

Contribution de la société OUTREMER TELECOM sur les consultations publiques de l'ARCEP :

- **relative à la détermination des marchés pertinents relatifs à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles d'Outremer Telecom et de Saint-Martin et Saint-Barthélemy TEL CELL ;**
- **relative à l'analyse de l'influence significative de la société Outremer Telecom sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau mobile et les obligations imposées à ce titre**

Résumé de la contribution

La précipitation dans laquelle l'ARCEP a réalisé sa consultation publique l'a conduite à négliger toute concertation préalable avec Outremer Telecom et à faire fi de toute analyse de la situation réelle du marché que l'ARCEP s'apprête à réguler. Ainsi, la consultation publique s'appuie principalement sur l'observation des marchés réalisée pour les trois opérateurs mobiles métropolitains légèrement complétée pour l'analyse initiale des marchés des DOM. Dès lors, toute l'analyse est faussée et Outremer Telecom a en particulier pu constater :

- que le marché avait été défini *a priori* sans aucune observation des comportements sur les marchés de détail et de gros concernés, au contraire de ce que les recommandations et lignes directrices de la Commission européenne prévoient ;
- que la définition du marché géographique reprend les précédentes analyses pour les DOM : l'Autorité n'analyse pas les conditions de concurrence fort différentes sur le marché des terminaisons d'appel d'Outremer Telecom entre la Guyane où Outremer Telecom dispose de 15% de part de marché, et les deux départements des Antilles où sa part de marché est de 1,5%. De même, l'ARCEP ne prend pas en compte les différences géographiques telles que par exemple les spécificités exceptionnelles des coûts de déploiement des réseaux sur la Guyane alors même que ces spécificités sont prises en compte depuis plusieurs années sur l'offre d'interconnexion de France Télécom ;
- l'analyse de l'influence significative de la société Outremer Telecom sur le marché est appréciée sans prise en compte de la situation très particulière qui a pu être observée tant en Guyane qu'aux Antilles : la réalité du contre-pouvoir d'achat d'Orange Caraïbe a en effet fait l'objet d'une observation réelle en 2005 lorsqu'après une baisse du niveau des terminaisons d'appel d'Orange Caraïbe, Bouygues Telecom Caraïbe a été contraint de baisser le niveau de ses terminaisons d'appel sans qu'aucune régulation *ex ante* ne le lui impose, mais du simple fait de la différenciation sur le marché de détail entre les tarifs *off net* et *on net* d'Orange Caraïbe qui avec plus de 80% de part de marché, bénéficie d'un effet de club unique en France, si ce n'est en Europe. Ainsi, en se privant d'analyser

l'impact de cette situation exceptionnelle pour Outremer Telecom, après la phase de lancement de ses activités, l'Autorité régule un marché là où la régulation logiquement ne devrait pas s'imposer.

S'agissant du choix des remèdes, la volonté de l'Autorité d'évacuer le sujet conduit à proposer des mesures qui :

- ne respectent pas le cadre réglementaire : fixation d'un tarif-plafond, sans aucune analyse des coûts d'Outremer Telecom et donc du caractère réellement ou non excessif du tarif, absence de prise en compte de la nécessité de fixer une méthode d'analyse différente pour des tarifs non excessifs de celle pratiquée pour les tarifs orientés vers les coûts prenant notamment en compte, les investissements réalisés et la rémunération raisonnable du capital engagé compte tenu des risques encourus, ainsi que les objectifs de promotion de la concurrence et d'incitation à l'investissement et d'absence de traitement discriminatoire des opérateurs.
- reposent en réalité sur une méthode de réciprocité retardée :
 - Basée sur des éléments de benchmark erronés : prise en compte des tarifs de Bouygues Telecom Caraïbe et d'Orange Caraïbe de 2003 en indiquant qu'il s'agit de leurs tarifs initiaux, alors que la prise en compte des tarifs initiaux d'Orange Caraïbe et de Bouygues Telecom Caraïbe conduirait à des tarifs égaux ou supérieurs aux terminaisons actuelles d'Outremer Telecom ;
 - Méthode construite pour la téléphonie fixe qui n'est pas légitime en matière de téléphonie mobile ;
 - Méthode qui, de surcroît, semble remise en cause s'agissant de la téléphonie fixe tant au niveau de la Commission européenne qu'au niveau français.
- ne tiennent pas compte de la situation exceptionnelle du marché mobile aux Antilles et en Guyane, seuls marchés en France où il existe un véritable risque de monopole et où l'action du régulateur doit donc favoriser le développement d'une concurrence pérenne de nouveaux acteurs face à Orange Caraïbe ;
- qui constituent un message contradictoire avec le discours de l'ARCEP qui jusqu'à présent soulignait sa volonté de favoriser les opérateurs investissant dans la construction de nouveaux réseaux mobiles. Or, en l'espèce, les remèdes envisagés par l'ARCEP conduisent tout simplement :
 - à refuser toute distinction de traitement entre les opérateurs tenus à l'orientation de leurs tarifs vers les coûts et ceux tenus par des prix non excessifs, faute de définition d'une méthodologie spécifique à l'application du principe de tarification non excessive ;
 - pénalisante pour un opérateur comme Outremer Telecom déployant son réseau près de dix ans après l'opérateur historique puisque son niveau de terminaisons d'appel est régulé dès l'origine alors qu'Orange Caraïbe, pourtant déclaré puissant depuis 1999, n'a vu ses tarifs régulés qu'en 2005 et que le prix actuel des terminaisons d'Outremer Telecom correspond à celui d'Orange Caraïbe en 1999 alors que le prix-plafond que

l'ARCEP entend lui imposer correspondrait à celui d'Orange Caraïbe en 2003, soit huit ans après l'ouverture de son réseau.

Au final, le manque d'attention portée à la situation d'Outremer Telecom aboutit à une situation nouvelle consistant à contraindre un nouvel opérateur mobile au respect de prix-plafond dès l'ouverture de son réseau et sans aucune analyse de la situation de cet acteur.

1. Sur la consultation publique relative à la détermination des marchés pertinents

1.1 Une définition précoce du marché de la terminaison d'appel vocal sur le réseau mobile de la société Outremer Telecom

Pour la première fois, l'ARCEP définit des marchés pour des opérateurs qui soit n'ont pas encore ouvert leur service (Tel Cell), ou viennent de lancer leur activité :

- ouverture du réseau GSM d'Outremer Telecom en Guyane en novembre 2004,
- ouverture du réseau GSM d'Outremer Telecom en Martinique et en Guadeloupe (à l'exception de Saint-Martin et Saint-Barthélemy) en décembre 2005.

Alors que jusqu'à présent, les opérateurs dont les terminaisons d'appel mobile ont été régulées *ex ante*, tant sous l'ancien cadre réglementaire que sous le nouveau cadre réglementaire, exerçaient tous leur activité depuis plusieurs années.

Une telle définition précoce du marché des terminaisons d'appel sur les réseaux d'Outremer Telecom apparaît en contradiction tant avec le cadre juridique sur lequel est fondée cette régulation *ex ante* qu'avec les objectifs économiques poursuivis.

Il serait donc légitime que le développement des activités mobiles d'Outremer Telecom, qui est entrée sur le marché des DOM, dans des conditions beaucoup plus difficiles que ses concurrents, bénéficie d'une période d'observations au moins aussi longue que les autres opérateurs mobiles, avant que ses marchés de gros de terminaison d'appel ne soient définis, que sa puissance soit éventuellement constatée et des remèdes lui soient imposés. Cette période doit être suffisante pour permettre à l'ARCEP de constater si les tarifs de terminaison d'Outremer Telecom sont contraints par les effets de club générés par la tarification de détail d'Orange ou nécessitent une intervention *ex ante* du régulateur.

a) *La prise en compte des principes de droit de la concurrence ainsi que de la recommandation et des lignes directrices de la Commission nécessite une analyse des comportements préalable à la définition du marché tant sur le marché concerné par la régulation que sur le marché de détail*

- Conformément à l'article 15 de la Directive-cadre, les marchés sont définis « *en accord avec les principes du droit de la concurrence* » et « *les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices pour la définition des marchés pertinents...* »

Or pour définir un marché en droit de la concurrence, on observe le fonctionnement du marché dans la réalité et dès lors, les marchés de produits ou services ne sont jamais définis en droit de la concurrence sans qu'ils n'aient pu fonctionner durant une certaine durée pour qu'un constat puisse être réalisé.

Ce principe de définition du marché à partir de l'observation de son fonctionnement sur une durée déterminée est repris dans la recommandation et les lignes directrices de la Commission.

Ainsi, on note au paragraphe 7 de la recommandation du 11 février 2003 que la Commission considère que « *le point de départ de la définition et du recensement des marchés est la caractérisation des marchés de détail sur une durée déterminée... Après avoir caractérisé et défini les marchés de détail, c'est-à-dire les marchés de l'offre et de la demande pour les utilisateurs finals, on peut aborder le recensement des marchés de gros pertinents...* ».

Dans le même sens, les lignes directrices de la Commission indiquent que « *la définition du marché n'est pas un processus mécanique ou abstrait ; elle suppose une analyse de tous les éléments d'appréciation disponibles concernant les comportements observés sur le marché par le passé et une compréhension global des mécanismes du secteur concerné* ».

- **En définissant le marché des terminaisons d'appel sur les réseaux d'Outremer Telecom dès l'ouverture de ces réseaux, l'ARCEP n'a pu procéder à cette analyse des comportements observés ni sur les marchés de détail concernés, ni sur le marché nouvellement défini.**

A titre d'exemple, l'ARCEP n'a ainsi pas pu prendre en compte l'impact de la différenciation tarifaire réalisée par les concurrents d'Outremer Telecom, Orange Caraïbe, Bouygues Telecom Caraïbe pour les appels se terminant vers les réseaux d'Outremer Telecom, en fonction des différences de charges de terminaisons d'appel. Or, l'expérience du marché des DOM montre qu'une telle différenciation tarifaire sur le

marché de détail peut avoir un effet sur le comportement d'Outremer Telecom sur le marché de gros concerné¹ (voir §2.1.3 ci-après).

De même, en régulant de manière précoce le marché de la terminaison d'appel mobile d'Outremer Telecom, l'ARCEP s'est privée de l'analyse du comportement des autres opérateurs mobiles sur le marché de gros. A ce jour, ni Orange Caraïbe, ni Bouygues Telecom Caraïbe, ni aucun opérateur mobile concurrent d'Outremer Telecom n'ont mis en œuvre une interconnexion réciproque de leurs réseaux avec ceux d'Outremer Telecom. En effet, aucun des concurrents d'Outremer Telecom n'estime que les volumes de trafic se terminant vers les réseaux d'Outremer Telecom ne sont encore suffisants pour justifier une interconnexion directe. Ils préfèrent tous pour le moment utiliser France Télécom comme opérateur de transit, quel que soit le coût supplémentaire de la prestation de transit qui leur est facturé, et dès lors, seul France Télécom utilise une interconnexion directe pour acheminer du trafic se terminant vers les abonnés mobiles d'Outremer Telecom.

- Certes, la consultation publique de l'ARCEP procède par comparaison avec le comportement des acteurs sur d'autres marchés de terminaison d'appel mobile et en cela, apparaît procéder à une analyse prospective. Toutefois, non seulement une telle analyse est biaisée en ce qu'elle ne prend pas en compte l'exemple récent de Bouygues Telecom Caraïbe (voir §2.1.3 ci-après), mais en tout état de cause, n'est pas suffisante puisqu'en matière de terminaison d'appel on définit un marché différent par opérateur. L'analyse prospective doit donc nécessairement s'appuyer sur l'observation de comportement sur le marché de l'opérateur en question. Une telle approche personnalisée est d'autant plus importante que d'un acteur à un autre on peut observer des différences de comportement. Ainsi par exemple, dans l'ancien cadre réglementaire en Métropole, seul Orange et SFR avaient été déclarées « opérateur puissant » et pourtant Bouygues Télécom avait dû suivre les baisses des charges de terminaisons d'appel des opérateurs puissants pour éviter l'impact d'une trop grande différenciation tarifaire sur le marché de détail. **A l'inverse, d'autres opérateurs non déclarés « puissants » n'ont pas eu un même comportement, ce qui montre bien qu'une analyse spécifique à chaque marché de terminaison d'appel est indispensable.**

b) Une définition précoce du marché est contraire aux objectifs fixés par l'article 8, paragraphes 2 et 3 de la Directive « Cadre »

- Dans l'élaboration des obligations *ex ante*, les autorités réglementaires doivent respecter les objectifs généraux fixés à l'article 8 des paragraphes 2 et suivants de la Directive-cadre qui sont repris à l'article L.32-1 du CPCE.

¹ Voir à cet égard, Avis n° 04-860 de l'ARCEP, pages 11; Décision n° 04-MC-02 du Conseil de la concurrence, paragraphes 56 et suivants ; Avis n° 04-A617 du Conseil de la concurrence, point 54.

Or, en régulant le marché de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles d'Outremer Telecom dès l'ouverture de ses réseaux, l'ARCEP adopte une décision qui est contraire aux objectifs suivants :

- encourager des investissements efficaces en matière d'infrastructure ;
- veiller à ce qu'il n'y ait pas, dans des circonstances analogues, de discrimination dans le traitement des entreprises qui fournissent des réseaux et des services de communications électroniques.

L'article L.32-1 du CPCE ajoute également comme objectif « *la prise en compte de l'intérêt des territoires* ».

- Les départements d'outre-mer souffrent d'une insuffisance de concurrence puisque jusqu'à l'ouverture des réseaux d'Outremer Telecom il n'y avait que deux opérateurs mobiles significatifs avec un risque de disparition de l'un des acteurs qui a dû conduire le Conseil de la concurrence à intervenir sur le marché de détail. Face à ces caractéristiques spécifiques du marché mobile des DOM, la définition précoce du marché des terminaisons d'appel mobile d'un nouvel acteur apparaît comme une mesure non incitative à investir dans le développement de nouveaux réseaux mobiles sur ces territoires.
- Par ailleurs, l'ARCEP définit un marché de la terminaison d'appel sur les réseaux d'Outremer Telecom dès l'ouverture de ses réseaux alors que ses concurrents n'ont vu leur marché de gros faire l'objet d'une régulation *ex ante*, dans l'ancien cadre, comme dans le nouveau cadre, que plusieurs années après l'ouverture de leur réseau :
 - Orange Caraïbe : ouverture du réseau en 1996, définition en tant qu'« opérateur puissant » en 2003, premier price-cap en 2005 ;
 - Bouygues Telecom Caraïbe : ouverture du réseau en 2001, définition de son marché de gros de terminaison d'appel et déclaration comme « opérateur puissant » en 2005.

Ceci crée une discrimination dans le traitement au regard de la régulation *ex ante* entre Outremer Telecom et ses concurrents (voir §2.2.3 et 2.2.4 ci-après).

c) Un risque de confusion entre la régulation ex ante et les obligations réglementaires

- Le droit des communications électroniques a introduit en matière d'interconnexion et d'accès une distinction fondamentale entre :
 - les obligations réglementaires qui s'imposent à tous les opérateurs, quelle que soit leur position sur le marché ;
 - les obligations de régulation *ex ante* qui sont imposées après une analyse au cas par cas des comportements sur un marché donné.

En décidant de réguler le marché de la terminaison d'appel sur les réseaux d'Outremer Telecom dès leur ouverture et donc sans analyse du comportement des acteurs sur ce marché (voir a) ci-dessus), on aboutit en pratique à créer au travers des obligations *ex ante*, des obligations réglementaires supplémentaires en matière de prestations de terminaison d'appel. **En effet, à partir du moment où l'on impose des obligations *ex ante* à tous les opérateurs de boucle locale sur leurs prestations de terminaison d'appel, dès l'ouverture de leur réseau, on aboutit clairement à créer des obligations qui ne sont ni temporaires, ni le résultat d'une analyse spécifique du marché concerné, mais qui sont en réalité imposées de la même manière que des obligations réglementaires, c'est-à-dire sans prise en compte de la situation particulière d'un acteur ou d'un marché donné et sans évolution possible dans le temps, à cadre juridique constant.**

- On aboutit donc en réalité à supprimer la distinction entre les obligations réglementaires et les obligations *ex ante* prévues par les « Directives-cadre » et « Accès » s'agissant des prestations de terminaison d'appel. En effet, le seul paramètre qui permet aujourd'hui de maintenir une telle distinction est de considérer que l'application des mesures de régulation *ex ante* pour les prestations de terminaison d'appel ne peut pas prendre effet avant que le marché en cause n'ait pu être observé pendant une période déterminée, postérieure à l'ouverture du réseau, période qu'Outremer Telecom estime comme devant être de 24 à 36 mois.

1.2 La définition géographique du marché

L'analyse de l'ARCEP définit un seul marché géographique couvrant la zone Guyane-Antilles. On comprend que cette définition tient au périmètre de l'autorisation DOM3 attribuée à Outremer Telecom (voir consultation publique page 22). Si une définition du périmètre géographique du marché en fonction du périmètre géographique de la licence a pu être un critère pertinent pour d'autres opérateurs mobiles, il n'en est pas de même pour Outremer Telecom. **En effet, l'autorisation GSM DOM3 attribuée à Outremer Telecom couvre à la fois les Antilles, la Guyane et la Réunion.** L'existence même de la Réunion dans le périmètre de la licence montre que le critère de l'étendue géographique de la licence est inapplicable en l'espèce. En conséquence, la définition géographique du ou des marchés pertinents doit s'appuyer sur les critères habituels retenus en droit de la concurrence. Or, cette analyse conduit à considérer :

- que chaque DOM est un marché différent (1.2.1) ;
- ou en tout état de cause, que le marché de la Guyane doit être distingué du marché des Antilles (1.2.2).

1.2.1 Chaque DOM constitue un marché différent s'agissant des terminaisons d'appels d'Outremer Telecom

a) La jurisprudence du Conseil de la concurrence

A plusieurs reprises, le Conseil de la concurrence a estimé que la distinction géographique par département apparaissait la plus adaptée en ce qui concerne les DOM dès lors que chaque DOM présente des spécificités certaines qui en font autant de marchés distincts entre eux. Le Conseil de la concurrence a ainsi identifié l'existence d'un marché du « *déménagement de militaires en Métropole et dans chaque département d'outre-mer* », considérant chaque DOM comme un marché géographique distinct.²

Dans le secteur de la distribution au détail de biens de consommation courante, le Conseil de la concurrence a identifié autant de marchés que de DOM, distinguant ainsi les marchés locaux de la Guadeloupe, de la Martinique, et de la Guyane, « *marchés géographiques qui se distinguent les uns des autres en raison du caractère insulaire de la Guadeloupe et de la Martinique et de l'éloignement de la Guyane par rapport aux départements antillais ou métropolitains* ».³

Parallèlement, le Conseil de la concurrence estime que « *compte tenu de son éloignement et des spécificités de la distribution de films dans cette zone, la distribution de films dans les Antilles constitue un marché pertinent* » et identifie deux marchés connexes départementaux de l'exploitation des films en salle, en Guadeloupe d'une part, et en Martinique d'autre part⁴.

b) Les critères de distinction des marchés géographiques identifiés ou sur le marché des terminaisons d'appels mobiles

En ce qui concerne plus particulièrement le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en France, le Conseil de la concurrence a récemment eu l'occasion d'examiner la situation concurrentielle prévalant sur les DOM et a estimé que « *les DOM, Mayotte, et Saint Pierre et Miquelon (collectivités territoriales) possèdent de nombreuses particularités faisant d'eux des marchés distincts de la Métropole* ». A cet égard, il a identifié sur les critères suivants :

- l'éloignement géographique et l'isolement des îles ;
- les caractéristiques météorologiques et environnementales particulières ;
- les caractéristiques socio-économiques différentes ;

² Décision n°92-D-36 du Conseil de la concurrence du 19 mai 1992, relative à la situation de la concurrence dans le secteur du déménagement des fonctionnaires et agents français en provenance ou à destination des DOM et des TOM, BOCCRF n°14 du 31 juillet 1992, p. 244.

³ Décision n°97-D-20 du conseil de la concurrence du 25 mars 1997 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Reynoird dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane, BOCCRF n°11 du 11 juin 1997, p. 414.

⁴ Décision Conseil de la concurrence n°04-D-44 du 15 septembre 2004.

- une pénétration des mobiles spécifiques ;
- un démarrage de l'activité mobile plus tardif ».⁵

Si on applique ces critères au cas des terminaisons l'appels mobiles d'Outremer Telecom, les éléments suivants doivent conduire à considérer qu'il y a un marché par DOM, à l'instar de ce qui a été décidé par l'ARCEP pour les départements de l'Océan Indien, à savoir un marché distinct pour la Réunion et Mayotte :

- Chacun des trois DOM constitue une zone géographique autonome et les échanges entre ces DOM sont limités. Certes, il y a plus d'échanges entre la Martinique et la Guadeloupe qu'entre ces deux DOM et la Guyane, mais les échanges entre les deux DOM des Antilles restent limités.
- Les caractéristiques géographiques de chacun des DOM sont très différentes et impactent très différemment le coût de déploiement d'un réseau mobile. Au sein des Antilles, la Guadeloupe est composée d'un archipel de 8 îles qui posent des problèmes de couverture et de déploiement de réseaux inédits par rapport à la Martinique. En outre, l'ARCEP a pu être témoin des multiples difficultés rencontrées par Outremer Telecom pour implanter ses stations de base en Guadeloupe, alors que le déploiement du réseau d'Outremer Telecom en Martinique a pu être réalisé sans difficulté particulière. S'agissant de la Guyane, les différences sont considérables comme cela est expliqué au paragraphe 1.2.2 ci-après.
- La Guadeloupe fait l'objet d'une concurrence spécifique du fait de la présence d'acteurs locaux implantés sur une zone limitée, comme par exemple Dauphin Telecom et Saint-Martin Mobile.

Ces éléments justifient qu'à l'instar de ce qui a été décidé dans l'Océan Indien, l'ARCEP définisse un marché géographique différent pour les terminaisons d'appels sur le réseau d'Outremer Telecom pour chaque DOM.

1.2.2 L'ARCEP doit a minima distinguer la Guyane du marché des Antilles

Au-delà des arguments qui précèdent et qui justifient selon Outremer Telecom une définition de marché par DOM, des arguments supplémentaires justifient qu'au regard des critères utilisés pour définir les marchés géographiques, le marché de la Guyane soit distingué du marché des Antilles. En effet, ce marché présente des spécificités qui le distinguent incontestablement des deux départements des Antilles, et en particulier :

- Des conditions de concurrence très différentes sur le marché de gros des terminaisons d'appels d'Outremer Telecom : comme l'ARCEP le mentionne elle-même dans sa consultation publique, la part de marché d'Outremer Telecom est de 15% en Guyane, alors qu'elle n'est que de 1,2% à fin 2005 aux Antilles. Cette différence dans les

⁵ Avis n° 04-860 du Conseil de la concurrence du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'ARCEP en application de l'article L.37-1 du code des postes et communications électroniques, suivi par la décision de l'ARCEP n°05-0111 du 1^{er} février 2005.

conditions de concurrence justifie à elle seule au vu des lignes directrices que l'ARCEP rappelle dans sa consultation publique, que l'on distingue le marché de la Guyane, des marchés antillais.

- Un démarrage de l'activité mobile plus tardif : l'activité d'Outremer Telecom en novembre 2004 en Guyane et en décembre 2005 aux Antilles.
- La Guyane est un territoire équatorial très vaste avec des forêts primaires, un relief peu élevé et est très difficile à couvrir de sorte que certaines zones ne peuvent être reliées au réseau principal que par des liaisons satellites, d'où un coût de déploiement des infrastructures largement supérieur aux départements des Antilles. L'ARCEP reconnaît d'ailleurs cette spécificité exceptionnelle des coûts de déploiement des réseaux sur la Guyane, car elle permet depuis plusieurs années à France Télécom de répercuter, dans les tarifs de terminaison d'appels en simple transit de son Offre de référence d'interconnexion (anciennement appelé « catalogue d'interconnexion »), les surcoûts que cette dernière subit pour les appels vers les « circonscription tarifaires isolées » de Guyane⁶. Seuls la Guyane et Mayotte font l'objet en France d'une telle différenciation tarifaire.
- Des caractéristiques socio-économiques différentes : la Guyane est un département atypique présentant des caractéristiques socioéconomiques très différentes de celles des Antilles. Ainsi, Outremer Telecom constate que le nombre d'abonnés prépayés est en Guyane, en pourcentage, le double de celui observé aux Antilles et les revenus par abonnés y sont largement inférieurs. De surcroît, les revenus de roaming sont quasi-inexistants en Guyane, faute d'activité touristique développée.

En outre, il est important de souligner que les clients de chacun des départements des DOM restent principalement dans leur département et qu'il y a très peu d'échanges entre les trois DOM sur lesquels Outremer Telecom est active. Cette situation est encore plus vraie s'agissant de la Guyane, éloignée de près de 2.000 kilomètres des Antilles.

Au vu des éléments qui précèdent, Outremer Telecom estime que l'ARCEP devrait distinguer un marché géographique par DOM ou à tout le moins, distinguer le marché de la Guyane de celui des Antilles.

⁶ Page 17 de l'offre de référence d'interconnexion de France Télécom disponible sur <http://www.francetelecom.com/fr/groupe/initiatives/savoirplus/documentation/interconnexion/index.html>

2. Observations sur l'influence significative de la société Outremer Telecom sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur son réseau mobile et les obligations imposées à ce titre

2.1 Sur l'influence significative d'Outremer Telecom

2.1.1 Observations générales sur le caractère automatique des conclusions de l'ARCEP

- A la lumière des positions adoptées par l'ARCEP sur la terminaison d'appel des opérateurs mobiles Bouygues Telecom Caraïbe et de Dauphin Telecom, et même des petits opérateurs de boucle locale fixe dont certains ne comptaient lors des décisions de l'ARCEP que quelques centaines de clients, Outremer Telecom sait d'avance qu'une fois le marché de la terminaison d'appel sur son réseau individuel défini pour chacun des marchés géographiques pertinents, elle sera automatiquement déclarée « *opérateur puissant* ».

Outremer Telecom tient néanmoins à souligner qu'en dépit du caractère « *automatique* » de cette position, elle partage la position exprimée par Bouygues Télécom Caraïbe dans sa contribution du 13 janvier 2005, ainsi que celle exprimée par Dauphin Télécom dans sa contribution du 26 mai 2004.

Outremer Telecom regrette vivement que l'ARCEP ne mesure pas la puissance des opérateurs mobiles des DOM à la lumière de l'ensemble des critères visés par les lignes directrices de la Commission et en particulier, ceux mentionnés dans son paragraphe 78.

Si la conclusion de cette analyse de marché quant à la « *puissance* » d'Outremer sur sa terminaison d'appel semble acquise du point de vue de l'ARCEP, Outremer Telecom souligne toutefois que l'analyse du fonctionnement du marché que l'ARCEP est tenue de conduire aux fins de cette conclusion vise également à caractériser la nature et l'importance des « *problèmes de concurrence constatés* » auxquels il est nécessaire de remédier *via* l'imposition d'obligations *ex ante* qui doivent respecter certains principes de proportionnalité, notamment vis-à-vis de l'ampleur des « *problèmes de concurrence constatés* ». En substance, c'est l'analyse de marché qui détermine en grande partie la nature et l'ampleur des remèdes que l'ARCEP doit et peut imposer à Outremer Telecom.

Or, il convient de constater à cet égard que l'ARCEP se propose *de facto*, via une obligation « *de ne pas pratiquer de tarifs excessifs* », de contraindre Outremer à procéder une baisse immédiate et significative de sa terminaison d'appels à un niveau précis et chiffré. Or, comme il est exposé au paragraphe 2.2 ci-après, l'absence de véritable analyse de la puissance réelle d'Outremer Telecom conduit à des conclusions erronées sur l'obligation de tarifs non excessifs telle que proposée par l'ARCEP et les remèdes en deviennent « *anti-concurrentiels* », ce qui est un comble (voir §2.2.3 ci-après).

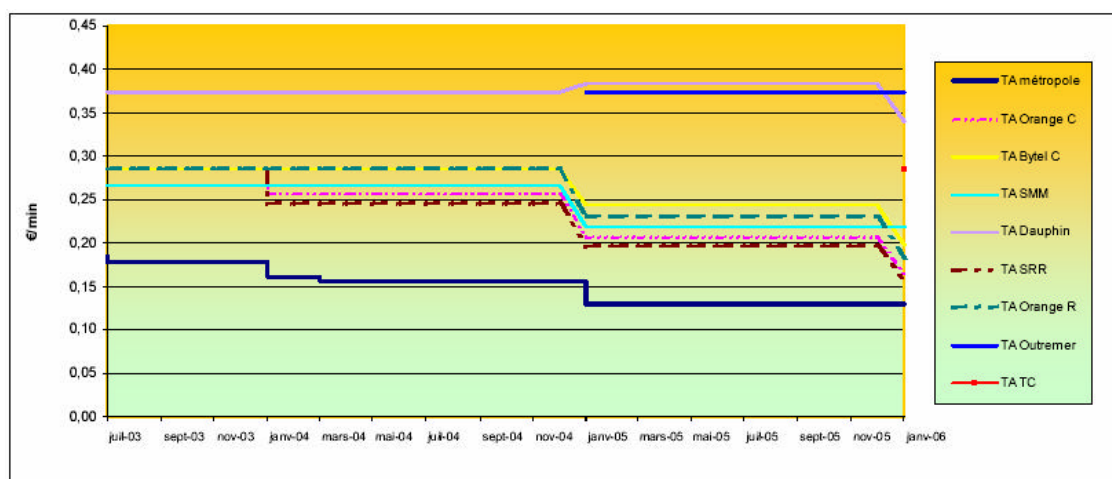
2.1.2 Sur l'observation des comportements tarifaires réels sur la terminaison d'appels des opérateurs mobiles des DOM

Dans sa précipitation à régler le cas des opérateurs mobiles concurrents des DOM, l'ARCEP ne s'est hélas pas donné les moyens de conduire une observation et une analyse complète du fonctionnement spécifique des marchés de détail et de la terminaison d'appels dans les DOM, notamment en ce qui concerne :

- L'évolution du niveau des tarifs de terminaison d'appels réellement pratiqués par les opérateurs mobiles des DOM ;
- La réalité et l'ampleur des contre-pouvoirs qui s'exercent sur les tarifs de terminaison d'appels des petits opérateurs des DOM ;
- La mesure du niveau prétendument excessif du tarif de terminaison d'appels actuel d'Outremer Telecom ;
- Enfin, la vérification nécessaire des critères de fonctionnement concurrentiel du marché qui justifie de recourir à l'application d'une méthode de réciprocité tarifaire.

Tout d'abord, l'ARCEP omet de préciser que le tarif de 37 c€/ min choisi par Outremer lors de son lancement commercial en décembre 2005 dernier en Martinique-Guadeloupe était alors celui appliqué depuis 2003 par Dauphin Télécom, qui était pour sa part entré sur le marché en 1996.

Ensuite, l'ARCEP ne rappelle les données chiffrées qu'à partir de l'année 2003, ce qui a pour effet de fournir une vision incomplète et faussée de l'évolution réelle des tarifs du marché.



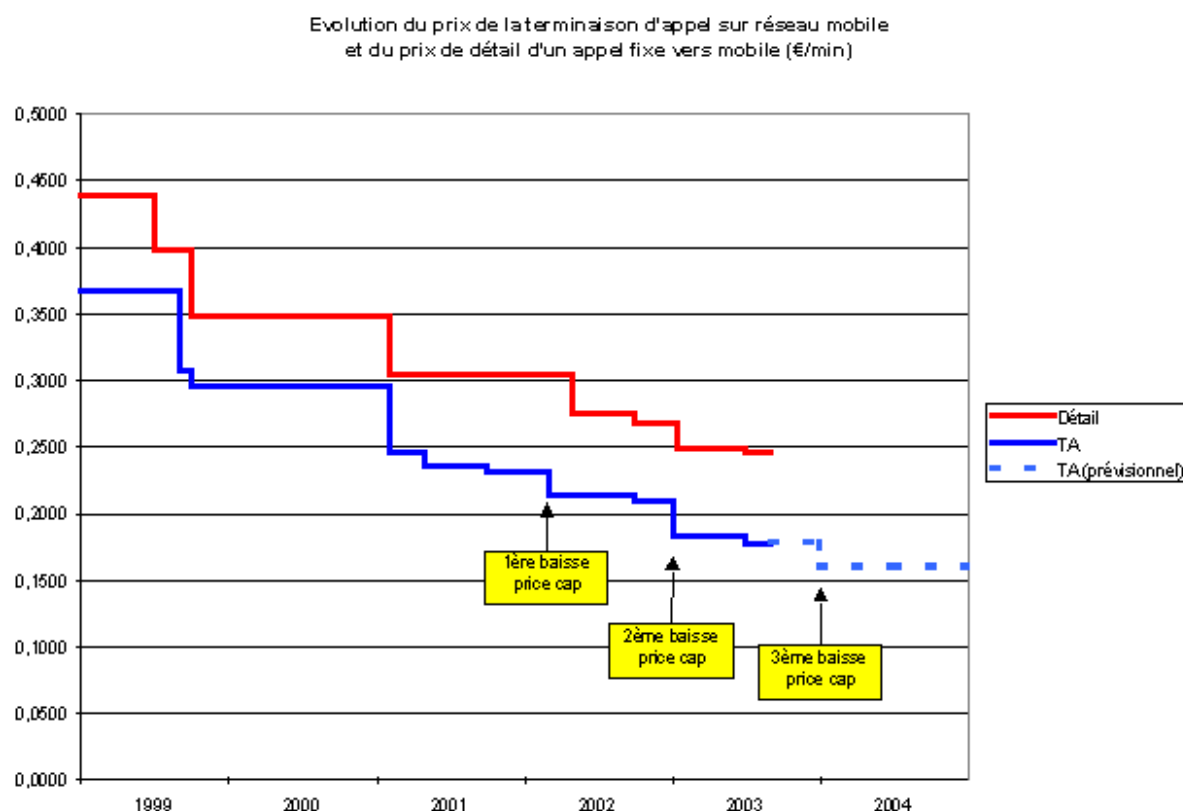
Graphique extrait du projet de décision de l'ARCEP relative à la puissance et aux obligations d'Outremer Telecom sur sa terminaison d'appels

En effet, le graphique produit par l'ARCEP omet de rappeler les tarifs des opérateurs mobiles principaux appliquaient avant 2003, depuis leur entrée effective sur le marché, à savoir 1996 pour Orange Caraïbe et 2001 pour Bouygues Télécom Caraïbe. Les tarifs « initiaux » de ces

opérateurs apparaissent donc fortuitement comme situés au même niveau que les niveaux « *réciroques* » de 2003 que Tel Cell et Outremer Telecom sont tenus d'appliquer pour 2006.

En tant que nouvel entrant, Outremer Telecom ne dispose pas des niveaux exacts de ces tarifs sur la période comprise entre 1996 et 2003. Il a y cependant lieu de se rappeler que ce n'est qu'à partir de 2001 que France Télécom a introduit des tarifs spécifiques pour le transit vers les mobiles des DOM du fait de l'entrée de Bouygues Télécom Caraïbe sur le marché, c'est-à-dire qu'auparavant, les tarifs d'Orange Caraïbe (qui s'appelait alors France Caraïbe Mobiles) se situaient au même niveau que ceux d'Orange France (France Télécom Mobiles).

Or ces tarifs « *initiaux* » de France Telecom Mobiles se situaient avant 1999 à un niveau supérieur ou égal à celui qu'applique actuellement Outremer Telecom, comme l'illustre le graphique suivant issu du site Internet de l'ARCEP (<http://www.arcep.fr/dossiers/termi-appel/index-d.htm>) :



Source : site web de l'ARCEP

En fait, le tarif de Bouygues Télécom en début 1999 était d'un niveau supérieur au niveau moyen « *tous opérateurs* » de 37c €/min affiché sur ce graphique, à savoir qu'il se situait à un peu plus de 38 c€/ min. Celui d'Orange, et donc également d'Orange Caraïbe, était à peine inférieur à ce niveau.

2.1.3 Sur l'observation des contre-pouvoirs réels des acheteurs de terminaison d'appels

Bien qu'elle souligne très clairement l'énormité des parts de marché d'Orange Caraïbe sur la zone regroupée Guyane - Martinique - Guadeloupe (80% de part de marché) et, inversement, la part de marché très faible détenue les autres opérateurs mobiles cette zone DOM et en particulier par Outremer Telecom (1,5%), l'ARCEP ne réexamine pas réellement les contre-pouvoir d'achat qu'Orange peut exercer sur ses concurrents.

Au contraire, l'ARCEP affirme sans réel examen que la « *puissance* » d'un opérateur comme Outremer Telecom, c'est-à-dire sa capacité à maintenir ses prix de terminaison d'appels à des niveaux excessifs, serait « *plus grande que celles des opérateurs de taille plus importante* ».

Cette affirmation péremptoire ne résiste pas à l'épreuve des faits.

Tout d'abord, il convient de rappeler que, contrairement à ce qui s'est passé en métropole jusqu'en 2005, les opérateurs mobiles concurrents des DOM sont depuis longtemps soumis au contre-pouvoirs d'acheteurs à la fois de France Télécom et de la filiale mobile de celle-ci, et non seulement de France Télécom comme en métropole, car les opérateurs mobiles des DOM ne se sont pas appliqués le système du Bill & Keep qui excluait jusqu'en 2005 en métropole toute facturation réciproque de leur terminaison d'appels par les opérateurs mobiles. Il y a donc lieu de trouver une explication plausible liée au contre-pouvoir d'Orange Caraïbe aux baisses de terminaison d'appels opérée par les opérateurs mobiles des DOM en l'absence de toute régulation *ex ante* concurrents d'Orange avant 2005, notamment en début et en fin 2004.

A cet égard, malgré le constat qu'elle fait de l'existence des pratiques d'Orange Caraïbe consistant à différencier ses tarifs de détail on-net et off-net vers les autres mobiles, l'ARCEP conclut hâtivement que cette pratique n'est pas de nature à agir comme un contre-pouvoir incitant les opérateurs mobiles concurrents concernés à baisser leur terminaison d'appels.

Outre l'avis d'Outremer Telecom sur cette question, que l'ARCEP n'a pas jugé nécessaire de prendre avant de publier son projet de décision, cette conclusion de l'ARCEP ne tient visiblement aucun compte des mesures conservatoires prononcée par le décision n° 04-MC-02 du Conseil de la concurrence en date du 9 décembre 2004 et qui reposait sur l'existence de « *présomption raisonnable* » d'un abus de position dominante commis par Orange Caraïbe *via* ce moyen à l'encontre de Bouygues Télécom Caraïbe, ni même des suites qu'ont eu cette décision pourtant favorable à la société Bouygues Télécom Caraïbe.

En effet, le Conseil de la concurrence a confirmé que la pratique d'Orange Caraïbe, en différenciant ses tarifs de détail on-net de ses tarifs de détail off-net vers Bouygues Télécom Caraïbe au-delà de la différence existant entre les niveaux de terminaison d'appels de ces deux opérateurs, causait un préjudice immédiat à cette dernière:

« la différenciation tarifaire pratiquée entre les appels on net et off net par Orange Caraïbe verrouille l'entrée sur le marché par un effet de « club », lui-même renforcé par l'important écart de taille entre les deux réseaux concernés, pratique constitutive

d'un abus de position dominante entrant dans le champ de l'article L. 420-2 du code de commerce. »

Ainsi, même si cette décision considère qu'il n'est pas a priori illégitime pour Orange Caraïbe de procéder à une différenciation tarifaire au détail lorsqu'elle est fondée sur les différences de coûts de terminaison d'appels, elle souligne cependant la réalité et l'importance de l'impact concurrentiel pour Bouygues Télécom Caraïbe de ces pratiques de différenciation tarifaire au détail.

Enfin, il convient de rappeler que suite à cette décision de décembre 2004, Orange Caraïbe a procédé à une nouvelle baisse de son tarif de terminaison d'appels ce qui a de facto conduit à augmenter à nouveau l'écart entre le niveau de ses tarifs on-net et off-net et a obligé Bouygues Télécom Caraïbe à baisser à nouveau son propre tarif de terminaison d'appel dès début 2005 en l'absence d'obligation *ex ante* !

Bien qu'Outremer Telecom ne souhaite pas tirer de conclusions hâtives, il y a également lieu de souligner que la maison mère de Bouygues Télécom Caraïbe a décidé d'annoncer la cession de sa filiale dans la zone Guyane Martinique Guadeloupe dans les mois qui ont suivi cette baisse substantielle de ses revenus de terminaison d'appels.

Cet exemple illustre le fait que **dans les DOM, contrairement au raisonnement conduit par l'ARCEP qui se fonde essentiellement sur sa connaissance du fonctionnement des marchés en métropole, les pratiques de différenciation tarifaire on-net/off-net d'Orange produisent bien des effets de contre-pouvoirs sur le niveau de terminaison d'appels de ses concurrents dans les DOM.**

Par ailleurs, Outremer Telecom souligne que le Conseil de la concurrence avait estimé dans sa décision de mesures conservatoires que l'ampleur des effets négatifs qu'il constatait était en outre renforcée par les différences de taille entre Orange Caraïbe et ses concurrents :

« L'écart de taille entre les réseaux, et non la taille absolue du plus petit réseau, est l'élément crucial de l'espèce car cet écart constitue un levier multipliant l'effet du montant de la différence des tarifs. »

De fait, Outremer Telecom, qui n'occupe selon l'ARCEP qu'une part de marché estimée actuellement à 1,5% aux Antilles contre 17 % pour Bouygues Télécom Caraïbe au début 2005, est donc davantage affecté par ce contre-pouvoir d'acheteur d'Orange Caraïbe que Bouygues Télécom Caraïbe ne l'était lorsqu'elle a saisi le Conseil de la concurrence.

Dès lors, il est pour le moins précipité et disproportionné de conclure automatiquement, comme le fait l'ARCEP, que seule l'imposition d'une baisse immédiate de sa terminaison d'appels serait nécessaire pour éviter qu'elle ne maintienne son tarif actuel à un « niveau excessif ».

Ce n'est en effet que par une observation de la politique tarifaire d'Outremer Telecom au-delà de la phase de lancement de ses activités, que l'ARCEP pourrait apprécier

concrètement l'importance du pouvoir d'achat compensateur auquel Outremer Telecom est confrontée sur le marché de gros de la terminaisons d'appel sur son réseau.

2.2 Sur l'obligation de tarifs non excessifs

Comme l'ARCEP le rappelle très justement dans sa consultation publique, les obligations *ex ante* spécifiques qui peuvent être imposées, doivent être proportionnées au regard des objectifs de l'action réglementaire et doivent ainsi tenir concrètement compte de la situation factuelle, économique et juridique du marché concerné. Or, en procédant à une analyse précoce du marché de la terminaison d'appel sur les réseaux d'Outremer Telecom, la détermination des obligations imposées encourt les mêmes critiques que celles formulées sur la définition du marché et la prétendue puissance d'Outremer Telecom en ce qu'elle n'a pu se fonder sur des éléments concrets, liés à l'observation du marché concerné. A titre d'exemple, l'analyse du caractère proportionné des obligations envisagées ne tient nullement compte des conséquences de l'entrée d'un nouvel acteur comme Outremer Telecom sur le marché 2G, 9 ans après Orange Caraïbe et plus de 4 ans après Bouygues Télécom Caraïbe.

2.2.1 Une fausse application de la notion de tarifs non excessifs

- Outremer Telecom comprend que la notion de ne pas pratiquer des tarifs excessifs se distingue en principe de l'obligation d'avoir un tarif reflétant les coûts de l'opérateur et ce, tant sur un plan méthodologique que sur le fond :
 - L'obligation de reflet des coûts revêt un **caractère prescriptif** alors que l'obligation de ne pas pratiquer des tarifs excessifs laisse une **souplesse d'appréciation** aux opérateurs concernés sous le contrôle du régulateur qui peut intervenir dans le cadre de règlements de différend ou de procédures de sanction.
 - Sur le fond, la notion de prix excessifs se distingue de la stricte orientation d'un tarif vers les coûts en ce qu'un prix est au regard du droit de la concurrence excessif s'il est « *un prix exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation fournie* » (CJCE, 13 novembre 1975, General Motors, aff. 26/75, rec.1367). Le Conseil de la concurrence parle de « *prix manifestement* » excessif (Cons.conc. 13 juin 2000, Union Fédérale des Consommateurs du Val d'Oise, n° 00-D-27 ; Cons.conc. 10 avril 2003, société Glem, n° 03-D-18 ; Cons.conc. 11 mai 2005, avis n° 05-A-10). Ainsi, la disproportion doit être manifeste.

La lecture du projet de décision de l'ARCEP laisse à penser que ces distinctions entre obligation de ne pas pratiquer des tarifs excessifs et obligation de pratiquer des tarifs orientés vers les coûts, ne sont pas prises en compte s'agissant d'Outremer Telecom.

En effet, dès lors que le projet de décision indique que « *l'Autorité considère que si Outremer Telecom pratiquait en 2006 un prix moyen de terminaison d'appel vocal direct,*

calculé à partir du profit d'appel décrit en annexe A, supérieur à 0,286 euros par minute, ce prix serait contraire à l'obligation de ne pas pratiquer des prix excessifs,... ». Le projet de décision revêt ainsi un caractère prescriptif, contraire à la souplesse d'appréciation qui doit prévaloir s'agissant de tarifs non excessifs.

- Par ailleurs, la notion de tarifs non excessifs doit tenir compte de la valeur de la prestation rendue par l'opérateur concerné et implique de vérifier si le tarif proposé est manifestement excessif au regard de cette valeur. Or, l'Autorité n'a eu aucun échange avec Outremer Telecom, ni aucune discussion sur les coûts supportés par cet opérateur et dès lors, n'a pu fixer la valeur de 0,286 euros/minute en prenant en compte les coûts d'Outremer Telecom, ce qui traduit une erreur manifeste dans l'élaboration du remède proposé sur lequel on reviendra au paragraphe 2.2.2 ci-après.
- Par ailleurs, l'ARCEP n'a nullement expliqué en quoi elle distingue un tarif « *manifestement excessif* » d'un tarif strictement orienté vers les coûts. Conformément au droit de la concurrence et au caractère proportionné que doivent revêtir les obligations *ex ante*, il est essentiel que la distinction entre ces deux concepts soit expliquée. A défaut, un opérateur tel qu'Outremer Telecom tenu à une obligation de tarif non excessif est incapable d'apprécier en quoi son obligation se distingue de celle d'un opérateur tenu d'orienter ses tarifs vers les coûts. Or, on relève à la lecture du projet de décision de longs développements sur les règles prévalant au calcul des coûts qui sont strictement identiques à celles décrites pour l'ensemble des opérateurs mobiles tenus d'orienter leurs tarifs vers les coûts. Il suffit pour s'en convaincre de comparer le texte du chapitre IV.1 du projet de décision avec le même chapitre des décisions n°04-937 concernant Orange France ou 05-112 concernant Orange Caraïbe. Ainsi, on doit en conclure qu'en réalité l'ARCEP refuse de distinguer la notion de « *valeur économique de la prestation fournie* » retenue par les autorités en charge de la concurrence pour contrôler le respect d'une obligation de prix non excessif de celle de « *prix orienté vers les coûts* ».

Or, non seulement l'ARCEP refuse donc de prendre en compte pour le calcul de la valeur des charges de terminaison d'appel d'un opérateur tel qu'Outremer Telecom des coûts supplémentaires qui pourraient paraître légitimes en phase de lancement de ses activités, tels que ses coûts commerciaux, mais encore l'ARCEP ne donne aucun élément d'appréciation permettant d'appréhender ce que serait pour l'ARCEP un « *prix de terminaisons d'appel* » exagéré par rapport à la valeur économique de la prestation fournie.

2.2.2 Une appréciation fausse du caractère prétendument excessif du niveau actuel de terminaison d'appels de Outremer Telecom

Compte tenu de son entrée récente sur le marché mobile de Guyane en décembre 2004, et de celle encore plus récente sur le marché de Martinique-Guadeloupe en décembre 2005, l'ARCEP ne dispose pas de données sur l'existence de baisses dans le passé de la terminaison d'appels d'Outremer Telecom, données qui seraient susceptibles de la conduire, comme elle l'a fait pour d'autres opérateurs mobiles comme Dauphin Telecom par exemple,

à constater que son tarif de terminaison d'appels actuel, bien que supérieur à celui d'Orange Caraïbe ou de Bouygues Télécom Caraïbe, n'est pas excessif pour l'instant.

De fait, la qualification « d'excessif » du niveau actuel de terminaison d'appels d'Outremer Telecom est en réalité le point de départ du raisonnement conduit par l'ARCEP pour successivement suggérer l'ampleur de la puissance d'Outremer, et surtout justifier la nécessité de lui imposer **une baisse chiffrée et immédiate de sa terminaison d'appels à un niveau réciproque à celui d'un « nouvel entrant » sur la zone mais égal en fait au niveau qu'appliquaient Orange Caraïbe et Bouygues Télécom Caraïbe en fin 2003, c'est-à-dire il y a seulement 2 ans.**

Or, comme nous l'avons vu (voir §2.1.1 ci-dessus), l'ARCEP a omis de rappeler les niveaux de terminaison d'appels qui étaient appliqués par ces opérateurs avant cette date. Nous savons à cet égard que le niveau actuel de la terminaison d'appels d'Outremer se situe au même niveau que celui de Dauphin Télécom en 2004, soit plus de 8 ans après son entrée sur le marché, et du même ordre que celui d'Orange Caraïbe en 1999, soit trois ans après son entrée sur le marché.

Le fait qu'Outremer Telecom applique le niveau le plus élevé des DOM au moment où l'ARCEP achève ses analyses de marché ne suffit pas à justifier l'analyse de l'ARCEP dès lors qu'elle est entrée beaucoup plus récemment sur le marché. Elle s'interroge donc sur les raisons véritables qui conduisent l'ARCEP à conclure au caractère excessif de son tarif.

Outremer Telecom comprend que **l'ARCEP paraît en fait convaincue que ce niveau de tarif lui procure des niveaux de marges excessifs par rapport à ses propres coûts :**

« S'agissant d'Orange Réunion, Bouygues Télécom Caraïbe, SMM, Dauphin Télécom, SPM Télécom, St Martin & St Barthélemy Tel Cell et Outremer Telecom, les modélisations réalisées conduisent l'Autorité à considérer que les tarifs de terminaison d'appel pratiqués sont sensiblement supérieurs aux coûts de référence définis en IV.1.

L'Autorité en conclut qu'il existait pour chacun des opérateurs des marges réelles de baisse. »

Outremer Telecom rappelle à cet égard que **l'ARCEP n'a jamais sollicité Outremer Telecom, comme elle l'a fait avec Orange Caraïbe et Bouygues Télécom Caraïbe, pour lui transmettre un quelconque reporting comptable, ni même pour discuter de l'applicabilité au cas d'Outremer Telecom des « coûts de références définis en IV.1. » et qui fondent cette conclusion.**

Or, d'après le document de consultation de l'ARCEP, ces « *coûts de référence* » permettent seulement « *d'éclairer les niveaux actuels de charge de terminaison d'appel vocal de Outremer Telecom* », c'est-à-dire en pratique que la prétendue « *marge* » d'Outremer Telecom n'est pas calculée.

Par ailleurs, ces « *coûts de référence* » sont dans les faits fondés sur :

- Les modalités d'application de l'obligation de séparation comptable et de comptabilisation des coûts imposées à la société Orange France, à la Société Française du Radiotéléphone, à la société Bouygues Telecom, à la société Orange Caraïbe et à la Société Réunionnaise du Radiotéléphone en raison de leur influence significative sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur leur réseau respectif⁷, c'est-à-dire ni en référence à Outremer Telecom, ni même à un opérateur nouvel entrant de taille comparable ;
- Une évaluation de coûts « *qui peuvent être considérés comme efficaces, au regard de ce qu'aurait été l'économie d'un opérateur théorique déployant un réseau sur la base des meilleures techniques et méthodes d'ingénierie actuellement disponibles* », ce qui signifie de façon indirecte qu'Outremer Telecom peut se voir opposer ces coûts efficaces en tant que nouvel entrant sur le marché. L'ARCEP précise toutefois que la valorisation de ces coûts ne repose pas sur un modèle de type bottom-up, c'est-à-dire sur la base d'un modèle valorisant effectivement les coûts sur la base des prix d'équipements, des techniques et des méthodes d'ingénierie actuellement disponibles, mais sur la base des coûts historiques comptable des « *opérateurs mobiles* », sans préciser de quels opérateurs mobiles il s'agit (en fait les opérateurs mobiles de métropole). L'ARCEP justifie la pertinence de son choix méthodologique crucial en indiquant que « *les opérateurs mobiles ont déployé leur réseau dans un contexte fortement concurrentiel et ont connu une croissance très rapide de leur trafic.* » ce qui permettrait de considérer que « *l'appréciation de l'efficacité économique des opérateurs mobiles sur la base des coûts historiques comptables était appropriée et ne présentait pas d'inconvénients.* ». **Cela signifie donc que les « coûts de référence » que l'ARCEP oppose aujourd'hui à un nouvel entrant comme Outremer Telecom sur un marché pourtant fortement monopolistique et arrivé à maturité, sont extrapolés sur la base d'une évaluation effectuée sur un marché caractérisé par une forte croissance et un oligopole stable où les possibilités d'amortissement progressif des investissements sont d'une toute autre ampleur que pour un acteur comme Outremer Telecom dans les DOM.**
- L'exclusion de l'ensemble des coûts commerciaux dans le périmètre des coûts pertinents de la terminaison d'appels d'Outremer Telecom, alors même que l'ARCEP souligne dans cette même décision que « *lors du premier price cap en métropole, il avait été admis que la tarification de l'entrant puisse contribuer temporairement au recouvrement des coûts commerciaux* ». Bien qu'elle reconnaisse que « *les opérateurs mobiles se sont développés historiquement avec des charges de terminaison d'appel élevées et sensiblement supérieures aux seuls coûts de réseau* » et qu'elle rappelle avoir indiqué en 2001 qu'« *une contribution des tarifs des appels entrants à certains coûts commerciaux pourra être retenue pour tenir compte, dans le contexte d'une période de développement et de renouvellement du marché, des coûts encourus par les opérateurs pour piloter cette évolution* », **l'ARCEP exclut toute possibilité similaire pour Outremer Telecom qui se trouve pourtant dans une**

⁷ Décision n°05-0960 de l'ARCEP en date du 8 décembre 2005.

phase particulièrement critique de développement. Selon l'ARCEP, la prise en compte des coûts commerciaux dans le cas d'Outremer Telecom serait discriminatoire vis-à-vis des opérateurs fixes, qui ne se voient pas accorder la possibilité d'intégrer de tels coûts dans leur terminaison fixe, et ne présenterait que peu d'intérêt pour le développement du marché mobile aujourd'hui en phase de maturité. **Ainsi, contre toute attente, l'ARCEP justifie sa décision par le fait que cela risquerait de permettre à Outremer Telecom de conduire une concurrence déloyale vis-à-vis des opérateurs d'accès au téléphone fixe, et que cela ne présente en outre plus d'intérêt pour le développement du marché de la téléphonie mobile sur les DOM !** Par ailleurs, cette décision prend comme hypothèse que les coûts commerciaux actuellement constatés sur le marché sont faibles, **sans tenir compte de la spécificité des DOM, où Outremer Telecom est dans l'obligation d'adopter la même politique commerciale d'acquisition et de fidélisation qu'Orange Caraïbe via la subvention systématique des équipements terminaux.**

- L'absence de prise en compte des surcoûts structurels liés à l'acquisition et à l'exploitation d'un réseau mobile dans les DOM par rapport aux coûts supportés en Métropole. L'ARCEP rejette l'inclusion de tels surcoûts pour Outremer Telecom au seul motif que les marges qu'elle réalise sur sa terminaison d'appels seraient déjà importantes et évoque, en écartant toute discussion sur ce point, *« les niveaux de coûts fournis par Orange Caraïbe et SRR pour l'année 2002 qui ne sont que légèrement supérieurs à ceux estimés pour Orange France et SFR pour la même année. »* et qui s'expliqueraient par les économies d'échelles supérieures dont ils bénéficient dans les DOM du fait de l'importance de leur part de marché. Ce faisant, **l'ARCEP ne prend aucunement en considération le fait qu'Outremer Telecom, en tant que nouvel entrant, ne dispose ni des mêmes effets d'échelles que ces opérateurs, ni de la possibilité de bénéficier d'un même pouvoir d'achat pour l'acquisition de ses équipements de réseau et des équipements terminaux qu'elle doit subventionner, à des prix équivalents à ceux dont bénéficient ces opérateurs en tant que filiales des opérateurs mobiles de métropole.**
- Enfin, ces coûts de référence intègrent un taux de rémunération du capital *« représentatif du risque lié à l'activité mobile en France (et) évalué en 2004 à 15% avant impôts »*, c'est-à-dire en fait sur la base d'une **évaluation réalisée en métropole et non dans les DOM, et pour des acteurs dont la situation concurrentielle présente actuellement peu d'incertitude et dont la plupart des investissements de téléphonie mobile 2G sont déjà rentabilisés.**

Au final, l'effet d'accumulation de ces affirmations sur les coûts d'Outremer Telecom pourrait presque prêter à rire tant il est évident qu'elles reposent sur un simple *« copier-coller »* des décisions adoptées pour d'autres opérateurs situés en métropole, ou occasionnellement pour les filiales d'Orange et de Bouygues Télécom dans les DOM.

Les conclusions qu'elles visent à justifier sur la baisse de terminaison d'Outremer Telecom sont cependant très dangereuses pour le développement de ses activités mobiles, et plus

généralement avec l'objectif poursuivi par ailleurs par l'ARCEP de permettre le développement d'une concurrence minimale sur la zone Caraïbes.

Outremer Telecom rappelle à cet égard que le considérant (20) de la directive « Accès » dispose que :

« Lorsqu'une autorité réglementaire nationale calcule les coûts engagés pour établir un service rendu obligatoire par la présente directive, il convient de permettre une rémunération raisonnable du capital engagé, y compris les coûts de main-d'œuvre et de construction, la valeur du capital étant adaptée, le cas échéant, pour refléter l'évaluation actualisée des actifs et de l'efficacité de la gestion. La méthode de récupération des coûts devrait être adaptée aux circonstances en tenant compte de la nécessité de promouvoir l'efficacité et une concurrence durable et d'optimiser les profits pour le consommateur. » (soulignement ajouté)

Outremer Telecom demande donc à l'ARCEP de réexaminer sa conclusion sur le niveau prétendument « excessif » de sa terminaison d'appel actuelle au regard des circonstances propres de la situation de Outremer Telecom ainsi que des conditions du développement d'une concurrence durable sur les marchés Guyane et Martinique – Guadeloupe.

La satisfaction de cette demande constitue une obligation pour l'ARCEP dès lors qu'en aucun cas un opérateur ne peut être tenu de fournir des prestations d'interconnexion à un tarif qui ne lui permettrait ni de recouvrer ses coûts, ni de bénéficier d'une rémunération raisonnable tenant compte du risque pris⁸.

2.2.3 L'application du principe de réciprocité tarifaire retardée auquel conduit le prix-plafond imposé par l'ARCEP n'est absolument pas proportionnée sur le marché des terminaisons d'appels mobiles d'Outremer Telecom

Le niveau de tarif maximal décidé unilatéralement par l'ARCEP ne repose pas comme il vient d'être montré sur l'analyse des coûts d'Outremer Telecom (voir §2.2.2 ci-dessus), mais repose en fait sur la méthode dite de « réciprocité », plus exactement sur une variante plus récente dite de « réciprocité retardée », qu'elle a mis successivement en œuvre sur le marché de la terminaison d'appels fixe vis-à-vis des petits opérateurs de boucle locale téléphonique fixe, et de façon un peu différente, pour la terminaison d'appels mobile pour Bouygues Télécom sur la métropole, et des opérateurs plus petits comme Dauphin Télécom dans les DOM.

Outre le fait que l'ARCEP est tenue d'apprécier les coûts d'Outremer Telecom avant de juger ses tarifs excessifs, Outremer Telecom estime indispensable de rappeler que les motifs du choix de chacune ces deux méthodes de « réciprocité » répondaient à un constat précis sur le

⁸ « *Regulatory progress or Setback in Interconnection pricing* » par Alexandre Verheyden, Convergence volume 2, n°1, Avril 2006, pages 68 et suivantes.

fonctionnement économique et concurrentiel des marchés concernés, et que ces deux méthodes poursuivaient également des objectifs de régulation précis.

a) *Rappel des motifs économiques et concurrentiels de la « réciprocité tarifaire »*

L'imposition aux opérateurs concurrents de tarifs « réciproques », c'est-à-dire équivalents à ceux de l'opérateur dominant sur le marché géographique de détail, vise pour le régulateur à atteindre une situation idéale :

- de « *neutralité concurrentielle* » sur les niveaux de terminaison d'appels que se facturent réciproquement l'opérateur dominant et l'opérateur concurrent sur ce même marché ;
- d'incitation pour ces concurrents à conduire une concurrence légitime et efficace sur le marché concerné.

En effet, selon le régulateur, l'application par un concurrent d'un niveau de terminaison d'appel supérieur au niveau de la terminaison d'appels de l'opérateur dominant est supposée produire une distorsion de concurrence au bénéfice de l'opérateur concurrent par un double effet simultané de diminution de la compétitivité de l'opérateur dominant et d'augmentation de celle de l'opérateur concurrent.

Concrètement, ce niveau de terminaison d'appels plus élevé aurait à la fois pour effet (voir pour objet) d'augmenter les charges supportées par l'opérateur dominant, et donc sa compétitivité sur le marché de détail, et de procurer en même temps à ce concurrent une marge financière sur la terminaison d'appels qui lui permettrait de subventionner ses propres tarifs de détail à la baisse (donc d'augmenter sa propre compétitivité sur le marché de détail).

Ainsi, en imposant au concurrent d'appliquer un niveau de terminaison d'appels équivalent à celui de l'opérateur dominant, le risque de distorsion de concurrence sur le marché de détail est en théorie annulé car l'opérateur dominant bénéficie ainsi d'une charge externe de terminaison d'appel qui se situe au même niveau que celle qu'il aurait subi en interne si l'appel avait été terminé sur son propre réseau.

En pratique, toutefois, sur les marchés fixes, cela vise surtout à tenir compte de la contrainte technique inhérente à la structure de numérotation des numéros géographiques fixes, qui empêchent en pratique les opérateurs fixes, et principalement France Télécom, de répercuter d'éventuelles surcoûts liés la terminaison d'appels vers les autres opérateurs concurrents dans les tarifs de détail des appels vers ces réseaux. En effet, contrairement à la situation du marché mobile, les blocs de numéros sont attribués aux opérateurs fixes en fonction de la localisation géographique de leurs abonnés, et seul un tri technique très fin permet d'associer tel ou tel blocs de numéros à tel ou tel opérateur. Une répercussion d'une hausse de terminaison d'appels dans les tarifs de détail serait donc à la fois très coûteuse pour les opérateurs, et très complexes pour les utilisateurs finals qui appellent ces différents réseaux fixes.

Sur le marché mobile, en revanche, de telles contraintes de numérotation n'existe pas et il est courant, au moins sur les marchés des DOM où la pratique du Bill & Keep n'a pas eu cours comme en métropole, de constater des pratiques de différenciation des tarifs des appels vers les différents réseaux. Cette pratique a dans ce cas l'effet inverse d'avantager l'opérateur dominant par rapport aux plus petits opérateurs (voir §2.1.3 ci-dessus).

Par ailleurs, toujours selon le raisonnement tenu par le régulateur, et bien que l'ARCEP n'ait jamais clarifié cet argument dans ses décisions⁹, ce niveau de terminaison d'appel « réciproque » est supposé assurer à l'opérateur concurrent une rémunération sinon « juste » du moins « loyale » pour rémunérer ses propres coûts. En effet, le niveau de terminaison d'appel de l'opérateur dominant, qui est réputé être orienté vers les coûts, est supposé fournir une indication du niveau maximal de coût qu'il convient pour un concurrent d'atteindre pour conduire une concurrence légitime et efficace face à l'opérateur dominant.

On peut traduire le terme de « *concurrence légitime et efficace* » par une situation idéalisée par les régulateurs où la perte de part de marché de l'opérateur dominant résulte de la capacité que développent les concurrents de proposer des offres plus compétitives que l'opérateur dominant du fait d'une meilleure efficacité économique, c'est-à-dire, en pratique, de leur capacité à obtenir en interne des niveaux de coûts inférieurs. On les dit alors « *plus efficaces* » que ceux de l'opérateur dominant.

Ainsi, selon cette logique, le fait d'imposer aux concurrents des niveaux de prix de terminaison d'appels « *réciproques* » à ceux des coûts de l'opérateur dominant aurait pour effet d'inciter les opérateurs concurrents à développer une meilleure efficacité économique que l'opérateur dominant car, dans le cas où ils parviendraient effectivement à dégager des niveaux de coûts inférieurs, ils seraient alors doublement gagnants :

- sur le marché de détail, par une meilleure aptitude à baisser leur prix ou à dégager des marges tarifaires plus élevées ;
- sur leur terminaison d'appels, par l'apparition de marge bénéficiaire entre le niveau de tarifs appliqué et leurs coûts d'un niveau inférieur à ces tarifs.

Inversement, l'application de tarifs réciproques serait « *loyale* » dans le cas où les opérateurs concurrents ne parviendraient pas à dégager une structure de coûts au moins aussi basse que celle de l'opérateur dominant, car, en subissant des pertes à la fois sur le marché de détail et sur leur terminaison d'appels, ils seront certes expulsés totalement du marché plus ou moins rapidement, mais en toute légitimité du point de vue des règles « *normales* » du marché car celles-ci sanctionneraient leur inefficacité économique.

Ainsi, selon le régulateur, la méthode des tarifs réciproques présente l'avantage d'être cohérente avec les règles de « *sélection naturelle* » du marché, qui donne un signal positif à

⁹ Cette méthode des « tarifs réciproque » a en fait été mise en œuvre par le Régulateur britannique des télécommunications en 1998 (L'Oftel, devenue Ofcom).

l'entrée sur le marché de concurrents efficaces et sanctionne *in fine* l'entrée des concurrents inefficaces.

Dans un contexte d'ouverture du marché à la concurrence sans limitation du nombre de concurrents potentiel, comme sur le marché de la téléphonie fixe, ce processus de « *sélection naturelle* » est supposé conduire à l'objectif poursuivi de « *concurrence effective* » où la pression concurrentielle apportée par l'entrée de concurrents plus efficaces conduit en théorie les tarifs de l'opérateur dominant à se rapprocher des coûts.

Sur le marché de la téléphonie mobile, en revanche, où la rareté des fréquences conduit à limiter le nombre d'opérateurs autorisés à y entrer, le risque de monopolisation présenté par le recours à tel processus de « *sélection naturelle* » est particulièrement élevé, ce qui a d'ailleurs conduit jusqu'ici les régulateurs à fixer non pas des tarifs « *réiproques* », mais à appliquer une orientation vers les coûts garantissant de fait la rémunération de l'ensemble des coûts des opérateurs mobiles en adaptant les tarifs selon les différentes phases de leur développement.

b) Le passage à la méthode de « réciprocité retardée »

En 2002, soit plus de quatre ans après l'ouverture à la concurrence du marché de la boucle locale fixe, l'ARCEP a toutefois introduit une nouvelle méthode pour fixer de nouveaux tarifs « réiproques » à l'occasion de trois règlements de différends entre France Télécom et les sociétés UPC France, Comptel et Estel.

Cette méthode conduisait non plus à appliquer chaque année aux concurrents fixes les mêmes tarifs de terminaison d'appels que ceux de l'opérateur dominant (les tarifs dits de l'année N) mais d'autres tarifs, plus élevés, correspondant à ceux qu'il appliquait cinq années auparavant dans son catalogue d'interconnexion (tarifs de l'année N – 5), et cela uniquement sur une période limitée de cinq ans.

L'ARCEP avait alors justifié cette évolution dans ses trois décisions par l'argument selon lequel la méthode de réciprocité appliquée jusqu'alors (les tarifs de l'année N), n'était pas équitable car elle ne permettait pas de rémunérer les coûts « *transitoirement supérieurs* » que subissaient les opérateurs de boucle locale concurrents de France Télécom sur le marché, du fait des économies d'échelles inférieures dont ils bénéficiaient par rapport à France Télécom.

Compte tenu de l'évolution qu'avaient connu les tarifs de terminaison d'appels de France Télécom pendant les cinq ans précédents et de l'évolution qu'ils ont connu par la suite, cette méthode a conduit *de facto* les tarifs des opérateurs concurrents de France Télécom à connaître une hausse significative en 2002 par rapport à ceux de France Télécom de l'année N, puis un rapprochement progressif vers les tarifs de l'année N de France Télécom.

En pratique, on le voit, ces décisions reconnaissaient explicitement le fait que les objectifs poursuivis par le régulateur par la méthode de réciprocité (l'application des tarifs de l'année N) ne pouvait pas être atteints sans une dérogation transitoire.

Bien que les objectifs initialement poursuivis par cette méthode ne soit pas intégralement rappelés dans ces décisions de l'ARCEP, il convient de se rappeler qu'à cette époque le niveau de pénétration des opérateurs de boucle locale fixe était dramatiquement bas, avec une part de marché totale inférieure à 1%, en dépit de 4 années d'ouverture à la concurrence.

Les critères de « *neutralité concurrentielle* » et « *d'incitation à l'efficacité économique* » qui étaient à l'origine du choix de la méthode de réciprocité n'avait pas produit les effets concurrentiels escomptés, loin de là.

Elle n'avait visiblement pas permis l'entrée de concurrents efficaces sur un marché qui était, certes, totalement monopolistique en 1998, mais où l'entrée de concurrents n'était pas limitée en nombre.

Il convient en outre de noter que le développement actuel plus important de la concurrence sur le marché de l'accès au service téléphonique fixe (ou boucle locale fixe) n'est pas lié au développement de services économiquement comparables à ceux de France Télécom, c'est-à-dire soumis à une même règle de formation des coûts, mais à l'introduction récente des produits de voix sur IP, vendus en tant que produits accessoires des produits d'accès à Internet à haut débit, et dont l'économie est totalement différente de celles des produits d'accès commutés au service téléphonique de France Télécom.

Autrement dit, si la concurrence se développe aujourd'hui sur l'accès au service téléphonique fixe, c'est uniquement du fait de la possibilité offerte aujourd'hui aux concurrents fixes de France Télécom de bénéficier de conditions de concurrence très favorable sur le marché de détail de l'accès à haut débit en DSL (via le dégroupage) et d'une nouvelle technologie, bien plus efficace sur le plan économique, que la téléphonie commutée offerte encore aujourd'hui pour ses lignes principales par France Télécom.

Sur la terminaison d'appels, c'est uniquement le développement du marché de l'accès à haut débit en DSL qui permet l'utilisation de la voix sur IP qui peut conduire enfin aujourd'hui certains opérateurs de boucle locale à espérer encourir des coûts au moins aussi bas, ou aussi efficace, que ceux de France Télécom sur sa technologie commutée.

En particulier, pour les opérateurs dont l'économie est encore fondée sur des offres semblables et à l'utilisation de réseaux commutés semblables à ceux de France Télécom, comme la plupart des câblo-opérateurs ou des opérateurs du marché entreprises, l'application des méthodes de « réciprocité » et de « réciprocité retardée » a continué de limiter pendant plusieurs années leur possibilité de développement concurrentiel sur le marché.

Ces effets pervers de la méthode de « réciprocité retardée » ont d'ailleurs, semble-il, conduit récemment la plupart des opérateurs fixes concurrents de France Télécom à ne plus appliquer la méthode telle qu'elle était fixée dans ces décisions prises en 2002, mais à appliquer des tarifs supérieurs à ces « tarifs réciproques retardés ».

L'ARCEP a d'ailleurs elle-même récemment accepté le réexamen de cette question lors de son analyse du marché de la terminaison d'appels sur les réseaux individuels¹⁰ : « *l'Autorité mènera des travaux de consultation spécifiques visant à préciser les principes selon lesquels elle serait conduite à évaluer la notion d'excessivité d'un tarif.* »

Il paraît donc pour le moins précipité et risqué d'appliquer une telle méthode de « réciprocité tarifaire retardée » sur le marché mobile des DOM alors que son applicabilité sur le marché fixe en métropole est elle-même actuellement remise en question par l'ARCEP, et que les opérateurs mobiles nouveaux entrants comme Outremer Telecom sont en outre soumis à des conditions économiques et concurrentielles d'entrée sur le marché encore plus difficiles.

c) L'application de la méthode de réciprocité tarifaire retardée sur les marchés mobiles des DOM

Alors que les niveaux de terminaison d'appels de l'ensemble des opérateurs mobiles de métropole font l'objet d'un strict examen de leur coûts depuis plusieurs années par la définition et l'adaptation régulière de règles de pertinence et la conduite de discussions bilatérales régulières sur la base de *reporting* comptables individuels, l'ARCEP a fait le choix pour les opérateurs mobiles des DOM concurrents d'Orange Caraïbe, et notamment pour Outremer Telecom, d'utiliser une nouvelle variante de la méthode de réciprocité tarifaire retardée.

La réalité du choix d'une telle méthode ne souffre aucune discussion dans la mesure où, par exemple sur la zone Martinique - Guadeloupe :

- L'ARCEP n'impose d'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts qu'à Orange Caraïbe, et impose en revanche une obligation « *de ne pas pratiquer de tarifs excessifs* » à tous les autres opérateurs mobiles de cette zone ;
- L'analyse des prétendus coûts des opérateurs concurrents d'Orange Caraïbe consiste principalement en un « *copier – collé* » de l'analyse exposée dans la décision prise concernant le niveau des terminaison d'appels d'Orange Caraïbe, et d'une affirmation rapide et non chiffrée concernant l'existence de coûts effectivement supérieurs pour les autres opérateurs mobiles (voir §2.2.2 ci-dessus) ;
- Dans ses multiples décisions, l'ARCEP dresse de fait trois niveaux de prix acceptables pour 2005 ou 2006 fonction selon elle, en substance, de la taille et de l'ancienneté de l'entrée des opérateurs mobiles sur la zone :
 - un prix qui doit être orienté vers les coûts à 16,44c€/min pour Orange Caraïbe (arrivée sur le marché local en 1996),
 - des prix constatés et jugés non-excessifs de 20c€/min pour Bouygues Télécom Caraïbe (arrivée en 2001),

¹⁰ Décision n° 05-425 du 27 septembre 2005

- des prix constatés et jugés non-excessifs (mais d'un niveau non clairement déterminé) pour SMM (arrivé en fin 2002 / début 2003) et pour Dauphin Telecom (arrivé en 1999 *via* la technologie mobile DECT puis en 2003 *via* le GSM),
- et enfin un niveau commun de prix qui doit impérativement baisser à 28,6 c€/min pour Tel Cell (dont les services ne sont pas encore lancés) et Outremer Telecom (dont le service n'a été lancé qu'en décembre 2005) sous peine d'être jugé excessifs par l'ARCEP.

Alors que l'ARCEP n'expose pas de raisonnement clair sur les motifs qui justifient son analyse du caractère non excessif des prix pratiqués « *spontanément* » en 2006 par Bouygues Télécom Caraïbe, SMS et Dauphin Telecom, elle s'évertue toutefois à souligner que les tarifs imposés de fait à Tel Cell et à Outremer Telecom correspondent aux tarifs d'Orange Caraïbe et de Bouygues Télécom Caraïbe « *dans l'ancien cadre réglementaire* » (*en fait en 2003*) et qu'ils « *correspond[ent] historiquement, dans la zone Antilles-Guyane, à celui d'un nouvel entrant.* ».

Il apparaît donc que l'ARCEP établit en fait une nouvelle méthode de « *réciprocité tarifaire retardée* » fondée cette fois, dans son principe, moins sur la mesure des « *surcoûts transitoires* » subis cette fois par les concurrents d'Orange Caraïbe, comme elle l'avait fait sur le marché fixe avec France Télécom, que sur l'ancienneté de l'entrée sur le marché et la taille de l'opérateur concerné.

Comme nous l'avons vu, ce nouveau dispositif ne repose sur aucune analyse sérieuse du fonctionnement du marché mobile dans les DOM concernés. Il ne traduit en fait que la transposition d'un raisonnement abstrait conduit vis-à-vis des réseaux fixes de métropole dont l'applicabilité est d'ailleurs actuellement remise en cause.

Par ailleurs, les niveaux de tarifs retenus par l'ARCEP pour Outremer Telecom et Tel Cell sont fondés uniquement sur des données récentes de niveau de terminaison d'appels qui ne traduisent nullement les tarifs « d'un nouvel entrant » sur le marché mobile de chaque DOM concerné, mais en fait les tarifs d'Orange Caraïbes de 2003.

d) Sur les critères de fonctionnement concurrentiel et économique du marché qui devraient à minima être pris en compte pour décider dans les DOM l'application d'une méthode de réciprocité tarifaire

Si l'ARCEP persistait (i) dans son analyse précoce du marché (ii) à repousser l'existence des contre-pouvoirs d'acheteur auxquels Outremer Telecom est soumise, et (iii) refusait de conduire préalablement une analyse complète et contradictoire des coûts supérieurs encourus réellement par Outremer Telecom, ce que souhaite en premier lieu Outremer Telecom, celle-ci pourrait se résoudre à envisager en dernier lieu, et en concertation avec l'ARCEP, une

méthode lui permettant de prévoir l'évolution de ses tarifs de terminaison de façon certaine et avec un préavis suffisamment long.

En effet, pour un opérateur mobile nouvel entrant comme Outremer Telecom, la question de la prévisibilité de l'évolution de ses revenus de terminaison d'appels est cruciale dans les phases initiales de son développement.

Un tel changement des règles du jeu concurrentiel constitue en effet un signal extrêmement négatif à la poursuite de ses investissements, à la fois du fait du niveau significatif de la baisse demandée (23%) et du fait de la méthode abrupte et peu transparente proposée par l'ARCEP pour y procéder.

Outremer Telecom souligne à cet égard qu'aucun des opérateurs mobiles en France n'a jamais été soumis, à sa connaissance, à une régulation de sa terminaison d'appels dans les mois qui ont suivi le lancement de ses activités.

Au contraire, les autres opérateurs mobiles ont tous bénéficié pendant des années, qu'il s'agisse principalement des opérateurs mobiles de métropole ou des opérateurs mobiles des DOM dont les plus significatifs sont eux-mêmes des filiales de ces opérateurs de métropole, de conditions économiques et concurrentielles adaptées aux différentes phases de leur économie, à la fois lors de l'acquisition de leurs clients en phase de croissance du marché, puis lors de la rentabilisation de l'essentiel de leurs investissements, et enfin, plus récemment, lors de l'adaptation progressive de leur structure de revenus face aux baisses de terminaison d'appels demandées informellement ou imposées à titre *ex ante* par l'ARCEP.

Il serait donc plus que légitime que le développement des activités d'Outremer Telecom, qui est entrée sur le marché des DOM dans des conditions de marché beaucoup plus difficiles et risquées, bénéficie d'une période d'observation au moins aussi longue que les autres opérateurs avant que ses tarifs de terminaison ne soient contraints, soit par les effets de club générés par la tarification de détail d'Orange, soit à la demande de l'ARCEP, à une baisse progressive les rapprochant des niveaux des opérateurs mobiles déjà en place depuis longtemps.

En outre, Outremer Telecom rappelle qu'elle doit en ce moment, sur la zone Martinique – Guadeloupe, supporter des coûts très élevés :

- le coût fixe très élevé d'une couverture complète préalable de ces deux départements avec un nombre très progressif d'abonnés, contrairement aux autres opérateurs qui sont entrés en phase de croissance du marché, et qui ont pu ainsi déployer la couverture de leurs réseaux au fur et à mesure de cette croissance,
- des coûts variables d'acquisition de ses équipements de réseaux et des terminaux, qu'elle est de fait obligée de subventionner, avec un pouvoir d'acheteur sans commune mesure avec celui du groupe France Télécom/Orange, qui compte parmi les plus importants opérateurs de téléphonie mobile au monde.
- des coûts d'acquisition clients beaucoup plus élevés que les coûts d'acquisition encourus par le passé par Orange Caraïbe lors de la phase de croissance du marché, et

surtout par rapport au coûts de simple fidélisation que cette dernière encoure aujourd'hui, acquisition qu'elle ne peut en outre espérer qu'au prix d'une politique tarifaire sur le prix des appels beaucoup plus favorable aux consommateurs que celle de ses concurrents.

Ainsi, dans cette phase de lancement de ses activités, quelle que soit l'importance du pouvoir d'achat compensateur d'Orange Caraïbe, de France Télécom et de Bouygues Télécom Caraïbe, Outremer Telecom n'est pas en situation de fixer ses charges de terminaison d'appel à un niveau inférieur au niveau actuel sans subir de lourdes pertes ou revoir significativement ses projets de développement.

Par ailleurs, Outremer Telecom souligne les **circonstances concurrentielles exceptionnelles qui caractérisent les marchés mobiles de Guyane et de la zone Antilles**, compte tenu du risque de monopole définitif d'Orange Caraïbe sur ces marchés, risque permanent tant qu'un ou plusieurs acteurs n'auront pas pu se développer de manière pérenne sur chacun de ces deux marchés.

Cette circonstance justifie à elle seule une approche spécifique de la régulation *ex ante* du marché de gros des acteurs concurrents d'Orange Caraïbe, et tout particulièrement vis-à-vis des nouveaux entrants comme Outremer Telecom, pour éviter toute décision qui pourrait accroître leur fragilité et être contraire à la nécessité d'encourager ces acteurs à investir sur ces marchés à haut risque.

Enfin, Outremer Telecom souligne que la suite qu'apportera l'ARCEP à sa consultation publique déterminera pour une grande part la réalisation effective de ses projets similaires de déploiement à La Réunion d'un autre réseau mobile et dont elle avait jusqu'ici annoncé l'ouverture aux réunionnais et à l'ARCEP pour décembre 2006.

2.2.4 Les obligations envisagées sont en définitive en totale contradiction avec l'article 13 de la Directive « Accès » et les objectifs fixés par l'article 8 de la Directive « Cadre »

D'un point de vue juridique, l'analyse qui précède atteste de ce que les remèdes proposés par l'ARCEP sont en totale contradiction avec le cadre réglementaire applicable :

- L'article 13.1 de la Directive « Accès » prévoit que lorsque les autorités réglementaires nationales imposent une obligation de pratiquer des tarifs non excessifs, elle doivent néanmoins tenir compte « *des investissements réalisés par l'opérateur et lui permettre une rémunération raisonnable du capital adéquat engagé, compte tenu des risques encourus* ».

La situation exceptionnelle des départements des Antilles et de la Guyane au regard du marché de la téléphonie mobile et le cas tout à fait exceptionnel de l'entrée sur le marché de la téléphonie 2G d'un nouvel acteur plus de 11 ans après l'ouverture des premiers réseaux en métropole et 9 ans après l'ouverture des premiers réseaux dans les DOM, justifie une attention particulière sur la fixation par l'ARCEP d'un taux attractif de

rémunération du capital engagé qui encourage les investisseurs à construire de nouveaux réseaux de communications électroniques dans des situations à risque, comme cela est le cas sur les marchés où Outremer Telecom se développe.

Or, en fixant son prix plafond applicable en 2006, le projet de décision de l'ARCEP écarte manifestement ce facteur puisque l'ARCEP indique qu'elle a fixé ce prix-plafond non pas en fonction de l'appréciation des risques encourus sur le marché par Outremer Telecom en lançant son activité en 2005, mais au contraire si on suit l'ARCEP (voir §2.2.2 ci-dessus sur le caractère erroné de ce constat) sur l'appréciation de la situation lors de l'ouverture des réseaux d'Orange Caraïbe (1996) et Bouygues Télécom Caraïbe (2001).

- Le projet de décision de l'ARCEP ne prend également pas en compte les objectifs de l'article 8 de la Directive « Cadre » et en particulier, les objectifs de promotion de la concurrence et d'incitation à l'investissement (voir §2.2.3 ci-dessus).
- De même, en fixant un prix-plafond qui ne tient pas compte des coûts supportés par Outremer Telecom mais uniquement d'éléments extérieurs à cet opérateur, elle aboutit à un traitement discriminatoire puisqu'elle méconnaît à la fois la nécessité d'une rémunération du capital investi par Outremer Telecom significativement supérieure à celle de ses concurrents, compte tenu d'un risque beaucoup plus important pris par cet acteur et également d'éléments de coûts propres qui viennent accroître significativement les coûts d'Outremer Telecom, comme indiqué au paragraphe 2.2.2 ci-dessus.

* * *