

Boulogne, le 3 décembre 2004

**REPONSE DE BOUYGUES TELECOM À
LA CONSULTATION DE L'ART SUR LES
PROJETS DE DECISION RELATIFS LA
TERMINAISON D'APPEL SUR LES
RESEAUX MOBILES**

Bouygues Telecom a étudié avec grand intérêt les différents projets de décision, portant sur l'influence significative des opérateurs mobiles sur le marché de la terminaison d'appel vocal et les obligations imposées à ce titre, soumis à commentaires par l'Autorité.

Comme Bouygues Telecom a pu le souligner en diverses occasions, ces différents projets lui apparaissent contraires aux objectifs de la régulation posés par le nouveau cadre réglementaire des communications électroniques¹. A cet égard, Bouygues Telecom a pu notamment relever à plusieurs reprises par le passé qu'une approche consistant à ériger en marché une prestation qui trouve sa source dans des obligations réglementaires ne peut conduire, par construction, qu'au constat d'un monopole de l'opérateur sur les appels à destinations de ses clients.

Au lieu d'être transitoire, afin de remédier à des difficultés déterminées, la régulation devient alors permanente.

Dès lors, la régulation n'est pas proportionnée à l'intensité de la concurrence sur le marché. Au contraire, l'analyse en cours procède d'une segmentation excessive, qui vient gommer toute vision d'ensemble, en occultant la place de chacun des opérateurs sur le marché, de même qu'une présence éventuelle sur des marchés conjoints.

Dans le même temps, l'ART s'exonère de toute étude du marché de détail de la téléphonie mobile, voire de celui de la téléphonie fixe. Pourtant, une telle analyse constitue un pré requis indispensable afin d'identifier les éventuels difficultés que la régulation d'un « marché de gros de la terminaison d'appel sur le réseau individuel » pourrait résoudre. La seule justification apportée par l'ART à cette absence d'analyse repose sur l'existence d'une analyse générale, effectuée par la Commission européenne, ce qui ne répond pas aux exigences posées par le cadre réglementaire existant. En effet, la Commission européenne n'est ni en mesure ni compétente pour apprécier le niveau de concurrence effective sur un marché national déterminé, rôle qui est dévolu et exigence qui est imposée à chacune des Autorités de régulation nationales.

Ainsi, la surenchère réglementaire qui en résulte est également contraire aux objectifs du nouveau cadre réglementaire.

Par ailleurs, la logique retenue conduit à un traitement identique de chacun des trois opérateurs mobiles, dans une similitude de terminologie, de description des éléments

¹ Un grand nombre d'arguments repris ici ont fait l'objet de développements circonstanciés dans le cadre des premières observations de Bouygues Telecom sur le projet de décision de l'ART

matériels et de conclusions, le plus souvent au mot près, qui ne peut que laisser dubitatif quant à la volonté réelle de l'Autorité de procéder à une analyse objective, dans une démarche proportionnelle et adaptée.

Ce faisant l'Autorité fait également abstraction du réel pouvoir de marché de chacun des opérateurs, tant directement sur le marché de détail où ils opèrent qu'indirectement, en qualité de groupes intégrés, sur l'ensemble des marchés des communications électroniques.

Une telle démarche n'est en aucun cas adaptée au cas de chacun. Elle ne répond pas au principe de proportionnalité, fragilisant encore plus fortement les acteurs les plus faibles, au détriment de la concurrence sur le marché de détail et au préjudice, in fine, du consommateur.

1 Définition du marché pertinent

1.1 Le marché retenu par l'Autorité n'est pas pertinent

Bouygues Telecom considère que le marché de la terminaison d'appel vocal sur le réseau individuel d'un opérateur n'est pas un marché pertinent. Les arguments développés par Bouygues Telecom ayant été largement développés dans ses écrits précédents, il n'y a pas lieu d'y revenir.

Pour mémoire, les principaux points soulevés par Bouygues Telecom sont les suivants.

La recommandation de la commission sur la définition des marchés n'a qu'une valeur indicative

La définition d'un marché de la terminaison d'appel sur chaque réseau GSM est par loin d'être imposée par l'évolution législative et réglementaire actuelle. En effet, la directive « Cadre » du 7 mars 2002, seul texte ayant force obligatoire en droit français fait pour sa part référence en son annexe I au marché de « *la terminaison d'appel vocal sur les réseaux téléphoniques publics mobiles* » et ne vise donc pas la terminaison d'appel vers un réseau individuel.

Seule la recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents évoque un marché de « *terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels* ». Or, s'agissant d'une simple recommandation, elle n'a qu'une valeur indicative. Il ne saurait donc être soutenu que les textes communautaires « valident » l'existence d'un marché pertinent de la terminaison d'appels individuel. Il appartenait au

contraire à chaque Etat Membre de tenir compte des « circonstances nationales » dans le cadre de la définition de ces marchés (directive « Cadre »).

Le postulat de départ de l'ART est erroné et ne repose sur aucun fondement économique

Le droit de la concurrence prévoit que *« le marché se définit comme le lieu théorique où se rencontrent l'offre et la demande de produits ou services qui sont considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux mais non substituables aux autres biens ou services offerts »*².

Or, ces critères de la définition du marché ne se retrouvent pas dans la définition de l'ART lorsque celle-ci prétend caractériser un marché de la terminaison d'appel sur chaque réseau GSM.

Le marché de la terminaison d'appel ne peut être retenu comme pertinent car la terminaison d'appel est un service spécifique, dont la prestation n'obéit pas aux lois de l'offre et de la demande. En effet, la prestation de terminaison n'est pas un service librement et spontanément offert par des « entrepreneurs » individuels en concurrence face à des demandeurs qui choisissent le meilleur rapport qualité/prix.

Ce service est au contraire l'expression de décisions « hors marché » qui s'imposent comme une contrainte à tous les acteurs du marché des télécommunications qu'ils soient fixes ou mobiles.

La terminaison d'appel ne constitue donc pas un « marché », au sens d'une « place » où des offreurs viennent librement proposer leurs produits à des demandeurs qui choisissent la meilleure offre. En d'autres termes, il n'y a pas de marché au sens où l'entend le droit de la concurrence.

Si l'ART était certes tenue, dans le cadre d'une stricte transposition des textes communautaires de retenir la liste des marchés pertinents telle que définie à l'annexe 1 de la directive « cadre », elle ne l'était certainement pas quant au marché de la terminaison d'appels sur les réseaux individuels ; or, celui-ci n'est pas plus un marché au sens économique pour les raisons évoquées ci-dessus : l'ART avait toute latitude juridique pour en prendre acte.

L'analyse de l'ART conduisant à la définition d'un marché unique de gros fixe vers mobile et mobile vers mobile est inexacte

² Cour d'appel de Paris, 17 juin 1992, BOCCRF n°13 du 4 juillet 1992.

Le fait que la prestation de terminaison d'appel soit techniquement la même quelle que soit la catégorie d'acheteurs ne constitue pas la preuve de l'existence d'un marché unique

Au contraire, les relations structurellement différentes dans les deux cas justifieraient de distinguer deux « marchés ».

1.2 L'analyse de l'ART conduisant à la définition d'un marché unique de gros fixe vers mobile et mobile vers mobile est incomplète

A titre d'exemple, l'Autorité admet que les « hérissons » doivent être inclus dans ce marché, sans qu'il soit possible de déterminer avec précision si l'Autorité les considère comme constitutifs d'une offre de détail ou d'une offre de gros.. Pour autant, elle ne retient que les seuls « hérissons » destinés à passer des appels « on-net » et ne précise en rien le cadre dans lequel le recours à de tels mécanismes seraient licites.

Cette définition restreinte du marché anticipe la disparition des hérissons destinés à passer des appels « off-net ». Pour autant, une telle disparition découle directement de la volonté de l'Autorité d'imposer aux opérateurs mobiles de sortir du mécanisme du « Bill & Keep » et non d'une évolution naturelle du marché.

Bouygues Telecom a alerté l'Autorité à de très nombreuses reprises que la sortie brutale et sans période transitoire du « Bill & Keep » allait avoir un impact anti-concurrentiel particulièrement important, au plus grand préjudice du consommateur.

Bouygues Telecom avait donc préconisé une sortie progressive du « Bill & Keep », ce qui aurait été plus conforme aux objectifs de la régulation.

A cet égard, Bouygues Telecom entend souligner que l'obligation de sortie du « Bill & Keep » a été imposée sans que l'Autorité n'ait apporté la démonstration de sa nécessité, la seule justification invoquée par cette dernière étant la discrimination. Pour autant, la discrimination s'apprécie sur un marché déterminé. Or, le marché « fixe » et le marché « mobile » sont deux marchés distincts, la convergence « à terme » avancée par l'Autorité n'a aucun sens, en particulier sur la période considérée.

Au-delà, l'Autorité constate, dans le cadre de son analyse de marché que les hérissons n'ont pas contribué à une pression concurrentielle forte, du fait de leur utilisation marginale par France Télécom.. Si tel n'avait pas été le cas, le substitut aurait été considéré comme recevable par cette dernière. Au demeurant, le trafic en provenance des « hérissons » représente une part de 20 à 30 % du trafic entrant « fixe » des opérateurs mobiles, puisque les opérateurs tiers y ont très largement recours

Par ailleurs, l'Autorité ne va pas jusqu'au bout de son analyse. Son raisonnement aurait dû la conduire à constater que la parcimonie du groupe France Télécom dans l'usage des hérissons découle directement de :

- l'absence d'impact sur la part de marché de France Télécom de la politique menée par les opérateurs de téléphonie fixe alternatifs ;
- l'incidence qu'un tel usage aurait eue sur sa filiale mobile, usage qui aurait porté atteinte à l'intégrité et à la capacité de son réseau mobile.

Dès lors, il était plus avantageux, pour le groupe, de préserver ses marges, la position respective de France Télécom et Orange France sur leur marché n'étant en aucune mesure remise en cause. Le raisonnement s'applique *mutatis mutandi* au groupe Cegetel.

2 Détermination de la puissance sur le marché

Aux termes de l'article L. 37-1 du CPCE, « *est réputé exercer une influence significative sur un marché du secteur des communications électroniques tout opérateur qui, pris individuellement ou conjointement avec d'autres, se trouve dans une position équivalente à une position dominante lui permettant de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs* ».

Or, la désignation d'un marché pertinent des prestations de terminaison d'appel vocal sur chaque réseau individuel ne peut aboutir qu'au constat que 100% de parts de marché sont détenues par l'opérateur concerné et donc, selon les déclarations de l'Autorité, à une régulation systématique, par l'intermédiaire de mesures identiques pour chacun des acteurs du marché de détail.

Une telle approche est critiquable à plus d'un titre.

- Une part de marché de 100% ne suffit pas à considérer un acteur comme puissant sur le marché concerné, a fortiori s'agissant d'un marché défini de façon aussi étroite

Si l'A.R.T. a relevé d'elle-même qu'« *il n'en reste pas moins qu'une part de marché de 100% et une absence de concurrence potentielle déjà évoquées précédemment ne sauraient être suffisantes pour qualifier le degré d'influence significative. Il est nécessaire, conformément aux lignes directrices, de procéder à une analyse approfondie des caractéristiques économiques du marché pertinent.* » (p. 5), elle n'en tire aucune conséquence en pratique.

En effet, bien que constituant un critère important, la position de l'opérateur sur le marché doit également lui permettre de se comporter de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs. Ces avantages de la position sur le marché doivent être considérés comme des facteurs indissociables de la qualification de puissance sur le marché.

A cet égard, comme l'énonce l'A.R.T, « *la part de marché d'une entreprise constitue un critère essentiel, bien que non exclusif* » (p. 3). Cependant, plus que « non exclusif », l'article L. 37-1 aboutit à considérer que le critère de la part de marché n'a d'importance que s'il permet à l'opérateur de se comporter de manière indépendante. Les textes communautaires sont encore plus clairs puisqu'ils font référence à la capacité pour l'opérateur de s'abstraire du marché de façon significative

Par ailleurs, l'A.R.T. considère que selon la jurisprudence, « *la présence de parts de marchés élevées – supérieures à 50% - permet, sauf circonstances exceptionnelles, d'établir l'existence d'une position dominante* ». Or, il existe, dans la jurisprudence de la Commission européenne, des exemples démontrant que même en présence d'une part de marché de 60%, la « dominance individuelle » d'un opérateur peut ne pas exister (Cf. Décision TeliaSonera³). D'autres « circonstances » doivent être prises en compte par le régulateur pour aboutir à la qualification d'influence significative.

En tout état de cause, l'A.R.T. confirme que « *le critère de la part de marché ne saurait toutefois suffire à établir l'existence d'une position dominante* » (p. 4).

- L'Autorité néglige le pouvoir d'achat compensateur des « clients » fixes et mobiles de Bouygues Telecom

Ainsi que le rappelle la Commission elle-même, « *la définition du marché n'est pas un processus mécanique ou abstrait ; elle suppose une analyse de tous les éléments d'appréciation disponibles concernant les comportements observés sur le marché par le passé et une compréhension **globale** des mécanismes du secteur concerné* » (lignes directrices du 11 juillet 2002).

Or, parmi les indices de puissance rappelés par l'A.R.T. dans son projet de décision (p. 4), seule celui de l'absence de pouvoir d'achat compensateur est utilisé comme fondement de l'analyse de l'influence significative. Rien ne justifie que l'analyse de l'Autorité se limite à ce seul indice, au demeurant traité de façon particulièrement lapidaire.

³ Décision de la Commission du 5 octobre 2004 C (2004) 3682 final, « Retrait d'un projet de mesure », conformément à l'article 7§4 de la directive 2002/21/CE.

De nombreux éléments tendent à démontrer que Bouygues Telecom ne s'est jamais comportée de manière indépendante vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et des consommateurs.

A titre d'exemple, Bouygues Telecom a été contrainte de suivre les baisses de TA décidées par l'A.R.T pour OF et SFR, alors même que rien ne l'y obligeait. Cette situation démontre que Bouygues Telecom était davantage dans une situation de dépendance que d'indépendance vis-à-vis de ses concurrents. Si tel n'avait pas été le cas, Bouygues Telecom aurait logiquement choisi de préserver ses marges.

En effet, il convient de critiquer l'affirmation de l'A.R.T. selon laquelle *« le fait que Bouygues Telecom ait suivi les baisses d'OF et SFR ne signifie pas que ceux-ci aient réussi à exercer un pouvoir d'achat compensateur. »* (p. 10). Pour justifier cette conclusion, l'A.R.T. se borne à constater que *« ces baisses n'ont pas été immédiates »*. Or, les baisses tarifaires de Bouygues Telecom ont systématiquement suivi celles de ses concurrents, dans des délais liés le plus souvent aux délais de mise en œuvre dans les tarifs publics de France Telecom de la baisse proposée par Bouygues Telecom.

Par ailleurs, l'Autorité se contredit elle-même quand elle relève que la sortie du « Bill & Keep » peut s'effectuer sous la pression d'un seul opérateur mobile, qui contraindrait ainsi les autres opérateurs à facturer entre eux cette prestation. Par ce constat, l'Autorité admet l'influence réciproque des opérateurs sur leur terminaison d'appel respective.

La disparition de la modulation horaire en est un autre exemple (voir infra).

De même, l'Autorité néglige dans son analyse l'impact de la sortie du « Bill & Keep » sur la tarification de détail. L'impact des effets de clubs sur la tarification des appels « fixe vers mobile » est en effet évident. Plus le montant de la prestation de terminaison d'appel est élevé et plus une différenciation on-net / off net sera susceptible d'apparaître. Or, il n'est plus besoin de rappeler que l'effet de club est directement lié au nombre de clients d'un opérateur et plus spécifiquement à sa part de marché.

Ainsi, contrairement à ce qu'affirme l'A.R.T., c'est bien sous l'effet d'un pouvoir d'achat compensateur de ses « clients » fixes et mobiles que Bouygues Telecom a décidé de baisser ses tarifs, proportionnellement à ceux de ses concurrents et devra continuer à le faire, indépendamment de toute régulation du marché.. Bouygues Telecom n'a en effet d'autre choix que de s'aligner sur ses concurrents s'il souhaite rester compétitif. Pour autant que de besoin, cela démontre par conséquent un état de dépendance de Bouygues Telecom vis-à-vis de ses concurrents.

Enfin, l'Autorité a notamment considéré que Bouygues Telecom était une entreprise intégrée et présente sur le marché de la téléphonie fixe et mobile. Il n'en est rien.

Contrairement à ses concurrents, Bouygues Telecom n'est présent que sur le marché de la téléphonie mobile et, sur ce marché, n'est en aucun cas un acteur puissant. L'Autorité omet également de prendre en compte dans son raisonnement la puissance particulière de ses concurrents du fait de leur présence sur l'ensemble des marchés des services de communications électroniques. Il s'agit là pourtant d'un élément essentiel de l'analyse.

3 Obligations envisagées par l'Autorité

La proposition de l'Autorité de mesures de régulation des trois acteurs du marché de la téléphonie mobile en métropole est particulièrement discutable :

- L'autorité n'a pas analysé, ni a fortiori pris en compte, les impacts anti-concurrentiels des mesures envisagées. En premier lieu, elles avantagent le groupe France Télécom et le groupe Cégétel, au détriment des acteurs « fixes » dont les marges seront directement remises en cause ;
- En deuxième lieu, elles imposent des contraintes plus fortes à Bouygues Telecom qu'à ses concurrents, ce qui est contraire aux principes de proportionnalité des mesures imposée par le nouveau cadre réglementaire, sans que ces contraintes ne soient justifiées.

3.1 Des remèdes disproportionnés et inadaptés à la situation de Bouygues Telecom

L'article L. 32-1 du CPCE impose à l'A.R.T. de prendre des mesures raisonnables et proportionnées aux objectifs poursuivis. Il appartient également à l'A.R.T. de veiller au « *développement de l'emploi, de l'investissement efficace dans les infrastructures, de l'innovation et de la compétitivité dans le secteur des communications électroniques* ». Or, les principales obligations envisagées par l'A.R.T. dans son projet de décision contreviennent au principe énoncé ci-dessus : faire peser de telles obligations sur Bouygues Telecom, opérateur mobile ne détenant que 17% de parts de marché sur le marché de la téléphonie mobile, ne peut qu'être déraisonnable et disproportionné.

Du fait des charges supplémentaires en résultant, le projet de décision a un impact direct sur le développement de l'investissement, de l'innovation et de l'efficacité, qui est pourtant l'un des objectifs de la régulation. Or, l'Autorité ne justifie à aucun moment que son projet reste conforme à cet objectif.

L'Autorité s'attache uniquement à justifier une prétendue absence de concurrence effective et loyale, en identifiant trois catégories d'obstacles : la capacité de Bouygues Telecom à faire obstruction lors des négociations des conventions d'interconnexion avec un opérateur tiers compte tenu de sa position monopolistique sur le marché, la capacité de Bouygues Telecom à faire des discriminations abusives compte tenu de son intégration verticale sur le marché de la téléphonie mobile, l'absence de pression concurrentielle sur les prix de terminaison d'appel.

Il ne s'agit là que d'une approche théorique qui ne se vérifie pas dans la pratique.

- S'agissant de la capacité à faire obstruction lors des négociations des conventions d'interconnexion avec un opérateur tiers, Bouygues Telecom a démontré que son offre type était ouverte à tout opérateur demandant à en bénéficier. Il convient de souligner à cet égard que l'architecture d'interconnexion proposée par Bouygues Telecom a justifié la signature d'une telle convention par de nombreux opérateurs.

Par ailleurs, tout opérateur, puissant ou non, est soumis au droit à l'interconnexion. Ainsi, le Code des postes et communications électroniques prévoit qu'en cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès, les opérateurs ont les moyens d'agir auprès de l'A.R.T. par le biais de la procédure de règlement des différends.

- Bouygues Telecom ne fait pas partie, contrairement à ses deux concurrents, des entreprises verticalement intégrées sur le marché de la téléphonie mobile et n'a aucun intérêt à procéder à des « discriminations abusives ». Au-delà, le Code de commerce réprime toute discrimination *per se*. La publication par Bouygues Telecom d'une offre de référence apparaît donc comme injustifiée et disproportionnée au regard des faits.
- Enfin, contrairement à ce qu'avance l'A.R.T., Bouygues Telecom estime qu'il existe bien une pression concurrentielle sur les prix de terminaison d'appel, comme cela a précédemment été démontré.

Les remèdes proposés par l'Autorité sont donc inadaptés à la situation et au comportement de Bouygues Telecom et disproportionnés.

Au-delà, les effets anti-concurrentiels induits des remèdes proposés iraient à l'encontre d'un objectif de développement de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile, au détriment du consommateur.

3.2 Des remèdes ayant des effets induits anti-concurrentiels importants

Une méthode d'allocation des coûts critiquable et non proportionnée

Bouygues Telecom souhaite apporter des commentaires sur les clés d'allocation retenus par l'Autorité pour le calcul des coûts des appels entrants. Bouygues Telecom conteste en effet la méthode d'allocation des coûts effectuée par l'Autorité et considère contrairement à ce qu'indique l'ART que :

- l'allocation en fonction de l'élasticité prix (tarification à la Ramsey Boiteux) est appropriée. La concurrence qui s'exerce sur le marché de la téléphonie mobile français correspond bien à une contrainte budgétaire forte pour Bouygues Telecom, et ce type de tarification peut donc être socialement optimale.
- les coûts commerciaux doivent être pris en compte dans le calcul des coûts de la terminaison d'appel. Il est d'ailleurs surprenant que l'Autorité « *considère que la prise en compte d'une telle externalité dans le prix de la terminaison d'appel vocal n'est pas justifiée* », alors que l'OFCOM sur le marché anglais – marché beaucoup plus mature et concurrentiel que le marché français – retient dans son calcul de coûts de terminaison une valeur d'externalité sensiblement supérieure à celle estimée par l'Autorité.

Par ailleurs, dans le cadre du price-cap des terminaisons d'appel de OF et SFR, défini par l'Autorité pour la période 2002-2004, cette dernière a retenu le principe qu'une part de coûts commerciaux devait être intégré dans le calcul. En revenant sur cette jurisprudence dans le cadre du price-cap appliqué à Bouygues Telecom sur la période 2005-2006 l'Autorité lui applique un traitement différent sans justification sérieuse, s'agissant du premier « price-cap » appliqué à Bouygues Telecom, alors même que le nombre de ses clients reste sensiblement inférieur à celui de ses concurrents et son ouverture commerciale postérieure de plusieurs années.

De surcroît, la méthode d'évaluation du coût du capital des actifs de réseau n'est pas proportionnée : le taux de rémunération du capital représentant le risque lié à l'activité mobile en France doit être différencié en fonction du statut des acteurs du marché mobile. On observe en effet en Europe que les β des opérateurs sont différents s'il s'agit d'opérateurs leaders sur un marché ou d'opérateurs challengers, ces opérateurs étant également le plus souvent des opérateurs intégrés.

Un principe de symétrie tarifaire discriminatoire et inadapté

Bouygues Telecom conteste la position de l'Autorité qui « *estime nécessaire que les prix des charges de terminaison d'appel convergent vers les niveaux de coûts de référence définis précédemment* » et qu'à terme, « *il n'y a pas lieu d'intégrer ces différences de part de marché* ».

En effet, selon l'ART, les coûts de référence sont les coûts d'un opérateur efficient attribuables à la terminaison d'appel, et le maintien de la prise en compte de la différence de part de marché entre Bouygues Telecom et les autres opérateurs mobiles ne serait pas une incitation à l'efficacité et à la neutralité de la régulation.

A cet égard, nous pouvons nous interroger sur les caractéristiques d'un opérateur efficient. Le dernier entrant sur le marché de la téléphonie mobile subit inévitablement un désavantage du fait de son nombre d'abonnés inférieur (moins d'économies d'échelles et d'envergure, moins d'externalités de réseau, ...). L'ART prend en compte ce désavantage en distinguant les méthodes de calcul de coûts sur les périodes transitoires, et sur le long terme :

- **en période transitoire**, l'Autorité se fonde sur les coûts historiques ou comptables des opérateurs. L'approche est justifiée par le caractère supposé efficace des opérateurs sur cette période, dans le contexte concurrentiel d'un marché en développement : « *Les opérateurs mobiles ont déployé leur réseau dans un contexte fortement concurrentiel et ont connu une croissance très rapide de leur trafic. Ils pourraient donc être considérés comme efficaces* ». Sous cette approche, la politique d'investissement de Bouygues Télécom n'est pas remise en question « *la topologie du réseau et, de façon générale, les choix d'exploitation et de dimensionnement de l'opérateur n'étaient pas mis en cause* ». L'ART justifie ainsi des coûts relatifs de la terminaison d'appel de Bouygues Telecom supérieurs, résultant de parts de marché moindres : « *S'agissant des estimations des coûts de référence [...], on constate des différences sensibles entre les coûts à la minute de Bouygues Telecom et ceux des deux autres opérateurs* ».
- **sur le long terme**, la notion d'opérateur efficient n'intègre plus les différences de parts de marché (ce qui veut dire qu'un opérateur efficient en métropole devrait converger vers la dotation concurrentielle de 33%, sur le long terme). Il en résulte une convergence des coûts de la terminaison d'appel sur le long terme : « *L'Autorité considère [...] qu'à terme, il n'y a pas lieu d'intégrer ces différences de parts de marché et que les coûts de référence, donc les prix de terminaison, doivent converger à prestation équivalente* ».

Pour autant, imposer à l'ensemble des opérateurs mobiles d'appliquer des tarifs identiques de terminaison d'appel calculés comme les coûts d'un opérateur standard (33% de part de marché) ne résiste pas à l'analyse.

- Le principe de symétrie tarifaire irait à l'encontre des objectifs de la régulation, serait contraire aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime et serait discriminatoire,

Une tarification symétrique, faisant ainsi abstraction d'un différentiel de parts de marché très important et d'un décalage temporel significatif, pour un déploiement dans des bandes de fréquences différentes ne pourrait que résulter en une vente à perte de la prestation de terminaison d'appel de l'opérateur le plus faible, tout en faisant bénéficier d'autres opérateurs d'une rémunération leur permettant de maintenir une marge. La conjonction de ces effets induirait nécessairement le versement d'une soulte importante par l'opérateur le plus faible aux opérateurs les plus forts, alors même que ces derniers seraient ses concurrents directs sur le marché de détail. L'effet anti-concurrentiel d'une telle mesure en serait donc accentué d'autant, les opérateurs les plus puissants étant alors à même d'utiliser cette manne pour accroître encore leur position.

Dans le même temps, la régulation ne saurait en aucun cas conduire à une telle situation, contraire aux principes de sécurité juridique et de confiance légitime. Elle serait également discriminatoire, seule Bouygues Telecom se retrouvant dans une telle position, alors que ses concurrents pourraient à tout le moins ne pas vendre à perte, voire continuer à préserver des marges.

A cet égard, Bouygues Telecom s'étonne que l'Autorité envisage une telle perspective quand, à l'occasion de ses décisions dans le cadre de récents règlements des différends, l'Autorité considèrerait que, sur le marché de la téléphonie fixe, un décalage de cinq ans dans les tarifs de terminaison pratiqué par les opérateurs alternatifs était justifié. Une logique identique appliquée à Bouygues Telecom permettrait à cette dernière de pratiquer des tarifs substantiellement supérieurs aux siens, tout en maintenant un différentiel encore plus important

- Le principe de symétrie tarifaire reviendrait à considérer que Bouygues Telecom est un opérateur inefficent :

Cette inefficence s'expliquerait par des politiques d'investissement et commerciales inadaptées, ce qui peut être critiqué à la lumière de la théorie économique et de l'historique du marché de la téléphonie mobile.

- Le principe de symétrie tarifaire reviendrait à ne pas prendre en compte les contraintes exogènes liées en particulier aux différences de fréquences attribuées aux trois opérateurs mobiles français, qui engendrent des différences de coûts.

Cette différence a été reconnue en particulier par l'OFCOM. Cette dernière indique en effet que les tarifs cibles doivent prendre en compte les différences de coûts entre les opérateurs utilisant des réseaux mixtes 900/1800 MHz et ceux utilisant strictement la

norme 1800 MHz (sans toutefois discriminer au sein de ces deux catégories). Ces différences ne sont pas dues aux spécificités des opérateurs mais bien aux contraintes exogènes imposées par la technologie 1800 MHz conduisant à une utilisation du réseau moindre que les opérateurs 900/1800 MHz : *“As described in the May consultation, due solely to the characteristics of the 1800MHz spectrum, rather than operator-specific considerations, 1800MHz operators experience lower site utilisation in the earlier years of their operation than the combined 900/1800MHz operators. This effect, coupled with the use of economic depreciation in the calculation of the fair target charge, means that the average 1800MHz operator’s costs can be expected to be higher than a combined 900/1800MHz operator’s costs in 2005/06.”*

L’OFCOM conclut par conséquent qu’en 2005/2006 les coûts moyens d’un opérateur 1800 MHz sont supérieurs à ceux utilisant une technologie 900/1800 Mhz.

Un contrôle des tarifs injustifié, inadapté et discriminatoire

L’Autorité propose de fixer le « price cap » de Bouygues Telecom pour l’année 2005 à un niveau inférieur à celui imposé à Orange France et SFR en 2004, sans tenir compte de la situation particulière de Bouygues Telecom, de son nombre de clients très substantiellement inférieur, ni de son arrivée plus tardive sur le marché.

Par ailleurs, la valeur retenue n’est soutenue par aucun élément d’analyse. La motivation de l’Autorité à cet égard n’est pas claire. Rien ne justifie que Bouygues Telecom fasse l’objet d’une régulation de ses tarifs plus agressive que ce qui a été, et reste, imposé à ses concurrents. En effet, comment expliquer que le price cap imposé à Bouygues Telecom de 14,79 ct€/min en 2005 soit inférieur à celui imposé à Orange France en 2004 alors que la taille et l’antériorité sur le marché de cette dernière lui confère des économies d’échelle largement supérieure à celle que connaît Bouygues Telecom en 2005. Ce choix injustifié conduit à une application non proportionnée de la régulation, pénalisant ainsi fortement Bouygues Telecom.

Indépendamment du niveau de la terminaison d’appel fixé par l’Autorité, le mode de contrôle des tarifs mis en place appelle plusieurs remarques.

- L’Autorité présentant sa mesure comme relevant du contrôle tarifaire et non d’une orientation vers les coûts, l’imposition d’une comptabilité séparée, dérogeant aux règles comptables internationales appliquée par les différents acteurs du marché (normes IAS), conduit à une charge excessive et disproportionnée. Un audit en fin de période, comme l’y autorise le Code des PCE, permettrait aisément à l’Autorité de contrôler le respect de son obligation par Bouygues Telecom.

- La distribution des appels définie par l'ART – répartition du trafic sur les différentes plages horaires – ne correspond pas à la réalité de la répartition observée sur le réseau de Bouygues Telecom et peut par conséquent être cause de discrimination. Cette différence implique, dans le cas du maintien d'un gradient horaire, un revenu moyen réel pour Bouygues Telecom inférieur au plafond défini par l'ART.
- L'ART indique que la modulation horaire doit refléter l'économie de l'opérateur ; or, aucun moyen n'est mis en œuvre pour que ce principe puisse être appliqué. Ainsi, dans le cadre de la baisse prévue au 1^{er} janvier 2005, Bouygues Telecom n'a pas eu d'autre choix que de s'aligner sur la modulation horaire définie par SFR et de retenir un tarif unique quelque soit la période. Cette tarification n'est d'une part pas représentative de l'occupation des réseaux, et d'autre part pas favorable au consommateur.
- L'Autorité considère que seuls les tarifs Intra ZA de OF et SFR doivent être contrôlés.

L'Autorité néglige ainsi de contrôler que l'architecture d'interconnexion retenue par ces derniers (17 points d'interconnexion correspondant à 17 MSC de transit) n'a pas été construite au seul bénéfice de leurs activités dans la téléphonie fixe. En effet, seuls France Télécom et Cegetel / TD ont pu rapidement se raccorder à ces 17 points dans la mesure où ils étaient y raccordés historiquement et où l'acheminement du trafic entre les deux opérateurs mobiles le justifiait. A titre de comparaison, l'architecture d'interconnexion de Bouygues Telecom fait appel à trois points d'interconnexion, correspondant à ses TSC et permet donc un accès relativement simple et peu onéreux au tarif d'interconnexion le plus bas. De plus, les zones d'acheminement associées étant extrêmement larges, l'application d'un tarif EZA à plus pour vocation de garantir que le routage effectué respecte ces zones et n'est donc appliqué qu'à une part infime du trafic.

A contrario, l'architecture retenue par OF et SFR est par construction discriminatoire. La discrimination pourrait encore être accentuée par le fait que le tarif Extra ZA n'est pas régulé. Afin de bénéficier du tarif régulé, les opérateurs tiers ont donc le choix entre procéder à des investissements coûteux pour se raccorder à 17 points d'interconnexion ou recourir à des opérateurs de transit. Comme les opérateurs pouvant aujourd'hui offrir du transit vers Orange France et SFR sont principalement France Télécom et TD, c'est-à-dire des opérateurs appartenant au même groupe que ces deux opérateurs mobiles. Le groupe concerné va donc directement bénéficier des revenus supplémentaires générés par l'offre d'interconnexion des deux opérateurs les plus puissants du marché.

Enfin, le différentiel entre tarif Intra ZA et tarif Extra ZA étant particulièrement élevé, les opérateurs n'optant ni pour une interconnexion en 17 points, ni pour du transit, se

verront appliquer des tarifs pour lesquels ces deux opérateurs ont la faculté de conserver une marge particulièrement élevée. L'objectif de contrôle tarifaire et de réduction des marges y afférent sera donc en grande part détourné.