

Réponse de l'AFORM à la consultation de la Commission Européenne sur la révision du cadre réglementaire des communications électroniques et la révision de la recommandation sur les marchés pertinents.

L'Association Française des Opérateurs de Réseaux Multiservices (AFORM) qui regroupe les principaux opérateurs de réseaux câblés, remercie la Commission de lui donner l'occasion de lui faire part de ses commentaires sur la révision du cadre réglementaire des communications électroniques et la révision de la recommandation sur les marchés pertinents.

L'AFORM considère que la transposition en France du cadre réglementaire a permis de mettre fin à une situation de déséquilibre profond entre les câblo-opérateurs et les autres opérateurs de communications électroniques et a contribué à mettre en place une situation de marché réellement concurrentielle qui soit plus juste et plus équilibrée. Les câblo-opérateurs ont entrepris des efforts importants depuis la transposition dans le droit français du « Paquet Télécom » :

- Ils ont mis en œuvre une politique de consolidation du secteur menée par des professionnels du câble, avec des gains de productivité assurant un retour à la santé financière et le lancement de nouvelles offres, notamment dans la téléphonie numérique
- ils déploient la fibre optique de plus en plus près du client final, pour apporter des débits sans commune mesure avec ceux permis par d'autres technologies filaires, et les services ainsi rendus disponibles
- ils investissent constamment dans la rénovation de leurs réseaux et emploient plusieurs milliers de salariés en direct et en sous-traitance
- ils développent des offres multiservices qui touchent déjà plus de 3,5 millions de foyers en télévision, plus de 500 000 internautes à haut débit, ce qui les place dans le trio de tête des FAI sur les zones desservies par le câble. Ils comptent également près de 150 000 clients téléphoniques en nette progression depuis le lancement d'une telle offre à et autour de Paris et dans la plupart des grandes métropoles régionales à l'exemple de Marseille, Lyon, Nice, Bordeaux ou Lille
- ils « couvrent » plus de 9 millions de foyers, soit 40% de la population française et l'ensemble des grandes villes avec leur réseau qui constitue la seule boucle locale filaire disponible pour le grand public, alternative à la paire de cuivre de France Télécom, qu'elle soit dégroupée ou non.

Toutefois l'AFORM souhaite attirer l'attention de la Commission sur la persistance de nombreux dysfonctionnements de marché en France qui continuent d'entraver le développement d'une concurrence durable au bénéfice des consommateurs :

- (i) La transposition par la France des directives « paquets télécoms » n'a pas mis fin à l'ensemble des pratiques discriminatoires dont souffre aujourd'hui le câble en France. La Commission devra en particulier rester attentive au rôle des collectivités locales et au cadre de la mise en conformité des conventions en cours.
- (ii) La tendance de l'ARCEP à la mise en œuvre d'une concurrence par les services va à l'encontre du principe de neutralité technologique et organise une concurrence déloyale pour les opérateurs de boucle locale ayant fait le choix d'investir dans les infrastructures locales. La Commission doit rester vigilante afin que la concurrence entre les réseaux reste l'objectif principal du cadre réglementaire actuel.

- (iii) L'analyse des marchés pertinent a conduit à imposer aux opérateurs de boucle locale alternatifs des obligations excessives et disproportionnées. L'AFORM est persuadée de la nécessité de mettre en place des mesures adaptées à chaque opérateur notamment en ce qui concerne la terminaison d'appel sur les boucles locales alternatives.
- (iv) Les règles applicables au « must carry » des chaînes locales et des chaînes de la télévision numérique terrestre (TNT) continuent à fortement pénaliser le câble en France. Plus généralement les conditions de mise en oeuvre de la TNT en France ne respectent pas toujours les principes de neutralité technologique et de concurrence raisonnable, équitable et non discriminatoire.

1) La transposition et le risque de maintien de mesures discriminatoires

Conformément à l'article 17 de la directive 2002/20/CE qui impose aux Etats Membres « d'adapter les autorisations existant déjà », la loi relative aux communications électroniques a prévu un dispositif d'accompagnement des contrats en cours visant à gommer les discriminations subies par les opérateurs de réseaux câblés. L'article 134 impose ainsi la mise en conformité des conventions conclues avec les communes en vue de l'établissement et de l'exploitation des réseaux câblés.

Le texte ne précise cependant ni la procédure à suivre, ni la portée à donner à ces « mises en conformité ». L'article 134 ne précise pas davantage le sort des installations existantes en termes de propriété ou de droit de passage. La transposition opérée par la loi relativement aux mises en conformité des conventions se révèle ainsi ambiguë, sujette à caution. Son application appelle une vigilance particulière conformément à la volonté manifestée par la Commission dans sa Communication du 2 décembre 2004 relative à la réglementation des communications électroniques en Europe.

Par ailleurs, le texte ouvre un délai de mise en conformité, qui expire à fin juillet 2006 (soit plus de 4 ans après l'adoption des Directives du « Paquet Télécom »), sans prévoir ce qui se passera si, à l'expiration de ce délai, cette mise en conformité n'est pas réalisée. Le risque est donc fort qu'à cette date, de nombreux contrats n'aient pas été modifiés et que certaines collectivités locales ne soient pas très actives dans ce processus.

De manière à prévenir toute discrimination et afin d'assurer une transposition effective des directives, l'obligation de mise en conformité des contrats en cours suppose la remise en cause de la nature des conventions qualifiées de « délégation de service public ».

i) La seule suppression des clauses d'exclusivité maintient le régime discriminatoire des câblo-opérateurs

Le respect de l'article 17 de la directive « accès » impose dans un premier temps de supprimer des conventions en cours toute clause directement contraire aux directives ce qui commande l'abandon des clauses d'exclusivité dont bénéficient les câblo-opérateurs : l'article 134 de la loi du 9 juillet 2004 impose la mise en conformité de ces conventions avec l'article L. 33-1 du Code des postes et communications électroniques qui interdit désormais aux collectivités de garantir l'exercice de droits exclusifs au profit de leur cocontractant sur leur territoire. Les clauses d'exclusivités devront être supprimées.

Mais supprimer ces clauses sans alléger les charges de service public qui grèvent l'action des câblo-opérateurs ne permet pas de réaliser l'égalité de concurrence entre des opérateurs de télécommunications, non soumis aux délégations de service public, et des opérateurs de réseaux câblés, enfermés dans ce cadre : les droits exclusifs constituent en effet la contre partie des obligations de service public. Leur abandon ne peut qu'aggraver la situation des câblo-opérateurs s'il n'est pas accompagné de la remise en cause du cadre du service public qui grève leur action de nombreuses sujétions désormais non compensées.

En réalité, supprimer l'exclusivité tout en maintenant le cadre de la délégation de service public est doublement discriminatoire pour les câblo-opérateurs :

- à l'égard des opérateurs de télécommunications, qui, non concernés par la mise en conformité, ne se sont pas vus imposer ce régime contractuel et sur lesquels ne pèsent aucune sujétion de service public ; l'obligation d'égal accès des usagers, le contrôle de offres et des tarifs, l'obligation de communication des documents financiers de la société ; etc.
- à l'égard des collectivités cocontractantes dès lors que faute d'exclusivité, l'équilibre contractuel est rompu. L'essentiel de ces contrats sont en effet bâtis autour d'une équation simple : droits exclusifs au profit de l'opérateur ; bien de retour au profit de la collectivité¹. Il faut donc modifier la clause bien de retour qui constitue le pendant des droits exclusifs et redonner à l'opérateur la propriété des ouvrages qu'il a établis et financés.

ii) Seul la requalification des conventions de délégation de service public en convention d'occupation domaniale peut mettre fin aux discriminations pesant sur les câblo-opérateurs

Il faut en effet s'assurer dans un second temps que les contrats ainsi modifiés respectent les objectifs des directives parmi lesquels la neutralité technologique et la fin du traitement discriminatoire des opérateurs de réseaux câblés. Ainsi que précisé supra, la seule suppression des clauses d'exclusivité ne suffit pas à ôter à ces conventions leur caractère discriminatoire si elle n'est accompagnée de la suppression des sujétions de services public.

Ceci commande de requalifier le contrat et de déterminer le cadre adéquat de leur requalification :

De ce point de vue, il apparaît que seul le cadre des conventions d'occupation domaniales concilie l'intérêt public et la non discrimination des câblo-opérateurs. Ce modèle contractuel permet en effet de combiner le principe de liberté d'établissement et d'exploitation des réseaux de communications électroniques avec les nécessités de l'intérêt public attachées à la bonne gestion du domaine : il assure le libre exercice de l'activité d'opérateur de réseau câblé en permettant à ces opérateurs de se libérer des contraintes du service public liées en particuliers aux biens de retour. Il assure par ailleurs un contrôle de l'activité de l'opérateur par la collectivité dans le cadre de ses importants pouvoirs de gestionnaire du domaine.

2) L'incitation à l'investissement et le respect d'une concurrence loyale et équitable entre opérateurs doivent rester les objectifs primaires des autorités de régulations nationales.

Un des effets positifs de la transposition dans le droit français du « Paquet Télécom », est la politique de consolidation du secteur menée par des professionnels du câble, avec des gains de productivité assurant un retour à la santé financière et le lancement de nouvelles offres, notamment dans la téléphonie numérique.

Le réseaux câblés constituent aujourd'hui l'alternative la plus développée au réseau d'accès de l'opérateur historique. Le câble en technologie HFC (Hybrid Coax-Fiber), permet une liaison en fibre optique jusqu'à des poches de moins de 500 logements, donne depuis longtemps l'accès aux Multiservice pour les résidentiels, avant même l'arrivée de l'ADSL. De plus le câble est la seule boucle locale disponible pour le grand public comme alternative à la paire de cuivre de France Télécom. Cette totale indépendance par rapport à FT est un atout très important pour garantir la qualité de nos services et les tarifs les plus adaptés pour nos offres.

Dans un tel contexte, les câblo-opérateurs souhaiteraient que leur rôle soit reconnu et que les légitimes attentes qu'ils peuvent avoir en terme de régulation, d'incitation à l'investissement et de respect d'une concurrence loyale et équitable entre opérateurs, indépendamment de la technologie utilisée, rencontrent un écho favorable auprès de l'ARCEP.

¹ Les biens de retour couvrent les investissements financiers dans la plupart des cas pour l'opérateur qui sont réputés appartenir *ab initio* à la collectivité au terme de la convention de délégation de service public.

Ce n'est semble-t-il pas le cas aujourd'hui. La politique mise en œuvre par l'ARCEP privilégie le développement d'une concurrence par les services sur la base d'un accès dégroupé à la boucle locale de cuivre de France Télécom. Or, la mise à l'écart de la question des infrastructures alternatives est incompréhensible du point de vue du développement de la concurrence.

De plus, en oubliant le câble dans ses réflexions, la politique actuelle de l'ARCEP va à l'encontre du principe de neutralité technologique et organise une concurrence déloyale pour les opérateurs de boucle locale ayant fait le choix de déployer des infrastructures locale, en privilégiant des acteurs installant de simples réseaux de collecte.

Il est nécessaire que la révision du cadre réglementaire européen prenne en compte la nécessité de favoriser le développement d'une concurrence par les infrastructures plutôt qu'exclusivement par les services.

3) L'analyse des marchés pertinent a conduit à imposer aux opérateurs de boucle locale alternatif des obligations excessives et disproportionnées.

Par une décision n° 05-0425 en date du 27 septembre 2005, l'ARCEP s'est définitivement prononcée, sur l'analyse relative à définition des marchés pertinents de la terminaison d'appel géographique sur les réseaux alternatifs fixes.

L'analyse menée par l'ARCEP conclut que tout opérateur de boucle locale exerce une influence significative sur le marché de la terminaison d'appel.

L'AFORM conteste en premier lieu le postulat de l'ARCEP selon lequel chaque opérateur de boucle locale dispose d'une position lui permettant d'imposer des conditions tarifaires anticoncurrentielles à France Télécom dans le cadre de la fourniture de prestations d'interconnexion.

Toutefois même à supposer que l'on puisse considérer que chaque opérateur de boucle locale soit un opérateur puissant sur le marché des terminaison d'appels sur son propre réseau il serait manifestement disproportionné et contraires aux dispositions claires et précises de la directive accès d'imposer aux câblo-opérateurs la fixation d'un tarif non excessif interprété comme imposant comme c'est le cas aujourd'hui de fixer un tarif unique à tous les opérateurs alternatifs qu'ils déploient ou non des infrastructures de boucle locale alternatives, lequel est de surcroît calculé par référence aux coûts CMILTés de l'opérateur historique.

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

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

Il est nécessaire d'appliquer une politique de régulation des tarifs de terminaison d'appels qui permette de rémunérer la prise de risque et d'assurer la rémunération de l'investissement dans les infrastructures en distinguant, dans l'application de l'obligation de pratique des tarifs non-excessifs, les cas des véritables opérateurs alternatifs de celui des opérateurs qui font de la simple revente de gros.

4) Le must carry des chaînes locales et les risques de discriminations induits par la mise en place de la prochaine TNT

Dans sa Communication du 2 décembre 2004 relative à la réglementation des communications électroniques en Europe, la Commission rappelle que conformément aux termes de l'article 31 de la directive 2002/22/CE « service universel », les Etats membres ne peuvent imposer des obligations « must carry » seulement quand elles sont nécessaires pour rencontrer des objectifs d'intérêt général clairement définis.

Prenant acte de cette obligation, la loi du 9 juillet 2004 a profondément modifié le régime général du « must carry » qui était particulièrement discriminatoire à l'égard des opérateurs de réseaux câblés.

Toutefois, nous souhaitons attirer votre attention sur le fait que le régime applicable au câble reste discriminatoire dès lors qu'en matière de reprise des canaux locaux et, dans une certaine mesure, de reprise des chaînes de la Télévision numérique terrestre, les obligations du « must carry » ne s'imposent qu'au câble à l'exclusion du satellite. Il est pourtant essentiel pour la réalisation des objectifs des directives que soit respecté le principe d'une réglementation neutre d'un point de vue technologique.

i) obligation de reprise des chaînes locales

L'article 34-2 II de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée sur ce point par la loi du 9 juillet 2004, fait peser explicitement sur les opérateurs de réseaux filaires (dont le câble) une obligation de reprise à leurs frais des « services d'initiative publique locale d'informations sur la vie locale », sans limitation quant au nombre de services pouvant bénéficier de ce « must-carry ».

Cette obligation ne pèse pas sur les opérateurs de réseaux non filaires (hertzien, satellite...).

Par ailleurs, il établit même une discrimination entre réseaux filaires (câble d'un côté, antennes collectives et paire de cuivre en ADSL de l'autre) en :

- exonérant les réseaux d'antennes collectives autonomes, quelle que soit leur taille,
- instituant un seuil (sous forme de pourcentage du nombre d'abonné – 3%- par rapport aux limites géographiques des collectivités à l'initiatives du service local) qui permet d'exonérer plus facilement les offres ADSL
- et surtout en excluant également les offres de services venant d'un opérateur tiers à celui qui exploite le réseau ce qui, très précisément, permet à Canal Sat DSL ou TPSL, services de TV sur ADSL en plein développement aujourd'hui ayant de fortes chances de dépasser le seuil de 3% cité ci-dessus sur certaines zones locales, d'échapper à cette obligation

ii) obligation de reprises des chaînes numériques terrestres

Les articles 34-1, 34-1-1, 34-2 et 34-4 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée sur ces points par la loi du 9 juillet 2004, décrivent les obligations de reprise de certains services audiovisuels supportées par les opérateurs de réseaux de communications électroniques.

Celles-ci varient suivant la nature de ces réseaux : ainsi l'article 34-1, qui s'applique aux seuls câblo-opérateurs à l'exclusion de tous autres opérateurs de réseaux filaires ou non filaires, crée une obligation particulière vis-à-vis des gestionnaires d'immeubles collectifs, consistant à devoir leur faire une offre commerciale de reprise des chaînes gratuites, publiques et privées, diffusées par voie terrestre, analogique et numérique, cela à destination de l'ensemble des occupants des immeubles concernés. Cette disposition pose deux difficultés :

Tout d'abord, elle est très encadrée sur le plan de la liberté contractuelle, ne permettant à l'opérateur de facturer que certains coûts d'installation ou de maintenance des réseaux internes aux immeubles, à l'exclusion de tous autres (de type technique pour s'équiper afin de recevoir les chaînes en question, ou même de droits d'auteurs ou droits voisins, pourtant perçus par des sociétés de gestion collective au titre de cette retransmission ensuite, elle fait l'objet d'une lecture erronée par le CSA, régulateur français de l'audiovisuel, qui interprètent ces nouvelles dispositions comme créant « un droit au service antenne gratuit pour les foyers qui résident dans un immeuble collectif raccordé au câble ».

Si ces dispositions devaient être interprétées comme devant imposer une obligation de reprise de type « Must carry », (ce qui est d'ailleurs d'ores et déjà l'interprétation du CSA), le caractère général d'une telle obligation s'oppose aux exigences de l'article 31 de la directive « Service Universel » qui impose que des objectifs d'intérêt général clairement définis justifient une contrainte de cette nature et que les moyens mis en œuvres à cet effet soient proportionnés.

En outre, une telle obligation ne saurait être imposée à un seul support de distribution (à l'exclusion des autres) sauf à enfreindre le principe de neutralité technologique consacré par les directives du « Paquet télécoms ».

Par ailleurs, les dispositions de l'article 34-4 organisent une forme de « must-deliver » des chaînes gratuites, y compris les chaînes privées, de la TNT sur tout type de réseau, dont le câble, qui permet à ces chaînes d'exiger leur distribution sur ces réseaux à leurs conditions (financières –à ce jour elles refusent de supporter des frais de transport – et certaines exigent même un numéro de canal). Cette procédure s'apparente à un must-carry encore plus exigeant pour les opérateurs de réseaux autres qu'hertzien terrestre.

Pour éclaircir cette situation, nous sollicitons l'avis des vos services sur la nature, le périmètre et les opérateurs concernés par les dispositions de l'article 31 de la Directive « Service Universel » et l'adéquation des articles 34-1 et 34-4 de la loi du 30 septembre 1986 – issus de la loi de transposition du 9 juillet 2004.

On comprend à la lecture de ces éléments que si la refonte du cadre juridique français des télécommunications constitue un progrès réel, il persiste des zones à risques qui appellent de la part des autorités communautaires le rappel de la France à ses obligations de transposition conforme et complète du « paquet télécom » faute de quoi seule une procédures en manquement contre cet Etat membre serait susceptible, à notre avis, de permettre une évolution positive de la situation.