

**REPONSE DE NETALIS SUR L'ANALYSE DU MARCHE 3A ET LE
PROJET DE DECISION**

MARCHE PERTINENT DU HAUT ET DU TRES HAUT DEBIT FIXE

ARCEP – 9 FEVRIER / 15 MARS 2017

Document public

Contact Netalis : institutions@netalis.fr

Synthèse

Sur le marché de masse grand public, le formidable développement du marché du haut débit ces 15 dernières années est incontestablement un succès (*en termes d'offres innovantes et abordables, de couverture du territoire, d'intensité concurrentielle...*) à mettre au crédit d'une politique de régulation sectorielle cohérente menée courageusement par l'Autorité.

Pour autant, cet immense succès ne doit pas occulter **le principal échec de la régulation de ces 15 dernières années : un marché ciblant les entreprises (B2B) atone**, en duopole où le second acteur sert de faire valoir à l'opérateur historique bénéficiant d'une position ultra-dominante. Un marché faisant figure de « *parent pauvre de la régulation* », pour reprendre les propres termes du Président de l'Autorité.

A l'heure où le marché du très haut débit s'apprête à supplanter, dans le cadre du présent cycle d'analyse de marché, le marché haut débit, il est essentiel de s'assurer que des orientations cohérentes soient délivrées par la régulation pour capitaliser sur cette expérience unique, éviter la reconstitution du monopole, et enfin lever les verrous du marché ciblant la sphère économique. Or **sur certains aspects, l'analyse de marché dans son état actuel ne dissipe pas pour autant les craintes qui ont été soulevées par de nombreux acteurs**. Prise à son propre piège du dogme de la concurrence par les infrastructures, l'Autorité fait hélas preuve d'un certain niveau de naïveté.

Nouvel opérateur spécialisé sur le marché B2B, Netalis se refuse à tout fatalisme sur ce sujet déterminant pour l'aménagement du territoire et la compétitivité des entreprises, notablement en retrait par rapport à leurs homologues européennes. Sur le marché grand public, un acteur comme Free a prouvé qu'une approche *bottom-up* à rebours des usages convenus pouvait venir à bout des verrous du marché. Netalis est persuadée que les verrous du marché entreprises peuvent être levés avec une approche innovante¹. L'Autorité a en effet prouvé qu'elle savait faire preuve de volonté lorsqu'il s'agissait d'appréhender efficacement de nouveaux enjeux. Il ne s'agit ici pas d'un problème de compétences – l'Autorité se caractérise en effet par un très haut niveau de compétence de ses agents - mais avant tout d'un problème de méthode. **On ne peut réguler efficacement les nouveaux réseaux et lever les dysfonctionnements du marché B2B avec les méthodes du cuivre taillées sur mesure pour le marché de masse.**

Pour contribuer à la résolution efficace des dysfonctionnements relevés sur le marché B2B, la présente analyse de marché gagnerait à être amendée sur la base des 4 axes suivants :

- **Analyser efficacement et sans naïveté les réelles causes du pouvoir de marché dominant d'Orange** sur le très haut débit : la position dominante acquise par Orange, qui s'est même renforcée dans le cadre du précédent cycle, résulte certes de ses investissements. Or **ces investissements ont vu leur effet démultiplié par la détention exclusive d'un actif stratégique qui n'est nullement répliquable : le génie civil** dans toutes ses composantes. Or l'analyse de marché occulte des paramètres essentiels pour la bonne compréhension du sujet, à savoir que cet actif résulte d'un héritage d'une infrastructure essentielle établie du temps du monopole public au moyen de prérogatives de puissance publique. Il ne faut pas se fier ici aux éléments de langage distillés par l'opérateur historique qui explique en substance que la faiblesse des opérateurs tiers résulte de leurs errements ou de leur manque d'investissements. C'est oublier que ces derniers n'ont nullement hérité, à l'inverse d'Orange, de l'ancien domaine public national des télécommunications qui constitue à ce jour la seule infrastructure unifiée et monopolisable au niveau national pour desservir quasiment 100% des abonnés éligibles, aussi bien en aval avec l'adduction déjà existante des parcelles qu'en aval avec la détention d'infrastructures et de surfaces de type industrielles en environnement urbain mixte.
- **Cesser d'opposer concurrence par les infrastructures et accès aux infrastructures & équipements de l'opérateur historique** : loin d'être antinomiques, ces deux modes de production sont complémentaires pour un opérateur alternatif. Le second est un prérequis nécessaire pour répliquer commercialement les offres de l'opérateur historique, et initier un cercle vertueux menant *in fine* à l'établissement d'infrastructures opérées en propre. **Le pari effectué par l'Autorité sur l'émergence d'un troisième acteur dédié au marché de gros**

¹ <https://www.netalis.fr/2016/05/03/netalis-devoile-loffre-gigalink-lacces-gigabit-enfin-abordable/>

est très risqué. En tout état de cause, cette émergence prendra du temps, or les attentes des clients sont bien réelles et ne peuvent être plus longtemps reportées. **L'analyse de marché, et le projet de décision qui en résulte, doivent être complétées pour inclure durablement et efficacement le bitstream (offres activées),** y compris sur les réseaux d'initiative publique (RIP).

- **Repenser profondément l'approche, les méthodes d'analyse et de régulation du marché professionnel et entreprises.** On ne peut réguler efficacement le marché B2B avec la simple transposition des méthodes et grilles d'analyse du marché de masse. Dans le prolongement de la revue stratégique, le fonctionnement de l'Autorité doit profondément évoluer pour tenir compte des spécificités du marché B2B. Sans aller jusqu'à installer au niveau local des équipes dédiées, comme le font le CSA et l'ANSSI, il serait pertinent que les services de l'Autorité s'organisent sur une approche de type géographique (à la maille de la région, choix au demeurant opéré pour la refonte des SDAN) avec un interlocuteur dédié, à même de pouvoir développer une fine connaissance des spécificités locales. En outre, l'Autorité dispose désormais de pouvoirs d'enquête renforcés², qu'elle a réclamés, dans le cadre de la loi pour une République numérique récemment adoptée. Il serait judicieux qu'elle puisse les utiliser afin de s'assurer que le principe de non-discrimination soit pleinement respecté par l'opérateur historique dont elle reste encore trop dépendante en matière de fourniture d'information.
- **Ouvrir sereinement et sans a priori le dossier de la séparation fonctionnelle puis structurelle de l'opérateur historique :** jusqu'à présent, l'Autorité s'est toujours refusée à étudier sérieusement cette opportunité majeure pour s'assurer d'une véritable non-discrimination au bénéfice de tous. Alors que **cette solution a fait ses preuves** dans d'autres pays engagés dans le déploiement d'infrastructures à très haut débit (Australie, Nouvelle Zélande...), qu'elle vient d'être activée par le Royaume-Uni avec la prochaine séparation juridique et structurelle de l'ancien monopole public – BT – avec OpenReach, l'entité en charge de l'exploitation et maintenance des infrastructures constitutives de la boucle locale (*NRA/O, génie civil, adductions de parcelles...*), l'Autorité est dans quelque sorte un curieux déni, estimant que la palette des outils existants se suffit largement à elle-même. Pourtant, **Orange n'a jamais été aussi proche de reconstituer le monopole dont bénéficiait l'Etat en matière d'utilisation du génie civil et d'adduction des abonnés,** le marché B2B pourtant déterminant pour l'aménagement du territoire et la compétitivité nationale n'a jamais été aussi fragile, faute de moyens pour les opérateurs alternatifs de pouvoir disposer d'un accès efficace à cette infrastructure essentielle qu'est l'ancien domaine public national des télécommunications dont a hérité Orange. Avec la séparation fonctionnelle puis structurelle, les consommateurs et entreprises auront ainsi l'assurance de bénéficier de processus opérationnels (*éligibilité, commande, SAV...*) similaires à ceux dont disposent les clients restés chez l'opérateur historique. Orange sera sera structurellement incité à gagner en efficacité et disposant à terme d'un bien meilleur retour sur investissement en raison de l'optimisation de l'utilisation de cette infrastructure essentielle dont elle a héritée, tout en bénéficiant d'une plus grande marge de manœuvre du fait de la sortie de l'Etat du pôle commercial. De son côté, l'Autorité pourra ainsi éviter de dédier de coûteuses ressources à l'analyse *ex-post* des pratiques alléguées de l'opérateur historique. Enfin, l'Etat qui pourra ainsi valoriser sa sortie d'Orange tout en gardant un intérêt dans l'entité en charge de l'exploitation et entretien de l'ancien domaine public national des télécommunications, sujet éminemment sensible dans un contexte de souveraineté numérique.

² Cf. art. L.32-4 CPCE dans sa rédaction issue de la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique

Propos détaillé

Sur le marché de masse grand public, le formidable développement du marché du haut débit ces 15 dernières années est incontestablement un succès à mettre au crédit d'une politique de régulation sectorielle cohérente menée courageusement par l'Autorité.

Notre pays est aussi devenu une référence au niveau mondial en termes d'innovation (*Box et offres composites, IPTV, services de vidéo à la demande, quadruple-play*), d'offres abordables et performantes, de couverture du territoire³. Le panier moyen du consommateur Français est parmi le plus garni et le plus abordable. Sans une politique cohérente et courageuse de régulation, les investissements nécessaires n'auraient pas eu lieu, et nous n'en serions pas là.

Nous sommes désormais parvenus à un seuil, celui où le marché du très haut débit, encore balbutiant, s'apprête à prendre le pas sur le marché historique du haut débit. L'opérateur historique s'apprête en effet à éteindre progressivement son réseau cuivre, hérité de l'ancienne administration des postes et télécommunications, et qui a fait l'objet d'une régulation asymétrique.

Or c'est ici que réside le piège dans lequel nombre d'acteurs sont tombés. Sous couvert que le très haut débit est un nouveau marché, dans lequel commercialement les opérateurs sont sur un même pied d'égalité, reposant sur un nouveau réseau dont les déploiements vont occuper les prochaines décennies, **la régulation a souvent été mal à l'aise pour appréhender efficacement les nouveaux enjeux et éviter une reconstitution du monopole**. C'est ainsi que fort opportunément, suivant une tendance de fond portée par l'ensemble des opérateurs historiques au niveau européen, Orange invoque le fait que les obligations (*dégrouper, offres activées...*) de l'ancien monde, celui du haut débit, ne sauraient être transposées au nouveau monde, celui du très haut débit sous peine de bloquer les investissements. Coincée entre un opérateur historique, de droit privé mais dont l'Etat détient une part encore significative au point d'en influencer sur la gouvernance⁴, et des politiques qui pour beaucoup n'ont toujours pas accepté le concept libéral de régulation (*sorte de crime de lèse-majesté dans un pays profondément marqué par des pratiques jacobines à 1000 lieues des véritables enjeux du 21ème siècle*), l'Autorité n'a peut-être pas pu apporter les véritables réponses qu'appelaient les nouveaux enjeux du très haut débit.

Pourtant, **on peut relever qu'Orange n'a jamais autant investi sur le haut débit fixe, soumis à de fortes obligations de régulation, que depuis 2002 sous l'effet de la concurrence**, date de la véritable ouverture du marché, initiée en 1997 avec les premiers déploiements ADSL. C'est sous la pression de la concurrence qu'Orange a été conduite à augmenter considérablement la zone d'emprise du haut débit, qui concerne à ce jour quasiment 100% de la population. C'est sous la pression de la concurrence, afin de pouvoir se différencier sur les débits proposés aux abonnés, qu'Orange a été amenée à faire sa révolution culturelle il y a quelques années maintenant en programmant la fin de la rente du RTC.

Pourquoi en serait-il autrement, à l'heure où l'évolution des usages est de plus en plus poussée par la couche services, en matière de contenus et offres OTT (*vidéo à la demande, télévision délinéarisée, jeux en ligne, e-administration, etc...*) sur le marché grand public, et du Cloud et/ou de l'hébergement d'infrastructures externalisées en DataCenter et autres offres xAAS sur le marché B2B.

³ Alors que les plans d'origine de l'opérateur historique en 1997 tablaient sur une couverture de 50% de la population, nous sommes aujourd'hui, sous l'effet de la concurrence à quasiment 100%, avec 90% de la population couverte par des réseaux alternatifs, ce qui est unique au monde

⁴ L'impossible état actionnaire, note de l'Institut Montaigne <http://www.institutmontaigne.org/fr/publications/l'impossible-etat-actionnaire>
Rapport 2017 de la Cour des Comptes sur l'Etat actionnaire, <http://www.ccomptes.fr/Accueil/Publications/Publications/L-Etat-actionnaire>

C'est pourquoi **Netalis ne peut que contester fermement toute tentative de relâcher le niveau de vigilance quant au pouvoir de marché d'Orange**. Car ce pouvoir de marché résulte certes des investissements réalisés par Orange, comme le relève l'Autorité dans son analyse de marché, mais qui ne pourraient être réalisés avec un tel niveau d'efficacité sans l'héritage dont bénéficie chaque jour et de façon exclusive Orange, élément hélas occulté par la présente analyse de marché dans son état actuel.

Cet héritage ne se cantonne pas qu'au seul réseau cuivre. Le réseau cuivre n'est que l'illustration de la puissance de marché dont dispose Orange au moyen de l'actif dont elle a hérité lors de sa constitution. **Le véritable pouvoir de marché d'Orange réside dans sa détention exclusive d'un actif stratégique au niveau national, une infrastructure essentielle qui n'est pas répliquable : le génie civil**. Rappelons en effet que l'ancienne administration n'était que le gestionnaire d'une infrastructure essentielle - *le domaine public national des télécommunications* - établie au moyen de prérogatives de puissances publiques (*notamment en ce qui concerne les adductions de parcelles et les dessertes internes des immeubles, où le droit administratif prévalait sur le droit privé, cf. arrêt Lescot du Conseil d'Etat du 1^{er} mars 1967*) et dont le propriétaire exclusif était l'Etat⁵. Cette infrastructure essentielle (*desservant en aval chaque parcelle au moyen d'infrastructures de génie civil mobilisables, concentrée en amont dans des surfaces de type industriel localisées en milieu urbain ou dense, bénéficiant d'un statut particulier – VPJ – et dont la réplification est devenue très difficile aujourd'hui, pour ne pas dire impossible, au regard de l'évolution du foncier et des contraintes d'urbanisme*) a été déclassée d'un coup de plume dans la torpeur de l'été 1996, sans véritable débat public, l'attention se focalisant sur l'évolution du statut de l'EPIC France Télécom en société privée de droit commun.

Il ne s'agit pas ici de remettre en question le choix opéré souverainement par la représentation nationale en 1996. Certains souhaitent en effet y revenir, par une nationalisation de l'infrastructure qui ne dit pas son nom. Aussi séduisante que puisse leur paraître une telle option, elle reste toutefois difficilement réaliste opérationnellement et économiquement parlant. En revanche, **c'est une des missions de la régulation sectorielle que de pouvoir en corriger les effets néfastes, par des remèdes appropriés conciliant les intérêts légitimes de chacun**. Hériter d'une infrastructure essentielle confère un pouvoir de marché dominant, pour ne pas dire écrasant. Cela emporte également une lourde responsabilité, car ce bien commun se doit d'être utilisé de façon efficace en maximisant son emploi.

Or sur le très haut débit, l'analyse de marché de l'Autorité ne semble pas avoir correctement appréhendé⁶ les véritables causes de la situation. Sur la position dominante d'Orange sur le marché encore émergent du très haut débit fixe, l'Autorité ne dépasse pas le stade du constat, sans se poser les véritables questions sur les causes, notamment historiques, ayant conduit à cette situation, latente du temps du haut débit mais qui se renforce chaque jour à l'heure du très haut débit. Dès lors, il y a un risque que toute l'analyse sur ce volet soit viciée, pour être passé à côté de l'essentiel du problème. C'est profondément regrettable. Mais pas inéluctable.

Netalis souhaite apporter son éclairage à l'action de l'Autorité, notamment sur le marché B2B. Nouvel acteur du marché professionnel, Netalis est peut-être l'un des barbares, pour reprendre l'un des termes qu'affectionne le Président de l'Autorité, au regard des acteurs installés du marché mais résolument concerné au quotidien par les impacts locaux des dysfonctionnements du marché B2B haut et très haut débit fixe, résultant en grande partie de la puissance de marché dont bénéficie Orange de par son héritage.

La vision que défend Netalis est que les **spécificités du marché ciblant les entreprises ne peuvent être efficacement appréhendées avec les méthodes, grilles d'analyse et outils du marché grand public**. Le

⁵ Contrairement aux réseaux locaux d'énergie ou d'eau qui sont le plus souvent la propriété des collectivités locales

⁶ Notamment dans les développements effectués en partie 3.2 de l'analyse de marché, qui restent focalisés sur une vision trop réductrice du génie civil et qui ne tiennent que peu compte de l'effet de levier déterminant constitué par les adductions des parcelles en aval, et la détention de surfaces industrielles en zones d'habitat (les NRA/O) en amont.

marché grand public est un marché de masse qui se caractérise par des économies d'échelle une fois atteinte une masse critique. C'est ce qui a conduit certains opérateurs à innover sans cesse pour stimuler l'appétence et engranger de l'abonné, les autres à opter pour de la croissance externe. Au final l'objectif était le même : parvenir à une masse critique de nature à pouvoir acquérir un contre-pouvoir de marché face à l'opérateur historique et devenir audible auprès d'un régulateur encore fortement marqué par une culture jacobine. Il suffisait ainsi d'enfermer les équipes réglementaires des différents acteurs concernés dans les plus hauts étages du Square Max Hymans pour qu'en ressortent une feuille de route et des plans d'actions s'inscrivant dans la durée et contribuant au résultat que l'on connaît, incontestable.

A l'inverse, le marché professionnel et entreprises se caractérise par une juxtaposition de micromarchés, pour la plupart locaux. Des micromarchés où les économies d'échelle sont très rares, où chaque contrainte surmontable pour un opérateur grand public devient une barrière à l'entrée pour un opérateur de niche : poids de la régulation avec une multitude de questionnaires et réunions fleuves, garanties financières & niveaux d'assurances (*plusieurs dizaines de millions d'euros, alors que l'équipement d'intermédiation installé par l'opérateur tiers chez Orange est un actif stratégique auquel est accordée une importance toute particulière en terme de sécurité*) exigés par l'opérateur historique, un mode de fonctionnement de la Division Opérateurs qui reste à améliorer sensiblement même si des efforts notables sont à relever, une relation commerciale adaptée pour du grand compte mais désemparée face à des acteurs présentant des profils PME / TPE.

Nous pourrions ajouter à cela de nombreux exemples d'entreprises pour lesquelles nous sommes contraints d'emprunter plusieurs infrastructures gérées par divers exploitants tiers publics ou privés, qui pour certains il y a encore peu ne relevaient pas de la compétence ARCEP⁷, pour construire une liaison de bout en bout. Chaque cas est unique en lien avec l'implantation de l'entreprise et la criticité du service de connectivité, souvent devenu aussi indispensable que l'énergie et nécessitant des garanties de service fortes.

La mise en concurrence est enfin souvent atténuée auprès des décideurs du monde économique en raison de la complexité et des coûts de migration de BLOD⁸. Quant à la BLOM/BLOM+, nos prospections régulières démontrent que les offres actuelles reposant sur ces modes de production ne répondent pas aux usages critiques mis en avant par les décideurs informatiques PME et ETI⁹, à plus forte raison lorsque l'entreprise est devenue fortement dépendante de services Cloud ou d'hébergement d'infrastructures en Data Center distant (*housing*). Avec ses débits garantis et sa GTR forte, **la BLOD reste un choix de raison pour ces besoins car toute dégradation ou interruption de service a un impact majeur pour l'entreprise** : elle voit alors le coût de l'abonnement comme une assurance qualité strictement nécessaire à sa production informatique et ce qui peut en découler, à savoir son activité créatrice de valeur. En tout état de cause, la BLOM ou BLOM durcie ne peuvent pas être à ce stade le support de référence pour supporter ces usages critiques et apporter les hauts niveaux de service attendus.

Face à autant de spécificités, la régulation est désemparée voire induite en erreur par des intérêts divers.

L'Autorité, sous l'impulsion de son Président, a saisi les enjeux, en repensant son organisation et grilles d'analyse dans le cadre de sa revue stratégique. Il convient désormais d'accompagner le mouvement en le

⁷ Jusqu'à l'ordonnance n° 2016-526 du 28 avril 2016 portant transposition de la directive 2014/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à des mesures visant à réduire le coût du déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit, les exploitants d'infrastructures de génie civil non déclarés opérateurs auprès de l'ARCEP ne relevaient pas de sa compétence

⁸ Corriger l'ingénierie (lien entre domaine privé et première chambre avec manchon en domaine public) et la réglementation pour permettre aux opérateurs de migrer aisément un client en reprenant l'infrastructure existante plutôt que de retirer des câbles

⁹ Des exceptions sont aussi constatées chez certaines TPE de 5 à 10 collaborateurs ayant des usages critiques et/ou besoins importants

transposant efficacement au marché B2B, parent pauvre de la régulation¹⁰ de ces 15 dernières années. Or, **dans son état actuel, l'analyse de marché effectuée par l'Autorité semble passer à côté des enjeux structurants sur ce marché.**

Pour contribuer à la résolution efficace des dysfonctionnements relevés sur le marché B2B, la présente analyse de marché gagnerait à être amendée sur les points suivants :

1. Analyser efficacement et sans naïveté les réelles causes du pouvoir de marché dominant d'Orange sur le très haut débit et définir des remèdes véritablement appropriés.

La position dominante acquise par Orange, qui s'est même renforcée dans le cadre du précédent cycle, résulte certes de ses investissements. Mais ceux-ci **ont vu leur effet démultiplié par la détention exclusive d'un actif stratégique qui n'est nullement répliquable : le génie civil** dans toutes ses composantes.

Or l'analyse de marché occulte (*notamment dans les développements effectués en partie 3.2*) des paramètres essentiels pour la bonne compréhension du sujet, à savoir que cet actif résulte d'un héritage d'une infrastructure essentielle établie du temps du monopole public au moyen de prérogatives de puissance publique.

Il ne faut pas se fier ici aux éléments de langage distillés par l'opérateur historique qui explique en substance que la faiblesse des opérateurs tiers résulte de leurs errements ou de leur manque d'investissement. C'est oublier que ces derniers n'ont nullement hérité, à l'inverse d'Orange, de l'ancien domaine public national des télécommunications qui constitue à ce jour la seule infrastructure unifiée et monopolisable au niveau national pour desservir quasiment 100% des abonnés éligibles, aussi bien en aval avec l'adduction déjà existante des parcelles qu'en aval avec la détention d'infrastructures et de surfaces de type industrielles en environnement urbain mixte.

L'analyse de marché survole rapidement, sans en tirer les véritables conclusions, les contraintes auxquelles doivent faire face les opérateurs engagés dans des plans de déploiements d'infrastructures FTTH :

- Difficultés à établir de nouvelles conduites de génie civil, notamment en zones denses, du fait des règlements de voirie de plus en plus restrictifs.
- Très grandes difficultés à pouvoir mobiliser des infrastructures tierces, telles que les supports de réseaux d'énergie ou les infrastructures de génie civil détenues par des acteurs qui jusqu'à il y a encore récemment ne relevaient pas de la compétence de l'Autorité¹¹.
- Nombreuses difficultés opérationnelles pour parvenir à l'adduction dans une zone donnée de l'intégralité des immeubles, compte tenu de l'accord préalable et nécessaire des copropriétés qui à tout moment peuvent obtenir du Tribunal de Grande Instance – gardien de la propriété privée – la dépose de toute infrastructure qui n'aurait pas été préalablement autorisée.

¹⁰ « En tout cas, nous sommes déterminés à développer la concurrence sur le marché des entreprises, qui est le parent pauvre de la régulation ».

Audition du Président de l'Autorité par la Commission des Affaires Économiques de l'Assemblée Nationale le 31 janvier 2017, <http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/cr-eco/16-17/c1617043.pdf>

¹¹ La mise en œuvre de l'Ordonnance n° 2016-526 du 28 avril 2016 portant transposition de la directive 2014/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à des mesures visant à réduire le coût du déploiement de réseaux de communications électroniques à haut débit est complexe et il est encore trop tôt pour en mesurer les effets.

- L'évolution du contexte foncier n'est pas suffisamment prise en compte dans l'analyse de marché : il est en effet quasi-impossible, du fait de la réglementation en matière de surfaces industrielles en zones d'habitat et des contraintes liées à la protection du patrimoine architectural, d'héberger des équipements de concentration d'abonnés en dehors des surfaces opérées par Orange qui a hérité d'infrastructures industrielles établies pour la plupart au moyen de prérogatives de puissance publique primant sur ces considérations.
- On pourrait également relever l'absence de prérogatives de puissances publiques permettant de lever les blocages en matières d'adduction des immeubles et raccordement des abonnés : du temps du monopole, le raccordement final étant considéré comme l'accessoire du domaine public¹² et pouvant conduire l'Administration des postes et télécommunications à passer outre les réticences des propriétaires. Il faut également prendre en compte l'impact des ATG (Acquisitions à Titre Gratuit¹³) dans la constitution du patrimoine dont a hérité exclusivement Orange, société de droit privé.

2. Cesser d'opposer concurrence par les infrastructures et accès aux infrastructures & équipements de l'opérateur historique

Loin d'être antinomiques, *bitstream* (offres activées) et déploiement en propre sont deux modes de production complémentaires pour un opérateur alternatif qui se veut pragmatique. Le second est un prérequis nécessaire pour répliquer commercialement les offres de l'opérateur historique, et initier un cercle vertueux menant *in fine* à l'établissement d'infrastructures opérées en propre.

Le pari effectué par l'Autorité quant à l'émergence d'un troisième acteur dédié au marché de gros est très risqué, en sus d'avoir parmi ses actionnaires minoritaires un opérateur de détail, par ailleurs hébergeur en position dominante sur le marché français, rendant *de facto* toute notion de neutralité caduque. Ainsi, toute action de favoritisme de ce nouvel entrant de la part de l'Autorité serait mal venue. En tout état de cause cette émergence prendra du temps, or **les attentes des clients sont bien réelles et ne peuvent être plus longtemps reportées.**

Comme nous l'a démontré par le passé l'opérateur alternatif Free sur le marché de masse, qu'il soit fixe ou mobile, *bitstream* et déploiements en propres sont deux modes de production qui ne sont nullement exclusifs l'un de l'autre, ils sont avant tout complémentaires. Le *bitstream* permet d'ores et déjà de répondre aux attentes des clients et prospects qui souhaitent légitimement avoir un contact privilégié avec un opérateur B2B leur délivrant des solutions à l'échelle du territoire national. Le *bitstream* est également une véritable incitation à investir le moment venu sur des infrastructures détenues ou opérées en propre. Or sans le *bitstream*, les opérateurs B2B ne seront réduits qu'à un rôle de supplétifs des opérateurs de masse. Ils continueront de rencontrer les plus grandes difficultés pour sécuriser les investissements nécessaires pour monter en gamme, faute de parc existant.

En réponse à la question 4, l'analyse de marché, et le projet de décision qui en résulte doivent être complétées pour inclure durablement et efficacement le *bitstream* en zone AMII tout comme en zone RIP lorsque ces réseaux financés sur fonds publics sont notamment délégués à un OCEN¹⁴. Il est en effet légitime de penser que de façon locale, les RIP prendront le relai de l'opérateur puissant ce qui doit

¹² Cf. Arrêt « Lescot » du Conseil d'Etat en date du 1^{er} mars 1967

¹³ Infrastructures (génie civil – conduites, chambres... -, terrains mis à disposition pour y établir un NRA...) réalisées par les collectivités et rétrocédées à l'Etat, et donc reversées au patrimoine dont a hérité Orange. Environ 20% de l'ancien domaine public national des télécommunications était constitué des ATG.

¹⁴ Suivant le droit européen (décision de la Commission européenne 330/2010 - point 24), Netalis a formulé une demande raisonnable d'offre activée auprès d'une filiale d'un OCEN délégataire de service public pour le compte d'un SMIX. La réponse est restée vaine à ce jour.

conduire l'Autorité à une certaine vigilance liée aux catalogues de service et au maintien effectif de la concurrence prenant la forme d'offres activées livrées au NRO ou POP local ou national.

3. Repenser profondément l'approche et les méthodes d'analyse et de régulation du marché professionnel et entreprises.

On ne peut réguler efficacement le marché B2B avec les méthodes du marché de masse. Or il semble ressortir de l'analyse de marché, dans son état actuel, que c'est la grille d'analyse du marché de masse qui conduit toute la réflexion opérée par l'Autorité, notamment lorsqu'il s'agit de qualifier de raisonnable une demande d'accès formulée par un opérateur¹⁵.

En réponse à la question 3, sans aller jusqu'à installer au niveau local des équipes dédiées, comme le font le CSA ou l'ANSSI, il serait pertinent que les services de l'Autorité s'organisent sur une approche de type géographique (à la maille de la région, choix au demeurant opéré pour la refonte des SDAN) avec un interlocuteur dédié, à même de pouvoir développer une fine connaissance des spécificités locales telles que les catalogues des RIP¹⁶, les Data Centers de proximité qui concentrent des données et infrastructures d'entreprises locales ou encore la connaissance des BLOD/BLOM déployées par des acteurs privés locaux¹⁷.

En outre, l'Autorité dispose désormais de pouvoirs d'enquête renforcés, qu'elle a réclamés, dans le cadre de la loi pour une République Numérique récemment adoptée. **Il serait judicieux qu'elle puisse les utiliser afin de s'assurer que le principe de non-discrimination soit pleinement respecté par l'opérateur historique dont elle reste encore trop dépendante en matière de fourniture d'information.** En effet, l'expérience des précédents cycles d'analyse a montré que trop souvent l'Autorité reste confrontée à un décalage temporel entre les faits remontés par les opérateurs alternatifs (*accès aux informations préalables, processus d'éligibilité, de construction, livraison et maintenance des accès, SAV, contraintes opérationnelles – badges, clés des chambres, énergie...*), leur analyse contradictoire par l'ARCEP, et en bout de chaîne les corrections apportées, volontairement ou sous l'incitation, par Orange.

Dans cette lignée, **il serait également judicieux que l'ARCEP prête une plus grande attention aux catalogues des gestionnaires de grandes infrastructures permettant de déployer ou de louer de la fibre nue**, ou encore aux catalogues de services liés au transport longue distance qui est souvent hors de portée financière dans des territoires excentrés, comme le décrit d'ailleurs très bien l'analyse de marché 4 pour ce qui concerne le seul marché de l'Outre-Mer.

4. Ouvrir sereinement et sans a priori le dossier de la séparation fonctionnelle puis structurelle de l'opérateur historique

Jusqu'à présent, **l'Autorité s'est toujours refusée à étudier sérieusement cette opportunité majeure de corriger les impacts négatifs du choix effectué en 1996** pour s'assurer d'une véritable non-discrimination au bénéfice de tous.

¹⁵ Notamment dans les développements effectués en partie 4.2 de l'analyse de marché

¹⁶ Les catalogues des RIP, parfois peu ou pas harmonisés, comprennent souvent des offres activées avec des paliers de débits qui ne font que calquer sans grande innovation les tarifs du CELAN Orange alors qu'ils pourraient dès maintenant proposer par exemple des offres d'accès « FTTO hybride » 100/100 avec une tranche de débit garantie (*ex : offre de gros BPE-A de Covage qui a ouvert quelques zones selon ce modèle avec des coûts très cohérents*)

¹⁷ L'ARCEP ne connaît pas (et donc ne publie pas) une liste d'acteurs disposant de BLOM et/BLOD région par région ce qui pourrait sensiblement aider à l'achat/revente de services de capacité (FON ou FOA)

La séparation fonctionnelle est une **solution qui a fait ses preuves dans d'autres pays** engagés dans le déploiement d'infrastructures à très haut débit (Australie, Nouvelle Zélande...). Elle vient d'être activée par le Royaume-Uni avec la prochaine séparation juridique et structurelle de l'ancien monopole public – BT – avec *OpenReach*, l'entité en charge de l'exploitation et maintenance des infrastructures constitutives de la boucle locale (NRA/O, génie civil, adductions de parcelles...).

La non-discrimination – *c'est-à-dire s'assurer qu'Orange-détail soit aussi (mal)traitée par Orange-GC que les autres* - nécessite plus que des incantations. A chaque nouveau cycle d'analyse, l'Autorité se lance en effet dans de touchants développements sur la nécessaire obligation de non discrimination. Ils sont sincères, mais hélas largement contredits par les retours effectués par les opérateurs alternatifs, les consommateurs, les entreprises et les collectivités.

Car 20 ans après le choix de 1996, qui a consisté à attribuer exclusivement une infrastructure essentielle à un acteur de droit privé sans prévoir de réelles garanties permettant de corriger les effets néfastes d'un tel pouvoir de marché, que voit-on ?

- Une position écrasante de l'entreprise qui a hérité de l'ancien domaine public national, et un risque de reconstitution du monopole dans l'accès aux consommateurs et entreprises,
- Des process d'éligibilité, construction et SAV aux antipodes des attentes du marché,
- Un marché B2B en totale déshérence, parent pauvre de la régulation,
- Une Autorité qui s'épuise à courir après l'information, totalement dépendante du bon vouloir de l'héritier.

Pourtant, alors que le risque de reconstitution du monopole n'a jamais été aussi grand, l'Autorité est dans quelque sorte un curieux déni, estimant que la palette des outils existants se suffit largement à elle-même.

En effet, **Orange n'a jamais été aussi proche de reconstituer le monopole dont bénéficiait l'administration en matière d'utilisation du génie civil et d'adduction des abonnés, le marché B2B pourtant déterminant pour l'aménagement du territoire et la compétitivité nationale n'a jamais été aussi fragile, faute de moyens pour les opérateurs alternatifs de pouvoir disposer d'un accès efficace à cette infrastructure essentielle qu'est l'ancien domaine public national des télécommunications dont a hérité Orange.**

Avec la séparation fonctionnelle puis structurelle que nous jugeons nécessaire et à plus forte raison en cas de concentration d'acteurs puissants¹⁸, les consommateurs et entreprises auront ainsi l'assurance de bénéficier de processus opérationnels (*éligibilité, commande, SAV...*) similaires à ceux dont disposent les clients restés chez l'opérateur historique. Orange sera structurellement incité à gagner en efficacité et disposant à terme d'un bien meilleur retour sur investissement, du fait de l'optimisation de l'utilisation de cette infrastructure essentielle dont elle a hérité, tout en bénéficiant d'une plus grande marge de manœuvre du fait de la sortie de l'Etat du pôle commercial.

De son côté, l'Autorité pourra ainsi éviter de dédier de coûteuses ressources à l'analyse *ex-post* des pratiques alléguées de l'opérateur historique. Quant à l'Etat, il pourra ainsi valoriser sa sortie d'Orange, suivant en cela les préconisations de la Cour des Comptes, tout en gardant un intérêt dans l'entité en charge de l'exploitation et entretien de l'ancien domaine public national des télécommunications.

¹⁸ <http://www.zdnet.fr/actualites/orange-bouyguetel-reprise-des-discussions-de-rachat-39849704.htm>

Il n'est pas à exclure en effet qu'au terme du nouveau cycle d'analyse qui s'ouvre la configuration d'Orange soit profondément revue dans le cadre du mouvement de concentration qui verrait un acteur privé, devenir l'actionnaire de référence de l'opérateur historique, l'Etat étant amené à s'effacer. Dans cette hypothèse, cet acteur de référence se retrouverait à la tête d'un actif stratégique et pourrait être tenté d'abuser du pouvoir de marché qu'il procure pour évincer les acteurs alternatifs ou tout du moins en compliquer les déploiements.

Or il est frappant de constater qu'à aucun moment l'Autorité n'évoque ce remède, ne serait-ce pour justifier qu'elle ne souhaite pas le mettre en œuvre.

Sur cet aspect déterminant pour la compétitivité numérique de notre Nation et l'attractivité des territoires, l'analyse de marché gagnerait à être complétée sur ce point.

Conclusion

L'analyse de marché effectuée par l'Autorité dresse un constat assez réaliste de la situation du haut et du très haut débit, aussi bien pour les marchés de masse que celui B2B sur lequel intervient Netalis.

Du fait de son héritage, non répliquable par les opérateurs alternatifs qui ne bénéficient d'aucunes des prérogatives de puissances publiques ayant permis d'établir les infrastructures constitutives de la boucle locale, Orange y a acquis durablement une position dominante. Cette position s'est même renforcée dans le cours du 4^{ème} cycle d'analyse qui vient à son terme. Sur ce point, l'analyse effectuée par l'Autorité est pertinente.

En revanche, il est à regretter que l'analyse effectuée par l'Autorité soit en retrait sur les réelles causes expliquant le pouvoir de marché dominant d'Orange, les risques de reconstitution du monopole, les véritables remèdes à apporter pour stimuler durablement et efficacement la concurrence au bénéfice des consommateurs, des entreprises, des actionnaires et des territoires. **En réponse à la question 3 de l'analyse de marché, Netalis relève qu'il s'agit ici avant tout d'un problème de méthodes.** L'Autorité dispose des compétences et de l'énergie nécessaire pour faire face aux véritables enjeux structurants pour la compétitivité de notre pays et l'attractivité des territoires. Elle l'a déjà démontré, avec brio, dans le passé concernant le marché de masse. Or les spécificités du marché B2B ne pourront être correctement appréhendées et les verrous efficacement et durablement levés avec la simple transposition des méthodes et grilles d'analyse du marché de masse. **Dans le prolongement de la revue stratégique, l'Autorité doit faire sa révolution culturelle en matière de fonctionnement et d'interactions avec le monde B2B.** Ce n'est pas insurmontable, comme en témoignent par exemple ses initiatives en matière d'interactions avec la communauté du monde IP.

Sur les remèdes appropriés, Netalis estime que les grandes orientations retenues par l'Autorité en matière d'obligations à la charge d'Orange gagneraient à être confortées en complétant l'analyse sur deux points qui semblent essentiels :

- **Sans attendre l'émergence d'un acteur de gros, prévoir d'ores et déjà (en réponse à la question 4) une offre activée (*Bitstream*)** qui puisse permettre aux opérateurs de détail de pouvoir répondre efficacement aux attentes de leurs prospects et clients, notamment en terme de complément de couverture. Il faut cesser d'opposer concurrence par les infrastructures et offres activées. Comme nous l'a démontré l'opérateur alternatif Free sur le marché de masse, qu'il soit fixe ou mobile, ces deux modes de production sont avant tout complémentaires. Le *bitstream* (ou l'itinérance pour le mobile) permet d'ores et déjà de répondre aux attentes des clients et prospects qui souhaitent légitimement avoir un contact privilégié avec un opérateur B2B leur délivrant des solutions à l'échelle du territoire national. Le *bitstream* est également une véritable incitation à investir le moment venu sur des infrastructures détenues ou opérées en propre. Or sans le *bitstream*, les opérateurs B2B ne seront réduits qu'à un rôle de supplétifs des opérateurs de masse. Ils continueront de rencontrer les plus grandes difficultés pour sécuriser les investissements nécessaires pour monter en gamme, faute de parc existant.
- **Briser le tabou de la séparation fonctionnelle puis structurelle de l'opérateur historique.** Jusqu'à présent l'Autorité a toujours été dans le déni, probablement sous le feu d'intérêts contradictoires entre un opérateur historique dans lequel l'Etat garde en dépit du bon sens une participation influant sur la bonne gouvernance, et des décideurs publics (parlementaires, ministres...) qui ne manquent jamais une occasion de saper le travail de l'Autorité. Pourtant, nous gagnerions à prendre de la hauteur en ouvrant sereinement et sans a priori le débat de la séparation

fonctionnelle puis structurelle de l'héritier exclusif de l'ancien domaine public national des télécommunications. En réponse aux questions 8 et 9, nous pouvons dire que nous avons en effet ici une occasion majeure, pour ne pas dire la dernière, de corriger les effets néfastes du choix opéré en 1996, consistant à attribuer exclusivement cette infrastructure essentielle à un acteur de droit privé, sujet le moment venu à des consolidations qui verront l'Etat s'effacer. Ces échéances sont inéluctables, la consolidation est un mouvement mondial et Orange peut être à tout moment une cible. **La séparation fonctionnelle, qui a fait ses preuves en Australie et Nouvelle Zélande, en cours de mise en place au Royaume-Uni, est un remède à considérer sérieusement.**

Tels sont les enjeux du nouveau cycle qui s'ouvre.

Start-up née en région et qui entend y rester, Netalis entend y jouer résolument une part décisive et soutient pleinement l'Autorité, qui dispose des compétences, de l'énergie et de l'expérience nécessaire, pour la résolution des dysfonctionnements identifiés sur le marché du très haut débit fixe et le segment du marché B2B.