



REPONSE A LA CONSULTATION PUBLIQUE SUR L'ANALYSE DE MARCHE DE GROS DE LA TA SMS

18 DECEMBRE 2009



SYNTHESE	3
1 Pertinence du marché SMS pour une régulation ex-ante	6
1.1 L'Autorité ne rapporte pas la preuve de l'absence de concurrence effective	6
1.1.1 Rappel du cadre réglementaire	6
1.1.2 L'Autorité ne démontre pas de problèmes concurrentiels sur le marché métropolitain	7
1.1.3 La régulation ex-post est occultée	8
1.2 La position de l'Autorité est isolée	8
1.3 La démarche de l'Autorité conduit à ériger chaque service en marché pertinent	9
2 La définition de marché retenue par l'Autorité est erronée	9
2.1 Les services SMS ne constituent pas un marché à part entière	9
2.1.1 Il n'y a pas de demande isolée pour les SMS	9
2.1.2 Il n'y a pas d'offre isolée pour les SMS	10
2.1.3 Les SMS de personne à personne sont substituables à d'autres services de communications interpersonnelles	11
2.1.4 Les SMS de contenu sont substituables à d'autres services en ligne	12
2.2 Une délimitation du marché erronée conduisant à un régime d'interconnexion aux conséquences lourdes pour le consommateur	12
2.2.1 Une délimitation du marché erronée	12
2.2.2 L'ouverture de l'interconnexion SS7 implique des conséquences lourdes pour le consommateur	13
3 Les remèdes proposés par l'Autorité sont inadaptés et disproportionnés	14
3.1 Interconnexion et accès	14
3.2 Non discrimination	14
3.3 Contrôle tarifaire	14
3.3.1 L'orientation vers le coût complet générique est infondée	14
4 Analyse de marché	15
4.1 Bilan du premier cycle sur le marché de détail	15
4.2 Comparaison européenne	16



1 SYNTHÈSE

Le 17 novembre 2009 l'Autorité a lancé une consultation relative à l'analyse du marché de gros de la terminaison SMS.

Ses premières conclusions l'ont conduite à :

- I. retenir comme pertinent le marché de la TA SMS propre à chaque opérateur, dans la continuité de la première analyse de marché (2005)
- II. proposer que soit engagé un mouvement rapide de baisse de la terminaison SMS vers les coûts complets d'un opérateur générique
- III. encourager les opérateurs à mettre à disposition des agrégateurs et exploitants des réseaux ouverts au public une offre de référence d'interconnexion au niveau de la signalisation SS7

I. La régulation ex-ante n'est pas fondée car les services SMS sont fortement concurrentiels, ils connaissent un développement dynamique et ne constituent pas un marché à part entière

Depuis 2006 les offres de générosité proposées par Bouygues Telecom à ses clients ont favorisé la croissance de l'usage SMS passé de 24 SMS sortants par client et par mois à plus de 130 en 2009.

L'innovation apportée par ces offres a dynamisé le marché tout en permettant aux clients de Bouygues Telecom de rester les premiers utilisateurs de SMS avec un usage supérieur de 20 à 40 % à celui observé sur l'ensemble du marché.

L'offre SMS illimités a connu un développement particulièrement fort dans les segments à faible dépense mensuelle : prépayé et forfait bloqué. Ces segments représentent 60 % des SMS sortants des clients grand public Bouygues Telecom et l'usage par client y est supérieur à 500 SMS sortants par mois.

L'état des lieux des marchés de gros et de détail annexé à la consultation ne conduit pas à une autre conclusion lorsqu'il souligne que la croissance des usages a été depuis 2003 en France métropolitaine 7 fois supérieure à la moyenne européenne et que « *l'augmentation des usages s'est faite sans surcoût pour les consommateurs, et même à plus faible coût unitaire* », le revenu de détail par SMS des opérateurs ayant été divisé par 2,8. Dans le même sens, le rapport QUANTIFICA de 2009 « *Performances Comparées des Marchés des Télécommunications Mobiles* » relève que, s'agissant du prix moyen du SMS, la France présente « *des prix compétitifs, inférieurs à la moyenne européenne* ».

Les services SMS (interpersonnels ou de diffusion de contenu) constituent un secteur dynamique, concurrentiel et en forte croissance. Aucun problème concurrentiel n'est constaté dans le fonctionnement des offres de détail et de gros.

Ceci démontre qu'il y'a un intérêt économique pour les acteurs à créer les conditions nécessaires à la poursuite du développement des services SMS lesquels sont concurrencés par les autres services de communications interpersonnelles (mail, voix), ou, sur le marché des services en ligne, par les autres supports (SVA vocaux, applications i-phone ou Android, internet mobile).

L'expérience européenne confirme cette approche ; alors que le régulateur français est le seul à appliquer une régulation ex-ante de la terminaison SMS, 10 pays sur 23 connaissent un tarif de terminaison SMS inférieur au plafond actuel français.

C'est donc bien le principe même d'une régulation *ex ante* qui ne saurait être retenu.

Le considérant 27 de la Directive « cadre »¹ repris dans le paquet de réformes des télécommunications, indique en effet : « *il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective* ».

En tout état de cause, l'Autorité ne justifie pas, en l'espèce, l'adoption d'une régulation ex-ante. Bien plus, en privilégiant systématiquement la régulation ex-ante, l'Autorité définit, de manière erronée, un marché totalement artificiel, aboutissant à proposer des obligations réglementaires inadaptées et disproportionnées.

II. La baisse de la terminaison SMS doit être suffisamment progressive pour permettre aux offres de détail d'évoluer et ne doit pas conduire à un niveau rendant le SPAM incontrôlable

La conjonction des baisses des terminaisons voix et SMS en 2010 dégrade fortement la rentabilité des offres Bouygues Telecom d'entrée de gamme ou bien destinées aux primo-accédants, alors que les offres équivalentes de ses concurrents restent peu impactées (le trafic off-net étant moins important).

Il importe donc que le mouvement de baisse n'impose pas un choc économique brutal et permette au contraire au modèle économique de ces offres de s'adapter.

¹ Directive 2002/21/CE du parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.



Une accélération du mouvement de baisse de la terminaison SMS trop rapide ne laisserait pas le temps au modèle économique de s'adapter et conduirait à dépositionner Bouygues Telecom sur ces segments.

Si Bouygues Telecom partage la position de l'Autorité consistant à retenir une allocation en coûts complets pour définir le coût de production de la terminaison SMS, ce sont les coûts complets de chaque opérateur qui doivent être retenus et non ceux d'un opérateur générique étant donnée l'importance que joue alors le paramètre de part de marché dans la détermination de ces coûts.

La convergence à terme d'un tarif de terminaison SMS vers le coût complet de chaque opérateur pose la question du SPAM. Bouygues Telecom réfute l'argumentation de l'ARCEP conduisant à négliger tout rôle du tarif de terminaison SMS dans la pratique des SMS non sollicités. Au contraire, le maintien d'une charge, même minime, est à même d'invalidier le modèle économique des acteurs malveillants à l'origine de cette pratique. En 2009, 60 % du SPAM a pour origine une carte SIM avec forfait SMS illimités, ce qui conduit à un coût du SMS non sollicité pour ces acteurs situé entre 0.3 et 0.5 ct€. Cette simple observation montre qu'un niveau de terminaison de SMS qui se situerait à ce niveau, donc du même ordre de grandeur que le coût complet de production des opérateurs, n'est pas à même de décourager cette pratique.

Bouygues Telecom, tout comme l'Autorité, reconnaît que le renforcement des règles déontologiques et des dispositions sanctionnant les manquements constitue un autre volet nécessaire à la lutte contre le SPAM.

Cependant, en dehors des règles déontologiques édictées par les opérateurs, ce cadre n'est pas en place à ce jour, notamment en ce qui concerne les dispositions sanctionnant les manquements. A titre d'exemple, la demande effectuée par Bouygues Telecom il y a plus d'un an auprès de la CNIL afin d'assurer un meilleur contrôle du SPAM est restée sans réponse.

III. Les agrégateurs bénéficient d'ores et déjà d'une offre de gros, la gateway B2B permet une offre fonctionnelle complète et le contrôle du SPAM.

Comme le souligne la consultation, Bouygues Telecom est le seul opérateur mettant à disposition des agrégateurs et des opérateurs une offre de gros.

L'architecture technique proposée dans cette offre repose sur un raccordement à la plate-forme B2B de Bouygues Telecom. Elle permet aux agrégateurs et opérateurs de bénéficier de l'ensemble des fonctionnalités nécessaires à la fourniture des services SMS (accusé de réception, SMS de réponse du client, formats SMS multiples) et de répliquer ainsi toute offre que Bouygues Telecom fournit directement aux éditeurs.

Les agrégateurs et opérateurs n'ont pas exprimé au cours des dernières années le besoin d'évolutions fonctionnelles majeures, la demande de remplacement du code SMS+ par le nom de la société procédant à une campagne de télémarketing n'a pas pu être prise en compte car elle aurait rendu inopérant le mécanisme d'alerte 33700. Par ailleurs la mise en œuvre opérationnelle et l'engagement de qualité de service de Bouygues Telecom sont jugés satisfaisants.

L'obligation d'une offre de raccordement au niveau de la signalisation SS7 est dès lors disproportionnée et aurait **des conséquences lourdes et irréversibles sur la perception de ce canal de communication pour le consommateur. Le SMS est en effet perçu comme un outil de communication immédiate, personnelle et urgente. Ceci le différencie fortement du mail qui est au contraire fortement dévalorisé par les sollicitations non souhaitées.**

- Le contrôle du SPAM repose aujourd'hui sur des règles déontologiques que s'engagent à respecter les agrégateurs et que contrôle Bouygues Telecom. Quelles dispositions obligerait les acteurs raccordés directement en SS7, notamment ceux situés à l'étranger, à mettre en œuvre vis-à-vis de leurs clients finaux les mêmes règles déontologiques et à en assurer le contrôle ?
- Cette architecture ne permet pas aujourd'hui un canal retour du SMS, la fonction STOP essentielle pour le consommateur serait alors inopérante. La mise en place de ce canal retour nécessiterait des études techniques complexes sans garantir qu'une solution puisse être finalement mise en œuvre.
- La convergence des réseaux voix et internet fédérée par l'IP induit une tendance forte à homogénéiser les principes d'architecture : le mail introduit un principe de connexion serveur à serveur, c'est ce même principe qui devrait s'imposer pour le SMS ou d'autres formes de services.
- Le raccordement en SS7 contraindra les agrégateurs faisant ce choix à développer les fonctionnalités hébergées aujourd'hui par la gateway B2B, seuls les agrégateurs les plus importants seront à même de réaliser cet investissement initial ce qui se traduira probablement par une concentration de ces acteurs.
- Un raccordement au niveau d'une plate-forme opérateur offre la possibilité aux agrégateurs de bénéficier de l'ensemble des fonctionnalités permettant d'enrichir le service SMS et de maintenir ainsi la compétitivité de ce dernier par rapport aux autres supports des services en lignes. Ainsi, l'enrichissement à venir des services (MMS, localisation) nécessite de connaître par exemple le type de terminal utilisé par chaque client, seul l'opérateur est en mesure d'apporter ces informations. C'est la collaboration agrégateur/opérateur qui permettra l'évolution fonctionnelle des services SMS et de garantir ainsi leur développement et leur pérennité. A l'inverse, un raccordement SS7 enlève toute



contribution de l'opérateur à un enrichissement du service, conduisant à un service basique dont l'unique intérêt est sa capacité volumique ce qui est un facteur de développement du SPAM.

- L'interconnexion SS7 implique un raccordement à des systèmes vitaux de l'opérateur (HLR). Cette interconnexion est concevable entre acteurs soumis aux mêmes contraintes de sécurité mais n'est pas concevable dès lors qu'elle est mise en œuvre par des acteurs peu familiers de ces contraintes.

Bouygues Telecom demande donc à l'Autorité :

- Ne plus ériger la terminaison SMS en marché pertinent
- En tout état de cause, en cas de régulation de ce marché, seul le principe de non discrimination devrait être retenu afin de garantir « l'exercice au bénéfice du consommateur d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques »



2 Pertinence du marché SMS pour une régulation ex-ante

Bouygues Telecom ne souscrit à pas à l'Analyse de l'Autorité conduisant à définir le marché de la terminaison d'appel SMS comme pertinent pour une régulation ex ante.

L'Autorité ne respecte pas le processus défini par les textes, tant nationaux que communautaires.

Comme le rappelle la Commission dans les lignes directrices (considérant 29)² :

« (...) il n'y a pas lieu d'appliquer une réglementation sectorielle ex ante sur les marchés qui ne sont pas recensés dans la recommandation, sauf si l'ARN parvient à justifier l'adoption d'une telle réglementation pour un marché pertinent supplémentaire ou différent, conformément à la procédure décrite à l'article 7 de la directive «Cadre». »

Or, en l'espèce, une réglementation ex-ante n'est absolument pas justifiée.

En premier lieu, l'Autorité ne rapporte pas la preuve de l'absence de concurrence effective sur le marché en cause. Ensuite, la position de l'Autorité ne repose sur aucun précédent. Enfin, la démarche de l'Autorité conduit à ériger chaque service en marché, ce qui est contraire aux objectifs fixés par le cadre réglementaire.

2.1 L'Autorité ne rapporte pas la preuve de l'absence de concurrence effective

2.1.1 Rappel du cadre réglementaire

Le processus d'analyse de marché est précisément décrit dans les textes communautaires.

Le point de départ de l'analyse est l'appréciation du caractère concurrentiel ou non du marché en cause. Si le marché est effectivement concurrentiel, le régulateur ne peut pas intervenir pour le réguler. Ainsi, selon la directive « cadre » (article 16 paragraphes 3 et 4)³, repris quasiment à l'identique dans le paquet de réformes des télécommunications approuvé fin novembre par le Parlement européen :

« 3. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques visées au paragraphe 2 (...).

4. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale détermine qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, elle identifie les entreprises puissantes sur ce marché conformément à l'article 14 et impose à ces entreprises les obligations réglementaires spécifiques appropriées visées au paragraphe 2 du présent article ou maintient ou modifie ces obligations si elles sont déjà appliquées. »

L'appréciation préalable de l'existence ou non d'une concurrence effective est toujours nécessaire, mais elle n'est pas suffisante. En effet, en l'absence de concurrence effective, le régulateur doit également rechercher si le droit de la concurrence n'est pas susceptible de la rétablir, auquel cas une régulation ex-ante n'a pas lieu d'être (la régulation ex-post étant suffisante). Ainsi, selon la directive « cadre » telle qu'approuvée fin novembre par le Parlement européen (considérant 5)⁴ :

« L'objectif est de réduire progressivement la réglementation sectorielle ex ante au fur et à mesure que la concurrence s'intensifie sur les marchés jusqu'à ce que, à terme, les communications électroniques soient régies par le seul droit de la concurrence. Compte tenu du fait que les marchés des communications électroniques ont fait preuve d'une forte compétitivité ces dernières années, il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective et durable. »

Dans le même sens, selon la recommandation de la Commission (considérant 13)⁵ :

² Lignes directrices de la Commission sur l'analyse de marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques, (2002/C 165/03), JOCE du 11/07/02

³ Directive 2002/21/CE du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communication électronique, JOCE du 24/04/02.

⁴ Directive 2009/140/CE du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

⁵ RECOMMANDATION DE LA COMMISSION du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.



« Avant de décider qu'un marché est susceptible d'être soumis à une réglementation ex ante, il faut aussi déterminer si le droit de la concurrence suffit à remédier aux défaillances du marché. »

Or, en l'espèce, force est de constater que l'Autorité n'a pas respecté le processus d'analyse de marché : non seulement elle ne démontre pas de problèmes concurrentiels sur le marché, mais aussi elle occulte totalement l'existence de moyens de régulation ex-post permettant d'assurer une concurrence effective. Ce faisant, elle ne justifie pas l'adoption d'une régulation ex-ante.

2.1.2 L'Autorité ne démontre pas de problèmes concurrentiels sur le marché métropolitain

Bouygues Telecom approuve les grandes lignes de l'analyse de l'Autorité en ce que :

- elle souligne le développement, ces dernières années, des usages SMS au bénéfice du consommateur, pour lequel le prix de détail moyen a considérablement diminué, puisqu'il est inférieur à 4 ct€ soit proche du niveau de terminaison du SMS ;
- elle met en avant la spécificité du marché français qui est le seul en Europe à proposer un large éventail d'offres SMS illimités vers tous les réseaux ;
- elle ne détecte pas de problèmes concurrentiels particuliers sur le marché de détail en métropole.

Compte tenu de ces éléments, Bouygues Telecom ne comprend pas les conclusions tirées de l'analyse, qui conduisent l'Autorité à réguler, sans raison apparente, le marché de gros de la terminaison SMS ainsi qu'à déclarer de nouveau Bouygues Telecom puissant sur ce marché, au même titre qu'Orange et SFR.

En effet, l'appréciation du caractère concurrentiel ou non du marché porte tout d'abord sur le marché de détail. Ainsi, selon la recommandation de la Commission (considérant 4)⁶ :

« Dans la présente recommandation, le point de départ du recensement des marchés est la définition des marchés de détail dans une perspective d'avenir, compte tenu de la substituabilité du côté de la demande et de l'offre. Après avoir défini les marchés de détail, on pourra aborder le recensement des marchés de gros pertinents. »

Il est donc nécessaire d'analyser les dysfonctionnements potentiels sur le marché de détail, préalablement à l'analyse du marché de gros. Dans le cas où des dysfonctionnements sont effectivement constatés sur le marché de détail, les remèdes devant être en priorité appliqués sur le marché de gros correspondant, il convient alors de procéder à l'analyse du marché de gros.

⁶ RECOMMANDATION DE LA COMMISSION du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques.



Or, en l'espèce, l'analyse de l'Autorité:

- a) débuté par une analyse du marché de gros, en dehors de toute considération préalable sur le marché de détail

L'Autorité considère que chaque opérateur pris isolément a pour objectif d'imposer une terminaison SMS élevée sur le marché de gros.

Bouygues Telecom ne peut partager cette position car il y a un intérêt économique pour les acteurs à créer les conditions nécessaires à la poursuite du développement des services SMS lesquels sont concurrencés par les autres services de communications interpersonnelles (mail, voix), ou, sur le marché des services en ligne, par les autres supports (SVA vocaux, applications i-phone ou Android, internet mobile).

L'expérience européenne confirme cette approche ; alors que le régulateur français est le seul à appliquer une régulation ex-ante de la terminaison SMS, 10 pays sur 23 connaissent un tarif de terminaison SMS inférieur au plafond actuel français.

- b) poursuit par une analyse des risques de distorsion de concurrence sur le marché de détail, mais ces risques sont non avérés ou bien en voie de résolution en métropole

Le risque de limitation de l'innovation commerciale n'est pas opérant en métropole car les offres SMS illimités tous réseaux sont largement répandues

La distorsion économique que subit un acteur avec une faible part de marché, en raison de l'écart entre le coût de terminaison du SMS qu'il envoie et le coût réel que doit supporter l'opérateur terminant le SMS, mérite effectivement la plus grande attention ; Bouygues Telecom est favorable à la réduction de cet écart et souhaite une accélération de la convergence vers un coût complet.

2.1.3 La régulation ex-post est occultée

La réforme des télécommunications - entrée en vigueur en décembre 2009 - s'inscrit dans une logique d'évolution de la régulation sectorielle des télécommunications vers l'application du droit de la concurrence.

L'Autorité doit donc s'assurer que les mesures qu'elle envisagerait de prendre ne vont pas à l'encontre de cet objectif. Or, les autorités communautaires, lorsqu'elles ont listé les marchés devant être analysés par les régulateurs nationaux, ont exclu le marché de la terminaison SMS. En conséquence, en soumettant de son propre chef ce marché à l'analyse, l'Autorité renforce le mécanisme de la régulation ex-ante, à l'inverse de l'évolution souhaitée par les autorités communautaires.

Il est important de noter également que cette nouvelle réglementation accroît les pouvoirs de l'Autorité, en particulier en ce qui concerne l'interconnexion. En effet, si l'Autorité peut réguler ex-ante les marchés pertinents définis par la Commission, elle dispose également de pouvoirs accrus en matière de régulation ex-post.

Elle est ainsi compétente en matière de règlement des litiges relatifs aux accords d'interopérabilité des SMS, comme elle l'a reconnu dans le cadre des deux décisions rendues le 8 novembre 2005 dans le différend opposant Bouygues Telecom à Orange France et SFR.

Ainsi, comme vu précédemment, selon la nouvelle directive « cadre » (considérant 5) :

« (...) il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective et durable. »

L'Autorité disposant de moyens efficaces pour réguler ex-post le marché en cause, une intervention ex-ante est inutile.

2.2 La position de l'Autorité est isolée

L'analyse de l'Autorité ne tient compte, ni de la position de la Commission européenne, ni de celle des autres régulateurs européens.

En effet, la Commission européenne n'a recensé aucun marché pertinent relatif au SMS et la définition d'un marché individuel de la terminaison SMS n'est imposée par aucun des textes réglementaires existants.

Les principaux textes réglementaires applicables, en ce qui concerne la définition des marchés pertinents dans le secteur des communications électroniques, sont la directive « cadre » et la recommandation marchés pertinents susvisées⁷.

⁷ Recommandation de la Commission du 17 décembre 2007 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du



Or, si l'on se réfère à cette recommandation, le marché de gros de la terminaison SMS n'a pas été inclus dans le marché 16 (marché de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels) et aucun marché pertinent relatif au SMS n'a été retenu.

Par ailleurs, il convient de souligner que, dans cette recommandation, 7 marchés seulement demeurent régulés (contre 18 marchés dans la recommandation précédente), dont 1 seul concernant la téléphonie mobile (celui de la TA vocale). En diminuant le nombre de marchés régulés ex-ante, la Commission entend intensifier son contrôle des marchés où la concurrence n'est pas encore effective et qui sont pourtant cruciaux, comme les marchés relatifs à la fourniture d'accès haut-débit. La Commission poursuit ainsi son objectif de réduire progressivement le nombre de marchés régulés et l'ampleur de la régulation ex ante.

Bouygues Telecom estime que l'Autorité aurait dû tenir le plus grand compte de l'analyse de la Commission. D'ailleurs, aucun autre régulateur européen n'a retenu comme marché pertinent un quelconque marché relatif au SMS. Ainsi, non seulement la position de l'Autorité ne repose sur aucun fondement juridique, mais aussi elle est totalement isolée au plan européen.

2.3 La démarche de l'Autorité conduit à ériger chaque service en marché pertinent

Dans son analyse, l'Autorité considère que l'offre d'interconnexion d'un autre opérateur mobile ne peut pas être un substitut à la terminaison SMS sur un réseau donné. En conséquence, elle retient comme marché pertinent le marché de gros de la terminaison SMS sur le réseau de chaque opérateur mobile.

Ce faisant, l'Autorité retient la définition de marché la plus étroite possible.

La démarche de l'Autorité qui consiste à décomposer le service global des télécommunications en un ensemble de services pouvant théoriquement être consommés ou fournis indépendamment est contestable. En effet, cette démarche aboutit à une absurdité, puisqu'elle conduit à considérer chaque service comme un marché pertinent devant faire l'objet d'une régulation.

L'Autorité en vient ainsi à définir des marchés qui ne correspondent à aucune réalité et qui sont totalement artificiels.

Par ailleurs, en raison de l'étroitesse du marché retenu, les acteurs sur ce marché se retrouvent systématiquement et nécessairement en position dominante, l'Autorité ne retenant que le critère de parts de marché dans son évaluation. La régulation devient alors la règle, alors que – selon le cadre réglementaire – elle devrait rester l'exception.

3 La définition de marché retenue par l'Autorité est erronée

3.1 Les services SMS ne constituent pas un marché à part entière

Selon l'Autorité, le comportement du client final sur le marché de détail peut avoir des implications indirectes sur le marché de gros analysé, que ce soit sur sa définition ou son fonctionnement. Elle mène donc une analyse de la substituabilité sur le marché de détail.

Bouygues Telecom considère qu'un tel marché n'existe pas. Si un marché du SMS devait être retenu, il faudrait distinguer :

- d'une part, les SMS interpersonnels appartenant au marché plus large des communications interpersonnelles ;
- et d'autre part les SMS de contenu appartenant au marché plus large des services en ligne.

3.1.1 Il n'y a pas de demande isolée pour les SMS

Bouygues Telecom considère qu'il n'existe pas de demande pour les SMS seuls.

Sur le segment postpayé, les clients recherchent en priorité l'utilisation de services vocaux. Ils souscrivent donc à des forfaits voix qui donnent tous la possibilité d'accéder au service de SMS, que ce soit à l'unité ou au travers de forfaits SMS. Quant aux formules prépayées, qui donnent droit à un crédit monétaire pouvant être indifféremment



consommé sous forme de services vocaux ou non vocaux, l'observation de l'usage montre qu'il n'existe pas de clients utilisant uniquement les SMS.

Il n'y a donc pas de demande pour les services SMS seuls, mais plutôt une demande globale pour différentes prestations comme la voix, le SMS ou les autres messages interpersonnels.

Dans un tel contexte, isoler un marché du SMS n'a pas de sens.

3.1.2 Il n'y a pas d'offre isolée pour les SMS

Force est de constater que, sur le marché grand public, les SMS sont toujours offerts dans le cadre d'un ensemble de services comprenant la consultation de la messagerie, l'envoi et la réception de SMS, l'émission et la réception d'appel. Ainsi, un SMS peut être substitué à une fraction de minutes de communication dans de nombreuses utilisations en situation de mobilité. Ces deux services peuvent par ailleurs être consommés pour répondre à des besoins complémentaires :

- discrétion et intégrité de l'information écrite pour le SMS,
- simplicité et convivialité pour la voix.

Il serait donc tout à fait artificiel d'isoler, pour les besoins d'une définition du marché, les appels des SMS.



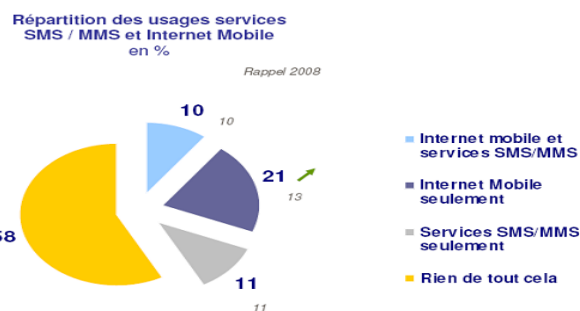
3.1.3 Les SMS de personne à personne sont substituables à d'autres services de communications interpersonnelles

La croissance forte de l'usage SMS ces dernières années repose notamment sur la simplicité et l'universalité de l'accès à partir de tous les terminaux mobiles.

L'avènement récent de téléphones proposant un accès internet sur le mobile avec une ergonomie aboutie et reproduisant l'environnement de l'usage internet sur le fixe, comme l'i-phone ou Android, ont permis depuis 12 mois le décollage tant attendu des services internet sur le mobile.

L'étude Ipsos de 2009 montre ainsi que depuis 12 mois la proportion de clients n'utilisant aucun service (autre que la voix) a régressé de 66 % à 58%.

Inversement, alors que la proportion de clients utilisant seulement le SMS ou le MMS est restée stable à 11 %, c'est la proportion des clients utilisant seulement l'internet mobile qui est en forte croissance, de 13% à 21 %.



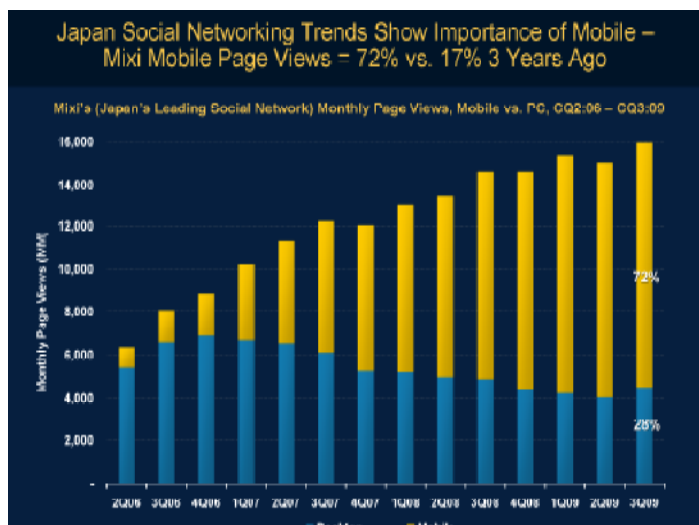
Possesseurs de téléphone mobile
15-50 ans
(1121 interviews)

Enfin, l'émergence des réseaux sociaux sur internet depuis quelques années constitue un phénomène de société incontournable. Les caractéristiques d'usage sont proches de celles du SMS en ce sens que l'accès à un compte Facebook, Twitter... permet un contact immédiat et personnel avec la communauté de ses contacts personnels ou professionnels..

En octobre 2009, [SDA] clients Bouygues Telecom, soit plus de [SDA] % de la base clients, se sont connectés avec leur téléphone mobile au site Facebook.

L'étude de Morgan Stanley de décembre 2009 montre qu'au Japon l'accès aux réseaux sociaux se fait très majoritairement à partir des réseaux mobiles.

Contrairement à l'analyse conduite par l'Autorité la diffusion des terminaux permettant une grande fluidité d'usage sera extrêmement rapide et l'utilisation des applications d'instant messaging ne requiert pas la connexion des correspondants, ces derniers pouvant prendre connaissance de leurs messages à leur prochaine connexion au suite communautaire sur fixe ou sur mobile.



Composition des offres de détail métropolitaines
incluant de l'illimité SMS

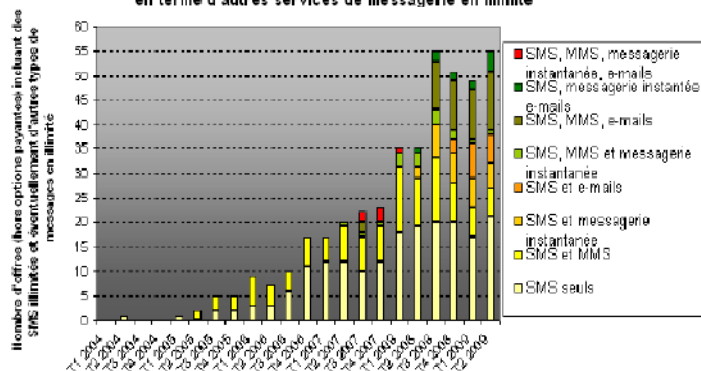


Figure : Evolution du nombre de formules avec des SMS illimités proposées sur le marché, avec une segmentation selon l'inclusion éventuelle d'autres services de messagerie en illimité (limité aux offres Grand Public - Une gamme est comptée comme une seule offre). Le trait vertical rouge marque le début de la régulation de la terminaison d'appel SMS. Sources : Etude Suivi des tarifs pour le compte de l'ARCEP, sites Internet des opérateurs, communiqués de presse, sites Internet spécialisés.

Enfin, comme le souligne la consultation, la majorité des offres de détail avec SMS illimités incluent parallèlement un accès illimité à un autre service data : e-mail, messagerie instantanée, ou internet mobile dans sa globalité.

Le client peut dès lors arbitrer entre différents types de communication.

La convergence des univers fixe et mobile du client pourrait à l'avenir amener ce dernier à préférer l'usage des messageries instantanées et des sites communautaires à l'usage du SMS.

Ignorer une telle dynamique conduit l'Autorité à une analyse de marché inexacte.



3.1.4 Les SMS de contenu sont substituables à d'autres services en ligne

Le marché des services en ligne met en relation le consommateur d'un service (service bancaire, hotline...) ou d'un contenu (informations, météo...) et l'éditeur de ce service.

Or, du côté de la demande, un grand nombre de supports / médias permettent aux utilisateurs d'obtenir le même type de services que ceux qu'ils peuvent obtenir via les services SMS.

A nouveau, le développement de l'internet mobile et des applications sous i-phone ou Android, permet un accès similaire aux différents types de contenu ; par le mail, par le navigateur internet mobile ou bien encore par une application du fournisseur de contenu téléchargée sur le mobile.

Ainsi, il existe de nombreux services en ligne susceptibles de se substituer aux SMS de contenu et de satisfaire la demande des utilisateurs.

3.2 Une délimitation du marché erronée conduisant à un régime d'interconnexion aux conséquences lourdes pour le consommateur

La démarche de l'Autorité consiste :

- d'une part à inclure dans le marché des usages très différents ce qui conduit à inclure dans ce marché l'ensemble des prestations de terminaison SMS offertes par un opérateur mobile y compris celles dont ont besoin les agrégateurs, ou les exploitants de réseau autres que les réseaux mobiles, afin de délivrer leurs services ;
- d'autre part à exclure du marché l'offre SMS Push qui n'est effectivement pas substituable à la TA SMS.

L'Autorité en tire naturellement la conclusion que les agrégateurs et les exploitants de réseau autres que les réseaux mobiles doivent bénéficier du régime d'interconnexion reposant sur un raccordement direct en SS7.

Cette conclusion emporte de nombreuses conséquences sur la qualité perçue par le consommateur du média SMS.

3.2.1 Une délimitation du marché erronée

Il existe deux usages bien distincts du SMS :

- les SMS interpersonnels
- les SMS de contenu

Comme l'analyse de l'Autorité le démontre les SMS interpersonnels ne sont envisageables qu'entre réseaux mobiles : l'usage du SMS à partir d'un téléphone fixe implique des contraintes trop fortes qui ne peuvent être résolues qu'au prix d'un téléphone présentant l'ergonomie adéquate et d'une numérotation à 11 chiffres au lieu de 10.

Quant au SMS interpersonnel envoyé depuis internet il est marginal et constitue plutôt un usage de dépannage, ceci en raison du taux de pénétration du mobile, de la diffusion des offres avec SMS illimités, de la plus grande facilité d'envoi à partir du téléphone mobile (liste des contacts, diffusion des téléphones avec clavier alphanumérique). Au demeurant, l'offre SMS push disponible aujourd'hui pour les fournisseurs de ce service sur internet est sans aucun doute mieux adaptée qu'une offre de raccordement SS7 compte tenu des très faibles volumes.

Les SMS de contenu répondent à un usage bien différent, celui de la diffusion ou de l'accès à des services ou des contenus.

Ainsi, pour fournir leurs services, les éditeurs peuvent utiliser au choix les e-mails, leur site internet, les SVA, le téléphone, Les éditeurs ont donc la faculté d'arbitrer entre différents médias. Par ailleurs, quand la demande initiale émane du client, ils peuvent avoir recours à :

- La distribution mobile à travers les kiosques des opérateurs mobiles (SMS+, Gallery),
- La distribution mobile à travers l'accès à internet sur téléphone mobile
- La distribution proposée par les fournisseurs d'accès à Internet.
- La distribution proposée par les SVA

Dans ces conditions, l'Autorité ne peut pas inclure les SMS de contenu dans sa définition de marché, tout en excluant les autres services de transmission en ligne décrits ci-dessus. Il faut en conclure qu'il y a un marché plus large des services en ligne, qui comprend les SVA, l'accès aux services sur internet fixe et mobile, ...

A la différence de la TA SMS qui permet aux clients des opérateurs mobiles de s'envoyer des messages interpersonnels (de personne à personne), l'offre SMS Push, qui n'est pas pour Bouygues Telecom une offre de détail mais une offre de gros, est utilisée pour véhiculer des services (contenu et marketing direct) à destination des abonnés mobiles.



Ainsi, la TA SMS et l'offre de SMS Push répondent à des usages différents (communication interpersonnelle d'une part / services en ligne d'autre part) entre des acteurs différents (entre opérateurs mobiles d'une part / entre fournisseurs de services et opérateurs mobiles d'autre part).

3.2.2 L'ouverture de l'interconnexion SS7 implique des conséquences lourdes pour le consommateur

Il ne fait pas sens d'un point de vue fonctionnel d'exiger l'ouverture d'une offre d'interconnexion SS7 pour les agrégateurs dont les clients finaux sont des éditeurs recherchant la distribution de leurs services. L'interconnexion SS7 est en effet inadaptée pour délivrer les fonctions souhaitées par ces acteurs car elle ne permet aucun des contrôles de flux proposés aujourd'hui.

Afin d'illustrer ce propos, voici quelques services portés par le contrat de gros Bouygues Telecom non reproductibles par SS7 :

- L'ouverture d'un canal de réponse (SMS-MO) pour le destinataire permettant l'interaction avec l'éditeur. Par exemple, l'opérateur est tenu de communiquer à un client qui en fait la demande par SMS-MO contenant le mot CONTACT des informations sur l'éditeur de services (raison sociale, numéro de RCS, coordonnées du service d'assistance). En particulier, le destinataire peut exercer à tout moment son droit d'opposition en envoyant un SMS-MO contenant le mot-clé STOP vers le(s) numéro(s) court(s) concerné(s). Le protocole contractuel impose l'opérateur à cesser dans les 24h tout envoi SMS-MT vers ce destinataire.
- La plateforme B2B supporte de multiple formats (SMS concaténés, binaires, push WAP, push mail). Bouygues Telecom peut fournir pour une liste de MSISDN déterminée par l'opérateur les codes TAC correspondants. Ces codes (les 6 premiers chiffres de l'IMEI) identifient les fonctionnalités du terminal et permettent ainsi l'éditeur de choisir entre adresser un push SMS et un push WAP.
- Bouygues Telecom s'engage sur le délai d'acheminement du SMS et sur la disponibilité de ses plateformes.

En outre, la protection des clients est assurée par des règles déontologiques qui définissent les conditions d'acheminement des messages. Le respect de ces règles est contrôlé par Bouygues Telecom, et tout manquement est sanctionné conformément aux termes du contrat.

En particulier l'opérateur doit s'engager à :

- identifier l'éditeur en entête du message SMS-MT,
- informer le destinataire de son droit à refuser tout marketing direct et sur les moyens de l'exercer,
- gérer dans des délais courts toute demande d'opposition (réponse dans un délai inférieur à 10 minutes, cesser tout envoi de SMS-MT dans l'heure qui suit),
- indiquer le prix du service,
- respecter une pression commerciale raisonnable (nombre limité de sollicitations par mois, transmises dans certaines plages horaires).

Schématiquement, la gateway B2B délivre des contenus valorisés de façon sécurisée à des clients ayant explicitement manifesté leur souhait d'être notifiés, tandis que l'interconnexion SS7 publique banalisée est le vecteur d'un spam généralisé et non sollicité.

L'obligation d'une offre de raccordement au niveau de la signalisation SS7 est dès lors disproportionnée et aurait **des conséquences lourdes et irréversibles sur la perception de ce canal de communication pour le consommateur. Le SMS est en effet perçu comme un outil de communication immédiate, personnelle et urgente. Ceci le différencie fortement du mail qui est au contraire fortement dévalorisé par les sollicitations non souhaitées.**

- Quelles dispositions obligerait les acteurs raccordés directement en SS7, notamment ceux situés à l'étranger, à mettre en œuvre vis-à-vis de leurs clients finaux les mêmes règles déontologiques et à en assurer le contrôle ?
- Cette architecture ne permet pas aujourd'hui un canal retour du SMS, la fonction STOP essentielle pour le consommateur serait alors inopérante. La mise en place de ce canal retour nécessiterait des études techniques complexes sans garantir qu'une solution puisse être finalement mise en œuvre.

Bouygues Telecom estime au contraire que la solution servant l'intérêt du consommateur réside dans la généralisation des offres de gros SMS push garantissant le principe de non discrimination.



4 Les remèdes proposés par l'Autorité sont inadaptés et disproportionnés

4.1 Interconnexion et accès

L'Autorité souhaite imposer aux opérateurs de faire droit à toute demande d'interconnexion et d'accès visant à terminer du trafic SMS sur leur réseau, qu'il s'agisse de SMS interpersonnels ou de SMS de contenus ou de services en ligne.

L'Autorité doit prendre la pleine mesure des conséquences associées à une telle définition extensive.

En tout état de cause, Bouygues Telecom rappelle qu'il n'est pas envisageable d'étendre la prestation de terminaison SMS via les réseaux SS7, au-delà de ce qui est fait aujourd'hui par les opérateurs mobiles. En effet, une telle interconnexion donnerait accès à des ressources particulièrement sensibles des réseaux mobiles et en menacerait la sécurité et l'intégrité. Le protocole SS7 est fondé sur des technologies anciennes, ne disposant d'aucun mécanisme de protection, de sécurisation. Il est aujourd'hui source de nombreux contournements, notamment par des techniques de « spoofing », permettant l'envoi de messages non sollicités vers les clients de Bouygues Telecom. Ainsi, une application stricte de l'obligation de « faire droit à toute demande raisonnable de façon non discriminatoire » mettrait en danger la sécurité et l'intégrité des réseaux de Bouygues Telecom ou bien conduirait les opérateurs mobiles à abandonner ce type d'interfaces entre leurs réseaux.

Ensuite, dans cette hypothèse, les opérateurs mobiles ne pourraient en aucune manière refuser d'établir ou suspendre des liens et / ou résilier des contrats permettant à des fournisseurs de services d'adresser aux consommateurs des contenus illicites. Bouygues Telecom ne peut croire que l'Autorité envisage une telle évolution du marché, pourtant clairement contraire aux attentes des consommateurs.

Enfin, et surtout, une ouverture non contrôlée sur l'ensemble des prestations de terminaison constituerait une attraction supplémentaire pour les spammeurs. Ainsi, le spamming par SMS est particulièrement simple à réaliser (tirage des numéros téléphoniques au hasard contrairement aux adresses mail, coût total faible) et particulièrement intrusif. Cette obligation générale ouvrirait par conséquent une brèche significative dans les dispositifs de protection des utilisateurs et remettrait en cause les engagements pris par les opérateurs en ce qui concerne le contenu des données transitant sur leur réseau.

4.2 Non discrimination

Dans le cas où la terminaison SMS serait reconnue comme marché pertinent, Bouygues Telecom ne voit pas d'obstacle à cette obligation.

4.3 Contrôle tarifaire

4.3.1 L'orientation vers le coût complet générique est infondée

La référence de coût générique n'est pas applicable en référence de coût complet car elle est discriminatoire pour Bouygues Telecom : le graphe ci-dessous montre l'évolution comparée des coûts complets de terminaison SMS des modèles générique et Bouygues Telecom. Il apparaît que Bouygues Telecom porte un coût de terminaison environ [SDA] supérieur à celui du réseau générique, soit un écart probablement supérieur à [SDA] avec Orange et SFR.

[SDA]

Par ailleurs, la conjonction des baisses des terminaisons voix et SMS en 2010 dégrade fortement la rentabilité des offres Bouygues Telecom d'entrée de gamme ou bien destinées aux primo-accédants, alors que les offres équivalentes de ses concurrents restent peu impactées (le trafic off-net étant moins important).

Il importe donc que le mouvement de baisse n'impose pas un choc économique brutal et permette au contraire au modèle économique de ces offres de s'adapter.



5 Analyse de marché

Le marché de détail est caractérisé à l'issue du premier cycle de régulation par une dynamique concurrentielle évidente. On voit mal dès lors pourquoi une régulation ex ante devrait être poursuivie sur le marché de gros, d'autant qu'elle est déjà unique en Europe.

5.1 Bilan du premier cycle sur le marché de détail

Bouygues Telecom est globalement en accord avec l'analyse développée par l'Autorité.

La baisse de la terminaison d'appel que Bouygues Telecom avait appelée de ses vœux dès 2005 lors d'un règlement de différend, et finalement advenue au travers de la régulation ex ante, a produit des effets bénéfiques pour le consommateur en libérant les offres illimitées, ce dont Bouygues Telecom se félicite. Le tableau ci-dessous synthétise l'innovation régulière de Bouygues Telecom en faveur de l'illimité, progressivement introduit depuis 2006.

[SDA]

Cet alignement de l'offre à la demande des consommateurs s'est traduit par une croissance très forte de l'usage, [SDA] entre 2005 et 2008 pour les clients Bouygues Telecom et [SDA] pour la seule année 2008.

La stratégie innovante de Bouygues Telecom, premier opérateur à offrir et à généraliser les offres d'abondance, a permis dès 2006 de dynamiser le marché comme le montre la graphique ci-dessous avec l'indicateur du nombre de SMS sortants par client et par mois.

Depuis fin 2006, les clients de Bouygues Telecom sont les premiers utilisateurs de SMS avec un usage supérieur de [SDA] % à celui observé sur l'ensemble du marché.

[SDA]

Les principales caractéristiques du développement de ce marché.

1. Les plages d'abondance concentrent plus de [SDA] du trafic SMS sortant

Par suite, la part de consommation en délié ou bien en dépassement de forfait est en très forte baisse et ne constitue plus que [SDA] de l'usage.

Le montant consacré par un client à un forfait SMS, ou bien à l'achat de SMS en délié et dépassement de forfait, est en diminution entre fin 2007 et 2009, ce qui contribue à une meilleure maîtrise par le client de son budget.

2. L'offre d'abondance SMS est disponible pour les faibles consommateurs (prépayé – forfait bloqué) comme pour les grands consommateurs de services mobiles et conduit à un usage SMS sensiblement plus élevé pour les faibles consommateurs

Les gammes prépayé et forfait bloqué, correspondant aux segments à faible dépense mensuelle et jeunes, représentent désormais [SDA] du trafic total SMS de Bouygues Telecom.

Un client avec une carte prépayée incluant un crédit de SMS envoi [SDA] SMS par mois, alors qu'un client avec une carte ne comprenant pas de limitation SMS envoi plus de [SDA] SMS en moyenne. Les prix entre les deux types de cartes sont identiques, la date de validité du crédit est en revanche raccourcie dans le second cas.

La gamme forfait bloqué Universal Mobile offre depuis mi-2008 pour tous les forfaits 1H et plus le SMS illimité 24H/24 et 7 jours /7. La consommation moyenne par client est supérieure à [SDA] SMS sortants par mois. Ces offres innovantes ont largement dynamisé le marché et ont été progressivement dupliquées.

3. Le modèle économique Bouygues Telecom des offres prépayé et forfait bloqué avec SMS illimités repose en partie sur le différentiel de terminaison SMS

Les offres SMS illimités se caractérisent par un taux de rebond (rapport volume entrant offert / volume sortant offert) de [SDA] en moyenne sur le second semestre 2008, contre [SDA] pour les autres offres.

La présence d'un différentiel de terminaison a permis à Bouygues Telecom d'offrir des plages d'abondance voire une consommation illimitée 24/7 dans le cas d'Universal Mobile, sur les segments de marché correspondant aux jeunes consommateurs mais aussi les moins génératrices de marges en particulier dans un contexte de baisse des terminaisons voix.



La baisse des terminaisons d'appel et surtout l'introduction d'une asymétrie ont, en permettant à Bouygues Telecom de se différencier sur les segments de marché des jeunes, créer les conditions de développement du marché.

5.2 Comparaison européenne

Rappelons que la position de l'Autorité est isolée parmi les régulateurs nationaux, et qu'à notre connaissance tous les autres régulateurs ont suivi la Recommandation 2007/879/EC en ne retenant pas comme pertinent le marché de gros de terminaison d'appel SMS.

L'Autorité produit en figure 1 du document bilan de la régulation les terminaisons d'appels de 23 pays européens au 1^{er} janvier 2009 et y positionne la France. Elle constate que le niveau de la TA SMS pratiqué en métropole se situe dans la moyenne européenne, alors qu'aucun autre marché n'est régulé.

Elle observe par ailleurs en page 11 du document que le « développement majeur d'offres d'abondance en SMS all-net en France métropolitaine semble donc être sans équivalent en Europe ».

Cette comparaison européenne montre que le développement du marché n'est pas entièrement imputable à la régulation de la terminaison d'appel puisque les 10 pays ayant une terminaison d'appel inférieure à la TA en métropole n'ont pas pour autant développé d'offres comportant de l'illimité SMS.

Remarquons de surcroît que l'application de l'orientation du tarif vers la référence de coût préconisée par l'Autorité (coût complet générique) projetterait la France au premier rang, toutes choses égales par ailleurs, avec un tarif au moins trois fois inférieur au second, ou environ dix fois inférieur à la moyenne européenne. La France se démarquerait encore davantage et pourrait alors se prévaloir d'un tarif excessivement faible, mais pour un gain non démontré pour les consommateurs.