

Client: Hogan and Hartson
Source: Outsourced cutting
Date: 31 May 2006
Page: 27,29
Circulation: 0
Area(cm²): 654



N° et date de parution : 189 - 30/05/2006
Diffusion : 30000
Périodicité : Bimensuel
LALETTREDEST2_189_10_303.pdf

Page : 10
Taille : 95 %

« Hérissons » : la Cour européenne de justice est saisie

La Cour de justice des Communautés européennes, saisie sur les appels « fixe vers mobile », se prononcera sur la possibilité pour un opérateur (mobile, MVNO, ADSL...) d'interdire la revente de ses services de détail sans enfreindre le principe de liberté de prestation de services.

Les « hérissons » sont des boîtiers qui permettent de transformer un appel fixe vers mobile en un appel mobile vers mobile. L'objectif est de profiter de tarifs avantageux d'appels « on-net », moins élevés que les tarifs d'interconnexion appliqués par l'opérateur mobile pour la terminaison d'appels sur son réseau. Les hérissons ont été au centre des débats en France sur la baisse des tarifs de terminaison d'appels sur les réseaux mobiles de l'Hexagone (1). L'Arcep a décidé de ne pas intervenir pour interdire ou réguler ces boîtiers (2), en partant du principe que leur usage – bien qu'étant inefficace en termes d'utilisation du spectre – diminuera naturellement avec la baisse des tarifs d'interconnexion pour la terminaison des appels sur les réseaux mobiles. Avec la baisse des tarifs de terminaison, l'arbitrage entre les tarifs de détail on-net et les tarifs d'interconnexion deviendra moins intéressant. Les hérissons sont déployés par des utilisateurs finals (généralement de grandes sociétés et administrations) pour optimiser leurs dépenses de télécommunications. Ils sont également déployés par des prestataires de services et opérateurs tiers qui collectent du trafic venant de leurs clients et envoient l'ensemble des appels à destination des mobiles vers ces hérissons, lesquels transforment ces appels en appels mobile vers mobile on-net (3). Au Royaume-Uni, l'Ofcom a jugé que l'utilisation des hérissons par les utilisateurs finals était permise mais que leur utilisation par des opérateurs tiers était interdite car il s'agissait d'une utilisation non autorisée de fréquences (4). La position du régulateur britannique est actuellement contestée devant un tribunal anglais (5).

Cas Belgacom Mobile - The Phone Company
En Belgique, l'IBPT (6) a pris une position différente.

Les faits du cas belge sont les suivants : The Phone Company a souscrit à certaines offres de détail de téléphonie mobile en vue d'insérer les cartes SIM dans un boîtier hérisson et de fournir un service de télécommunications aux tiers. Belgacom Mobile a ensuite modifié ses conditions générales de vente pour interdire l'utilisation de hérissons sans son accord, et généralement pour interdire toute mise à disposition des services aux tiers sans le consentement de Belgacom Mobile. Après une consultation publique, l'IBPT a décidé le 4 août 2004 que l'utilisation de cartes SIM par un prestataire tiers relevait de l'« accès spécial » sous l'ancien cadre réglementaire et que l'opérateur mobile puissant (Belgacom Mobile) devait par conséquent accorder cet accès à un tarif orienté vers les coûts. Belgacom Mobile a donc élaboré une offre de gros « hérissons » orientée vers les coûts, cependant plus chère que les offres de détail souscrites auparavant par The Phone Company. The Phone Company a refusé cette nouvelle offre et Belgacom Mobile a coupé le service.

Revendeur de services ou prestation d'accès

Dans le cadre d'une mesure provisoire limitée dans le temps, l'IBPT a ordonné à Belgacom Mobile de rétablir le service. Saisie de l'affaire, la cour d'appel de Bruxelles a envoyé en avril dernier certaines questions préjudicielles à la Cour de justice des Communautés européennes (7). La cour d'appel voit dans l'interdiction d'utiliser des hérissons quelques questions de fond nécessitant une interprétation des directives « cadre », « autorisations », « accès » et « RTTE » (8). La réponse de l'instance judiciaire européenne aura un impact non seulement sur l'utilisation des hérissons (qui devrait diminuer avec la



Client: Hogan and Hartson
Source: Outsourced cutting
Date: 31 May 2006
Page: 27,29
Circulation: 0
Area(cm²): 654



baisse des tarifs de terminaison) mais également sur d'autres activités, telles que celles des MVNO (9) et des revendeurs d'accès haut débit. La première question clé posée à la Cour européenne est de savoir quand un revendeur de services devient un demandeur d'« accès » au sens de la directive « accès » (10). Cette question est particulièrement délicate en matière de MVNO, car ceux-ci prennent de nombreuses formes, allant de la simple revente à une prestation plus élaborée de « full MVNO » où l'opérateur virtuel possède des éléments de cœur de réseau et ses propres cartes SIM. Les MVNO relèvent du « marché 15 », à savoir le marché de l'accès aux réseaux mobiles. Dans cette optique, la position de l'IBPT du 4 août 2004 est cohérente : les cartes SIM font partie des éléments du réseau de l'opérateur mobile ; leur mise à disposition auprès d'un prestataire de services pour lui permettre de commercialiser des services de communications électroniques relève de l'accès. Si l'opérateur mobile est puissant sur le marché de l'accès, les offres d'accès seront régulées. Si en revanche l'opérateur mobile n'est pas puissant sur ce marché, les offres d'accès ne seront pas régulées. En France, le marché de l'accès aux réseaux mobiles n'est pas régulé pour l'instant, mais l'obligation d'offrir un accès aux MVNO existe néanmoins dans l'autorisation UMTS de SFR (11).

Deux approches réglementaires

The Phone Company estime qu'il ne s'agit nullement d'une prestation d'accès car la prestation est identique en tous points à celle proposée par Belgacom Mobile aux clients finals. La distinction réglementaire entre une prestation de détail et une prestation d'accès est au cœur de nombreux litiges, notamment en matière de liaisons louées (12) et d'accès *bitstream* (13). Deux approches se heurtent : la première est qu'une prestation devient *de facto* une prestation d'accès dès lors que le demandeur est un opérateur qui utilise la prestation pour construire sa propre offre de services de communications électroniques. Selon cette approche, l'achat de prestations mobiles de détail relèverait automatiquement de l'accès si la prestation est utilisée par un opérateur ou prestataire tiers pour construire un nouveau service. La deuxième approche est que la prestation d'accès implique nécessairement des prestations ou éléments de réseau particuliers différents de la pres-

tation de détail. C'est l'argument utilisé par France Télécom pour éviter qu'une prestation de détail soit requalifiée en prestation d'accès. La deuxième grande question soulevée par la cour d'appel est de savoir quand un opérateur peut légitimement empêcher un client de revendre sa prestation de détail. Les opérateurs GSM prétendent que l'interdiction est justifiée parce que les hérissons provoquent des perturbations nuisibles au réseau et ne permettent pas la transmission du numéro de l'appelant. La cour d'appel ne semble pas convaincue par ces arguments, et relève que Belgacom Mobile autorise ces appareils pour ses propres clients finals, et que les contrats avec ces clients n'imposent pas de limitation particulière de volume de trafic (14). La vraie question est économique : les opérateurs mobile peuvent-ils interdire certains types de revendeurs afin de garder une meilleure maîtrise de leurs plans tarifaires, où s'agit-il d'une restriction abusive, incompatible avec le principe de liberté de prestation de services établi par l'article 3 de la directive « autorisations » ? La réponse de la Cour européenne aura un impact dans bien d'autres domaines, et notamment sur le haut débit (*voir encadré ci-dessus*).

Liberté et droit de la concurrence

Si la mise à disposition de cartes SIM dans une perspective de revente s'analyse comme une prestation d'« accès », les législations communautaire et nationales fournissent une réponse claire à la question : en l'absence de remèdes adoptés dans le cadre du marché 15, l'opérateur mobile est libre de choisir ses partenaires et de négocier le prix de l'accès, à condition de respecter le droit de la concurrence. En revanche, si l'activité de hérisson s'analyse comme une revente de prestations de détail et non comme une prestation d'accès, l'interdiction pourrait être plus problématique, compte tenu des principes de liberté de prestation de services énoncés à l'article de la directive « autorisations », en particulier si les arguments techniques soulevés par les opérateurs mobile pour justifier ces restrictions ne s'avèrent pas fondés. ■

Winston Maxwell*

* Avocat associé, Hogan & Hartson MNP





Notes

(1) - Voir notamment l'affaire Ténor contre France Télécom et SFR dont la décision de la cour d'appel de Paris vient d'être cassée : Cass. Comm. 10 mai 2006. Voir également le règlement de différend MFS contre France Télécom Mobiles. Décision 00-1092 de l'ART.
(2) - Voir *La lettre de Télécommunications*

n° 152, p. 3.
(3) - Les hérissons sont décrits en détail à la page 11 de la décision n° 04-936 de l'Arcep relative à l'analyse du « marché 16 ».
(4) - Ofcom, « *Future regulation of GSM gateways under the Wireless Telegraphy Act* », 29 juin 2005.
(5) - Floe Telecom v. Ofcom, Competition

Appeal Tribunal, Case n° 1024/2/3/04.
(6) - Institut belge des services postaux et des télécommunications (IBPT).
(7) - Décision du 7 avril 2006, cour d'appel de Bruxelles, Belgacom Mobile c. IBPT, n° 2005/AR/296 + 588.
(8) - Directives sur <http://lettres.lesechos.fr/telecom>.

(9) - *Mobile Virtual Network Operator* (MVNO).

Notes

(10) - « *La notion d'accès au sens de la directive 2002/19/CE (directive "accès") couvre-t-elle la mise à la disposition d'une autre entreprise d'une carte SIM dans l'hypothèse où cette carte SIM est*

utilisée par cette entreprise dans des appareils GSM "Gateway" pour fournir à des tiers des services permettant d'éviter les points d'interconnexion ? »

(11) - Décision n° 06-0406 de l'Arcep. Afone c. SFR.
(12) - Décision n° 02-147 de l'Arcep. MFS c. France Télécom.
(13) - Décision

n° 05-1103 de l'Arcep. Colt c. France Télécom.
(14) - Dans le procès au Royaume-Uni, des experts ont témoigné que les hérissons ne provoquaient aucun brouillage préjudiciable, et que les appels d'urgence ne passaient pas par les hérissons.

Les opérateurs mobile peuvent-ils écarter certains type de revendeurs ?

Le monde des mobiles diffère de celui de l'ADSL car les opérateurs mobile détiennent des « droits individuels d'utilisation des radiofréquences » assortis d'une exclusivité implicite sur l'utilisation des fréquences couvertes par la licence. La Cour européenne de Justice devra décider si cette exclusivité va jusqu'à la possibilité de choisir le type d'utilisateur qui pourra utiliser un appareil hérisson (1). L'argument peut s'étendre au monde des réseaux haut-débit : Un opérateur peut-il par exemple interdire la revente d'un accès ADSL résidentiel ou profes-

sionnel ? Dans les cybercafés ou *hot spots* WiFi (2), la prestation d'accès est déjà revendue.

Prestation de revente gênante ?

Mais certaines autres prestations de revente risquent d'être plus gênantes pour les opérateurs. Le fondateur de Skype (3) a imaginé par exemple un service téléphonique - FON (4) - fondé sur la création d'un club planétaire d'utilisateurs du haut débit. Chaque membre du club équiperait son accès ADSL d'une base WiFi, à laquelle les autres membres du club auraient

accès lorsqu'ils passent à proximité de la base. Les membres du club seraient équipés de téléphones WiFi/GSM, et chaque fois que le membre du club passe dans une zone WiFi d'un autre membre du club, il pourra téléphoner gratuitement en utilisant l'accès ADSL/WiFi de cet autre membre du club. On peut imaginer que de tels partages d'accès ADSL pourraient finir par gêner le plan d'affaires des fournisseurs d'accès qui dépendent, pour leur développement, de la maîtrise de la relation commerciale avec le client et de l'augmentation de l'Arpu (5). ■

1 - « Les droits individuels d'utilisation des radiofréquences, visés à l'article 5.1 de la directive 2002/20/CE (directive « autorisations »), comprennent-ils le droit exclusif d'utiliser des appareils tels que les appareils GSM ou d'en autoriser l'utilisation ? » • 2 - Les prestataires WLAN, MySteam, et MyIP s'appuient sur un modèle de revente. • 3 - Niklas Zennström. • 4 - FON a signé en avril 2006 un accord exclusif avec Neuf Cegetel. • 5 - Average Revenue Per User (Arpu).