual or potential risk of market failure** which the regulatory intervention intends to remedy. The regulatory measure must in any case be proportionate to the risk identified.*

*However, on the basis of the particularities of this case such as the limited scope of the proposed obligation (**limited to ensuring end-to-end connectivity** and limited to publicly available telephony services) and its relatively low impact on the undertakings concerned, the Commission considers the arguments of MinEZ with regard to the justification and proportionality of the notified draft measure as sufficient.*

(2) Monitoring of end-to-end connectivity:

The Commission invites MinEZ to closely monitor the issue of end-to-end connectivity in the Netherlands and, once the competent Dutch NRA, Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), has completed the market analysis process under Articles 15 and 16 of the Framework Directive and the designation of provider(s) with universal service obligations under Chapter II of Directive 2002/22/EC9, to consider whether a horizontal measure under Article 5(1)(a) of the Access Directive remains necessary and proportionate to avoid any severance of end-to-end connectivity in the Netherlands. Pursuant to Article 7(5) of the Framework Directive, MinEZ must take the utmost account of comments of other national regulatory authorities and the Commission and may adopt the resulting draft measure and, where it does so, shall communicate it to the Commission.

Parfaitement en cohérence avec cet appel de la Commission européenne à une interprétation restrictive de la connectivité, la Cour suprême néerlandaise sanctionne l'OPTA qui avait voulu imposer à T-Mobile une obligation de négocier avec Yarosa B.V, afin que les clients de T-Mobile puissent envoyer des messages SMS à partir de la plateforme de Yarosa. Pour la Cour, la finalité de connectivité ne saurait fonder pareille mesure.

En Belgique, l'IBPT a pris le 30 mars 2006 une décision visant à imposer des mesures provisoires afin de permettre la connectivité de bout en bout avec les numéros géographiques réservés par Telenet pour des services de VOIP publics à caractère nomade.

En l'espèce, Belgacom subordonnait l'implémentation des numéros géographiques réservés à Telenet pour des services VOIP publics à caractère nomade ainsi que l'acheminement du trafic vers ces numéros à un accord commercial, notamment sur le prix de terminaison, auquel les parties ne parvenaient pas. L'IBPT estime que (page 8) :

« la non implémentation de numéros ou le non acheminement de trafic destiné à certains numéros est incompatible avec le principe de connectivité de bout en bout. Lorsqu'un opérateur, qui a réservé ou qui s'est vu attribué une capacité de numérotation par l'IBPT, attribue lui-même des numéros à des clients, cet opérateur et ces clients sont naturellement et légitimement en droit d'attendre que ces numéros leur permettent de bénéficier des fonctionnalités normales d'un service de télécommunications. En particulier, il doit être possible :

-du point de vue des opérateurs, de faire aboutir les appels vers les positions ou les abonnés demandés (cf. exposé des motifs de la Recommandation du 11 février 2003)

-du point de vue des utilisateurs, de « communiquer entre eux » (cf. article 2, 19° de la loi du 13 juin 2005) »

Par conséquent, l'IBPT ordonne à Belgacom de « procéder à l'implémentation des numéros géographiques réservés par Telenet pour des services VOIP publics à caractère nomade, ainsi qu'à l'acheminement du trafic vers ces numéros, de manière à assurer la connectivité de bout en bout, tant dans le cadre de l'interconnexion directe entre Belgacom et Telenet que dans le cadre des services de transit qu'elle fournit à d'autres opérateurs ». C'est-à-dire que l'IBPT ordonne une mesure qui est destinée seulement à établir une connectivité avérée comme déficiente, certains numéros n'étant pas du tout joignables sans cette intervention. La connectivité est donc ici strictement entendue, et la mesure adaptée à un problème réel de non-interconnexion.

2.3.4 En droit français également, la régulation symétrique est une mesure exceptionnelle, qui doit être appliquée strictement

2.3.5 L'affirmation du caractère exceptionnel de la régulation symétrique dans les articles L 34-8 III et D 99-11 Code des Postes et Communications Electroniques

Alors que l'article L 34-8 I CPCE prévoit que l'interconnexion et l'accès sont l'affaire des parties et font l'objet d'une convention privée, les articles Art L 34-8 III et Art D 99-11 du CPCE prévoient :

Art L 34-8 III : « "les opérateurs qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals peuvent se voir imposer des obligations en vue d'assurer le bon fonctionnement et l'interconnexion de leurs réseaux ainsi que l'accès aux services fournis sur d'autres réseaux".

Art D 99-11 « En application du III de l'article L 34-8 et de l'article L 37-2, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes peut, dans la mesure de ce qui est nécessaire, imposer aux opérateurs qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals des obligations destinées à assurer la connectivité de bout en bout, notamment l'obligation d'assurer l'interconnexion de leurs réseaux ainsi que l'interopérabilité des services fournis sur ces réseaux ou sur d'autres réseaux. Ces obligations sont proportionnées, objectives, transparentes et non discriminatoires et adoptées dans le respect des procédures prévues aux articles L. 32-1 III et L. 37-3. Elles sont imposées de façon à donner aux objectifs définis à l'article L. 32-1 et en particulier à promouvoir l'efficacité économique, à favoriser une concurrence durable ou à procurer un avantage maximal aux utilisateurs finals. Elles s'appliquent sans préjudice des autres obligations en matière d'accès d'interconnexion susceptibles d'être imposées aux opérateurs en application du présent code".

Ces articles Art L 34-8 III et Art D 99-11 du CPCE n'ont pas pour but une régulation collective de tous les opérateurs, mais bien des **interventions ponctuelles** pour résoudre des **problèmes concrets** (sans exclure une application collective pour traiter un problème général de connectivité bien démontré).

Les obligations ne peuvent être imposées par les ARN que « dans la mesure de ce qui est nécessaire » et elles doivent être « proportionnées, objectives, transparentes et non discriminatoires ». Les tests de proportionnalité et de nécessité requièrent d'examiner d'une part, si la mesure proposée répond à un problème réel et clairement identifié, et si d'autre part, la mesure proposée est le minimum nécessaire pour traiter le problème¹⁸

L'exigence de proportionnalité ressort également du 6ème préambule de la Directive Accès :

« Les autorités réglementaires nationales devraient avoir le pouvoir de garantir, en cas d'échec de la négociation commerciale, un accès et une interconnexion adéquats, ainsi que l'interopérabilité des services, dans l'intérêt des utilisateurs finals. Elles peuvent notamment assurer la connectivité de bout en bout en imposant des obligations proportionnées aux entreprises qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals; »

L'exigence de proportionnalité s'applique autant aux mesures prises au titre de l'article L 34-8 III du CPCE qu'aux mesures prises après analyse de marché. Son respect suppose que l'Autorité ait pris en considération d'autres remèdes, afin que le remède le moins contraignant puisse être sélectionné pour traiter le problème.

Cette approche est clairement celle recommandée par le groupe des régulateurs européens¹⁹ :

« Proportionality is one of the over-arching general principles of European law. It is described as the minimum intervention required, to achieve the objective set out. Guidance from case law tells us that: 'In accordance with the principle of proportionality, which is one of the general principles of Community law, the lawfulness of the prohibition of an economic activity is subject to the condition that the prohibitory measures are appropriate and necessary in order to achieve the objectives legitimately pursued by the legislation in question, it being understood that when there is a choice between several appropriate measures recourse must be had to the least onerous, and the disadvantages caused must not be disproportionate to the aims pursued.' »

In considering proportionality it is important to bear in mind that when SMP is found on a properly identified market some form of regulatory action is warranted. This is provided for in the Directives and is in line with the view that remedies, in these circumstances, lead to welfare improvements. Thus, there is a presumption that remedies increase welfare. This implies that there is no requirement to demonstrate that remedies are globally welfare improving. The issue is to select amongst those remedies that achieve the NRA's intention that which are the most proportionate. The impact on market players might also have to be considered if there is strong evidence to believe that the immediate introduction of a remedy might cause excessive adjustment costs. In these cases, a short time-limited glide path could be followed. Decisions should include, for any given problem, a consideration of alternative remedies wherever relevant, so that the least burdensome effective remedy that best meets the objectives can be selected. Each remedy may also achieve the objective of the NRA to a varying degree. This also needs to be considered. Second, in order to

¹⁸ Cf. CJCE 13 nov 1990 FEDESCA .

¹⁹ V. le document ERG approach to appropriate remedies de mai 2006, page 56.

assess whether a remedy is proportionate and justified in the light of the objectives set out in the Framework Directive, NRAs should balance the burden of the remedy imposed on the undertaking with SMP and other costs which the imposition of a remedy may entail against its prospective benefits. Both assessments are already required by some national systems of administrative law and form part of the proportionality assessment under Community law. However, in order to make the choices involved more transparent, NRAs may carry out an assessment of the regulatory options available, including a qualitative assessment of the anticipated benefits and potential costs of the option selected ("regulatory options assessment") ».

En l'espèce, l'ARCEP n'a pas identifié le manque de connectivité comme étant un problème actuellement rencontré sur le marché de sorte que tout autre remède imposé par l'ARCEP à des fins de connectivité se trouveraient de facto non appropriées et non proportionnées.

2.4 Le devoir d'interpréter strictement les compétences de l'ARCEP dans le cadre de l'article L 34-8 III CPCE

Parce que, à l'instar de ce qui a été vu au niveau européen, la connectivité n'est pas non plus détaillée dans le CPCE et que la régulation symétrique est une exception au principe d'analyse systématique de marché, l'ARCEP doit être très prudente dans l'application qu'elle entend faire de ses compétences à des fins de connectivité. D'ailleurs, à notre connaissance, la consultation du 23 novembre 2006 constitue la première fois où l'ARCEP envisage de réguler collectivement plusieurs opérateurs en vertu de l'article L 34-8 III du CPCE.

Or, dans le cas présent, la régulation symétrique projetée par l'ARCEP ne remplit pas les conditions de la régulation symétrique.

2.4.1 En l'espèce, la régulation symétrique projetée par l'ARCEP ne remplit pas les conditions de la régulation symétrique européenne et française

2.4.1.1 La connectivité ne peut justifier les mesures projetées par l'ARCEP dans sa consultation du 23 novembre 2006

D'une part, l'obligation imposée par l'ARCEP de faire droit aux demandes raisonnables de facturation et recouvrement ne nous paraît pas strictement nécessaire pour assurer la connectivité de bout en bout. Il s'agit d'obligations économiques utiles pour traiter certaines distorsions dans la concurrence, mais qui ne garantissent pas en tant que telles une accessibilité ou interconnexion.

L'opérateur de boucle locale est le seul à avoir un lien contractuel direct avec l'abonné, le prix modéré d'un SVA rendant en effet, de l'opinion de l'ARCEP, peu opportun l'établissement d'un lien direct entre l'abonné et l'exploitant du numéro SVA (voir page 22 de la consultation de l'ARCEP). L'opérateur de départ jouit, dans un sens, d'une situation de puissance économique qui rend son intervention indispensable dans les opérations de facturation et de recouvrement. Mais la facturation et le recouvrement ne sont pas nécessaires pour assurer la connectivité. Dans le monde de l'Internet, le fournisseur d'accès assure la connectivité vers un site marchand, mais s'abstient d'effectuer des prestations de facturation et de recouvrement. Aux Etats-Unis, beaucoup de SVA accessibles par téléphone fonctionnent par carte de crédit.

S'agissant précisément de la connectivité, nulle part dans la consultation, l'ARCEP ne dit que celle-ci est compromise. Ainsi, à propos du projet de l'ARCEP d'imposer une obligation d'acheminement aux exploitants de SVA, l'ARCEP estime cette obligation :

« peu contraignante à leur égard dans la mesure où un grand nombre d'acteurs l'appliquent de fait aujourd'hui » (page 27).

Et à propos du projet de l'ARCEP d'imposer l'obligation aux opérateurs départ de faire droit aux demandes raisonnables d'ouverture du numéro SAV, l'ARCEP estime cette obligation :

« peu contraignante à leur égard puisque'un grand nombre d'acteurs l'appliquent de fait aujourd'hui » (page 21).

Dans la liste des problèmes recensés par l'ARCEP sur le marché, la non-connectivité est absente.

En conséquence, contrairement à ce qui est exigé par les articles 5.1 (a) de la Directive Accès et L 34-8 III du CPCE, ce n'est pas un souci actuel de connectivité qui guide le projet de régulation de l'ARCEP mais plutôt un souci d'assurer des conditions saines de concurrence entre les opérateurs. Cet objectif est louable, mais nécessite une régulation fondée sur une analyse de marché.

COLT met en garde l'ARCEP contre une interprétation qui viendrait dire que la connectivité devait être entendue comme l'exigence que l'ensemble des SVA soient accessibles à l'ensemble des abonnés français. COLT a fait récemment l'objet de plaintes nées d'utilisations frauduleuses de l'un de ses numéros par un éditeur de contenu²⁰. Pour ce type de comportement lié généralement à des numéros à palier tarifaire élevé, les opérateurs de départ ne doivent pas avoir d'obligation réglementaire de connectivité au-delà de ce qui est prévu par la loi et des contrats. Il serait paradoxal de la part de l'ARCEP d'imposer des obligations supplémentaires de connectivité alors qu'il n'existe pas de problème de connectivité et, qu'en plus, de telles obligations seraient susceptibles d'accroître le besoin de contrôle déontologique dont elle se fait l'écho dans sa consultation! Il est important de ne pas limiter la possibilité pour un opérateur de suspendre des services afin de protéger les consommateurs.

2.4.1.2 En réalité, France Télécom est seule visée par le projet de régulation de l'ARCEP

L'annexe 2 de la consultation de l'ARCEP fait le point sur les principaux problèmes remontés à l'ARCEP en réponse au questionnaire quantitatif et qualitatif de janvier 2006 sur le secteur des SVA. L'ARCEP y relève :

« seul l'opérateur historique n'effectue pas de prestation de recouvrement. Cette situation est critiquée par la quasi-totalité des acteurs : elle est perçue comme une des raisons de l'absence de développement de la concurrence sur ce marché. A cet égard, de nombreux opérateurs critiquent également le système mis en place par l'opérateur historique en ce qu'il serait inefficace et discriminatoire (par rapport à Audiotel, en termes de droite de coupure et de 3ème volet de facturation » (page 46).

²⁰ V. l'article publié dans la revue 30 Millions de consommateurs, de Janvier 2007, « l'arnaqueur sonne deux fois », dans lequel COLT est nommément mis en cause.

Plus en avant dans sa consultation, l'ARCEP acte de ce que, aujourd'hui :

« France Télécom ne prend en charge que le recouvrement des impayés des services à paliers tarifaires élevés que pour ses propres offres, les offres kiosque Audiotel » (page 8).

Par conséquent, quand l'ARCEP dit réguler de façon symétrique tous les opérateurs en leur imposant une obligation généralisée de RCT, on voit en réalité que l'ARCEP impose une mesure qui ne concerne que France Télécom, les autres opérateurs assurant déjà une prestation de RCT. Le problème identifié est en réalité une pratique discriminatoire de la part de France Télécom, France Télécom ne fournissant pas aux tiers les mêmes services qu'elle fournit à elle-même.

Sous couvert de régulation symétrique, l'ARCEP effectue donc en fait une régulation asymétrique, mais sans analyse de marché.

Dans sa consultation du 23 novembre 2006 comme lors de la réunion du 18 décembre 2006, l'ARCEP a été très claire sur le fait que la prestation de recouvrement pour compte de tiers imposée à France Télécom dans le cadre de la régulation dite symétrique est le résultat d'une négociation menée avec France Télécom, au terme de laquelle France Télécom a donné son accord en échange de la suppression de son obligation d'orienter vers les coûts sa prestation de FCT. Un tel échange ne peut suffire pour motiver une décision ayant un tel impact sur le marché.

2.4.2 Hormis les dispositions qui concernent France Télécom, le projet de consultation aurait peu de conséquences en termes d'obligations sur le marché

Hormis la prestation de RCT imposée à France Télécom en échange de la suppression de l'orientation vers les coûts de la prestation de FCT, le projet de consultation contient très peu d'obligations. Il est par ailleurs tout à fait révélateur que, de l'aveu même de l'ARCEP, ces obligations sont déjà mises en œuvres par les opérateurs alternatifs :

Ainsi, à propos du projet de l'ARCEP d'imposer aux opérateurs de fournir des prestations de FCT et RCT, l'ARCEP estime cette obligation :

« peu contraignante à leur égard dans la mesure où un grand nombre d'acteurs l'appliquent de fait aujourd'hui » (page 25).

On a même déjà vu en réalité que seule France Télécom ne fournit pas cette obligation aujourd'hui.

A propos du projet de l'ARCEP d'imposer une obligation d'acheminement aux exploitants de SVA, l'ARCEP estime cette obligation :

« peu contraignante à leur égard dans la mesure où un grand nombre d'acteurs l'appliquent de fait aujourd'hui » (page 27).

Enfin, à propos du projet de l'ARCEP d'imposer l'obligation aux opérateurs départ de faire droit aux demandes raisonnables d'ouverture du numéro SAV, l'ARCEP estime cette obligation :

« peu contraignante à leur égard puisqu'un grand nombre d'acteurs l'appliquent de fait aujourd'hui » (page 21).

Hormis la consécration d'un échange négocié avec France Télécom, il apparaît donc que les nouvelles contraintes réglementaires proposées par l'ARCEP ne répondent à aucun besoin réel.

2.5 Conclusion sur la légalité du dispositif proposé

Dans sa consultation, l'ARCEP ne relève pas de problème existant de connectivité sur le secteur des SVA. Pour COLT, il n'est pas possible de régler les problèmes concurrentiels du secteur – qui sont réels (prix excessifs, conditions discriminatoires) et résultent de situations de puissance sur le marché -- avec une régulation exceptionnelle édictée à des seules fins de connectivité.

La connectivité de bout en bout est un faux problème. Les véritables problèmes se situent autour de la puissance sur le marché de certains opérateurs de départ (surtout France Télécom en raison de sa position historique mais peut être également les opérateurs mobiles) et l'utilisation de cette puissance pour fausser la concurrence sur le marché, par l'application, soit de prix excessifs²¹, soit de conditions discriminatoires. Par conséquent, la régulation doit passer par une analyse de marché et l'identification d'acteurs SMP.

Il est possible qu'une analyse de marché révèle l'existence d'un marché pertinent par opérateur de départ, notamment dans le secteur des mobiles. Cela conduirait à reconnaître l'existence de plusieurs opérateurs puissants, et la nécessité d'une régulation ex ante allant jusqu'au contrôle des prix pour les prestations de départ d'appel, de facturation et de recouvrement. La récente consultation publique de l'AGCOM²² sur une analyse de marché du départ d'appel vers les SVA est, selon COLT, la bonne démarche à suivre.²³

Si le problème que l'ARCEP souhaite traiter est un problème de lisibilité des factures pour les consommateurs, alors le moyen de le traiter pourrait être de modifier l'article D98-12 du CPCE, précisant les règles portant sur l'information et la protection des utilisateurs.

²¹ Dans le secteur des mobiles, le problème de prix excessifs a été soulevé par Le Numéro à propos des conditions de départ d'appel d'Orange France. Le Numéro n'a pas apporté d'éléments tendant à démontrer une puissance sur le marché par Orange France. Sa demande ne pouvait donc prospérer. Néanmoins, le règlement de différent démontre que la question de prix excessifs est importante et ressentie comme telle par les opérateurs du marché.

²² Décision de l'AGCOM n° 732/06/CONS, publiée le 29 décembre 2006 à propos d'une analyse de marché sur le marché « 15bis », à savoir services de départ d'appels d'opérateurs mobiles vers les numéros non-géographiques.

²³ L'Exemple de l'OFCOM, qui s'appuie sur une législation spécifique pour les SVA, ne semble pas pertinent.

3 Réponse question par question à la consultation

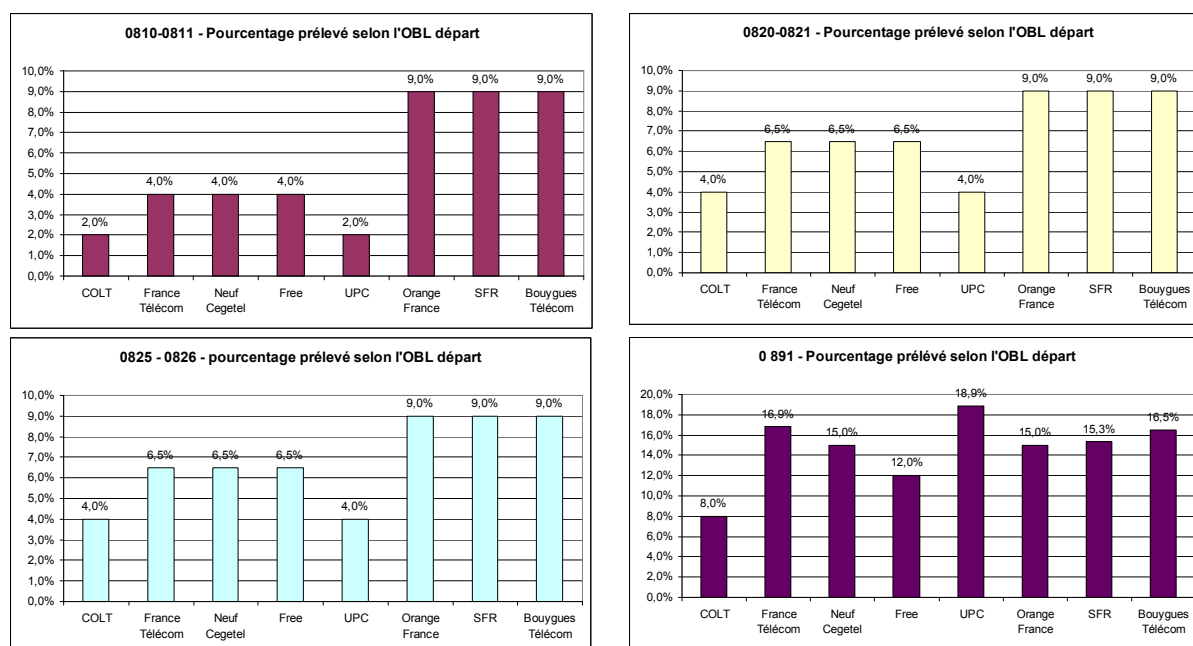
3.1 Q1 : Les parties intéressées sont invitées à adresser leurs remarques sur cette première partie descriptive ?

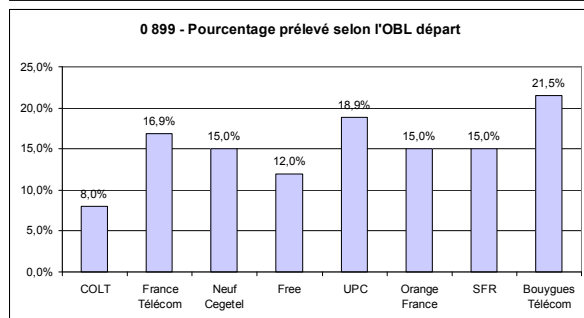
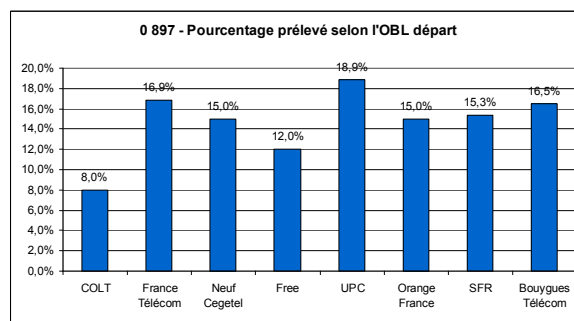
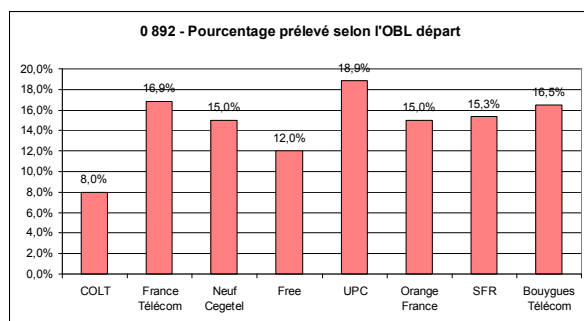
COLT adhère à la description générale proposée par la section I.B.1, en pages 8 et 9 du document de consultation. Toutefois, si l'absence de recouvrement dans la prestation offerte par France Télécom pour les paliers élevés constitue un obstacle majeur au développement du marché, c'est en raison d'une situation historique construite par France Télécom pour privilégier ses propres services Audiotel.

- Avec sa facture en trois volets, France Télécom a construit un dispositif inutilement coûteux ; en y ajoutant l'absence de recouvrement, il en a fait volontairement un système inefficace, destiné à protéger sa base installée de services Audiotel,
- Cette inefficacité globale du système de facturation/recouvrement ne se retrouve ni chez les opérateurs mobiles, ni chez les opérateurs de boucle locale résidentielle, dont l'immense majorité des clients paie par prélèvement,
- Les opérateurs mobiles d'abord, les opérateurs de boucle locale résidentielle ensuite, ont cependant alignés leurs taux de prélèvement sur le coût complet subi par les opérateurs collecteurs de SVA du fait : 1. du coût de facturation de France Télécom (5%), 2. du coût payé à la société de recouvrement commune Intrum Justicia (1%) et 3. des impayés (11% pour COLT en 2005).

Pour les paliers faibles, c'est au contraire France Télécom qui s'est alignée sur les tarifs historiquement plus élevés pratiqués par les opérateurs mobiles d'abord, puis par les opérateurs de boucle locale fixe résidentiels.

Les graphes ci-dessous montrent les coûts supportés par COLT au titre de la facturation et du recouvrement en pourcentage du montant brut payé par les appelants (pour T+S en ce qui concerne le fixe, et pour S en ce qui concerne les mobiles) :





Enfin, comme le montrent ces graphes, COLT est, des huit opérateurs concernés, celui qui prélève sur les appels vers les numéros SVA le montant le plus faible du marché au titre des prestations de facturation et de recouvrement.

Le système tend à perpétuer voire augmenter les niveaux de prélèvements dont le point de départ est un modèle particulièrement complexe et inefficace (“usine à gaz”) créé par France Télécom.

Pour les OBL ayant acquis leur clientèle dans des conditions de concurrence, un prélèvement élevé n’est pas forcément condamnable. Mais la situation de France Télécom est différente, car sa clientèle est en très grande partie héritée de son passé de monopole historique. Une régulation incluant une orientée vers les coûts d’un opérateur efficace est dès lors nécessaire pour éviter des distorsions dans la concurrence.

3.2 Q.2 : Quelles sont les remarques du secteur quant aux définitions proposées ?

La section II.B.4 Définitions, en page 18 du document de consultation, n’est malheureusement pas rédigée en cohérence avec le schéma de chaîne de valeur proposé en section I.A, pages 5 à 8 du même document. Ceci est dû au fait que la consultation fait en grande partie, et à tort, l’économie d’une démarche d’analyse des marchés. Il en résulte les ambiguïtés suivantes :

- Au moment de l’appel, l’appelé est identifié comme un nom de service (proposé par un éditeur de contenu qui en fait la publicité) ; sur la facture de France Télécom, il est identifié comme « les services à revenus partagés de tel ou tel opérateur de collecte ».
- La notion d’utilisateur final est donc ambiguë du côté de l’appelé : sur le marché de la réception d’appels par les fournisseurs, l’utilisateur final est le fournisseur de services. En revanche, sur le marché des éditeurs de contenus s’adressant aux fournisseurs de service, c’est l’éditeur de contenu qui est l’utilisateur final.

3.3 Q.3 : Quelles sont les remarques du secteur quant aux objectifs visés, et à l'obligation [d'acheminement imposée aux opérateurs départ] que l'Autorité propose ici d'adopter ?

L'Autorité poursuit l'objectif de rendre l'ensemble des services à valeur ajoutée accessibles à partir de l'ensemble des réseaux de boucle locale. Un tel objectif est déjà en grande partie atteint et les exceptions à son fonctionnement devraient pouvoir être traitées par la régulation ex post y compris par la mise en œuvre de l'article L 34-8 III CPCE au cas par cas lorsque nécessaire. De plus, si cet objectif paraît indiscutable pour les paliers tarifaires actuellement pratiqués en France pour les services à valeur ajoutée COLT ne tient pas du tout à être astreint à une obligation d'acheminement quel que soit le prix d'un appel (par exemple pour des appels d'un prix cinq ou dix fois plus élevés que ceux pratiqués actuellement sur le palier 0899). Le marché français a pu jusqu'à présent échapper aux problèmes soulevés par les SVA très cher pour l'appelant (plusieurs euros la minute). Si de tels services se développaient à l'avenir en France, la notion de connectivité « any to any » par défaut ne devra pas être traitée de la même manière compte tenu des risques encourus par les abonnés téléphoniques au regard de tels services. Par conséquent, COLT estime que toute éventuelle obligation de connectivité doit s'accompagner d'un encadrement strict des paliers tarifaires élevés afin de limiter ces paliers tarifaires à des services ne dépassant pas les tarifs actuellement appliqués sur le marché.

3.4 Q.3 bis : Quels sont les impacts et conséquences des mesures ainsi proposées sur le fonctionnement actuel du secteur, pour les opérateurs départ et les exploitants de numéros SVA ?

Si l'obligation envisagée est restreinte aux paliers d'une valeur égale ou inférieure aux paliers actuels, l'obligation envisagée serait peu utile, mais acceptable. Si cette obligation devait être étendue à des paliers tarifaires plus élevés que ceux pratiqués actuellement, alors les abus seraient plus difficiles à gérer pour les opérateurs de boucle locale au départ, en particulier en cas de pics soudains de trafic.

COLT préconise par conséquent :

- Que l'Autorité renonce à faire de l'obligation d'acheminement des appels vers les SVA une obligation ex ante,
- Et à tout le moins, si une telle mesure devait être prise, qu'elle soit restreinte aux valeurs de paliers tarifaires inférieures ou égales à celles actuellement pratiquées,
- Et à tout le moins que toute extension du plafond de palier tarifaire auquel s'applique l'obligation d'acheminement fasse l'objet d'une consultation publique préalable.

3.5 Q.4 : Quelles sont les remarques du secteur quant aux objectifs visés par l'Autorité dans cette partie et quant à l'obligation [de facturation imposée aux opérateurs facturiers] proposée ici ?

Pour les paliers pratiqués aujourd'hui en France, l'obligation, que l'Autorité envisage d'imposer aux opérateurs facturiers, de faire droit aux demandes raisonnables de facturation et de recouvrement, dans des conditions objectives et non-discriminatoires, paraît à COLT mal fondée, insuffisante et inutile :

- Mal fondée, car non appuyée sur une analyse du marché 8 (départ d'appel fixe) et du marché 15 (départ d'appel mobile),
- Insuffisante car non orientée vers les coûts,
- Inutile, car les opérateurs autres que France Télécom fournissent déjà l'ensemble de ces prestations, bien que le niveau tarifaire puisse faire l'objet de débats²⁴.

3.6 Q.4 bis : Quels sont les impacts et conséquences des mesures ainsi proposées sur le fonctionnement actuel du secteur, pour les opérateurs départ et les opérateurs exploitant de numéros SVA ?

Selon COLT, l'impact d'une généralisation d'une telle mesure, si elle devait être adoptée, serait la généralisation des niveaux de prélèvement excessifs pratiqués au titre de la facturation et du recouvrement par France Télécom, les opérateurs mobiles et la plupart des opérateurs de boucle locale résidentielle (voir section 3.1 du présent document). Le risque serait très grand en effet que, lors d'un règlement de différend, l'Autorité considère comme raisonnable les taux de prélèvement excessifs actuellement pratiqués par les acteurs en question, alors que ces taux partent d'une situation tout à fait inacceptable par laquelle France Télécom fait payer pour des prestations complexes et inefficaces liées à des décisions réglementaires historiques qui ne sont plus pertinentes.

3.7 Q.5 : Quelles sont les remarques du secteur quant aux objectifs visés par l'Autorité et à l'obligation [d'acheminement imposée aux exploitants de numéros SVA] qu'elle propose ici d'adopter pour les atteindre ?

L'Autorité cherche ainsi à interdire les utilisations du plan de numérotation public comme s'il s'agissait de plans de numérotation privés.

COLT adhère à cet objectif, mais pense qu'il est déjà traité par les textes en vigueur (cf. CPCE article L34-8 : « Les exploitants de réseaux ouverts au public font droit aux demandes d'interconnexion des autres exploitants de réseaux ouverts au public (...) » et que les cas litigieux pourraient tout aussi bien être traités dans un cadre de régulation ex post (règlement de différend par exemple).

La restriction relative aux modalités de suspension de l'acheminement de l'appel en cas de fraude, d'abus ou de manquement aux recommandations déontologiques est quant à elle la bienvenue.

3.8 Q.5 bis : Quelles sont en particulier les remarques du secteur quant à l'interprétation qu'il convient de donner au concept de non discrimination appliqué aux numéros SVA du plan national de numérotation, et en particulier à l'interdiction des clauses d'exclusivité sur ces numéros ?

La question posée ici relève de deux débats :

- Le débat sur les limites du principe « Any to Any » d'une part, qui concerne dans ce cas le consommateur appelant et l'éditeur de service,

²⁴ Voir par exemple le règlement de différend Le Numéro c. Orange France

- Le débat sur la Net Neutrality des réseaux de communication électronique, ou sur l'intégration verticale ou non entre les opérateurs de communications électroniques et les fournisseurs de contenus payants d'autre part.

Du point de vue du bien-être du consommateur, le « *Any to Any* » peut paraître légitime des boucles locales vers les services à valeur ajoutée, **du moins pour les paliers tarifaires inférieurs ou égaux en valeur à ceux pratiqués aujourd'hui**. Du point de vue des éditeurs de services, on peut rappeler que l'ouverture des services de renseignement téléphonique à la concurrence (encore une décision d'analyse des marchés qui n'a pas dit son nom !) a été accompagné de la suppression des plans de numérotation internes d'appels aux services de renseignements de chaque opérateur mobile.

Du point de vue de la question de la *Net Neutrality*, compte tenu du fait que la concurrence en France, dans le domaine des réseaux fixes, s'exerce entre des concurrents de taille très inégale, et ce, quel que soit l'horizon de temps auquel on se place, il paraît en effet sage d'interdire l'exclusivité sur les numéros SVA à tel ou tel opérateur de boucle locale appelante, du moins pour les paliers tarifaires inférieurs ou égaux en valeur à ceux pratiqués aujourd'hui.

3.9 **Q.5 ter : Quels sont les impacts et conséquences des mesures ainsi proposées sur le fonctionnement actuel du secteur, pour les opérateurs exploitant les numéros SVA et les opérateurs départ ?**

L'impact d'une obligation d'accessibilité aux numéros SVA du plan national de numérotation aurait surtout un impact sur les opérateurs mobiles, les SVA de France Télécom étant traditionnellement ouverts à l'interconnexion.

3.10 **Q. 6 : Quelles sont les remarques du secteur quant à cette articulation avec la procédure d'analyse des marchés ?**

COLT a développé ce point au plan juridique en section 2 de la présente réponse : la solution consistant à lever un remède hors du cadre de la révision d'une analyse de marché est juridiquement attaquable et devrait être évité pour la sécurité juridique de l'ensemble de l'activité des SVA.

COLT estime également que l'article L 34-8 III du CPCE ne permet pas à l'ARCEP d'adopter la mesure envisagée en l'absence de problème avéré de la connectivité.

Au plan concurrentiel, COLT pense que la démarche proposée aboutira à pérenniser les prélèvements excessifs de France Télécom, des opérateurs mobiles et des opérateurs alternatifs fixes résidentiels sur la facturation et le recouvrement des services à valeur ajoutée, ne contribuant donc aucunement à régler les problèmes de prix excessifs.

3.11 Q. 6 bis : En particulier, quelles sont les conséquences pour France Télécom et les autres acteurs de la suppression proposée de l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts pour la prestation de facturation pour compte de tiers ?

Pour France Télécom, une telle suppression constituerait une aubaine pour :

- Maintenir l'avantage concurrentiel indu dont jouissent ses services Audiotel par rapport aux services à valeur ajoutée des opérateurs alternatifs
- Encaisser les gains d'efficacité du recouvrement effectué par l'OBL départ, grâce à un service de facturation-recouvrement des SVA des opérateurs tiers redevenu aussi efficace que celui de ses propres SVA, couplé à la fixation de tarifs de facturation-recouvrement comparable à ce que pratiquent aujourd'hui les opérateurs mobiles. Il s'agirait d'un nivellement par le haut, France Télécom pouvant abandonner les systèmes de facturation et recouvrement complexes et inefficaces mis en place par elle sous l'ancien cadre, et ainsi appliquer des pratiques efficaces comme les autres opérateurs de départ, mais tout en gardant l'ancien prix pour la prestation.

Pour les opérateurs alternatifs fixes présents sur le marché de la collecte des SVA, cette mesure tuerait à jamais l'espoir d'une compétitivité meilleure vis-à-vis des services Audiotel de France Télécom, car France Télécom pourrait utiliser la nouvelle rente dégagée sur cette activité pour améliorer ses conditions tarifaires proposées aux fournisseurs et éditeurs de service, créant ainsi des subventions croisées abusives pour réduire la concurrence.

3.12 Q. 7 : Estimez-vous que d'autres mesures, qui relèveraient de la compétence de l'ARCEP, sont nécessaires et seraient ainsi de nature à assurer le bon développement du secteur des SVA ?

COLT demande avant tout une véritable analyse du marché d'appels vers les numéros SVA dans le cadre des marchés 8 (départ d'appel fixe) et 15 (départ d'appel mobile) pour montrer que le marché du départ d'appel de chaque boucle locale départ pourrait constituer un marché pertinent créant une situation de puissance individuelle comparable à la situation qui existe pour la terminaison des appels sur chaque réseau, même si le cas de France Télécom devra toujours être traité à part, notamment au niveau des remèdes, afin de tenir compte de sa puissance sur le marché et son intégration verticale.²⁵

3.13 Q. 8 : Pensez-vous qu'une instance comme le CST-CTA répondrait, moyennant l'adaptation des règles en vigueur aujourd'hui, aux attentes du secteur en termes de contrôle déontologique et de protection du consommateur ?

Le problème du CST et du CTA a été sa vacance du fait des pouvoirs publics qui n'ont pas nommé le Président et les membres de cette instance depuis environ deux ans, à part un intervalle de quelques semaines il y a un an. Cette question se pose aujourd'hui à la lumière du projet de décret relatif au projet de Commission de Régulation des Services en Ligne. COLT renvoie l'Autorité à la réponse de l'AFORST concernant ce projet de décret.

²⁵ Voir à ce sujet la consultation de l'AGCOM citée plus haut.

3.14 Q. 8 bis : Quelles autres mesures sont selon vous nécessaires pour améliorer le contrôle déontologique des contenus ?

COLT ne préconise pas de mesure générique autre que celles mentionnées en réponse à la question 8.

3.15 Q. 8 ter : Estimez-vous nécessaire de réfléchir à une action particulière en matière d'information des tarifs pour les consommateurs ? Si oui, comment proposez-vous de participer à cette réflexion ? Quels seraient les moyens pertinents à mettre en place ?

Avec la réserve près que les tarifs sont à comprendre au sens transport plus services dans le cas des opérateurs fixes, et service seulement dans le cas des opérateurs mobiles, COLT préconise que chaque appel vers un SVA payant commence par la mention de son coût.

3.16 Q. 9 : Existe-t-il des obstacles techniques ou juridiques à la mise en place de mécanismes permettant aux opérateurs de proposer des options de filtrage de certains services à leurs clients ? Si oui, comment les lever ?

La seule façon de proposer des options de filtrage serait d'isoler les appels à filtrer vers une ou plusieurs tranches spéciales. Mais se poserait alors la question de la responsabilité de la classification de chaque service.

3.17 Q. 9 bis : Si des obstacles existent, y a-t-il des actions du ressort de l'ARCEP indispensables pour rendre possible la mise en place de systèmes de filtrage ?

Il faudrait que l'ARCEP procède à une refonte du plan de numérotation pour dédier, en aussi grand nombre qu'il y a de tranches classiques et de paliers, des tranches nouvelles relatives aux services à filtrer. Cela dit, compte tenu de l'encombrement de la tranche 08 et de la non-structuration tarifaire de la tranche des 3BPQ, cela imposerait de refondre entièrement les tranches en question, ce qui aurait un coût élevé de perte de notoriété de l'ensemble des services.

3.18 Q. 10 : Pensez-vous qu'il est utile et nécessaire de revoir et d'harmoniser les paliers tarifaires associés aux services à valeur ajoutée ?

Le manque d'harmonie des paliers tarifaires est dû à la liberté de fixation des prix de détail. Il y a aujourd'hui deux formes principales de manque d'harmonie tarifaire :

L'airtime facturé par les opérateurs mobiles (dans le forfait ou hors forfait) en sus de ce qui correspond à la fois au transport et au service chez les fixes ;

La coexistence des systèmes de tarification au décroché et temps passé avec les systèmes de tarification par impulsions arrière.

Compte tenu du fait que les prestations de départ d'appel mobile ne sont pas offertes en tant que telles par les opérateurs mobiles, et que la facturation de détail de l'airtime peut prendre

des formes diverses, laissons sur ce point la liberté du commerce s'exercer et ne cherchons pas à harmoniser sur ce point les paliers tarifaires.

La revendication de gratuité du temps d'attente des hotlines des fournisseurs d'accès à internet a remis au goût du jour la tarification par impulsion arrière. Néanmoins, il s'agit d'une spécificité française, très peu répandue en dehors de notre pays, qui n'est assurée que par très peu de fournisseurs de systèmes de commutation. Il est à craindre que la gratuité du temps d'attente ait eu raison sur ce point de la perspective d'harmonisation tarifaires entre tarification par impulsion et tarification au temps passé par alignement des effets des impulsions sur ceux du temps passé.

3.19 Q. 10 bis : Quelles seraient les conséquences d'une telle harmonisation pour le consommateur ? Pour les opérateurs départ ? Pour les éditeurs de contenu ?

La concurrence, c'est le choix. Le choix, c'est la variété. Et la variété, c'est moins lisible qu'un monopole qui tarifie tous ses services selon les mêmes modalités. Sur ce point, notre pays a trouvé un juste milieu entre la liberté tarifaire totale des SVA, telle qu'elle est pratiquée en Suisse, au détriment de la lisibilité, et un système rigide où ne varieraient que la charge d'établissement d'appel et la charge par minute. Harmoniser davantage les tarifs reviendrait à formater au plan tarifaire toutes les offres sur le même moule. Offrir aux fournisseurs de SVA une liberté tarifaire totale imposerait une refonte de tous les systèmes de taxation et de facturation chez tous les opérateurs fixes et mobiles, pour les aligner une sur une seule et même spécification. Ce serait d'un coût et d'une complexité qui ne paraissent pas très raisonnables.

En revanche, COLT serait favorable à une mesure limitant le niveau tarifaire des numéros à palier élevé à leur niveau actuel afin de limiter toute dérive.

3.20 Q. 10 ter : En tant qu'opérateur départ, êtes vous prêts à travailler avec les autres opérateurs en vue d'une telle harmonisation ?

COLT participerait à de tels travaux, par acquit de conscience, mais sans en attendre grand-chose.

3.21 Q. 11 : Que pensent les acteurs d'une extension du schéma en « C+S » au monde fixe en termes de lisibilité pour le consommateur ? Quels sont les avantages et inconvénients d'un tel schéma pour le consommateur ?

COLT pense qu'il convient d'entériner le fait que les tarifs sont à comprendre au sens transport plus services dans le cas des opérateurs fixes, et service seulement dans le cas des opérateurs mobiles. Ce n'est pas parce que la facturation de la composante transport est devenue peu lisible chez certains OBL mobiles ou fixes pratiquant des forfaits (ce transport est-il compris dans mon forfait ou non ?) qu'il faut pour autant le rendre moins lisible ce qui l'est aujourd'hui : le prix d'un appel quand celui-ci est facturé à l'appel et à la minute.

3.22 Q. 11 bis : Quels sont les avantages d'un tel schéma pour les opérateurs en considérant qu'il n'a pas d'impact sur l'architecture actuelle d'interconnexion, en particulier pour les opérateurs départ fixes ? Pour les opérateurs collecteurs ? Pour les exploitants de numéros SVA et pour les éditeurs de contenu ?

COLT, en tant qu'opérateur de départ fixe et en tant qu'opérateur collecteur, ne voit aucun avantage à séparer le coût du transport de celui du service.

Pour les exploitants de numéros SVA et pour les éditeurs de contenu, COLT pense qu'il s'agit d'une fausse bonne idée, les clients appelants n'étant pas forcément satisfaits de n'avoir de visibilité que sur une seule des deux composantes du prix de leurs appels vers les SVA.

3.23 Q. 11 ter : Quels sont les inconvénients d'un tel schéma pour les opérateurs en considérant qu'il n'a pas d'impact sur l'architecture actuelle d'interconnexion, en particulier pour les opérateurs départ fixes ? Pour les opérateurs collecteurs ? Pour les exploitants de numéros SVA et pour les éditeurs de contenus ?

Pour les opérateurs départ fixes, ceci conduirait à deux lignes de facturation par appel, une pour le transport, une pour le service. Que deviendrait dans ce cas la gratuité du temps d'attente des hotlines des FAI ? S'agirait-il d'une simple gratuité du service alors que le transport resterait payant ? Au nom de quoi le transport serait-il gratuit s'il doit être facturé indépendamment du service ?

3.24 Q. 12 : Que pensent les acteurs de l'idée d'un travail de collaboration de l'ensemble du secteur sur ces sujets ? Sont-ils favorables à la mise en place d'un groupe de travail ad hoc, ou plus généralement d'un syndicat interprofessionnel ? Quels seraient les éventuels obstacles à leur création ?

La question de la création d'un syndicat professionnel des communications électroniques est un vaste débat qui dépasse largement la question des services à valeur ajoutée. De toute façon, un tel syndicat professionnel, s'il voit le jour, éprouvera les mêmes difficultés sur ce point que l'AFORST en raison de la variété contradictoire des intérêts de ses membres.

3.25 Q 13 : Etes-vous demandeur de l'existence d'une offre de libre appel entièrement gratuite pour l'appelant, y compris au départ des réseaux mobiles ? Comment évalueriez-vous l'impact de cette offre sur les opérateurs départ ? Sur les fournisseurs de services et/ou éditeurs de contenu ?

La question d'une offre de libre appel entièrement gratuite pour l'appelant, y compris au départ des réseaux mobiles, est liée à celle de l'ouverture des réseaux mobiles à la sélection du transporteur. Si elle existe, à quel prix ? Serait-elle orientée vers les coûts ? Il est surprenant de poser cette question alors que l'Autorité vient une fois de plus de remettre aux calendes grecques celle de la régulation du marché 15, au nom de l'attribution éventuelle d'une quatrième licence UMTS.

3.26 Q. 14 : Quelles autres mesures pourraient ou devraient être mises en place pour favoriser la protection du consommateur et en particulier la lisibilité tarifaire ?

COLT n'a pas de préconisation à faire ne la matière.

3.27 Q. 15 : La réalisation par l'opérateur historique d'une base de numéros portés qui inclurait les numéros SVA permettrait-elle de faciliter les flux financiers en cas de portabilité des numéros SVA ?

Voir réponse commune aux questions 14, 15 et 15 bis.

3.28 Q. 15 bis : Estimez-vous nécessaire que l'opérateur receveur d'un numéro SVA soit soumis à l'obligation d'informer les opérateurs départ dès le portage du numéro SVA ?

Si la perspective des opérateurs est de passer au routage direct des numéros portés, cette perspective doit comprendre les numéros portés des SVA. Dans ces conditions, il sera nécessaire qu'une entité centrale rassemble et diffuse l'information sur les numéros portés, y compris ceux vers les SVA. Pourquoi cette entité centrale devrait-elle être France Télécom plutôt qu'un GIE comparable à l'EGP mis en place par les opérateurs mobiles ou les associations sans but lucratif qui existent dans de nombreux autres pays ?

4 Conclusion générale

Les problèmes concurrentiels affectant le secteur des SVA proviennent essentiellement de la puissance sur le marché de France Télécom, qui a conduit à l'application prix excessifs et de conditions discriminatoires fondées sur un système particulièrement complexe et inefficace de facturation et de recouvrement créé à la suite de négociations avec l'Autorité à la fin des années 1990. Ces problèmes ont été partiellement mais imparfaitement traités dans le cadre des décisions successives d'approbation des catalogues d'interconnexion de France Télécom. Ces décisions ont conduit à une obligation d'orientation vers les coûts pour France Télécom pour certaines prestations, mais la notion d'opérateur efficace n'est pas appliquée dans les faits. Par ailleurs France Télécom a pu se distinguer d'autres opérateurs de départ en indiquant qu'il était impossible pour elle d'effectuer le recouvrement pour certains paliers tarifaires. Cette position a, semble-t-il, évolué car France Télécom accepterait maintenant de faire comme les autres, à condition que le régulateur enlève l'obligation d'orientation vers les coûts.

Une question subsidiaire de puissance se pose à l'égard d'autres opérateurs de départ, notamment (mais pas exclusivement) les opérateurs mobiles compte tenu du nombre très élevé de leurs abonnés et de leur puissance sur le marché pour cette prestation.

Mais ces problèmes sont secondaires par rapport à ceux liés à la puissance économique de France Télécom sur le marché de départ d'appels et son intégration verticale dans toute la chaîne de valeurs des appels vers les SVA.