

Analyse par l'ART du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public « marché 15 »

REPONSE DE SFR A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE L'ART

Le document de consultation publique de l'ART sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel ("marché 15") appelle de sérieuses critiques qui, pour la plupart, résultent de l'utilisation par cette dernière d'une méthode téléologique.

Voulant littéralement forcer l'entrée de MVNO sur le marché de gros, l'ART utilise une méthode peu rigoureuse ne visant qu'à servir ses objectifs. Son analyse n'est ainsi conforme ni aux données empiriques du marché, ni aux principes du droit et de la théorie économique. L'ART n'a, en tout état de cause, pas démontré la nécessité de réglementer compte tenu de l'existence d'un marché concurrentiel, de surcroît émergent.

L'ART a ainsi procédé à une analyse erronée du marché de détail (I), concluant à une insuffisance de la concurrence sur celui-ci, pour utiliser comme levier le marché de gros, afin d'accroître le caractère concurrentiel du marché de détail.

- *La vision de l'Autorité est biaisée et anachronique : décrivant les innovations importantes des trois opérateurs en 2002 et 2003 sur le marché de détail (sortie des offres 1 mode, Vodafone Live et Orange World) qui sont à l'évidence des facteurs d'innovations concurrentiels importants, elle reste très taisante sur l'évolution prévisible à horizon 2005 - 2007, période de référence sur laquelle porte l'étude.*
- *Le taux de pénétration n'est pas aussi faible que pourrait le laisser croire le document soumis à consultation*
- *Plusieurs indicateurs du dynamisme concurrentiel réel du marché de détail sont totalement occultés (le taux de résiliation, témoin essentiel du niveau de concurrence est par exemple, totalement occulté)*
- *L'affirmation selon laquelle les prix de détail seraient relativement stables est contestable*
- *L'analyse de l'Autorité sur l'évolution de la rentabilité des opérateurs relève également d'une représentation totalement subjective alors même que les niveaux actuels de rentabilité ne peuvent être décorrélés de leur position dans le cycle de vie de leurs investissements.*
- *Enfin, la dynamique de marché n'est manifestement pas prise en compte : l'ART semble ignorer les choix stratégiques des opérateurs en matière de technologie, pourtant amenés à jouer un rôle important dans leurs positionnements en matière de nouveaux services.*

Son analyse du marché de gros n'est pas plus rigoureuse (II) : l'ART fait totalement abstraction du caractère "naissant" de ce marché au demeurant extrêmement dynamique (concurrentiel), se contentant d'une approche prospective mais sans aucune tentative de démonstration à l'appui de ses analyses.

Ne cherchant pas à déterminer si un opérateur particulier est puissant sur le marché, elle passe directement à un semblant de "démonstration d'une puissance dominante conjointe des trois opérateurs". Là encore eût-il fallu qu'elle procède avec toute la rigueur que l'exercice suppose : l'analyse reste en réalité approximative et contient des erreurs

fondamentales sur plusieurs points importants (on se reportera ici à l'analyse de David Spector, Economiste, Chercheur au CNRS - III).

Autant de critiques qu'un manque de transparence extrêmement préjudiciable ne fait que conforter¹. L'Autorité, en outre, n'a pas mesuré les conséquences potentiellement dommageables de son analyse ; comme le rappelait avec précaution la Commission européenne : *"l'imposition prématurée d'une réglementation ex ante peut altérer les facteurs de concurrence en germe sur un marché nouveau et émergent.... les ARN doivent veiller à ce que toute forme d'intervention ex ante précoce sur un marché émergent soit totalement justifiée, d'autant qu'elles conservent la possibilité d'intervenir à un stade ultérieur, dans le contexte du réexamen périodique des marchés pertinents"*²

Les opérateurs mobiles se livrent aujourd'hui une concurrence féroce sur le marché de gros, au moment même où de nouvelles perspectives se profilent pour l'avenir, principalement en raison de l'arrivée de l'UMTS. Il est à cet égard tout à fait curieux qu'elle puisse affirmer *"l'absence d'avantages technologiques"*³ et occulter ainsi l'existence et le développement en cours de l'UMTS qui va avoir une influence déterminante sur l'évolution du marché de gros. Faut-il en déduire que la mise en place progressive de cette technologie n'aura aucun effet sur la concurrence que se livreront les opérateurs sur le marché de gros ? Comment l'Autorité peut-elle parvenir à une telle conclusion ?

L'ART ne peut enfin ignorer la complexité des négociations entre un opérateur hôte et les candidats MVNO potentiels, la durée nécessairement importante de ces négociations ainsi que de la phase de mise en œuvre opérationnelle d'un accord, avant l'ultime étape de l'ouverture commerciale d'un MVNO. Il est ainsi stupéfiant de constater qu'elle s'autorise à considérer que *"les accords conclus à ce jour ou à venir ont une portée réduite ; le MVNO pouvant paraissant (sic !) avoir surtout vocation à compléter sans concurrencer frontalement les offres de leurs opérateurs hôtes"*. Non seulement cette affirmation sur "l'avenir", qui est fondamentale dans une analyse prospective, ne repose sur strictement aucune démonstration, mais surtout, elle manifeste que l'ART feint d'ignorer, ce qui est de notoriété publique, que des candidats MVNO très importants négocient actuellement âprement avec tous les opérateurs mobiles. Rien ne permet de prédire que ces contrats à venir auront une portée réduite. Exprimée sous une forme anodine, l'affirmation est grave et imprudente : en faisant en sorte de favoriser l'aboutissement desdits accords au bénéfice des candidats MVNO, l'ART jette le discrédit sur les opérateurs hôtes leur prêtant des intentions inexactes, affirmations potentiellement nuisibles au bon déroulement des négociations en cours.

De telles affirmations sont d'autant plus regrettables que SFR a toujours fait preuve d'une réelle ouverture à l'égard des MVNOs. Dès 2001, SFR a pris l'engagement formel de proposer une offre d'accueil sur son réseau 3G à un VNO. Par ailleurs SFR a été le premier opérateur à signer un accord de MVNO avec Debitel et vient de signer un nouvel accord avec Futur Télécom. Il est particulièrement choquant que l'ART considère ces accords comme des épiphénomènes non significatifs quelques mois à peine après leurs signatures !

¹ La directive cadre précise bien, article 3, que "les Etats membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente"

² Considérant 27 directive Cadre.

³ Document de consultation, page 74.

L'ART doit prendre acte de la dynamique concurrentielle qui a pris place aujourd'hui sur le marché de l'accès et du départ d'appel. Compte tenu de l'existence de ce marché concurrentiel, émergent de surcroît, elle n'a pas prouvé la nécessité de réglementer. Il est pourtant essentiel - comme le rappelle précisément la Directive cadre "... *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*"⁴.

En l'absence de telles démonstrations, il appartiendra à l'ART de reprendre, le cas échéant, cette analyse, lorsque le marché sera plus mature, si elle constate qu'il n'a pas eu les effets escomptés.

Dans l'immédiat, l'intervention du régulateur est rendue inutile du fait de la réalité du marché et non justifié en droit.

⁴ Considérant 27 directive cadre, mais également critère repris dans la Recommandation de la Commission visant "l'incapacité du droit de la concurrence à remédier à lui seul à la ou aux défaillances concernées du marché".

I. UNE VISION ERRONEE, ANACHRONIQUE ET PEU PROSPECTIVE DU MARCHÉ DE DETAIL

L'ART ne peut pas limiter son analyse de la dynamique concurrentielle des marchés à une vision orientée et biaisée de l'évolution du marché de détail de la téléphonie mobile.

A. Une analyse biaisée du niveau de pénétration du marché mobile en France

L'ART met en avant un taux de pénétration « assez faible » par rapport à celui d'autres pays européens, sur la base d'une comparaison internationale qui présente pour 2003 un taux de 66% en France contre une moyenne européenne de 81% environ, soit un écart de l'ordre de 15 points⁵. Cependant, l'ART reconnaît elle-même qu'il convient « *de modérer la pertinence d'une telle comparaison internationale* »⁶.

En réalité, **plusieurs phénomènes viennent pénaliser l'image de la France en terme de pénétration mobile et il convient de relativiser le soi disant « retard » français en la matière :**

1. Les spécificités géographiques ne sont pas prises en compte dans le calcul du taux de pénétration, comme le relève l'ART elle-même.

L'une des singularités françaises tient en effet à son faible taux d'urbanisation, de l'ordre de 76%⁷. Or, l'Observatoire des Mobiles publié par l'ART montre que dans les régions les plus urbanisées, les taux de pénétration sont largement au-dessus de la moyenne européenne⁸, ce qui laisse penser que ce facteur géographique joue un rôle important dans l'écart constaté.

Au surplus, si le retard de pénétration devait constituer un indicateur marquant un problème concurrentiel, ce phénomène se trouverait également distribué sur le territoire.

2. Le taux de multi-équipements est beaucoup moins élevé en France que dans les principaux pays européens, ce que l'ART relève également.

Il convient en effet de préciser que dans certains pays européens, les opérateurs mobiles ont développé des offres tarifaires différenciant fortement les tarifs des appels *off-net* (vers les clients d'opérateurs tiers) et les tarifs des appels *on-net* (vers les clients du même opérateur).

Ces stratégies tarifaires conduisent les clients à souscrire à des offres d'entrée de gamme pour bénéficier de réduction de « club » chez d'autres opérateurs. En France, de tels comportements ont été moins marqués en raison d'un différentiel presque inexistant entre les tarifs *off-net* et *on-net*.

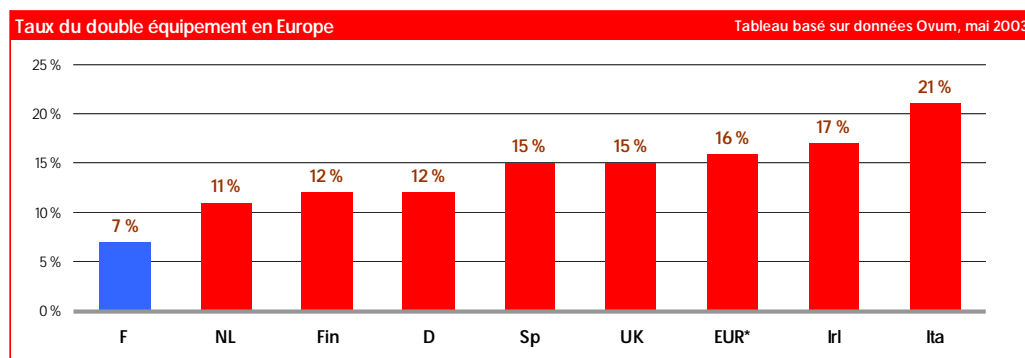
Comme le montre l'histogramme suivant, le taux de double équipement en France se situe ainsi 14 points au-dessous de l'Italie et 8 points au-dessous de la Grande-Bretagne.

⁵ cf. Annexe E de la consultation publique, pages 133 et 137

⁶ cf. Annexe E de la consultation publique, page 134

⁷ A titre d'exemple, la Suède ou l'Allemagne affichent un taux d'urbanisation proche de 90% (source : World Bank ,édition 2002)

⁸ Le dernier Observatoire des Mobiles de l'ART au 31 décembre 2004 indique ainsi un taux de pénétration de 105% en Ile-de-France, de 93,2% en région PACA...



Finalement, les pays présentant un taux de multi-équipements important affichent un taux de pénétration artificiellement plus élevé, le même client pouvant être comptabilisé plusieurs fois.

3. Enfin, la méthode de calcul du parc de clients et plus particulièrement du parc de clients prépayés retenue en France, conduit à minorer la pénétration relativement à d'autres pays.

Ce point n'est pas évoqué par l'ART alors même que l'homogénéité des méthodes de comptage est un élément déterminant pour l'exactitude des comparaisons internationales en matière de taux de pénétration.

En France, ces méthodes de comptage des clients reposent sur des définitions claires et précises, établies par l'ART⁹, qui permettent de déterminer de façon rigoureuse aussi bien le parc total de clients que le parc de clients inactifs.

En revanche, certains régulateurs n'édicte pas des règles aussi strictes qu'en France sur les méthodes de comptage du nombre de clients, notamment sur les règles de « purges » ou d'effacement des cartes SIM dans les systèmes de comptabilisation des opérateurs, ce qui sur-estime artificiellement les taux de pénétration dans ces pays.

Par ailleurs, selon les offres des opérateurs en terme de durée de validité des cartes prépayées et pour une méthode de comptage donnée, les taux de pénétration paraîtront plus ou moins élevés. Ainsi, cette durée de validité est de l'ordre de quatre mois maximum en France mais peut être plus longue dans d'autres pays¹⁰. Dans ces conditions, **des cartes SIM peuvent être comptées dans les statistiques officielles mais correspondre à des clients totalement inactifs.**

Ainsi, le taux de clients inactifs correspond en France à 1,3 % du parc total, soit l'équivalent d'un point de taux pénétration et à 3,5 % du parc des clients prépayés. Dans les autres pays européens, ce taux est beaucoup plus important, de l'ordre de 12% en Grande-Bretagne, de 10% en Allemagne et de 8% en Italie¹¹.

⁹ Selon la définition retenue par l'ART, est considéré comme client tout titulaire d'une carte SIM ou tout détenteur d'une carte SIM ayant passé au moins un appel et n'ayant pas dépassé la date limite au-delà de laquelle il est contractuellement impossible de recevoir des appels. Une carte SIM doit ainsi être supprimée des systèmes de comptabilisation six mois après la fin de validité de la carte. Par ailleurs, pour ce qui concerne la détermination du parc actif de clients, l'ART considère que les clients prépayés actifs correspondent aux clients qui ont passé ou reçu au moins un appel au cours des trois derniers mois ; les SMS n'étant pas pris en compte. La différence entre le parc total de clients et le parc de clients actifs donne le parc de clients inactifs selon les définitions retenues.

¹⁰ Aux Pays-Bas, un opérateur a même lancé une carte prépayée sans limite de durée

¹¹ Source : Vodafone Group Plc, *Key Performance Indicators (KPI's) as at 30 September 2004*. Zone « Investor Relations » du site Internet vodafone.com

De plus, dans la plupart des pays, le parc de clients prépayés est relativement supérieur à celui de la France, ce qui augmente l'impact de cette incertitude sur les méthodes de comptage, dans la mesure où les taux de pénétration sont évalués à partir des données de parc **total** de clients.

Une pénétration basée sur le parc actif de clients serait ainsi beaucoup plus objective et classerait la France en bien meilleure position.

En conclusion, l'écart de 15 points relevé par l'ART entre la pénétration de 66 % en France et la moyenne européenne à 81% en 2003 est largement sur-évalué. Si l'on tient compte des biais méthodologiques de ces évaluations, **la France n'a pas à rougir de sa situation en terme de pénétration.**

Par ailleurs, et quelle que soit sa définition, **le taux de pénétration ne constitue pas un facteur explicatif du niveau de l'intensité concurrentielle** que se livrent les opérateurs sur le marché de détail. En effet, sur un marché de masse comme celui du mobile, des facteurs culturels peuvent aussi largement expliquer certaines spécificités.

C'est ainsi que, par exemple, la France connaît un taux de pénétration de la téléphonie mobile de 30% sur la classe d'âges 5-14 ans, soit 19 points de moins que la moyenne européenne, et une pénétration de 45% sur les 60-79 ans, soit 6% de moins que la moyenne européenne. (source : Ovum - Mai 2003).

Cette situation est sans doute liée à des pratiques propres à notre pays (l'entrée au collège pour le premier équipement par exemple) et une appétence moindre des seniors pour les nouvelles technologies en général.

Enfin, le taux d'usage du mobile est un autre facteur au moins aussi important comme indicateur de l'intensité concurrentielle du marché. Sur ce point, la France est largement en tête.

En ce qui concerne les services de communications mobiles, un récent rapport de l'OMSYC¹² montre que la France figure parmi les pays européens étudiés où les usages sont les plus élevés, avec une consommation moyenne mensuelle de communications mobiles sortantes de 88 minutes par mois et par habitant en 2003, par rapport à une moyenne de 78 minutes par mois et par habitant.

Ce rapport souligne que « la France est parmi les pays présentant les plus fortes valeurs de consommation mensuelles mobiles »¹³, avec un taux de croissance annuel moyen de 54,3% contre un taux moyen de 32,4% par an sur la période 1996-2003.

B. Une dynamique concurrentielle en augmentation

L'ART fonde son analyse de la concurrence sur des données partielles, voire partiales, et occulte surtout les bouleversements actuellement à l'œuvre sur le marché français.

¹² cf. Etude OMSYC de décembre 2004 « Mesure de performance des marchés mobiles européens en 2003 », page 15

¹³ cf. Etude OMSYC de décembre 2004 « Mesure de performance des marchés mobiles européens en 2003 », page 17

1. Une réelle croissance de la demande ignorée par l'ART

L'ART estime que « *la croissance du taux de pénétration au fil des ans traduit bien une croissance modérée voire une stagnation de la demande* »¹⁴.

Pourtant, avec près de 2,8 millions de nouveaux clients en 2004, le marché de la téléphonie mobile en métropole affiche une croissance toujours très active.

Ces 2,8 millions de nouveaux clients constituent l'une des plus fortes sinon la plus forte croissance des marchés grand public. À titre d'exemple, en 2003 (les données 2004 n'étant pas disponibles à cette date), le marché de l'ADSL n'a connu qu'une croissance de 1,7 millions de nouveaux clients.

On ne peut donc pas véritablement affirmer que le marché mobile « stagne », sauf à ignorer les 7 millions de nouveaux clients depuis 3 ans.

Les résultats de l'enquête annuelle 2004 sur la diffusion des technologies de l'information en France, réalisée par le CREDOC à la demande de l'ART et du CGTI, soulignent même la nouvelle accélération de l'équipement en téléphonie mobile en France, avec une hausse de 6 points en un an qui constitue une « relative surprise » aux dires même des auteurs de l'étude.

2. Les parts de marché évoluent réellement

En ce qui concerne les parts de marché, l'ART note « *une stabilité forte depuis 2000* »¹⁵. Cependant, les parts de marché en parc de clients peuvent masquer des évolutions majeures en terme de valeur, de minutes et de type de consommation voire des évolutions tout aussi importantes en terme de flux.

Ainsi, l'indicateur le plus pertinent en la matière devrait être la part de marché calculée sur les nouveaux clients, représentatif de la part de la croissance que chaque opérateur est capable de capter avec ses offres.

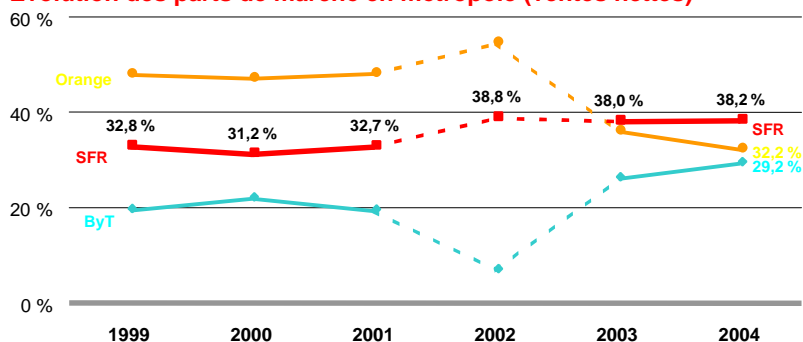
Le suivi de cet indicateur des parts de marché en ventes nettes est présenté ci-dessous, après retraitement des données relatives à l'année 2002¹⁶ :

¹⁴ cf. consultation publique page 53

¹⁵ cf. consultation publique page 57

¹⁶ Les données de 2002 concernant Bouygues Télécom ont été retraitées, les données de base issues de l'Observatoire des Mobiles conduisant à des résultats aberrants où la part de marché d'Orange ressort à plus de 80% tandis que celle de Bouygues Télécom est fortement négative. Pour retraiter les données de Bouygues Télécom, on considère que la réforme de sa politique commerciale, notamment sur la réduction de la durée de validité de ses cartes, est responsable de la sortie d'un tiers des cartes prépayées de sa base de clientèle. (source : http://www.telecominfonews.com/produits_services/presse.php?index=346)

Evolution des parts de marché en métropole (ventes nettes)



Données : Observatoire des mobiles, ART. Chiffres 2002 redressés du "nettoyage d'un tiers" de la base clients prépayés de Bouygues Télécom

Les parts de marché en 2002 doivent être prises avec prudence du fait de la « purge » opérée par Bouygues Télécom sur sa base « prépayés ». Néanmoins, il apparaît que **depuis l'année 2000, les efforts entrepris par SFR pour se doter d'une infrastructure très forte de distribution, ainsi que ses investissements dans son réseau portent leurs fruits. En effet, SFR a réussi à profondément modifier sa position sur le marché et à passer en première position sur les ventes annuelles.**

Ainsi, en 2003 et 2004, SFR est devenu numéro 1 en ventes nettes : c'est l'opérateur qui attire le plus de nouveaux clients. Orange perd plus de 20 points en deux ans, tandis que Bouygues Télécom voit sa part de marché progresser.

Il n'est pas admissible que le régulateur sectoriel ignore une telle tendance durable – qu'il mesure lui-même – alors que c'est le fruit d'une politique coûteuse de SFR et de ses actionnaires.

Par ailleurs, **la vision du marché par l'ART est erronée car elle raisonne uniquement en parts de marché « globales » et ignore ainsi les situations contrastées entre les opérateurs et les évolutions pouvant exister au niveau des différents segments de clientèle.**

Chaque opérateur a en effet sa stratégie propre qui se traduit soit par une agressivité plus marquée sur certaines cibles et une position défensive sur d'autres, soit par une position d'attaque et de défense de plusieurs cibles.

Ainsi par exemple, selon les études réalisées par SFR chaque fin d'année (Bilan A Fin d'Année), la part de marché en terme de parc d'Orange est passée de 52,5 % à 58 % sur la cible des seniors et des retraités et de 38,5 % à 41 % sur la cible des "Jeunes indépendants CSP", entre fin 1999 et fin 2003. Autre exemple, la part de marché en terme de parc de Bouygues est passée sur la même période de 18 % à 11 % sur la cible des "Jeunes au foyer de 19 ans et plus". Dernier exemple d'une stratégie encore différente : chez SFR, l'écart maximum entre sa plus faible et sa plus forte part de marché par cible est passé de 9 % fin 1999 à 11 % fin 2003.

De telles évolutions des parts de marché en terme de parc en seulement deux ans illustrent parfaitement la concurrence qui peut exister sur le marché français et les différences de stratégies poursuivies par les opérateurs mobiles.

3. Les taux de résiliation des clients (« churn ») : un témoin essentiel du niveau de concurrence, occulté par l'ART

Le document de consultation de l'ART n'évoque même pas le taux de *churn*, alors même que celui-ci est encore très élevé en France (de l'ordre de 21%). Cet important taux de *churn* est le signe évident et indiscutable d'une concurrence très importante entre les opérateurs mobiles, qui montre essentiellement que le consommateur est entièrement libre de changer d'opérateur sans coûts de mutation dirimants (*switching costs*).

Si on considère un taux de churn de 21% sur un parc moyen national de 42,5 millions de clients en 2004, cela représente 9 millions de résiliations en une année. En ajoutant à ce chiffre la croissance nette du parc en 2004 (près de 3 millions de clients), on peut estimer que le marché mobile français représentait 12 millions de ventes brutes sur 2004.

Ces chiffres prouvent la réalité d'une concurrence sur le marché de la téléphonie mobile, sans comparaison par rapport aux autres secteurs économiques.

C. L'assertion inexacte d'une stabilité des prix

La vision de l'ART en terme d'animation du marché par les prix est partielle et incomplète.

1. Les tarifs en France sont compétitifs et présentent des évolutions plus favorables que dans d'autres pays européens.

L'assertion de l'ART sur la stabilité des prix mobiles en France¹⁷ vient en opposition avec nombre d'études : la France connaît des tarifs compétitifs, aux évolutions passées et récentes plus favorables qu'à l'étranger.

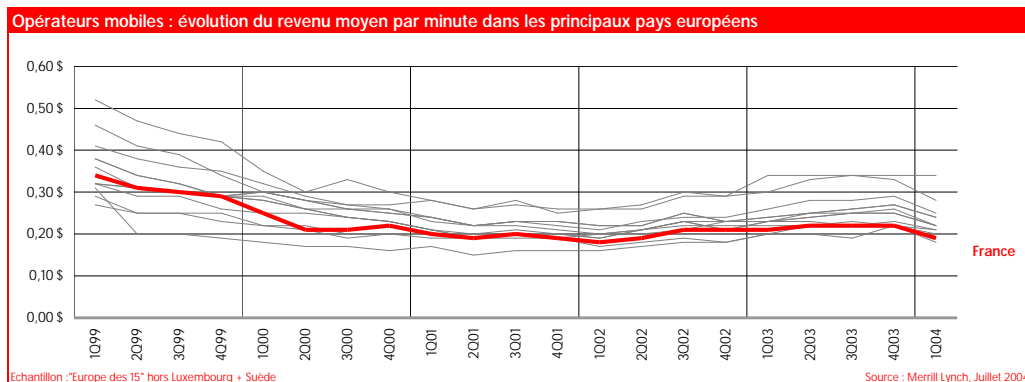
Par ailleurs, les opérateurs français subventionnent les terminaux¹⁸ et ont consenti des baisses tarifaires très importantes sur les tarifs de terminaisons d'appel vers les mobiles ces dernières années. Cependant, l'ART se limite à suivre l'évolution du prix des appels sortants et « *ne prend pas en compte les autres paramètres de l'offre, tels que les prix des appels entrants et les éventuelles subventions de terminal, dont les évolutions pourraient néanmoins éclairer celles des prix des communications sortantes.* »¹⁹

La banque américaine Merrill Lynch publie une étude périodique de référence dénommée « Global Wireless Matrix ». La dernière livraison de cette étude, datée du 7 juillet 2004, permet de comparer l'évolution du revenu moyen par minute chez les opérateurs mobiles de différents pays. L'équipe de recherche de la banque fournit des données historiques longues remontant à début 1999.

¹⁷ cf §4.2.1.3.2 de la consultation publique pages 58 à 64

¹⁸ Les différences de subventionnement des terminaux en Europe pourraient se retrouver dans des écarts sur les prix des communications, les opérateurs subventionnant fortement les terminaux répercuteraient tout ou partie de ces subventions dans les prix des offres de communications. Mais la concurrence établie en France ne reflète pas une telle opération : les prix sont bas alors même que les subventions existent et sont importantes.

¹⁹ Soulignement ajouté, cela se passe de commentaire.



L'indicateur étudié, dit « revenu moyen par minute et par pays », inclut les appels entrants et les appels sortants. Il s'agit donc d'un indicateur économique très significatif permettant de mesurer le revenu réel des opérateurs mobiles dans un pays donné.

Sur un large échantillon de quinze pays européens²⁰, il apparaît que la France a constamment été parmi les pays les moins chers. **L'évolution du revenu moyen par minute en France suit des tendances qui sont parfaitement similaires à celles des autres marchés européens. De plus, depuis début 2003, le revenu moyen par minute des opérateurs mobiles français se situe parmi les plus bas d'Europe.**

		1Q99	2Q99	3Q99	4Q99	1Q00	2Q00	3Q00	4Q00	1Q01	2Q01	3Q01	4Q01	1Q02	2Q02	3Q02	4Q02	1Q03	2Q03	3Q03	4Q03	1Q04
Source utilisée		ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML	ML
Austria	\$	0,46	0,41	0,39	0,34	0,30	0,28	0,27	0,26	0,23	0,22	0,23	0,22	0,21	0,23	0,24	0,24	0,26	0,28	0,28	0,29	0,25
Belgium	\$																					
Denmark	\$	0,25	0,22	0,21	0,21	0,21	0,20	0,20	0,19	0,19	0,18	0,19	0,19	0,19	0,19	0,20	0,21	0,21	0,22	0,21	0,23	0,19
Finland	\$	0,31	0,20	0,20	0,19	0,18	0,17	0,17	0,16	0,17	0,15	0,16	0,16	0,16	0,17	0,18	0,18	0,20	0,20	0,19	0,22	0,18
France	\$	0,34	0,31	0,30	0,29	0,25	0,21	0,21	0,22	0,20	0,19	0,20	0,19	0,18	0,19	0,21	0,21	0,21	0,22	0,22	0,22	0,19
Germany	\$	0,52	0,47	0,44	0,42	0,35	0,30	0,33	0,30	0,28	0,26	0,27	0,26	0,26	0,27	0,30	0,29	0,30	0,33	0,34	0,33	0,28
Greece	\$	0,62	0,53	0,49	0,46	0,42	0,38	0,33	0,32	0,29	0,27	0,28	0,26	0,25	0,24	0,27	0,26	0,28	0,28	0,27	0,26	0,23
Ireland	\$																					
Italy	\$	0,32	0,31	0,30	0,29	0,28	0,26	0,24	0,23	0,21	0,19	0,20	0,20	0,19	0,21	0,23	0,21	0,23	0,24	0,25	0,25	0,22
Netherlands	\$	0,41	0,38	0,36	0,35	0,32	0,29	0,27	0,27	0,28	0,26	0,28	0,25	0,26	0,26	0,29	0,29	0,34	0,34	0,34	0,34	0,34
Norway	\$	0,27	0,25	0,25	0,25	0,22	0,22	0,20	0,20	0,20	0,19	0,20	0,19	0,20	0,21	0,23	0,23	0,23	0,23	0,22	0,22	0,21
Portugal	\$	0,29	0,25	0,25	0,23	0,22	0,21	0,19	0,20	0,19	0,19	0,19	0,19	0,17	0,18	0,19	0,18	0,20	0,22	0,23	0,22	0,20
Spain	\$	0,38	0,34	0,32	0,29	0,30	0,28	0,26	0,25	0,24	0,22	0,23	0,23	0,22	0,22	0,25	0,23	0,24	0,25	0,26	0,27	0,24
Sweden	\$	0,36	0,31	0,30	0,29	0,29	0,26	0,26	0,26	0,24	0,22	0,22	0,21	0,20	0,20	0,21	0,23	0,23	0,25	0,25	0,26	0,22
UK	\$	0,32	0,29	0,29	0,26	0,25	0,25	0,24	0,23	0,21	0,20	0,21	0,20	0,20	0,21	0,22	0,22	0,22	0,22	0,22	0,23	0,21

Cette analyse rejoint d'autres études : l'étude récente publiée en décembre 2004 par l'OMSYC (Mesure de performance des marchés mobiles européens en 2003), par exemple indique qu'en ce qui concerne la décroissance de la valeur du panier moyen par pays de 1996 à 2003 pour les seuls appels sortants, « *cette décroissance a atteint une valeur maximale en France (-13%/an)* ». ²¹ En 2003, sur les sept pays étudiés par l'OMSYC, la France se situe en quatrième position en matière de valorisation du panier des appels sortants, avec une valeur inférieure à la moyenne de ces pays.

Malgré la complexité du déploiement mobile en France (territoire étendu, zones rurales et montagneuses) et malgré un niveau de subventionnement important des terminaux mobiles, les clients français bénéficient de prix mobiles parmi les plus bas d'Europe.

²⁰ ex-« Europe des 15 » sauf le Luxembourg mais incluant la Norvège

²¹ cf. Etude OMSYC de décembre 2004 « Mesure de performance des marchés mobiles européens en 2003 », page 24

2. L'ART ne prend en considération d'une part que les usages payants et définis par avance et d'autre part que des paniers de consommation peu segmentés. Ce faisant, elle ne tient pas compte notamment de l'enrichissement permanent de l'offre pour répondre aux attentes des clients et favoriser le développement des usages.

Dans son calcul de l'évolution des prix par paniers de consommation²², l'ART tire ses conclusions en ne prenant en compte que la consommation payante des clients. L'intégration des minutes et SMS offerts par les opérateurs (dans le cadre de promotions, de redistribution par les systèmes de fidélisation, d'offres d'essai,...) montrerait peut-être une somme dépensée identique mais un usage et une valeur d'usage en augmentation pour tous. Ceci témoigne d'une activité promotionnelle importante, signe évident, parmi d'autres, d'un marché concurrentiel.

De même, l'ART ne prend en considération dans ses paniers de consommation que les usages de type voix, SMS... Or, le panier de consommation des clients comprend aussi un certain nombre de services dits de confort (présentation des numéros, double appel) ou de gestion (report de mn, ajustement automatique...) qu'il conviendrait de valoriser, dès lors qu'ils sont inclus dans les offres depuis environ deux ans. Valoriser ces services sur les périodes où ils étaient payants montrerait une évolution positive pour les clients, à savoir une meilleure valeur d'usage de nos jours, correspondant bien à une attente des clients et augmentant significativement le « surplus » des consommateurs.

Enfin, l'ART ne prend en compte dans sa méthode que des profils de consommation peu segmentés, d'où un « atterrissage » sur des offres relativement neutres en termes d'élasticité. **Le marché français est pourtant essentiellement animé par des offres segmentées proposées en séries limitées. Ce mode d'animation du marché correspond à un historique mais aussi aux attentes des clients et prospects qui choisissent leur offre et leur opérateur à 23 % lors de promotions.** Or, ce type d'offre génère bien une élasticité de consommation forte.

En conclusion, l'assertion de l'ART selon laquelle « *depuis 2000, comme l'illustrent les différents éléments relatifs notamment à l'évolution des niveaux de prix et des offres tarifaires, un essoufflement de la concurrence est perceptible* »²³ est fautive, non démontrée objectivement et surtout en opposition totale avec plusieurs études sur le sujet.

3. L'analyse de l'ART sur l'évolution de la rentabilité des opérateurs relève également d'une représentation totalement subjective.

En effet, l'ART laisse entendre que les taux de rentabilité de SFR et Orange sont trop importants, et en tout état de cause largement supérieurs au taux de référence qu'elle utilise, le taux de rémunération du capital.

L'ART reconnaît certes qu'elle a « *néanmoins conscience que la rentabilité annuelle d'un acteur puisse être, dans un premier temps, inférieure et dans un second temps, supérieure à ce niveau de référence sans que cela signifie que la rentabilité de l'investissement est globalement supérieure ou inférieure à ce taux.* »²⁴ Cependant, le moins que l'on puisse dire est que la présentation retenue ne met pas véritablement ce point en avant.

²² cf. consultation publique page 61 et suivantes

²³ cf. consultation publique page 68

²⁴ cf. Consultation publique, page 67

Dans les secteurs à forte intensité capitalistique comme dans celui des télécommunications, la rentabilité des entreprises est naturellement cyclique, en dehors de toute considération de prix. Ainsi, en début de cycle, les investissements sont élevés et la rentabilité inférieure à la moyenne. Le retour sur investissement se fait en fin de cycle quand la rentabilité est alors supérieure à la moyenne.

Dans le contexte du développement des réseaux mobiles de deuxième génération, SFR rappelle que les opérateurs mobiles sont partis de rien : l'investissement dans un réseau mobile GSM représentait un effort considérable lorsque l'on se replace dans le contexte des années 90 (7 milliards d'euros cumulés pour SFR). Ceci signifie qu'il est tout à fait normal que les opérateurs mobiles aient des rentabilités très négatives durant les premières années de lancement de leurs réseaux puis, au fur et à mesure, des rentabilités positives et sur les dernières années des rentabilités *supérieures à la norme*. Ce phénomène est tout à fait standard en finance d'entreprise²⁵ : il s'agit du retour sur investissement qui permet de compenser les pertes subies durant la phase d'investissement et **ne constitue en aucun cas une preuve de rentabilité anormale causée par un essoufflement de la concurrence, comme semble le suggérer l'ART.**

L'ART aurait dû utiliser des méthodes standards d'évaluation de la rentabilité sur la totalité du cycle d'investissement²⁶ : l'utilisation du test de la Valeur Actualisée Nette (VAN) est universellement admis **et il était possible de l'appliquer puisque SFR avait fourni à l'ART l'ensemble des éléments permettant d'effectuer ce type de calcul.**

Cette méthode permet en effet de prendre en compte le coût de l'argent, la durée nécessaire pour rentabiliser l'investissement et les risques financiers du projet. Dans son courrier du 28 octobre 2003, SFR avait mis en œuvre le test de la VAN qui amenait à constater qu'**en 2003 SFR n'était pas encore rentable économiquement**²⁷. Sur la période 1991-2003, l'ART insiste particulièrement sur la rentabilité des trois dernières années mais oublie de souligner que la rentabilité a été inférieure ou égale à la norme sur neuf des treize années !

Depuis 2003, SFR est entrée dans un nouveau cycle d'investissement : SFR investit massivement dans son réseau UMTS, tout en poursuivant un investissement important dans son réseau GSM. Il semble que l'évaluation faite par l'ART ne tienne même pas compte des 650M€ investis en 2001 par SFR dans la licence de troisième génération, venant ainsi complètement fausser les calculs de rentabilité. Les investissements annuels dans les deux réseaux représenteront ainsi 800 millions d'euros par an environ, plaçant SFR parmi les plus gros investisseurs en France. Les nombreuses technologies à venir et les incertitudes de réussite qui pèsent sur ces technologies vont fortement accroître le niveau de risque des investissements.

Dans son évaluation des rentabilités année par année, l'utilisation du ratio « ROCE » est sujette à caution car cette mesure de rentabilité dépend fortement des règles d'amortissement comptable. Si la durée d'amortissement comptable des équipements est plus courte que leur durée de vie réelle, le taux de rentabilité est surestimé dès lors qu'une partie des équipements est totalement amortie (mais toujours productive). SFR préconise plutôt l'utilisation d'un ratio du type « Cash Flow ROI » (Excédent Brut d'Exploitation sur les actifs économiques bruts) pour l'analyse année par année : un tel ratio donne une vision plus juste en s'affranchissant du problème lié aux amortissements comptables.

²⁵ Cf par exemple : « Fundamentals of Financial Management » 8th ed. 1998 Brigham & Houston.

²⁶ Cf. annexe F de la consultation publique, page 144, 2ème § de la section F.2.3.

²⁷ Le taux d'actualisation avant impôt utilisé était de 17%, ce qui est faible en regard du coût de l'argent, du niveau d'imposition (surtaxe Juppé) et du risque opérationnel auxquels faisaient face les opérateurs mobiles dans les années 90.

Sur les années à venir, du fait des investissements dans la téléphonie mobile de troisième génération, l'actif économique brut va croître de façon beaucoup plus rapide que l'Excédent Brut d'Exploitation : la rentabilité année par année devrait donc logiquement baisser avec l'entrée dans un nouveau cycle d'investissement.

En conclusion, l'analyse de la rentabilité des opérateurs mobiles menée par l'ART et les constatations qu'elle en tire sont très insuffisantes. Une analyse sérieuse et objective doit nécessairement prendre en compte les cycles d'investissements des opérateurs mobiles ainsi que le coût de l'argent, ce qui permettrait de constater que la situation de rentabilité des opérateurs mobiles est tout à fait standard (y compris les profits supérieurs à la norme en fin de cycle d'investissement) et ne peut en aucune façon aboutir à caractériser une situation de surprofit résultant d'un dysfonctionnement du marché.

D. Une dynamique prospective du marché de détail peu prise en considération

L'ART semble rejeter de façon péremptoire et sans aucune justification la possibilité que les « cartes » du jeu concurrentiel soient redistribuées à l'horizon de la présente analyse de marché (c'est-à-dire 2007).

Pourtant, le développement de nouveaux services et le lancement de l'UMTS peuvent véritablement conduire à une nouvelle dynamique dont le résultat n'est pas connu à l'avance.

Les choix stratégiques des opérateurs en matière de technologie (par exemple iMode pour Bouygues Télécom) seront pourtant déterminants pour dessiner le nouveau visage du marché mobile, qui se trouve actuellement à une période charnière.

Le plus grand choix stratégique est probablement posé par l'UMTS, lancé par SFR puis par Orange, mais pas encore par Bouygues Télécom. Malgré les bénéfices réels d'EDGE, certains services et certains débits sont réservés à des clients équipés de l'UMTS. Cette différenciation se retrouvera probablement dans les parts de marché ou tout au moins dans les profils des clients rejoignant chaque opérateur.

Enfin, la qualité du réseau, la qualité du service client, l'innovation et l'image de marque sont des éléments qu'il est difficile de traduire en chiffres mais qui comptent beaucoup lors du choix d'un opérateur et sur lesquels SFR a fortement investi ces dernières années contribuant ainsi à une véritable dynamisation du marché.

En conclusion, SFR considère que l'analyse de l'ART est trop incomplète pour constituer une démonstration valide caractérisant un état de la concurrence sur un marché complexe et surtout en pleine évolution. De plus, cette démonstration occulte totalement la dimension prospective pourtant requise par les directives européennes. Plutôt que de revenir sur les arguments développés plus haut, une citation du récent rapport du CREDOC²⁸ publié sur le site de l'ART suffit à résumer le point de vue de SFR :

« Une des évolutions les plus surprenantes enregistrée cette année, c'est l'accélération du taux d'équipement en téléphone mobile. Depuis 2000, la diffusion des téléphones portables s'était nettement ralentie, laissant supposer que le marché

²⁸ Enquête annuelle 2004 sur la diffusion des technologies de l'information en France

arrivait à maturation. Mais entre juin 2003 et juin 2004, le taux d'équipement est passé de 62 à 67 % dans la population de 12 ans et plus, gagnant 5 points, alors que l'on enregistrait seulement 2 points de croissance l'année précédente. Il faut dire que, depuis plusieurs mois, les innovations intégrées au téléphone mobile se multiplient : appareil photo numérique, possibilité d'écouter de la musique, accès à Internet, envois de SMS, MMS, SMS+, etc. Le téléphone portable a su séduire de nouveaux consommateurs en étendant le champ de ses utilisations possibles. **Ce phénomène illustre parfaitement la dynamique propre aux technologies numériques** : les innovations sont liées entre elles (phénomène de convergence) et la diffusion de l'une facilite l'apparition des suivantes. Ces innovations par grappe rendent difficilement prédictible la courbe de diffusion du téléphone portable. **Qui peut dire en effet quelles seront les différentes utilisations du téléphone portable dans les cinq prochaines années ? »**

II. UN MARCHÉ DE GROS EMERGENT [OU « NAISSANT »] QUI CONNAIT UNE VÉRITABLE DYNAMIQUE CONCURRENTIELLE

Les considérations qui précèdent visaient principalement à corriger une vision trop partielle et largement anachronique du marché de détail. Ce constat d'une dynamique concurrentielle croissante sur le marché de détail suffirait à lui seul à écarter toute perspective de régulation du marché de gros de l'accès et du départ d'appel.

Sur ce plan, l'ART développe une analyse qui se heurte à des objections radicales, tant sur un plan empirique que théorique.

Le marché de l'accès et du départ d'appel se caractérise par des caractéristiques spécifiques que nous détaillerons, et son analyse ne doit en aucune façon se confondre avec celle du marché de détail comme l'a rappelé la Commission européenne dans ses commentaires sur le projet de décision de l'autorité de régulation irlandaise concernant le marché de gros de l'accès et du départ d'appel en Irlande²⁹.

A. Un marché "émergent", mais ayant déjà un impact sur le marché de détail

Il convient d'emblée de rappeler la position de la Commission sur les marchés émergents³⁰ :

« En ce qui concerne les marchés émergents, l'imposition prématurée d'une réglementation ex ante peut altérer les facteurs de concurrence en germe sur un marché nouveau et émergent., les ARN doivent veiller à ce que toute forme d'intervention ex ante précoce sur un marché émergent soit totalement justifiée, d'autant qu'elles conservent la possibilité d'intervenir à un stade ultérieur, dans le contexte du réexamen périodique des marchés pertinents. »³¹

Or, force est de constater que l'ART n'a tenu aucun compte de ce que le marché français de gros de l'accès et du départ d'appel est incontestablement un marché émergent.

Ce marché vient à peine de s'ouvrir, comme le souligne l'ART elle-même en indiquant que « cette approche est naturellement prospective, le passage en revue de certains critères pouvant paraître aujourd'hui peu pertinent du fait du caractère naissant du marché »³². En témoigne, notamment, le fait que la première demande formalisée ayant donné lieu à contentieux (Télé 2 c/ Orange) date de 2002, qu'entre-temps, quelques contrats, au

²⁹ Case IE/2004/121 : Access and call origination on public mobile telephone networks in Ireland, 20.01.2005, p.8 : « Although retail market conditions may inform an NRA of the structure of the wholesale market, they may and need not in themselves be conclusive as regards the findings of SMP at the wholesale level. »

³⁰ Paragraphe 32 des lignes directrices de la Commission européenne

³¹ « En ce qui concerne les marchés émergents, le considérant 27 de la directive "Cadre" indique que ces marchés, dans lesquels, de facto, l'entreprise qui domine le marché risque d'avoir une part de marché considérable, ne doivent pas pour autant être soumis à une réglementation ex ante inadaptée. En effet, l'imposition prématurée d'une réglementation ex ante peut altérer les facteurs de concurrence en germe sur un marché nouveau et émergent. Il convient parallèlement d'empêcher que les entreprises dominantes ne barrent l'accès à ces marchés émergents. Sans remettre en cause le bien-fondé de l'intervention des autorités de la concurrence dans des cas particuliers, les ARN doivent veiller à ce que toute forme d'intervention ex ante précoce sur un marché émergent soit totalement justifiée, d'autant qu'elles conservent la possibilité d'intervenir à un stade ultérieur, dans le contexte du réexamen périodique des marchés pertinents. »

³² Page 69 de la consultation publique

demeurant cités dans le document de consultation, ont été signés³³ et que d'autres sont en cours en de finalisation.

SFR estime d'ailleurs être l'un des artisans de cette ouverture en ayant proposé, dans son dossier de candidature à une licence UMTS, d'ouvrir son réseau UMTS à des MVNO alors qu'aucune contrainte ne l'y obligeait, puis, plus concrètement en ayant signé avec Débitel le premier accord de MVNO au niveau national.

Il convient de noter ici que l'arrivée du premier MVNO coïncide avec l'ouverture de capacités nouvelles, rendues possibles par le déploiement du réseau UMTS, permettant ainsi d'accueillir le trafic engendré par des MVNO.

Le seul motif du caractère émergent, mais réel, de ce marché, suffirait à écarter toute intervention du régulateur.

Par ailleurs, il n'est pas acceptable que l'ART puisse affirmer que Débitel n'est pas un MVNO « *significatif* ».

En effet, Débitel France est une filiale du Groupe Débitel, créé en 1991 en Allemagne et implanté dans cinq pays en Europe. Ainsi, le Groupe Débitel, opérateur mobile sans réseau, compte aujourd'hui plus de dix millions de clients en Europe (8,3 millions en Allemagne se positionnant ainsi en tant que troisième fournisseur de services de téléphonie mobile dans ce pays, 1,37 millions aux Pays-Bas, 372 000 au Danemark, 100 000 en France et 82 000 en Slovénie)³⁴.

C'est également occulter que le réseau de distribution de Débitel en France repose notamment sur 160 points de vente³⁵, ce qui ne peut être considéré comme marginal.

L'offre de détail proposée par Débitel présente en outre des avantages indéniables pour les consommateurs et ne peut pas être considérée comme « insignifiante » comme le laisse penser l'ART.

Ainsi, Débitel propose des forfaits compétitifs notamment par rapport à ceux de SFR.

		Engagement 12 mois		Engagement 24 mois	
		Fixe *	Prix mn	Fixe *	Prix mn
		mensuel	dans forfait	mensuel	dans forfait
Forfait 2H	SFR Perso	35	0,29	31	0,26
	Débitel	28	0,23	25	0,21
Forfait 3H	SFR Perso	43	0,24	39	0,22
	Débitel	36	0,20	33	0,18
Forfait 4H	SFR Perso	52	0,22	47	0,20
	Débitel	41	0,17	38	0,16
Forfait 6H	SFR Perso	70	0,19	63	0,18
	Débitel	54	0,15	51	0,14

* y compris 3€ d'option facturation à la seconde chez SFR

³³ Pages 69 et 70 de la consultation publique

³⁴ Communiqué de presse de Débitel du 11 juin 2004

³⁵ A début novembre 2004

Par ailleurs, Débitel propose des tarifs très agressifs sur les SMS et les MMS, se positionnant sur le créneau des SMS et MMS comme le moins cher du marché (SMS à 9cts contre 15cts pour la gamme SFR Perso et 10 cts pour SFR Le Compte et MMS à 18 cts contre 45 cts dans la gamme SFR Perso).

Enfin, la nouvelle offre « ma puce » de Débitel lancée le 2 février dernier est véritablement innovante et peut renforcer la compétitivité du marché. Il s'agit d'une gamme de forfaits sans durée minimale d'abonnement qui ne sera distribuée que par Internet et par téléphone. Cette gamme « *s'étend de 9,90 € à 49,90 € pour des durées de 30 minutes à 8 heures, soit une offre de 21 % à 35% moins chère que celles proposées actuellement sur le marché* ».

Débitel estime qu'il sera « *au-dessus des 100 000 clients (...) annoncés pour la fin de l'année 2005* » et vise « *désormais 500 000 clients fin 2006* »³⁶. Débitel annonce par ailleurs qu'il « *lancera dans le courant du mois des forfaits similaires à destination des entreprises* ».

Le premier MVNO a ainsi pu démontrer sa totale indépendance par rapport à l'opérateur hôte ainsi que sa capacité à réellement animer le marché.

L'affirmation de l'ART revient ainsi à tirer des conclusions pour le moins hâtives, voire dénigrantes, après quelques mois seulement du lancement commercial de l'offre MVNO de Débitel.

B. Un marché très fortement concurrentiel

SFR s'étonne que l'ART puisse affirmer sans démonstration qu'« *il résulte de ces éléments que les accords conclus à ce jour ou à venir ont une portée réduite, le MVNO pouvant paraissant (sic !) avoir surtout vocation à compléter sans concurrencer frontalement les offres de leurs opérateurs hôtes* »³⁷.

Non seulement cette affirmation sur l'« à venir » ne repose sur strictement aucune forme de démonstration, mais encore, et surtout, elle manifeste que l'ART feint d'ignorer, ce qui est pourtant de notoriété publique, que des candidats MVNO généralistes et importants négocient actuellement avec tous les opérateurs mobiles.

Depuis l'ouverture du marché de gros, il est de notoriété publique que le marché des MVNO est en pleine effervescence et que la demande de candidats ne fait que croître. Il suffit de consulter la presse pour s'en convaincre. Sans aucune vocation d'exhaustivité, SFR relève ci-dessous quelques extraits de la presse de ces derniers mois pour illustrer son propos :

- *La division télécoms du groupe Louis Dreyfus, Neuf Télécom, confirme sa volonté de devenir un opérateur mobile virtuel (MVNO selon l'acronyme anglais). Michel Paulin, son directeur général délégué, a confié au Figaro qu'il menait «actuellement des discussions avec Bouygues Telecom et SFR, de type MVNO». ZD Net, 30 août 2004.*
- *Parmi les acteurs les plus actifs figure Neuf Télécom. Son président Jacques Veyrat a déclaré le 7 décembre vouloir conclure un accord « dans les prochaines semaines » pour un MVNO ciblant les entreprises. Il discute avec les trois opérateurs mobiles, mais les discussions pourraient être un*

³⁶ Source : Reuters 2.02.05

³⁷ Consultation publique, page 70

peu plus avancées avec Bouygues. Les projets d'AOL et de M6 progressent aussi. Les Echos, 10 janvier 2005.

- *La rumeur lancée ce week-end par Le Figaro au sujet de la possible candidature du groupe NRJ à l'activité d'opérateur virtuel a été confirmée par le principal intéressé ce lundi. Dans un communiqué laconique, le groupe de médias indique simplement que « l'activité d'opérateur mobile virtuel (MVNO) est susceptible de présenter un intérêt pour le Groupe, et que dans ce cadre, des discussions sont actuellement menées. »* L'Atelier, 17 janvier 2005.
- *Outre NRJ, Cegetel (via SFR), Club-Internet, Tele2 et Neuf Telecom ont également confirmé leur intérêt pour le MVNO.* L'Expansion, 17 janvier 2005.

Parmi les noms évoqués comme MVNO potentiels, on retrouve bien entendu des acteurs classiques importants du monde des télécommunications, mais également de nouveaux acteurs, notamment du monde des médias, disposant d'une marque forte et d'une puissance marketing importante et qui voient dans le mobile un nouveau moyen de distribution de leurs contenus.

Plus généralement, la majorité des candidats MVNO se répartissent en quatre grandes catégories :

- Les anciennes SCS (Société de Commercialisation de Services), qui envisagent tout naturellement leur évolution vers un statut de MVNO, en raison de la liberté d'offre que celui-ci leur confère ;
- Les opérateurs du fixe ou les fournisseurs d'accès Internet (FAI), désireux d'élargir leur gamme de services, parfois dans une optique de convergence fixe / mobile / Internet ;
- Les grands éditeurs de services, notamment média, qui voient dans le mobile un nouveau canal de distribution ;
- Les acteurs de la distribution en téléphonie, qui souhaitent mettre à profit leurs compétences et moyens logistiques pour élargir leur activité.

Parmi ces grandes catégories, il est normal que les premiers accords concrétisés l'aient été par des SCS, comme Débitel. En effet, la pratique existante de ces dernières avec leur(s) opérateur(s) support a permis bien souvent de réduire très significativement :

- d'une part les délais de négociation, du fait d'une très bonne connaissance de la téléphonie mobile (marché, métiers, contraintes), d'un mode de fonctionnement éprouvé et d'une relation de confiance pré-établie ;
- d'autre part, et encore plus significativement, les délais de mise en œuvre opérationnelle du MVNO en raison de toute l'infrastructure pré-existante (système d'information du MVNO, flux d'échanges automatisés entre MVNO et opérateurs, flux logistiques ...).

Ceci n'empêche d'ailleurs pas certaines SCS de faire jouer la concurrence en sollicitant d'autres opérateurs que leur(s) opérateur(s) support d'origine.

Ainsi, il est à prévoir que de nouveaux MVNO voient le jour dans les semaines qui viennent. SFR vient d'ailleurs d'annoncer la signature d'un accord MVNO avec Futur Telecom sur le « marché » entreprise.

C. Des négociations actives, longues et complexes

S'agissant de nouveaux acteurs, de l'importance de ceux qui sont cités dans la presse, il est parfaitement compréhensible que les délais d'aboutissement d'accords MVNO soient beaucoup plus longs pour les raisons suivantes :

- **Le MVNO potentiel fait jouer la concurrence entre opérateurs**

Les candidats potentiels, n'ayant généralement aucun lien avec les opérateurs mobiles, **font jouer au maximum la concurrence entre les opérateurs pour obtenir les meilleures conditions commerciales.**

Ainsi, les négociations sont difficiles et longues car :

- s'agissant de contrats complexes à mettre en place, les candidats MVNO ont intérêt à obtenir les meilleures conditions possibles à la signature du contrat ;
- s'agissant de candidats MVNO à fort potentiel, les opérateurs de réseau ont intérêt à attirer les « bons » MVNO, afin de ne pas subir leur concurrence sans bénéficier des revenus induits sur le marché de gros.

Ainsi, le marché est **structurellement** concurrentiel et conduit à des négociations longues et difficiles.

- **Le candidat MVNO est étranger au monde de la téléphonie mobile**

Au niveau de la mise en œuvre opérationnelle, un certain nombre d'études et de développements techniques préliminaires à un lancement commercial doivent être menées conjointement entre le MVNO et son opérateur hôte. A minima, pour les acteurs dont le métier d'origine se rapproche le plus de celui de l'opérateur mobile, il s'agit d'intégrer des évolutions fortes de systèmes informatiques, de services clients et la chaîne logistique liée à la téléphonie mobile. Pour d'autres acteurs issus d'un autre univers, cela peut être beaucoup plus lourd à étudier et spécifier (mise en place d'un système d'information spécifique, d'un service clients, étude des obligations légales et réglementaires à respecter et mise en place des ressources ad hoc ...). La contractualisation finale pouvant intégrer des prestations opérationnelles induites, le délai de négociation doit donc prendre en compte la durée d'étude de l'ensemble de ces aspects de mise en œuvre.

En conclusion, l'analyse de SFR est que la demande sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel est actuellement en très forte augmentation. Les candidats MVNO font jouer une concurrence agressive entre les opérateurs support dans le cadre des négociations commerciales. Si, à ce stade, il n'y a eu que trois accords signés, c'est uniquement en raison des délais de négociations nécessairement beaucoup plus longs pour les candidats importants n'ayant pas eu auparavant d'activité dans la téléphonie mobile et en raison du jeu concurrentiel qui conduit ces acteurs à préférer allonger les négociations pour obtenir les conditions les plus avantageuses.

L'ART a tous les moyens pour vérifier la réalité de cette concurrence.

Le constat de cette dynamique concurrentielle qui anime le marché de gros devrait lui interdire toute forme d'intervention trop précoce qui pourrait s'avérer contre-productive.

Mais si par extraordinaire, elle persévérerait dans une vision anachronique et erronée du marché, encore faudrait-il qu'elle parvienne à démontrer - par une analyse rigoureuse - l'existence d'une position dominante collective des trois opérateurs mobiles, ce qu'elle ne fait pas.

III. L'ABSENCE DE POSITION DOMINANTE COLLECTIVE SUR LE MARCHÉ DE GROS

Au-delà de la divergence patente entre l'analyse de l'ART sur le marché de gros et la simple observation du marché, son analyse se heurte à la bonne application des principes du droit et des théories économiques en matière de dominance collective.

A. La définition du marché de gros : une analyse trop sommaire et contradictoire

Sans appliquer les principes et méthodes du droit de la concurrence en matière de définition d'un marché pertinent, l'ART procède dans le cadre de son exercice de délimitation du marché de gros à une série d'approches étrangères auxdits principes et méthodes.

Dans un premier temps, l'ART définit le marché de gros de l'accès et du départ d'appel comme simple « miroir » du marché de détail. Le marché de gros comporterait donc les mêmes prestations et, par là, les mêmes limites que le marché de détail ; selon l'ART « *ces prestations permettent ainsi à l'opérateur virtuel d'être présent sur un marché de détail, sans pour autant disposer de réseau radio propre* ».

Dans un second temps, l'ART se pose plusieurs questions, sans lien apparent avec la méthode habituelle de définition d'un marché pertinent en droit de la concurrence. Il convient de relever ici que ces questions apparaissent clairement comme des questions d'opportunité :

- « *la fourniture en gros d'itinérance internationale doit-elle être incluse dans le marché ?...*
- *...les autres prestations de gros possibles sont-elles incluses dans le marché ?...*
- *...faut-il définir un marché par réseau d'accès ou un marché multi-opérateurs ? ».*

Donc, en faisant fi des critères élémentaires pour la définition d'un marché pertinent, et notamment **sans se poser les questions de substituabilité**, l'ART « choisit » la **définition de marché qui lui permettrait d'imposer que les opérateurs virtuels puissent proposer une offre globale au niveau du détail.**

B. Des conclusions hâtives et surprenantes sur les « *liens informels entre les trois opérateurs de réseau* »

La jurisprudence n'exige effectivement plus aujourd'hui, pour caractériser l'existence d'une position dominante collective, que les liens entre les opérateurs soient structurels.

En effet, des liens simplement économiques ou contractuels peuvent suffire³⁸. Toutefois, ni la Commission européenne, ni le Tribunal de Première Instance des Communautés européennes, ni la Cour de Justice des Communautés européennes, ni le Conseil de la concurrence, la Cour d'Appel de Paris ou la Cour de Cassation, n'ont osé affirmer, contrairement à ce que suggère l'ART³⁹ que la simple appartenance à deux associations,

³⁸ Affaires C-395/96 et C-396/96, Compagnie maritime belge [2000], Recueil, I-1365, § 44 et 45

³⁹ document de consultation, p. 76

S

l'AFOM et SMS+, constitue le type de liens permettant de caractériser une position dominante collective.

Une telle assertion relève du pur procès d'intention, en suggérant que ces deux associations, ayant un objet non seulement licite mais favorisant aussi le progrès économique, et qui sont des interlocuteurs réguliers de l'ART, pourraient constituer un facteur de collusion tacite entre opérateurs.

Une telle assertion est de plus incompréhensible et peu cohérente. On ne voit pas en quoi la création et le fonctionnement d'associations qui ne sont en rien critiquables favoriseraient une collusion tacite, et le passage consacré à ce sujet dans le document de consultation publique n'aide pas à le comprendre ! Sauf à considérer que, dès lors que les membres d'un oligopole forment une association, ce seul fait constitue un critère de création d'une position dominante collective.

Faut-il rappeler à l'ART que la liberté d'association est un principe fondamental reconnu par les lois de la République, c'est-à-dire un principe à valeur constitutionnelle, comme l'a rappelé le Conseil Constitutionnel en 1971 ?

Cette affirmation de l'ART sur l'appartenance de SFR à l'AFOM et à SMS+ caractérise par ailleurs un manque de transparence contraire à l'obligation qui pèse sur l'ART. En effet, il ne suffit pas de dire que SFR appartient à ces associations à objet parfaitement licite ; il aurait aussi fallu démontrer que cette appartenance conduira SFR, ou l'incitera, à adopter un comportement de collusion tacite sur le marché de gros entre 2005 et 2007. Naturellement, cette démonstration impossible n'est pas faite.

C. Une définition ex-nihilo, partielle, approximative et non motivée de la notion de position dominante collective

Cette partie a été rédigée par **Monsieur David Spector**, Economiste, Chercheur au CNRS.

Selon l'ART, « *Orange France, SFR et Bouygues Telecom exercent une influence significative conjointe sur la période considérée 2005 – 2007 sur le marché de gros d'accès et du départ d'appel à partir des réseaux mobiles métropolitains.* »⁴⁰ L'ART considère en effet que la situation du marché de gros est « *propice à l'adoption d'une stratégie commune* » consistant à « *conserver le marché de détail fermé à tout nouveau concurrent significatif*, » c'est-à-dire à ne pas signer d'accord d'hébergement d'un MVNO « significatif ».

L'ART affirme fonder son analyse sur la jurisprudence *Airtours* du Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes. Cependant, un examen détaillé révèle le caractère approximatif de cette analyse, qui contient des erreurs fondamentales sur plusieurs points importants.

Premièrement, la discussion par l'ART des incitations qu'auraient éventuellement les trois opérateurs de réseau titulaires de licences GSM et UMTS (Orange, SFR, et Bouygues Télécom) à ne pas signer d'accord avec un MVNO « significatif » ne distingue pas clairement

⁴⁰ Consultation publique sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public, p. 79.

entre les incitations unilatérales de chaque opérateur et les incitations collectives (partie II ci-dessous). Ce n'est que lorsque les incitations unilatérales diffèrent des incitations collectives que la question de la possibilité de comportements coordonnés se pose. Or il apparaît que les arguments présentés par l'ART ressortent davantage d'une analyse des incitations unilatérales que d'un examen des incitations à adopter un comportement coordonné différent de la somme des comportements unilatéraux, de telle sorte que l'incitation des opérateurs à adopter un comportement coordonné sur le marché de gros n'est aucunement établie.

Deuxièmement, la description par l'ART du mécanisme de représailles qui permettrait de « discipliner » un opérateur qui dévierait de l'hypothétique comportement collusoire consistant à ne pas accueillir de MVNO significatif repose sur plusieurs erreurs (partie III). Tout d'abord, l'ART omet de vérifier si le mécanisme de représailles envisagé est crédible, c'est-à-dire si, une fois survenue une déviation par rapport à l'hypothétique accord tacite consistant à ne pas accueillir de MVNO « significatif », il serait dans l'intérêt des opérateurs d'exercer des représailles à l'encontre de celui d'entre eux qui aurait accueilli un MVNO « significatif ». Or l'examen du fonctionnement du marché, à la fois sur le plan contractuel et technique, révèle que la décision d'accueillir un ou plusieurs MVNO « significatifs » revêt un caractère quasiment irréversible. Cette quasi-irréversibilité empêche tout mécanisme de représailles crédible. De plus, l'affirmation selon laquelle le mécanisme de représailles envisagé serait efficace et peu coûteux à mettre en œuvre repose sur des erreurs factuelles et des contradictions internes (notamment en ce qui concerne l'ampleur des coûts fixes, le degré de pression concurrentielle exercé par les MVNO, et la durée des contrats d'accueil de MVNO).

Enfin, l'ART omet de considérer le problème de la définition d'un point focal, pourtant indispensable pour définir tacitement une ligne d'action commune. Or l'évolution récente du marché de gros rend difficile la définition d'un point focal (partie IV).

1. L'ART ne démontre pas que les trois opérateurs de réseau pourraient avoir intérêt à adopter un comportement coordonné

Pour qu'un risque de collusion tacite existe sur un marché, il faut que l'intérêt individuel d'une entreprise, indépendamment de considérations stratégiques, diffère de son intérêt envisagé du point de vue stratégique, c'est-à-dire en tenant compte de l'impact de ses propres actions sur celles de ses concurrents. Par exemple, si un équilibre collusoire conduit à des prix élevés, c'est parce qu'il existe une divergence entre l'intérêt individuel « non stratégique » d'une entreprise (baisser les prix pour augmenter sa part de marché, en supposant que les concurrents ne baisseront pas les leurs) et son intérêt stratégique (ne pas baisser les prix pour que les concurrents ne baissent pas les leurs en réaction). De même, un comportement coordonné consistant à ne pas signer de contrats avec un certain type de nouvel entrant (en l'espèce, un MVNO « significatif ») n'a de sens que s'il existe une divergence entre l'intérêt individuel d'une entreprise (signer un tel contrat) et son intérêt envisagé d'un point de vue stratégique (ne pas signer de contrat avec un MVNO « significatif » pour éviter de basculer dans un nouvel équilibre dans lequel les autres opérateurs signeraient également de tels contrats).

La démonstration de la possibilité de comportements de collusion tacite exige donc, en premier lieu, la démonstration d'une divergence significative entre l'intérêt individuel des entreprises, hors de toute considération stratégique liée à l'impact du comportement d'une entreprise sur celui de ses concurrents, et l'intérêt collectif des entreprises. A cet égard, la démonstration présentée par l'ART n'est pas convaincante.

Selon l'ART, « *l'incitation (hors prise en compte des interactions stratégiques), pour un opérateur de réseau, à signer un accord de gros avec un MVNO significatif est d'autant plus forte que :*

- *la concurrence est déjà intense au niveau du détail ;*
- *l'opérateur hôte a des capacités disponibles et serait moins victime de cannibalisation que ses concurrents, conditions qui peuvent notamment être remplies par un opérateur de réseau « challenger » disposant d'une part de marché moins importante que ses concurrents (néanmoins ce type d'acteur, adressant une clientèle potentiellement plus sensible au prix, peut subir plus directement la concurrence d'un MVNO).*

[...]

Dans ce contexte, les opérateurs leaders Orange France et SFR n'ont manifestement aucun intérêt à signer d'accord avec un MVNO significatif, ainsi que l'illustre l'examen précédent des contrats signés avec Omer Telecom et Debitel. En revanche, Bouygues Telecom a sans doute davantage de capacités disponibles. Sa part de marché est également moins élevée que ses concurrents. Toutefois, cet opérateur, qui propose des prix plutôt moins élevés qu'Orange France et SFR, pourrait subir plus directement la concurrence d'un MVNO. Autrement dit, dans la perspective d'une ouverture du marché de gros, Bouygues Telecom serait vraisemblablement l'opérateur qui aurait le plus d'intérêt à accueillir des MVNO sur son réseau ; cependant, dans un contexte où une telle ouverture n'a pas lieu, il partage le même intérêt que les deux autres opérateurs à conserver le marché de détail fermé à tout nouveau concurrent significatif. »⁴¹

Ces affirmations ne démontrent aucunement l'existence d'une divergence entre l'intérêt individuel, non stratégique, des opérateurs, et un hypothétique intérêt collectif sur le marché de gros. En effet, selon l'ART :

- ni Orange France ni SFR n'a intérêt à accueillir un MVNO « significatif », parce que le MVNO accueilli « cannibaliserait » une partie de la clientèle de l'opérateur hôte, et ce indépendamment de considérations stratégiques liées au comportement des autres opérateurs. L'ART affirme donc que pour Orange France et SFR il n'y a pas de divergence entre l'intérêt individuel (envisagé hors de toute considération stratégique) et l'intérêt collectif des opérateurs.
- En ce qui concerne Bouygues Telecom, l'analyse de l'ART est plus ambiguë, en raison de l'effet opposé de deux éléments : d'une part, la faible part de marché de cet opérateur diminuerait le risque de « cannibalisation » et augmenterait l'incitation de Bouygues Telecom à accueillir un ou plusieurs MVNO ; mais d'autre part le positionnement commercial de cet opérateur l'exposerait davantage au risque de cannibalisation.
- Deux cas sont donc à considérer, selon que Bouygues Telecom a en effet une incitation individuelle (hors de toute considération stratégique) à accueillir un ou plusieurs MVNO « significatifs ».
 - Si Bouygues Telecom n'a pas plus intérêt que les deux autres opérateurs de réseau à accueillir un MVNO significatif (parce que « *cet opérateur, qui propose des prix plutôt moins élevés qu'Orange France et SFR, pourrait subir plus directement la concurrence d'un MVNO* »), cela signifie qu'aucun opérateur n'a intérêt *individuellement* à en accueillir, et ce indépendamment

⁴¹ Consultation, p. 71

de toute considération stratégique. Dans ce cas, il n'existerait aucune divergence entre intérêt individuel non stratégique et intérêt collectif, pour aucun des trois opérateurs, ce qui impliquerait qu'un comportement coordonné n'aurait tout simplement aucun objet, et que par conséquent une position dominante collective ne peut pas exister sur le marché de gros.⁴²

- L'existence d'une incitation à coordonner les comportements sur le marché de gros suppose donc qu'il existe une divergence entre l'intérêt individuel, non stratégique, de Bouygues Telecom (qui devrait le conduire à accueillir un ou plusieurs MVNO significatifs), et l'intérêt stratégique qu'aurait cet opérateur à « *conserver le marché de détail fermé à tout nouveau concurrent significatif.* » Cette divergence ne peut provenir que du risque (du point de vue de Bouygues Telecom) de voir des opérateurs de réseau concurrents accueillir des MVNO « significatifs ». En l'absence d'un tel risque, la question d'un comportement coordonné ne se poserait même pas.

En d'autres termes, la possibilité d'une divergence entre intérêt individuel et collectif des entreprises repose exclusivement, selon l'ART, sur le cas de Bouygues Telecom. L'ART semble hésiter entre deux thèses. Selon la première, Bouygues Telecom n'aurait, en raison des risques de cannibalisation, aucun intérêt unilatéral à accueillir un MVNO « significatif » (indépendamment des réactions des concurrents), auquel cas un comportement coordonné serait sans objet. Selon la seconde, une différence existerait entre l'intérêt unilatéral de Bouygues Telecom indépendamment de considérations stratégiques relatives au comportement des autres opérateurs, et son intérêt tenant compte de telles considérations.

Force est donc de constater qu'aux termes mêmes de l'analyse présentée dans la consultation, l'intérêt que pourraient trouver les opérateurs à coordonner leurs stratégies (indépendamment de la question de la possibilité d'une coordination) n'est pas démontré, puisque l'ART semble hésiter entre deux thèses, dont l'une exclut toute divergence entre intérêt individuel et collectif des entreprises, et implique donc que la coordination n'aurait aucun objet.

2. L'analyse par l'ART du rôle et du fonctionnement des mécanismes de représailles est erronée

a) Principes fondamentaux

Un comportement coordonné n'est soutenable que si chaque entreprise sait que toute déviation par rapport à la ligne de conduite commune sera punie de manière efficace. Comme l'écrit la Commission européenne dans les *Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises*, « *la coordination ne peut être durable que si les conséquences qu'entraînent les éventuels écarts sont suffisamment sévères pour convaincre les entreprises participant à cette coordination qu'il y va de leur intérêt d'en respecter les modalités*⁴³. »

⁴² Il est possible que l'incitation individuelle à accueillir des MVNO ait changé au cours du temps, dans la mesure où l'arrivée de l'UMTS fournit aux opérateurs de réseau des capacités disponibles à coût marginal nul.

⁴³ Point 52.

Par ailleurs, « *la crédibilité d'un mécanisme de dissuasion dépend de l'incitation des autres entreprises participant à la coordination à exercer ou non des représailles*⁴⁴. » L'ART relève d'ailleurs elle aussi l'importance de la crédibilité du mécanisme de représailles.⁴⁵ Or un mécanisme de représailles n'est crédible que si, une fois survenue la « déviation » d'une entreprise par rapport à l'hypothétique accord tacite, il est économiquement rationnel pour les concurrents de l'entreprise « déviante » de mettre en œuvre les représailles. Ceci suppose que le bénéfice attendu de ces représailles à long terme (faire « rentrer dans le rang » l'entreprise déviante et dissuader les autres entreprises de suivre son exemple à l'avenir) excède le coût à court terme induit par leur mise en œuvre. Nous montrons ci-dessous que :

- L'examen des caractéristiques contractuelles et technologiques du marché de gros indique que le mécanisme de représailles envisagé par l'ART ne serait pas crédible. En effet, la décision d'accueil d'un MVNO présente un caractère de quasi-irréversibilité contractuelle et technique, qui rendrait irrationnel l'exercice de représailles après la signature par un opérateur de réseau d'un accord consistant à accueillir un MVNO « significatif ». Cette quasi-irréversibilité implique que les mécanismes de représailles ne seraient pas crédibles.
- L'analyse par l'ART du coût que représenterait la mise en œuvre de telles représailles, et l'argument selon lequel elles pourraient empêcher un opérateur « hôte » de recouvrer ses coûts fixes, reposent sur (i) des contradictions internes et (ii) des erreurs relatives aux ordres de grandeur pertinents.

b) Rappel du raisonnement suivi par l'ART

L'ART décrit comme suit les mesures de rétorsion que mettraient en œuvre les opérateurs de réseau à l'encontre de celui d'entre eux qui, par hypothèse, aurait dévié de la stratégie commune en accueillant un ou plusieurs MVNO « significatifs » :

« En premier lieu, il est a priori à exclure que la rétorsion contre un opérateur hôte ayant dévié de la ligne d'action commune ait lieu sur le marché de gros. Il est en effet difficilement concevable que le fait d'offrir des conditions commerciales plus favorables à l'accueil d'un opérateur virtuel qu'un opérateur de réseau concurrent ayant accueilli un tel opérateur, avec pour objet de faire perdre à ce dernier son attractivité pour des opérateurs virtuels cherchant un réseau hôte, constitue une rétorsion crédible contre une déviation, eu égard :

- *aux effets secondaires d'un tel comportement sur le marché de détail (intensification de la concurrence par le MVNO),*
- *à la lourdeur de mise en œuvre du procédé (lancement d'un opérateur impossibilité de circonscrire les représailles à une seule période de jeu, etc.),*
- *au fait que le préjudice ainsi causé à l'opérateur hôte déviant est faible (pas de pertes de parts de marché, comme c'est le cas lorsque déviation et représailles ont lieu sur le même marché, mais uniquement une perte de chance d'accueillir un opérateur virtuel et une réputation d'attractivité moindre pour les opérateurs virtuels à venir).*

Il est donc plus vraisemblable que la rétorsion ait lieu sur le marché de détail où les opérateurs de réseau peuvent procéder à des changements de grille tarifaire relativement

⁴⁴ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, pt. 54.

⁴⁵ Consultation, pages 115 et 116.

rapidement (à cet égard, s'ils peuvent être tenus dans certains cas par des engagements auprès de leur client limitant cette marge de manœuvre, des contraintes identiques pèsent alors sur leurs concurrents).

Sur ce marché, il pourrait être envisagé, en deuxième lieu, que la rétorsion ait lieu contre l'opérateur hôte. Cette perspective reste cependant limitée. Comme cela a déjà été expliqué, les clients finaux sont souvent liés à leurs opérateurs pour des durées d'engagement assez longues. Par ailleurs, l'élasticité de la demande, c'est-à-dire la sensibilité des clients aux prix et leur propension à changer d'opérateur pour en choisir un autre aux prix plus bas, est sans doute plus faible sur le marché de détail mobile que sur d'autres marchés de détail. Ces éléments réduisent sans doute l'efficacité de mécanismes de représailles car l'opérateur les mettant en place n'est pas sûr d'attirer des clients (qui sont potentiellement ceux libres de tout engagement contractuel et ayant une sensibilité aux prix non négligeable) et de provoquer ainsi par cette captation de clients, et donc de volume, des pertes pour l'opérateur ayant dévié de la stratégie commune.

Ainsi, des représailles frontales contre un opérateur hôte ayant accueilli sur son réseau un opérateur virtuel demanderaient, pour être efficaces, un effort financier et commercial très important et pouvant être disproportionné relativement au résultat à obtenir. Il est plus probable que les rétorsions éventuelles portent, en troisième lieu, sur le marché de détail contre l'opérateur virtuel nouvellement lancé. Ainsi, il est vraisemblable que le lancement d'un opérateur virtuel sur un réseau hôte soit suivi d'une rétorsion ciblée contre cet opérateur virtuel, avec pour objet de rendre plus difficile son acquisition de clients. Une telle rétorsion paraît d'autant plus crédible qu'elle s'exercerait spécifiquement sur les offres de l'entrant virtuel, dans un cadre multi-marchés, et d'autant plus bénéfique pour les opérateurs de réseau concurrents qu'elle n'entraînerait qu'une cannibalisation partielle de leur propre clientèle, dans la mesure où, généralement, l'opérateur virtuel ne vise pas à conquérir exactement les mêmes segments de clientèle que les opérateurs de réseau, ou ne se positionne pas sur les mêmes offres.

Il convient d'ajouter que telles représailles, bien qu'exercées sur l'opérateur virtuel, disciplinent in fine l'opérateur hôte, qui ne peut récupérer les coûts fixes engendrés par l'accueil du MVNO du fait des adaptations techniques nécessaires, notamment en termes de système d'information, étant donné le faible trafic généré par ce dernier. »

c) La durée des contrats d'accueil et le caractère quasi-irréversible des investissements liés à l'accueil d'un MVNO rendrait totalement ineffectives les mesures de rétorsion

Les contrats d'accueil des MVNO portent souvent sur une durée très longue (9 ans dans le cas de l'accueil de Debitel par Cegetel). Cette caractéristique signifie qu'une fois signé un contrat d'accueil d'un MVNO « significatif » (c'est-à-dire d'un MVNO qui a les moyens et la volonté de ne pas rester cantonné dans une niche, mais d'atteindre une taille importante), cette décision est quasiment irréversible, au moins pendant la durée du contrat d'accueil. Des mesures de rétorsion visant l'opérateur hôte ne pourraient éventuellement le « discipliner » qu'à l'issue de cette période très longue. Par conséquent, l'intérêt qu'auraient les opérateurs concurrents à exercer des représailles à son encontre pour l'inciter à revenir sur sa « déviation » serait fortement diminué, puisqu'il serait fondé exclusivement sur l'anticipation de l'impact des représailles sur le marché futur, pour une période qui commencerait 9 ans après le déclenchement des représailles, et se terminerait lors de l'expiration des licences des opérateurs exerçant les représailles. Dans un contexte marqué par des évolutions technologiques incessantes et une grande incertitude sur ce que sera le

marché des services de téléphonie mobile à un horizon de 10 ou 15 ans, il serait particulièrement peu rationnel pour une entreprise de choisir une stratégie génératrice de pertes pendant une dizaine d'années, dans le but de modifier (avec une certaine probabilité) le jeu concurrentiel 10 ans plus tard. Comme le rappelle l'ART elle-même, citant Patrick Rey⁴⁶, la crédibilité d'un mécanisme de représailles dépend notamment de l'importance relative du court terme et du long terme pour les entreprises. Or, en matière de crédibilité des représailles, deux facteurs contribuent à augmenter le poids du court terme : (i) le fait que ce « court terme » est en réalité assez long, puisqu'il couvre la durée d'un contrat d'accueil, qui est de l'ordre de 9 ans si l'on se fonde sur les contrats existants ; et (ii) la très forte incertitude qui caractérise le secteur de la téléphonie mobile, et qui diminue la pertinence de stratégies à très long terme.⁴⁷

Cette quasi-irréversibilité contractuelle s'accompagne d'une quasi-irréversibilité technique. En effet, l'essentiel des coûts induits par l'accueil d'un (ou plusieurs) MVNO correspond à une adaptation du système d'information de l'opérateur hôte, comme le relève l'ART, ainsi qu'à des coûts de développement du réseau de cet opérateur. Ces coûts ne sont pas spécifiques à un MVNO particulier, et, pour l'essentiel, ne présentent pas de caractère récurrent : en dehors des nécessités de la maintenance et de la mise à jour régulière, l'essentiel de ces coûts est supporté une fois pour toutes avant l'accueil d'un MVNO, et les investissements correspondants peuvent être utilisés pour accueillir d'autres MVNO, avant ou après l'expiration du contrat liant l'opérateur hôte à ce MVNO particulier.

Cette observation a une conséquence directe. Comme l'écrivent les auteurs d'un rapport pour la Commission européenne sur l'analyse économique de la collusion tacite, « *when capacities stay in place for very long and demand is not growing too fast, the capacity choice of one firm affects the market for a very long time. In this context pre-emption phenomena may be particularly acute. Indeed, when capacity decisions are fully irreversible, a firm that deviates from a collusive conduct will impose a "fait accompli" on its competitors, who may have no choice left other than adapting themselves to this new situation. Investigating this aspect in the context of UPM/Kymmene (case COMP/M-2498), K.-U. Kuhn has shown that there is actually no scope for collusion when demand is constant over time and capacities do not depreciate*⁴⁸. »

En effet, une fois effectué l'investissement nécessaire pour accueillir un MVNO « significatif », les mesures de rétorsion, quelles qu'elles soient, ne peuvent avoir aucune prise sur le comportement de l'opérateur hôte. A supposer même qu'elles l'empêchent de jamais récupérer ses coûts fixes, il n'en reste pas moins qu'une fois ces investissements effectués, l'opérateur hôte ne subit plus de coûts fixes significatifs pour accueillir des MVNO supplémentaires ou reconduire, après expiration, le contrat du MVNO initialement accueilli. Ainsi, dans une perspective *ex post*, il a toujours intérêt à accueillir des MVNO, puisque le coût incrémental de cet accueil est quasi-nul.

⁴⁶ Consultation, p. 115

⁴⁷ On pourrait objecter que l'objectif d'un mécanisme de représailles ne consiste pas seulement à « discipliner » le déviant, mais aussi à dissuader les autres entreprises de l'imiter. Cette objection n'est pas convaincante, comme nous le montrons plus bas. En outre, il convient de remarquer que si le premier opérateur « déviant » signe un accord avec le MVNO le plus « significatif », voire avec deux MVNO « significatifs », l'impact concurrentiel sur le marché de détail serait important, de telle sorte que l'enjeu représenté par l'exercice de la dissuasion à l'égard des autres opérateurs serait vraisemblablement assez mineur. Cet argument est particulièrement pertinent si les opérateurs s'attendent avec une probabilité significative à voir émerger un petit nombre de MVNO atteignant une part de marché élevée, ce qui est plausible étant donné le précédent britannique : une fois que la première entreprise « déviante » a signé un contrat avec un ou deux MVNO « significatifs », l'enjeu concurrentiel a tout simplement disparu, au moins pendant la (longue) durée des contrats d'accueil. Mais cette hypothèse n'est pas nécessaire pour conclure à l'absence de crédibilité du mécanisme de représailles, comme il est montré plus bas.

⁴⁸ M. Ivaldi, B. Jullien, P. Rey, P. Seabright et J. Tirole, *The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, European Commission*, mars 2003 (p. 60-61).

L'impossibilité de contraindre le comportement d'un opérateur ayant déjà, d'une part, signé un contrat pour une durée longue, et d'autre part supporté les coûts fixes nécessaires à l'accueil de MVNO diminue très fortement l'incitation à exercer des mesures de rétorsion, nécessairement coûteuses, à l'encontre d'un tel opérateur. Même s'il pouvait être vrai qu'un opérateur a intérêt à menacer ses concurrents de telles mesures de rétorsion pour le dissuader *ex ante* d'effectuer les investissements nécessaires à l'accueil de MVNO, cette menace ne serait pas crédible car elle reviendrait à s'engager à adopter un comportement qui ne serait pas rationnel *ex post*. N'étant pas crédible, cette menace ne pourrait pas discipliner les opérateurs désireux d'accueillir un MVNO.

On pourrait, certes, affirmer que si un opérateur A a dévié et accueilli un MVNO, les représailles exercées à son encontre (par l'intermédiaire de représailles ciblées contre le MVNO sur le marché de détail) ne viseraient pas à discipliner l'opérateur A (ce qui serait impossible pour les raisons développées plus haut) mais à discipliner un autre opérateur, l'opérateur B, qui n'aurait pas encore engagé les investissements nécessaires à l'accueil de MVNO : ces représailles, exercées par l'opérateur C, viseraient à convaincre l'opérateur B du fait que, s'il décidait de supporter les coûts fixes nécessaires à l'accueil d'un MVNO, il s'exposerait à des représailles comparables à celles exercées à l'encontre de l'opérateur A et ne pourrait pas récupérer ses coûts fixes.

Mais cet argument est erroné, pour la même raison que celle développée plus haut : la menace visant l'opérateur B ne serait pas crédible car les mesures de rétorsion ne seraient pas rationnelles *ex post* pour l'opérateur C. Dans le cadre d'un marché caractérisé par trois opérateurs de réseau, l'opérateur C n'aurait en effet aucun intérêt à exercer des représailles coûteuses à l'encontre des opérateurs A et B si ceux-ci avaient tous deux accueilli des MVNO, puisqu'il serait alors trop tard pour contraindre le comportement concurrentiel de ces deux opérateurs sur le marché de gros : ayant déjà supporté leurs coûts fixes une fois pour toutes, ils seraient totalement insensibles aux mesures de rétorsion exercées par l'opérateur C.

Les menaces de ce dernier à l'encontre de l'opérateur B, à supposer que l'opérateur A a dévié auparavant en accueillant un MVNO, ne seraient donc pas crédibles. Mais dans la mesure où le renforcement de la crédibilité de ces menaces serait l'unique raison d'être des représailles exercées à l'encontre de l'opérateur A, celles-ci ne seraient pas non plus rationnelles.

Ainsi, le caractère non-récurrent des coûts fixes liés à l'accueil de MVNO rend impossible tout mécanisme de rétorsion crédible.

d) Le raisonnement de l'ART se caractérise par plusieurs contradictions internes

- ***Les contradictions relatives au niveau des coûts fixes***

Les mesures de rétorsion envisagées par l'ART ne seraient efficaces qu'à condition d'empêcher l'opérateur hôte de « *récupérer les coûts fixes engendrés par l'accueil du MVNO du fait des adaptations techniques nécessaires, notamment en termes de système d'information* : » sinon, elles ne provoqueraient aucune perte pour l'opérateur hôte. L'efficacité de ces mesures de rétorsion suppose donc que le niveau des coûts fixes spécifiquement induits par l'accueil d'un MVNO soit assez élevé.

Mais l'ART indique par ailleurs que « *sous l'hypothèse de capacités excédentaires, le revenu dégagé par ce biais constitue alors quasiment de la marge pure (autrement dit, il s'agit de « remplir le réseau »).* »⁴⁹ Cette affirmation signifie, quant à elle, que les coûts fixes dont la non-couverture est au cœur du mécanisme de rétorsion sont négligeables.

L'ART se contredit donc manifestement au sujet du niveau des coûts fixes induits par l'accueil d'un MVNO, qui jouent pourtant un rôle central dans l'analyse d'un hypothétique mécanisme de rétorsion.

- **Les contradictions relatives au risque de cannibalisation et au coût des mesures de rétorsion**

Selon l'ART, les mesures de rétorsion viseraient le MVNO sur le marché de détail mais ne provoqueraient « *qu'une cannibalisation partielle de [la] clientèle [des opérateurs de réseau].* »

Pourtant, l'ART explique par ailleurs que c'est à cause de la pression concurrentielle exercée par les MVNO sur les opérateurs de réseau que ceux-ci peuvent avoir un intérêt collectif à ne pas accueillir de MVNO « significatif » : « *l'introduction d'un nouvel acteur au détail peut induire, d'une part, une intensification de la concurrence et donc une baisse des marges au niveau du détail et, d'autre part, une « cannibalisation » de la part de marché des opérateurs déjà présents.* »⁵⁰

Ainsi, l'ART affirme d'une part que la pression concurrentielle exercée par des MVNO « significatifs » sur les opérateurs de réseau serait forte, à la fois en termes de prix et de volumes, pour expliquer que ces derniers ont intérêt à se coordonner et à empêcher l'entrée de tels MVNO.

Mais elle affirme d'autre part que cette pression concurrentielle serait faible (en raison de la différenciation entre l'offre des MVNO et celle des opérateurs de réseau), de telle sorte que des mesures de rétorsion qui prendraient la forme de baisses de prix « ciblées » sur les segments de clientèle visés par les MVNO n'exerceraient pas d'effet de contagion important sur les opérateurs de réseau qui se livreraient à ces mesures de rétorsion. Ces deux affirmations sont évidemment contradictoires.⁵¹

e) L'efficacité des mesures de rétorsion envisagées par l'ART repose sur des hypothèses erronées sur les coûts d'accueil d'un MVNO

L'efficacité des mesures de rétorsion envisagées par l'ART suppose que celles-ci empêchent l'opérateur hôte de « *recupérer les coûts fixes engendrés par l'accueil du MVNO du fait des adaptations techniques nécessaires, notamment en termes de système d'information* ». Mais l'ART ne fournit pas la moindre estimation du niveau des coûts fixes en question, alors même qu'il serait nécessaire que ce niveau soit très élevé pour que les mesures de rétorsion

⁴⁹ p. 70 de la consultation.

⁵⁰ p. 71.

⁵¹ Cette contradiction est liée au fait que la différenciation des produits a un effet ambigu sur la soutenabilité d'une entente tacite, puisqu'elle diminue à la fois le profit tiré d'une telle entente et le coût des mesures de représailles (cf. *The Economics of Tacit Collusion*, p. 47 : « *the impact of horizontal differentiation appears quite ambiguous.* »).

soient efficaces (par ailleurs, le caractère irréversible des investissements correspondants implique que ces mesures de rétorsion ne seraient de toutes façons par crédibles).

Les coûts fixes supportés par un opérateur de réseau désireux d'accueillir un ou plusieurs MVNO à grande échelle peut s'élever à plusieurs dizaines de millions d'euros.

Ce chiffre est à comparer aux ordres de grandeurs des flux financiers induits par l'activité d'un MVNO important. Cet ordre de grandeur peut être évalué de deux manières. Tout d'abord, il est possible de se référer au cas britannique : créé en nombre 1999, le principal MVNO, Virgin Mobile, a atteint en moins de cinq ans un chiffre d'affaires annuel voisin de 700 millions d'euros. Par ailleurs, l'affirmation précitée selon laquelle « *il y a de la place pour deux opérateurs virtuels touchant un large public, aussi gros ensemble que Bouygues Telecom* » fournit elle aussi un ordre de grandeur de référence. Le chiffre d'affaires de Bouygues Telecom était en 2003 d'environ 3,3 milliards d'euros, ce qui signifie qu'un MVNO « significatif » pourrait atteindre (en l'absence de mesures de rétorsion) un chiffre d'affaires d'un ordre de grandeur voisin de 1 milliard d'euros (il faut en effet non seulement diviser par 2 le chiffre d'affaires de Bouygues Telecom pour tenir compte de la possibilité de voir deux MVNO atteindre ensemble la même taille que cet opérateur, mais aussi tenir compte du fait que les MVNO généralistes viseront sans doute des segments de clientèle générant des ARPU moins importants).

Ainsi, l'ordre de grandeur du chiffre d'affaires pourrait atteindre un MVNO, cumulé sur la durée d'un contrat d'accueil supposée (par référence au contrat d'accueil de Debitel par Cegetel) pourrait être compris entre 5 et 10 milliards d'euros. Même si l'on tient compte du fait que les paiements du MVNO à son hôte représenteraient une somme inférieure au chiffre d'affaires réalisé par le MVNO, il n'en reste par moins que l'ordre de grandeur pertinent, cumulé sur la durée du contrat d'accueil, se chiffrerait en milliards d'euros pour un MVNO « significatif » non entravé par les mesures de rétorsion envisagées par l'ART. Pour que celles-ci empêchent l'opérateur hôte de couvrir des coûts fixes se montant à quelques dizaines de millions d'euros, il ne suffirait pas qu'elles « *rend[ent] plus difficile [l']acquisition de clients* » par le MVNO. Il faudrait qu'elles conduisent le MVNO à atteindre une taille qui ne représenterait que quelques pour cents de son objectif initial. Il va de soi que cela revient à supposer que les représailles auraient une efficacité extraordinaire. En outre, pour conduire un MVNO qui vise plusieurs millions de clients à n'en attirer que quelques dizaines de milliers, malgré des prix bas et une campagne de marketing significative (probable de la part d'un MVNO ambitieux) il faudrait que les opérateurs exerçant les représailles signent des contrats à très bas prix avec plusieurs millions de clients visés par ailleurs par un MVNO généraliste. Il est évident que de telles mesures de représailles, si jamais elles pouvaient atteindre une telle efficacité (ce qui paraît douteux) seraient extrêmement coûteuses. En particulier, elles auraient un fort effet de « contagion » puisque les opérateurs exerçant les représailles seraient amenés à proposer des prix très bas au public « général ».

L'inefficacité probable des mesures de représailles envisagées par l'ART est renforcée par le fait que certains contrats d'accueil de MVNO comprennent des clauses de dégressivité. Ainsi, des mesures de rétorsion qui ferait baisser, par exemple, de 80% le volume d'activité d'un MVNO, ne feraient pas baisser d'autant les recettes de l'opérateur hôte.

Par conséquent (et indépendamment de la présence d'un mécanisme de dégressivité, qui n'est pas essentielle pour le raisonnement développé ci-dessus), le mécanisme par lequel les mesures de rétorsion seraient susceptibles d'atteindre leur but – en empêchant l'opérateur hôte de récupérer ses coûts fixes – n'est pas compatible avec l'ampleur des coûts et des recettes en cause.

f) La durée des contrats d'accueil de MVNO rendrait les mesures de rétorsion très coûteuses

Enfin, les mesures de rétorsion, pour avoir une chance d'atteindre leur but consistant à empêcher l'opérateur hôte de récupérer ses coûts fixes, devraient durer aussi longtemps que le contrat qui lierait le MVNO à son hôte – sinon, comme il apparaît clairement à la lumière des chiffres illustratifs qui précèdent, ce dernier pourrait facilement récupérer ses coûts fixes au cours des dernières années du contrat qui le lie au MVNO qu'il héberge. Cette durée, souvent très longue augmenterait encore le coût des mesures de rétorsion.

La crédibilité de ces dernières serait donc amoindrie, ce qui diminuerait leur caractère dissuasif.

3. L'analyse de l'ART est incompatible avec l'évolution récente du marché de gros en France

a) L'accueil de MVNO en 2004 rendrait difficile la coordination des opérateurs sur un point focal

La collusion tacite nécessite l'accord tacite sur un comportement commun clairement défini. Le comportement commun en question, selon l'ART, consiste à ne pas accueillir de MVNO « significatif ». Mais une telle définition est vague. Il est clair que si un accord tacite existait, il ne consisterait pas à ne pas accueillir de MVNO, puisque, au contraire, chacun des trois opérateurs a déjà signé un accord avec un MVNO⁵². Un accord tacite consistant à ne pas accueillir de MVNO « significatif » mais à autoriser l'accueil de MVNO « de niche » serait pourtant particulièrement difficile à mettre en œuvre en raison du caractère imprécis de cette distinction. La frontière entre opérateur de niche et opérateur significatif est en effet d'autant moins claire que l'activité des MVNO est récente, que plusieurs des acteurs généralement considérés comme potentiellement importants sont extérieurs au monde des télécommunications (comme par exemple les entreprises issues du secteur des médias ou de la distribution), ce qui signifie que les appréciations relatives à leurs perspectives de développement dans le secteur de la téléphonie mobile peuvent diverger. Or de telles divergences compliquent la définition d'un MVNO « significatif » et d'un point focal correspondant.

Cette impossibilité de définir un point focal simple, qui supposerait des critères clairs permettant de distinguer les MVNO « significatifs » des MVNO « de niche », suffirait, à elle seule, à rendre difficile un comportement coordonné.

Cette observation rencontre d'ailleurs l'analyse faite dans le rapport *The Economics of Tacit Collusion* de l'importance de l'existence d'un point focal pour que la collusion tacite soit possible : dans un passage relatif au lien entre collusion et nombre de concurrents, les auteurs de cette étude écrivent : « *First, coordination is more difficult, the larger the number of parties involved, in particular when coordination is only based on a tacit common understanding of the market conducts underlying the sustainability of collusion. For example, identifying a "focal point", in terms of prices and market shares, may become less and less obvious, particularly when firms are not symmetric.* »⁵³ Ce passage indique bien l'importance, pour l'existence d'une stratégie de collusion tacite, de l'existence de points focaux clairs et simples.

⁵² Consultation de l'ART, p. 40.

⁵³ *The Economics of Tacit Collusion*, p. 12

b) Les investissements liés à l'accueil de MVNO ont pour l'essentiel été déjà accomplis

Ayant déjà accueilli des MVNO, même si l'activité de ces derniers s'exerce (pour l'instant) à une échelle modeste, les trois opérateurs ont déjà supporté une partie des coûts fixes nécessaires à cet accueil. Dans un contexte marqué par des rumeurs de négociations entre opérateurs de réseau et MVNO « significatifs » (comme Tele2), il est probable que certains opérateurs de réseau ont déjà engagé, ou sont en train d'engager, les investissements permettant l'accueil de MVNO exerçant une activité importante.

Les coûts fixes d'accueil d'un MVNO ayant déjà été supportés, au moins pour une part, les stratégies de rétorsion envisagées par l'ART, qui consistent à menacer un opérateur de représailles qui l'empêcheraient de récupérer ces coûts fixes, seraient dépourvues d'objet.

Conclusion

En conclusion, il apparaît que l'affirmation par l'ART de l'existence d'une position dominante collective sur le marché de gros est erronée pour les raisons suivantes :

- l'ART ne démontre pas quel objet pourrait avoir la coordination, puisqu'elle ne montre pas quelle pourrait être la divergence entre l'intérêt individuel d'un opérateur et l'intérêt collectif.
- Les mesures de rétorsion envisagées par l'ART ne seraient ni crédibles ni efficaces en raison (i) du caractère quasi-irréversible des investissements liés à l'accueil de MVNO ; (ii) du niveau modéré des coûts correspondants ; (iii) de la durée des contrats d'accueil de MVNO. En outre, l'argumentation présentée par l'ART pour affirmer que ces mesures de rétorsion seraient efficaces et peu coûteuses à mettre en œuvre repose sur des hypothèses contradictoires sur le niveau des coûts fixes et sur le degré de pression concurrentielle exercé par les MVNO sur les opérateurs de réseau.
- Les comportements coordonnés envisagés par l'ART nécessiteraient la définition d'un point focal particulièrement difficile à appréhender en raison de l'hétérogénéité des MVNO potentiels et du fait que des contrats d'accueil de MVNO ont déjà été signés par les trois opérateurs de réseau en France.