



Avis n° 05-A-09 du 4 avril 2005
relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des
télécommunications en application de l'article L. 37-1 du code des
postes et communications électroniques, portant sur l'analyse du
marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux
mobiles ouverts au public en France

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu la lettre du 21 février 2005 enregistrée sous le numéro 05/0009A par laquelle l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence dans le cadre de la procédure d'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public en France ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative au cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre ») ;

Vu la recommandation de la Commission européenne du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE ;

Vu les lignes directrices de la Commission européenne du 11 juillet 2002 sur l'analyse des marchés et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Vu le code des postes et des communications électroniques ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 22 mars 2005 ;

Les représentants de l'Autorité de régulation des télécommunications, des sociétés Orange France, SFR, Bouygues Télécom et Télé2 France entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

I. Introduction

1. Par lettre enregistrée le 21 février 2005 sous le numéro 05/0009A, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a sollicité, sur le fondement de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, l'avis du Conseil de la concurrence dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de détail et de gros de la téléphonie mobile.
2. La procédure d'analyse des marchés pertinents s'inscrit dans le contexte plus vaste de la réforme du cadre réglementaire européen applicable aux communications électroniques dont les principes ont été fixés par la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, dite directive « *cadre* ». L'article 15 de cette directive « *cadre* » prévoit que la Commission établit une recommandation sur les « *marchés pertinents* », c'est-à-dire « *les marchés de produits et services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques justifient l'imposition d'obligations réglementaires fixées dans les directives* » et qu'elle publie des « *lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché qui sont conformes aux principes du droit de la concurrence* ».
3. Le présent avis concerne le marché 15 recensé par la Commission européenne dans sa recommandation du 11 février 2003 et dans l'annexe 1 de la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « *cadre* »), soit le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public.
4. En complément des éléments d'analyse du présent avis, le Conseil de la concurrence renvoie aux trois avis précédemment rendus (avis n° [04-A-17](#), n° [05-A-03](#) et n° [05-A-05](#)) dans lesquels il a rappelé les enjeux et les modalités de la réforme de la réglementation applicable aux activités de télécommunications.
5. Au préalable, le Conseil de la concurrence tient à souligner le contexte particulier dans lequel s'est déroulée l'analyse préalable au présent avis. La consultation publique de l'ART sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles a eu lieu du 17 décembre 2004 au 4 février 2005. L'ART a mené son analyse sur une période antérieure au cours de laquelle l'activité des opérateurs virtuels était quasi inexistante ou se limitait sans réels succès à des stratégies de niche très spécifiques ou à des modèles de simple revendeur. Cependant, les négociations entre opérateurs mobiles et opérateurs virtuels se sont intensifiées au cours des premiers mois de l'année 2005 : en effet, des contrats de MVNO (*Mobile Virtual Network Operator* ou opérateur de réseau mobile virtuel) ont été signés avec des acteurs importants (NRJ et M6 en février 2005, Cegetel et 9Télécom en mars 2005) ; la signature d'autres contrats est annoncée ainsi que la commercialisation, sur le marché de détail, de plusieurs offres nouvelles adossées à ces contrats. Que cette animation récente du marché résulte d'une initiative des opérateurs virtuels ou, plus vraisemblablement, d'une réappréciation par les opérateurs de réseaux mobiles de l'intérêt d'ouvrir leurs réseaux aux MVNO sous l'effet d'une pression politique et réglementaire dont le présent avis constituera sans doute l'un des éléments, il est juste de constater que le marché de gros de l'accès et du départ d'appel est à l'heure actuelle en mouvement, mouvement qui ne pouvait être décelé à la date à laquelle l'ART a procédé à son analyse.

6. Conformément à l'article 37-1 du code des postes et des communications électroniques, l'ART détermine les marchés du secteur des communications électroniques pertinents, en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2, au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, et établit la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés. Le présent avis suit les trois étapes de cette analyse en se concentrant sur les points qui ont été les plus discutés par les opérateurs ou ceux qui suscitent de la part du Conseil une vision différente de celle de l'ART.

II. Sur la délimitation des marchés en métropole

7. Comme le précise la Commission européenne, dans le considérant 7 de la recommandation du 11 février 2003, la caractérisation des marchés de détail, compte tenu de la substituabilité du côté de la demande et de l'offre pour les utilisateurs finals, doit précéder le recensement des marchés de gros pertinents, c'est-à-dire les marchés de l'offre et de la demande de produits pour les tiers qui désirent fournir eux-mêmes les utilisateurs finals.

A. SUR LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ DE DÉTAIL

8. Le Conseil s'est prononcé à plusieurs reprises sur la faible substituabilité entre services de téléphonie fixe et services de téléphonie mobile (cf. notamment la décision n° [02-D-69](#) du 26 novembre 2002). Même si l'évolution récente des comportements observés et des technologies suggère que cette substituabilité progresse, le Conseil a encore estimé, dans son avis n° [04-A-17](#) du 14 octobre 2004 relatif aux marchés de gros de la terminaison d'appel de la téléphonie mobile, que le marché de la téléphonie mobile était distinct de celui de la téléphonie fixe.
9. Sur ce premier marché, l'ART se propose de définir un ensemble minimal de produits et services, qu'un opérateur est tenu de fournir pour répondre à la demande actuelle. Cet ensemble comprend : l'accès, les appels vocaux émis sur le territoire français (sauf itinérance internationale), les SMS (sauf itinérance internationale), les services d'itinérance internationale utilisés à l'étranger par les clients des opérateurs mobiles ; les appels vers les numéros spéciaux pour accéder à des services à valeur ajoutée ; les SMS à valeur ajoutée ; les services multimédias bas débit hors SMS (MMS ou services GPRS de transferts de données en mode paquet). Ces services sont fournis de façon combinée : chaque opérateur mobile propose dans ses offres l'accès combiné à un ou plusieurs services de communication. Les différents services apparaissent comme complémentaires du point de vue du consommateur. De fait, le Conseil de la concurrence reconnaît qu'il est raisonnable d'estimer que les contraintes concurrentielles pesant sur ces différents services sont homogènes.
10. L'ART ne fait pas de distinction entre les offres destinées à la clientèle professionnelle et celles destinées à la clientèle résidentielle, mettant en avant la grande substituabilité de l'offre pour les différents types de prestations.

11. Dans le cadre du présent avis, le Conseil estime en effet que l'analyse peut être conduite sans déterminer de manière plus précise le contour du marché de détail, à partir du moment où il n'est pas envisagé de lui appliquer une régulation spécifique, et où cette délimitation est sans incidence sur celle du marché de gros sous-jacent.

B. SUR LA DÉLIMITATION DU MARCHÉ DE GROS

12. Dans son projet d'analyse (p. 38 à 44), l'ART procède à une délimitation du marché de gros de l'accès et du départ d'appel. En termes de produits et services, elle rappelle que *« les prestations fournies par l'opérateur hôte doivent permettre à l'opérateur virtuel de fournir au détail un ensemble de services pertinents, tant du point de vue du client final que des contraintes concurrentielles pesant sur le marché. Il s'ensuit que le marché de gros de l'accès et du départ d'appel peut, en première approche, être assimilé à un marché « miroir » du marché de détail (...) [cf paragraphe 9]. Ces prestations permettent ainsi à un opérateur virtuel d'être présent sur un marché de détail, sans pour autant disposer de réseau radio propre (il peut en revanche posséder un cœur de réseau propre) »*.
13. L'ART inclut dans le marché de gros les prestations d'accès et de départ d'appel, ainsi que les prestations d'itinérance, à l'exclusion de l'itinérance internationale.
14. En ce qui concerne les prestations d'accès et de départ d'appel, l'ART indique qu'elles *« intéressent notamment des opérateurs de réseaux mobiles virtuels »*. Elle les assimile à l'heure actuelle aux contrats de MVNO signés : Transatel avec Bouygues Télécom en 2001, Debitel avec SFR en 2004, Omer avec Orange en 2004, Futur Télécom, NRJ, 9Télécom et Cegetel avec SFR en 2005.
15. Cependant, il est possible de distinguer plusieurs modèles permettant de fournir des services sur le marché de détail de la téléphonie mobile, comme l'a fait, dans son rapport du 22 mars 2002, la Commission consultative des radiocommunications (CCR) :
 - La SCS (société de commercialisation de services) agissant comme un revendeur ayant la possibilité de faire des offres en propre. Le contrat entre Universal Music Mobile et Bouygues Télécom revêt cette forme ;
 - Le MVNO minimaliste (ou encore ESP pour Enhanced Service Provider) : par rapport à la SCS, cet acteur dispose en particulier de ses propres cartes Sim. Ce modèle correspond à l'ensemble des contrats signés à l'heure actuelle ;
 - Le MVNO minimaliste disposant de son propre HLR (Home Location Register), base dans laquelle sont enregistrées les données relatives à tous les forfaits souscrits ;
 - Le MVNO étendu ou *« Full MVNO »*. Il s'agit d'un MVNO disposant de nombreux éléments de réseaux : HLR, éléments de cœur de réseau. Il s'apparente à un « dégroupé » de la boucle locale radio.
16. Ces quatre modèles apparaissent imparfaitement substituables mais forment le continuum des services disponibles sur le marché de gros : si les prestations de gros de revendeurs deviennent plus chères que celles permettant d'accéder au modèle de MVNO, alors il est probable que le revendeur choisira de devenir MVNO (et inversement). Le continuum de contrats permettant de mettre en œuvre chacun de ces modèles constitue donc l'ensemble

des produits ou services disponibles sur le marché de gros. Au surplus, pour les trois premiers modèles, les prestations de gros sous jacentes sont quasi identiques et dites de « *de bout en bout* ». Elles comprennent l'accès et le départ de l'appel mais aussi l'acheminement et la terminaison.

17. En ce qui concerne l'itinérance nationale, un MVNO ou un revendeur ne peut pas prétendre à cette prestation qui s'adresse uniquement aux opérateurs de réseau mobile. De même, un opérateur de réseau n'a pas intérêt à conclure un contrat de MVNO avec un autre opérateur de réseau, afin d'accéder à des prestations d'itinérance nationale. Les modèles décrits au § 16 supposent la fourniture de prestations différentes de celles d'itinérance nationale, incluant une gamme plus large de services (accès, départ, acheminement, terminaison). Elles ne sont donc pas substituables les unes aux autres.
18. Toutefois, l'inclusion ou l'exclusion des prestations d'itinérance nationale dans le marché de l'accès et du départ d'appel n'a de fait aucune conséquence sur l'analyse dans la mesure où ces prestations n'ont pas lieu d'être actuellement en métropole. En effet, si les licences UMTS contiennent des dispositions imposant aux opérateurs de fournir l'itinérance nationale aux opérateurs qui n'ont pas de réseau 2G, c'est-à-dire, le cas échéant à l'opérateur qui ferait l'acquisition de la quatrième licence pour un réseau 3G, cette éventualité n'est pas envisagée à l'horizon du présent exercice de définition des marchés. Par ailleurs, les trois opérateurs ayant des déploiements quasiment identiques, ils n'ont pas besoin de se fournir entre eux de prestation d'itinérance nationale.

III. Sur l'inscription du marché de gros de l'accès et du départ sur les réseaux de téléphonie mobile sur la liste des marchés pertinents en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2 du code des postes et des communications électroniques

19. Le Conseil renvoie à ses avis précédents, et notamment au II-A de l'avis [05-A-05](#) du 16 février 2005, dans lequel il expose que le caractère « *régulable* » *ex ante* des marchés doit être apprécié au vu d'une analyse concurrentielle de ces marchés.
20. L'ART justifie la nécessité de réguler le marché de gros de l'accès et du départ sur les réseaux de téléphonie mobile, dans un premier temps, par l'analyse concurrentielle du marché de détail : elle rappelle, à juste titre, que les remèdes qui devront être imposés, le cas échéant, sur le marché de gros, visent in fine à développer la concurrence sur le marché de détail, ce qui implique d'examiner l'état de la concurrence sur ce dernier.

A. L'ANALYSE CONCURRENTIELLE SUR LE MARCHÉ DE DÉTAIL

21. D'un point de vue structurel, l'ART estime que le marché de détail se caractérise par :
 - de fortes barrières à l'entrée : naturelles (les fréquences sont des ressources rares), réglementaires (nombre limité d'autorisations : 3 en GSM, 4 en UMTS, dont l'une

n'a pas été attribuée ; coûts fixes importants (le déploiement d'un réseau mobile coûte environ 7 milliards € selon les estimations fournies par SFR) ;

- une forte concentration de l'offre, essentiellement entre les trois opérateurs de réseaux, l'offre alternative de MVNO n'ayant pas eu jusqu'à présent d'effet réel sur le marché ;
- un taux de pénétration supérieur à 70 % et un potentiel de croissance désormais plus faible que par le passé ;
- une forte proportion de contrats post-payés (61,9 % du parc total) ;
- une demande largement centrée sur la voix et les SMS (environ 90 % en valeur)

22. L'importance des barrières à l'entrée est confirmée par le fait que la quatrième licence UMTS disponible n'a pas fait l'objet, jusqu'à présent, de candidatures. Néanmoins, l'évolution récente du marché suggère que de nouvelles offres peuvent apparaître sur le marché de détail par l'intermédiaire de contrats d'opérateur virtuel (MVNO) ou de revendeur, conclus avec les opérateurs mobiles.

23. Par ailleurs, le Conseil observe, à l'instar de l'ART, que bien que Bouygues Telecom offre des tarifs inférieurs aux deux autres opérateurs, il n'a gagné que deux points de parts de marché en deux ans. Plusieurs caractéristiques des offres disponibles sur ce marché pourraient expliquer que les prix pratiqués ne sont pas les seuls facteurs de l'évolution des parts de marché des différents opérateurs :

- la prédominance des contrats d'abonnement avec engagement long : la subvention des terminaux mobiles par les opérateurs a comme contrepartie la souscription par les clients d'un engagement initial de 12 ou 24 mois (24 mois étant devenu la norme). De plus, des programmes de fidélité incitent les clients à renouveler leur engagement pour bénéficier d'un nouveau terminal ;
- les freins à la portabilité des numéros : à l'heure actuelle, la procédure qui permet à un client souhaitant changer d'opérateur mobile de garder le même numéro prend deux mois. Dans certains pays comme l'Irlande, l'Allemagne, l'Espagne, la Finlande, l'Italie et la Norvège, la procédure de portage du numéro mobile dure moins d'une semaine ;
- les délais moyens de résiliation : 2 mois chez Bouygues Telecom et SFR, un mois et demi chez Orange France.

24. Ces caractéristiques se traduisent par des coûts de changement d'opérateur pour le consommateur (*switching costs*) relativement élevés. Elles participent, aux côtés des autres facteurs identifiés par l'ART, à la stabilisation des parts de marché et expliquent également en partie la faible pression concurrentielle constatée par le régulateur sur ce marché.

25. Néanmoins, il convient d'observer que des budgets relativement élevés (supérieurs à 100 millions €) sont consacrés par les opérateurs à la publicité et à de nombreuses campagnes de promotion. Interrogée en séance, l'ART soutient cependant que ces dépenses visent à soutenir moins la conquête de parts de marché en termes de nombre de clients que la croissance de l'ARPU (*average revenue per user* ou revenu moyen par utilisateur), c'est-à-dire le chiffre d'affaires généré par chaque client en l'incitant à une consommation plus intensive ou à l'utilisation d'autres services que la voix. L'importance

de ces budgets renforce également l'analyse selon laquelle la concurrence entre opérateurs porte peu sur le prix des offres mais plutôt sur les marques et les services.

26. L'ART relève également que, contrairement à ce qui se passe dans d'autres pays européens, les offres disponibles sont peu adaptées à la demande d'utilisateurs à faible consommation portant sur une durée limitée de communication pour un prix réduit. Le Conseil rejoint ce constat mais observe que, dans le cadre des évolutions récentes constatées sur ce marché, et mentionnées en introduction, certains acteurs (Debitel, Breizh Mobile et SFR) ont lancé des offres ciblant cette catégorie de clientèle.
27. Plus généralement, le Conseil constate que, dans le cadre du mouvement décrit plus haut, une dizaine d'acteurs non opérateurs de réseau ont annoncé le lancement d'offres avant la fin de l'année 2005 : M6 Mobile, Universal Music Mobile, Transatel, Futur Télécom, Debitel, NRJ Mobile, 9Télécom, Breizh Mobile, Cegetel. D'autres entrants potentiels (notamment Télé 2) sont en cours de négociation avec les opérateurs de réseau mobile. Le marché pourrait donc s'animer avec des offres ciblées sur les primo-accédants, les utilisateurs à faible consommation, les régions où sont constatés pour le moment de faibles taux de pénétration, certains segments de clientèle résidentielle ou encore les entreprises.
28. Enfin, le Conseil regrette que les éléments d'analyse sur le marché de détail fournis par l'ART portent essentiellement sur le marché résidentiel alors qu'un éclairage portant sur le segment des entreprises aurait pu s'avérer utile à une meilleure compréhension de la situation concurrentielle sur l'ensemble du marché. Dans l'avis [04-A-17](#), le Conseil avait en effet relevé certains éléments indiquant que la concurrence sur les offres destinées aux entreprises était plus vive, grâce notamment à l'offre de SCS achetant auprès des opérateurs mobiles des minutes en gros et les revendant à des prix beaucoup plus bas que ceux des offres destinées aux clients résidentiels.

B. L'ANALYSE CONCURRENTIELLE SUR LE MARCHÉ DE GROS

29. Les offres de gros d'accès et de départ faites sur les réseaux mobiles par les trois opérateurs ont longtemps été limitées à la vente de minutes en gros aux SCS. Ces offres, si elles permettent aux revendeurs de se différencier en prix, limitent toutefois les possibilités de diversification en termes de nouveaux services. Les premiers contrats de MVNO, permettant une différenciation plus poussée des services, n'ont été proposés par les opérateurs qu'à la mi-2004. Comme cela a déjà été noté en introduction, l'accélération de la négociation de contrats de ce type depuis le début de l'année 2005 a coïncidé avec le lancement par l'ART de la consultation publique relative à ce marché.
30. Toutefois, certaines dispositions de ces contrats sont de nature à limiter la liberté commerciale des MVNO et donc à contraindre la pression concurrentielle qu'ils sont susceptibles d'exercer sur les opérateurs de réseaux, soit parce que les contrats encadrent strictement et limitent la clientèle à cibler, soit parce que les tarifs de gros ne permettent pas d'atteindre certains segments de clientèle, soit enfin parce que sont imposées des contraintes techniques rendant plus difficiles la mise en place d'innovations comme la convergence fixe/mobile.
31. En premier lieu, les tarifs de gros négociés se présentent essentiellement sous la forme de réductions par rapport aux prix de détail pratiqués par l'opérateur de réseau hôte (*retail*

minus). Ce type de tarification, appelé également « à la marge perdue » parce qu'il garantit au fournisseur le reversement de la marge qu'il aurait réalisée s'il avait servi le marché de détail lui-même, présente certes l'avantage de permettre au MVNO de bénéficier des baisses tarifaires de son hôte. Mais il permet surtout aux opérateurs de réseau de contrôler la pression concurrentielle par les prix susceptible d'être exercée par les MVNO, d'une part, parce qu'une augmentation des prix de détail des opérateurs hôtes contraint les MVNO à relever leurs prix, d'autre part, parce que la compétitivité des MVNO dépend étroitement des taux de réduction négociés. En effet, du fait de l'importance de la concurrence en marque et en services, les opérateurs virtuels ne peuvent réaliser que des gains d'efficacité limités sur les coûts de commercialisation et de communication.

32. Cependant, cette méthode de tarification a l'avantage d'envoyer le bon signal aux entrants potentiels : seuls ceux qui seront plus efficaces que leur hôte d'un point de vue commercial survivront sur le marché. Dans ce cas de figure, la concurrence sur le marché aval porte sur la différenciation des produits (innovations tarifaires et lancement de nouveaux produits) et sur la recherche d'une clientèle non adressée par l'hôte (voir sur ce point l'ouvrage de W.J.Baumol et G.Sidak, « *Toward competition in local telephony* », 1994).
33. Au cas d'espèce, les taux de réduction négociés permettent aux opérateurs virtuels de proposer, sur certaines clientèles ciblées, des tarifs très compétitifs par rapport à ceux de l'opérateur hôte. En revanche, pour d'autres types de produits, ils ne sont pas en mesure, compte tenu des tarifs de gros négociés, d'offrir un prix concurrentiel par rapport à celui de l'opérateur. Ces effets de ciseau permettent aux opérateurs hôtes de cibler les clientèles qu'ils dédient aux MVNO et évitent une concurrence frontale.
34. Plus explicitement, certains MVNO acceptent les accords de « *partenariat* » ciblant expressément des clientèles non adressées par leur hôte.
35. Les trois opérateurs de réseau ont, par ailleurs, dans les contrats négociés jusqu'à présent, refusé de donner accès aux éléments de leur réseau, et notamment au HLR (Home Location Register), base dans laquelle sont enregistrées les données relatives à tous les forfaits souscrits. Selon l'ART, ce refus rendrait plus difficile la mise en place par les MVNO d'innovations comme la convergence fixe/mobile. Les opérateurs mobiles mettent toutefois en avant les contraintes en termes de qualité de service qui s'exercent sur eux, qualité de service qui pourrait, selon eux, être plus difficilement maîtrisée dans l'hypothèse où des éléments de réseau seraient mis à la disposition d'opérateurs virtuels. En tout état de cause, ils relativisent l'importance d'un accès direct au HLR.
36. Toutefois, ce refus d'accès au HLR conduit également les opérateurs hôtes à exiger que les opérateurs virtuels leur communiquent des informations très détaillées sur leurs offres ou leurs promotions pour « *programmation* » dans le HLR, ce qui n'est évidemment pas favorable au développement de leur autonomie commerciale.
37. Enfin, les contrats sont conclus pour des durées longues, pouvant aller jusqu'à 9 ans, et assortis de clauses d'exclusivité, qui porteraient toutefois sur des durées plus limitées, de l'ordre de deux ans.
38. Compte tenu des éléments mis à la disposition du Conseil, il ne semble pas que les contrats conclus à ce stade mettent les MVNO en mesure d'exercer une concurrence effective sur le marché de détail. Dans sa décision n° [04-D-18](#) du 13 mai 2004, le Conseil avait estimé que les concurrents de France Télécom sur les marchés du transport de

données ADSL ne pouvaient être considérés comme étant en mesure d'exercer vis-à-vis de l'opérateur historique une concurrence effective s'ils ne pouvaient servir une clientèle aussi diversifiée : « *Toutefois, un opérateur qui ne pourrait offrir des services équivalents à ceux de Turbo IP et IP/ADSL qu'à des FAI spécialisés dans la clientèle professionnelle ne serait pas en mesure de concurrencer les offres de France Télécom de façon effective* ».

39. L'ART estime que le fait que les conditions d'accès ainsi négociées dans un cadre non régulé ne permettent pas à un MVNO d'animer significativement la concurrence sur le marché de détail démontre que les trois opérateurs de réseau ne se font pas réellement concurrence sur le marché de gros mais adoptent une ligne d'action commune. Cette analyse est discutée ci-dessous mais le Conseil note, à ce stade, que, comme l'a souligné la société Bouygues Télécom en séance, il peut également être considéré comme rationnel, y compris à court terme, pour un opérateur de réseau de ne pas consentir aux MVNO des conditions qui leur permettent de soutenir une politique commerciale dynamique et autonome, compte tenu du risque qu'il se fasse « *cannibaliser* » à terme.
40. En tout état de cause, les conditions concurrentielles prévalant actuellement sur le marché de gros paraissent insuffisantes pour permettre de résoudre les problèmes de concurrence identifiés sur le marché de détail. L'ART est donc fondée à inscrire ce marché sur la liste des marchés pertinents en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2 du code des postes et communications électroniques.

IV. Sur l'influence significative exercée conjointement par les trois opérateurs mobiles

41. L'ART estime au vu de son analyse du marché de gros, éclairée par celle du marché de détail, qu'Orange France, SFR et Bouygues Télécom exercent une influence significative conjointe en ce qui concerne la période de référence du présent exercice (2005-2007), sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles métropolitains. Sur ce marché existerait donc une situation de collusion tacite entre les trois opérateurs qui viseraient un objectif (*focal point*) commun consistant à ne pas proposer aux candidats existants des conditions d'accès leur permettant d'animer significativement la concurrence sur le marché de détail.
42. L'ART s'appuie sur l'analyse développée par le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE), dans son arrêt Airtours/First Choice du 6 juin 2002, reprise récemment dans l'arrêt FIFA du 26 janvier 2005, dans laquelle trois critères sont jugés déterminants pour pouvoir établir l'existence d'une position dominante collective :
 - « *premièrement, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action ;*
 - *deuxièmement, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché ;*

- *troisièmement, la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune ».*

43. L'analyse économique des marchés oligopolistiques permet d'explicitier les deux premiers critères énoncés ci-dessus. Afin qu'une situation de collusion tacite reste stable, l'intérêt qu'a chacun des acteurs à poursuivre un objectif commun doit rester supérieur à celui représenté par une stratégie individuelle. Le résultat de cet arbitrage dépend essentiellement de la préférence des acteurs pour le présent ainsi que de la crédibilité des menaces de rétorsion en cas de déviation et de leur caractère dissuasif. Une entreprise qui valorise beaucoup les gains immédiats peut avoir intérêt à dévier. En revanche, si les mesures de rétorsion peuvent faire perdre à un acteur plus que ce qu'il espère gagner en suivant une stratégie individuelle, l'incitation à dévier diminue. En fonction des caractéristiques du marché concerné, les possibilités de rétorsion peuvent être plus ou moins crédibles et les gains attendus d'une déviation plus ou moins élevés. L'analyse des caractéristiques du marché est toutefois d'autant plus complexe que certains facteurs jouent à la fois dans un sens favorable et défavorable.
44. Certains facteurs influent directement sur l'arbitrage que font les acteurs entre les gains attendus de la stratégie collusive et ceux qu'ils pourraient réaliser en déviant. Ainsi, une faible élasticité de la demande ne permet pas d'escompter des gains élevés d'une éventuelle baisse des prix unilatérale, de même que l'absence de capacités excédentaires, qui empêche de servir un éventuel accroissement de la demande. L'incitation à dévier sera également faible en l'absence de perspectives d'accroissement significatif de la demande, par exemple parce que le marché est mature. En revanche, sur un marché porté par de fréquentes innovations, une collusion tacite a peu de chances de rester stable. Une certaine asymétrie entre les coûts de production des entreprises peut aussi rendre une stratégie individuelle plus rentable pour l'acteur qui a les coûts les plus bas. Il en est de même si l'un des acteurs dispose de capacités excédentaires plus élevées que les autres. Par ailleurs, certains facteurs facilitent la convergence des comportements des entreprises vers une ligne d'action commune : la symétrie des situations, tant en ce qui concerne les coûts de production que les parts de marché ; des contacts fréquents entre les entreprises qui leur permettent de tester leurs réactions respectives ; la possibilité d'effectuer de tels tests sur des segments de marché limités.
45. La crédibilité et l'efficacité des mesures de rétorsion dépendent d'abord de la capacité des acteurs à détecter les déviations par rapport à la ligne d'action commune et donc à surveiller le marché. La transparence du marché est pour cela essentielle ; elle peut être favorisée par l'homogénéité des biens ou services concernés. La stabilité de la demande facilite aussi cette surveillance puisqu'elle permet d'attribuer les mouvements de prix et de quantités aux déviations avec un risque d'erreur limité. La crédibilité de la menace est ensuite favorisée par l'existence d'excédents de capacités ou par le fait que le marché est en forte croissance, facteurs qui suggèrent que la punition portera sur des quantités importantes et donc plus sera plus dissuasive. Enfin, la présence des acteurs sur plusieurs marchés multiplie les possibilités de rétorsion et le caractère différencié des biens ou services peut permettre de cibler plus finement les mesures de représailles.
46. Le troisième critère retenu par l'arrêt *Airtours/Firstchoice* renvoie, quant à lui, à l'analyse des barrières à l'entrée sur le marché et à celle des caractéristiques des entreprises qui éventuellement garderaient une ligne d'action individuelle.

47. Il convient en l'espèce d'examiner la caractérisation du marché au regard de l'ensemble de ces critères.
48. Comme le constate l'ART dans son analyse, le marché de l'accès et du départ d'appel présente plusieurs des caractéristiques qui rendent possible ou facilitent la surveillance par chacun des acteurs du comportement des autres (1^{er} critère). Les offres sur le marché de gros paraissent en effet suffisamment transparentes. Cette transparence est assurée, d'une part, par le processus même de négociation des contrats initiaux par les MVNO, au cours duquel un échange d'information indirecte s'effectue entre les opérateurs de réseau via le candidat MVNO qui tente de faire jouer la concurrence. Au surplus, les périodes de négociation étant longues (supérieures à 6 mois), les opérateurs mobiles peuvent s'envoyer des signaux les renseignant sur le contenu des offres. Ces signaux peuvent porter sur des éléments clés des contrats tels que le refus de l'accès au HLR, l'obligation faite au MVNO de communiquer ses offres et ses promotions à l'opérateur hôte, la prise en charge de la fourniture et de la personnalisation des cartes Sim, le cantonnement à une catégorie de clientèle, la validation des terminaux. S'agissant de la stratégie de Bouygues Télécom, des annonces publiques indiquent que son offre sur ce marché de gros se limitera à la fourniture de contrats de revendeur. D'autre part, la communication faite autour des futures offres de détail des MVNO qui ont conclu des contrats permet aux opérateurs de réseaux d'évaluer les caractéristiques des offres de gros auxquelles elles sont adossées. De fait, certaines des caractéristiques actuelles des contrats proposés sur le marché de gros sont communes (pas d'accès au HLR, prix de gros relativement proche, stratégie de partenariat, volonté de contrôle de l'activité du MVNO).
49. S'agissant des gains que pourraient escompter les opérateurs en accueillant des MVNO (2^{ème} critère), l'ART estime que : *« les opérateurs mobiles ont bien intérêt, collectivement, à l'adoption d'une telle ligne d'action. En effet, la pleine ouverture du marché de gros conduirait d'une part, à une intensification de la concurrence au niveau du détail (...) et, d'autre part, à une diminution à plus long terme, par le jeu de la concurrence, des tarifs de gros par rapport à ceux du point focal, induisant une diminution progressive des tarifs de détail sous la pression concurrentielle des MVNO »*.
50. Toutefois, le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles, quasiment inexistant il y a six mois, n'est pas mature. De plus, les trois opérateurs disposeraient, selon l'ART et les déclarations des opérateurs en séance, de capacités excédentaires à mettre à la disposition de MVNO sur le marché de gros : Bouygues Télécom du fait du remplissage plus faible de son réseau ; SFR et Orange du fait du déploiement en cours de leur réseau UMTS. Or, comme cela a été rappelé ci-dessus, des capacités excédentaires fragilisent une collusion tacite car des gains importants peuvent être retirés de leur valorisation.
51. Par ailleurs, le marché de détail est caractérisé par l'asymétrie entre, d'une part, la situation d'Orange et SFR, et d'autre part, celle de Bouygues Télécom, en termes de parts de marché et de politique commerciale. L'analyse des effets de ces asymétries sur l'intérêt respectif des opérateurs à accueillir un ou plusieurs MVNO sur leur réseau est complexe. A priori, comme le note l'ART, Bouygues Télécom pourrait, compte tenu de la répartition actuelle des parts de marché, avoir intérêt à accueillir des opérateurs virtuels puisque, sur 100 clients gagnés par celui-ci, seuls 15 à 30 seraient perdus pour l'opérateurs hôte, selon que l'on prenne en compte la part de Bouygues Télécom dans le stock d'abonnés ou dans les nouveaux abonnés. Bouygues Télécom serait donc moins sensible au risque de

« *cannibalisation* », tout en étant ainsi mis en mesure de récupérer les revenus versés par le MVNO pour l'utilisation de son réseau.

52. Toutefois, Bouygues Télécom est aussi l'opérateur dont le mode concurrentiel est le plus centré sur les prix. Comme l'admettait l'ART dans la consultation publique de décembre 2004 sur le présent marché (p. 71), Bouygues Télécom serait donc plus sensible que les deux autres opérateurs à la concurrence de MVNO qui privilégieraient des prix bas. Les annonces faites jusqu'à présent relatives aux nouvelles offres des MVNO hébergés par Orange et SFR montrent que c'est plutôt cette stratégie qui est suivie, et que l'impact sur le cœur de cible des deux opérateurs hôtes, moins sensible au niveau des prix, serait plus limité.
53. S'agissant de la crédibilité et de l'efficacité d'éventuelles mesures de représailles (2^{ème} critère), l'ART a envisagé que ces mesures puissent être mises en place sur le marché de gros lui-même ou sur le marché de détail.
54. L'ART a affirmé dans un premier temps (cf. la consultation publique lancée en décembre 2004) que des mesures de représailles portant sur le marché de gros lui-même apparaissaient peu crédibles. Elle a ensuite étudié, dans le document transmis pour avis au Conseil, la possibilité de mesures par lesquelles les autres opérateurs proposeraient eux-mêmes d'accueillir des MVNO, voire proposeraient au MVNO accueilli par l'opérateur ayant dévié des conditions plus attractives. Toutefois, dans la mesure où les négociations engagées depuis le début de l'année ont montré qu'il existait un nombre suffisamment important de candidats MVNO, de telles mesures apparaissent peu dissuasives. De plus, comme le fait valoir SFR, la possibilité d'inclure des clauses d'exclusivité dans les contrats suffit à écarter cette menace et a été utilisée dans certains contrats.
55. Sur le marché de détail, d'éventuelles mesures de représailles pourraient viser soit l'opérateur hôte ayant accueilli le MVNO, soit le MVNO lui-même.
56. Conformément à l'analyse faite par l'ART, l'efficacité de mesures visant l'opérateur hôte serait limitée par les obstacles à l'exercice d'une concurrence en prix identifiés plus haut, notamment les engagements pris par une large partie de la clientèle auprès des opérateurs et les freins à la portabilité du numéro. Des mesures de rétorsion sur le marché de détail présentent toutefois une certaine crédibilité dans la mesure où elles viseraient Bouygues Télécom, qui pratique des marges plus faibles. En revanche, le fait que Bouygues Télécom n'ait pas réussi à menacer sérieusement les positions d'Orange et de SFR, en dépit des prix plus bas qu'il offre, suggère que l'élasticité prix de la demande est, toutes choses égales par ailleurs, trop faible pour que des rétorsions sur le marché de détail, visant l'un de ces deux opérateurs, soient crédibles.
57. L'ART soutient que la menace de rétorsions ciblées contre les offres du MVNO entrant serait suffisamment dissuasive. On peut cependant douter que les représailles exercées sur un opérateur virtuel s'avèrent suffisantes pour discipliner l'opérateur hôte. Le risque de non récupération des coûts fixes induits par l'accueil des MVNO est lié à l'importance de ces coûts sur lesquels l'ART n'apporte pas d'éléments, ni dans le document ouvert à consultation publique, ni dans le projet soumis à l'avis du Conseil. Les éléments apportés par SFR suggèrent en revanche que ces coûts fixes sont limités.
58. Le troisième critère requis par l'arrêt Airtours/FirstChoice semble, en revanche, satisfait puisqu'il n'existe sur le marché que les trois offreurs visés. L'entrée sur le marché ne peut se faire que par l'intermédiaire de l'acquisition de la quatrième licence 3G. Enfin, les

acheteurs (MVNO) sont totalement dépendants de l'accès au marché et ne sont pas en mesure de faire pression sur les opérateurs, tout au moins dans la phase de construction et de consolidation de leurs offres.

59. Selon la jurisprudence européenne citée ci-dessus, les trois critères qui viennent d'être examinés sont cumulatifs. L'analyse qui précède montre que s'il existe une probabilité sérieuse que le premier et le troisième soient remplis, le deuxième soulève des interrogations. De fait, au stade actuel du développement du marché de gros, une évolution vers un équilibre plus concurrentiel, comme vers une situation de collusion tacite entre les trois opérateurs de réseau, est envisageable.
60. Les MVNO ainsi que les opérateurs qui les hébergent ciblent à moyen terme environ 3,5 millions d'abonnés (soit 7 % du parc global). Les offres annoncées montrent que les opérateurs visent surtout à augmenter le taux d'équipement de la population et à éviter une concurrence frontale, qui entraînerait des transferts de parts de marché entre opérateurs de réseaux et opérateurs virtuels. Toutefois, au fur et à mesure de la réalisation des objectifs annoncés, les possibilités de progression du taux d'équipements s'épuiseront et la « *cannibalisation* » des clients des opérateurs hôtes augmentera. A terme, l'ouverture des réseaux MVNO pourrait donc avoir pour effet une intensification de la concurrence, même aux conditions actuelles des contrats. Chacun des opérateurs mobiles aurait alors intérêt à se développer en activant l'ensemble de ses possibilités de distribution, ce qui suppose l'accueil plus large des MVNO et la mise en place de conditions de gros plus avantageuses. En effet, face à des MVNO développés, il devient plus intéressant pour chaque opérateur d'héberger les MVNO susceptibles d'entrer en concurrence frontale avec lui que de les laisser conclure avec les autres : en accueillant un MVNO, l'opérateur de réseau récupère au moins les revenus issus des tarifs de gros.
61. A l'inverse, en dépit des réserves exprimées ci-dessus, il n'est pas possible, à ce stade de développement du marché de gros, d'écarter le scénario envisagé par l'ART dans sa demande d'avis, selon lequel la mise en œuvre par les trois opérateurs mobiles d'une stratégie collective consistant à ne pas permettre aux MVNO d'exercer une concurrence effective leur permette d'obtenir à moyen terme des profits plus élevés.
62. On le voit, l'analyse menée au regard des critères du droit commun de la concurrence, tels que rappelés par la jurisprudence européenne, ne permet pas de conclure de manière définitive. Cette difficulté s'explique par le fait qu'il est demandé à l'autorité de concurrence non pas de qualifier une telle position en observant *ex post* les comportements des opérateurs révélés sur le marché antérieurement à son analyse mais de faire un pari sur l'avenir en portant, à partir de frémissements constatés aujourd'hui, un jugement prospectif sur la façon dont peut se structurer dans les trois ans à venir un marché de gros encore émergent. Le droit de la concurrence, qui repose sur l'analyse des marchés non seulement au travers des structures qui les caractérisent mais aussi de l'observation des comportements des acteurs économiques qui font vivre ces marchés, ne peut conduire qu'à constater deux *scenarii* possibles pour la période 2005-2007 : l'un dans lequel se développerait une vraie concurrence sur le marché de gros, l'autre dans lequel les opérateurs de réseaux réussiraient collectivement à limiter cette concurrence. Tout dépendra des comportements et, dans une certaine mesure, de la pression réglementaire qui s'exercera sur eux.
63. On en revient à la finalité de l'exercice sur lequel l'avis du Conseil est sollicité : s'interroger sur la nécessité de réguler, ou non, *ex ante* le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles. De ce point de vue, les critères

d'analyse proposés par le droit européen et national des communications électroniques ont l'avantage d'être à la fois plus souples et plus orientés sur les structures du marché concerné.

64. Le Conseil observe en effet que, dans les lignes directrices du 11 juillet 2002, la Commission met en avant, compte tenu du caractère prospectif de l'analyse, la prise en compte de caractères structurels (« *les ARN procéderont à une évaluation structurelle prospective du marché pertinent* ») et rappelle dans la section 1.3 § 30 relative à la « *relation avec le droit de la concurrence* » que « *cette désignation [d'une entreprise comme étant puissante sur un marché] n'a aucun rapport avec le fait que cette entreprise ait ou non commis un abus de position dominante au sens de l'article 82 du Traité CE ou de dispositions nationales analogues. Elle signifie simplement que, d'un point de vue structurel et à court ou moyen terme, l'opérateur jouit ou jouira, sur le marché pertinent recensé, d'une puissance suffisante pour se comporter, dans une mesure appréciable, de manière indépendante de ses concurrents, de ses clients et en fin de compte des consommateurs* ».
65. De même, l'article D 302-II du code des postes et communications électroniques met l'accent sur la prise en compte d'un ensemble de caractéristiques structurelles : « *L'influence significative conjointe au sens de l'article L. 37-1 peut être exercée par plusieurs opérateurs dès lors que le marché présente une structure considérée comme propice à produire des effets coordonnés, même s'il n'existe aucun lien structurel ou autre entre ces opérateurs. Une telle situation peut se produire sur un marché présentant plusieurs caractéristiques appropriées, notamment en termes de concentration et de transparence, ainsi que d'autres caractéristiques parmi les suivantes : marché arrivé à maturité, stagnation ou croissance modérée de la demande, faible élasticité de la demande, produits homogènes, structure de coûts analogues, parts de marché similaire, absence d'innovations techniques, technologie au point, absence de capacité excédentaire, importantes barrières à l'entrée, absence de contre pouvoir des clients, absence de concurrence potentielle, diverses sortes de liens informels ou autres entre les entreprises concernées, mécanismes de rétorsion, absence ou possibilité réduite de concurrence par les prix* ». Le même article précise que « *cette liste n'est pas exhaustive et [que] les caractéristiques mentionnées ne sont pas cumulatives.* ».
66. Cette approche n'impose donc pas de démontrer que l'évolution vers une situation de collusion tacite est la plus probable, mais simplement que les caractéristiques du marché la rendent structurellement possible. Elle semble appropriée dans le cadre d'un marché naissant sur lequel il est difficile d'évaluer la stratégie des différents acteurs. Elle est également justifiée lorsqu'il ne s'agit pas de condamner un abus, mais d'adopter des mesures préventives qui ne sont pas d'ordre structurel, comme dans le cas du contrôle des concentrations.
67. Au stade actuel et compte tenu des éléments à sa disposition, le Conseil de la concurrence estime que le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles présente, au regard des critères proposés par le droit sectoriel des communications électroniques, des caractéristiques structurelles ne permettant pas d'écarter le risque d'une influence significative conjointe des opérateurs mobiles sur ce marché dans la période de référence considérée, soit celle concernant les années 2005-2007.

V. Sur l'action de l'ART

68. Compte tenu de l'analyse menée ci-dessus, l'ART est fondée à agir à titre préventif pour empêcher la mise en place du scénario d'équilibre collusif à terme : elle est donc parfaitement dans le cadre de ses prérogatives en intervenant *ex ante* pour prévenir le risque d'une insuffisance de concurrence sur le marché de gros. En ce sens, le droit sectoriel apparaît plus efficace que le droit de la concurrence.
69. En imposant aux opérateurs mobiles une obligation de répondre aux demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau ou à des moyens qui y sont associés, l'ART garantit aux MVNO la possibilité d'exiger la révision de leurs conditions contractuelles à terme et de pérenniser leur déploiement jusqu'à une taille critique. Elle renforce ainsi le pouvoir de négociation des MVNO et agit donc sur le troisième critère de la jurisprudence Airtours en offrant une possibilité réglementaire au MVNO de remettre en cause la ligne d'action commune des opérateurs mobiles. Ce remède n'empêche pas le développement d'un scénario alternatif plus favorable aux MVNO ou au marché et peut être réexaminé si la concurrence s'intensifie sur le marché de gros avant le terme de la période de référence. Le régulateur devra toutefois veiller, dans sa mise en œuvre, à ne pas introduire de nouvelles distorsions de concurrence en favorisant l'émergence d'un type d'acteur en particulier ou en ne tenant pas compte des asymétries existant actuellement entre les réseaux mobiles.
70. De plus, le Conseil de la concurrence rappelle que le développement des MVNO ou des revendeurs ne pourra être possible et pérenne que si les obstacles au développement de la concurrence identifiés sur le marché de détail (portabilité, durée d'engagement, programme de fidélisation, subventions des terminaux, etc.) sont levés. En effet, dans le cas contraire, les MVNO ne pourront pas atteindre de taille critique et l'action de l'ART rencontrerait vite ses limites. Une intervention sur ces obstacles doit être envisagée par le régulateur en complément de son action sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel.
71. Par ailleurs, le Conseil estime qu'agir sur la pérennité des MVNO permet d'envisager avec une probabilité non nulle un scénario prospectif dans lequel un ou plusieurs MVNO d'une taille suffisante s'engageraient (seul ou au travers d'une joint venture avec un opérateur fixe) dans le développement d'un réseau en propre en se portant candidat à la quatrième licence UMTS.

VI. Sur les marchés dans les DOM, Mayotte et Saint Pierre et Miquelon

72. Sur les marchés hors métropole, le Conseil rejoint l'analyse menée par l'ART. Il constate cependant que dans ces zones, aucun des marchés de gros n'est ouvert (ni celui de l'accès et du départ d'appel, ni celui de l'itinérance). Par ailleurs, certaines zones sensibles comme Antilles-Guyane et Réunion-Mayotte doivent faire l'objet d'une attention particulière de la part de l'ART en raison de la faiblesse de certains opérateurs de réseau

qui sont soit en difficulté financière, soit de très petite taille. Il est important, notamment dans la zone Antilles-Guyane, que l'ART tienne compte des caractéristiques des opérateurs non dominants. En effet, la régulation ne doit pas nuire ou porter préjudice aux acteurs qui, comme Bouygues Télécom Caraïbes, ont fait l'effort de financer le déploiement d'une infrastructure sur toute la zone. En ce sens, les obligations mises en place doivent rester incitatives à l'égard des opérateurs ayant investi dans un réseau.

Délibéré sur le rapport oral de M. Lescop, par M. Lasserre, président, M. Nasse et Mmes Aubert et Perrot, vice-présidents, ainsi que Mmes Mader-Saussaye et Pinot et MM. Charrière-Bournazel, Combe, Piot, Honorat et Robin, membres.

La rapporteure générale adjointe,
Nadine Mouy

Le président,
Bruno Lasserre

© Conseil de la concurrence