



**CONSULTATION PUBLIQUE SUR L'ANALYSE DES MARCHES DE LA
TERMINAISON D'APPELS GEOGRAPHIQUES SUR LES RESEAUX
ALTERNATIFS**

N°09



SOMMAIRE

<i>Sommaire</i>	2
<i>Synthèse</i>	3
<i>Introduction</i>	5
1. Rôle et les enjeux de la terminaison d'appels	5
2. Délimitation des marchés pertinents	8
A. Définition de la terminaison d'appels géographiques	8
B. Analyse de la substituabilité entre les différentes offres de terminaison d'appels	8
<i>B.1 Le marché de produits concerné : la terminaison d'appels géographiques sur les boucles locales d'opérateurs alternatifs</i>	9
<i>a) Examen de la substituabilité du côté de l'offre</i>	9
<i>b) Examen de la substituabilité du côté de la demande</i>	10
<i>B.2 La dimension géographique du marché pertinent</i>	11
3. Identification des opérateurs puissants	13
A. Part de marché	13
B. Contrôle d'une infrastructure difficile à dupliquer	13
C. Existence et importance d'une puissance d'achat compensatrice	14
<i>C.1 Existence et importance de la puissance d'achat de France Télécom</i>	14
<i>C.2 Analyse des contre-pouvoirs éventuels des acheteurs</i>	18
<i>C.3 Critères additionnels</i>	18
4. Obligations	20
A. S'agissant de l'obligation de faire droit à une demande d'interconnexion	20
B. S'agissant des obligations de non discrimination et de transparence	21
C. S'agissant de l'obligation de ne pas pratiquer un tarif excessif	21

SYNTHESE

ADP Télécom ne dispose pas d'une position lui permettant d'imposer des conditions tarifaires anticoncurrentielles à France Télécom dans le cadre de la fourniture de prestations d'interconnexion.

Non seulement une telle situation n'a jamais été rencontrée en pratique, ni pour la terminaison d'appels géographiques ni pour aucune autre prestation d'interconnexion fournie par un opérateur de boucle locale alternatif quel qu'il soit, pas plus ADP Télécom qu'un autre opérateur, mais, bien au contraire, l'historique des rapports d'interconnexion entre France Télécom et les opérateurs alternatifs démontre avec force la puissance d'achat dont bénéficie l'opérateur historique et la faculté dont il dispose d'imposer ses propres conditions.

ADP Télécom souhaite donc que l'Autorité approfondisse la première analyse qui l'a conduite, sans jamais circonstancier son analyse, à considérer de manière théorique que chaque opérateur de boucle locale alternatif est puissant sur un marché pertinent défini comme celui des prestations de terminaison d'appels géographiques sur son propre réseau.

En effet, en premier lieu, s'agissant du marché pertinent à considérer, il existe diverses hypothèses qui n'ont pas été envisagées par l'Autorité qui assureraient la substituabilité des prestations de terminaison d'appels de France Télécom avec des prestations de terminaison d'appels fournies par les opérateurs de boucle locale alternatifs, voire avec des prestations permettant d'accéder au client final sans avoir recours à une prestation de terminaison d'appels.

En outre, en deuxième lieu, sur ces marchés à redéfinir, il apparaît que les opérateurs de boucle locale alternatifs et plus spécialement ADP Télécom, ne sont en tout état de cause pas dans la position d'opérateur puissant.

Au surplus, en troisième lieu, compte tenu de la taille du réseau d'ADP Télécom et de sa position sur le marché de détail aval, il est difficile de considérer qu'elle pourrait établir un niveau de charges de terminaison d'appels anticoncurrentiel, la faculté des opérateurs alternatifs comme ADP Télécom de contraindre France Télécom étant extrêmement faible.

En tout état de cause, en quatrième lieu, ADP Télécom indique qu'elle souhaite que l'Autorité réévalue son analyse des contre-pouvoirs dont dispose France Télécom tant au regard :

- du comportement de France Télécom dans le cadre des négociations et de l'exécution des conventions d'interconnexion et d'accès et des procédures en ayant résulté,
- de la faculté dont dispose l'opérateur historique de saisir le Conseil de la concurrence, et
- de la position de France Télécom tant en matière d'achat des prestations de terminaison d'appels des opérateurs de boucle locale alternatifs que sur le marché de détail.

-

Enfin, en cinquième lieu, compte tenu de la faculté dont pourrait user France Télécom, sous le contrôle de l'Autorité ou du Conseil de la concurrence, de différencier son tarif de détail afin de prendre en compte une charge d'interconnexion d'un opérateur de boucle locale déterminé qui lui imposerait un tarif excessif, il n'existe manifestement aucun risque que le niveau de terminaison d'appels pratiqué par chaque opérateur de boucle local alternatif soit excessif.

ADP Télécom souhaite préciser que son analyse n'affecte en tout état de cause pas substantiellement les mesures envisagées par l'Autorité dans la mesure où les mesures proposées par l'Autorité résultent déjà d'obligations issues du cadre réglementaire en vigueur et du droit général de la concurrence.

INTRODUCTION

L'Autorité de régulation des télécommunications (ci-après « ART ») a lancé, le 17 janvier 2005, une consultation publique sur l'analyse des marchés de la terminaison d'appels géographiques sur les réseaux alternatifs dans le cadre du processus d'analyse des marchés, conformément aux dispositions des articles L. 37-1 et suivants du code des postes et des communications électroniques (ci-après « CPCE »).

ADP Télécom souhaite, en sa qualité d'opérateur de boucle locale éclairer l'Autorité sur son activité et apporter des compléments à l'analyse soumise à consultation.

Après avoir apporté ses commentaires sur le rôle et les enjeux de la terminaison d'appels tels que développés par l'Autorité (1), la présente contribution abordera la question de la délimitation des marchés pertinents (2) et de l'identification des opérateurs puissants (3) avant de commenter les obligations envisagées par l'Autorité (4).

1. ROLE ET LES ENJEUX DE LA TERMINAISON D'APPELS

Si le rappel du nouveau cadre réglementaire introductif n'appelle pas de commentaires particuliers de la part d'ADP Télécom, à l'instar des développements consacrés à la portée de l'analyse de l'Autorité, il en va différemment du chapitre relatif aux « rôles et enjeux de la terminaison d'appels ».

Dans son document de consultation, l'Autorité aborde spécifiquement les rôles et les enjeux de la terminaison d'appels (pages 5 et 6) et son propos introductif à ce sujet revêt un caractère structurant pour son analyse de fond.

En effet, l'Autorité insiste, en premier lieu, sur l'importance de la prestation de terminaison d'appels, indispensable à l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications dans la mesure où elle garantit que les clients de tous les opérateurs pourront communiquer entre eux, indépendamment de la taille du réseau de l'opérateur ou du nombre de clients de ce dernier.

ADP Télécom partage entièrement l'analyse de l'Autorité sur ce point dans la mesure où, à défaut de l'existence d'une telle prestation de terminaison d'appels et de l'obligation faite à tout opérateur de la fournir aux autres opérateurs qui en font la demande, un opérateur dominant pourrait faire valoir sa position sur le marché de détail pour refuser de consentir cette prestation sur le marché de gros et ainsi empêcher les clients de ses concurrents d'accéder à ses propres clients.

Une telle pratique aurait alors inéluctablement pour effet de favoriser la reconstitution d'un monopole en raison de l'effet de club dont bénéficierait l'opérateur dominant.

Toutefois, ADP Télécom ne partage pas entièrement l'analyse de l'Autorité relative au modèle économique du « *calling party pays* ».

En effet, l'Autorité considère que, dans la mesure où c'est l'appelant sur le marché de détail qui assume le coût de la prestation fournie sur le marché de gros par l'opérateur de l'appelé, le

prix de gros contraint le prix de détail et qu'il s'ensuit, en vertu d'un principe économique dit d'« externalité », « qu'il n'existe intrinsèquement pas, ou peu, d'incitation économique pour les opérateurs de boucle locale à fixer leurs charges de terminaison d'appels à des niveaux 'concurrentiels' c'est-à-dire à des niveaux qui pourraient être constatés si ces prestations étaient soumises à une concurrence effective ».

Cette analyse rappelle des arguments présentés par France Télécom dans le cadre de trois règlements de différends successifs qui l'ont opposée devant l'Autorité à divers opérateurs de boucle locale¹ en 1999, 2001 et 2003 et repose sur le postulat suivant :

Pour l'Autorité, comme pour France Télécom, dès lors que le tarif d'interconnexion d'un opérateur alternatif est intégré au tarif de détail de France Télécom, le tarif de cet opérateur alternatif doit être régulé et cela par référence aux coûts de France Télécom afin d'éviter tout effet potentiellement anticoncurrentiel.

Le fondement juridique de ce contrôle reposait, sous l'empire de l'ancien code des postes et télécommunications, sur l'article D.99-10 du code précité qui imposait à l'ensemble des opérateurs (même non puissants) une obligation de fixer un tarif d'interconnexion n'aboutissant pas à faire peser une « charge excessive » sur l'opérateur interconnecté.

Cette situation a abouti à la fixation par l'Autorité d'un tarif de terminaison d'appels sur une base identique pour tous les opérateurs de boucle locale fixe, France Télécom et les nouveaux entrants depuis 1998, lequel est uniquement pondéré par le niveau d'interconnexion au réseau de France Télécom (et encore dans des conditions rendant son application difficile ainsi qu'il sera exposé ci-après, cf. *infra* §.4) et, depuis 2003, par l'application d'un coefficient de retardement (année N-5) par rapport au tarif de terminaison de France Télécom.

Ce système couramment désigné sous les termes « réciprocité tarifaire retardée » ne permettait nullement de prendre en compte la spécificité et donc les coûts de chaque opérateur (tarif unique) et reflétait uniquement les coûts de France Télécom (tarif exogène).

ADP Télécom souhaite à cet égard faire observer à l'Autorité qu'une telle analyse n'a jamais été mise en œuvre en matière de téléphonie mobile, où pourtant le modèle du « *calling party pays* » trouve également à s'appliquer, notamment dans le cas des appels fixes vers mobiles.

La liberté tarifaire sur la terminaison d'appels qui a prévalu pendant les années de déploiement et d'amortissement des réseaux des nouveaux entrants a permis aux opérateurs mobiles de financer, pour partie au moins, le déploiement de trois réseaux de boucle locale alternatifs sur l'ensemble du territoire métropolitain, tout en ménageant les intérêts de l'opérateur historique.

A supposer, en effet, que l'augmentation d'un tarif de terminaison d'appels conduise en pratique, et non simplement en théorie, à faire face à des charges excessives, il appartient à France Télécom, dans le cadre du contrôle de ses tarifs de détail de solliciter la répercussion de cette charge excessive (et de la partie excessive seule et non de la totalité de l'augmentation) sur ses tarifs de détail, comme ce fut le cas pour les appels fixes vers mobiles.

¹ Respectivement Cegetel Entreprises, UPC France, Completel et Estel.

Cette solution correspond d'ailleurs à la position exprimée par le Conseil de la concurrence dans son avis n° 01-A-01 en date du 16 mars 2001 relatif à la tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ de son réseau vers des réseaux alternatifs, lequel prévoit explicitement la possibilité pour France Télécom de pratiquer des tarifs de détail différents en fonction du niveau des charges de terminaison d'appels.

L'examen des relations de France Télécom avec les opérateurs mobiles révèle cependant l'absence de répercussion automatique sur les tarifs de détail d'un écart entre les différents tarifs de gros.

Ainsi, France Télécom, tant que les prestations de terminaisons d'appels des opérateurs mobiles lui ont été facturées à 4,57 centimes d'euro pour les appels émis depuis l'international, n'a pas estimé qu'une telle charge de terminaison, pourtant largement supérieure à ses propres charges de terminaison, justifiait un tarif de détail plus élevé pour les appels internationaux fixes vers mobiles.

De même, France Télécom a toujours choisi de pratiquer un tarif identique pour les communications vers Orange et SFR, en dépit de tarifs de terminaison d'appels pourtant très sensiblement différents (différence d'environ 1 centime d'euro) et ce, pour un trafic autrement plus important en volume et en valeur que celui des opérateurs alternatifs fixes existants aujourd'hui.

En revanche, France Télécom a choisi de différencier le coût des appels vers Bouygues Telecom, compte tenu d'une différence considérable cette fois du tarif de terminaison d'appels.

Ce point ressort de la lecture même de l'avis du Conseil de la concurrence précité qui atteste de ce que France Télécom a décidé de maintenir un tarif de détail identique pour lesdits appels nonobstant « *une différence de 6 cts [de francs] sur le prix de la terminaison d'appel entre France Télécom Mobiles et SFR (1,26 F pour France Télécom Mobiles et 1,32 F pour SFR), France Télécom propose un tarif de base identique pour les communications à destination de ces deux réseaux. En revanche, le tarif des appels vers les mobiles Bouygues reste inchangé, ce qui les rend désormais plus chers que les appels destinés aux deux autres réseaux* ».

Il n'existe donc aucun risque réel sur le marché de détail quant au niveau de terminaison d'appels de chaque opérateur alternatif de boucle locale, dans la mesure où le droit de la concurrence et la réglementation des télécommunications permettent à France Télécom de répercuter, si elle apporte la preuve de la nécessité d'une telle augmentation du tarif d'interconnexion sur son tarif de détail (laquelle ne pourra être ni mécanique ni systématique), et de garantir que cette augmentation est conforme au respect des règles d'une concurrence par les seuls mérites.

2. DELIMITATION DES MARCHES PERTINENTS

A. Définition de la terminaison d'appels géographiques

ADP Télécom constate, s'agissant de la définition de la terminaison d'appels géographiques, que l'Autorité retient en pages 8 et 9 de son document de consultation une architecture technique correspondant au réseau de l'opérateur historique, qui ne semble pourtant pas être une référence pertinente pour la totalité des opérateurs. Cela est notamment vrai au niveau de la distinction entre les prestations de transit et les prestations d'accès, dans le cas fréquent où le réseau est organisé de manière différente (notamment en raison d'un nombre d'abonnés ou d'une zone de couverture sans comparaison avec celle de France Télécom).

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

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

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

ADP Télécom souhaite donc que l'Autorité approfondisse son analyse sur ce point et l'illustre non plus par référence à l'architecture du réseau de France Télécom, qui n'est pas visée par la présente consultation, mais au regard de l'architecture du réseau des opérateurs mentionnés en Annexe A et, s'agissant d'ADP Télécom, au regard de son propre réseau.

De manière générale, ADP Télécom souhaite que l'analyse du marché pertinent qui la concerne, de son éventuelle position de puissance et des mesures que l'Autorité envisage de lui imposer, soit effectuée au regard de sa situation spécifique et concrète et non au moyen d'une évocation de circonstances indistinctes à l'ensemble des opérateurs de boucle locale alternatifs ; opérateurs qui sont dans des situations qui ne sont souvent pas comparables avec la sienne.

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

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

ADP Télécom tient tout d'abord à souligner que, s'agissant de la détermination des marchés pertinents, l'Autorité a retenu, de façon systématique et sans examen individualisé, l'existence d'un marché spécifique pour chaque opérateur de boucle locale alternatif dont le nom figure en Annexe A de sa consultation.

Ainsi, l'Autorité n'a pas analysé les positions respectives des acteurs sur le marché de détail ni étudié la question de la substituabilité des prestations fournies par chaque opérateur avec celles fournies par un autre opérateur, qu'il s'agisse de France Télécom ou d'un opérateur alternatif.

ADP Télécom estime qu'une telle méthodologie ne permet pas d'atteindre l'objectif poursuivi par la consultation publique et le processus d'analyse des marchés.

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

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

Or, contrairement à la recommandation de la Commission européenne susvisée, l'Autorité n'a pas envisagé l'existence d'un marché plus vaste que celui aisément identifiable de l'opérateur de boucle locale alternatif par une analyse motivée de la substituabilité tant du côté de l'offre que du côté de la demande, ni recherché à faire preuve d'exhaustivité pour établir la liste des opérateurs détenteurs d'une boucle locale sur le territoire métropolitain.

Elle a uniquement annexé une liste des opérateurs de boucle locale alternatifs et affirmé que les prestations de terminaison d'appels des uns n'étaient pas substituables avec celles des autres sans procéder à une analyse approfondie.

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

L'Autorité relève à cet égard « qu'il convient d'examiner les possibilités de substitution du point de vue de l'offre (...) entre des prestations de terminaisons d'appel offertes sur deux réseaux distincts pour l'acheminement de communications à destination des mêmes clients ». L'Autorité conclut sur ce point « *qu'une telle situation n'existe pas ou est limitée à de très rares utilisateurs* ».

ADP Télécom ne partage pas le point de vue de l'Autorité compte tenu du fait qu'il n'est pas rare qu'un abonné d'un opérateur de boucle locale alternatif soit également raccordé au réseau de France Télécom.

Ainsi par exemple, pour raccorder leurs abonnés à l'un de leurs services (TV, Internet ou téléphonie), les câblo-opérateurs déploient dans tous les cas leurs propres infrastructures de raccordement, non pas en réutilisant ou en louant les infrastructures de France Télécom mais en déployant leurs propres infrastructures, laissant ainsi systématiquement à chacun de leurs clients la possibilité de conserver son abonnement chez France Télécom, même lorsque cet abonné ne souscrit que l'abonnement téléphonique.

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

Il en va de même sur les zones géographiques où sont présents plusieurs opérateurs de boucle locale alternatifs utilisant d'autres technologies de raccordement (BLR, Boucle optique, etc.). S'agissant du cas spécifique d'ADP Télécom, il convient de relever que, sur les diverses zones de présence d'ADP Télécom, France Télécom raccorde directement ses clients et que certains d'entre eux disposent à ce titre d'un double raccordement.

Dès lors, les prestations de terminaison d'appels offertes par France Télécom sont substituables à celle d'ADP Télécom en cas de hausse du prix de la terminaison d'appels d'ADP Télécom. En conséquence, les prestations de terminaison d'appels géographiques fournies par ADP Télécom sur ses réseaux ne constituent pas un marché pertinent.

Une analyse complémentaire de l'Autorité sur ce point nous paraît donc indispensable.

b) Examen de la substituabilité du côté de la demande

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

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

A cet égard, ADP Télécom considère que, en application du principe de neutralité technologique, tous les services de téléphonie fixe, y compris sur un accès large bande (VOIP) font partie d'un même marché.

En particulier, et en dépit de la première analyse retenue par l'Autorité, ADP Télécom considère que les services de communications sur accès à large bande doivent être pris en compte dans l'analyse des marchés considérés.

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

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

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

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

Là encore, une analyse complémentaire nous paraît nécessaire aux termes de laquelle il est loin d'être acquis qu'il faille retenir un marché pertinent pour les prestations de terminaison d'appels de chaque opérateur sur son réseau.

B.2 La dimension géographique du marché pertinent

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

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

ADP Télécom s'étonne que l'Autorité n'ait pas brossé une présentation même sommaire de son réseau et de celui de chaque opérateur concerné et donc de la dimension géographique des marchés pertinents concernés.

Une description schématique desdites boucles locales l'aurait en effet conduite à constater, par contraste avec la dimension géographique du réseau de France Télécom, la petite taille de la boucle locale d'ADP Télécom.

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

Selon ADP Télécom, une analyse circonstanciée des marchés pertinents aurait dû conduire l'Autorité à examiner l'existence de marchés pertinents autres que ceux de la terminaison d'appels de chaque opérateur de boucle locale alternatif sur son réseau.

ADP Télécom s'interroge sur la segmentation artificielle³ à laquelle l'analyse conduite aboutit et sur sa cohérence par rapport aux objectifs poursuivis dans le cadre de la mise en place d'une réglementation *ex ante* applicable aux réseaux et services de communications électroniques. ADP Télécom estime que la mention par la Commission de la possibilité de l'existence d'un tel marché sur chaque réseau ne dispense pas d'une analyse détaillée des circonstances nationales propres.

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

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

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

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

ADP Télécom propose en conséquence à l'Autorité d'approfondir son analyse de la délimitation des marchés pertinents.

3. IDENTIFICATION DES OPERATEURS PUISSANTS

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

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

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

A. Part de marché

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

Sous réserve d'une analyse approfondie de l'Autorité, il apparaît, s'agissant des prestations fournies par ADP Télécom, que France Télécom peut offrir des prestations substituables.

En conséquence, cette analyse devra être modifiée pour tenir compte des résultats d'une nouvelle délimitation des marchés pertinents incluant notamment à tout le moins les parts de marché de France Télécom et la faculté pour un client de changer d'opérateur de boucle locale en réponse à une augmentation du tarif de terminaison d'appels.

B. Contrôle d'une infrastructure difficile à dupliquer

ADP Télécom pense que l'Autorité affirme sans motivation suffisante que tout opérateur de boucle locale alternatif contrôle une infrastructure difficilement duplicable, c'est-à-dire une infrastructure essentielle.

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

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

Le Conseil de la concurrence a ainsi pu qualifier comme telle la boucle locale de France Télécom dans son avis n° 04-A-01 du 8 janvier 2004, et ce, à l'issue d'une analyse de plusieurs années, qui l'avait amené initialement à relever, dans un avis n° 97-A-07 du 27 mai 1997, que « *les opérateurs concurrents de France Télécom [...] sont également dépendants*

de l'opérateur public pour l'interconnexion de leurs réseaux au réseau téléphonique commuté public, malgré l'existence éventuelle d'infrastructures alternatives ».

En l'espèce et au contraire du réseau de France Télécom déployé sur l'ensemble de la France, rien n'interdit à un opérateur de dupliquer un réseau déployé sur une zone aussi limitée que celle d'ADP Télécom.

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

Or, la reconnaissance d'une infrastructure difficile à dupliquer se justifie d'autant moins que le Cour de Justice des Communautés Européennes a déjà considéré que le caractère économiquement difficile voire non rentable d'une activité économique (en l'espèce le déploiement d'une infrastructure alternative de boucle locale) ne suffit pas à caractériser une infrastructure essentielle⁴.

En tout état de cause, la seule mention de « *l'importance du coût de construction d'un réseau de boucle locale* », n'apparaît pas suffisante, à ce stade, pour considérer que les infrastructures d'ADP Télécom relèvent de la catégorie des infrastructures difficiles à dupliquer.

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

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

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

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

C.1 Existence et importance de la puissance d'achat de France Télécom

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

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

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

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

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

L'analyse des comportements anticoncurrentiels de France Télécom dans le cadre de ses relations d'interconnexion et d'accès et des dizaines de procédures en ayant résulté illustre à suffisance cette affirmation (une analyse de la diversité des pratiques anticoncurrentielles et de la mise en œuvre de l'ensemble des contre-pouvoirs dont France Télécom dispose est à cet égard édifiante)..

S'agissant d'ailleurs de la sanction des pratiques anticoncurrentielles prohibées par l'article L.420-2 du code de commerce, ADP Télécom estime que l'Autorité s'appuie sur des règles de droit que France Télécom a systématiquement bafouées par le passé (allant même, à plusieurs reprises, jusqu'à violer ostensiblement les mesures correctrices qui lui avaient été imposées par le Conseil de la concurrence⁶) pour écarter l'existence et l'importance de contre-pouvoirs dont disposerait effectivement France Télécom à l'égard des opérateurs de boucle locale alternatifs.

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

Cette analyse est pour le moins paradoxale.

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

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

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

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

La pratique décisionnelle de l'Autorité nous apprend au contraire que France Télécom a usé d'un tel contre-pouvoir dans des circonstances analogues.

Ainsi par exemple dans sa décision du 21 décembre 2003 rendue dans un litige opposant UPC France à France Télécom (sur la terminaison d'appels), l'Autorité a considéré que :

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

France Télécom a par le passé déjà effectivement bloqué l'acheminement d'appels vers des numéros afin de tenter d'obliger un opérateur alternatif à se conformer à sa politique tarifaire ainsi que le relève l'Autorité dans sa décision du 31 août 2001 :

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

Et ces exemples de contre-pouvoirs ne sont que deux cas sur la cinquantaine susceptibles d'être relevées devant l'Autorité ou le Conseil de la concurrence.

France Télécom dispose donc bien d'un poids économique concret lui permettant non seulement de résister à des conditions tarifaires anticoncurrentielles, mais lui permettant même d'imposer ses propres conditions, du fait de sa position d'acheteur plus que dominant des prestations de terminaison d'appels de l'ensemble des autres opérateurs fixes, et en particulier d'ADP Télécom, notamment par des moyens de rétorsion sur le marché de gros : diminution de la capacité de trafic entrant, altération du service sur d'autres sujets connexes à l'interconnexion entrante, refus d'ouvrir l'interconnexion, refus de paiement déséquilibrant la stabilité financière d'un concurrent, délais contractuels non respectés, etc.

Au delà de ce constat et contrairement au point de vue exprimé par l'Autorité qui estime que la faculté de saisir l'ART ou le Conseil de la concurrence permet aux opérateurs de boucle locale alternatifs de supprimer « [la] *marge de manœuvre* » de France Télécom, et donc tout contre-pouvoir, cette faculté de saisir l'Autorité ou le Conseil de la concurrence permet à France Télécom de disposer d'un efficace contre-pouvoir de nature à pallier efficacement tout risque de pratique de tarifs anticoncurrentiels par les OBL alternatifs. L'inverse n'est pas vérifié, ainsi que le démontre la chronologie des rapports entre les nouveaux entrants et France Télécom depuis 1998.

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

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

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

Cette analyse est cependant contredite par les faits.

L'examen des relations de France Télécom avec les opérateurs mobiles nous apprend que France Télécom a déjà usé de cette faculté sans qu'aucune automaticité n'ait été relevée entre la différenciation tarifaire du tarif de détail et l'augmentation du tarif de gros de terminaison d'appels (cf. *supra* § 1).

ADP Télécom ne partage donc pas l'appréciation effectuée par l'Autorité relativement aux contre-pouvoirs de France Télécom. L'Autorité conclut que, en dépit de contre-pouvoirs théoriques, France Télécom serait dépourvue de contre-pouvoirs réels à l'égard des opérateurs de boucle locale alternatifs. Ce constat semble être non seulement le résultat d'une analyse contestable, mais aussi en contradiction avec l'appréciation par la Commission de la puissance réelle des opérateurs de boucle locale de petite taille.

Enfin, et à titre d'illustration de la puissance d'achat de France Télécom, il est intéressant de relever que France Télécom est dans une telle position dominante qu'elle se permet d'imposer une majoration des tarifs de terminaison d'appels des opérateurs de boucle locale alternatifs. En effet, ADP Télécom a récemment constaté que les tarifs de l'offre de transit commuté qui figurent à l'annexe 17 de la convention d'interconnexion conclue avec France Télécom (tels qu'actualisés annuellement par France Télécom) ne reflètent aucunement son tarif de terminaison d'appels.

France Télécom facture donc, au moins à ADP Télécom, des prestations de terminaison sur le réseau d'opérateurs de boucle locale alternatifs à des niveaux de prix sans relation automatique avec les coûts d'interconnexion.

France Télécom dispose donc bien de contre-pouvoirs effectifs à l'encontre d'ADP Télécom, à supposer même, ce dont ADP Télécom doute, que le marché pertinent soit celui de la terminaison d'appels sur son propre réseau.

C.2 Analyse des contre-pouvoirs éventuels des acheteurs

ADP Télécom adhère à l'analyse de l'Autorité qui écarte l'existence d'une quelconque puissance d'achat d'un opérateur de boucle locale alternatif.

C.3 Critères additionnels

ADP Télécom souhaite attirer l'attention de l'Autorité sur d'autres critères que ceux retenus dans la consultation pour évaluer la puissance des opérateurs de boucle locale alternatifs. A ce titre, l'analyse des contre-pouvoirs de France Télécom par l'Autorité est incomplète au regard de la position sur le marché de détail des opérateurs de boucle locale alternatifs, laquelle n'est pas analysée par l'Autorité.

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

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

Le réseau d'ADP Télécom étant situé sur de petites zones du territoire et représentant une part minime du marché de détail en France (moins de 0,1%), il n'est pas sérieux de considérer qu'ADP Télécom est en mesure d'avoir une quelconque influence à l'encontre de France Télécom.

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

4. OBLIGATIONS

L'Autorité envisage d'imposer les obligations suivantes à ADP Télécom :

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

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

Pour autant, cette conclusion n'a que peu de conséquences sur les mesures envisagées par l'Autorité.

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

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

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

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

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

Il n'est donc pas nécessaire de constater une prétendue position puissante d'ADP Télécom sur le marché allégué de la terminaison d'appels sur son réseau pour assurer le droit des autres

opérateurs à l'interconnexion, lequel est consacré par le législateur et imposé à l'ensemble des opérateurs, y compris ADP Télécom.

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

Le principe de non discrimination qui consiste, selon l'Autorité, en une garantie de justification objective d'une tarification différente des prestations selon chaque opérateur (page 19 du document de consultation) résulte également des dispositions générales du code des postes et communications électroniques et n'a nul besoin d'être imposé *ex ante* à des opérateurs puissants pour s'appliquer *de jure* à tous les opérateurs alternatifs de boucle locale. Il en va de même du principe de transparence que croit devoir imposer l'Autorité afin notamment d'assurer la publication des coûts et son contrôle efficace.

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

« Les conditions tarifaires des conventions d'interconnexion et d'accès respectent les principes d'objectivité et de transparence. Elles doivent pouvoir être justifiées sur demande de l'Autorité de régulation des télécommunications »

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

Quant à la publication du tarif de terminaison d'appels, il est *de facto* déjà en vigueur du fait de la publication et de l'actualisation par France Télécom de l'annexe 17 à sa convention d'interconnexion qui porte à la connaissance de tous les opérateurs interconnectés l'ensemble des tarifs à destination de chacun des réseaux de boucle locale.

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

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

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

Il faut rappeler que la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (ci-après « directive accès ») indique que :

« Les autorités réglementaires nationales peuvent intervenir de manière relativement limitée, par exemple en imposant une obligation concernant la fixation de prix raisonnables pour la sélection de l'opérateur, comme le prévoit la directive 97/33/CE [...] ».

Une telle mesure semble aujourd'hui disproportionnée à ADP Télécom.

En effet, chaque opérateur non puissant bénéficie en principe, en vertu de l'article L.410-2 du code de commerce, du droit de déterminer librement le prix de ses prestations d'interconnexion, notamment en matière de terminaison d'appels.

Par ailleurs, il est manifeste que les opérateurs de boucle locale alternatifs ne disposent pas d'une position concurrentielle suffisante sur le marché de détail pour imposer un tarif excessif à France Télécom qui, par ailleurs, dispose d'un contre-pouvoir suffisant pour résister aux éventuelles pratiques tarifaires anticoncurrentielles, le cas échéant sous le contrôle *ex post* de l'Autorité, du Conseil de la concurrence, voire du juge des contrats.

En tout état de cause, les instruments du droit général de la concurrence suffisent à prévenir France Télécom, comme tout autre opérateur, de tout comportement anticoncurrentiel dans le cadre de la détermination des tarifs d'interconnexion des opérateurs alternatifs de boucle locale, notamment sous l'angle de l'abus de dépendance économique.

En effet, l'article L.420-2 alinéa 2 du code de commerce prohibe l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique dans lequel se trouve une entreprise cliente qui ne dispose pas de solution équivalente. Un tel abus est notamment caractérisé en cas de conditions de vente discriminatoires ou injustifiées, à l'instar par exemple d'un tarif excessif.

Sur ce fondement, France Télécom pourrait donc poursuivre un opérateur ayant fixé un tarif excessif, c'est-à-dire anticoncurrentiel, afin d'obtenir la modification de ce tarif avant même qu'il soit appliqué.

Dès lors, imposer *ex ante* aux opérateurs alternatifs la fixation d'un tarif de terminaison d'appels non excessif paraît aujourd'hui disproportionné au regard des objectifs poursuivis et n'ajoute pas au droit général de la concurrence et n'est donc pas justifié.

A supposer néanmoins que l'Autorité maintienne son analyse, ADP Télécom tient à rappeler qu'il appartiendra à celui qui entend se prévaloir d'une telle excessivité (à l'instar de France Télécom) d'en faire la preuve au regard de l'effet anticoncurrentiel allégué⁷, c'est-à-dire opérateur par opérateur, et qu'il conviendra, dans ce cadre et compte tenu des éléments qui pourraient être apportés par chacune des parties, et notamment des éléments de coût produits, de rémunération du capital et de marge raisonnable, de définir un tarif dont l'encadrement ne pèse pas de manière disproportionnée sur le nouvel entrant.

A ce titre, une telle obligation de non excessivité ne saurait aboutir à la reconduction du principe de réciprocité tarifaire retardée tel qu'il résulte des décisions de règlement de différend de l'Autorité rendues le 21 décembre 2003 dans la mesure où la dégressivité

⁷ Hors le cas de l'Autorité qui peut demander à un opérateur de justifier de son tarif en application de l'article D.99-10 alinéa 2 du code des postes et communications électroniques.

mécanique du tarif de terminaison d'appels à laquelle ces décisions aboutissent n'est pas du tout justifiée au regard du principe de non excessivité et ne s'applique *de facto* que dans les cas où une obligation d'orientation vers les coûts a été mise à la charge d'opérateurs déterminés, notamment dans le cas des terminaisons d'appels mobiles ou de celles de France Télécom par exemple.

Il n'est pas inutile de rappeler à ce titre que le tarif de terminaison de France Télécom a été divisé environ par deux entre 1998 et 2003, compte tenu de son obligation d'orientation vers les coûts, pour passer en simple transit d'environ 1,95 centime par minute en 1998 à 1 centime en 2003.

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

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

Ainsi, les directives indiquent notamment que « *le fait que les autorités réglementaires nationales imposent un octroi de l'accès aux infrastructures qui se traduit par une intensification de la concurrence à court terme ne devrait pas compromettre l'efficacité des mesures qui incitent les concurrents à investir dans des ressources de substitution, garantes d'une concurrence accrue à long terme* »⁸.

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

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

Or dans une phase de déploiement de réseaux et de conquête de clientèle, la terminaison d'appels participe à la rentabilisation des investissements effectués et à la viabilité du projet économique de l'opérateur.

⁸ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées.

En les privant d'une rémunération légitime, elle bride leur capacité d'investissement et, par voie de conséquence, freine le développement d'une offre plurielle et innovante au bénéfice du consommateur.

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

IV. Conclusion

Au regard des éléments qui viennent d'être développés, ADP Télécom demande à l'Autorité de réviser sa position qui l'a conduite à considérer de manière insuffisamment circonstanciée que chaque opérateur de boucle locale alternatif est puissant sur un marché pertinent défini comme celui des prestations de terminaison d'appels géographiques sur son propre réseau.

ADP Télécom estime, en effet, au contraire que le marché pertinent à considérer en ce qui la concerne inclut les prestations similaires offertes sur sa zone de couverture par France Télécom et doit prendre en compte les possibilités de substituabilité du point de vue des utilisateurs finaux.

En tout état de cause, compte tenu de la taille du réseau d'ADP Télécom et de ses positions sur le marché de détail, sa faculté de contraindre France Télécom est extrêmement faible et se combine avec les contre-pouvoirs dont dispose France Télécom et de la faculté dont elle pourrait user de saisir l'Autorité, le Conseil de la concurrence ou le juge des contrats au sujet de tout tarif qu'elle estimerait anticoncurrentiel.

Enfin, sous réserve d'apporter la preuve de la justification d'une augmentation de son tarif, France Télécom pourra toujours différencier son tarif de détail afin de prendre en compte une augmentation de la charge d'interconnexion d'ADP Télécom, empêchant ainsi tout risque de déstabilisation du marché lié à l'exercice de la liberté tarifaire dont jouit ADP Télécom.

En tout état de cause, l'analyse d'ADP Télécom n'affecte pas substantiellement les mesures envisagées par l'Autorité dans la mesure où l'ensemble des mesures proposées par l'Autorité résulte déjà pour l'essentiel d'obligations issues du cadre réglementaire en vigueur.