



Avis n° 06-A-11 du 20 juin 2006
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 des
marchés de gros de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles
des sociétés Outremer Télécom et Saint Martin & Saint Barthélemy
Tel Cell dans la zone Antilles Guyane

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 12 mai 2006 enregistrée sous le numéro 06/0032A par laquelle l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles des sociétés Outremer Télécom et Saint Martin & Saint Barthélemy Tel Cell dans la zone Antilles Guyane ;

Vu la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès") ;

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 n° 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 13 juin 2006 ;

Les représentants de l’Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, des sociétés Outremer Télécom et Saint Martin & Saint Barthélemy Tel Cell 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 :

1. Par lettre enregistrée le 5 décembre 2005 sous le numéro 05/0097A, l'ARCEP a sollicité, sur le fondement des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du code des postes et communications électroniques, l'avis du Conseil de la concurrence sur la définition de marché et la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles de Outremer Télécom et Saint Martin & Saint Barthélemy Tel Cell (ci-après "Tel Cell") dans la zone Antilles Guyane.
2. Les différents avis déjà rendus à l'ARCEP, dans le cadre de l'analyse des marchés potentiellement régulables, ont donné l'occasion au Conseil de la concurrence de souligner les enjeux et les difficultés de cet exercice.
3. Le Conseil a notamment souligné, dans l'avis n° [05-A-03](#) du 31 janvier 2005 relatif aux marchés du haut débit, qu'il ne ressort ni des textes communautaires ni de leur transposition en droit national que, pour les marchés recensés par la Commission européenne, les autorités de régulation nationales peuvent se dispenser de procéder à une analyse concurrentielle de leurs marchés nationaux.
4. Au contraire, le considérant 27 de la directive « cadre » visé ci-dessus précise : *« Il convient, en effet, que les autorités réglementaires nationales déterminent, après analyse, si le marché, pour un produit ou service donné, est réellement concurrentiel dans une zone géographique donnée (...) »*. De plus, l'article 16.3 de la directive prévoit que *« lorsqu'une autorité réglementaire nationale conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques visées au paragraphe 2. »*. La notion de concurrence effective est, par ailleurs, explicitée au considérant 27 : *« Il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective, c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème. »*. Cette faculté laissée aux autorités de régulation nationales de constater qu'un marché, bien que figurant parmi ceux recensés par la Commission est suffisamment concurrentiel pour qu'une régulation ex ante ne soit pas nécessaire, impose qu'une analyse concurrentielle soit effectuée, en fonction des circonstances nationales, pour tous les marchés.
5. L'article L. 37-1 issu de la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle du 9 juillet 2004 prévoit, d'ailleurs, que l'ARCEP détermine, *« au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective »* et après avis du Conseil de la concurrence, les marchés du secteur des communications électroniques pertinents, en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2.
6. Ces dispositions confirment que l'une des principales particularités du cadre normatif mis en place par les directives de 2002, par rapport au cadre précédent, réside dans son caractère à la fois non automatique et adapté aux circonstances du marché et à leur évolution, non seulement en ce qui concerne les obligations imposées aux opérateurs, mais aussi en ce qui concerne le principe même de la régulation *ex ante* d'un marché.
7. S'agissant de marchés de gros qui n'étaient pas régulés dans le cadre normatif précédent, comme celui de l'espèce, l'adoption de mesures de régulation ex ante doit être justifiée par l'absence de concurrence effective sur ces marchés mais aussi par le fait que les

mesures proposées sur ces marchés de gros sont nécessaires au fonctionnement concurrentiel des marchés de détail qui leur sont liés. L'ARCEP avait ainsi justifié, dans l'analyse du marché 15 relatif au marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles en France, la régulation de ce marché, jusqu'alors non soumis à des remèdes *ex ante*, par l'insuffisance de la concurrence constatée sur les marchés de détail. Le même raisonnement a été tenu pour les marchés des terminaisons SMS. L'analyse des obstacles au développement d'une concurrence effective doit donc être effectuée, non seulement sur les marchés de gros en cause, mais aussi et surtout sur les marchés de détail : la finalité est bien de s'assurer que, grâce à une intervention proportionnée sur le marché de gros, la concurrence fonctionne correctement sur le marché de détail qui lui est associé, au bénéfice du consommateur final.

8. Le Conseil constate toutefois que la demande d'avis présentée par l'ARCEP, prévoyant la nécessité d'une régulation *ex ante* des marchés de la terminaison d'appel sur les réseaux de deux petits opérateurs sur la zone Antilles-Guyane, ne comporte qu'une analyse formelle de la situation de la concurrence sur les marchés de détail associés, celui des services de téléphonie mobile et celui des appels fixes vers mobiles dans cette zone. La conclusion de l'analyse de marché au point 1.4 (Evolution prévisible de la situation concurrentielle), selon laquelle « *les obstacles au développement d'une concurrence effective sur le marché de la terminaison d'appel mobile sont structurels et ne sont donc pas susceptibles d'évoluer a priori sur l'horizon de la période d'analyse* », ne porte que sur les marchés de gros : la situation de la concurrence sur les marchés de détail n'y est pas traitée. De fait, l'absence d'analyse portant sur les liens entre la situation concurrentielle sur les marchés de gros en cause et le maintien ou le développement d'une concurrence effective sur les marchés de détail ne permet pas d'évaluer le caractère indispensable d'une régulation *ex-ante* des marchés de gros.
9. Comme le Conseil a déjà eu l'occasion de le souligner dans ses avis n° [04-A-17](#) et n° [05-A-09](#), les particularités des marchés des DOM, et notamment la très petite taille de certains opérateurs, ainsi que les contraintes géographiques qu'ils supportent, justifient pourtant une analyse circonstanciée de la situation concurrentielle des marchés.
10. De plus, en l'absence d'analyse précise du fonctionnement concurrentiel du marché de détail, le Conseil n'est pas en mesure d'apprécier si un opérateur pourrait pratiquer une différenciation significative de ses tarifs de détail en fonction du réseau de destination des appels. Or, s'il ressort de la jurisprudence du Conseil (décisions n° [02-D-69](#) du 26 novembre 2002 et n° [04-MC-02](#) du 9 décembre 2004) qu'un opérateur en position dominante sur le marché de détail, qui pratiquerait des prix artificiellement élevés sur les appels à destination des réseaux tiers, abuserait de sa position dominante, il ne peut en être déduit que la simple répercussion sur les prix de détail de différences de coûts reflétant les charges de terminaison d'appel serait considérée comme abusive. Au contraire, dans la décision n° [04-MC-02](#) précitée, le Conseil n'a pas interdit à l'opérateur dominant de pratiquer des différenciations tarifaires entre les appels *on net* et les appels *off net* en-deçà des différences de charges de terminaison d'appel. L'existence de limites aux possibilités de différenciation des tarifs de détail, qu'elles soient d'ordre commercial ou liées à la volonté de garder une offre lisible pour les consommateurs, est donc un élément d'analyse essentiel pour évaluer le pouvoir de marché des acteurs en présence.

11. Au vu de l'ensemble de ces éléments, qui ne permettent pas de rendre, en l'état, l'avis demandé, le Conseil de la concurrence invite l'ARCEP à compléter son analyse dans le sens des observations qui précèdent. Ce report ne lui semble pas préjudiciable compte tenu de l'entrée récente d'Outremer Télécom sur le marché et du fait que Tell Cell n'avait pas démarré son activité commerciale à la date de son audition par le Conseil. Et, si des obstacles imprévus lui étaient signalés, l'ARCEP pourrait les lever dans le cadre des pouvoirs de règlement de différends qui lui sont conférés par l'article L. 36-8 du code des postes et communications électroniques.

Délibéré sur le rapport oral de M. Lescop, par M. Lasserre, président, Mmes Aubert et Perrot, et M. Nasse vice-présidents.

La rapporteur générale adjointe,

Le président,

Nadine Mouy

Bruno Lasserre

© Conseil de la concurrence