



**CONSULTATION PUBLIQUE DE L'AUTORITÉ DE RÉGULATION  
DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET DES POSTES  
RELATIVE À L'ENCADREMENT TARIFAIRE  
DES TERMINAISONS D'APPEL VOCALES MOBILES**

**(PÉRIODE DU 1ER JUILLET 2009 AU 31 DÉCEMBRE 2010)**

**RÉPONSE DU GROUPE FRANCE TÉLÉCOM  
(ORANGE FRANCE)**

**24 NOVEMBRE 2008**

Lien vers la consultation : [http://www.arcep.fr/uploads/tx\\_gspublication/consult-projdec-tammetro-231008.pdf](http://www.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/consult-projdec-tammetro-231008.pdf)

Messagerie électronique des Affaires Réglementaires du groupe France Télécom :  
[affaires.reglementaires@orange-ftgroup.com](mailto:affaires.reglementaires@orange-ftgroup.com)



## SYNTHÈSE

Le projet de décision de l'Autorité est contestable d'un double point de vue.

**(Partie I)** En premier lieu, l'Autorité accorde un avantage financier anormal, discriminatoire et contrevenant au droit de la concurrence à Bouygues Télécom en fixant un niveau excessif et injustifié d'asymétrie entre ses tarifs de terminaison d'appel mobile et ceux de ses concurrents.

La détermination du niveau de terminaison d'appel mobile de Bouygues Télécom prend en considération des surcoûts abusivement majorés. Dès lors, l'avantage anticoncurrentiel est constitué par la différence entre le niveau de terminaison d'appel calculé à partir de surcoûts abusivement majorés et le niveau de terminaison d'appel qui serait ressorti d'un calcul régulier par l'Autorité. En déterminant ainsi le niveau d'asymétrie entre les terminaisons d'appel d'Orange et SFR, d'une part, et de Bouygues Télécom, d'autre part, l'Autorité viole le principe de non discrimination entre opérateurs et son projet de décision est constitutif d'une aide d'Etat.

**(Partie II)** En second lieu, l'Autorité détermine d'une manière générale des niveaux de terminaison d'appel mobile inférieurs à ce qui aurait résulté d'une prise en considération adéquate des coûts exposés par les opérateurs. Par ailleurs, les faits mis en avant par l'Autorité pour justifier son projet de décision sont inexacts et la baisse des tarifs de terminaison d'appel envisagée par l'Autorité est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.



## PLAN DU DOCUMENT

SYNTHÈSE.....	2
PLAN DU DOCUMENT.....	3

### **I L'Autorité propose une asymétrie entre les tarifs de terminaison d'appel manifestement injustifiée et illicite.....4**

I.1 L'Autorité propose une asymétrie entre les tarifs de terminaison d'appel manifestement injustifiée.....	4
I.1.1 L'Autorité sous évalue manifestement la capacité de Bouygues à pénétrer efficacement le marché mobile, ce à raison de soi-disant effets résiduels liés à son entrée tardive sur ce marché.....	4
I.1.2 L'impact de l'allocation retardée de spectre 900 Mhz à Bouygues est erroné .....	6
I.1.3 Bouygues disposait dès lors, dès 2002, de conditions équivalentes à celles de ses concurrents, ce qui lui donnait les moyens de potentiellement atteindre une part de marché équivalente à celle de ses concurrents dès 2008..	9
I.1.4 L'asymétrie de TA proposée par l'Autorité n'est d'ailleurs pas cohérente avec les pratiques Européennes en la matière et va à l'encontre des positions exprimées par la Commission à maintes reprises.....	12
I.1.5 Dans ces conditions l'asymétrie de TA projetée par l'Autorité subventionne largement des choix commerciaux propres à Bouygues. ....	14
I.2 L'Autorité propose une asymétrie entre les tarifs de terminaison d'appel manifestement illicite .....	22
I.2.1 L'Autorité sort de son rôle de régulateur puis commet une erreur manifeste d'appréciation en ignorant le risque de déséquilibre entre opérateurs européens induit par le niveau d'asymétrie qu'elle propose.....	22
I.2.2 Le Projet de l'Autorité intervient en violation du principe de non discrimination entre opérateurs et accorde un avantage financier anormal à Bouygues .....	23
I.2.3 La décision projetée par l'Autorité, adoptée en l'état, serait constitutive d'une aide prohibée par le droit communautaire .....	26

### **II L'Autorité propose une baisse des tarifs de terminaison d'appel manifestement injustifiée au regard du cadre d'analyse qui s'impose à elle. 30**

II.1 Le référentiel de comptabilisation des coûts retenu par l'Autorité conduit à une sous estimation importante des coûts réels d'un réseau .....	30
II.2 Le paramétrage du modèle « bottom up » soumis à consultation publique par l'Autorité conduit à une sous estimation manifeste du coût des terminaisons d'appel d'un opérateur générique réaliste .....	33
II.3 L'analyse comparative du Groupe des Régulateurs Européens concernant les tarifs de TA Mobiles aurait dû conduire l'Autorité à se déterminer autrement.....	35
II.4 L'Autorité ne peut justifier sa décision de baisse de la TA en se fondant sur des distorsions de concurrence qui n'existent pas.....	37



## **I L'Autorité propose une asymétrie entre les tarifs de terminaison d'appel manifestement injustifiée et illicite**

L'asymétrie entre les tarifs de terminaisons d'appel (ci-après « TA ») d'Orange et de Bouygues Télécom (ci-après « Bouygues ») proposée par l'Autorité repose sur une analyse erronée en fait de la situation de Bouygues (I.1). Elle est partant illicite (I.2).

### **I.1 L'Autorité propose une asymétrie entre les tarifs de terminaison d'appel manifestement injustifiée**

En fixant un niveau d'asymétrie aussi excessif qu'injustifié entre les terminaisons d'appel d'Orange et de Bouygues Télécom, l'Autorité a manifestement surestimé tant les effets de l'entrée tardive de Bouygues sur le marché de détail (I.1.1) que l'impact de l'allocation de son spectre (I.1.2). En effet, Bouygues disposait, dès 2002, de conditions équivalentes à celles de ses concurrents, ce qui lui donnait par là-même les moyens d'atteindre une part de marché équivalente à celle de ces derniers (I.1.3).

Surtout, le niveau d'asymétrie entre les tarifs de TA proposé par l'Autorité n'est pas cohérent avec les pratiques européennes (I.1.4) ; il contribue par là même à subventionner la stratégie commerciale de Bouygues (I.1.5).

#### **I.1.1 L'Autorité sous évalue manifestement la capacité de Bouygues à pénétrer efficacement le marché mobile, ce à raison de soi-disant effets résiduels liés à son entrée tardive sur ce marché**

L'Autorité considère dans son projet de décision (ci après le « Projet ») que le maintien d'une asymétrie de TA au bénéfice de Bouygues est justifié dans la mesure où « *pour des raisons exogènes, [Bouygues] a été dans l'impossibilité d'acquérir une part de marché comparable à celle de ses concurrents* ». Bouygues aurait ainsi été pénalisé, à raison d'une entrée tardive sur le marché, par des économies d'échelle inférieures à celles dont ont pu bénéficier ses concurrents dans la mesure où son parc de clientèle est inférieur à celui de ses compétiteurs.

Pour l'Autorité, ce n'est qu'en 2013 que les effets liés à cette entrée tardive de Bouygues sur le marché auront disparu. Pour fonder son assertion, l'Autorité part de l'idée que Bouygues pourrait potentiellement atteindre à cette date une part de marché de 30% s'il parvient à capter un tiers des clients qui changent d'opérateur, hypothèse prise d'un taux de rotation des clients entre opérateurs (churn) de l'ordre de 15%.

Orange souhaite souligner que les hypothèses prises en compte par l'Autorité pour effectuer cette évaluation sont erronées car elle prend en compte le taux de churn du seul marché postpayé (i) et considère que la concurrence n'a pu se développer qu'à partir de mai 2007, date à laquelle la portabilité en simple guichet a été mise en place (ii). Puisque les faits sur lesquels se fonde l'Autorité pour évaluer l'impact de l'entrée tardive de Bouygues sur le marché de détail sont inexacts, les déductions qui en sont tirées sont manifestement incorrectes (iii).



**(i) L'Autorité n'a pas pris en compte les effets réels du churn pour apprécier, à la date de son analyse, les conséquences de l'entrée tardive de Bouygues sur le marché**

Sur un marché aussi dynamique que celui de la téléphonie mobile, les opérateurs conquièrent à la fois des nouveaux clients, dits « primo accédant » (c'est à dire n'ayant jamais été abonnés à une offre de téléphonie mobile), et d'anciens abonnés d'un opérateur concurrent. Ce dernier type de conquête correspond au phénomène de rotation de clientèle entre opérateurs concurrents, le churn.

Le churn permet ainsi à un opérateur nouvel entrant sur un marché de conquérir des parts de marchés qui ne sont pas limitées aux seuls primo accédants. Bien entendu la croissance des parts de marché de cet opérateur est encore plus importante si le marché est également en croissance, ce qui est le cas du marché mobile.

Le churn touche tous les clients et abonnés des opérateurs que ceux-ci aient souscrits des offres prépayées (de type mobicarte chez Orange) ou post payées (de type forfaits chez la plupart des opérateurs).

Pour autant, l'Autorité retient pour fonder ses projections de parts de marché de Bouygues, non le taux de churn de l'ensemble du marché mobile (pré et post payé) mais un taux de churn de 15%, correspondant au seul taux de churn des clients post payés. Or le taux de churn moyen sur l'ensemble du marché mobile ressortit non à 15% mais à 22 % selon les données publiées par l'Autorité elle même :

**Table 1 : évolution du parc et du taux de churn en France de 2006 à 2008 (source : suivi des indicateurs mobiles de l'ARCEP)**

	T1 2006	T2 2006	T3 2006	T4 2006	T1 2007	T2 2007	T3 2007	T4 2007	T1 2008	T2 2008	T3 2008
Parc total (k customers)	46 908	47 361	48 008	49 809	50 112	50 586	51 063	53 270	53 583	53 868	54 207
Volume churn postpayé trimestriel	1 098	975	988	1 199	1 187	1 094	1 188	1 267	1 198	1 096	1 131
Volume churn prépayé trimestriel	1 436	1 373	1 669	1 589	1 523	1 621	1 898	1 627	1 852	1 805	2 003
Volume churn marché total trimestriel	2 534	2 347	2 658	2 788	2 710	2 715	3 086	2 913	3 051	2 900	3 134
Portabilité	99	89	139	113	154	154	MNPv2	258	357	313	301
Market quarterly churn (x4)	21,7%	19,9%	22,3%	22,8%	21,7%	21,6%	24,3%	22,3%	22,8%	21,6%	23,2%
Yearly evolution					0,0%	1,7%	2,0%	-0,5%	1,1%	0,0%	-1,1%
Postpaid quarterly churn (x4)	14,7%	12,8%	12,7%	14,9%	14,4%	13,1%	14,0%	14,8%	13,5%	12,1%	12,3%

Les projections ainsi menées par l'Autorité sont dès lors entachées d'une erreur matérielle. Il est, en effet, inexact de calculer la part de marché potentielle de Bouygues en se fondant sur un churn erroné et qui minimise, à l'évidence, les potentialités du développement de ses parts de marché.

**(ii) La portabilité du numéro n'a pas à être prise en compte pour apprécier la capacité de Bouygues à développer ses parts de marché grâce au churn**

L'Autorité considère dans son analyse que « la portabilité du numéro était peu effective jusqu'en mai 2007 [...], limitant le churn en créant un coût de changement d'opérateur important ». L'Autorité en conclut que Bouygues n'a pas été en situation de développer de manière efficace ses parts de marché avant cette date.

Or, cette analyse contredit les données mêmes publiées par l'Autorité dans le cadre de l'observatoire des marchés et reprises dans le tableau ci-dessus (table 1).



En effet ces données montrent que le taux de churn est aussi important aujourd'hui après la mise en place d'une portabilité effective, qu'avant. Si donc l'Autorité estime que le taux de churn actuel permet à Bouygues de se constituer efficacement des parts de marché, l'on ne voit pas en quoi le même taux de churn ne le lui aurait pas permis avant.

Il est donc démontré que la mise en œuvre effective de la portabilité du numéro ne peut être considérée comme l'événement ayant enfin permis à Bouygues de développer efficacement ses parts de marché à partir du churn. En retenant cet événement comme le point de départ de ses projections de parts de marché de Bouygues, l'Autorité a à nouveau commis une erreur matérielle.

***(iii) L'inexactitude matérielle des faits sur lesquels se fonde l'Autorité est à l'origine d'une erreur sur les effets de l'entrée tardive de Bouygues sur le marché de détail***

Comme indiqué aux paragraphes I.1.1 et I.1.2, Orange conteste le chiffre retenu par l'Autorité pour fixer la part de marché potentielle de Bouygues à 30% en 2013 dès lors qu'elle repose sur des données matériellement inexactes.

Or, l'Autorité a, d'une part, commis une erreur de fait en limitant son analyse au taux de churn observé sur les clients postpayés afin de calculer la part de marché potentielle de Bouygues ; elle a également commis une erreur de fait en considérant que Bouygues n'a pu gagner efficacement des parts de marché grâce au churn qu'à compter de 2007.

La circonstance que l'analyse de l'Autorité résulte d'estimations statistiques ne l'autorise nullement à fonder cette analyse sur des faits matériellement inexacts ou entachés d'erreur et ne suffit pas à justifier légalement le projet de décision.

**I.1.2 L'impact de l'allocation retardée de spectre 900 Mhz à Bouygues est erroné**

L'Autorité tente de modéliser les surcoûts induits par les attributions de fréquences initialement différentes pour Bouygues par rapport à un opérateur qui aurait obtenu directement des fréquences 900 MHz et évalue ce surcoût à **0,3 cent€/min**.

Orange démontrera que la différence de situation créée *ab initio* par l'antériorité de l'attribution des fréquences 900 MHz à Orange ou SFR ne peut plus justifier, actuellement et au profit de Bouygues, une telle asymétrie dans l'établissement du prix de TA.

A l'appui de ses calculs, l'Autorité se base sur les commentaires de la Commission européenne en 2006, qui reconnaît que « *dans certains cas exceptionnels, une asymétrie pourrait se justifier par des différences de coûts dont l'opérateur concerné n'a pas la maîtrise. Les différences de coûts entre l'exploitation d'un réseau GSM900 et DCS1800 pourraient constituer des motifs valables* ».

L'Autorité indique ensuite que cette position est également celle retenue par le Groupe des Régulateurs Européens (GRE) dans sa résolution publiée le 12 mars



2008 sur la symétrie des tarifs des services de TA fixe et la symétrie des tarifs des services de TA mobile.

L'Autorité omet de préciser que le GRE indique ensuite que :

*"the exogenous cost differences due to different spectrum holdings may be eliminated if there is a fully functioning secondary spectrum market or if regulatory action aligns the spectrum endowment of operators".*

*"In any case, as soon as possible, NRAs should consider whether it is appropriate to eliminate cost differences due to frequencies allocation either by aligning spectrum endowment of operators or by ensuring that licenses are acquired at market price, so that the asymmetry can be removed."*

Or, Orange entend souligner que Bouygues dispose d'une licence GSM depuis 14 ans, obtenue 3 ans seulement après celles d'Orange et de SFR.

Par ailleurs et conformément à la décision 98-0957 de l'Autorité portant attribution des ressources en fréquences à Bouygues, celui-ci bénéficie de fréquences 900 MHz depuis janvier 1999 dans les zones moyennement denses et peu denses, c'est-à-dire là où elles lui étaient utiles à l'époque pour poursuivre efficacement son déploiement réseau.

**Depuis juillet 2002 Bouygues jouit d'un accès au spectre identique, et même supérieur, à celui de ses concurrents sur l'ensemble du territoire.**

L'analyse de la répartition actuelle des fréquences 900 MHz et 1800 MHz détaillée dans le tableau ci-dessous montre même que Bouygues dispose depuis 2002 de davantage de fréquences que ses concurrents SFR et Orange, en particulier de davantage de fréquences 900 MHz hors des zones très denses :

**Table 2 : Spectre à 900 MHz et 1800 MHz disponible pour les opérateurs métropolitains depuis 2002**

Opérateur	Zones Très Denses		Autres Zones	
	Quantité de fréquences	Nombre de canaux	Quantité de fréquences	Nombre de canaux
Fréquences 900 MHz				
Orange France	2 x 12,4 MHz	62	2 x 10 MHz	50
SFR	2 x 12,4 MHz	62	2 x 10 MHz	50
Bouygues Télécom	2 x 9,8 MHz	50	2 x 14,6 MHz	74
TOTAL (yc bande de garde)	2 x 35 MHz		2 x 35 MHz	
Fréquences 1800 MHz				
Orange France	2 x 23,8 MHz	119	2 x 23,8 MHz	119
SFR	2 x 23,8 MHz	119	2 x 23,8 MHz	119
Bouygues Télécom	2 x 26,6 MHz	133	2 x 21,6 MHz	108
TOTAL (yc bande de garde)	2 x 75 MHz		2 x 75 MHz	

**Conformément à la position défendue par le GRE, la prise en compte d'une asymétrie due à l'allocation initiale différenciée de fréquences pour Bouygues ne se justifie donc plus depuis 2002 et a fortiori dans le cadre d'un projet qui concerne la situation des opérateurs à compter de juillet 2009.**





L'Autorité considère néanmoins que Bouygues supporte encore des coûts additionnels hérités de ses attributions passées, qui proviennent du déploiement de sites 1800MHz qu'il aurait pu éviter de réaliser et de l'amortissement des coûts de transformation de sites 1800MHz en sites 900MHz.

L'Autorité a modélisé les surcoûts induits par ces attributions de fréquences initialement différentes pour Bouygues par rapport à un opérateur qui aurait obtenu directement des fréquences 900 MHz et indique que « *les résultats du modèle en coûts complets donnent pour la période 2006-2011 un impact assez faible de l'ordre de 0,3 c€/min à ce jour, l'effet s'atténuant au fur et à mesure du temps.* »

Orange s'étonne tout d'abord que le surcoût calculé par l'Autorité ait augmenté significativement depuis l'année dernière puisque celle-ci affirmait page 80 de la décision 07-0810 du 4 octobre 2007, portant sur l'analyse des marchés de la TA mobile, que « *les résultats du modèle donnent pour la période 2005-2010 un impact compris entre 0,1 c€/min et 0,3 c€/min, l'effet s'atténuant au fur et à mesure.* »

Par ailleurs, l'Autorité quantifie le surcoût lié au fait que Bouygues n'ait pas obtenu des fréquences 900 MHz dès le début de son activité, mais semble négliger le fait qu'elle a déjà permis à Bouygues de largement et définitivement compenser ce surcoût.

En effet, ce surcoût est nécessairement lié à des déploiements réseaux antérieurs à 1999. A partir de 1999, Bouygues accède aux fréquences 900 MHz dans les zones géographiques où elles lui sont précisément utiles. L'investissement de Bouygues dans des sites 1800 MHz postérieurs à cette date résulte donc d'un choix technique délibéré et non d'une contrainte subie.

Or, la TA perçue par Bouygues entre 1999 et juin 2009 est asymétrique, l'asymétrie étant pour partie précisément destinée à couvrir les surcoûts liés à l'attribution tardive de fréquences 900 MHz. Et cette asymétrie a déjà permis à Bouygues de compenser l'ensemble des surcoûts subis par Bouygues du fait d'une arrivée tardive sur le marché à hauteur de plus de **1 000** €, montant qui couvre largement l'ensemble des surcoûts subis par Bouygues en matière de fréquence.

**Table 3 : volume de trafic acheté à Bouygues et valorisation de l'asymétrie de TA, de 1997 à juin 2009.**

Source : rapport annuel de l'ARCEP, et modèle de trafic présenté en section I.1.5 (basé sur l'observatoire des marchés et les données de trafic échangées par Orange avec les opérateurs)

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	S1 09
Trafic Fixe et International vers Bouygues (Mmin)													
Trafic SFR et Orange vers Bouygues (Mmin)													
TA de Bouygues (cent€/min)													
TA d'Orange et SFR (cent€/min)													
Somme perçue au titre de l'asymétrie (M€)													
Cumul par période													

En admettant même que par effet de traine certains surcoûts, subis par Bouygues et liés aux fréquences puissent subsister sur la période 2006-2011 que retient l'Autorité, et à supposer que ces surcoûts n'aient pas déjà été compensés, l'asymétrie de 0,3 cent€/min que l'Autorité associe à de tels surcoûts résiduels est exorbitante.





Il est en effet possible de calculer ces surcoûts « subis » à partir du modèle d'opérateur mobile soumis à consultation publique par l'Autorité elle-même du 4 Septembre au 6 octobre 2008 (Annexe 1).

Il suffit pour ce faire de paramétrer ce modèle, d'une part sur la situation réelle de Bouygues, n'ayant bénéficié de fréquences 900 MHz qu'à partir de 1999, et d'autre part sur la situation potentielle de Bouygues, s'il avait bénéficié des fréquences 900 MHz dès son entrée sur le marché.

La comparaison des résultats de ces deux modèles réglementaires permet ainsi d'évaluer le différentiel de capex et d'opex réseaux engendré sur la période 2006-2011 par une attribution décalée des fréquences 900 MHz pour un opérateur comme Bouygues.

Il s'agit là des surcoûts subis par Bouygues, seuls susceptibles d'être associés à une asymétrie de TA s'ils n'ont pas déjà été compensés. **Or, le total de ces surcoûts ressortit sur la période 2006-2011 à 37 M€<sup>2</sup>** (dont 22 M€ pour la seule année 2006), soit une part négligeable de l'ordre de 0,6% du total des investissements sur la période (évalué par le modèle figurant en Annexe 1 à 5,5 milliards d'euros).

**Pour autant, en fixant à 0,3 c€/min l'asymétrie de TA associée à ces surcoûts, le bénéfice financier qu'en retire Bouygues sur la même période est de 179 M€<sup>3</sup>, soit près de 5 fois ce qu'il est réputé compenser.**

**1.1.3 Bouygues disposait dès lors, dès 2002, de conditions équivalentes à celles de ses concurrents, ce qui lui donnait les moyens de potentiellement atteindre une part de marché équivalente à celle de ses concurrents dès 2008.**

A titre liminaire, Orange souhaite rappeler que le critère d'antériorité n'a jamais constitué une justification de principe à une différence de traitement ou à l'application de tarifs différents (par exemple, CE 2 décembre 1987, *Commune de Romainville*, *Leb.* tables p. 631 ; CAA Douai, 7 Décembre 2000, req n° 98DA00929). L'arrivée tardive de Bouygues sur le marché ne justifie donc pas, en soi, que lui soit réservé un traitement favorable.

En l'occurrence, depuis 2002, Orange, SFR et Bouygues disposent d'un accès équivalent au spectre et d'une couverture réseau équivalente. Les paramètres retenus par l'Autorité comme de nature à structurellement limiter la capacité de Bouygues à conquérir des parts de marché mobile ne sont donc plus susceptibles de produire des effets négatifs à compter de cette date.

En prenant en compte des hypothèses réalistes quant au taux de churn et en considérant que Bouygues avait la possibilité de développer sa part de marché dès 2002 à égalité de chance avec ses concurrents (ce qui apparaît déjà particulièrement tardif au vu de la date d'entrée de Bouygues sur le marché mobile) on constate que Bouygues aurait pu atteindre une part de marché de 30% dès 2008.

<sup>2</sup> Soit 15 M€ en 2006, -9M€ en 2007, 12 M€ en 2008, 10 M€ en 2009, 2 M€ en 2010 et -14 M€ en 2011.

<sup>3</sup> Simple multiplication des 0,3cent€/min d'asymétrie définie par le volume de trafic donnant lieu à versement de la TA Bouygues sur la période 2006-2011. cf Annexe 1.



Orange France a en effet réalisé sa propre évaluation de l'évolution potentielle de la part de marché de Bouygues, en se fondant sur les données suivantes publiées par l'Autorité dans le cadre de l'observatoire des marchés mobiles, à savoir :

- Le nombre de clients sur l'ensemble du marché mobile global (postpayé et prépayé) sur la période 2002-2008
- Le taux de churn moyen sur l'ensemble du marché mobile qui ressort non à 15% mais à 22 % selon les données publiées (cf tableau page5)
- La part de marché de Bouygues en 2002 égale à 15,1%

**Table 4 : évolution potentielle de la part de marché de Bouygues**

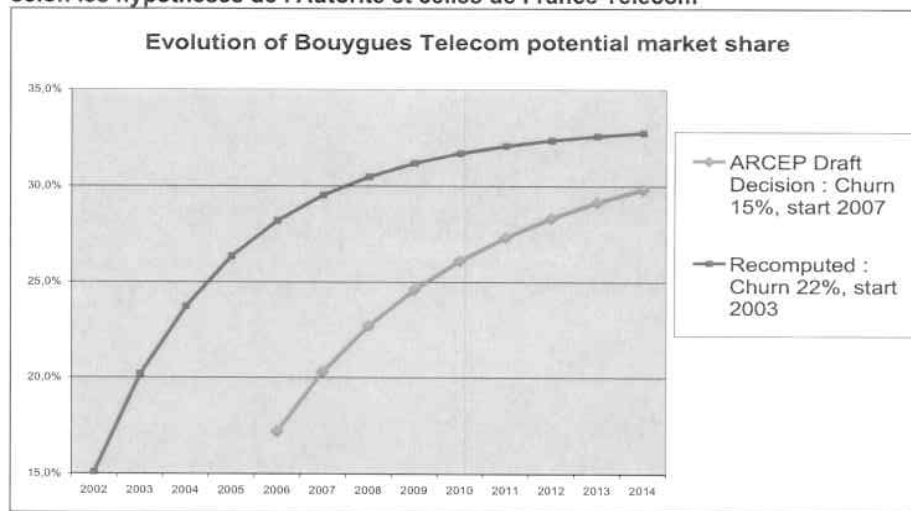
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Marché mobile global	37 342 900	40 388 700	43 139 700	46 459 300	49 808 500	53 269 857	54 057 207
Clients BYT	5 638 400	8 151 698	10 237 162	12 255 098	14 082 392	15 790 675	16 485 632
Churn out BYT		1 240 448	1 793 374	2 252 176	2 696 122	3 098 126	3 473 948
Churn in BYT		2 738 479	2 961 838	3 163 578	3 407 015	3 652 623	3 906 456
Primo Accédants BYT		1 015 287	917 000	1 106 533	1 118 400	1 153 786	262 450
pdm BYT	15,1%	20,2%	23,7%	26,4%	28,3%	29,6%	30,5%

Par conséquent, le graphique ci-dessous permet de comparer les effets dus à la correction des paramètres de calculs, manifestement erronés, utilisés par l'Autorité afin de conclure à l'annulation d'un effet part de marché en 2013.

On constate dans ce graphique que la date de référence de la modélisation et le taux de churn ont un effet majeur sur la date à laquelle Bouygues aurait pu atteindre 30% de part de marché en optant pour une politique commerciale similaire à celle de ses concurrents (c'est à dire une conquête de clients sur tous les segments de marché, et non pas une focalisation sur un plus petit nombre de clients à forte valeur, comme démontré ci-après paragraphe I.1.5).

Dans l'hypothèse où Bouygues attire, à égalité de chance avec ses concurrents, chaque année à partir de 2003 un tiers des nouveaux clients (primo accédants) et un tiers des clients déjà équipés qui résilient pour souscrire à une nouvelle offre (churn), il apparait que Bouygues atteindrait une part de marché de 30% dès 2008.

**Figure 1 : Modélisation de l'évolution potentielle de la part de marché de Bouygues selon les hypothèses de l'Autorité et celles de France Télécom**



L'analyse par l'Autorité de la situation de Bouygues, menée dans son Projet aux fins de justifier au profit de cet opérateur une asymétrie de TA, est donc manifestement erronée.

#### I.1.4 L'asymétrie de TA proposée par l'Autorité n'est d'ailleurs pas cohérente avec les pratiques Européennes en la matière et va à l'encontre des positions exprimées par la Commission à maintes reprises

##### (i) Un niveau d'asymétrie en totale incohérence avec les pratiques des autres pays européens

Le graphique ci-après représente l'évolution du niveau de TA mobile du plus gros opérateur et de l'asymétrie entre celui-ci et le 3<sup>ème</sup> opérateur entrant, en France (courbe rouge), dans les plus gros pays Européens, et dans les pays de l'union Européenne hors France<sup>4</sup> (courbe bleue).

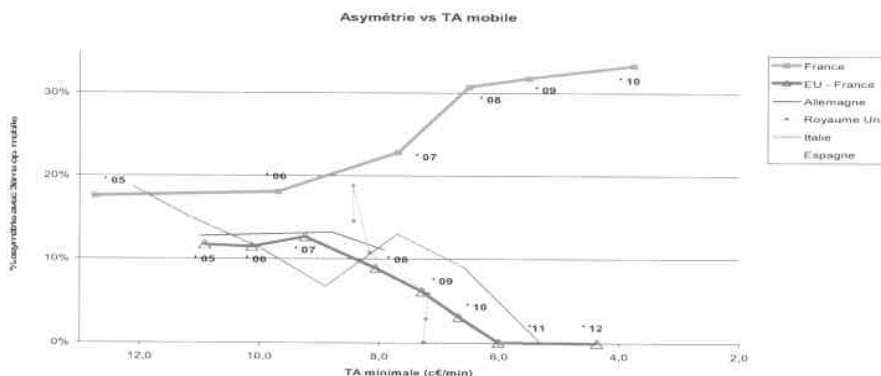
Chaque point représente une année (avec en abscisse le niveau de TA du plus gros opérateur, et en ordonnée le niveau d'asymétrie avec le troisième opérateur). Chaque ligne brisée représente l'évolution d'un pays ou d'un groupe de pays.

On constate sur toutes ces courbes une tendance constante à la baisse progressive du niveau des TA, et à l'annulation rapide du niveau d'asymétrie (qui n'a en moyenne jamais dépassé 15%) ... **à l'exclusion spectaculaire de la France.**

Si le Projet était adopté, l'Autorité imposerait à Orange et SFR un niveau de TA inférieur de plus de 50% à la moyenne Européenne (nous y reviendrons à la section II.3), mais surtout une asymétrie totalement hors norme de plus de 30%.

A titre d'illustration, Orange, en Espagne, est dans une situation comparable à celle de Bouygues en France et bénéficie d'une asymétrie de 3% en 2008, nulle en 2009.

**Figure 5 : évolution du niveau de TA et d'asymétrie avec le 3<sup>ème</sup> opérateur en France et en Europe**



Les résultats de cette analyse sont très préoccupants et conduisent Orange à demander à l'Autorité de **définir un encadrement tarifaire et un niveau d'asymétrie en cohérence avec ceux observés dans les autres pays d'Europe**, de sorte que les conditions du développement d'une concurrence loyale et par les mérites propres de chaque opérateur sur le marché mobile français soient respectées.

<sup>4</sup> Moyenne pondérée par la population du pays



**(ii) Les justifications mises en avant par l'Autorité pour justifier une asymétrie de TA sont critiquées par la Commission européenne**

La Commission Européenne s'est à de nombreuses reprises exprimée pour engager les Autorités de Régulation Nationales à mettre rapidement fin aux asymétries de terminaison d'appel.

La Commission européenne<sup>5</sup> considère en effet que « *Le maintien d'un tarif de terminaison plus élevé ne serait pas justifié après une période suffisamment longue pour que l'opérateur s'adapte aux conditions de marché et devienne efficace ; elle pourrait même décourager les petits opérateurs de chercher à accroître leur part de marché* ».

Suivant cette position, l'Autorité devrait par principe écarter tous les surcoûts liés au délai d'entrée de Bouygues sur le marché mobile, celui-ci ayant eu la possibilité de s'adapter aux conditions de marché et de s'y développer sans contraintes supérieures à celles de ses concurrents depuis de nombreuses années.

En France, la Commission a adressé à l'Autorité les rappels suivants

- *"The Commission invites ARCEP to determine the level of the MTRs of each operator so as to reach symmetry between all operators **as soon as possible after the planned one-year interim period**, unless ARCEP at that stage is of the view that objective cost differences outside the control of the operators as discussed above justify the maintenance of a certain degree of asymmetry."*  
Case FR/2006/0461
- *"(...) ARCEP justifies asymmetric MTRs for Bouygues with traffic imbalances and significant net payments of Bouygues to the two other operators. However, such traffic imbalances may in fact be caused by the current asymmetric level of MTRs as well as by an on-net/off-net retail price differentiation that is within the control of the operators. (...) the Commission notes **the transitional nature of the draft measure and the acknowledgement by ARCEP that the different factors presently justifying asymmetry may no longer apply in the future.**"*  
Case FR/2007/0669

La Commission européenne a également régulièrement invité des Autorités de Régulation Nationales à mettre fin aux asymétries de TA et à spécifier les conditions d'une convergence des TA.

- Dans le cas BE/2006/0433 (Belgique)

*"so as to reach symmetry between all operators shortly after the timeframe of this review, **unless IBPT were of the view that objective cost differences outside the control of the operators as discussed in the previous paragraphs justified the maintenance of a small degree of asymmetry. This would in any case imply that the termination rates of Base would have to be reduced more steeply already during this period of review.**"*

<sup>5</sup> Cite par l'Autorité dans son projet de décision, page 42



- Dans le cas LV/2007/0574 (Lituanie)

*"BITE Latvija indeed has only recently entered the market which may justify temporarily asymmetric termination rates. However, the Commission invites SPRK to ensure that termination rates of all operators **take into account the necessity to become efficient over time.**"*

- Dans le cas PL/2008/0794 (Pologne)

*"operators may themselves be able to influence network effects, and **traffic imbalances may in fact be amplified by the proposed asymmetric level of MTRs.**"*

- Enfin, par courrier le 7 Novembre 2008, la Commission Européenne donne un avis explicite à l'Autorité de régulation italienne AGCOM

*« **The Commission is not convinced that different dates of market entry would justify an asymmetry** in the levels of MTRs even for the time after July 2011 for H3G, i.e. for more than 8 years after its market entry, and after July 2010 for WIND, i.e. for more than 11 years after the market entry of this operator."*

**En l'espèce, et faut-il encore le rappeler, Bouygues est entré sur le marché en 1996, ce qui fera 14 ans en 2010, et sa licence avait une durée initiale de 15 ans !**

#### **I.1.5 Dans ces conditions l'asymétrie de TA projetée par l'Autorité subventionne largement des choix commerciaux propres à Bouygues.**

L'Autorité entend remédier par l'asymétrie des niveaux de TA à un prétendu « problème concurrentiel » qui résulterait lui-même d'un déséquilibre dans les échanges de trafic entre Orange et SFR, d'une part, et Bouygues, d'autre part.

Ce déséquilibre, d'après l'Autorité, ne résulterait pas de simples choix commerciaux de Bouygues. Un tel constat fondateur est particulièrement contestable.

A titre liminaire et pour la clarté du propos, il convient ici de rappeler que le trafic « on net » d'un opérateur vise les communications qui ne sortent pas de son réseau, autrement dit, les communications que deux de ses clients passent entre eux. Le trafic off net vise quant à lui et par opposition les communications qui sortent de son réseau, autrement dit les communications que l'un de ses clients passe à destination du client d'un autre réseau (par exemple une communication d'Orange vers SFR, Bouygues ou un réseau fixe).

Le trafic que s'échangent entre eux les opérateurs mobiles est donc toujours du trafic off net.

Cet échange de trafic est déséquilibré lorsqu'un opérateur A envoie plus de trafic à un opérateur B qu'il n'en reçoit de ce dernier.

En termes financiers, et si les tarifs de TA de A et de B sont identiques, un tel déséquilibre des échanges se traduit en solde par un décaissement de A vers B.



Si le tarif de TA de A est supérieur à celui de B, alors et malgré le déséquilibre des échanges, les flux financiers peuvent être ramenés à 0 ou même s'inverser.

L'asymétrie des TA peut donc modifier les flux financiers résultant du déséquilibre dans les échanges de trafic. Cet effet correcteur peut être légitime dans une perspective de régulation dès lors qu'il s'agit de compenser les effets d'une structure de marché qui ne permettent pas à un opérateur de se développer à égalité de chance avec ses concurrents.

**En revanche, une telle asymétrie devient illégitime si elle vient corriger les effets de choix stratégiques propres à cet opérateur, car elle fausse alors le jeu d'une concurrence par les mérites sur le marché.**

Pour savoir si l'asymétrie de TA proposée par l'Autorité au profit de Bouygues est justifiée ou non, il est donc nécessaire de se demander si le déséquilibre de trafic off net constaté au détriment de Bouygues est le fruit d'une structure de marché qui ne lui permet pas de se développer à égalité de chance avec ses concurrents, donc d'une stratégie contrainte ou s'il résulte, en tout ou partie, de choix commerciaux délibérés de cet opérateur.

Ces choix commerciaux, dès lors qu'ils sont délibérés, sont en effets cruciaux dans la mesure où certains types d'offres de détail peuvent favoriser le trafic on net et donc minimiser les échanges de trafic d'un opérateur avec ses concurrents, tandis que d'autres types d'offres peuvent au contraire favoriser le trafic off net et donc augmenter le trafic adressé par un opérateur à ses concurrents.

Orange se propose ici de démontrer que la part respective des trafics on net et off net d'un opérateur dépend largement de la structure de ses offres commerciales (i), et qu'il est possible de calculer l'impact de la stratégie commerciale délibérée des opérateurs mobiles sur leurs échanges de trafic (ii). Il sera alors rappelé que l'Autorité n'a pas vocation à remédier à un déséquilibre dans les échanges de trafic entre opérateurs mobiles qui n'aurait d'autre cause qu'une politique commerciale délibérée (iii). Enfin Orange montrera que l'asymétrie de TA proposée par l'ARCEP pour remédier au déséquilibre observé dans les échanges de trafic entre opérateur est totalement surévaluée au regard du déséquilibre réellement subi par Bouygues (iv).

***(i) La part respective des trafics on net et off net d'un opérateur dépend largement de la structure de ses offres commerciales***

La politique commerciale, en termes d'offres, des opérateurs mobiles sur le marché a évolué en trois grandes étapes depuis le début des années 2000.

Avant 2004/2005, la plupart des offres mobile de détail ne différenciait pas, d'un point de vue tarifaire et marketing, le trafic on net du trafic off net. Toutefois, une première évolution intervient avec l'apparition d'offres « on net » en séries limitées, c'est-à-dire encore marginales en volume.

Les offres on net sont des offres qui, vues du client, vont distinguer en termes marketing le trafic on net du trafic off net. Concrètement, il s'agit généralement au cours de cette première étape d'offres qui permettent des appels illimités vers un certain nombre de correspondants déterminés du même réseau.





Dès 1999, Bouygues Telecom lance en précurseur ses premières offres<sup>6</sup> et est rejoint par SFR en 2000 et Orange en 2003 (cf. étape « 1<sup>ère</sup> rupture » du schéma ci-après).

La deuxième étape intervient en 2004/2005, et vise à institutionnaliser ces offres en les pérennisant. Elles ne sont plus de simples produits d'appel à l'occasion de promotions, mais deviennent des offres catalogue des opérateurs. Elles s'adressent désormais à un large public et sont accessibles aux clients déjà en parc par le biais d'un simple changement de forfait.

Ainsi, en 2004/2005, SFR et Orange lancent, en plus de séries limitées relevant de la première étape<sup>7</sup>, des offres catalogue on-net permettant d'appeler de manière illimitée 3 numéros mobiles de leur propre réseau afin de développer les usages de communications 'naturelles' au sein de communauté ou réseau de sociabilité (cf. étape « 2<sup>ème</sup> rupture » du schéma ci-après).

On observe à cet égard que ces offres démultiplient les usages de communications vers le 1<sup>er</sup> numéro activé [...]

qui représente donc le correspondant privilégié°.

Pourtant, sur cette même période, Bouygues ne lance pas d'offres équivalentes, et continue à ne commercialiser d'offres on net qu'en séries limitées<sup>8</sup>.

La troisième étape est initiée par Bouygues Télécom en 2005 puis 2006. L'opérateur lance alors des offres permettant des communications illimitées non pas on net mais vers tous réseaux, c'est-à-dire à la fois on net et off net<sup>10</sup> (cf. étape « 3<sup>ème</sup> rupture » du schéma ci-après). Évidemment ces offres illimitées tous réseaux n'ont pas de raisons particulières d'augmenter la part de trafic on net par rapport au trafic off net de Bouygues. Ces offres, chères, ciblent toutefois les segments de clients à fort ARPU. Bouygues affiche ainsi une stratégie valeur<sup>11</sup> qui lui permet de capter des clients dont l'ARPU moyen est le plus élevé d'Europe.

SFR ne lancera d'offres similaires (mais limitées à quelques numéros sur tous réseaux) qu'en 2007 et Orange en 2008 avec sa gamme Origami.

<sup>6</sup> Offre « Ultimo Millenium » en série limitée, incluant des communications illimitées vers Bouygues Télécom et réseaux fixes.

<sup>7</sup> Offres « Millenium » pour SFR, « Orange Infini » ou « Intense 3G 24-24 / 7-7 », en séries limitées et incluant différentes formes de communications illimitées on net.

<sup>8</sup> Ces offres sont également un instrument de conquête de clients, dont l'efficacité diffère peu d'un opérateur à un autre.

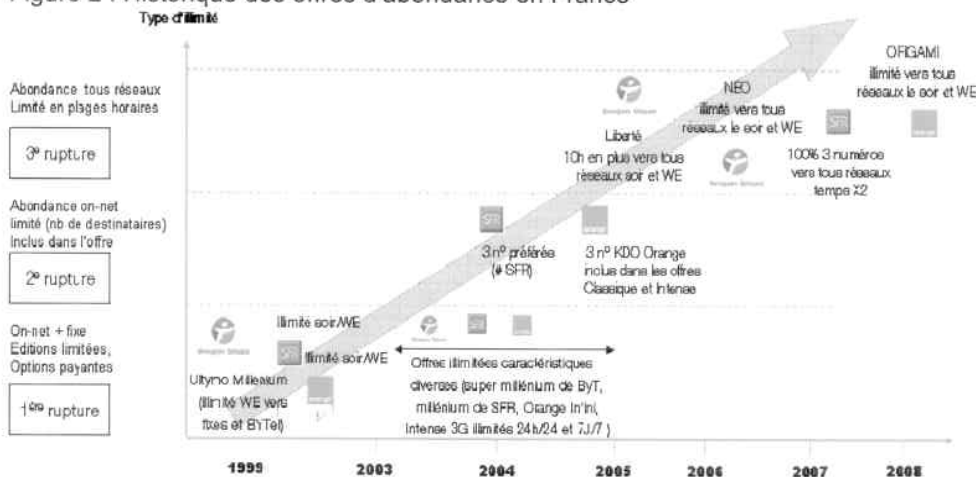
<sup>9</sup> Offres de type « Super Millenium »

<sup>10</sup> Offres « Liberté » puis « Néo ».

<sup>11</sup> C'est-à-dire de conquête de consommateurs de forts volumes de trafic, qui structurellement émettent en moyenne plus de trafic qu'ils n'en reçoivent, et contribuent au déséquilibre du solde d'interconnexion



Figure 2 : Historique des offres d'abondance en France



La politique commerciale d'Orange et de SFR, notamment fondée sur des offres permettant de développer les usages on net, a eu pour effet naturel sur la période 2003-2006 d'augmenter sensiblement leur ratio de trafic on net.

Bouygues Télécom ayant au contraire choisi de conduire une politique commerciale ciblant les segments de clients à fort ARPU avec des offres illimitées universelles (on net et off net), son ratio de trafic on net a stagné, voire décliné sur la période.

L'examen du tableau et du graphique ci-dessous, qui présentent respectivement l'évolution du volume de trafic on net et off net mensuel d'un client pour chaque opérateur mobile, et l'évolution relative de ces volumes (en prenant l'année 2003 comme référence en base 100), montre clairement l'effet sur la croissance des volumes de trafic on net / off net de la stratégie commerciale de chacun des opérateurs mobiles.

Table 5 : Volume de trafic mensuel par destination, pour chacun des 3 opérateurs (estimation d'après le modèle présenté en Table 6)

Trafic par client (minutes / mois)		2003	2004	2005	2006	2007
Orange	on net					
	vers autres opérateurs mobiles					
	total vers mobiles					
SFR	on net					
	vers autres opérateurs mobiles					
	total vers mobiles					
Bouygues Télécom	on net					
	vers autres opérateurs mobiles					
	total vers mobiles					
Marché	total vers mobiles					



Figure 3 : évolution relative (base 100 en 2003) des différents types de trafic sortant, par opérateur

[...]

***(ii) Il est possible d'évaluer l'impact sur les échanges de trafic off net entre opérateurs mobiles de leurs choix commerciaux respectifs***

En effet, cet impact peut être évalué en retenant comme date de référence 2003.

A cette date, nous avons établi que la plupart des effets « subis », liés à l'entrée tardive de Bouygues sur le marché avait disparu. En 2003 au surplus, les offres susceptibles d'induire, par choix commercial, un déséquilibre dans les échanges de trafic entre opérateurs mobiles sont encore marginales : il s'agit des offres illimitées on net ou universelles décrites plus haut (quelques séries limitées d'offres on net à très faible volume en 2003).

Par ailleurs les flux de trafic entre opérateurs mobiles ne pouvaient être « pervers » par l'asymétrie des TA dans la mesure où, à l'époque, aucune charge de terminaison d'appel n'était payée par les opérateurs mobiles entre eux. Il s'agissait là du système du « bill & keep » qui a perduré jusqu'au début de l'année 2005. Le trafic off net vers les autres réseaux mobiles ne coûtait donc pas plus cher à un opérateur mobile que le trafic on net sur son propre réseau.

On peut donc considérer que les ratios de trafic on net et off net observés en 2003 constituent la part « naturelle » du trafic on-net et du trafic off net pour chaque opérateur mobile, fonction d'un seul paramètre, leur état de développement.

A partir de l'Observatoire des marchés publié par l'Autorité, lequel présente les volumes de trafic échangés au sein d'un même réseau mobile (trafic 'on-net') ou vers un autre réseau mobile (trafic 'off-net'), et en tenant compte de ses propres données



de trafic, Orange a réalisé une estimation de la répartition du volume de trafic 'on-net' et 'off-net' des trois opérateurs mobiles métropolitains, sur la période 2003-2008.<sup>12</sup>

**Table 6 : Estimation des volumes de trafic (exprimés en millions de minutes – Mmin) écoulés entre les trois opérateurs mobiles**

Trafic (Mmin/an)	2003	2004	2005	2006	2007	2008
Orange on-net						
BYT on-net (estimé)						
SFR on-net (estimé)						
Orange => SFR						
Orange => BYT						
BYT => Orange						
BYT => SFR (estimé)						
SFR => BYT (estimé)						
SFR => Orange						
On-net (ARCEP)						
Off-net (ARCEP)						
Orange on-net / Orange off-net trafic						
BYT on-net / BYT off-net trafic						
SFR on-net / SFR off-net trafic						

Ce tableau montre qu'en 2003, la part de trafic on-net de chaque opérateur mobile (ratio entre le volume de trafic on-net et le trafic mobile total sortant de l'opérateur considéré), est de :

- [...] pour Orange
- [...] pour Bouygues (estimation)
- [...] pour SFR (estimation)

... et que corrélativement le ratio de trafic off net de ces opérateurs en 2003 est de :

- [...] pour Orange
- [...] pour Bouygues (estimation)
- [...] pour SFR (estimation)

La période 2004-2007 a vu croître fortement le ratio de trafic on-net d'Orange (passant de [...]) et celui de SFR (passant de [...]) ces opérateurs ayant fait le choix commercial de promouvoir des offres à destination des communautés générant principalement du trafic on net. **La stratégie propre de ces opérateurs les a donc conduit à éviter d'avoir à échanger avec leurs concurrents trop de trafic off net pour limiter leur charge.** L'asymétrie de la TA en faveur de Bouygues a d'ailleurs très probablement favorisé cette stratégie, le trafic off net à destination de Bouygues étant particulièrement cher.

**En 2007, le ratio de trafic off net d'Orange ne s'établit donc plus qu'à [...]**

Au contraire, le ratio de trafic on net de Bouygues a stagné (voire diminué) sur la même période (passant de [...]) en raison de sa stratégie commerciale propre.

**En 2007, le ratio de trafic off net de Bouygues atteint ainsi les [...]**

<sup>12</sup> Orange connaît en effet les volumes échangés avec chacun des deux autres opérateurs dans les deux sens, ainsi que son propre volume on net. Par ailleurs, l'observatoire des marchés de l'ARCEP fournit la somme du volume on net du marché (dont le on net d'Orange) et la somme des volumes mobile à mobile off net du marché (à partir des chiffres fournis par Orange et par ses concurrents). En prenant quelques hypothèses raisonnables il est donc possible de modéliser une estimation des volumes inter opérateurs. Cette modélisation a d'ailleurs été validée avec les chiffres réels de 2005 transmis dans le cadre d'une procédure contentieuse par l'Autorité au Conseil de la Concurrence, lequel les a transmis aux trois opérateurs mobiles.



Le trafic off net de Bouygues, pesant dans les échanges entre opérateurs mobiles, a donc considérablement augmenté en proportion sur la période, alors même que celui de ses concurrents baissait, aboutissant à l'actuel déséquilibre relevé par l'Autorité.

L'évolution de ces ratios à partir de 2003 trace très exactement l'impact des politiques commerciales respectives d'Orange et de Bouygues sur leurs échanges de trafic. L'on peut dès lors établir, par une simple règle de trois, quel aurait été en 2007 le ratio de trafic on net de Bouygues si ce dernier avait suivi la même politique commerciale qu'Orange entre 2003 et 2007. En effet, si Bouygues avait adopté une stratégie commerciale similaire, son ratio de trafic off net aurait suivi la même trajectoire d'évolution que celui d'Orange :

Ratio de trafic on net : [...]

**Le ratio de trafic on net de Bouygues en 2007 aurait ainsi pu s'établir [...] et corrélativement son ratio de trafic off net [...] (et non aux [...] constatés)** s'il avait suivi la même trajectoire que celui d'Orange, c'est-à-dire si Bouygues avait suivi une stratégie commerciale similaire à celle d'Orange.

Il convient à cet égard de noter qu'Orange, en Suisse, a une part de marché légèrement inférieure à celle de Bouygues et a vu son taux d'on net passer de [...] début 2006 à [...] et mi 2008, après s'être lancé dans une politique marketing d'abondance vers certains numéros on net et fixes similaire à celle d'Orange en France<sup>14</sup>.

**(iii) L'Autorité ne saurait remédier par l'asymétrie de TA au « problème concurrentiel » résultant du déséquilibre dans les échanges de trafic, à le supposer établi, que pour la part de ce déséquilibre strictement liée aux contraintes que « subi » Bouygues sur le marché**

Si l'asymétrie de TA ne peut servir de remède réglementaire qu'à un déséquilibre « subi » par Bouygues, il convient de retraiter le déséquilibre global dans les échanges de trafic entre opérateurs mobiles de sorte qu'il ne fasse plus apparaître la partie de ce déséquilibre liée à une politique commerciale délibérée Bouygues.

Or, l'Autorité n'opère pas ce retraitement. C'est ainsi l'intégralité du déséquilibre dans les échanges de trafic de Bouygues avec ses concurrents qu'elle retient comme référence, soit par exemple **pour 2007, [...] millions de minutes** (soit la différence entre les [...] Mmin envoyées par Bouygues à Orange et SFR et les [...] Mmin envoyées par Orange et SFR à Bouygues).

Pourtant, comme nous allons le démontrer, un tel retraitement minore spectaculairement ce déséquilibre, et invalide de ce fait l'ensemble de l'analyse menée par l'Autorité.

<sup>14</sup> Les offres Optima (dont la large gamme s'étend de 35€ à 500€/mois) comprend des appels illimités vers 3 numéros Orange ou numéros fixe national.



Ainsi, en 2007, Bouygues a écoulé [...] millions de minutes de communications sur son réseau (estimation d'après le modèle figurant à la Table 6).

Seuls [...] de ce trafic auraient été échangés en off net si Bouygues avait adopté une politique commerciale similaire à celle d'Orange entre 2003 et 2007, soit [...] millions de minutes.

Or, parallèlement, Orange et SFR ont envoyé vers Bouygues [...] millions de minutes en 2007.

**Le déséquilibre dans les échanges de trafic entre Bouygues et ses concurrents n'aurait donc été que de : [...] millions de minutes.**

Au demeurant n'est il encore nullement établi que ce déséquilibre de [...] millions de minutes puisse intégralement être associé à des effets « subis » par Bouygues sur le marché du fait de son arrivée tardive sur le marché et non à des effets naturels, liés par exemple à la structure de la clientèle de Bouygues<sup>15</sup>.

Bien au contraire, il a été démontré plus haut (I.1.3) que ces effets subis s'estompent dans le temps et qu'ils auront totalement disparus en 2008. En 2007, seule une faible part de ces [...] millions de minutes peut donc être associée à des effets subis. Probablement moins du quart.

Ce ne sont donc qu'environ [...] millions de minutes qui peuvent être tenue pour le déséquilibre « subi » par Bouygues dans ses échanges de trafic off net.

**(iv) L'asymétrie de TA susceptible d'être associée au déséquilibre « subi » des échanges de trafic entre opérateurs mobiles**

Le déséquilibre « subi » par Bouygues dans ses échanges de trafic off net contraint Bouygues à devoir acheter à ses concurrents un certain volume de communications. L'Autorité considère que, pour ce « delta trafic » contraint, Bouygues ne devrait pas payer les TA de ses concurrents au-delà de leur strict coût, soit 3 c€/min<sup>16</sup>, alors qu'elle lui est facturée 6,5 c€/min<sup>17</sup>.

L'asymétrie de TA ici calculée a donc pour vocation de compenser le différentiel entre le tarif (6,5 c€/min) et le coût réel (3 c€/min) de la TA payée par Bouygues à ses concurrents, ce sur le volume de trafic concerné par le déséquilibre de trafic « subi » par Bouygues, soit [...] millions de minutes au plus en 2007.

L'asymétrie de TA est toutefois payée à Bouygues par ses concurrents sur l'ensemble du trafic off net qu'ils lui adressent. Elle doit donc être « lissée », toujours pour 2007, sur [...] millions de minutes.

<sup>15</sup> Il peut ainsi notamment être démontré que les membres d'une même cellule familiale s'équipent en général auprès du même opérateur mobile et que par ailleurs ils échangent la plupart de leurs communications mobiles entre eux. Dès lors ce type de communauté familiale, comme d'autres, est plutôt générateur de trafic on net qu'off net. La structure, plus ou moins communautaire, de la clientèle d'un opérateur mobile influe ainsi énormément la structure des échanges de trafic de ce dernier avec ses concurrents.

<sup>16</sup> Valorisation contestée par Orange dans la suite de ce document.

<sup>17</sup> Niveau de la TA mobile de SFR et d'Orange jusqu'à mi 2009.



L'asymétrie de TA susceptible d'être associée au déséquilibre subi par Bouygues dans ses échanges de trafic off net avec ses concurrents peut ainsi être calculée de la manière suivante :

- Le différentiel coût / tarif à compenser est de  $6,5 - 3 = 3,5$  c€ par minute de trafic « subi »,
- Ce, sur un volume de [...] minutes, soit au total  $3,5 \text{ c€} \times [...] = [...]$
- A rapporter aux [...] minutes livrées à Bouygues par les opérateurs<sup>18</sup>, donc donnant lieu au paiement d'une TA à Bouygues, soit  $[...] = 0,11$  cent€/min.

**Ainsi, alors même que l'Autorité valorise aujourd'hui à 2 c€/min l'asymétrie de TA susceptible de compenser le déséquilibre « subi » par Bouygues dans ses échanges de trafic, il apparaît que celle-ci ne saurait être supérieure à 0,11 c€/min, soit près de 20 fois moins.**

## **1.2 L'Autorité propose une asymétrie entre les tarifs de terminaison d'appel manifestement illicite**

L'asymétrie ainsi évaluée par l'Autorité entre la TA de Bouygues et celle de ses concurrents entache d'illégalité le Projet. Tout d'abord, l'Autorité excède ses pouvoirs de régulateur et commet une erreur manifeste d'appréciation en subventionnant la stratégie commerciale de Bouygues à travers sa régulation de la TA (1.2.1).

Ensuite, le niveau d'asymétrie ainsi fixé par l'Autorité viole le principe de non discrimination entre opérateurs (1.2.2) et constitue, à l'évidence, une aide d'Etat prohibée (1.2.3).

### **1.2.1 L'Autorité sort de son rôle de régulateur puis commet une erreur manifeste d'appréciation en ignorant le risque de déséquilibre entre opérateurs européens induit par le niveau d'asymétrie qu'elle propose**

Dans le cadre ses attributions, l'Autorité doit veiller « A l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communications électroniques ».

Dans son Projet, l'Autorité considère que « l'asymétrie, consentie de manière transitoire, ne saurait être justifiée que pour tenir compte de coûts additionnels supportés par un acteur et résultant de **données d'entrée sur le marché hors du contrôle** de cet opérateur, ou pour remédier, le cas échéant, à des problèmes concurrentiels résultant du processus graduel de convergence des tarifs de TA vers les références de coûts sous-jacentes » (page 40).

Ainsi, l'Autorité souhaite « permettre à SFR et Orange sur la période couverte par l'encadrement tarifaire envisagé dans le présent document de proposer également davantage d'offres d'abondance off net, qui auront pour effet de limiter les effets de déséquilibres de trafic. Cela nuancera de fait la nécessité pour l'Autorité de **remédier au problème concurrentiel résultant de [...] l'existence de déséquilibres de trafic [...]** » (page 46 du projet).

<sup>18</sup> [...] millions de minutes livrées par SFR et Orange à Bouygues et [...] millions de minutes livrées par les opérateurs fixes et internationaux





Or, il a été établi que le déséquilibre dans les échanges de trafic, fondant l'asymétrie de TA proposée par l'Autorité, est principalement dû à la stratégie commerciale de Bouygues et ne constitue dès lors nullement une donnée d'entrée sur le marché hors de son contrôle. Le niveau élevé de TA déterminé par l'Autorité en fonction du degré d'asymétrie qu'elle propose, contribue à financer cette stratégie. La part l'asymétrie de TA bénéficiant à Bouygues et correspondant au financement de cette stratégie, est injustifiée et constitue un avantage anormal et sans contrepartie, au sens où **l'Autorité soulage Bouygues d'une charge qui devrait normalement lui incomber (et qui incomberait à tout concurrent de Bouygues choisissant également de mettre en œuvre une politique similaire<sup>19</sup>)**.

En faisant financer la stratégie commerciale de Bouygues par les concurrents de ce dernier à travers la régulation de la TA, l'Autorité excède ses pouvoirs de régulateur et outrepassa sa compétence. La stratégie commerciale de Bouygues financée par l'asymétrie de TA doit d'ailleurs être ici entendue au sens large, les impacts concurrentiels injustifiés du Projet sont donc potentiellement immenses.

Par ailleurs, Orange entend souligner qu'en vertu du deuxième alinéa du II de l'article D. 311 du CPCE, l'Autorité devrait « *prendre en compte les prix en vigueur sur les marchés comparables en France ou à l'étranger ; ainsi elle peut tenir compte du risque de déséquilibre entre opérateurs européens qu'induirait des régulations divergentes à l'échelle européenne sur la TA* ».

Or, les mesures projetées par l'Autorité aboutissent à un double déséquilibre sur le marché européen au détriment d'Orange ou de SFR : un niveau de TA particulièrement bas en ce qui les concerne (cf. partie II) et une asymétrie de TA avec Bouygues fixée à un niveau particulièrement élevé. L'Autorité commet ainsi une erreur manifeste d'appréciation en ne prenant pas en compte le risque de déséquilibre entre opérateurs européens qu'induirait des régulations divergentes, et viole ce faisant les dispositions d'encadrement réglementaires qui s'imposent à elle.

### **1.2.2 Le Projet de l'Autorité intervient en violation du principe de non discrimination entre opérateurs et accorde un avantage financier anormal à Bouygues**

Orange rappelle que, en vertu de l'article L. 32-1 II du code des postes et communications électroniques (CPCE), l'Autorité prend « *dans des conditions objectives et transparentes, des mesures raisonnables et proportionnées aux objectifs poursuivis* » et veille à « *l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans le traitement des opérateurs* ».

Le niveau de tarif de TA déterminé par l'Autorité au profit de Bouygues repose en partie sur l'idée que celui-ci subirait toujours des surcoûts liés à son arrivée tardive sur le marché (une allocation initiale de fréquences, déséquilibre « subi » dans les échanges de trafic...). Or, ces surcoûts sont non seulement manifestement surévalués par l'Autorité mais parfois, en tout ou partie, déjà largement compensés.

<sup>19</sup> Comme on l'a vu, ratios de trafic on net des opérateurs en 2003 étant relativement voisins [...], tout opérateur proposant une offre d'abondance tous réseaux verra moins de la moitié du trafic vendu sur le marché de détail effectivement s'écouler sur le réseau d'un opérateur tiers (et donc faire l'objet d'une facturation de TA) – la majorité du trafic restant on net du fait des affinités entre membres du réseau.



En les prenant tout de même en considération, l'Autorité majeure abusivement l'asymétrie de TA et octroie à Bouygues un avantage financier anormal et sans contrepartie.

Ainsi, le Projet instituerait, entre les opérateurs une discrimination injustifiée qui caractériserait, tout à la fois, une violation du principe d'égalité et du principe de proportionnalité.

En l'espèce, l'Autorité ne justifie pas, pour s'écarter du principe d'égalité de traitement entre opérateurs, d'une situation demeurant objectivement différente entre Bouygues et ses concurrents ou d'une nécessité d'intérêt général, et la différence de traitement ainsi envisagée dans le Projet est manifestement disproportionnée (CE Sect. 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, Lebon p. 274 ; CE, 30 Novembre 2005, *MG France*, req. n°278291).

Les éléments avancés par l'Autorité dans son Projet ne permettent à aucun moment de justifier en quoi une différence de traitement en faveur de Bouygues de l'importance de celle qui est projetée serait encore nécessaire.

Par ailleurs, l'analyse d'Orange est confortée par la position prise récemment par la Commission Européenne qui, dans les commentaires transmis le 07 novembre 2008 à l'AGCOM (Autorité de régulation des communications Italienne), affirme que le fait que les opérateurs H3G et WIND soient entrés plus tardivement sur le marché ne peut justifier le maintien d'une asymétrie des terminaisons d'appel en leur faveur respectivement plus de 8 et 11 ans après leur entrée sur le marché <sup>20</sup>. Or, Bouygues est entré sur le marché en 1996, soit il y a plus de 12 ans.

De plus, les motifs mis en avant par l'Autorité ne permettent pas non plus de caractériser un intérêt général suffisant pour justifier que des niveaux de TA aussi favorables par leur asymétrie soient consentis à Bouygues.

En effet, l'intérêt général ne peut résider dans l'unique intérêt du bénéficiaire d'une dérogation au principe d'égalité. Or, le Projet permet à Bouygues de développer ses activités au détriment des autres opérateurs et d'encourager ainsi sa stratégie commerciale.

**Il convient ici de souligner qu'en l'état du Projet de l'Autorité, Bouygues percevra sur la période 2008-2010 près de [...] de plus que si l'asymétrie avait été évaluée à un niveau justifié (de l'ordre de 0,1 cent€/min en 2008 comme calculé plus haut et probablement nul dès 2009).**

<sup>20</sup> « The Commission is not convinced that different dates of market entry would justify an asymmetry in the levels of MTRs even for the time after July 2011 for H3G, i.e. for more than 8 years after its market entry, and after July 2010 for WIND, i.e. for more than 11 years after the market entry of this operator. »



**Table 7 : quantification du bénéfice de l'asymétrie pour Bouygues Télécom**

Quantification de l'effet de l'asymétrie	2005	2006	2007	2008	2009	2010
TA Mobile d'Orange France et SFR (cent€/min)						
TA Mobile de Bouygues Télécom (cent€/min)						
Assymétrie de TA en faveur de BYT (en %)						
Assymétrie moyenne en Europe, correspondant au niveau de TA du plus gros opérateur						
Delta en faveur de BYT (cent€/min)						
Volume de trafic de terminaison vendu par BYT (kmin)						
Gain annuel pour BYT vs ses concurrents, du fait de l'asymétrie (en M€)						
Gain par cycle d'analyse de marché						

En tout état de cause, en consentant un niveau d'asymétrie aussi élevé pour un opérateur exploitant son réseau depuis 12 ans, l'Autorité inciterait Bouygues à ne pas développer son parc client, à délaisser le bas de la gamme mobile, au profit des segments dégageant un fort ARPU, et ceci grâce à une TA discriminatoire et pérenne, puisque le Projet de l'Autorité prévoit son maintien jusqu'au moins la fin 2010.

A titre d'illustration, on peut ramener la « subvention » dont va bénéficier Bouygues, au titre de l'asymétrie de TA que l'Autorité projette d'associer au déséquilibre de trafic off net entre Bouygues et ses concurrents, à chaque minute de ce déséquilibre. Il apparaît alors que chaque minute de ce déséquilibre sera subventionnée à hauteur de plus de [ ] par les concurrents de Bouygues (tableau ci-dessous). Ce chiffre est particulièrement élevé dans la mesure où le tarif moyen d'une communication mobile à mobile ou fixe à mobile s'établit à [ ] d'après l'observatoire des marchés de l'ARCEP.

	2008	2009 Prév	2010 Prév
Trafic BYT vers Orange et SFR (millions de minutes - Mmin)			
Trafic Orange et SFR vers BYT (Mmin)			
Différence (incrément de trafic du au marketing de l'off net, en Mmin)			
Trafic Fixe et International vers BYT (Mmin)			
Asymétrie de TA (cent€/min)			
Sommes perçues au titre de l'asymétrie par BYT (de Orange, SFR, Fixe et International), en M€			
Subvention de l'incrément de trafic off net (cent€/min)			
Moyenne sur le cycle d'analyse de marché			

Il est à noter qu'aucun autre acheteur asymétrique de TA (en particulier les opérateurs fixes) n'a jamais bénéficié d'un tel dispositif.



### **I.2.3 La décision projetée par l'Autorité, adoptée en l'état, serait constitutive d'une aide prohibée par le droit communautaire**

La différence entre le niveau de TA de Bouygues résultant de l'asymétrie projetée par l'ARCEP et le niveau nécessairement moins élevé auquel il aurait dû être fixé, n'est pas justifiée et constitue dès lors un avantage anormal et sans contrepartie véritable. L'avantage financier dont bénéficie Bouygues de ce fait revient à subventionner sa politique commerciale au détriment de ses concurrents.

Le Projet de l'Autorité, en accordant un tel avantage concurrentiel à Bouygues, octroie par la même occasion une aide d'État à cet opérateur.

La constitution d'aides d'État est prohibée par l'article 87§1 du Traité, qui stipule que *"sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions"*.

Se fondant sur la définition de l'article 87§1 du Traité, la Cour de justice a posé quatre conditions cumulatives (CJCE 21 mars 1990 Belgique c/ Commission<sup>21</sup>) à la qualification d'aide d'État : la mesure doit procéder d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État ; la mesure procure un avantage au bénéficiaire ; l'intervention est susceptible d'affecter les échanges entre États membres ; elle fausse ou menace de fausser la concurrence.

Le Projet de l'Autorité réunit les quatre conditions justifiant sa qualification d'aide d'État (i). Si une telle qualification venait par extraordinaire à être écartée, le Projet de l'Autorité constituerait en tout état de cause une mesure d'effet équivalent (ii).

#### **(i) La réunion des critères de qualification d'une aide d'État au sens communautaire**

Le Projet de l'Autorité procède d'une intervention de l'État ou au moyen de ressources d'État ; la mesure projetée procure un avantage à la société Bouygues ; l'intervention est susceptible d'affecter les échanges entre États membres ; elle fausse ou menace de fausser la concurrence.

Les tarifs de TA ne sont pas soumis au principe de la liberté des prix. Ces tarifs font ainsi l'objet d'un encadrement tarifaire pluriannuel, déterminé par une autorité publique.

Aussi, l'avantage financier dont Bouygues bénéficie au titre du principe d'asymétrie projeté résulte bien **d'une intervention de l'État**, ce qui suffit en soi à remplir le premier critère de qualification d'une aide d'État. L'article 87§1 du Traité prohibe en effet *« les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État »*.

Le mécanisme institué par la décision de l'Autorité se rapproche d'ailleurs de mécanismes que la Cour de justice a expressément qualifiés d'aides d'État (CJCE du

<sup>21</sup> C-142/87 ; 16 mai 2002, France c/ Commission, C-482/99 ; CJCE 24 juillet 2003, Altmark Trans GmbH, C-280/00.



2 février 1988, Van der Kooy e.a./Commission, 67, 68 et 70/85 ; CJCE 30 janvier 1985, Commission/France, 290/83<sup>22</sup>).

En particulier, les avocats généraux à la Cour de justice ont avancé de nombreux arguments en faveur de la qualification d'aide d'État d'avantages économiques accordés sur décision de l'État ou d'une autorité publique, quelle que soit l'origine de leur financement (CJCE 13 octobre 1982, Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbertwill e.a., 213 à 215/81 ; CJCE 17 mars 1993, Sloman Neptun, aff. C-72 et 73/91 ; CJCE 26 octobre 2000, PreussenElektra AG, aff. C-379/98<sup>23</sup>).

Ainsi, de simples déclarations n'engageant strictement aucun financement public ou privé sont susceptibles d'être qualifiées d'aides d'État (Commission, 2 août 2004 France Télécom).

L'avantage financier octroyé à Bouygues, même s'il était financé sur fonds privés, serait ainsi contraire aux objectifs du Traité et aux règles d'une libre et égale concurrence.

On peut donc en déduire que la Cour qualifierait d'emblée, comme par le passé, le type de mesure injustifiée projetée par l'Autorité, d'aide d'État.

Mais au surplus il n'est pas douteux que l'aide en question engage des ressources d'État, et ce à deux titres.

En premier lieu, il convient de rappeler que France Télécom SA est une société holding qui détient à 100% Orange France SA et qui en consolide intégralement les comptes. Par ailleurs, l'État est l'actionnaire de référence de France Télécom SA, détenant directement ou indirectement plus de 27 % de son capital.

Or, France Télécom SA, que ce soit à travers son activité fixe (appels fixes vers mobiles Bouygues ou à travers l'activité mobile de sa filiale Orange (appels orange vers mobile Bouygues) est de très loin le principal débiteur de la terminaison d'appel asymétriquement fixée de Bouygues. L'avantage octroyé par l'État à Bouygues est ainsi principalement financé par une structure dont l'État est non seulement le premier actionnaire mais l'actionnaire de référence.

En second lieu et plus directement encore, il est bien évident que le niveau de TA projeté par l'Autorité en faveur de Bouygues, en ce qu'il résulte d'une asymétrie injustifiée, pèse indubitablement sur les charges de France Télécom SA, tant au titre de son activité fixe que de son activité mobile. Il réduit ainsi d'autant le résultat net consolidé (notamment des activités fixes et mobiles) de France Télécom SA.

Or le dividende versé chaque année par France Télécom SA à ses actionnaires est fixé en proportion de ce résultat net. Si l'assiette de ce dividende baisse du fait de charges indues, le dividende versé aux actionnaires en est réduit d'autant.

<sup>22</sup> La Cour a jugé que "une aide ne doit pas nécessairement être financée par les ressources de l'État pour être qualifiée d'aide étatique". Le financement d'une mesure par des fonds privés sur lesquels l'État n'a pas directement de contrôle est susceptible de générer une aide.

<sup>23</sup> « Une mesure étatique octroyant des avantages spécifiques à certaines entreprises n'en devient pas moins anticoncurrentielle lorsqu'elle est financée au moyen de ressources privées plutôt que de ressources publiques. Au contraire, la distorsion de la concurrence peut être plus grande lorsque le coût de la mesure est supporté par les concurrents de l'entreprise favorisée et non par le grand public »



L'Etat étant le principal actionnaire de France Télécom, en consentant un avantage indu à Bouygues pesant sur les charges de France Télécom SA, il accepte concomitamment et mécaniquement de renoncer à une partie de son dividende. Or, ce dividende est indubitablement une ressource d'Etat dès lors qu'il alimente le budget de l'Etat. Le fait d'y renoncer au profit de Bouygues constitue une aide au moyen d'une ressource d'Etat<sup>24</sup>.

Par conséquent, non seulement l'avantage financier consenti à Bouygues résulte d'une intervention de l'Etat mais au surplus il suppose l'engagement de ressources d'Etat.

Orange ne reviendra pas ici sur la nature et l'importance de l'avantage indu, consenti sans contrepartie à Bouygues par la décision projetée, ni sur son impact de marché, dans la mesure où ces critères de qualification d'une aide d'Etat ont en pratique été largement développés plus haut. Toutefois, Orange entend à nouveau souligner que l'avantage financier qu'elle dénonce est bien *sélectif*, au sens de l'article 87§1 du Traité, dans la mesure où il perturbe le jeu de la concurrence au seul profit de Bouygues et au détriment de ses concurrents. Le Traité prohibe ainsi les avantages accordés à "certaines entreprises ou certaines productions".

Enfin, et conformément aux conditions posées par la Cour de Justice des Communautés Européennes, il convient de remarquer que la décision de l'Autorité va occasionner des dépenses supplémentaires pour Orange, qui devra rémunérer à un tarif élevé les services de terminaison d'appel vocal mobile de son concurrent Bouygues.

Orange va donc être privée de ressources qu'elle aurait pu mobiliser pour faire face à la concurrence sur les marchés des autres États membres où elle est présente, ainsi que sur le marché français. Il s'agit donc d'une situation classique d'affectation des échanges entre États membres.

Il peut donc être conclu que la décision de l'Autorité, si elle était adoptée en l'état, serait constitutive d'une aide irrégulière au profit de Bouygues.

## **(ii) L'existence d'une mesure d'effet équivalent**

En tout état de cause, le Projet de l'Autorité pourrait être constitutif d'une mesure d'effet équivalent à une aide.

Orange entend en effet souligner le parallélisme, en droit, de la situation qu'elle dénonce, avec la décision Commission/France (CJCE 30 janvier 1985, Commission/France, 290/83)<sup>25</sup>. La Commission avait alors engagé une procédure sur le fondement de l'ex-article 169 du Traité en faisant valoir que la France avait manqué à ses obligations résultant de l'ex-article 5 du Traité (aujourd'hui l'article 10), selon lequel les États membres s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des buts du Traité. La Commission constate alors, au vu d'une

<sup>24</sup> Concl. Slynn sur CJCE 2 février 1988 Van der Kooy, préc.; CJCE 21 mars 1991, Italie c/ Commission, aff. C-305/89.

<sup>25</sup> Était en cause le financement d'aides aux agriculteurs les plus défavorisés par la Caisse nationale de crédit agricole. L'État français invoquait le fait que les ressources ayant servi à financer la mesure étaient des fonds privés et que la CNCA étant un établissement public au sein duquel les représentants de l'État étaient minoritaires, il ne pouvait y avoir aide d'État.



seule décision des pouvoirs publics, la présence d'une mesure d'effet équivalent à une aide.

La Commission a établi la même constatation dans l'affaire PreussenElektra (aff. C-379/98), en arguant que les «mesures équivalant à une aide», enfreignent l'article 5, paragraphe 2, du traité et doivent être sanctionnées en vertu de l'article 93 (aujourd'hui article 88).





## ***II L'Autorité propose une baisse des tarifs de terminaison d'appel manifestement injustifiée au regard du cadre d'analyse qui s'impose à elle.***

Orange rejoint l'Autorité lorsqu'elle affirme que le choix d'une référence de coûts pour la fixation des tarifs de TA est important. Afin d'évaluer les tarifs de TA, l'Autorité doit, en effet, se doter d'un référentiel pertinent de calcul des coûts de réseau d'un opérateur mobile.

Pourtant, le référentiel utilisé par l'Autorité ne décrit pas la réalité du réseau (II.1). Il conduit à la fixation de tarifs de TA manifestement trop bas (II.2) et ce, en contradiction avec les pratiques européennes (II.3).

Par ailleurs, dans la détermination des coûts de TA, l'Autorité fait état de problèmes concurrentiels pour justifier l'application de la méthode dite des coûts incrémentaux. Or, l'application de cette méthode repose sur un présupposé erroné qui entache nécessairement le Projet d'une erreur manifeste d'appréciation (II.4).

### **II.1 Le référentiel de comptabilisation des coûts retenu par l'Autorité conduit à une sous estimation importante des coûts réels d'un réseau**

Des obligations de comptabilisation des coûts sont imposées aux opérateurs conformément à la décision n°07-0128 de l'Autorité. Cette comptabilité réglementaire issue de coûts audités sert notamment de référence à l'Autorité pour calculer les coûts de réseau d'un opérateur mobile métropolitain et les coûts de TA mobile.

L'Autorité affirme dans le Projet (page 10) que « [...] les acteurs sont globalement d'accord quant à la pertinence et la fiabilité [des états de comptabilisation des coûts audités], bien que certains contestent les spécifications précisées par la décision n°07-0128, ces critiques n'ayant pas évolué depuis 2007 et ne modifiant pas la position de l'Autorité sur le sujet ».

Orange conteste formellement cette affirmation, et en particulier le fait que ses critiques n'auraient pas évolué depuis 2007.

Le 25 mars 2008, l'Autorité a soumis à Orange une « Consultation privée du projet d'amendement de la décision de comptabilisation des coûts ».

Si l'Autorité a ainsi souhaité amender son projet initial c'est *a priori* qu'elle estimait que toute ambiguïté sur la fiabilité ou la pertinence des données issues de la comptabilité des coûts audités n'était pas levée.

Ainsi, Orange a répondu par courrier le 14 avril 2008 et a formulé des critiques détaillées et des propositions d'amélioration de la décision n°07-0128 (portant sur la spécification de la comptabilisation des coûts des opérateurs métropolitains) objet de la consultation privée.

Dans ce courrier, Orange a, en particulier, mis l'accent sur trois aspects critiquables de la méthode de comptabilisation des coûts utilisée par l'Autorité.



- (i) En premier lieu, la décision ne prend pas en compte les équipements totalement amortis dans la comptabilité. Ce faisant, elle sous estime ou ne prend pas en compte le coût du futur remplacement des stations de bases les plus anciennes (en particulier les premières STB 900 MHz, en voie d'obsolescence), les effets de l'inflation ou du progrès technique.

Or, Orange rappelle que, en 2008, [...] des stations de base du réseau réel sont comptablement amorties. Ce chiffre devrait conduire l'Autorité à justifier le maintien d'une méthode dont le résultat risque d'être entaché d'une erreur d'estimation importante.

- (ii) En second lieu, Orange a considéré que l'Autorité a indûment écarté de l'assiette des coûts pertinents les « dettes sur fournisseurs d'immobilisation » (correspondant aux équipements réseaux les plus récents, pour lesquels les opérateurs ont en général négocié des délais de paiement). Or, leur exclusion conduit à évaluer les coûts d'un réseau qui ne fonctionne pas réellement puisque, sans ces équipements, le réseau n'est pas en mesure de satisfaire la demande réelle. Il n'est, en outre, pas réaliste de continuer à motiver l'exclusion de ces coûts par le fait que la négociation de délais de paiement avec les fournisseurs ne relèverait pas d'une pratique d'opérateur efficace<sup>26</sup>.
- (iii) En troisième lieu, Orange a souligné l'inadéquation des règles d'allocation des coûts de réseau au prorata de l'usage du spectre pour les services de voix et pour les services de données (notamment le trafic internet mobile, mail, TV...). Ces règles conduisent en effet à déporter artificiellement un certain nombre de coûts qui devraient naturellement contribuer à la fixation du montant de la TA mobile vocale d'Orange sur des services de données, en fort développement et dès lors de plus en plus consommateurs de spectre.

L'Autorité minimise ainsi artificiellement, par de simples règles d'allocation des coûts sur les différents services mobiles (voix et données), le coût de la TA vocale et par là même son tarif.

Dans une situation comparable, celle du réseau fixe de France Télécom, l'Autorité a fait le choix exactement inverse. Les règles d'allocation des coûts du réseau fixe aboutissent ainsi à surcharger les coûts des services d'abonnement au service téléphonique analogique vocale (utilisant les fréquences basses de la paire de cuivre), ce dans le but de favoriser les services utilisant les fréquences hautes du réseau, c'est-à-dire les services haut débit dont la structure de coûts est allégée d'autant. L'Autorité n'a pas justifié cette différence d'approche entre les réseaux fixes et les réseaux mobiles.

En l'espèce, la règle retenue par l'Autorité est contestable dans une perspective de régulation dans la mesure où

- elle fait supporter aux services mobiles émergents de donnée les coûts d'infrastructure de services matures (les services de voix) ;

<sup>26</sup> Décision 07-0128 : « Il n'en va pas de même des dettes sur fournisseurs d'immobilisation qui ne peuvent pas faire partie de l'activité d'un opérateur efficace et doivent donc être exclues de l'assiette d'application de ce même taux. »



- elle pénalise artificiellement un opérateur tel qu'Orange qui a fait le choix de développer des offres haut débit mobile. La méthode retenue conduit en effet structurellement à minorer la TA d'Orange par rapport à un opérateur (tel que Bouygues) beaucoup moins dynamique sur le marché du haut débit mobile.

A l'issue de cette consultation privée, l'Autorité n'a pas repris de nouvelles décisions relatives au référentiel de comptabilisation des coûts audités et ne s'est pas prononcée sur les propositions avancées par Orange.

Par ailleurs, l'Autorité indique dans son Projet qu'une méthode de valorisation des actifs en coûts courants économiques (méthode dite CCE) a été testée lors de l'élaboration du modèle en 2007 et considère que l'écart entre la méthode CCE et une méthode de valorisation des actifs en coûts historiques est de l'ordre de 2% sur les coûts totaux de réseau. Or Orange tient à rappeler que

- la méthode CCE est celle qui a été retenue pour valoriser les actifs de la boucle locale cuivre de France Télécom caractérisée par des durées de vie longues et qui est réputée ne pas devoir être renouvelée en l'état, ce qui n'apparaît pas pertinent pour modéliser les équipements constitutifs du réseau mobile qui ont des durées de vie relativement courtes et sont donc renouvelés ;
- la méthode CCA (Current Cost Accounting) recommandée par l'ERG pour la tarification de l'interconnexion (voir Recommandation (98)960 CE et ERG Opinion on the proposed Review of the Recommendation on cost accounting and accounting separation) et utilisée par la majorité des régulateurs Européens (61% en 2006) selon un rapport publié par l'ERG apparaît à ce titre la plus pertinente pour calculer le coût de la TA mobile ;
- l'application d'une méthode dite CCA telle qu'utilisée par l'OFCOM dans le modèle bottom-up qu'elle a développé pour évaluer le coût de la TA mobile au Royaume Uni – modèle disponible sur simple demande auprès de l'OFCOM – conduit à une augmentation des coûts de l'ordre de 9% en 2008.

Les effets produits par les propositions d'Orange auraient conduit à une valorisation du coût réel de la TA, pour un opérateur efficace de référence, **supérieure d'environ 2,5% au coût résultant de la méthode retenue par l'Autorité.**

Orange a transmis à l'Autorité le 1<sup>er</sup> juillet 2008 des états de comptabilisation de coûts 2007 conforme à la méthode sus décrite<sup>27</sup>. Le coût moyen de TA mobile d'Orange s'établit dès lors à [...] en 2007 en données historiques. Si ces coûts sont réévalués d'environ 9% pour tenir compte des effets d'un amortissement économique (dont l'ARCEP reconnaît elle-même dans la décision 07-0128 qu'il est plus adapté), le coût moyen de terminaison d'appel sur le réseau d'Orange France en 2007 serait alors d'environ [...].

L'Autorité est donc parfaitement consciente de l'importance des éléments de réponse d'Orange, notamment en ce qu'ils remettent en cause la méthodologie de calcul de coûts effectué par l'Autorité. Pour autant, l'Autorité n'a pas jugé nécessaire de

<sup>27</sup> Cette restitution a fait l'objet d'un rapport de procédure convenue avec le cabinet d'Audit Mazar en octobre 2008.



répondre à Orange sur ses propositions ni au terme de la consultation privée, ni au terme du Projet actuellement soumis aux opérateurs.

Or, il apparaît que l'engagement d'une procédure de consultation implique au minimum que l'autorité administrative qui l'engage tienne compte du résultat de la consultation ou s'exprime dans sa décision finale sur son choix de négliger totalement les critiques qui lui ont été adressées, **en particulier lorsqu'elles apparaissent fondées et sérieuses ou que la matérialité de certains faits est remise en cause, ou que des erreurs manifestes sont soulevées.**

## **II.2 Le paramétrage du modèle « bottom up » soumis à consultation publique par l'Autorité conduit à une sous estimation manifeste du coût des terminaisons d'appel d'un opérateur générique réaliste**

Afin d'élaborer une référence de coût de Terminaison d'appel qui puisse faire référence pour le marché Français métropolitain, l'Autorité a développé en 2007, et soumis à consultation publique au premier semestre 2007 et à l'été 2008 une modélisation technico-économique des coûts de réseau d'un opérateur mobile métropolitain.

L'objectif de cette modélisation est de déterminer les coûts d'un opérateur « générique », c'est-à-dire un opérateur desservant 33% (lorsqu'il y a trois opérateurs mobile) des clients du marché mobile Français.

Ce modèle est dit « bottom up » en ce qu'il part d'une modélisation d'une évaluation du nombre d'éléments de réseau nécessaires à la production des services devant être rendue pour servir la demande d'une année donnée, et que cette étape permet de remonter à une valorisation du patrimoine nécessaire à la production dudit service. Ce type de modélisation permet d'évaluer les coûts de configurations de réseau variées, mais a pour principal inconvénient de ne pas présenter de garantie de fonctionnement : certes, le réseau modélisé fonctionne dans un modèle théorique, mais qu'en serait-il d'un réseau réel ayant ces caractéristiques ? Serait-il correctement dimensionné, sans trou de couverture, correctement exploité ?

Par opposition, l'exercice de comptabilisation des coûts mentionné la section II.1 est dit « top down », puisqu'il part de la comptabilité sociale de l'entreprise dont on cherche à déterminer les coûts de réseau et aboutit au calcul d'une prestation unitaire (en l'occurrence la TA).

La modélisation top down – quand elle est correctement effectuée – présente l'avantage d'évaluer les coûts réellement subis par l'opérateur concerné. Elle a néanmoins l'inconvénient de porter toutes les spécificités de cet opérateur (en particulier sa part de marché accès ou trafic, qui peuvent différer sensiblement de celle de l'opérateur générique).

Comme en l'occurrence l'objectif est d'évaluer le coût d'un opérateur générique pour déterminer le niveau de TA de référence des opérateurs métropolitains, il faut faire une « moyenne » pertinente des coûts des trois opérateurs, tenant compte du fait que l'objet modélisé est un réseau (une simple moyenne arithmétique ne suffit donc pas).



Dès lors, il est pertinent d'utiliser un modèle bottom-up. Toutefois, il est particulièrement important de bien réaliser une étape importante pour cette modélisation : la calibration, c'est-à-dire la procédure qui permet de s'assurer que le modèle estime également relativement bien les coûts des trois réseaux fonctionnant réellement.

Au cas d'espèce, et comme elle l'a déjà indiqué en réponse à la consultation de l'Autorité relative aux référentiels de coûts d'un opérateur mobile en 2008, Orange estime que le modèle bottom-up développé par l'Autorité est encore très imparfait et doit encore évoluer pour gagner en pertinence et en crédibilité, en effet :

- Le modèle est calibré sur les coûts de réseaux amputés de nombreux éléments de réseau, qui ne présente par conséquent pas les garanties de fonctionnement nécessaires. Il convient donc préalablement de corriger les coûts restitués par les opérateurs pour obtenir les coûts des trois réseaux fonctionnels pertinents.
- Par ailleurs, dans le modèle qui a été soumis à consultation publique, et qui n'a a priori aucunement évolué pour prendre en compte les remarques que nous allons reformuler ci-après :
  - Le paramètre "Scorched node allowance", qui est censé représenter la différence entre un réseau théorique, qui se déploierait dans un pays plat et homogène ( « green field », en anglais) et la réalité du territoire (qui comporte des montagnes, des villes avec des avenues, des dispersions de populations non homogènes) a souvent été positionné à 100%, ce qui signifie que le territoire concerné est plat et homogène, ce qui n'est à l'évidence pas le cas de la France.
  - Le paramètre "Design utilisation", qui est censé représenter les contraintes d'ingénierie et la surcapacité construite pour tenir compte de la croissance à venir de la demande et des pics de trafic est très souvent positionné à des valeurs particulièrement faibles (aux dires des consultants spécialistes du modèle ayant contribué à la formation des équipes d'Orange sur le modèle, en présence de l'Autorité), de l'ordre 60%.

En outre, ces deux types de paramètres ont été modifiés pour modéliser le réseau de l'opérateur générique et le réseau d'Orange France. Cette manipulation apparaît pour le moins contestable : a priori ces deux opérateurs déploient un réseau dans le même pays et l'opérateur n'est pas censé avoir la faculté de pouvoir modifier les lois de la physique, déplacer des montagnes ou modifier la configuration des villes.

- Par ailleurs, il existe des écarts très significatifs [ ] entre les données réelles (nombre d'éléments de réseau, coûts unitaires) du réseau d'Orange France et les caractéristiques du modèle bottom up

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments et de ceux – plus détaillés – apportés dans sa réponse à la consultation publique de l'Autorité sur les références de coûts pertinentes pour la fixation de l'encadrement tarifaire pluriannuel des TA mobiles, Orange France estime que le coût de la TA vocale péréquée de l'opérateur générique Français en 2007 est de l'ordre de [ ] cent€/min.



Par ailleurs,

- Les volumes de trafic vocal sont en faible croissance (le tableau ci-dessous montre clairement un fort ralentissement de la croissance du trafic mobile) ;

**Table 8 : CA et Volume de trafic départ mobile vers destinations nationales (fixe ou mobile) de 1998 à 2008.**

CA communications nationales (M€)
Volume com nationales (Mmin)
TA
CA / min
Croissance volume

- Le coût total constaté et audité du réseau d'Orange France lors des trois derniers exercices est en croissance (la seule partie allouée aux services voix a cru de ' de 2004 à 2007). La tendance pour les coûts prévisionnels 2009 et 2010 est à la stabilité.

Cout du réseau Orange France (fiche 2 ARCEP) - ME	2004	2005	2006	2007
Allocation au service voix				
Allocation au service SMS				
Allocation au compte de bouclage				
Total				
Croissance voix				
Croissance total				

Dès lors, au regard des perspectives d'évolution de la demande (faible croissance du trafic) et des coûts (croissance du fait des investissements capacitaire et couverture, notamment 3G), **la perspective d'évolution de ce coût est une stabilité ou une légère baisse.**

**Table 9 : le coût de TA d'un opérateur générique est d'environ [..] cent€/min en 2007, avec une perspective d'évolution stable ou en légère baisse**

	Opérateur générique 2007	ARCEP	Restitution comptable complémentaire OF 2007
<b>TA restituée c€/min</b>	[..]		
Amortissement économique			
Effet pdm ⇒ 29%			
Recalibrage du réseau			
Messagerie Vocale			
<b>TA moyenne c€/min</b>			

### II.3 L'analyse comparative du Groupe des Régulateurs Européens concernant les tarifs de TA Mobiles aurait dû conduire l'Autorité à se déterminer autrement

L'Autorité rappelle dans le document soumis à consultation que « la majorité des pays concernés par cette analyse a décidé d'imposer, comme la France, une obligation d'orientation des niveaux de TA vers les coûts ou de réguler la TA en référence aux tarifs pratiqués par d'autres pays européens ». Cette référence aux tarifs pratiqués par d'autres pays européens est ainsi un élément incontournable de l'analyse menée par l'Autorité.





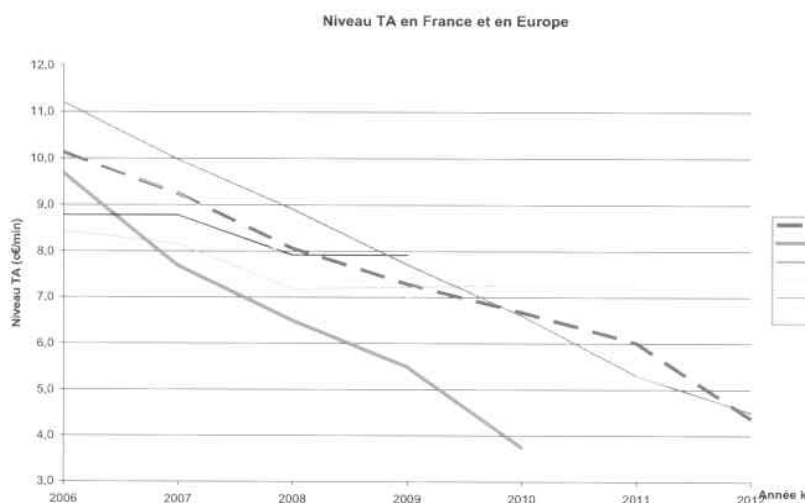
Or, le niveau de TA Mobile en France est largement inférieur au niveau moyen des TA dans des pays comparables, même en intégrant la perspective d'une baisse de ce niveau moyen à l'horizon 2010.

Le graphé ci-après représente les évolutions des TA mobiles<sup>28</sup> en France, dans les quatre grands pays européens voisins de la France et l'ensemble des pays d'Europe hormis la France.

A cet égard, Orange s'étonne de voir que l'Autorité évalue à la page 50 de son Projet la TA au Royaume Uni à 4,13 cent€/min (pour expliquer qu'en prenant en compte divers paramètres, et en particulier les coûts de licence 3G sensiblement différents au Royaume Uni et en France il serait « normal » que la TA en France soit de l'ordre de 3 cent€/min). Or le niveau de TA au Royaume Uni est supérieur à 5 pence par minute, soit plus de 7 cent€/min.

En outre, l'Autorité ne démontre pas en quoi l'Espagne, l'Allemagne ou l'Italie seraient des références non pertinentes.

**Figure 4 : Évolution du niveau de TA mobile minimale (en cas d'asymétrie, TA de l'opérateur ayant la TA la plus basse) en France et en Europe**



Il apparaît au contraire clairement que l'analyse comparative du Groupe des Régulateurs Européens ne pouvait pas conduire l'Autorité à fixer des tarifs de TA aussi faibles dès 2010 au regard des pratiques de nos principaux voisins et de l'Union Européenne en général.

Un tel benchmark caractérise de manière évidente une erreur manifeste d'appréciation de la part de l'Autorité.

<sup>28</sup> La valeur de la courbe au moment d'une année donnée correspond à la valeur moyenne de la TA la plus basse pour les 12 mois de ladite année.





## II.4 L'Autorité ne peut justifier sa décision de baisse de la TA en se fondant sur des distorsions de concurrence qui n'existent pas

L'Autorité affirme qu'il existe aujourd'hui des distorsions de concurrence qui justifient notamment de fixer le coût de TA par référence à la méthode dite des « coûts incrémentaux ».

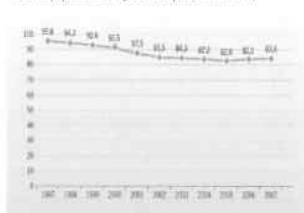
L'Autorité ne peut légalement prendre une décision que si les faits sur lesquels elle s'appuie sont matériellement exacts. Or, Orange tient à rappeler que les problèmes concurrentiels mis en avant par l'Autorité sont parfaitement contestables.

### II.4.1 Il n'existe aucune distorsion de concurrence entre opérateurs mobile et fixe liée aux offres de convergence et aux offres illimitées des opérateurs mobiles

Une première distorsion de concurrence existerait entre opérateurs mobile et fixe. Selon l'Autorité, les offres d'abondance ou de convergence proposées par les opérateurs mobiles poseraient un certain nombre de problématiques concurrentielles nouvelles auxquelles les opérateurs fixes ne sont pas en mesure de répondre. La baisse de la TA mobile permettrait de traiter ce problème d'après l'Autorité.

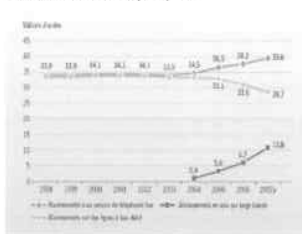
Pour autant, la concurrence que se livrent opérateurs fixes et mobile est pour le moins limitée et partielle. La substituabilité entre offres fixes et offres mobiles est même en décroissance comme le montre le taux de pénétration de la téléphonie fixe en France qui, après avoir décliné de 1995 à 2004, augmente depuis 2006 (source observatoire annuel de l'Autorité). Autrement dit, il n'y a pas de substituabilité de la demande mobile à la demande fixe et les opérateurs fixes et mobiles ne sont que marginalement en concurrence entre eux.

Taux d'équipement des foyers en téléphones fixes (en %)



Source : "L'observatoire des télécommunications" 2007, Médiamétrie, GFK

Abonnements au service téléphonique fixe



Source : ARJF

L'analyse de l'Autorité visant à montrer que « la convergence fixe-mobile va s'imposer comme la norme dans les trois prochaines années » apparaît de même pour le moins très exagérée. Les offres de convergence existent depuis près de 3 ans et connaissent à ce jour un succès très limité [...]

Par ailleurs les offres de convergence fixe-mobile telles que l'offre Unik d'Orange supposent que le client soit également équipé d'un accès fixe, que cette offre ne concurrence donc nullement. Ici encore il n'est nullement établi dans les faits que les opérateurs mobiles, à raison de l'évolution de leurs offres, puissent se trouver en situation de concurrence sensible avec des opérateurs fixes.

Enfin, le fait qu'une grande partie des offres « illimitées » des opérateurs mobiles inclut des appels illimités vers les fixes tandis qu'aucun opérateur fixe ne propose de forfait illimité incluant des appels vers les mobiles ne démontre aucun problème concurrentiel. Les offres sont radicalement différentes en ce que les unes portent sur



des communications mobiles (d'origine mobile) répondant à des besoins en situation de mobilité alors que les autres portent sur des communications fixes (d'origine fixe) répondant à des besoins différents. Le Conseil de la concurrence a ainsi systématiquement retenu dans ses analyses que les offres de communications fixes (y compris vers mobile) et les offres de communications mobiles (y compris vers fixes) répondent à une demande différente et se situent, partant, sur des marchés différents. **Leurs opérateurs ne sont donc évidemment pas en concurrence entre eux. La tentative de démonstration de l'Autorité est donc vaine.**

#### **II.4.2 Il n'existe aucune distorsion de concurrence due aux offres on-net sur le marché mobile**

L'Autorité considère que les offres illimitées on-net proposées par les opérateurs mobiles induisent une distorsion de concurrence et défavoriseraient les opérateurs dont les parcs sont significativement les plus faibles. Pour bénéficier le plus largement de ces offres, un consommateur se dirigerait ainsi naturellement vers l'opérateur disposant du parc de clientèle le plus important. Il s'agit de l'effet club.

A supposer même l'existence de cet effet avéré, il n'appartient pas à l'Autorité de chercher à y remédier dans la cadre de la régulation. En effet, il a été établi dans la partie I que Bouygues aurait parfaitement pu atteindre aujourd'hui une part de marché équivalente à celle de ses concurrents. La faiblesse actuelle du parc de Bouygues, supposée engendrer un effet club négatif, ne résulte donc nullement de contraintes de marché subies par Bouygues et partant susceptible d'être régulée à travers les niveaux de TA.

En tout état de cause, Bouygues bénéficie également d'un effet club sur son parc et le supplément de trafic off net qu'il doit acheter à ses concurrents pour compenser sa taille est très limité, comme on l'a montré à la section I.1.5. L'on a au surplus déjà montré que le niveau d'asymétrie proposé par l'Autorité compensait déjà plus de 20 fois les éventuels effets « subis » du fait de l'arrivée tardive de Bouygues sur le marché. Il ne saurait donc être envisagé que la faiblesse du parc de Bouygues soit également compensée par la baisse de la TA de ses concurrents.

#### **II.4.3 Aucun problème concurrentiel sur le marché de détail mobile ne justifie l'intervention de l'Autorité**

Dans son Projet, l'Autorité souhaite orienter les tarifs de TA mobile vers les coûts incrémentaux. Cette modification du référentiel de coûts pour fixer les tarifs de TA serait justifiée par l'existence de problèmes concurrentiels sur le marché de détail mobile. Or, ces prétendus problèmes concurrentiels sont extrêmement marginaux et limités.

Il apparaît, par conséquent, que l'Autorité cherche à justifier de l'orientation des tarifs de TA vers les coûts incrémentaux alors même que cette méthode n'est pertinente, ni en droit, ni en fait (i) et à intervenir indirectement sur le marché de détail mobile pour promouvoir certaines offres ou segments de marché, en dehors de toute problématique de régulation (ii).



(i) **La référence aux coûts incrémentaux n'est pertinente ni en droit, ni en fait**

La méthode des coûts purement incrémentaux est d'application très limitée en droit sectoriel français et en droit communautaire. Les seules situations ayant donné lieu à son application ne correspondent pas à celle du marché des opérateurs de téléphonie mobile en France (par exemple, Commission, 20 mars 2001, Deutsche Post, n°2001/354/CE ; CJCE 3 juillet 2003 Chronopost, C-83/01)<sup>29</sup>.

A ce titre, le bien fondé de l'application d'une telle méthode doit être rigoureusement justifié.

Il convient tout d'abord de rappeler que la décision de l'Autorité, relative à la comptabilisation des coûts de réseau des opérateurs mobiles (n° 07-0128), impose aux opérateurs métropolitains le calcul de coûts de TA en coûts moyens complets, et la consultation de l'Autorité sur l'évolution de cette méthode n'a aucunement porté sur les coûts incrémentaux. Dès lors qu'aucune nouvelle décision de comptabilisation de coûts n'a été prise depuis, ni aucune consultation lancée en la matière, la méthode de calcul des coûts qu'elle promeut doit nécessairement constituer la seule référence utile pour, notamment, définir les coûts de TA des opérateurs mobiles et l'asymétrie dont peut bénéficier Bouygues.

Il s'avère en outre que l'Autorité étend abusivement le champ d'application de cette méthode au delà des cas limités dans lesquels les Autorités de la concurrence ou les juridictions ont admis qu'elle puisse s'appliquer (par exemple, Commission, Deutsche Post, précitée ; CJCE, 3 juillet 2003 Chronopost, précitée ; Conseil de la concurrence, décision n° 04-D-79 du 23 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la régie départementale des passages d'eau de la Vendée). L'Autorité détourne en réalité l'esprit de cette méthode, qui vise normalement à conforter un opérateur qui a souhaité spontanément pratiquer des tarifs "bas". Or, dans le Projet, elle est utilisée pour contraindre un opérateur à le faire, au risque de le voir s'exposer à un déficit artificiel.

En effet, la méthode des coûts incrémentaux conduit à exclure certains coûts lors de la détermination des tarifs susceptibles d'être pris en compte pour fixer un tarif. Cette méthode ayant pour effet de minorer les coûts, elle minore d'autant en parallèle les tarifs qui compilent ces coûts.

En l'espèce, la méthode des coûts incrémentaux aurait pour conséquence de "minorer" abusivement les coûts réseau d'Orange, notamment les coûts résultants de contraintes réglementaires, telles les obligations de couverture (page 26 du Projet).

<sup>29</sup> Il ressort des diverses affaires sur lesquelles la Commission et la Cour ont été amenées à se prononcer que la méthode de calcul au coût incrémental est utilisée lorsqu'un opérateur est, d'une part, en charge d'une mission de service public pour laquelle il doit réaliser des investissements importants et, d'autre part, intervient pour fournir des prestations sur un marché concurrentiel. Deux types de prestations très différents sont fournis : des prestations de service public et des prestations concurrentielles. L'objectif sous-tendu par l'utilisation de la méthode du coût incrémental est de "neutraliser" les coûts liés à une mission de service public qu'un opérateur privé agissant dans des conditions normales de marché n'exposerait pas. La méthode permet aussi d'éviter d'avoir à comparer ce qui n'est pas comparable, à savoir la situation d'un opérateur de réseau ayant une mission de service public universel et celle d'une entreprise privée qui aurait à constituer un réseau équivalent. On remarque aussi que la méthode de calcul utilisant les coûts incrémentaux n'est valable que lorsque les divers opérateurs intervenants sont dans des situations très différentes. Des opérateurs "classiques" sur un marché concurrentiel côtoient un opérateur chargé d'une mission de service public.



Il s'agit donc bien d'un détournement de cette méthode de comptabilisation, dont l'objectif ne saurait être de « neutraliser » les effets d'une réglementation contraignante. Ce faisant, l'Autorité diminue artificiellement les tarifs d'Orange et donc les recettes sur lesquelles elle devrait pouvoir librement compter

La méthode étant ici utilisée par l'Autorité dans un cas où elle n'est pas susceptible de l'être, ce Projet est entaché d'une irrégularité et d'une erreur manifeste d'appréciation.

**(ii) L'Autorité cherche à intervenir indirectement sur le marché de détail mobile pour promouvoir certaines offres ou segments de marché, en dehors de toute problématique de régulation**

Comme Orange l'a déjà démontré dans sa réponse en date du 6 octobre 2008 à la consultation publique sur les référentiels de coûts, la forte baisse des TA mobile a pour principale conséquence de réduire l'incitation des opérateurs à :

- servir les petits consommateurs (qui reçoivent beaucoup plus d'appels qu'ils n'en émettent). A cet égard, une forte baisse des TA couplée à une hausse de l'asymétrie ne peut qu'inciter le 3<sup>ème</sup> opérateur à stopper tout effort pour stimuler la concurrence sur ce segment de marché ;
- couvrir ou renouveler les investissements de couverture dans les zones les moins denses (étant entendu que cette motivation pour investir disparaît si le signal tarifaire d'usage du réseau qu'est la TA mobile est fortement réduit).

Une étude réalisée par *Fontiers Economics* montre d'ailleurs qu'à l'échelle de l'Union Européenne, « *L'établissement des TA Mobile à 2 cent€/min se traduirait pas une baisse de la pénétration en Europe de 9% . 52 millions d'Européens seraient alors privés des services mobiles auxquels ils ont aujourd'hui accès* »

L'Autorité estime néanmoins que la forte baisse des TA aura pour conséquence « *une plus grande satisfaction des consommateurs, une augmentation des volumes de communications et une baisse globale des tarifs* » (page 31).

Or, force est de constater que ces trois assertions de l'Autorité manquent en fait.

Tout d'abord, l'Autorité ne quantifie pas « la satisfaction des consommateurs », laquelle ne peut être présumée bénéfique sans évaluation préalable.

Ensuite, il convient de constater que la croissance du trafic est en forte diminution (+ 4% en 2008 vs +15% en 2006, voir Table 8), alors même que l'Autorité n'a cessé de baisser les TA. Il n'y a donc pas de lien nécessaire entre baisse de la TA et croissance du trafic. Ce constat est cohérent avec le fait que, d'une part, le marché mobile propose déjà et depuis de nombreuses années de très nombreuses offres illimitées, qui se sont développées en l'absence de TA mobiles très basses et, d'autre part, que la politique de baisse de TA conduit à une moindre croissance du parc mobile et donc du nombre de correspondants susceptibles d'être appelés.

Enfin, la recette minute moyenne de trafic sortante, facturée aux clients, est stabilisée (à environ 1,5 cent€/min). Il s'agit là d'une illustration du « *waterbed effect* » : les opérateurs mobiles voyant leurs recettes de gros diminuer ne peuvent restituer ces gains à leurs clients sur le marché de détail et les tarifs de détails stagnent.



Ceci démontre non seulement que les éléments mis en avant par l'Autorité pour justifier de l'application de la méthode des coûts incrémentaux sont dépourvues de fondement.

L'Autorité semble en réalité, en retenant comme pertinents les coûts incrémentaux, chercher à intervenir sur le marché de détail en dehors du cadre de ses pouvoirs de régulations et à stimuler par choix la concurrence sur certains segments de marché (gros consommateurs).

L'Autorité tente ainsi de justifier ce qui s'apparente d'avantage à un choix politique, qu'à un remède sectoriel en :

- décrivant comment les offres des opérateurs sur le « bas de marché » pourront « s'adapter » en jouant sur *« la durée de l'abonnement, la validité des cartes prépayées ... une [modification] de la politique de subventionnement des terminaux »* ;
- estimant qu'une politique redistributive qui n'atteint que 87% de la cible potentielle est néanmoins inefficace (*« 13% des cadres et professions intellectuelles achètent des cartes prépayées »*) ;
- affichant son « scepticisme » comme seule réponse à l'argument d'Orange décrivant comment certains opérateurs y ayant un intérêt économique évident mettront au point des terminaux capables de réaliser du call back de façon transparente pour l'utilisateur, ce qui contraindra les opérateurs à faire évoluer leurs offres de détail et de gros vers une structure de type RPP (receiving party pays) consistant à faire payer les appels entrants aux appelés.

Ce « scepticisme » est particulièrement étonnant, car il est avéré que les acteurs du secteur sont parvenus à réaliser de nombreuses prouesses techniques qui semblaient techniquement absurdes et qui ont eu pour conséquence une déformation des offres de leurs concurrents. On peut ainsi citer les mobiles boxes (agrégation de plusieurs mobiles pour réaliser l'équivalent d'un commutateur), les logiciels de VoIP (faire passer de la téléphonie par internet), les modems ADSL intégrant une fonction téléphonie (les fameuses « boxes » qui se commercialisent aujourd'hui par millions).

\* \* \*



## Annexe 1

L'Autorité a soumis à consultation publique en Septembre 2008 un modèle bottom up d'opérateur mobile Français métropolitain.

On compare ci-après les investissements à réaliser pour un opérateur ayant 18% de part de marché, entré en 1996, avec des obligations de couvertures identiques à celles de l'opérateur générique (= obligations d'Orange et SFR) à compter de 2002, selon deux scénarii

- Scénario 1 : accès à du spectre à 900 MHz dès l'ouverture (puis spectre 1800)
- Scénario 2 : accès à du spectre à 1800 MHz à l'ouverture (puis spectre 900 dans les mêmes conditions que Bouygues Télécom)

On note un écart sensible dans les montants investis sur la période 1994 – 2002 (5556 M€ dans le scénario 2, et 5294 M€ dans le scénario 1 – soit un écart de 262 M€ pour la période.

En revanche, cet écart est très faible sur la période 2006 – 2011, en particulier parce que l'opérateur qui a commencé à déployer en 1800 MHz en zone dense peu facilement monter en charge (pour absorber davantage de trafic) du fait de l'abondance de spectre 1800, alors que l'opérateur qui a déployé en 900 initialement en zone dense doit, pour monter en charge, déployer en 1800.

Ce montant est qui plus est totalement négligeable au regard des sommes investies sur la période (5,5 milliards d'Euros).

La compensation évaluée par l'Autorité sur cette période au titre des surcoûts qu'encourrait Bouygues Télécom est de 0,3 cent€/min, soit 179 M€.

Modélisation des coûts de Bouygues Télécom (pdm 18% - entrée en 1996 - obligations de couverture identiques à celles de l'op générique à partir de 2002)										
	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	
Obligations de couverture op générique	30%	45%	58%	72%	80%	90%	96%	96%	97%	
Obligations de couverture BYT (estimation)	-	-	30%	45%	61%	78%	90%	95%	97%	
Scénario 1 900 puis 1800										
Capex (M€)	2	110	447	260	485	517	511	996	264	
Opex (M€)	0	26	89	119	189	257	313	344	366	
Scénario 2 1800 puis 900										
Capex (M€)	2	112	533	318	536	485	499	980	238	
Opex (M€)	0	27	104	144	222	283	334	362	378	
Différence entre scénari										
Opex (M€)	-	1	86	68	52	32	12	16	26	
Opex (M€)	-	0	16	25	33	26	22	18	12	
Total annuel		1	101	83	84	6	9	2	14	
Cumulé (M€)										262

Modélisation des coûts de Bouygues Télécom (pdm 18% - entrée en 1996 - obligations de couverture identiques à celles de l'op générique à partir de 2002)										
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	
Obligations de couverture op générique	98%	98%	98%	98%	98%	98%	99%	99%	99%	
Obligations de couverture BYT (estimation)	98%	98%	98%	98%	98%	98%	99%	99%	99%	
Scénario 1 900 puis 1800										
Capex (M€)	365	627	499	468	456	336	351	277	300	
Opex (M€)	398	418	446	505	554	555	560	562	562	
Scénario 2 1800 puis 900										
Capex (M€)	391	707	506	472	435	330	360	270	284	
Opex (M€)	414	442	467	523	569	569	574	575	571	
Différence entre scénari										
Opex (M€)	26	80	6	4	21	6	1	6	17	
Opex (M€)	16	24	21	19	15	14	14	13	9	
Total annuel	42	104	26	22	6	9	13	7	8	
Cumulé (M€)										37

Modélisation de la compensation financière accordée par l'Autorité de 2006 à 2011 (en M€)									
	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Trafic Mobile vers BYT donnant lieu à versement de TA (Mmin - millions de minutes)	-	-	4 828	5 283	5 722	6 348	7 421	9 208	10 315
Trafic Fixe & International vers BYT (Mmin)	1 951	2 168	2 409	2 834	2 409	2 436	2 476	2 669	2 616
Compensation 0,3 cent€/min (en M€)				24	24	28	30	35	39
Cumulé									179