



Avis n° 06-A-05 du 10 mars 2006
relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des
communications électroniques et des Postes 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 SMS sur les réseaux mobiles

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 23 janvier 2006, enregistrée sous le numéro 06/0011 A, par laquelle l'Autorité de régulation de régulation des communications électroniques et des postes a saisi le Conseil, en application des dispositions des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du code des postes et communications électroniques, de demandes d'avis relatives à la définition des marchés de la terminaison d'appel SMS et à la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés ;

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 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 ;

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 ;

Vu la recommandation 2003/311/CE 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 un règlement ex ante conformément à la directive 2002/21/CE ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du gouvernement entendus lors de la séance du 21 février 2006 ;

Les représentants de l'ARCEP, des sociétés Orange France, SFR et Bouygues Telecom 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 23 janvier 2006 sous le numéro 06/0011A, l'Autorité de régulation des communications électroniques (ci-après ARCEP) a, conformément aux dispositions des articles L. 37-1, D. 301 et D. 302 du code des postes et des communications électroniques (ci-après CPCE), sollicité l'avis du Conseil dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles.
2. Le présent avis s'inscrit dans le cadre de la procédure de consultation prévue à l'article L.37-1 du CPCE selon laquelle l'ARCEP détermine, après avis du Conseil de la concurrence, les marchés du secteur des télécommunications sur lesquels elle souhaite imposer des obligations particulières aux opérateurs exerçant une influence significative.
3. En complément des éléments d'analyse du présent avis, le Conseil renvoie aux avis qu'il a précédemment rendus dans lesquels il a rappelé les enjeux et les modalités de la réforme de la réglementation applicable aux activités de télécommunications.
4. A titre liminaire, le Conseil remarque que les marchés de la terminaison SMS sur les réseaux mobiles que l'ARCEP a défini dans son analyse ne font pas partie de la liste des marchés que la Commission européenne a préalablement identifiés comme susceptibles d'être soumis à une régulation *ex ante* dans sa recommandation du 11 février 2003. Néanmoins, la directive « cadre » n° 2002/21/CE du 7 mars 2002 prévoit expressément la possibilité pour une « autorité réglementaire nationale » de définir d'autres marchés que ceux identifiés par la Commission, sous réserve que la régulation envisagée apparaisse comme nécessaire et ne fasse pas obstacle à l'harmonisation des cadres réglementaires des Etats membres. A ce jour, aucune autre autorité réglementaire nationale de l'Union européenne n'a procédé à l'analyse d'un marché de gros de la terminaison SMS sur les réseaux mobiles. Il appartient donc à l'ARCEP de veiller avec la Commission européenne à ce qu'une régulation *ex-ante* sur la terminaison SMS ne constitue pas un obstacle à l'harmonisation du cadre réglementaire applicable au secteur des communications électroniques en Europe.

II. Sur le marché de détail du SMS

5. Le « SMS » ou *Short Message Service* est un message écrit de 160 caractères maximum qui peut être envoyé à destination d'un terminal mobile. Près de onze milliards de SMS ont été envoyés à destination des réseaux mobiles métropolitains en 2004.
6. Il convient de distinguer deux grandes catégories de SMS. D'une part, le SMS peut être un vecteur de conversation, le plus souvent entre deux personnes physiques, plus rarement entre une personne et une machine. Ces SMS dits interpersonnels représentent plus de 85 % du total des SMS envoyés. D'autre part, le SMS peut être le vecteur de transmission d'un service ou d'accès à un contenu, gratuit ou payant (de type météo, publicité, réponse annuaire, horoscope, alerte bancaire...).

7. D'autres services de communications interpersonnelles, comme la voix ou les services multimédias de type MMS (*Multimedia Messaging Service*), IM (*Instant Messaging*) ou e-mail mobile, permettent également de recevoir des messages sur un téléphone mobile. Pourtant, si dans certains cas l'envoi d'un SMS peut se substituer à une conversation vocale, le SMS se distingue de la voix en ce qu'il permet une communication différée et synthétique (160 caractères maximum) et par son prix beaucoup plus faible. De plus, le SMS est devenu un moyen de conversation bien spécifique, avec ses propres codes (langages phonétiques notamment), correspondant à une forme de communication singulière, particulièrement utilisée par les jeunes.
8. S'agissant du MMS, de l'IM ou de l'e-mail mobile, leur substituabilité avec le SMS est encore fortement contrainte par le taux de pénétration des équipements nécessaires. Aujourd'hui, si tous les terminaux mobiles peuvent émettre et recevoir des SMS, seule une minorité de consommateurs peut effectivement émettre et recevoir des MMS ou utiliser les services d'IM ou d'e-mail à partir de leurs terminaux mobiles. Le rythme rapide d'expansion de ces marchés laisse toutefois prévoir que ce ne sera plus le cas avant la fin de la période envisagée par l'analyse de marché (2006-2008). En outre, si les niveaux et les structures de tarification de ces différentes prestations de détail sont encore nettement différents, ils sont tous tributaires du niveau des charges de terminaison sur les réseaux des opérateurs mobiles qui font l'objet du présent avis et les choix en matière de régulation pourraient donc jouer un rôle dans l'évolution de cette substituabilité (cf. infra). En tout état de cause, une progression de cette substituabilité entre SMS, MMS, IM et e-mails sera sans effet sur la situation de la concurrence sur les marchés de gros puisqu'elle n'entraînera pas une hausse du nombre d'offreurs susceptibles de terminer les messages sur les mobiles.
9. Sur le marché de détail, différents acteurs peuvent proposer l'émission de SMS à destination des réseaux mobiles et parmi eux les opérateurs de téléphonie mobile (nationaux et étrangers), les MVNO (*Mobile Virtual Network Operators*), les opérateurs de téléphonie fixe, les fournisseurs d'accès à Internet et les agrégateurs, qui proposent des services d'envoi de messages publicitaires en nombre. Aujourd'hui, la quasi-totalité des SMS interpersonnels sont émis depuis, et à destination, des réseaux de téléphonie mobile.
10. Bien que le volume des SMS envoyés ait considérablement augmenté ces dernières années, la baisse des tarifs de détail n'a été que tardive, limitée et essentiellement concentrée sur les forfaits comprenant un nombre fixé de SMS. Les opérateurs mobiles soutiennent que les consommateurs seraient assez peu sensibles au prix unitaire des SMS. Cette attitude peut toutefois s'expliquer par les modes de tarification qui consistent à proposer des paquets de 50 ou 100 SMS ou des forfaits associant des durées de communication voix et un certain nombre de SMS. De ce fait, les consommateurs n'ont pas une bonne visibilité du prix unitaire des SMS mais il ne peut, pour autant, en être déduit qu'une baisse des prix n'aurait pas d'effet sur leur consommation.

III. Sur la délimitation du marché de gros pertinent

11. Les SMS sont transmis sur les réseaux mobiles par le canal sémaphore n° 7 utilisé notamment pour les services de signalisation.

12. Schématiquement, il est possible de diviser l'envoi d'un SMS en deux étapes. Une première étape consiste en la prise en charge du départ du SMS depuis le terminal de l'émetteur du SMS (ci-après « appelant »). Une seconde étape consiste en l'acheminement du SMS vers le terminal du réceptionnaire du SMS (ci-après « appelé »). A l'instar des services de voix, il existe une prestation de départ et une prestation de terminaison.
13. Lorsque l'appelé est sur le même réseau que l'appelant (SMS *on net*), le même opérateur effectue le départ et la terminaison d'appel. Lorsque l'appelé n'est pas sur le même réseau que l'appelant (SMS *off net*), l'opérateur de l'appelant va acheminer le SMS jusqu'au réseau de l'opérateur de l'appelé qui sera ensuite chargé de délivrer le SMS jusqu'au terminal de l'appelé.
14. Les flux financiers associés à ces opérations sont de deux ordres. Sur le marché de détail, en application du principe du *Calling Party Pays*, c'est le client qui envoie le SMS qui sera facturé, celui qui le reçoit ne payant rien. Sur le marché de gros, dans le cas d'un SMS *off net*, l'opérateur de l'appelant va payer à l'opérateur de l'appelé une charge de terminaison SMS pour la prestation d'acheminement du SMS depuis la frontière de son réseau jusqu'au terminal de l'appelé.
15. L'opérateur qui prend en charge un SMS *off net* depuis l'un de ses clients n'a pas d'autre alternative que d'acheter une prestation d'acheminement du SMS sur le réseau de l'opérateur de l'appelé. Sur le plan technique, deux modes d'acheminement peuvent être utilisés :
 - Le premier implique une interrogation directe du HLR (*Home Location Register*) de l'opérateur de l'appelé par l'opérateur de l'appelant, ce qui nécessite des moyens techniques et une sécurisation particulière (le HLR étant un élément sensible sur un plan technique et commercial). Aujourd'hui, les trois opérateurs mobiles n'autorisent qu'entre eux une telle consultation réciproque de leur HLR. Il s'agit toutefois d'une prestation d'interconnexion directe entre opérateurs et, en principe, ouverte à tout opérateur au sens de l'article 32-15 du CPCE. Il peut également être envisagé que de tels opérateurs s'interconnectent directement sans interrogation préalable du HLR en livrant directement le message au SMSC (*Short Message Service Center*) de l'opérateur de l'appelé.
 - Avec le deuxième mode d'acheminement, dénommé *SMS-Push*, l'opérateur mobile de l'appelé gère lui-même l'interrogation du HLR et les problèmes de sécurisation. Il s'agit d'une prestation commerciale utilisée aujourd'hui pour tous les SMS non émis depuis un téléphone mobile, notamment les SMS de contenus, et donc d'un service plus complet et plus complexe que la terminaison d'appel SMS utilisée par les opérateurs mobiles.
16. Dans sa consultation, l'ARCEP considère que les prestations de *SMS-Push* et de terminaison SMS sont substituables et appartiennent au même marché. Il s'agit toutefois de prestations techniquement différentes, le service rendu dans le cadre d'un *SMS-Push* étant plus complet, et d'ailleurs, facturé à un tarif plus élevé. De plus, la terminaison SMS n'est actuellement offerte qu'aux opérateurs mobiles. Les tarifs des *SMS-Push* ne sont donc pas contraints directement par ceux des terminaisons SMS même si ceux-ci peuvent servir de référence dans les négociations des tarifs *SMS-Push*. Seule l'ouverture de l'accès à la prestation de terminaison SMS à d'autres opérateurs que les opérateurs mobiles pourrait faire de ces deux modes d'acheminement de réels substituts. Les différences entre ces deux prestations conduisent d'ailleurs l'ARCEP à n'envisager que la seule régulation *ex-ante* de la terminaison SMS.

17. En tout état de cause, quelle que soit la solution retenue à ce sujet, les conclusions sur la puissance de marché des opérateurs n'en sont pas modifiées, chaque opérateur mobile étant le seul à offrir les deux prestations sur son réseau, les opérateurs virtuels de téléphonie mobile (MVNO) n'assurant pas eux-mêmes ces prestations aujourd'hui.
18. Par ailleurs, concernant le champ géographique de l'analyse de marché proposée par l'ARCEP, le Conseil de la concurrence s'interroge sur les raisons pour lesquelles ont été exclus les départements d'Outre-Mer (DOM). En effet, si, dans les DOM, les opérateurs mobiles sont différents, si les licences ne sont pas les mêmes, l'identification des obstacles à la concurrence et des besoins de régulation apparaît tout autant nécessaire. L'ARCEP explique qu'une telle analyse serait prématurée au regard de l'essor plus tardif des SMS dans les DOM. Pourtant, si l'on souhaite que le retard des DOM par rapport à la métropole dans le secteur des télécommunications se réduise, il convient de ne pas faire de différence en ce qui concerne les obstacles concurrentiels qui subsistent dans les premiers. Il serait donc souhaitable d'étendre la présente analyse de marché aux terminaisons SMS sur les réseaux mobiles des DOM même si les remèdes envisagés peuvent être sensiblement différents eu égard aux particularités de ces départements. L'ARCEP a d'ailleurs précisé, au cours de la séance, qu'elle est disposée à s'y engager si les analyses actuelles conduisent à retenir la nécessité de réguler les marchés en cause en métropole.

IV. Sur l'exercice, par les opérateurs alternatifs, d'une puissance significative sur les marchés pertinents

19. Orange France, SFR et Bouygues Telecom sont en position de monopole sur le marché de leurs terminaisons SMS simple et *SMS-Push* respectives, dans la mesure où ils sont les seuls à pouvoir, techniquement et légalement, assurer l'acheminement des SMS à destination de leurs clients sur leurs réseaux.
20. Dans sa recommandation du 11 juillet 2003, la Commission européenne envisage que, même dans le cas de telles positions monopolistiques, la puissance d'un opérateur puisse être limitée par la puissance d'achat des principaux acheteurs.
21. S'agissant de la terminaison SMS simple, les acheteurs de terminaison SMS sur les réseaux mobiles sont les trois opérateurs de téléphonie mobile eux-mêmes et la situation actuelle est marquée par un quasi équilibre, pour chaque opérateur, entre les charges de terminaison SMS payées et celles encaissées. Cet équilibre vaut tant en volume qu'en valeur, les trois opérateurs pratiquant le même niveau de charge de terminaison SMS. Ainsi, le solde net des flux de charges de terminaison d'appel est quasi nul pour chacun des opérateurs.
22. En cas de hausse unilatérale de la terminaison SMS par l'un des opérateurs, qui romprait cet équilibre et tenterait ainsi de s'assurer un solde positif, le moyen le plus efficace de retrouver un équilibre serait, pour les deux autres opérateurs, de relever également leurs terminaisons SMS. En effet, une éventuelle différenciation tarifaire sur le prix de détail des SMS, à destination de l'opérateur ayant relevé sa charge de terminaison, serait peu efficace compte tenu de la faible lisibilité des tarifs pour les consommateurs. Pour les

mêmes raisons, aucun opérateur n'a intérêt à abaisser unilatéralement sa charge de terminaison SMS, et à rendre ainsi son solde négatif, puisqu'il ne pourrait bénéficier d'un effet volume significatif si cette baisse de prix était retransmise à l'appelant par une différenciation des tarifs on-net/off-net.

23. En l'état actuel du marché, il n'existe donc, sur le marché de gros de la terminaison SMS simple, ni un contre-pouvoir des acheteurs ni d'autres leviers concurrentiels susceptibles de diminuer la puissance des opérateurs mobiles en monopole sur la prestation de terminaison SMS sur leurs réseaux. Cette analyse est confirmée par la stabilité du niveau de la terminaison SMS pendant près de six années, seulement rompue par l'intervention du régulateur dans un règlement de différend en novembre 2005, la terminaison SMS étant alors passée de 5,336 centimes à 4,3 centimes.
24. L'ouverture éventuelle de l'accès à la prestation de terminaison SMS simple à d'autres opérateurs que les opérateurs mobiles ne modifierait pas sensiblement cette situation, en raison d'une part, de la faiblesse des volumes concernés et d'autre part, des structures de tarification. Les SMS interpersonnels émis depuis des téléphones mobiles représentent en effet 85 % de l'ensemble des SMS reçus sur les mobiles. Par ailleurs, pour ces autres opérateurs émetteurs de SMS à contenus publicitaires ou de services, le poids relatif de la terminaison SMS dans le coût total de la prestation qu'ils offrent est limité, ce qui restreint l'incitation de ces opérateurs à faire baisser les tarifs correspondants. Le constat est le même en ce qui concerne les *SMS-Push*.
25. Eu égard à cette analyse, le Conseil de la concurrence considère qu'Orange, SFR et Bouygues Telecom disposent d'une influence significative sur leur marché de gros respectif de la terminaison, sur leur réseau, des SMS simples et des *SMS-Push*.

V. En ce qui concerne l'inscription de ces marchés de gros sur la liste des marchés régulables

26. Le Conseil a rappelé, dans ses avis précédents, que l'inscription de marchés pertinents sur la liste des marchés régulables au titre de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2 du CPCE ne se justifie que si trois critères cumulatifs sont remplis : l'existence de barrières à l'entrée et d'entraves au développement de la concurrence, l'absence de dynamisme de la concurrence, enfin l'insuffisance du droit de la concurrence pour remédier à ces obstacles. La régulation *ex ante* relève, en effet, du régime de l'exception par rapport droit commun du droit de la concurrence et doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire.
27. En l'espèce, les barrières à l'entrée sur les marchés de la terminaison SMS sont très fortes : le nombre limité de licences GSM et UMTS conjugué au coût considérable du développement d'un réseau rend peu probable le déploiement d'un nouveau réseau de téléphonie mobile en métropole. Seule l'émergence de *Full MVNO* (MVNO étendus disposant de tous les éléments de réseaux) permettrait d'animer la concurrence sur le marché de gros de la terminaison SMS. Le Conseil continue de regretter les limites apportées par les actuels contrats MVNO à la liberté commerciale de ces derniers acteurs et les contraintes techniques qui y sont associées. Il observe avec intérêt le développement

de l'offre des opérateurs virtuels récemment apparus sur le marché, sans rien retirer à sa conviction, déjà exprimée, que le plein effet pro-concurrentiel de ce développement, que les consommateurs sont en droit d'attendre, ne sera produit que si les MVNO sont autorisés par l'opérateur qui les héberge à fournir la totalité des services d'acheminement et à exercer complètement les prérogatives tarifaires qui s'y rattachent.

28. Comme cela vient d'être mentionné ci-dessus, l'absence de pression concurrentielle sur le niveau de la terminaison SMS explique que celle-ci soit restée stable pendant près de six années : seule l'intervention de l'ARCEP a provoqué une baisse en novembre 2005. S'agissant d'un tarif d'interconnexion au réseau des opérateurs mobiles, la terminaison SMS pourrait être analysée, du point de vue du droit de la concurrence, comme une charge d'accès à une infrastructure essentielle, devant répondre à des conditions de transparence, d'objectivité et de non discrimination, et permettre l'exercice d'une concurrence effective sur les marchés de détail, sans effet de ciseau tarifaire. Toutefois, la position de monopole des trois opérateurs sur les marchés concernés ainsi que le rôle différencié joué par les ressources correspondantes dans l'équilibre financier de chaque opérateur, peuvent justifier une régulation plus précise de ces tarifs, à même d'assurer que ne soit pas affaiblie la position d'un acteur en particulier, et notamment celui qui dispose de la part de marché la plus faible.
29. Si une baisse des terminaisons SMS apparaît nécessaire, elle ne peut, à elle seule, permettre d'exercer une pression concurrentielle à la baisse sur les tarifs de détail des SMS émis à partir des mobiles, dans la mesure où rien ne garantit que les trois opérateurs mobiles, principaux offreurs sur le marché de détail, répercuteront cette baisse sur leurs tarifs de détail. D'autres instruments doivent donc être envisagés pour favoriser une animation concurrentielle du marché de détail.
30. Le Conseil recommande donc à l'ARCEP de veiller à ce que la baisse de la terminaison SMS soit répercutée sur les prix de vente en gros de SMS par les opérateurs mobiles aux MVNO. A cet égard, il convient de relever qu'il ressort du dossier analysé par le Conseil que la baisse de la terminaison SMS, faisant suite au règlement de différend de l'ARCEP de novembre 2005, n'a pas été répercutée sur ces prix de vente en gros de SMS. De façon plus décisive encore, l'accès des réseaux à des *Full MVNO*, qui seraient alors en mesure de fixer eux-mêmes des charges de terminaison SMS, ouvrirait plus largement à la concurrence le marché de détail, tout en remettant en cause l'analyse de marché concernée par le présent avis. La situation concurrentielle sur le marché de détail du SMS apparaît donc étroitement liée à celle prévalant sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles, sur lequel le Conseil a rendu un précédent avis (n° [05-A-09](#) du 4 avril 2005).
31. Un autre moyen d'intensifier la concurrence sur les tarifs de détail des SMS serait de favoriser leur substituabilité avec d'autres modes de communication interpersonnels, non émis depuis des mobiles. A cet égard, seront importantes les conditions de l'accès d'opérateurs, autres que les opérateurs mobiles, à la terminaison SMS ou à des prestations de terminaison concurrentielles.
32. Le Conseil de la concurrence attire enfin l'attention de l'ARCEP sur les risques que présente pour les consommateurs le développement massif de SMS publicitaires de type « spam ». En effet, si l'on envisage que les agrégateurs (exploitants qui achètent des *SMS--Push* aux opérateurs mobiles pour les revendre à des fournisseurs de services de communications électroniques, opérateurs fixes ou FAI, ou à des éditeurs de services tels que banques, météo, astrologie, etc...) puissent accéder aux prestations d'interconnexion

de terminaison SMS, la baisse brutale de la terminaison SMS pourrait encourager une augmentation particulièrement sensible du trafic de SMS publicitaires. S'il existe déjà des mécanismes légaux de protection des consommateurs contre le « spamming », il convient que l'ARCEP, comme elle l'envisage d'ailleurs dans son analyse, veille à ce que son action soit globalement profitable au consommateur non seulement en termes de prix mais aussi en termes de qualité de service et protection de son bien-être.

Délibéré sur le rapport oral de M. Darodes de Tailly, par M. Lasserre, Président, M. Nasse et Mmes Aubert, Perrot, vice-présidents.

La rapporteure générale adjointe,
Nadine Mouy

Le Président,
Bruno Lasserre

© Conseil de la concurrence