

DUCOS, le 4 février 2005



**REPONSE DE
BOUYGUES TELECOM CARAIBE
À LA CONSULTATION DE L'A.R.T SUR
L'ANALYSE DU MARCHÉ DE GROS DE L'ACCES ET
DU DEPART D'APPEL SUR LES RESEAUX MOBILES
OUVERTS AU PUBLIC**

Bouygues Telecom Caraïbe se félicite que le projet de décision de l'Autorité relative au marché de l'accès et du départ d'appel dans la zone Guyane Antilles considère Orange Caraïbe puissant sur le marché, à l'instar de la Cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 28 janvier 2005 confirmant les mesures conservatoires¹ prononcée par le Conseil de la concurrence le 9 décembre dernier à l'encontre d'Orange Caraïbe.

Bouygues Telecom Caraïbe est cependant particulièrement inquiet des « remèdes » envisagés par l'Autorité.

En effet, la possibilité pour les opérateurs locaux de solliciter auprès d'Orange Caraïbe une prestation de roaming national, loin d'ouvrir le marché à la concurrence, permettrait à ce dernier de renforcer encore sa position dominante.

Bouygues Telecom Caraïbe, déjà particulièrement fragile, comme relevé tant par l'Autorité que par le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris, ne pourrait qu'en ressortir encore affaibli.

De surcroît, un tel remède introduirait par ailleurs une distorsion de concurrence au détriment de Bouygues Telecom Caraïbe qui a investi de façon substantielle dans son réseau (plus de 60 millions d'euros).

Les conséquences du « remède » envisagé iraient donc directement à l'encontre de l'objectif poursuivi par l'Autorité.

Telles sont les raisons pour lesquelles Bouygues Telecom Caraïbe souhaite apporter les commentaires suivants.

¹ Les mesures conservatoires prononcées contre Orange Caraïbe par le Conseil dans sa décision 04-MC-02 sont les suivantes :

- Il est enjoint à Orange Caraïbe de supprimer dans tous les contrats, en cours ou à venir, conclus avec ses distributeurs indépendants les obligations d'exclusivité liant ces derniers.
- Il est enjoint à Orange Caraïbe de supprimer l'ensemble des obligations d'exclusivité qu'elle impose à Cétélec Caraïbes.
- Il est enjoint à Orange Caraïbe de faire en sorte que, pour toutes les offres comportant des tarifs différents pour les communications on net, d'une part, et off net, d'autre part, l'écart entre ces tarifs on net et off net ne dépasse pas l'écart entre les coûts que Orange Caraïbe supporte pour l'acheminement de ces deux types de communications.
- Il est enjoint Orange Caraïbe de permettre à l'ensemble de ses clients d'utiliser les points de fidélité qu'ils ont acquis ou dont ils pourraient faire l'acquisition pour bénéficier d'une réduction de prix sur l'ensemble des produits et services qu'elle propose.

A titre liminaire, Bouygues Telecom Caraïbe observe que l'Autorité de Régulation des Télécommunications a repris l'analyse du marché des DOM transmise au Conseil de la Concurrence dans son avis 04-860 en date du 14 octobre 2004². Bouygues Telecom Caraïbe considère que ce marché doit être considéré comme un marché distinct avec ses particularités propres de nature à justifier des décisions différentes.

C'est au demeurant la position qu'exprimait le Conseil de la Concurrence dans son avis n° 04-A-17 du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de Régulation des Télécommunications : *« Les DOM...possèdent de nombreuses particularités faisant d'eux des marchés distincts de la métropole : l'éloignement géographique, les caractéristiques météorologiques, les caractéristiques socio-économiques différentes, une pénétration des mobiles spécifiques, un démarrage de l'activité mobile plus tardif »*.

Dans le cadre très spécifique du marché des DOM, les mesures envisagées par l'Autorité de Régulation des Télécommunications iront à l'encontre des objectifs annoncés et sont de nature à accroître la fragilité financière de Bouygues Telecom Caraïbe (1) tout en rompant l'égalité de traitement entre les opérateurs (2).

La conséquence ultime de telles mesures pouvant être la disparition à court terme d'une véritable concurrence sur le marché des DOM., situation pourtant redoutée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications et qui a justifié son appui aux demandes de mesures conservatoires de Bouygues Telecom Caraïbe³.

1.	UN ACCROISSEMENT DE LA FRAGILITE FINANCIERE DE BOUYGUE TELECOM CARAÏBE
----	---

L'Autorité de Régulation des Télécommunications envisage d'imposer à Orange Caraïbe de faire droit à toute demande temporaire d'itinérance locale. Ce remède lui apparaît pertinent au regard de son impact sur la situation de Bouygues Telecom Caraïbe, qu'elle entend protéger du fait de sa fragilité.

² Avis n°04-860 de l'Autorité de Régulation des Télécommunications sur la demande d'avis du Conseil de la Concurrence sur la plainte de la société Bouygues Telecom Caraïbe à l'encontre des pratiques mises en œuvre sur le marché de la téléphonie mobile dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane.

³ « L'Autorité considère que les demandes de Bouygues Telecom Caraïbe qui semble en situation financière tendue doivent être examinées avec beaucoup d'attention du fait que la disparition éventuelle du seul opérateur alternatif significatif sur l'ensemble de la zone porte vraisemblablement atteinte à l'économie du secteur et aux intérêts des consommateurs » Avis n°04-860 précité.

Pour autant, il résulte de la situation de Bouygues Telecom Caraïbe⁴ et du verrouillage du marché opéré par Orange Caraïbe tels qu'exposé devant L'Autorité de Régulation des Télécommunications et le Conseil de la Concurrence, que toutes mesures du type de celles envisagées par l' L'Autorité de Régulation des Télécommunications ne permettraient pas d'ouvrir le marché à la concurrence au-delà des mesures conservatoires confirmées par la Cour d'appel de Paris dans son arrêt du 28 janvier 2005 et accroîtraient la fragilité de Bouygues Telecom Caraïbe.

En effet, la Cour d'appel a fait siens les motifs du Conseil de la concurrence permettant d'estimer *« qu'il peut être raisonnablement présumé que la société Orange Caraïbe exploite abusivement sa position dominante sur le marché considéré en imposant une obligation d'exclusivité et, après cessation des relations contractuelles, de non concurrence aux distributeurs diffusant ses services, en imposant des liens d'exclusivité au seul réparateur de terminaux mobile agréé dans les Caraïbes, en appliquant une tarification préférentielle non justifiée aux appels émis par ses clients à l'intérieur de son propre réseau par rapport à ceux destinés aux clients de Bouygues Telecom caraïbe et, enfin, en mettant en œuvre certains programmes tendant à la fidélisation de la clientèle »*.

Et la Cour de confirmer les mesures conservatoires prononcée par le Conseil.

L'Autorité entend donc ajouter aux mesures énoncées une obligation réglementaire spécifique d'accueil, sans s'interroger ni anticiper, voire prendre en compte l'effet que ces mesures auront sur le marché.

Pourtant, les dites mesures devraient contribuer de façon efficace au rétablissement, dès 2005, des conditions d'une concurrence plus équilibrée. Bouygues Telecom Caraïbe et les autres opérateurs mobiles autorisés sur la zone devraient pouvoir en bénéficier et Bouygues Telecom Caraïbe considère qu'elle devrait alors être en mesure d'atteindre en 3 ans un parc d'abonnés permettant d'envisager rapidement l'atteinte de son équilibre financier, de la rentabilité et une capacité d'investissement dans les évolutions technologiques nécessaires (GPRS, Edge).

A cet égard, Bouygues Telecom Caraïbe a démontré dans le cadre de la procédure devant le Conseil de la Concurrence, la nécessité pour elle de parvenir à une part de marché de l'ordre de 33%, soit 250 000 clients, pour assurer sa pérennité sur le marché Antilles Guyane, voire dégager une rentabilité suffisante permettant la poursuite des investissements et une juste rentabilité des actionnaires (et non pas une part de marché de 17% comme actuellement).

Or, les mesures de type « itinérance régionale » auraient l'effet contraire sur la situation de Bouygues Telecom Caraïbe et aboutirait à son éviction du marché, comme l'explicite l'étude produite en annexe.

⁴ Environ 80 millions d'euros de perte cumulées à fin 2003

Or, comme le relève la Cour d'appel, « *la sortie du marché du seul opérateur de réseau alternatif, qui aurait pour conséquence de soustraire Orange Caraïbe à toute pression concurrentielle, ne pourrait qu'entraîner des conséquences négatives pour l'économie du secteur intéressé et l'intérêt des consommateurs* ». Par ailleurs, « *le maintien de Bouygues Telecom caraïbe sur le marché dans les conditions actuelles, impliquant un report des investissements dans les nouvelles technologies nécessaires à l'amélioration du service rendu au consommateur aurait, à terme, des effets proches de ceux de la situation de monopole qu'emporterait le retrait du groupe Bouygues Telecom* ».

2. la rupture de l'égalité de traitement entre les opérateurs

L'article L.32-1 du Code des postes et communications électroniques dispose, à son paragraphe II, que :

« *Dans le cadre de leurs attributions respectives, le ministre chargé des communications électroniques et l'Autorité de régulation des télécommunications [...] veillent [...]*

2. *A l'exercice au bénéfice des utilisateurs d'une concurrence effective et loyale entre les exploitants de réseau et les fournisseurs de services de communication électroniques ; [...]*

A l'absence de discrimination, dans des circonstances analogues, dans le traitement des opérateurs [...]. ».

Il s'agit là de **dispositions spécifiques à la mission de l'Autorité, laquelle doit donc veiller à ce qu'il n'y ait pas de discrimination dans le traitement des entreprises qui fournissent des réseaux et des services de communications électroniques** (cf également directive du 7 mars 2002⁵ et sa transposition en droit interne avec l'adoption de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 « *relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom* » et de la loi n°2004-669 du 9 juillet 2004, « *relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle* »).

Le Conseil d'Etat (cf par exemple arrêt du 14 avril 1999 et en dernier lieu arrêt du 25 juin 2004⁶) saisi au contentieux a de fait, à plusieurs reprises, référence au texte et aux principes de l'article L.32-1 du Code des postes et communications électroniques pour rappeler que les conditions d'accès aux réseaux de télécommunication devaient être non discriminatoires .

⁵ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 « *relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques (directive cadre)* », JOCE L 108 du 24 avril 2002 (« *Paquet Telecom* »)

⁶ CE, 14 avril 1999, France Telecom, requête n° 187-570 ; CE, 25 juin 2004, Société Scoot France et Société Fonecta, requêtes n° 249-300 et 249-722 ; cf également CE, 21 mars 2001, France Telecom, requête n° 211-608

En l'espèce, afin de favoriser la concurrence sur la zone Antilles-Guyane, dans « *le respect d'un jeu concurrentiel loyal ainsi que des investissements consentis par les acteurs ayant déjà déployé un réseau* », l'Autorité de Régulation des Télécommunications propose une solution d' « itinérance » qui pourrait être demandée par un opérateur « *qui dispose d'une autorisation au sein de la zone Antilles-Guyanes [mais] qui n'a pas encore achevé le déploiement de son réseau et respecte ses obligations de déploiement* ».

L'Autorité de Régulation des Télécommunications propose également que cette solution puisse « *dans un cadre de continuité de service* » être demandée « *par un opérateur n'étant autorisée que sur une partie géographiquement restreinte de la zone Antilles* ».

Dans le premier cas, l'Autorité semble viser OUTREMER TELECOM et dans le second la société OCEANIC DIGITAL, Dauphin Telecom, opérateur à Saint Martin bénéficiant déjà d'un accord de roaming négocié avec Orange Caraïbe pour la Guadeloupe..

Le remède envisagé par l'Autorité entend donc ériger en obligation réglementaire un mécanisme relevant simplement de la liberté contractuelle.

Au-delà de cet aspect, la solution proposée par l'Autorité de Régulation des Télécommunications pose une triple problématique :

1. Le non respect des obligations de déploiement.

L'Autorité de Régulation des Télécommunications pose notamment comme condition préalable à la proposition qu'elle fait que l'opérateur qui en serait bénéficiaire « *respecte ses obligations de déploiement* ».

Cette condition préalable est un véritable postulat de base pour l'Autorité, puisque déjà dans son avis 04-860 susmentionné, elle indiquait sans équivoque : « *...il convient de rappeler qu'afin de pouvoir lancer des offres commerciales à destination du client final, il faut non seulement obtenir une autorisation individuelle d'utilisation des fréquences mais aussi disposer des ressources techniques et financières permettant d'assurer le déploiement d'un réseau mobile et d'être en mesure de respecter l'ensemble des obligations associées à l'autorisation* ». Le calendrier de déploiement étant naturellement une des obligations principales de l'opérateur ayant obtenu une autorisation individuelle.

Pourtant, en l'espèce, **ni Outremer Telecom, ni Océanic Digital ne respectent leurs obligations de déploiement.**

En effet, selon l'arrêté du 30 novembre 2000 modifié autorisant Outremer Télécom à établir un réseau radioélectrique, cette société devait couvrir 90% de la population des départements de la Guadeloupe de la Martinique et de la Réunion ainsi que 75% de la population de la Guyane au plus tard le 25 février 2004.

Or, au 1^{er} février 2005, cet opérateur n'a pas encore commencé son déploiement en Martinique et Guadeloupe⁷. Et elle n'a déployé un réseau mobile en Guyane que début décembre 2004, avec 10 mois de retard sur le calendrier inscrit dans son autorisation⁸.

Et ce alors même que lors de l'obtention de sa licence en novembre 2000, cet opérateur déclarait⁹ qu'elle investirait « entre 300 et 500 millions de francs » (soit entre 46 et 76 millions d'euros) pour déployer ses infrastructures (réseaux et points de vente) au cours du premier semestre 2001, ce qui devrait représenter aussi une centaine d'emplois supplémentaires, et lui permettrait de couvrir dès la fin juin 2001, et à l'exception de la Guyane, 80% de la population en Martinique et Guadeloupe.

Promesse que l'opérateur réitérait fin 2001¹⁰, puis en 2002¹¹ après avoir obtenu un agrément à la défiscalisation de 10 millions d'euros tout en baissant le montant prévisionnel de ses investissements à 36 millions d'euros¹². En 2003, Outremer Telecom promettait de nouveau une offre de téléphonie mobile « dans le courant 2003¹³ ». Là encore sans respecter sa promesse.

Enfin, en 2004, un fonds spéculatif américain (Apax Partner) prenait le contrôle d'Outremer Telecom avec l'intention clairement affichée d'en ressortir dans 3 à 6 ans¹⁴ avec pour seul objectif de réaliser une plus-value et non d'assurer la pérennité de l'opérateur.

⁷ Sur la Réunion, l'A.R.T instruit actuellement une procédure de vérification de cette obligation de couverture. Cela ne semble pas être le cas pour la Martinique et la Guadeloupe, et n'a a priori pas été le cas non plus pour la Guyane.

⁹ France-Antilles Martinique des 14 et 20.11.2000

¹⁰ France-Antilles Martinique du 15.11.2001.

¹¹ France-Antilles Martinique du 21.03.2002

¹² Pour rappel, Bouygues Telecom Caraïbe a investi plus de 60 millions d'euros dans son réseau

¹³ France-Antilles Martinique du 1.02.2003

¹⁴ « *Le portefeuille, constitué de 39 sociétés au 30 juin 2004, est géré de façon dynamique avec une durée moyenne de détention comprise entre trois et six ans* » cf site internet d'Altamir, la société créée et gérée par Apax pour ce type d'opérations.

Quant à Oceanic Digital (racheté par ATT Wireless lui même racheté par Cingular Wireless), selon l'arrêté du 14 mars 2002 l'autorisant à établir un réseau radioélectrique, cette société devait couvrir 90% de la population des départements de la Guadeloupe et de la Martinique au plus tard le 25 Avril 2005.

Au 1^{er} février 2005, cet opérateur n'a pas encore commencé son déploiement en Martinique et Guadeloupe, et eu égard aux contraintes techniques liés à un déploiement, il apparaît d'ores et déjà peu plausible qu'il puisse ouvrir son réseau en avril prochain, ses ambitions semblant se limiter à offrir à sa clientèle américaine la possibilité de roamer aisément sur l'arc antillais.

Aucun autre opérateur mobile alternatif autorisé ne pourrait et ne devrait donc bénéficier de la mesure envisagée.

2.La rupture d'égalité de traitement.

Dans l'hypothèse où malgré le non respect de leurs obligations de déploiement, l'Autorité de Régulation des Télécommunications permettrait néanmoins aux opérateurs précités de bénéficier d'une prestation d'itinérance de la part d'Orange Caraïbe, cette situation créerait une rupture d'égalité de traitement avec Bouygues Telecom Caraïbe.

En effet, alors que Bouygues Telecom Caraïbe a respecté les obligations de déploiement qui lui ont été imposées et a pour ce faire lourdement investi tout en permettant l'ouverture de la concurrence au plus grand bénéfice du consommateur, l'Autorité permettrait non seulement que certains opérateurs ne procèdent à aucun investissement en ne respectant pas leurs obligations de déploiement, mais loin de les sanctionner, leur apporterait ce que l'Autorité qualifie d'elle même « *d'aide au déploiement* ».

Ce faisant, **elle placerait ces deux opérateurs dans des conditions concurrentielles beaucoup plus favorables que celles accordées à Bouygues Telecom Caraïbe**, dans la mesure où ils pourront bénéficier de la possibilité d'étaler leurs investissements d'infrastructures (notamment réseau) sur une période beaucoup plus longue que celle dont a bénéficié Bouygues Telecom Caraïbe, dont la durée de licence a également été volontairement réduite.

Grâce à cet important avantage qui va leur permettre, en étalant leur coûts¹⁵, de disposer d'une trésorerie beaucoup plus conséquente, ces opérateurs vont pouvoir concurrencer Bouygues Telecom Caraïbe de façon infiniment plus vive que s'ils avaient eu à supporter « normalement » la charge de leurs investissements d'infrastructures.

Cette situation va naturellement contraindre Bouygues Telecom Caraïbe à réagir car à défaut elle perdra des clients et partant du revenu ce qui fragilisera un peu plus sa situation.

Mais cet effort supplémentaire que Bouygues Telecom Caraïbe devra faire en essayant de proposer des offres aussi voire plus intéressantes que ces nouveaux concurrents aura en tout état de cause, au moins dans un premier temps, un effet négatif sur sa trésorerie, laquelle est pourtant déjà obérée (cf supra).

3. Une rupture d'égalité de traitement qui ne se justifie pas.

Indépendamment des points 1 et 2 sus évoqués, favoriser l'arrivée d'un troisième opérateur dans des conditions discriminatoires est d'autant plus injustifiables que le marché de la téléphonie mobile aux Antilles-Guyane est d'ores et déjà très concurrentiel comme le montre les éléments suivants :

- les prix de détail qui ne cessent de baisser depuis l'arrivée de Bouygues Telecom Caraïbe sur le marché,
- le taux de pénétration est particulièrement élevé malgré un pouvoir d'achat limité ;
- ce taux de pénétration est élevé sur l'ensemble des segments du marché, en ce compris les plus faiblement consommateur grâce à des offres performantes (forfaits bloqués, possibilité de téléphoner en métropole au prix du local, carte recharge à 5 euros etc.).
- Les récentes mesures conservatoires imposées par le Conseil de la Concurrence à Orange Caraïbe l'ont été précisément pour permettre de sauvegarder la concurrence en la rendant plus loyale et équitable, donc in fine de la renforcer,
- les marchés de même taille que celui des Antilles-Guyane, (Luxembourg, Malte, Islande, Chypre par exemple) ne comptent au demeurant pas plus de deux opérateurs ¹⁶.

¹⁵ Or comme le souligne Jean-Michel HUBERT (in Les entretiens de l'Autorité, Ouverture à la concurrence et évaluation des coûts dans le secteur des télécommunications-27 mai 1999) « la prise en compte de cette notion de coût est assurément indispensable voire cruciale dans la détermination ou dans l'appréciation des conditions de concurrence ».

¹⁶ Source Mobile Communications 18 janvier 2005

En outre, comme le soulignait elle-même l'Autorité de Régulation des Télécommunications dans son avis n°04-860 du 14 octobre 2004 : «....*compte tenu de l'importance des territoires et des populations en cause...il est vraisemblable que le marché est de taille suffisante pour permettre une concurrence par les infrastructures d'au moins deux opérateurs de réseau....étant entendu que le fait qu'un marché comporte plus de deux acteurs sur le marché ne préjuge en rien de l'effectivité du jeu concurrentiel sur le marché en cause* ».

Philippe Nasse¹⁷, vice président du Conseil de La concurrence relevant quant à lui « *les effets bénéfiques complets de l'ouverture à la concurrence ne sont pas toujours atteints : s'engager dans le cercle vertueux où l'arrivée de concurrents....provoque l'innovation, l'investissement sur le marché domestique et finalement un rythme de croissance plus élevé suppose que la concurrence agisse comme un aiguillon : la concurrence doit faire réagir les firmes concurrencées, pas les tuer...la concurrence est un bienfait à la condition de n'être pas mortelle* ».

En l'espèce, ce n'est pas tant l'arrivée de nouveaux concurrents qui pourraient « tuer » Bouygues Telecom Caraïbe, mais leur arrivée dans des conditions discriminatoires qui rompraient l'égalité de traitement entre les opérateurs.

Il apparaît donc bien que le remède envisagé par l'Autorité de Régulation des Télécommunications irait à l'encontre des objectifs annoncés et introduirait de conditions de marché inéquitable entre les différents acteurs.

Il est donc nécessaire que les éventuels nouveaux entrants et les infrastructures qu'ils seraient amenés à déployer soient financées par leurs actionnaires dans le respect du cahier des charges attaché à leur licence sans pour cela que le régulateur leur accorde une aide permettant d'étaler leurs coûts sur une période anormalement longue dont les autres opérateurs présents sur le marché n'ont pas bénéficié.

¹⁷ Philippe Nasse, symposium concurrence et investissement, Istanbul 4-5 mars 2004.