



**Contribution de Bouygues Telecom à la
consultation publique de la Commission
européenne relative au nouveau cadre
réglementaire**

31 janvier 2006



Dans la perspective de l'adoption d'un nouveau cadre réglementaire des communications électroniques, Bouygues Telecom alerte la Commission sur un constat généralisé en Europe : les différents marchés nationaux de la téléphonie mobile présentent un déséquilibre structurel entre les premiers et les derniers entrants.

En effet, le secteur de la téléphonie mobile est la seule activité de réseau en Europe pour laquelle le régulateur a mis en œuvre une concurrence par les infrastructures, imposant à l'ensemble des nouveaux entrants des obligations (couverture, etc.) très élevées et identiques à celles des premiers entrants ; pour les autres marchés, la duplication des infrastructures existantes a été considérée comme trop onéreuse pour être envisagée dans le cadre d'une ouverture à la concurrence.

Le principe d'une concurrence par les infrastructures repose sur le postulat que les conditions d'accès au marché seront identiques pour tous.

Cette position de principe occulte deux facteurs déterminants :

- la date d'entrée sur le marché (1) ;
- et les conditions associées à cette entrée (lien avec un opérateur de téléphonie préexistant, capacité à recourir à des infrastructures et/ou à un réseau de distribution existants, etc.) (2).

Dans ces conditions, la régulation ex post, qu'elle émane des autorités nationales de la concurrence ou des autorités de régulations sectorielle, n'est pas en mesure, à elle seule, de rétablir les conditions d'une concurrence effective. Une régulation ex ante asymétrique est indispensable (3).



1 Un déséquilibre structurel et historique

1.1 Un constat partout en Europe

Les données collectées sur 45 opérateurs dans 13 pays¹ entre 1996 et 2004 montrent que les derniers entrants ont *systématiquement* des parts de marchés inférieures à celles des premiers entrants². Dans ce cadre, plus le délai séparant l'entrée des premiers entrants et celle des suivants est important et plus leur part de marché est faible.

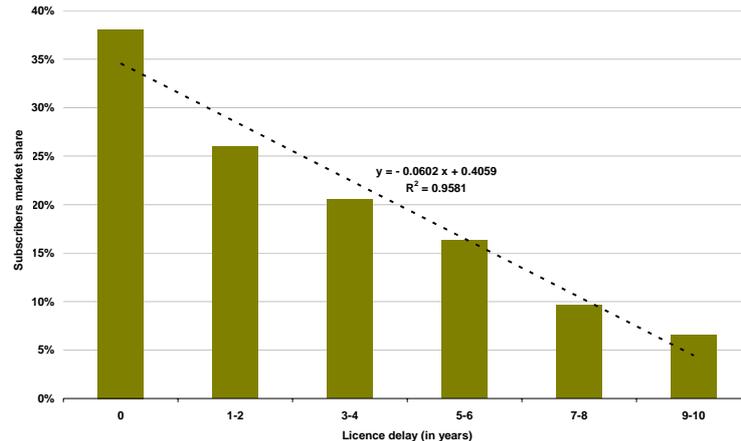


Figure : relation entre part de marché en volume et date d'entrée sur le marché (2004)

Ainsi, les derniers entrants sont sous-représentés en terme de nombre de clients dans presque tous les pays d'Europe³.

En valeur, les performances des derniers entrants sont tout aussi médiocres. En effet, à l'occasion de leur entrée sur le marché, les clients les plus rentables étaient déjà « captés » par les premiers entrants.

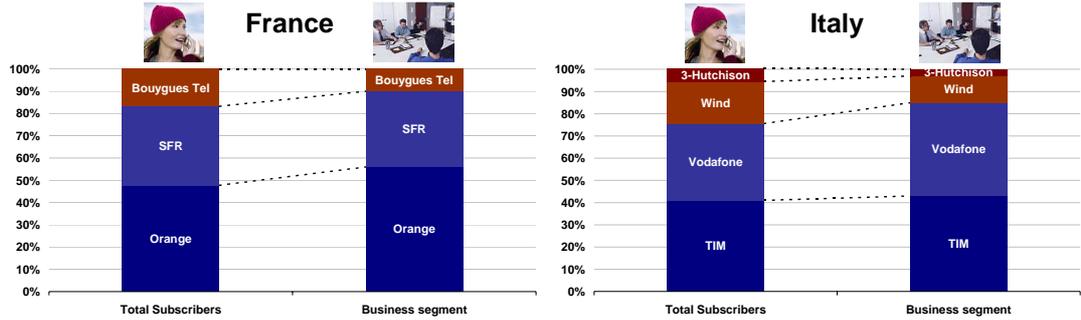
A titre d'exemple, sur marché « Entreprise », les parts de marché des derniers entrants sont encore plus faibles que sur le marché « grand public ».

Ainsi, en France, la part de marché « Entreprises » de Bouygues Telecom est inférieure à 10%, contre 17% au global. En Italie, le constat est identique.

¹ Europe des 15, à l'exception du Luxembourg et de la Suède, pour lesquels les données recueillies n'étaient pas suffisantes.

² Par premiers entrants, il faut entendre les deux premiers entrants sur chacun des marchés nationaux, les opérateurs concernés ayant disposés de licences GSM dans des délais et des conditions (fréquences, etc.) identiques.

³ La seule exception notable est celle du Royaume uni, où les parts de marchés des quatre opérateurs de réseaux GSM sont comparables. Il est vrai que, dans ce pays, les différents acteurs sont entrés sur le marché de façon concomitante et que le régulateur a adopté immédiatement des mesures empêchant l'opérateur historique de faire bénéficier sa filiale mobile d'avantages spécifiques.

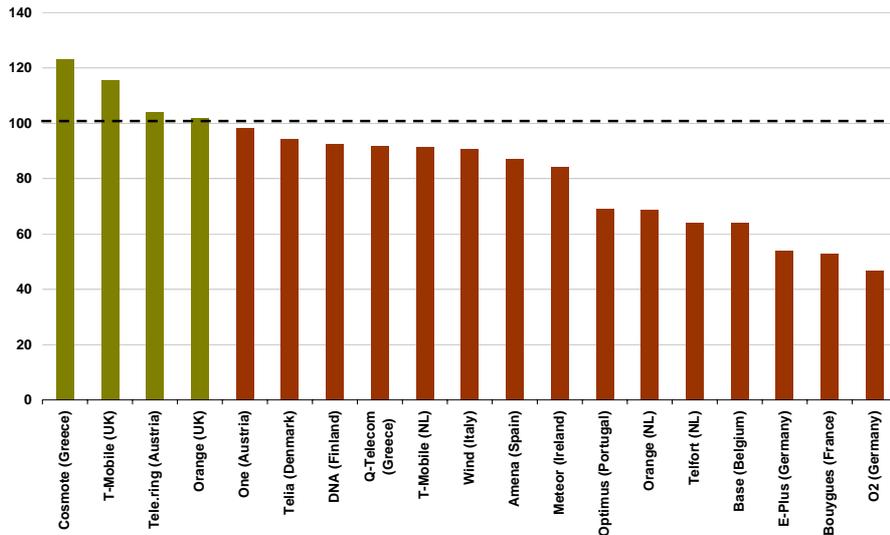


Pourtant, si les conditions d'une concurrence effective et loyale avaient été remplies, l'écart constaté se serait réduit dans le temps.

Il n'en est rien.

Une approche dynamique du marché permet de constater que les derniers entrants progressent moins vite que leurs concurrents, acquérant proportionnellement moins de clients. Aussi, quelque soit le dynamisme du marché, l'écart entre les acteurs ne cesse de croître.

En effet, comme le montre le graphique ci-dessous, les derniers entrants ne parviennent pas à progresser au rythme de leur part de marché théorique (soit, pour un marché à 3 acteurs, 33% et pour un marché à 4 acteurs, 25%).



Les seules exceptions n'ont pas valeur de contre-exemple.

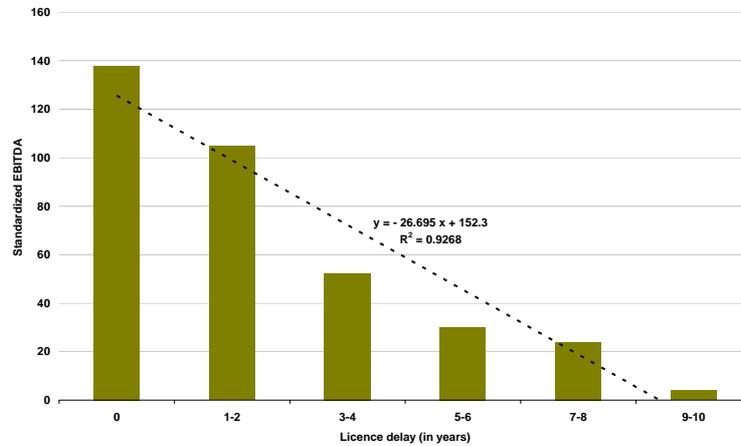
En Grèce, Cosmote, filiale de l'opérateur historique, bénéficie du soutien actif de sa maison mère (marque ; réseau de distribution, facilitées de déploiement, etc.) ; en Grande Bretagne, Orange et T-Mobile sont entrée presque au même moment que leurs concurrents sur le marché. Quand à Tele.Ring, le gain de ses parts de marché ne se fait pas au détriment du leader.

L'écart de part de marché se traduit également dans les résultats financiers des opérateurs concernés. La téléphonie mobile est en effet soumise à une économie de coûts fixes supportés de manière identique par tous les acteurs. Dans ces conditions, l'écart financier entre les deux groupes d'intervenants est encore plus probant : plus

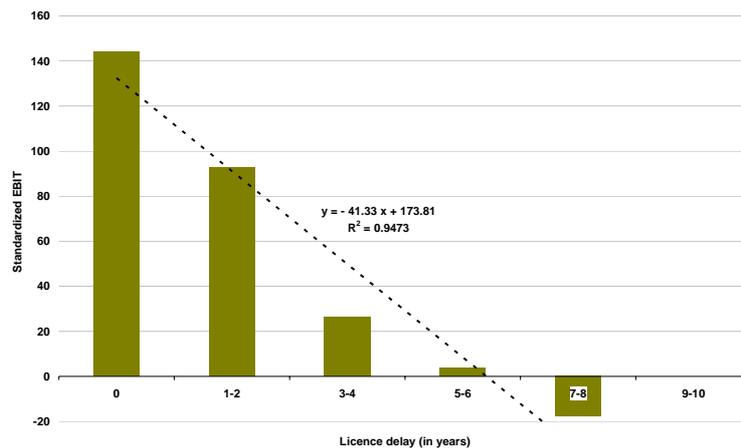


un opérateur entre tard sur le marché, moins il est profitable et, partant, moins il a de capacité à investir commercialement.

Ce constat se confirme quand on rapporte le niveau de l'EBITDA à la date d'entrée sur le marché.



Il se confirme encore plus, quand la donnée est connue et comparable, en terme d'EBIT.



Or, ces données ne tiennent pas compte de la dette cumulée des opérateurs concernés.

Aussi, très rares seront les derniers entrants qui parviendront, à l'issue de la durée de leur licence, à compenser les investissements et la dette associée par des revenus provenant de l'exploitation du réseau. Pour les investisseurs concernés, la seule issue pour rentrer dans leurs fonds sera, quand cela est possible, de profiter d'un éventuel rachat par un premier entrant.

Même les filiales d'opérateurs historiques, quand elles sont établies à l'étranger, ne permettent pas de démentir ce constat :

- Au Danemark, Orange a cédé sa filiale à Telia en 2004. Entré sur le marché en 1998 en qualité de troisième entrant, il n'est pas parvenu à dépasser 15% de part de marché et n'a jamais été rentable.
- Au Pays Bas, Orange est entré en 1999 sur le marché, en tant que cinquième entrant. Il n'a conquis que 11% du marché et reste à peine profitable. T



Mobile, également entré sur ce marché en 1999, comme quatrième opérateur, n'a que 14% de part de marché et est aussi à peine rentable.

- En Belgique, KPN n'a pas eu plus de succès. Après cinq ans de présence sur un marché où il était entré troisième en 1999, il a 17% de part de marché et vient à peine d'être rentable.

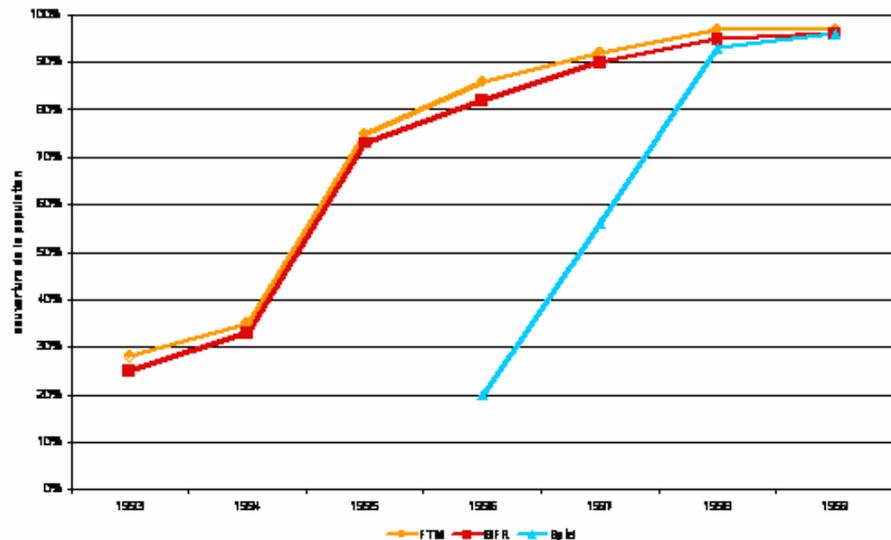
Notons à cet égard que le groupe Vodafone a, partout en Europe, le statut de premier ou second entrant. Des 12 pays où il est présent, la Suède fait exception. Entré en même temps que les autres acteurs sur le marché, Vodafone n'a aujourd'hui qu'une part de marché de 16% et occupe la troisième place. En Grande Bretagne, un temps premier, Vodafone UK est désormais quatrième.

1.2 La France : un constat alarmant pour Bouygues Telecom

1.2.1 Bouygues Telecom n'est pas en mesure d'atteindre sa taille critique

A compter de 2000, Bouygues Télécom ne peut suivre la surenchère initiée par Orange France et SFR : la course à l'abonné lui fait courir un risque vital.

En effet, Bouygues Telecom a dû notamment investir massivement dans son réseau afin de rattraper le plus rapidement possible ses concurrents sur le marché.



Le besoin de financement de Bouygues Telecom se creuse très rapidement et atteint un niveau considérablement plus important que celui d'Orange et de SFR.

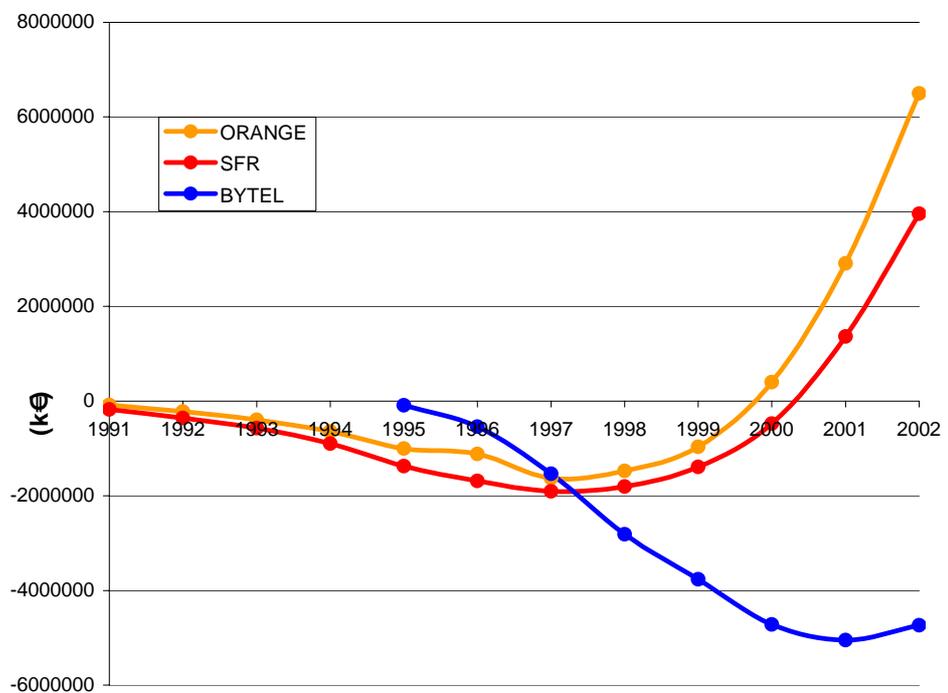
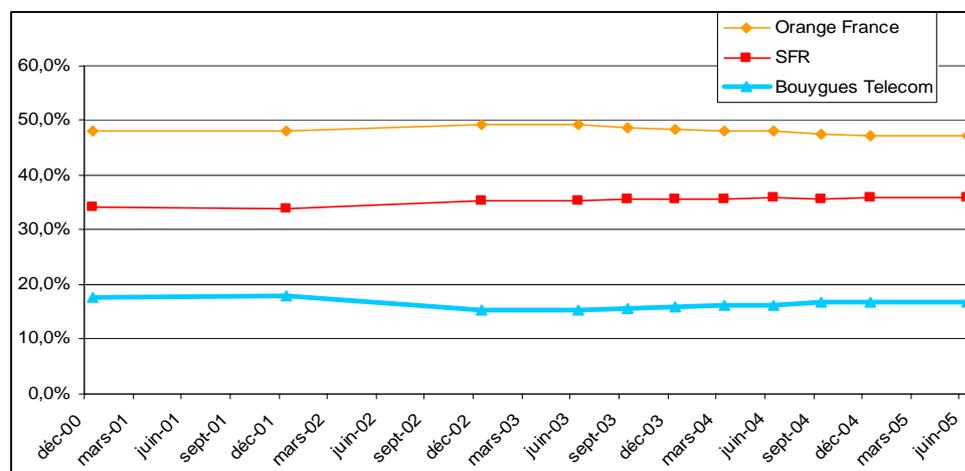


Fig. : « Pic de financement »

Il est donc contraint de retrouver sur le marché un positionnement commercial compatible avec ses contraintes financières et la capacité de rétorsion des acteurs dominants. C'est ainsi que Bouygues Télécom est obligé de se recentrer sur le forfait et de se désengager du prépayé, compte tenu de ses moyens limités.

Au final, alors qu'en décembre 2000, Bouygues Télécom détenait une part de marché de 17,87%, celle-ci a régressé à 16,10 % trois ans plus tard, en décembre 2003.



Pourtant, depuis 2002 au moins, Bouygues Télécom essaie :

- de maintenir un déploiement soutenu de son réseau ;
- de proposer les meilleurs prix du marché (coût à la minute) sur quasiment toutes les formules en poursuivant une politique commerciale dynamique et innovante (développement de l'internet mobile, avec l'i-mode de NTT DoCoMo par exemple) ;
- et d'adapter sa rémunération à celle des distributeurs d'Orange France et de SFR
- pour préserver la distribution de ses services.



Malgré ses efforts, Bouygues Télécom ne parvient donc à prendre que la part de marché laissée vacante par Orange France et SFR.

Ainsi, en France, le marché de la téléphonie mobile se caractérise par:

- le maintien du duopole Orange France /SFR, qui préexistait déjà avant l'arrivée de Bouygues Télécom et dont la part de marché-parc cumulée plafonne au delà de 80%;
- le cantonnement de Bouygues Télécom, dont la part de marché-parc depuis son entrée sur le marché en mai 1996 se situe sous la barre des 20% et qui connaît une érosion régulière depuis 2000.

Or, comme le relevait l'OFTTEL dès 2001, détenir une part de marché de 20% est un élément nécessaire pour assurer la pérennité des opérateurs concernés sur le marché⁴.

A cet égard, le groupe Orange a été encore plus précis, deux critères cumulatifs devant être remplis :

- être premier ou second sur le marché ou détenir une part de marché supérieure à 20% ;
- être bénéficiaire.

Force est de constater que, parmi les derniers entrants, très rares sont ceux remplissant ces critères.

1.2.2 L'absence de taille critique affecte la rentabilité de Bouygues Télécom

Bouygues Télécom doit continuer à se battre pour faire progresser sa part de marché, malgré des coûts d'acquisition élevés par rapport à ses deux concurrents⁵. Cela augmente encore sa fragilité financière et porte directement atteinte à sa rentabilité.

- sa part de marché parc inférieure à 16 % est insuffisante pour garantir sa présence à long terme sur le marché des mobiles et ce, quels que soient ses revenus⁶; en effet, face à des offres « *on-net* »⁷, à la sortie du *bill & keep* et au développement des offres convergentes, Bouygues Télécom, risque, compte tenu des « *effets club* »⁸ développés par ces offres, de voir sa part de marché encore diminuer, ce qui le marginaliserait définitivement;

⁴ Oftel, « Effective competition Review Mobile », february 2001.

⁵ Les coûts d'acquisition (2003) de Bouygues Télécom par abonnés sont de 146 euros par client contre 106 pour Orange France et 105 euros pour SFR. [Chiffres globaux (postpayé et prépayé)].

⁶ Au dessous de 20 % de part de marché, les effets de tribu qui peuvent notamment être déclenchés par des offres on-net, la sortie du *Bill and Keep* ou le développement du multimédia, conduisent à une marginalisation forte de l'opérateur.

⁷ C'est-à-dire des offres qui privilégient d'un point de vue tarifaire les appels au sein d'un même réseau et qui s'ils sont généralisées par les deux opérateurs dominants peuvent entraîner l'éviction de l'opérateur non dominant.

⁸ En effet, si les principaux correspondants d'un utilisateur sont abonnés auprès d'Orange France par exemple, cet utilisateur aura tendance à rejoindre Orange France afin d'éviter une sur-tarifcation ou de profiter de tarifs préférentiels lorsqu'il appelle ses correspondants. C'est ce que l'on désigne communément aujourd'hui comme un « *effet club* ».



- ses revenus, même positifs (200 millions d'euro en 2004), mais en deçà des 17% de rémunération des capitaux retenus par l'ARCEP pour Orange France et SFR sur la période, sont insuffisants pour rembourser ses dettes, investir dans les nouvelles technologies pour garantir sa compétitivité technologique et affronter une guerre commerciale totale menée par Orange France et SFR.

1.2.3 La « sur - rentabilité » croissante de Orange France et SFR leur permet de mener une politique commerciale agressive

Les résultats financiers d'Orange France et de SFR sont « hors normes » : sur-rentabilité de 3 milliards d'euro pour Orange France et de près de 2 milliards d'euro pour SFR en 2003, au-delà des 17% retenus par l'ART comme un seuil de rentabilité normale pour cette période.

Cette sur-rentabilité des deux opérateurs dominants leur confère une puissance indéniable pour garantir leur présence et leur pérennité sur le marché.

A cet égard, une augmentation des coûts d'acquisition de 300 millions d'euro de la part d'Orange France et SFR conduirait Bouygues Télécom à un résultat net négatif alors qu'elle ramènerait les résultats d'Orange France et SFR à, respectivement, + 1,1 milliard d'euro et + 0,9 milliard d'euro.

Cette situation n'est pas hypothétique puisque Orange France et SFR, lors de la période de novembre-décembre 2003 (période de vente essentielle) ont, par exemple, eu recours à des subventions très fortes, affectant ainsi gravement la position concurrentielle de Bouygues Télécom sur le marché.

Orange France et SFR ont ainsi dépensé plus de 120 millions d'euro en décembre 2003 (soit 60 % des profits réalisés par Bouygues Télécom) pour préempter, au plus fort du marché, un maximum de clients (plus d'un million selon les chiffres transmis par l'ARCEP), en particulier sur le segment du prépayé. Cela a été possible grâce à des subventions très élevées rendant ces offres peu rentables, a fortiori dans la mesure où cette opération s'est traduite par des résiliations nombreuses en début d'année 2004 (abonnés inactifs).

Par comparaison, Bouygues Télécom n'a capté dans la période que 50% des nouveaux abonnés qui auraient dû lui revenir, ce qui le place en avant-dernière position devant l'opérateur belge Base.

Même si l'on prend en compte dans la comparaison l'année d'arrivée sur le marché, on constate que Bouygues Télécom détient la part de marché d'un opérateur qui serait entré sur le marché en 1999, alors qu'il est entré en 1996 sur le marché français. En d'autres termes, son retard de développement de part de marché est de trois ans.

Si l'on compare la situation de Bouygues Télécom à celle des autres troisièmes entrants européens arrivés en 1996, Bouygues Télécom est le seul à accuser un tel retard en terme de parts de marché par rapport à sa dotation théorique.

La situation de Bouygues Télécom est d'autant plus surprenante que les tarifs qu'il propose sont non seulement inférieurs à ceux de ses concurrents, mais également parmi les moins élevés au niveau européen.



1.3 Un déséquilibre inéluctable lié aux conditions d'ouverture du marché mobile aux derniers entrants

Une modélisation économique permet de constater que, plus l'entrée sur le marché des derniers entrants est tardive et plus le décalage de rentabilité entre les premiers et derniers entrants est important.

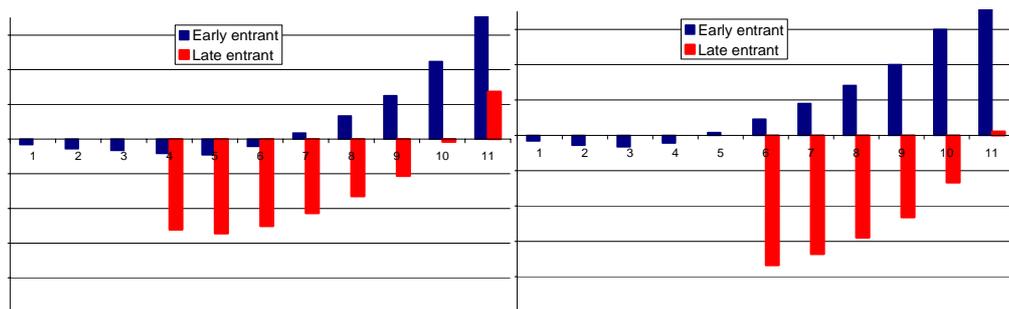
En économie de réseau caractérisée par des coûts fixes élevés, la nature mécanique du déséquilibre structuré est lié au décalage dans le temps de l'entrée sur le marché des opérateurs ; ce décalage permet aux premiers entrants de bénéficier de conditions optimales : investissements très progressifs dans les infrastructures, niveaux tarifaires élevés, le plus souvent, capitalisation sur l'expérience passée telle que, dans de nombreux pays européens, la téléphonie analogique, etc.

A l'inverse, les derniers entrants doivent immédiatement mettre en œuvre une duplication complète des infrastructures de réseau de bout en bout pour devenir des opérateurs de boucle locale, procédant ainsi à des investissements massifs sur une courte période (réseau ; communication commerciale ; etc.). Dans le même temps, ils doivent pratiquer des tarifs agressifs afin d'entrer sur le marché.

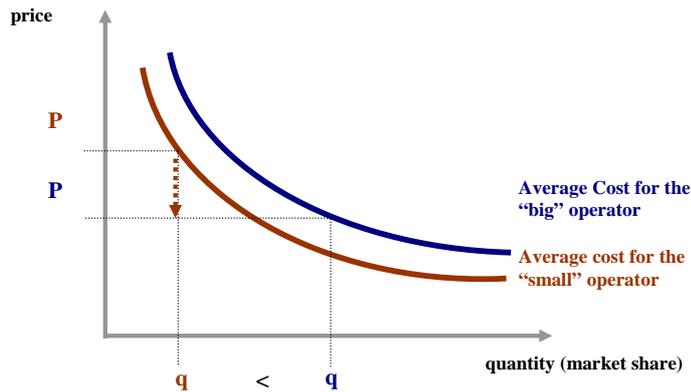
La capacité financière des derniers entrants est donc monopolisée par le déploiement de leur réseau quand leurs efforts doivent également porter sur des dépenses commerciales et de communication importantes, la construction d'un large réseau de distribution, etc.

A l'inverse, les premiers entrants bénéficient d'un « trésor de guerre » leur permettant d'augmenter les dépenses de publicité, leurs coûts commerciaux, l'amélioration de la couverture de leur réseau, etc.

Une modélisation économique permet de constater que, au bout de trois ans, l'écart de rentabilité entre premiers et derniers entrants devient insurmontable. Et, quand le décalage atteint cinq ans, l'échec est probable.



Dans ces conditions, le décalage constaté perdure et la situation des derniers entrants n'est pas susceptible de s'améliorer. Cette différence de rentabilité permet aux premiers entrants de procéder plus tôt à des investissements supplémentaires pour offrir une qualité de service supérieure. Dans un marché où les minutes de communication sont particulièrement difficiles à différencier, il s'agit là d'un avantage formidable.



En effet, pour rester compétitif, le « petit » opérateur doit au moins pratiquer les tarifs du « gros » opérateur, alors que ses coûts sont proportionnellement plus élevés. Il ne lui est donc pas possible d'atteindre la même rentabilité, voire de s'en rapprocher, quand bien même il serait plus efficace économiquement que le « gros » opérateur.

L'échelonnement de l'entrée de nouveaux acteurs sur un marché est ainsi à l'origine d'une distorsion de concurrence que seule une intervention rapide et efficace du régulateur permet de rétablir.

Les mesures adoptées en Angleterre à l'occasion de l'ouverture du marché en sont un bon exemple : pas ou peu de décalage dans le temps dans l'introduction des différents acteurs ; interdiction faite à l'opérateur historique de faire bénéficier sa filiale mobile de son réseau de distribution, etc.

Il s'agit cependant d'un exemple isolé dans le paysage européen. Dans les autres Etats membres, les mesures correctrices ont été particulièrement timides. En France, elles sont inexistantes.

La situation des derniers entrants ne saurait donc être associée à une quelconque inefficacité économique des derniers entrants mais plutôt à des barrières à l'entrée supplémentaires, barrières que les deux « Paquet Telecom » n'ont pas pris en considération.

2 Des barrières supplémentaires pour les derniers entrants

2.1 Des barrières dès l'origine...

2.1.1 Un cahier des charges exigeant

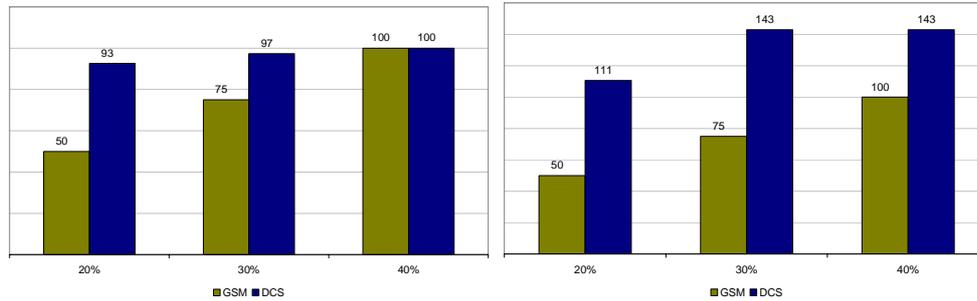
Outre le décalage dans le temps, les conditions associées à l'entrée sur le marché des derniers entrants constituaient autant de contraintes supplémentaires.

A cet égard, les obligations en terme de couverture et de qualité de services étaient particulièrement élevées. Or, pour y répondre, les derniers entrants n'avaient d'autre choix que de recourir à des fréquences DCS 1800, contre des fréquences GSM 900 pour les premiers entrants.



Il s'agit là d'un désavantage majeur, qui ne peut disparaître avec le temps.

Ainsi, s'agissant des coûts de réseaux, il convient de souligner que, en zone rurale, un réseau DCS coûte 25% de plus qu'un réseau GSM.



En zone urbaine, l'écart est encore plus important : 75%

Or, si les derniers entrants se sont vus attribuer récemment des fréquences GSM 900, pour réellement bénéficier de cet avantage, il leur aurait fallu construire un nouveau réseau. A l'inverse, l'attribution de fréquences DCS 1800 aux premiers entrants leur a permis de densifier leur réseau de façon optimale.

2.1.2 Des pratiques commerciales déstabilisantes

En plus des coûts de réseaux, les derniers entrants ont du faire face à :

- des coûts de distribution plus importants ;
- des coûts de publicité et de marketing également plus importants afin d'asseoir leur marque et de faire connaître leurs services ;
- et donc, des coûts financiers plus importants cf. besoin de financement.

A cela s'ajoute une petite taille, qui vient encore pénaliser les derniers entrants. En effet, quand les opérateurs concernés ne font pas partie d'un groupe intégré, ils pâtissent également de leur moindre pouvoir de marché vis-à-vis des constructeurs (disponibilité et prix des terminaux ; évolution des éléments de réseaux) et des autres opérateurs (Alliances roaming, etc.).

Par ailleurs, les opérateurs premiers entrants, solidement établis sur le marché, ont été en mesure de développer des pratiques commerciales très agressives, auxquelles les derniers entrants n'étaient pas en mesure de répliquer.

Ainsi, suivant les pays, les opérateurs dominants ont pu :

- Préempter les meilleurs emplacements et les distributeurs les plus compétents par le biais d'accords exclusifs, sur de longues durées ;
- Pratiquer des politiques de subvention des terminaux agressives ;
- Limiter le choix des terminaux disponibles sur le marché au travers d'accords exclusifs ;
- Développer des effets de clubs, notamment au travers de la pratique de différenciations tarifaires on-net / off-net importante ;
- Engager les clients sur des durées contractuelles très longues, associées à des facultés de résiliation très restrictives ;



- Empêcher les clients de conserver leurs terminaux en changeant d'opérateur via un SIM locking, y compris des terminaux associés à des offres sans engagement ;
- Mettre en œuvre des politiques de fidélisation agressives conduisant à un réengagement systématique des clients pour des durées d'engagement supérieures à 24 mois
- etc.

Au-delà, ces opérateurs ont été en mesure d'utiliser les MVNO comme outil stratégique afin d'affaiblir encore plus les derniers entrants.

Ces barrières constituent un frein majeur au développement des derniers entrants et à leur pérennité sur le marché.

2.2 ... qui se renforcent constamment

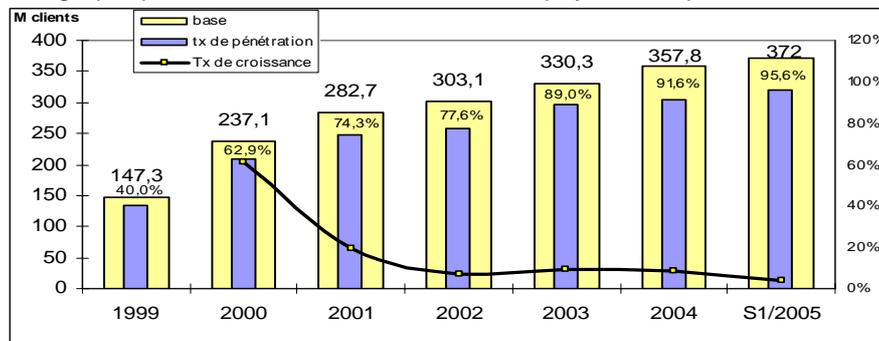
Confrontés à :

- des coûts fixes comparativement plus importants ;
- à des coûts d'acquisition des clients qui ne peuvent qu'être très significativement plus élevés que ceux des premiers entrants ;
- et à une rentabilité significativement plus faible,

la seule voie de salut des derniers entrants est dans la conquête de parts de marché.

Or, le taux d'équipement des ménages européens est désormais arrivé à un sommet. Il s'élève désormais à 95,6% en Europe, à fin Juin 2005.

Ce graphique est réalisé sur l'ensemble des pays d'Europe de l'Ouest



Depuis 1998, la croissance du taux de pénétration est en constante diminution. Depuis 2002, elle s'est stabilisée entre 7% et 9% par an.

Ainsi, Bouygues Telecom constate une baisse constante de la part des « primo-accédant » dans la répartition des acquisitions brutes.

Dès lors, les actions de fidélisation et la préservation des parcs de clients deviennent désormais l'axe prioritaire de la politique commerciale des opérateurs. La bataille se concentre donc sur les clients changeant d'opérateurs.

Le marché change donc de nature. Il passe d'un marché de conquête à un marché de renouvellement.



Dans une telle perspective, le contrôle des réseaux de distribution devient primordial. En France, les réseaux contrôlés représentent 42% des acquisitions, 80% des renouvellements et 75% du SAV. Ils représentent le principal « driver » du marché en matière de prix et constituent un avantage décisif pour la distribution.

Le poids des canaux de distribution « propriétaires » dans le volume global de la distribution croît donc continuellement, au détriment des réseaux de distribution classique.

Or, les derniers entrants sont également ceux dont les réseaux de distribution est, par nature, le moins développé. A titre d'exemple, le réseau propriétaire de Bouygues Telecom représente 30% de ses ventes contre 42% pour SFR et 52% pour Orange.

Cette force de vente leur permet également de libérer les ressources nécessaires à une politique de distribution particulièrement agressive, en pratiquant une surenchère systématique afin de déstabiliser leurs concurrents : politique de rémunération en tenaille dans la grande distribution, recherche d'exclusivité auprès des grossistes, etc.

Dans ces conditions, la situation des derniers entrants ne peut que s'aggraver, pour devenir dramatique.

3 La régulation ex post n'est pas adaptée pour répondre aux dysfonctionnement du marché

Les outils de régulation économique actuellement disponibles ne proposent aucune réponse adaptée au déséquilibre du marché dénoncé par Bouygues Telecom.

Ainsi, le droit de la concurrence apporte des réponses tardives et partielles, quels que soient les pratiques dénoncées.

A titre d'exemple, Bouygues Telecom Caraïbe, filiale de Bouygues Telecom aux Antilles et en Guyane, a ainsi obtenu du Conseil de la concurrence le prononcé de mesures conservatoires à l'encontre de Orange Caraïbe, filiale d'Orange France, dans l'attente d'une décision au fond. Pourtant, même cette procédure d'urgence ne permet pas à Bouygues Telecom Caraïbe d'obtenir des conditions de marché loyales. Les délais se multiplient et les moyens de contrôle du respect par Orange Caraïbe des mesures prononcées sont lourds et fastidieux.

Au fond, les délais se comptent en années et il n'est pas rare qu'une condamnation intervienne alors que plus rien ne peut être fait.

La régulation sectorielle ex post n'est pas plus efficace. A titre d'exemple, Bouygues Telecom a saisi l'ARCEP d'une demande de règlement de différends relatif au tarif de TA SMS d'Orange France et de SFR. Alors que Bouygues Telecom demandait un tarif de TA SMS de 2,5 cts €, l'ARCEP a tranché pour un tarif de 4,3 cts €, soit la baisse proposée par Orange et SFR dans le cadre des négociations.

La régulation sectorielle ex ante mise en œuvre actuellement est tout aussi inadaptée.



3.1 Une régulation sectorielle ex ante inadaptée

Le cadre réglementaire existant ne permet pas de remédier au déséquilibre structurel du marché de la téléphonie mobile.

Au contraire, par une application brutale, systématique, uniforme et sans nuance de la notion de puissance de marché et l'application automatique et non différenciée des remèdes mis à disposition des régulateurs nationaux, ces derniers ne font que pénaliser encore les derniers entrants en faisant peser sur eux des contraintes supplémentaires et non justifiées.

En effet, comme « *une part importante de la base de coûts d'un opérateur mobile est fixe et indépendante de la taille de l'opérateur, notamment en ce qui concerne la construction du réseau, certains coûts de distribution et marketing* »⁹, Oddo Securities considère à juste titre que « *la rentabilité d'un opérateur mobile est très fortement corrélée à sa taille et que la petite taille a un impact négatif en relatif sur les coûts fixes (coûts de réseau et de distribution en particulier)* »¹⁰.

Dans le même temps, le déséquilibre financier amplifie le déséquilibre concurrentiel. Les premiers entrants sont en mesure de pratiquer des tarifs agressifs, tout en préservant leurs marges, ou de répliquer immédiatement aux offres commerciales des derniers entrants, qui s'épuisent rapidement dans des batailles sans issue.

Dans ces conditions, des mesures de régulation, imposées indifféremment et uniformément à l'ensemble des entreprises du secteur des communications électroniques, contreviennent au principe de proportionnalité par leur généralité et les contraintes particulières qu'elles entraînent sur les derniers entrants.

A cet égard, même le recours à des mesures de régulation imposées aux seuls opérateurs premiers entrants doit être soigneusement étudié. Comme le soulignait fort justement, Oddo Securities souligne justement que « *la réglementation, si elle touche les opérateurs puissants, a forcément un effet « ricochet » sur tous les acteurs du marché* »¹¹.

Il appartient donc au régulateur de tenir le plus grand compte de la situation particulière des derniers entrants, de leur fragilité et des risques pesant sur leur pérennité avant d'adopter une mesure réglementaire sur le marché, qu'elle leur soit appliquée ou non.

3.2 Le nécessaire recours à une régulation asymétrique

L'objectif de la régulation doit être de rétablir l'égalité des chances entre les acteurs du marché, afin de relancer la concurrence au bénéfice du consommateur. Dans cette perspective, les contraintes pesant sur les derniers entrants devraient être levées par l'application de mesures adaptées et proportionnées, fondées sur le principe de la régulation asymétrique.

De la même manière, le lien entre « puissance de marché » et « remèdes » ne devrait pas être automatique. A ce titre, le plus grand compte devrait être tenu du

⁹ Oddo Securities, Etude « Bouygues Bâtitteur de valeurs », Juillet 2003, p. 31.

¹⁰ Oddo Securities, Etude « Bouygues Bâtitteur de valeurs », Juillet 2003, p. 30-31.

¹¹ Oddo Securities, Etude « Bouygues Bâtitteur de valeurs », Juillet 2003, p. 34.



pouvoir d'achat compensateur des concurrents, des clients et des consommateurs

En outre, le principe de non discrimination s'oppose à ce que derniers entrants soient systématiquement soumis aux mêmes obligations que les opérateurs dominants. Ce principe impose au contraire la prise en compte de l'inégalité des conditions économiques, lesquelles peuvent justifier une inégalité compensatoire entre les acteurs visés.

Par le passé, la Commission a largement admis cet état de fait.

A titre d'exemple, il s'agit du principe retenu dans le cadre de la Recommandation de la Commission du 8 juin 1998 relatif l'appréciation de puissance de marché¹². Les 8èmes et 10èmes rapports sur la transposition du cadre réglementaire des télécoms en font également état. Dans le 8^{ème} rapport, la Commission fait part de ses inquiétudes face à l'application aux derniers entrants du principe de réciprocité. Dans le 10^{ème} rapport, la Commission est encore plus explicite, en soulignant que l'application du principe de réciprocité par une autorité de régulation devait permettre à un opérateur de démontrer que l'application d'un tarif de terminaison d'appel plus élevé était justifié sur le fondement d'une analyse de coûts, notamment au regard des différences existant entre premiers et derniers entrants.

Pourtant l'approche retenue par la Commission à l'occasion du nouveau cadre réglementaire est plus favorable aux premiers entrants. Cet état de fait est confirmé par le projet de révision des lignes directrices de l'ERG relatives aux « remèdes »¹³. L'approche est confirmée par la pratique de la Commission et des autorités de régulation à l'occasion de l'application du cadre réglementaire actuel. La justification d'une telle position résiderait dans le caractère anti-incitatif à l'efficacité économique de l'application d'un tarif asymétrique.

Pourtant, les principes du cadre réglementaire des communications électroniques reposent sur l'orientation vers les coûts, soit la détermination d'un tarif prenant en considération les coûts réellement supportés par l'opérateur auxquels s'ajoute une marge raisonnable.

Pourtant, dans le cadre de la TA vocale, l'ARCEP envisage de déterminer le tarif réglementé sur la base « des coûts théoriques d'un opérateur efficace » bâti partir d'une équi-répartition des parts de marché. Cette définition d'un opérateur efficace est erronée, les derniers entrants ne pouvant être considérés comme non efficaces.

Définir les tarifs à partir de ces coûts vient donc en complète contradiction avec le principe d'orientation vers les coûts, les coûts des derniers entrants n'étant pas comparables à ceux retenus dans le calcul du régulateur. Au contraire, cela reviendrait à favoriser largement les premiers entrants dont les coûts seraient largement inférieurs au tarif retenu, en raison de leurs parts de marché respectives et des effets de seuil liés à une économie de coûts fixes.

Cette approche est également contraire aux règles de l'article 13 de la directive « Accès et interconnexion ».

Au-delà la jurisprudence récente des juridictions européennes vient contredire le postulat retenu par les autorités de régulation.

¹² JOCE n° L 73/42 du 12 mars 1998.

¹³ Voir notamment, p. 21 et p. 123 du projet soumis à consultation publique.



Dans l'affaire Commission c. République du Portugal¹⁴, l'avocat général Geelhoed précisait que PT Comunicações disposait déjà d'une infrastructure quand les nouveaux entrants ont dû créer entièrement leur propre réseau. « *In these circumstances, the granting of an exemption from levies which, however, burden the 'new' operators services particularly well as an effective obstacle to market penetration by new comers* (§ 34).

Dans la même affaire, la Cour a déclaré :

« *... the position of PT Comunicações, as the provider of a public network, must be compared with that of its competitors, which also carry out their activities in the telecommunications market and intend to put in place alternative networks. Failing this, the objectives of the Community legislation, namely the establishment of a competitive market in the telecommunications sector, would be seriously jeopardized* »¹⁵.

La nécessité d'assurer l'égalité de traitement entre les opérateurs de télécommunications a également été affirmée par la Cour dans une affaire récente :

« *... the liberalization of telecommunications means that the markets must be opened up, a process that must not be frustrated by charges which restrict competition by imposing different rates on providers who are in comparable situation, whereby some are privileged at the expense of others, since, as was made clear in Connect Austria, freedom of competition requires equality of opportunity between competing operators* »¹⁶.

Dans ces conditions, et afin d'instaurer les conditions d'une concurrence effective et loyale au profit des derniers entrants, l'asymétrie de la régulation du secteur des communications électroniques doit s'imposer comme l'un des fondements du futur cadre réglementaire.

4 Conclusion

Le cadre réglementaire du secteur des communications électroniques fonde l'action des autorités de régulation nationales en faveur d'une concurrence effective sur les principes de proportionnalité et de non-discrimination.

Or, comme démontré ci-dessus, les derniers entrants ne bénéficient pas de conditions favorables à un développement harmonieux et loyal de leur activité, le marché subissant l'influence dominante des premiers entrants.

Pourtant, les derniers entrants sont les garants d'une concurrence effective pérenne sur le marché de la téléphonie mobile.

Ce constat a conduit les régulateurs à introduire systématiquement de nouveaux acteurs sur le marché à l'occasion de chacune des évolutions technologiques. Au-delà, l'expérience montre que tout marché sur lequel seuls deux acteurs sont présent

¹⁴ TPICE, Aff. C-334/03, jCommission c. république du Portugal, jugement du 20 octobre 2005, non encore publié.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Joined cases C-544/03 and C-545/03, Mobistar SA v. Commune de Fléron and Belgacom Mobile SA v. Commune de Schaerbeek, jugement du 8 septembre 2005 § 49, ECR 2005, non encore publié.



conduit naturellement à l'établissement d'un « cosy monopoly », où les prix restent élevés et la concurrence quasi inexistante.

La France en est un exemple topique.

Ainsi, de 1991 à 1996 le marché se caractérise par un « cosy duopoly ».

France Télécom Mobiles et SFR ont obtenu le 25 mars 1991, de gré à gré, des licences GSM, en prolongation de leurs licences analogiques. A cette époque, le marché de la téléphonie mobile est naissant et France Télécom Mobiles (Itinériss) et SFR se le partagent.

En janvier 1994, la téléphonie mobile compte moins de 100 000 abonnés en France et son taux de pénétration est l'un des plus faibles d'Europe.

L'entrée de Bouygues Télécom sur le marché en mai 1996 rompt l'équilibre de « cosy duopoly »¹⁷, c'est-à-dire l'équilibre de duopole symétrique entre Orange France et SFR. Non seulement le marché compte un acteur de plus, mais surtout cet acteur initie une forte concurrence par les prix en proposant des tarifs très compétitifs.

Malheureusement, la réaction des premiers entrants a été rapide et la guerre commerciale qui s'en est suivie a rapidement asséché la capacité d'investissement de Bouygues Telecom, déjà pénalisé par l'absence de mesures réglementaires en sa faveur à l'occasion de son entrée sur le marché.

Par ailleurs, l'ouverture du marché de la téléphonie mobile a été l'occasion, pour le régulateur d'introduire la concurrence par le développement de bout en bout de nouvelles infrastructures de réseau.

Les nouveaux entrants ont donc immédiatement procédé au financement de leur réseau, de façon concomitante aux investissements nécessaires à leur activité commerciale (établissement de la marque ; développement et commercialisation de nouveaux services ; etc.).

Aujourd'hui, chaque Etat membre dispose ainsi de plusieurs infrastructures de téléphonie mobile concurrentes de bout en bout, contrairement à la téléphonie fixe.

Pris isolément, chaque réseau GSM ne saurait donc pas être considéré comme une infrastructure essentielle.

Or, après avoir prôné la concurrence par les infrastructures et rappelé ses bienfaits pour l'économie (voir, par exemple, la directive « accès »), c'est au tour de la concurrence par les services d'être mise en avant via, notamment l'introduction de MVNO par la voie réglementaire.

Pourtant, les derniers entrants ont largement contribué à la baisse des prix de détail sur les différents marchés nationaux de la téléphonie mobile. Ils ont régulièrement joué le rôle « d'agitateur », souvent jusqu'à épuisement de leur capacité financière.

Ils ont également massivement contribué à l'emploi et à l'innovation.

Partant, la régulation vient modifier substantiellement les règles du jeu et l'équilibre économique et financier du secteur.

¹⁷ Ci-après le duopole historique.



Le choix du régulateur européen s'articule donc autour de deux hypothèses :

- soit il augmente les contraintes pesant sur les derniers entrants en introduisant de nouveaux acteurs bénéficiant de conditions plus favorables. La rupture qui en résultera conduira mécaniquement à la disparition des derniers entrants cf. Orange au Danemark. ;
- soit il contribue à augmenter la concurrence entre les acteurs déjà présents sur le marché en faisant bénéficier les derniers entrants d'une régulation asymétrique adaptée.

Selon Bouygues Telecom, seule l'application d'une régulation asymétrique, permettant aux derniers entrants de compenser le handicap lié à leur entrée sur le marché, est de nature à permettre aux derniers entrants de bénéficier de conditions d'une concurrence loyale et effective. Il appartient aux régulateurs européens de s'inscrire dans une démarche volontaire en favorisant enfin les acteurs du marché les plus faibles, pour le plus grand bénéfice des consommateurs et de l'innovation sur le marché.