

CONSULTATION PUBLIQUE DE L'ARCEP RELATIVE À L'ANALYSE DU MARCHÉ DE GROS DE LA TA SMS SUR LES RÉSEAUX MOBILES

RÉPONSE ORANGE FRANCE

SYNTHÈSE	3
1. UNE APPROCHE CONTRAIRE AUX OBJECTIFS DU NOUVEAU CADRE EUROPÉEN	5
1.1. UNE DÉMARCHE EN CONTRADICTION AVEC LE PRINCIPE D'HARMONISATION... ..	5
1.2. ... ET AVEC LES ÉVOLUTIONS DE CE CADRE DANS UNE PERSPECTIVE DYNAMIQUE VERS LA PLEINE CONCURRENCE.....	6
1.3. UNE MÉTHODOLOGIE APPROXIMATIVE POUR DÉFENDRE UNE EXTENSION DE L'INTERVENTION RÉGLEMENTAIRE AUX SERVICES SMS	7
1.3.1. <i>Absence de vision prospective</i>	7
1.3.2. <i>Non respect des étapes de l'analyse de marché.....</i>	7
1.3.3. <i>Des analyses sommaires</i>	9
1.3.4. <i>Des comparaisons non pertinentes.....</i>	9
1.4. DES ERREURS OU DES INEXACTITUDES	10
2. UNE ANALYSE CONTESTABLE DES ACTEURS ET DES PRESTATIONS EN PRÉSENCE.....	11
2.1. DES PRESTATIONS TECHNIQUES DE NATURE DIFFÉRENTE	11
2.1.1. <i>Inter-fonctionnement entre opérateurs mobiles.....</i>	11
2.1.2. <i>Interopérabilité entre un acteur du monde Internet et un opérateur mobile</i>	12
2.1.3. <i>Interopérabilité avec un opérateur de téléphonie fixe</i>	12
2.2. UN PROBLÈME FONDAMENTAL : LA NATURE DES ACTEURS ET DE LEURS RELATIONS	13
2.2.1. <i>Statut juridique des acteurs en présence.....</i>	13
2.2.2. <i>Qualification juridique des prestations en question.....</i>	14
2.2.3. <i>La convergence des services.....</i>	15
3. LA DÉFINITION D'UN MARCHÉ DE LA TERMINAISON SMS À DES FINS DE RÉGULATION EX ANTE N'EST PAS PERTINENTE	16
3.1. IL N'Y A PAS DE MARCHÉ SÉPARÉ DES SMS	17
3.1.1. <i>L'offre mobile est un bien système</i>	17
3.1.2. <i>Substituabilité du côté de la demande.....</i>	18
3.1.2.1. Entre un message texte envoyé vers un mobile par un message texte envoyé vers un terminal fixe ou vers une messagerie Internet	18
3.1.2.2. Entre un message texte envoyé vers un mobile et un appel vocal	18
3.1.2.3. Entre un message texte SMS envoyé par un mobile et un autre service de messagerie mobile	19
3.1.3. <i>Substituabilité du côté de l'offre</i>	19

3.2.	L'ANALYSE D'ORANGE FRANCE CONCERNANT LES SERVICES DE MESSAGERIE MOBILE	20
3.2.1.	<i>Un pré-requis fondamental : la disponibilité de terminaux aux fonctionnalités avancées</i>	20
3.2.2.	<i>Les services de messagerie mobile : solutions actuelles et perspectives</i>	21
3.2.2.1.	Des stades d'évolution différents	21
3.2.2.2.	Tarification	21
3.2.2.3.	Ergonomie des services	23
3.2.2.3.1.	Pour l'envoi des messages	23
3.2.2.3.2.	Pour la réception des messages	24
3.2.3.	<i>Une analyse partagée par les experts</i>	26
3.3.	IL N'Y A PAS DE PROBLÈME CONCURRENTIEL SUR CES SERVICES	30
3.3.1.	<i>L'analyse de l'Autorité</i>	30
3.3.2.	<i>Les tarifs de détail des SMS en France</i>	31
3.3.3.	<i>La comparaison avec d'autres pays de l'Union européenne</i>	32
3.3.4.	<i>Une analyse non prospective</i>	35
3.3.5.	<i>Les pratiques de différenciation tarifaire</i>	36
3.3.6.	<i>Un frein au développement d'offres alternatives des FAI ou des opérateurs fixes : une appréciation erronée</i>	37
3.3.6.1.	En France	37
3.3.6.2.	En Europe et dans le monde	38
3.4.	LES TROIS CRITÈRES LISTÉS PAR LA COMMISSION NE SONT PAS VÉRIFIÉS, NOTAMMENT CONCERNANT LA NON EFFICACITÉ RELATIVE DU DROIT DE LA CONCURRENCE	39
3.4.1.	<i>Sur l'existence de barrières à l'entrée et d'entraves au développement de la concurrence</i>	39
3.4.2.	<i>Sur l'absence d'évolution possible vers une situation de concurrence effective</i>	39
3.4.3.	<i>Sur l'efficacité relative du droit de la concurrence et l'utilité d'une régulation ex ante complémentaire</i>	39
3.5.	PUISSANCE SUR LE MARCHÉ DE GROS	40
4.	DES OBLIGATIONS NON JUSTIFIÉES AUX CONSÉQUENCES NÉFASTES POUR LES CONSOMMATEURS	42
4.1.	LES DANGERS D'UNE RÉGULATION DES SMS	42
4.2.	A PROPOS DES OBLIGATIONS ENVISAGÉES PAR L'ARCEP	43
4.2.1.	<i>Des incertitudes sur le périmètre d'imposition des obligations</i>	43
4.2.2.	<i>L'imposition non justifiée et disproportionnée de la totalité de l'arsenal des obligations réglementaires</i>	43
4.2.3.	<i>Des obligations d'accès et d'interconnexion très larges</i>	44
4.3.	DES OBLIGATIONS DE NON-DISCRIMINATION ET DE TRANSPARENCE NON JUSTIFIÉES	45
4.4.	UNE OBLIGATION DE CONTRÔLE TARIFAIRE INJUSTIFIÉE, NON PROPORTIONNÉE ET ENTRAÎNANT DE FORTS RISQUES DE SPAM	45
4.5.	DES OBLIGATIONS COMPTABLES NON PERTINENTES	46

Synthèse

Dans le cadre de la procédure d'analyse des marchés pertinent, introduite par le nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques, l'ARCEP a publié le 24 octobre dernier un document de consultation concernant son analyse d'un nouveau marché pertinent, le marché de gros de la terminaison SMS sur les réseaux mobiles. A travers le présent document, Orange France souhaite apporter ses commentaires sur l'analyse de l'Autorité, qu'elle trouve particulièrement préoccupante à plusieurs titres et avec laquelle elle est en désaccord.

Tout d'abord parce que la démarche actuelle de l'ARCEP qui, à travers la définition d'un nouveau marché pertinent des SMS non identifié par la Commission ou par un autre régulateur européen, contribue à étendre la régulation sectorielle par rapport à une technologie en particulier, ne semble pas conforme aux évolutions du cadre réglementaire au niveau européen.

En effet, le cadre sectoriel européen s'attache, après une phase d'ouverture à la concurrence, à garantir les conditions de réalisation de la pleine concurrence et du marché intérieur. Dans ce contexte, il prend en compte la progression de la concurrence en se rapprochant des principes du droit commun et défend une approche de la régulation sectorielle plus souple et adaptée aux situations nationales rencontrées, en réaffirmant le principe selon lequel toute régulation ex ante ne doit être imposée que lorsqu'elle est strictement nécessaire, justifiée et proportionnée aux obstacles concurrentiels éventuels. Dans la perspective de la construction d'un marché intérieur pleinement concurrentiel, il réaffirme également la nécessité d'une harmonisation dans l'Union. Ces principes ne semblent pas être respectés par l'Autorité dans son analyse.

Ensuite du fait des manquements au respect de la méthodologie d'analyse des marchés détaillée par la Commission dans ses lignes directrices, de l'absence de vision prospective et du caractère sommaire de l'analyse de l'Autorité, tout particulièrement s'agissant d'un marché non retenu par la recommandation européenne. De telles lacunes conduisent à s'interroger sur l'impartialité de cette analyse, qui semble justifier l'intervention réglementaire sur la « terminaison d'appel SMS » par analogie avec la terminaison d'appel vocal.

Par ailleurs, Orange France réfute les orientations retenues par l'Autorité concernant la qualification juridique des acteurs et des prestations en présence et estime au contraire que dans la plupart des cas, un agrégateur ou un fournisseur d'accès à Internet ne sont pas des opérateurs de réseau de communications électroniques ouvert au public ; ainsi, les relations entre un opérateur mobile et un agrégateur ou un fournisseur d'accès ne peuvent pas relever de l'interconnexion.

Sur le fond, Orange France estime qu'il n'est pas pertinent de définir un marché pertinent des SMS à des fins de régulation ex ante.

En effet, l'analyse descriptive de la demande et de l'offre sur le marché de détail, première étape de l'analyse de marché, ne permet pas d'isoler un marché des SMS : les services mobiles sont perçus par les consommateurs comme un bien système articulé autour des usages de communications personnelles, l'ensemble des services mobiles (accès et départ d'appel vocal, terminaison d'appel vocal, messagerie vocale, SMS, MMS, services à valeur ajoutée), et même le terminal, en France, étant à la fois partiellement complémentaires et partiellement substituables.

En se penchant de plus près sur les usages clients liés au SMS, notamment sur le service d'échange de messages interpersonnels en mode asynchrone en situation de mobilité, on peut constater que les SMS, les MMS, les emails sur mobile et les messages instantanés remplissent tous cet office. Si ces divers supports n'en sont pas au même stade de développement et ne se présentent pas exactement sous la même forme à l'heure actuelle, les évolutions attendues dans les années à venir vont dans le sens d'une très forte homogénéisation de ces services de messagerie mobile, avec une ergonomie de plus en plus proche sur des terminaux multimedia aux fonctionnalités avancées de

plus en plus répandus auprès des clients mobiles. Diverses études confirment cette substituabilité et la pertinence de s'attacher plutôt à l'identification d'un segment des services de messagerie sur les mobiles, au sein d'un éventuel marché plus large des services de transmission de données sur les mobiles, eux-mêmes faisant partie du marché plus large des services mobiles.

En outre, Orange France estime que la situation actuelle sur le marché de détail mobile et sur les services SMS en particulier témoigne d'un fort dynamisme et qu'il n'y a pas de problème concurrentiel spécifique.

Les opérateurs de réseaux mobiles, ainsi que les opérateurs virtuels nouvellement entrés sur le marché, proposent ainsi aux consommateurs des offres variées, tant sur le plan des formules (SMS à l'unité, forfaits) que sur le plan des tarifs (plusieurs opérateurs proposent des SMS au prix unitaire de 9 centimes d'euros ; à travers certains forfaits, ce tarif peut descendre jusqu'à 7 centimes d'euros par message). La croissance toujours très élevée du trafic SMS vient confirmer le succès et le dynamisme de ce service, qui tire derrière lui le développement des autres services de messagerie mobile, comme l'Autorité le constate elle-même dans son analyse.

La comparaison avec d'autres pays de l'Union européenne met d'ailleurs en évidence le fait que la France se situe dans le bas des fourchettes des prix de détail des SMS. De plus, si l'on se penche sur la situation dans des pays européens où les tarifs de détail des SMS sont très bas, on s'aperçoit qu'elle n'est pas forcément au meilleur avantage pour les consommateurs : au Danemark par exemple, les autres services de données mobiles marquent un retard dans leur développement.

Concernant les « services de SMS alternatifs » dont parle l'Autorité, c'est-à-dire des messages envoyés depuis Internet ou depuis le fixe vers un mobile, Orange France note que la situation française n'est pas un cas isolé en Europe, où de tels services ne sont pas très développés. Pour l'opérateur, la responsabilité d'une telle situation ne relève pas des acteurs mobiles : l'appétence des consommateurs pour de tels services reste à démontrer, les opérateurs fixes et les acteurs Internet étant les mieux à même de l'appréhender et d'y répondre avec des propositions de services adéquates.

Au final, Orange France estime que les trois critères listés dans la recommandation de la Commission sur les marchés pertinents qui auraient pu justifier le cas échéant une intervention ex ante (barrières à l'entrée, concurrence potentielle, efficacité relative du droit de la concurrence) ne sont pas remplis dans le cas présent.

Pour conclure, Orange France est particulièrement préoccupée par les nombreuses obligations que l'Autorité souhaite imposer aux opérateurs au terme de son analyse. Non seulement de telles obligations ne sont pas pertinentes eu égard à la situation concurrentielle sur le marché de détail mobile, mais elles pourraient en outre avoir des conséquences très négatives pour les clients mobiles, allant à l'encontre des objectifs de la régulation sectorielle.

Ainsi, au-delà de la perturbation du jeu de la concurrence par l'innovation et les risques d'inefficacité sur le marché de détail, une extension de la régulation aux services de terminaison de SMS risquerait de se traduire par la réduction des incitations à innover et à investir.

De plus, outre le fait que l'imposition de l'ensemble des obligations de l'arsenal réglementaire semble tout à fait injustifiée, du fait de l'absence de problèmes concurrentiels identifiés, le manque de clarté dans la formulation de ces obligations et dans leur périmètre pourrait être source d'une insécurité juridique fortement préjudiciable pour les opérateurs mobiles.

En particulier, l'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts, qui avec un niveau de 2,5 centimes d'Euros placerait la France au niveau le plus bas d'Europe, sans que cela corresponde à une quelconque spécificité de la situation française ni ne garantisse des prix de détail plus attractifs, est particulièrement injustifiée et disproportionnée.

Une telle obligation aurait en outre des conséquences dommageables pour les consommateurs du fait de la recrudescence du spam qui en découlerait : si aujourd'hui ces pratiques sont relativement limitées sur les mobiles, par rapport à l'univers Internet, il semble inéluctable que des acteurs peu scrupuleux exploitent une baisse drastique de la terminaison SMS pour intensifier leurs actions frauduleuses, comme des exemples européens en témoignent. Orange France s'étonne que l'Autorité écarte ce risque sans aucune justification et souhaite vivement que cette problématique soit dûment prise en compte.

1. Une approche contraire aux objectifs du nouveau cadre européen

Le nouveau cadre sectoriel européen s'attache, après une phase d'ouverture à la concurrence, à garantir les conditions de réalisation de la pleine concurrence et du marché intérieur. Dans ce contexte, le cadre réglementaire prend en compte la progression de la concurrence en se rapprochant des principes du droit commun et défend une approche de la régulation sectorielle plus souple et adaptée aux situations nationales rencontrées, en réaffirmant le principe selon lequel toute régulation ex ante ne doit être imposée que lorsqu'elle est strictement nécessaire, justifiée et proportionnée aux obstacles concurrentiels éventuels. Dans la perspective de la construction d'un marché intérieur pleinement concurrentiel, le nouveau cadre réaffirme la nécessité d'une harmonisation dans l'Union.

Comme Orange France le montrera ci-dessous, la présente analyse de marché concernant la terminaison SMS ignore ces différents objectifs européens.

1.1. Une démarche en contradiction avec le principe d'harmonisation...

L'harmonisation des cadres réglementaires des Etats membres concernant le secteur des communications électroniques est l'un des objectifs majeurs de l'action de l'Union Européenne, relayé notamment dans la Directive Cadre¹ :

« La présente directive crée un cadre harmonisé pour la réglementation des services de communications électroniques, des réseaux de communications électroniques et des ressources et services associés. » (Directive Cadre, Article premier, point 1).

Cet objectif découle lui-même des objectifs établis dans le Traité sur l'Union européenne², présents dès l'origine dans les textes fondateurs de la Communauté Economique Européenne :

*« La Communauté a pour mission, par **l'établissement d'un marché commun**, d'une Union économique et monétaire et par la mise en œuvre des politiques ou des actions communes visées aux articles 3 et 4, de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté un **développement harmonieux**, équilibré et durable des activités économiques, un niveau d'emploi et de protection sociale élevé, l'égalité entre les hommes et les femmes, une croissance durable et non inflationniste, un haut degré de compétitivité et de convergence des performances économiques, un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement, le relèvement du niveau et de la qualité de vie, la cohésion économique et sociale et la solidarité entre les Etats membres. »* (Article 2).

Avec l'établissement d'un marché pertinent national de la terminaison SMS, duquel l'ARCEP entend découler de nombreuses obligations en termes d'accès (sic) et d'interconnexion, marché qui n'a été identifié ni par la Commission, ni par les autres Autorités de Régulation Nationales, l'Autorité semble aller à contre-courant de l'harmonisation souhaitée au niveau européen. Au contraire, dans son exposé des motifs, la recommandation européenne exclut a priori les SMS des marchés susceptibles d'être régulés ex ante.

Si les textes européens prévoient la possibilité de définir un marché pertinent différent de ceux listés par la Commission européenne, ceci doit être justifié par des obstacles concurrentiels avérés, ce qui n'est pas le cas en France.

Aussi, Orange France se réjouit de l'existence de mécanismes de contrôle et notamment de la possibilité dont dispose la Commission, dans le cadre du mécanisme de notification des analyses de marché, de demander le cas échéant la révision du projet de mesure d'une autorité nationale, afin de garantir la sauvegarde d'un marché unique harmonisé³.

¹ Directive 2002/21 du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques

² Version consolidée du traité instituant l'Union européenne, Journal officiel n°C 325 du 24 décembre 2002

³ Directive Cadre, considérant 15 et article 7, point 4

1.2. ... et avec les évolutions de ce cadre dans une perspective dynamique vers la pleine concurrence

La révision du cadre réglementaire européen applicables aux communications électroniques, avec l'adoption du nouveau « paquet télécom » en 2002, vise notamment à une application plus large du droit commun de la concurrence par rapport à une régulation sectorielle ex ante. Cette philosophie est en particulier déclinée à travers le processus d'analyse des marchés pertinents, qui limite expressément toute régulation sectorielle aux cas où le droit commun de la concurrence n'est pas à même de régler les difficultés pouvant exister sur tel ou tel marché, au détriment des consommateurs finals. Une deuxième fondamentale de ce cadre réglementaire est le principe de neutralité technologique, qui vise à ne pas favoriser ou défavoriser une technologie par rapport à une autre.

Ainsi, l'analyse de l'ARCEP s'inscrit à l'opposé dans une démarche qui vise à pérenniser la régulation sur une technologie spécifique, les mobiles, et à l'étendre à de nouveaux services au fur et à mesure qu'ils sont développés. L'ARCEP prévoit en effet également la nécessité d'intégrer les nouveaux services, faisant le constat de l'absence d'évolution vers une situation de concurrence effective.

« Enfin, le dispositif doit être revu régulièrement afin de prendre en compte l'évolution du marché et les évolutions technologiques. »

Le processus de révision de ce cadre pour la phase suivante a démarré déjà depuis plusieurs mois et devrait se poursuivre tout au long de l'année 2006 pour aboutir à de nouvelles propositions de directives de la Commission, selon ces mêmes orientations. La Commissaire à la Société de l'Information, Viviane Reding, a ainsi rappelé à diverses occasions, et notamment lors d'une intervention à Bruxelles le 15 Septembre dernier :

« One of the main goals of the framework is to re-focus regulation, and to withdraw regulation as competition becomes effective. » (vers une prédominance du droit commun sur la régulation sectorielle)

« The current regulation is focussed on markets, and not on networks or technologies. » (neutralité technologique).

Depuis début 2005 et jusqu'en Juillet 2006, c'est également la recommandation de la Commission sur les marchés pertinents⁴ qui est en cours de révision, afin de déterminer s'il convient de supprimer ou de rajouter des marchés par rapport à la liste initiale. Durant le premier semestre 2005, la Commission a fait appel à des experts économiques afin de l'assister dans ces travaux de révision. Dans le dossier de consultation sur les études économiques relatives à cette révision, un lot 3 concerne les mobiles. Parmi les nouvelles pistes d'analyse proposées, la Commission cite notamment les impacts potentiels des technologies WI-FI et WI-MAX sur la définition des marchés de détail, de nouvelles approches en matière d'allocation du spectre, ainsi que les nouveaux marchés mobiles haut débit.

En aucun cas la question de la définition d'un nouveau marché pertinent lié aux SMS n'est soulevée par la Commission.

Ainsi, la démarche actuelle de l'ARCEP qui, notamment à travers la définition d'un nouveau marché pertinent des SMS, contribue à étendre la régulation sectorielle, par rapport à une technologie en particulier (SMS), ne semble pas conforme aux évolutions du cadre réglementaire au niveau européen.

⁴ Recommandation de la Commission du 11/02/2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE

1.3. Une méthodologie approximative pour défendre une extension de l'intervention réglementaire aux services SMS

Au-delà du délai de consultation initial (de tout juste cinq semaines), délai fort heureusement prolongé à la demande des acteurs souhaitant être en mesure de développer une réponse de qualité auprès de l'Autorité, Orange France est préoccupée par les manquements au respect de la méthodologie d'analyse des marchés détaillée par la Commission dans ses lignes directrices, par l'absence de vision prospective ou par le caractère sommaire de l'analyse de l'Autorité, tout particulièrement s'agissant d'un marché non retenu par la recommandation européenne.

1.3.1. *Absence de vision prospective*

Orange France déplore l'absence de vision prospective de l'analyse de l'Autorité.

En effet, si l'ARCEP annonce dès le départ mener une analyse du marché pour la période 2006-2008, cette dimension prospective n'est jamais investiguée, en particulier lors de l'analyse du marché de détail ou de la substituabilité entre les SMS et d'autres types de services. L'ARCEP se borne à étudier les usages actuels des services cités et les parcs de terminaux correspondants, pour constater que les usages sont émergents et les parcs très limités, sans jamais étudier les prévisions d'évolutions de ces parcs et usages. Une telle lacune est particulièrement dommageable et semble de nature à remettre en question la pertinence de l'analyse et des conclusions de l'Autorité.

La Commission européenne insiste notamment sur ce nécessaire caractère prospectif dans l'exposé des motifs de sa recommandation sur les marchés pertinents :

« A l'instar des analyses menées par les ARN, la définition des marchés doit être prospective. Les définitions prennent en compte les évolutions technologiques ou économiques escomptées ou prévisibles sur une durée raisonnable déterminée en fonction du calendrier du prochain réexamen du marché. En outre, compte tenu de la possibilité de réexaminer un marché à intervalles réguliers, une ARN pourra à juste titre s'inspirer non seulement des résultats passés et de la situation actuelle, mais également de prévisions concernant les développements à venir. ».

1.3.2. *Non respect des étapes de l'analyse de marché*

Orange France regrette l'absence d'une démarche rigoureuse.

Dans ses contributions précédentes dans le cadre des analyses de marché, Orange France avait rappelé ce que devraient être les différentes étapes de ce processus introduit par le nouveau cadre réglementaire européen et leur application aux mobiles.

Le point de départ de l'analyse est la détermination du périmètre d'un marché de détail mobile, par l'étude de la substituabilité de l'offre et de la demande (application du test du monopoleur hypothétique notamment) et de la concurrence potentielle. A ce titre, on ne peut que regretter le fait que la nature de l'offre de services mobiles comme bien système ne soit pas même évoquée dans l'approche ARCEP, et que ses implications en termes de fonctionnement du marché ne soient pas même questionnées.

Une fois le périmètre du marché de détail déterminé, la situation concurrentielle du marché correspondant doit être analysée, afin de déterminer si le marché en question est jugé pertinent et nécessite une réglementation ex ante. A cette fin, trois critères cumulatifs doivent être identifiés :

- existence de barrières à l'entrée et d'entraves au développement de la concurrence,
- absence d'indices laissant présager une évolution du marché vers une situation de concurrence effective,
- insuffisance du droit commun de la concurrence pour restaurer une concurrence effective sur ce marché.

Si de telles difficultés sont identifiées sur ce marché de détail ou sur un segment donné de ce marché, et que l'existence d'effets de levier est démontrée entre le marché de détail et les marchés de gros correspondants, ces derniers sont à leur tour analysés, pour déterminer l'existence éventuelle en leur sein d'entreprises puissantes.

De telles entreprises pourront alors être soumises à des obligations spécifiques sur le marché de gros en question.

Le fait que la recommandation, se fondant sur des analyses et un cadre réglementaire pré-existant, ait identifié des marchés de gros susceptibles d'être régulés, ne dispense pas l'ARCEP de suivre dans son analyse les étapes ci-dessus mentionnées. Or dans le document de l'ARCEP, cette articulation n'est pas respectée :

- Au point (3.2), l'Autorité étudie d'abord le marché de détail « en tant que marché associé au marché de gros ».
- Au point (3.3), elle étudie la substituabilité, de la demande tout d'abord, en partant du marché de gros puis en regardant le marché de détail ; de l'offre ensuite, sur le marché de gros. Son appréciation de la substituabilité sur le marché de gros est directement dictée par ses conclusions sur le marché de détail, qu'elle prétend évaluer ensuite.
- Au point (3.5), après avoir regardé la délimitation géographique des marchés, elle établit la liste des marchés pertinents de gros.
- Au point (4), l'Autorité analyse la puissance de marché sur les marchés de gros déterminés et conclut à la dominance individuelle de chaque opérateur mobile. A ce titre, Orange France déplore l'approche conceptuelle adoptée par l'ARCEP, dont le résultat conduit inévitablement à réguler tout nouveau service se terminant sur le réseau mobile. En effet, l'analyse concurrentielle de marché étant centrée sur une approche par infrastructure individuelle (réseau mobile) conduit mécaniquement à la détention d'une part de marché à 100% de l'opérateur ayant engagé les investissements et les ressources nécessaires pour déployer et exploiter son réseau. Cette approche semble avoir l'avantage pour le régulateur de pouvoir être déclinée à l'infini au fur et à mesure du développement des services et de garantir la pérennité de l'intervention réglementaire. Elle est d'autant plus problématique sur un marché mobile qui s'est développé en concurrence en s'appuyant sur des infrastructures alternatives, modèle relayé par les évolutions technologiques de réseau de par l'arrivée de nouveaux acteurs dans les services.
- Au point (5.1.1), dans la partie (5) intitulée « Obligations », elle identifie des problèmes concurrentiels sur le marché de gros, puis sur le marché de détail.
- Au point (5.1.2), les trois critères identifiés dans la recommandation sur les marchés pertinents sont étudiés, pour conclure que les marchés sont pertinents.
- Au point (5.2), l'ARCEP explicite les obligations qui seront imposées aux opérateurs.

Ce déroulement n'est pas cohérent avec une véritable analyse de marché, dans la mesure où certaines conclusions semblent parfois tirées avant que les analyses correspondantes soient menées et où certaines étapes semblent ne pas servir à l'analyse ultérieure.

Ainsi, si l'ARCEP étudie effectivement en premier lieu le marché de détail, elle affirme :

« L'Autorité évoque ici le marché de détail en tant que marché associé au marché de gros. En revanche, cet examen n'entraîne aucune conséquence en termes de délimitation de marché pertinent, et plus généralement en termes de qualification juridique. ».

Orange France s'interroge dès lors sur la partialité et la pertinence d'une telle analyse : en effet, l'analyse du marché de détail doit être le point de départ de l'analyse de marché, et entraîner d'éventuelles analyses ultérieures, et non un élément à part éludé et non réutilisé par la suite.

1.3.3. *Des analyses sommaires*

Pour Orange France, l'analyse de l'ARCEP est non seulement inexacte sur le fond (voir infra), mais aussi parfois très sommaire.

Il est très difficile, alors que les usages sur le marché de détail sont en très forte croissance et que le prix des services offerts aux clients est inférieur à la moyenne européenne, de justifier les motivations de l'ARCEP autrement que par l'extension de ses prérogatives réglementaires.

A ce titre, l'étonnement de l'ARCEP sur l'absence d'une offre de référence est curieuse, s'agissant d'un élément à vocation réglementaire. Or les opérateurs ont bien entendu des contrats commerciaux pour l'acheminement de SMS sur leurs réseaux avec les acteurs tiers, opérateurs mobiles, fournisseurs de services ou éditeurs.

Par ailleurs, l'analyse de la substituabilité du côté de l'offre est évoquée très rapidement et de manière incomplète par l'Autorité. Or c'est justement cette dimension qui permet d'adresser la notion de bien système. Cette question est intéressante car elle permet de comprendre que certains éléments du panier ne sont pas tarifés au regard d'une orientation vers les coûts.

L'examen des trois critères de la recommandation sur les marchés pertinents (barrières à l'entrée et entraves au développement de la concurrence, absence d'évolution possible vers une concurrence effective et efficacité relative du droit de la concurrence) semble également avoir été mené de façon superficielle.

1.3.4. *Des comparaisons non pertinentes*

Orange France s'interroge sur la pertinence de la comparaison effectuée entre l'évolution des tarifs de terminaison inter-opérateurs en France et en Israël, ce pays n'étant pas membre de l'Union européenne et de nombreuses différences existant entre les deux pays, concernant le secteur de la téléphonie mobile :

- concernant les structures de marché,
- concernant les perspectives d'évolution du marché de détail,
- concernant la répartition de la population sur le territoire et la consommation moyenne par habitant, paramètres structurants concernant la couverture mobile des pays concernés et les coûts de cette couverture pour les opérateurs.

1.4. Des erreurs ou des inexactitudes

Certains éléments cités dans l'analyse de l'ARCEP sont erronés ou présentés de manière inexacte et auraient pu être vérifiés avant publication.

En page 21, des grilles des prix de gros des SMS Push sont présentées, suivant des paliers identiques pour les trois opérateurs. S'il s'agit peut-être d'une présentation visant à faciliter la lecture, elle ne semble pas pertinente dans la mesure où elle semble induire que les opérateurs proposent les mêmes paliers (ce qui n'est pas le cas). De plus, les modes de tarification peuvent varier d'un opérateur à l'autre (application du tarif tranche par tranche ou application unique du tarif correspondant à la tranche finale ; existence ou non d'engagements de volumes, etc.), ce qui n'est pas détaillé dans le document de l'Autorité.

En page 25, il est affirmé qu'il n'existe pas de solution simple pour intégrer dans les services de mail un mécanisme de paiement à l'acte. Des solutions existent sur le marché, qui sont proposées par les fournisseurs de services de mail : w-HA (paiement à l'acte en deux clics et intégration du montant à la facture du fournisseur d'accès), paiement par carte bancaire, etc..

En page 26, lorsque les autres acheteurs sont évoqués, l'ARCEP décrit les prestations de services des opérateurs comme comprenant généralement « un raccordement technique, l'envoi des SMS et la location d'une base d'abonnés ayant accepté de recevoir de la publicité ». Les offres SMS+ ou de SMS Push de Orange France ne comprennent en aucun cas une location de base d'abonnés ayant accepté de recevoir la publicité. Il semble y avoir confusion avec des offres faites aux éditeurs en matière de marketing direct (telle Mobile Gagnant), qui permettent à ces acteurs d'envoyer des sollicitations commerciales aux clients ayant consenti à recevoir de la publicité. Ces offres sont distinctes des offres évoquées dans cette analyse, et ne consistent pas en la location pure et simple de bases d'abonnés, les risques liés au spam et au non-respect de la protection de la vie privée des clients Orange France étant trop importants.

En page 40, lorsqu'elle évoque l'Association SMS+, l'ARCEP omet de mentionner le fait que la création de cette association a été notifiée à la Commission européenne, qui en a autorisé la constitution du fait des bénéfices d'une telle association pour l'ensemble des consommateurs, bénéfices qui ont été confirmés par la très forte croissance des usages depuis le lancement des services SMS+.

En page 41, l'Autorité cite VOX + comme étant une offre de kiosques concernant les clients des trois opérateurs mobile en phase de pré-lancement. Concernant Orange France, ceci est inexact.

En page 41, il est mentionné que les opérateurs ou les agrégateurs assurent non seulement la facturation du transport, mais aussi celle du contenu. Ce n'est pas le cas pour les agrégateurs qui, à notre connaissance, ne disposent pas de relation de facturation avec les clients finals.

En page 51, l'ARCEP indique que la durée de conservation des messages vocaux est de sept jours. Ceci est faux et cette durée est de quinze jours pour Orange France.

En page 55, les services de messagerie instantanée et les « chats » sont assimilés. Ceci témoigne d'une mauvaise connaissance de ces services qui sont très différents : s'ils permettent tous deux l'échange de messages immédiats entre des interlocuteurs, la messagerie instantanée concerne des échanges entre des interlocuteurs qui se connaissent, et qui disposent respectivement des coordonnées de messagerie instantanée de chacun alors que le « chat » concerne des échanges anonymes entre des interlocuteurs ne se connaissant pas à la base et fait intervenir des modérateurs pour réagir par rapport aux contenus des messages échangés.

En page 73, les offres d'abondance « Nuit KDO » sont citées en exemple de pratiques de différenciation tarifaires on net / off net : ceci est inexact, lors des Nuits KDO l'ensemble des SMS envoyés sont gratuits, quel que soit l'opérateur des destinataires.

2. Une analyse contestable des acteurs et des prestations en présence

En préambule à son analyse, l'Autorité s'attache à délimiter une prestation de gros de « terminaison d'appel SMS sur réseau mobile » au plan technique et à la qualifier au plan juridique.
Orange France réfute les orientations retenues, qui d'une part rapprochent des prestations techniques de nature différente et d'autre part qualifie abusivement certains acteurs d'opérateurs et certaines relations entre ces acteurs d'interconnexion.

A titre liminaire, Orange France remarque que la locution « terminaison d'appel SMS » n'a pas de sens au plan technique et préfère lui substituer celle de « terminaison SMS » pour le présent document, en notant que l'utilisation de cette locution ne préjuge pas du régime juridique de cette prestation et ne constitue en aucun cas une reconnaissance par Orange France d'un quelconque parallélisme, tant sur le plan technique que réglementaire, entre les prestations de « terminaison » d'appels vocaux et les prestations conduisant à l'acheminement de SMS entre opérateurs mobiles.

2.1. Des prestations techniques de nature différente

Dans son document, l'ARCEP assimile les prestations de terminaison SMS entre deux opérateurs mobiles et les prestations de « SMS Push » entre un acteur non mobile et un opérateur mobile, les regroupant sous la catégorie des SMS-MT.

D'un point de vue technique, ces prestations sont toutefois de nature très différente, ce qui transparaît même au travers des schémas proposés par l'Autorité.

2.1.1. *Inter-fonctionnement entre opérateurs mobiles*

Le message, de bout en bout au format SMS, est acheminé via le réseau de signalisation SS7 directement depuis le SMS-C de l'opérateur mobile de l'émetteur du message vers le MSC puis vers le terminal de l'opérateur mobile du récepteur du message. Ainsi, l'opérateur mobile du récepteur du message procède au routage du message SMS directement vers le destinataire, depuis l'entrée du message sur son réseau au niveau de la passerelle IGP de France Télécom. L'émetteur et le destinataire du message sont identifiés au niveau technique par leur numéro de téléphone, issu du plan national de numérotation, qui leur est attribué par leur opérateur mobile lors de la souscription d'une offre de services. C'est grâce à ces numéros que le message initial est dirigé vers son destinataire, et que le destinataire peut répondre directement à son correspondant, suivant le même modèle.

En effet, les relations entre opérateurs mobiles, prévues dans la norme GSM, sont réciproques tant au niveau des opérations techniques réalisées que de la capacité d'identification des clients de leur réseau de manière unique et non usurpable ou des contraintes de protection des abonnés par rapport aux pratiques de spam notamment (chaque opérateur garantit ainsi l'utilisation exclusive de ces liens pour du trafic interpersonnel, notamment du fait de l'impossibilité pour un acteur tiers d'utiliser un accès boucle radio d'un opérateur mobile pour diffuser des SMS en masse).

C'est cette prestation qu'Orange France nommera par la suite « terminaison SMS ».

2.1.2. *Interopérabilité entre un acteur du monde Internet et un opérateur mobile*

Le message, sous un format spécifique à l'univers de l'acteur en question, transite depuis une plate-forme de services opérée par cet acteur vers le réseau de l'opérateur mobile, soit à travers des liaisons spécifiques X25 ou Frame-Relay, soit à travers un VPN sur Internet. Après un passage par l'infrastructure d'intégration de services, le message parvient au SMS-C de l'opérateur mobile, qui prend en charge la remise du message, se présentant désormais sous la forme d'un SMS, sur le terminal du destinataire, l'identité de ce dernier étant déterminée par le numéro de téléphone entré par l'émetteur du message. Le client destinataire du message ne pourra toutefois pas répondre directement à son correspondant par SMS. En effet, l'émetteur du message accède au service d'envoi de message grâce à un acteur avec qui il est en relation (agrégateur, fournisseur de service de mail,...), le service que lui propose cet acteur-là n'est pas associé à un numéro issu du plan national de numérotation. Des évolutions techniques sont actuellement en cours pour permettre aux destinataires de répondre aux émetteurs identifiés par un identifiant autre qu'un numéro de téléphone court, ce dernier numéro pouvant être un numéro de téléphone fixe ou mobile. Le modèle retenu n'est pas réciproque entre un opérateur mobile et un acteur du monde Internet.

Cette approche technique différente, avec la mise en place d'une architecture sécurisée, résulte notamment des problèmes de sécurité liés à Internet, avec un niveau d'authentification des clients bien moindre par rapport au cas des opérateurs mobiles (du fait des possibilités d'usurper une adresse IP, d'avoir plusieurs adresses mail pour une même personne), un accès aux plate-formes de services des acteurs Internet faillible (risques d'intrusion sur les serveurs, pouvant déclencher des envois de messages en masse sur le réseau des opérateurs mobiles).

Cette prestation, proposée par les opérateurs dans leurs contrats « SMS Push », diffère ainsi notablement d'une prestation de terminaison SMS, dans la mesure où elle suppose, outre l'intervention de la plate-forme émettrice, l'intervention de l'opérateur mobile sur la forme du message, voire sur l'adressage relatif à l'émetteur des messages pour pouvoir permettre les réponses aux messages reçus (cette prestation additionnelle est en cours de développement chez Orange France).

2.1.3. *Interopérabilité avec un opérateur de téléphonie fixe*

Le cas des opérateurs de téléphonie fixe mérite un examen approfondi au cas par cas. En effet, plusieurs modèles techniques peuvent être envisagés, se rapprochant soit du modèle retenu entre opérateurs mobiles soit du modèle retenu entre un opérateur mobile et un acteur du monde de l'Internet : si les questions liées à l'adressage du message sont résolues par le fait que les abonnés à un service de téléphonie fixe disposent de numéros de téléphones issus du plan national de numérotation, les questions de formatage du message peuvent le cas échéant toujours se poser.

2.2. Un problème fondamental : la nature des acteurs et de leurs relations

2.2.1. *Statut juridique des acteurs en présence*

L'ARCEP considère les éditeurs de services comme des utilisateurs finals au sens de la Directive Cadre. Orange France est d'accord avec cette analyse.

L'ARCEP estime ensuite que pratiquement l'ensemble des acteurs concernés (les opérateurs mobiles, les opérateurs fixes, les agrégateurs et certains FAI) sont des « exploitants de réseaux ouverts au public ».

Il faut au préalable souligner que la notion « d'exploitants de réseaux ouverts au public » n'est pas juridiquement définie dans le Code des Postes et Communications Electroniques (CPCE) ; c'est celle d'« opérateur » qui est définie, comme étant :

« toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques ».

Pour Orange France, un agrégateur ou un fournisseur d'accès à Internet n'exploite pas un réseau de communications électroniques ouvert au public.
--

En effet, un agrégateur dispose d'une plate-forme de services, dont le rôle principal consiste en l'hébergement de messages et en leur traitement informatique. Cette plate-forme est raccordée aux SMS-C de tous les opérateurs mobiles, via des liens X25, FrameRelay ou IP. La transmission et le routage des messages sont essentiellement effectués par ces liens, qui ne sont pas développés ni exploités par l'agrégateur lui-même : le transport des messages est effectué par les opérateurs mobiles. La qualification de réseau de communications électroniques ne semble ainsi pas convenir au cas des agrégateurs.

De plus, même à supposer qu'une simple plate-forme informatique puisse être qualifiée de réseau, un tel réseau doit alors nécessairement disposer de points de terminaison, définis comme « les point physiques par lesquels les utilisateurs accèdent à un réseau de communications électroniques ouvert au public » (CPCE, L.32, 3bis). Or il n'est pas possible d'identifier de tels points de terminaison en l'espèce : il n'existe pas de points physiques permettant à l'utilisateur d'accéder au « réseau » d'un agrégateur. Le client final utilise en effet son accès Internet classique (câble, boucle locale fixe ou mobile) au moyen de l'équipement terminal correspondant, et peut ensuite accéder au service de l'agrégateur sur son site Internet. Le point de terminaison ne relève donc pas de l'agrégateur, qui n'a donc pas de réseau de communications électroniques.

Par ailleurs, si l'on consulte sur le site Internet de l'ARCEP la liste des opérateurs déclarés, récemment mise à jour, on peut constater que généralement les agrégateurs ne figurent pas dans la liste des opérateurs exploitant des réseaux ouverts au public.

Finalement, à supposer que ces acteurs soient véritablement des opérateurs exploitant des réseaux de communications électroniques ouverts au public, il faudrait alors qu'ils soient en mesure de respecter l'ensemble des obligations leur incombant au titre du CPCE (L.32-1 et décrets d'application en découlant) : mise en œuvre des interceptions, conservation des données de trafic et communication aux autorités compétentes dans le cadre des réquisitions, respect des normes liées aux valeurs limites des équipements des réseaux, publication des spécifications des interfaces techniques conformément aux décisions ARCEP, respect de conditions de permanence, de qualité et de disponibilité du réseau, participation au financement du service universel... pour n'en citer que quelques unes.

Il ne semble pas que les agrégateurs remplissent les obligations citées ci-dessus, incombant aux opérateurs de réseaux de communications électroniques ouverts au public, ni qu'ils soient véritablement préparés ou en mesure de satisfaire les contraintes découlant de ces obligations.

Pour Orange France, les agrégateurs ne sont pas non plus assimilables aux éditeurs de services : ils jouent un rôle important et spécifique dans la distribution des services de communications électroniques des opérateurs et sont des intermédiaires facilitateurs entre les éditeurs, les entreprises, les spécialistes de marketing direct et les opérateurs.

Concernant les fournisseurs d'accès à Internet, Orange France est d'accord avec l'analyse de l'Autorité selon laquelle ils sont fournisseurs de services de communications électroniques. Quant à la question de savoir s'ils exploitent un réseau de communications électroniques ouvert au public, Orange France renvoie à l'analyse effectuée ci-dessus concernant les agrégateurs.

2.2.2. Qualification juridique des prestations en question

L'Autorité s'attache ensuite à la qualification juridique de la prestation de « terminaison SMS ». Or, nous l'avons vu plus haut, Orange France et l'ARCEP ont des analyses différentes de ce que recouvre la prestation de terminaison SMS (qui n'inclut pas les SMS Push pour Orange France). Pour Orange France, la terminologie attribuée à une prestation ne suffit pas à en définir la qualification juridique ; Orange France préférera dans son analyse se fonder d'abord sur la nature des acteurs en présence puis sur la description de la prestation en question.

Orange France souligne que la description du service rendu aux clients finals en lui-même ne permet pas non plus de qualifier la prestation entre les acteurs : l'ARCEP, dans le cadre de son argumentation, souligne que dès lors que le service d'envoi et de réception de SMS permet aux utilisateurs de communiquer librement entre eux, il s'agit d'une relation d'interconnexion. Ce raisonnement est très simplificateur, et ne prend pas en compte l'ensemble des éléments en jeu dans la définition de l'interconnexion. En effet, si l'on s'en tient à ce raisonnement, lorsqu'une personne ayant une boîte mail Yahoo envoie un mail à une personne ayant une boîte mail La Poste, on est dans le cadre d'une relation d'interconnexion entre Yahoo et La Poste, ce qui n'est pas le cas. Il convient ainsi de différencier ce qui relève du réseau (c'est à ce niveau que la notion d'interconnexion intervient) et ce qui relève des services (les boîtes mails proposées par Yahoo et La Poste sont bien des services ; à ce niveau c'est la notion d'interopérabilité qui intervient).

L'interconnexion est définie dans le CPCE comme suit :

« la liaison physique et logique des réseaux ouverts au public exploités par le même opérateur ou un opérateur différent, afin de permettre aux utilisateurs d'un opérateur de communiquer avec les utilisateurs du même opérateur ou d'un autre, ou bien d'accéder aux services fournis par un autre opérateur. Les services peuvent être fournis par les parties concernées ou par d'autres parties qui ont accès au réseau. L'interconnexion constitue un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux ouverts au public. » (L.32, 9)

Cette définition est inspirée notamment de la Directive Accès⁵, qui définit l'interconnexion comme étant :

« la liaison physique et logique des réseaux de communications publics utilisés par la même entreprise ou une entreprise différente, afin de permettre aux utilisateurs d'une entreprise de communiquer avec les utilisateurs de la même entreprise ou d'une autre, ou bien d'accéder aux services fournis par une autre entreprise. Les services peuvent être fournis par les parties concernées ou par d'autres parties qui ont accès au réseau. L'interconnexion constitue un type particulier d'accès mis en œuvre entre opérateurs de réseaux publics. » (article 2, b)

Ainsi, l'interconnexion se fait bien au niveau du réseau, il s'agit d'un élément matériel et logiciel qui permet de relier deux réseaux ouverts au public, exploités par deux opérateurs. Il faut donc être en présence de deux opérateurs de réseaux pour pouvoir parler d'interconnexion. On remarquera d'ailleurs que la Directive Accès impose même la négociation entre opérateurs d'une interconnexion **réciproque** (article 4, 1), sous-entendant que chacun d'eux va pouvoir s'interconnecter au réseau de l'autre.

⁵ Directive 2002/19 du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi, qu'à leur interconnexion

Ainsi, pour Orange France, on peut parler d'interconnexion concernant les SMS dès lors que l'on est en présence d'acteurs étant des opérateurs qui exploitent des réseaux de communications électroniques ouverts au public. Les agrégateurs et la plupart des FAI n'exploitant pas de tels réseaux, ainsi que nous l'avons vu précédemment, les prestations des opérateurs mobiles vis-à-vis de ces acteurs décrites plus tôt ne relèvent pas du régime juridique de l'interconnexion.

D'ailleurs il faut noter que si ces relations relevaient de l'interconnexion, l'ensemble des contraintes que l'analyse de l'ARCEP impose aux opérateurs mobiles devraient également être transposées aux agrégateurs et aux fournisseurs d'accès Internet, du fait du caractère **réciproque** de l'interconnexion.

2.2.3. La convergence des services

Pour Orange France, cette analyse concerne davantage les services d'envoi et de réception de messages sur un terminal mobile plutôt que les seuls SMS, comme cela est développé plus tard dans le présent document. La problématique de la convergence entre les services téléphoniques et leurs dérivés (appels vocaux et SMS par exemple) et les autres services de transmission de signaux (emails notamment) emporte de nombreuses questions que la présente analyse de marché ne parvient pas à éclairer, du fait de la nature très différente des univers et des modèles économiques qui les régissent : quand parle-t-on d'interconnexion ? qu'est-ce que l'interopérabilité ? quelle est la nature des acteurs en présence ? et de leurs relations ?

Dans une perspective prospective, la tentation simplificatrice, qui tendrait à appliquer les modèles « traditionnels » de la téléphonie à un univers complexe où se rencontrent les mondes de la téléphonie et de l'Internet, et qui n'en est encore qu'à ses débuts, aussi prometteurs soient-ils, doit être écartée.

3. La définition d'un marché de la terminaison SMS à des fins de régulation ex ante n'est pas pertinente

Comme cela a été vu précédemment, la Commission européenne, que ce soit dans sa recommandation sur les marchés pertinents ou dans les orientations données pour la révision de cette recommandation, n'a pas retenu de marché pertinent des SMS à des fins de régulation ex ante.

A notre connaissance, aucun autre régulateur européen n'a retenu une telle définition de marché non plus.

Par ailleurs, le fonctionnement du marché de détail mobile pour les services de SMS et l'existence des services inter-opérables entre opérateurs ne justifie pas de définir un marché pertinent des SMS à des fins de régulation ex ante.

En premier lieu, et malgré des abus de langage pouvant exister lorsqu'on parle de SMS, il convient de distinguer deux notions fondamentales :

- d'une part, le SMS en tant que support, c'est-à-dire en tant que solution technique, normalisée au niveau du standard GSM Phase 1 et encadrée par des spécifications techniques de la 3GPP ;
- d'autre part, le SMS en tant que service : service d'envoi de messages non vocaux à partir d'un téléphone mobile (qui fait partie de la communication interpersonnelle asynchrone), service d'accès à des contenus ou autres services relevant des relations entre les consommateurs et des fournisseurs de contenus (services d'alertes par exemple), ...

Dans l'analyse de l'Autorité, ces deux niveaux ne sont pas explicitement pris en compte. Si lors des études de substituabilité c'est bien l'aspect service qui est évoqué (envoi de message texte sur un mobile), le document traite surtout des SMS, décrits au départ comme des services de messages courts écrits composés de 160 caractères au maximum, transmis via le canal sémaphore n°7 (SS7). Le périmètre des marchés, ainsi que la puissance des acteurs et les obligations envisagées sont axés exclusivement sur la solution technique SMS. Cette confusion (entre service et technologie) contribue à une vision erronée et statique de l'offre et de la demande de services non vocaux sur le marché de détail dans le cadre de la consultation.

Dans son analyse et tout en admettant que le SMS soit une fonctionnalité essentiellement mobile en termes de normalisation comme au plan des usages, l'ARCEP entretient l'ambiguïté concernant son développement à venir sur d'autres technologies. A contrario, Orange France s'interroge : doit-on encore parler de SMS ?

Ainsi, en pages 47 et 48 de son analyse, l'ARCEP étudie la substituabilité entre un SMS à destination d'un mobile et un SMS à destination d'un téléphone fixe ou d'Internet. Si l'on parle du service d'envoi de messages textes sur un mobile, on peut effectivement se pencher sur ces questions. Toutefois, si l'on parle de la technologie SMS, ce n'est pas vraiment possible :

- vers le fixe, il est techniquement possible d'envoyer un SMS depuis son terminal mobile, le SMS initial est ensuite converti au bon format de message texte compatible avec des terminaux fixes ;
- par contre, il est techniquement impossible d'envoyer un SMS vers une boîte de messagerie Internet (puisqu'un SMS doit être adressé à un numéro de téléphone).

3.1. Il n'y a pas de marché séparé des SMS

3.1.1. *L'offre mobile est un bien système*

Pour Orange France, le point de départ de l'analyse de marché devrait être le marché mobile de détail.

Comme cela a été développé dans les contributions antérieures de l'opérateur sur la question des SMS, l'analyse descriptive de la demande et de l'offre des services mobiles conduit à la perception de l'offre mobile par les consommateurs comme un bien système articulé autour des usages de communications personnelles, puisque l'ensemble des services mobiles (accès et départ d'appel vocal, terminaison d'appel vocal, messagerie vocale, SMS, MMS, services à valeur ajoutée), et même le terminal en France sont à la fois partiellement complémentaires et partiellement substituables. Une telle analyse, fondée sur le comportement des clients et sur la nature des offres qui leur sont proposées, ne permet pas de définir de manière isolée un marché de détail des SMS.

La faible élasticité de la demande de communications mobiles par rapport à un seul des composants du panier de services, comme les SMS, corroborent cette nature de « bien système ».

Ainsi l'UFC Que Choisir, dans une étude interne sur les SMS, rendue publique sur son site, constate que l'élasticité prix de la demande de SMS est relativement faible, voire négative dans l'exemple anglais.

La situation du marché français se caractérise par une stabilité du prix au détail en facturation unitaire allée à une croissance soutenue depuis 1999.

En terme d'élasticité prix, le constat est donc simple : par définition, la variable prix n'explique pas la hausse de la consommation. Cette hausse est à expliquer par des éléments extérieurs.

Les travaux menés sur le marché britannique sur les élasticités du marché des mobiles tendraient à montrer une élasticité prix faible : une hausse des prix de 1 % entraîne une baisse de la demande de 0,25 %.

Estimations d'élasticités (Marché Royaume Uni à partir d'enquêtes de sensibilité prix)

	nombre de clients mobiles	nombre d'appels sortants mobile	volume de messages SMS
Prix de l'abonnement mobile	-0.08	-0.13	-0.05
prix de l'appel mobile	-0.13	-0.48	-0.4
prix du message SMS	-	-0.09	-0.25

Source: Holden ~Pearmain

Source UFC Que Choisir, 2003.

On peut d'ailleurs noter que l'ARCEP s'interroge sur la nature du langage développé autour des SMS. Ceci est bien un indicateur d'une certaine substituabilité d'usage en termes de communication interpersonnelle.

Pour approfondir cette analyse, si l'on attache de plus près aux usages et à la dimension « service » pour les consommateurs, il semble que l'usage principal des SMS qui est étudié dans le document de l'Autorité est l'échange interpersonnel de messages courts en mode asynchrone en situation de mobilité (les usages liés aux contenus sont cités par l'ARCEP, puis écartés du cœur de son analyse). Dès lors, c'est par rapport à ce service rendu aux consommateurs que les analyses de substituabilité permettant de déterminer le périmètre du marché doivent être menées.

3.1.2. Substituabilité du côté de la demande

3.1.2.1. Entre un message texte envoyé vers un mobile et un message texte envoyé vers un terminal fixe ou vers une messagerie Internet

Orange France considère qu'au regard de la joignabilité, il n'y a pas de substituabilité entre un message texte envoyé vers un mobile et un message texte envoyé vers un fixe.

En revanche, l'analyse développée concernant les envois de messages vers une boîte de messagerie Internet est inexacte. En effet, de plus en plus de mobiles permettent d'accéder à Internet, dans certains cas des accès directs aux boîtes de messagerie Internet sont possibles de manière très ergonomique (ce point sera développé ultérieurement). L'appelé peut donc facilement consulter les messages reçus sur sa boîte de messagerie Internet depuis son mobile. De plus, la connaissance par l'appelant de l'identifiant de messagerie de son interlocuteur n'est a priori pas plus difficile à acquérir que celle de son numéro de téléphone. Orange France estime donc que dans certains cas, abordés plus en détail dans la suite du présent document, un message envoyé vers une messagerie Internet peut être substituable à un message utilisant le support SMS.

3.1.2.2. Entre un message texte envoyé vers un mobile et un appel vocal

Pour contester cette substituabilité, l'Autorité s'appuie en premier lieu sur une analyse quantitative du trafic voix et SMS sur les réseaux mobiles entre 2001 et 2005. Pour Orange France, une telle analyse n'est pas pertinente.

Elle compare en effet deux types de services qui ne sont pas au même stade de maturité : les services vocaux se sont développés depuis le lancement des services mobiles en 1991, alors que les réseaux des opérateurs étaient déjà interconnectés ; de plus, du point de vue des consommateurs, habitués à la téléphonie fixe, l'usage vocal est totalement intuitif. En revanche, les messages SMS n'ont commencé à se développer qu'après 1999, après la mise en place de l'interopérabilité du service entre les réseaux des opérateurs mobiles ; les usages non vocaux comme les SMS ne sont pas intuitifs comme les appels vocaux, et ont nécessité un apprentissage de la part des consommateurs. Ce décalage de maturité permet ainsi d'expliquer pourquoi l'ARCEP constate une progression bien plus importante du trafic SMS par rapport au trafic voix entre 2000 et 2004. Ces usages sont encore en plein développement comme le montrent les taux de croissance.

De plus, l'ARCEP se penche sur la saisonnalité des appels vocaux et des messages SMS, et constate un décalage temporel la conduisant à conclure à une absence de corrélation entre les séries de données relatives à la voix et celles relatives aux SMS. Outre le fait qu'on peut toutefois constater que les variations évoluent dans le même sens et s'interroger sur les conséquences de ce constat sur la substituabilité ou non de ces services, on peut signaler que la saisonnalité des services dépend de plusieurs facteurs : en effet, dans une stratégie de développement des nouveaux services, les opérateurs ont lancé diverses campagnes de communication, dont certaines ont porté spécifiquement sur les SMS. Il n'est donc pas étonnant de constater à certains moments des augmentations très importantes des usages SMS, indépendamment de l'évolution des services vocaux.

En termes d'usages, on peut regretter le manque d'analyse prospective de l'Autorité, dans la mesure où des solutions de téléphonie vocale asynchrone pourront se développer dans les années à venir, à partir des solutions existantes par exemple de Push To Talk, auxquelles il serait possible de coupler des fonctionnalités avancées comme la fonction présence et des routages intelligents d'appels via les boîtes vocales.

Finalement, Orange France conteste l'analyse de l'Autorité qui réfute la substituabilité entre un message SMS et le dépôt d'un message sur une boîte vocale. L'Autorité signale que les usages de ce service sont limités, du fait que peu de personnes en ont connaissance : cette affirmation n'est étayée par aucune donnée et aucune projection sur l'évolution de ces usages sur la période 2006-2008 n'est réalisée.

Ensuite, une confusion est réalisée entre les durées de stockage sur le réseau des messages (qui sont de quinze jours (et non sept jours comme l'affirme l'ARCEP) aussi bien pour les messages SMS que pour les messages vocaux) et les possibilités de stockage sur les terminaux, qui peuvent être plus longues et qui peuvent concerner à la fois les messages textes et les conversations téléphoniques.

Orange France considère également que l'analyse selon laquelle un message vocal ne peut restituer toute la complexité d'une communication écrite est infondée : il est possible à l'oral, sur un message téléphonique, d'employer un ton, un jargon et des codes vocaux spécifiques qui vont permettre de transmettre des subtilités du même ordre que dans un message texte. De plus, si on pousse le raisonnement de l'Autorité un peu plus loin, on peut établir, comme diverses études sociologiques récentes (notamment l'étude en cours du CENTAL et de CELEXROM), qu'il n'y a pas un mais une multitude de langages SMS. Invoquer des arguments sociologiques de manière superficielle ne semble pas pertinent pour démontrer une absence de substituabilité entre certains supports.

3.1.2.3. Entre un message texte SMS envoyé par un mobile et un autre service de messagerie mobile

Le fait que l'ARCEP rejette la substituabilité entre services de données mobiles est contestable ; Orange France estime que de la substituabilité entre services SMS, MMS, email mobile et messages instantanés ne peut être ignorée. La Commission européenne, dans sa recommandation sur les marchés pertinents, va d'ailleurs dans ce sens en laissant entrevoir la possibilité de définir un marché de la transmission de données sur les mobiles, marché émergent qui ne nécessite pas de régulation ex ante.

« Dans ces conditions, les SMS pourraient être considérés comme relevant d'un marché plus vaste en matière de transmission des données [...] »

Ainsi que cela a été développé dans des contributions antérieures concernant les SMS, Orange France estime que de tels services sont substituables et que le SMS, le MMS, le courrier électronique ou les solutions de messageries instantanées s'inscrivent dans les mêmes types d'utilisation du point de vue des clients finals : les services d'échange interpersonnel de messages courts en mode asynchrone en situation de mobilité.

L'analyse détaillée de cette substituabilité est présentée au point 3.2 du présent document.

3.1.3. Substituabilité du côté de l'offre

Du côté de l'offre, l'importance des économies d'échelle et l'échec des expériences de paging en France impliquent que la manière la plus efficace de fournir les services et de répondre aux besoins des consommateurs est d'offrir un bien-système (ou panier de services), comme cela se fait actuellement. Une telle analyse, fondée sur le comportement des clients, et sur la nature des offres qui leur sont proposées, ne permet pas de définir de manière isolée un marché de détail des SMS. Des travaux présentés en 2002 lors du séminaire « The Economics of Antitrust in the Telecommunications Sector » de la DG Concurrence de la Commission européenne viennent confirmer cette analyse (Gual, J. (2002) « Market definition in the telecoms industry », Discussion Paper, COMP/2001/7050/PSE/02).

3.2. L'analyse d'Orange France concernant les services de messagerie mobile

Orange France estime qu'un SMS, en tant que message texte envoyé par un mobile, et un autre service de messagerie mobile sont substituables.

En effet, si le SMS est aujourd'hui le support privilégié (en volume) pour l'échange de tels messages interpersonnels, les autres supports (MMS, email, IM) en train de se développer s'adapteront tout aussi bien, sinon mieux, aux besoins des consommateurs en la matière : de telles solutions doivent être considérées à terme comme tout à fait substituables du point de vue des usages clients.

3.2.1. *Un pré-requis fondamental : la disponibilité de terminaux aux fonctionnalités avancées*

Dans son analyse, l'ARCEP réfute notamment la substituabilité entre SMS et autres services de messagerie mobile du fait du faible équipement en terminaux compatibles permettant l'envoi et la réception de MMS, de mail ou de services de messagerie instantanée (moins de 25% du parc équipé en mobiles). Cependant, aucune projection de ces taux d'équipement n'est réalisée, alors même que la période de l'analyse couvre les années 2006 à 2008.

Tout d'abord, le chiffre de 25% cité par l'ARCEP semble correspondre à une estimation effectuée dans le cadre de l'observatoire des mobiles de l'Autorité concernant le parc actif multimedia mobile. Il ne s'agit donc pas du taux réel d'équipement des utilisateurs, qui est nettement supérieur à ce qui est annoncé. **A ce jour, Orange France estime que plus de 50% de ses abonnés disposent de terminaux multimedia leur permettant d'envoyer ou de recevoir des MMS ou d'avoir accès à d'autres services de messagerie mobile.** Le pourcentage de 25% correspond plutôt pour Orange France à la part de clients équipés de terminaux multimedia « cameraphones ». Ces données Orange France semblent cohérentes avec des études externes : d'après Jupiter (European Market Forecast (Western Europe), Août 2005), la part des terminaux multimedia en France est estimée en 2005 à 58% des utilisateurs mobiles et celle des caméraphones à 33%.

Pour la période 2006-2008, la part des terminaux non multimedia va fortement décroître, du fait de l'accroissement du nombre d'abonnés choisissant de nouveaux terminaux plus performants et du renouvellement du parc des terminaux des anciens abonnés.

Ainsi, diverses études misent sur une très forte part de mobiles multimedia dans le parc mobile total à l'horizon de l'analyse de l'ARCEP, aboutissant à une quasi-disparition des terminaux GSM « de base » en faveur de terminaux plus avancés permettant des usages multimedia.

France	2005	2006	2007	2008
WAP handsets	87%	93%	98%	100%
Packet-based handsets	74%	87%	96%	99%
Multimedia handsets	58%	74%	86%	95%
Multimedia camera handsets	35%	45%	56%	64%

Source : Jupiter, European Market Forecast, Août 2005

France	2005	2006	2007	2008
GSM	29,9%	15,2%	6,4%	0,8%
HSCD	0,5%	0,3%	0,2%	0,1%
GPRS	63,4%	63,2%	50,0%	36,3%
EDGE	2,9%	12,7%	23,1%	30,7%
W-CDMA	3,6%	8,6%	20,4%	32,1%

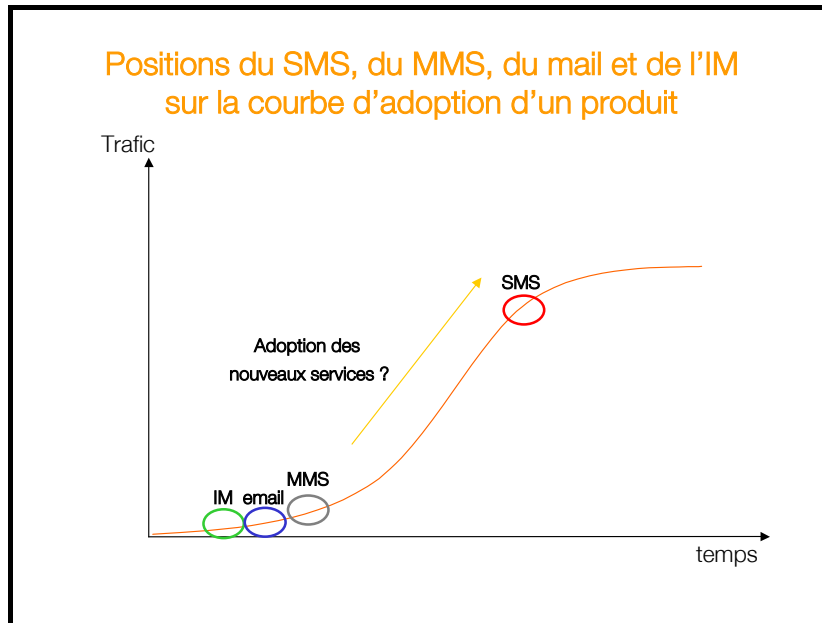
Source : Strategy Analytics, Worldwide Cellular User Forecast, 2005-2010, Août 2005

3.2.2. Les services de messagerie mobile : solutions actuelles et perspectives

3.2.2.1. Des stades d'évolution différents

Afin de démontrer la non-substituabilité des divers types de messages mobiles, l'ARCEP s'appuie sur leur stade de développement, disant notamment que le MMS n'est pas entré dans les mœurs, et que les services de mail sur mobile sont émergents.

En effet, si aujourd'hui les usages de ces services restent limités, c'est du fait de leur lancement plus récent et de leur stade de maturité inférieur au SMS : tous ces services ne sont pas positionnés au même stade dans la courbe d'adoption d'un produit. Et il est important de noter que le SMS est encore aujourd'hui en forte croissance.



Cela ne signifie pas pour autant que ces services ne sont pas substituables en termes d'usages pour les clients. D'ailleurs, ce présumé « retard » des nouveaux services de messagerie mobile devrait être rattrapé au cours de la période 2006-2008, d'après les analyses des experts. Ainsi, Gartner, dans son étude « mobile Industry must pull together on multimedia messaging » de Juin 2004, affirme :

« The same problems the industry had to solve for SMS to succeed must also be solved for MMS. To start with, SMS suffered from poor network interoperability, a lack of handsets and off-putting tariffs. But when these problems were fixed, healthy growth was the result. [...] Even so, it took several years for SMS to become the huge success it is today. [...] Mass-market adoption of MMS is also likely to take several years. The first services were announced in 2002, so – assuming technical problems are overcome – widespread use can be expected by 2006 ».

3.2.2.2. Tarification

On peut noter que différentes modalités de tarification des services existent pour la voix (prépayé ou post-payé, au volume ou en fonction d'un montant, etc.). C'est la même chose concernant les autres services mobiles, MSS, MMS, accès à des contenus (TV), etc..

Or l'ARCEP cite la tarification des différents services de messagerie mobile pour justifier leur non-substituabilité.

« En se basant sur la règle d'équivalence 1 MMS = 3 SMS appliquée par les trois principaux opérateurs mobiles métropolitains dans le cadre de leur forfait SMS, on peut dire qu'en moyenne un MMS est trois fois plus cher qu'un SMS, ce qui tend aujourd'hui à limiter les possibilités de substitution entre ces deux services. »

« [...] Une augmentation de 10 à 15% du prix du SMS, étant donné le niveau des tarifs actuels, ne provoquerait aucun effet de substitution sur les consommateurs. »

Cette vision ne s'appuie cependant que sur une étude des tarifs actuels de ces divers services, sans préjuger des évolutions qui interviendront durant la période 2006-2008 ou qui commencent déjà à voir le jour et sans avoir de vision dans le temps sur les effets de ces formules sur les usages clients. Ainsi, Bouygues Télécom a lancé dernièrement des offres innovantes en matière tarifaire pour les consommateurs : emails gratuits et illimités et accès illimité aux services de messagerie instantanée pour les abonnés i-mode, le cas échéant moyennant des abonnements spécifiques.

Emails gratuits et illimités (1)

Vous ne pouvez pas vous passer de la boîte mail de votre PC ?

Avec i-mode™ vous disposez d'une adresse email personnelle pour **envoyer et recevoir vos mails en toute liberté et sans contrainte**, vers toutes les adresses contenant un @. Vous pouvez aussi envoyer **en pièce jointe vos photos et vidéos**.

À vous d'en profiter, c'est sans limite !

» Mode d'emploi, cliquez ici.
» Clients i-mode pour en profiter, cliquez ici.

Les Messenger sur votre mobile !

Votre communauté vous suit partout !

Avec MSN® Messenger, Yahoo! Messenger et AIM (AOL Messenger), n'importe où, n'importe quand, communiquez en illimité avec vos contacts PC sur votre mobile i-mode Haut Débit.

Pour recevoir le lien de la rubrique "Petites annonces" sur votre mobile

OFFRE MESSENGER : 2 MOIS GRATUITS !

Ces nouveautés tarifaires concernant les mails et les messages instantanées auront des répercussions sur la répartition des usages entre SMS, MMS, mails et messages instantanés, et par ricochet sur la tarification de l'ensemble de ces services.

3.2.2.3. Ergonomie des services

De plus, l'ARCEP conclut de la situation actuelle, où malgré les écarts tarifaires importants entre emails sur mobile et SMS en défaveur de ces derniers, les SMS sont largement plébiscités en termes de support par rapport aux mails mobiles, qu'il n'y a pas de substitution entre ces services.

Une telle conclusion ne peut pas être tirée aussi rapidement sur la simple base du modèle tarifaire, qui n'est effectivement pas le premier ni l'unique critère de choix pour les consommateurs (surtout dans le cas du mobile, perçu par les clients comme un bien système) : **au final, l'Autorité ne se penche pas vraiment sur l'ergonomie même des services, qui au fil des évolutions technologiques tend à converger pour ces différents supports, ce qui est un des facteurs clés permettant d'étudier la substituabilité des messages sur les différents supports évoqués.**

3.2.2.3.1. Pour l'envoi des messages

L'envoi d'un SMS peut se faire très aisément depuis un terminal mobile, tout comme l'envoi d'un MMS qui peut se faire à destination d'un numéro de téléphone ou d'une adresse email, ou l'envoi d'un email.

Sur certains terminaux (avec un client mail embarqué), l'envoi d'email se présente sous la même forme que l'envoi d'un SMS ou d'un MMS. Dans d'autres cas, certes les plus fréquents à ce jour, mais qui devraient le devenir moins avec l'évolution du parc de terminaux, il doit se connecter sur le portail Orange pour avoir accès à son mail Orange, où à son portail mail depuis lequel il a accès simplement à la boîte mail de son fournisseur habituel (Wanadoo, Caramail, Lycos, Club Internet...).

Les copies d'écran ci-dessous, montrant les étapes suivies par le client pour l'envoi d'un MMS, seraient identiques pour l'envoi d'un SMS ou d'un email : dès le deuxième écran, le client a la possibilité d'opter pour le type de message de son choix, l'ergonomie étant ensuite la même.



L'envoi d'un message instantané peut également se faire de diverses manières : soit directement à partir de l'application IM embarquée, que le client peut télécharger sur les terminaux Symbian et sur les smartphones, soit depuis un terminal WirelessVillage embarquant le client IM du constructeur ou bien depuis l'interface WAP à travers le portail de l'opérateur ; le premier mode devant à terme être généralisé sur les nouveaux terminaux mobiles.

[SECRET DES AFFAIRES]

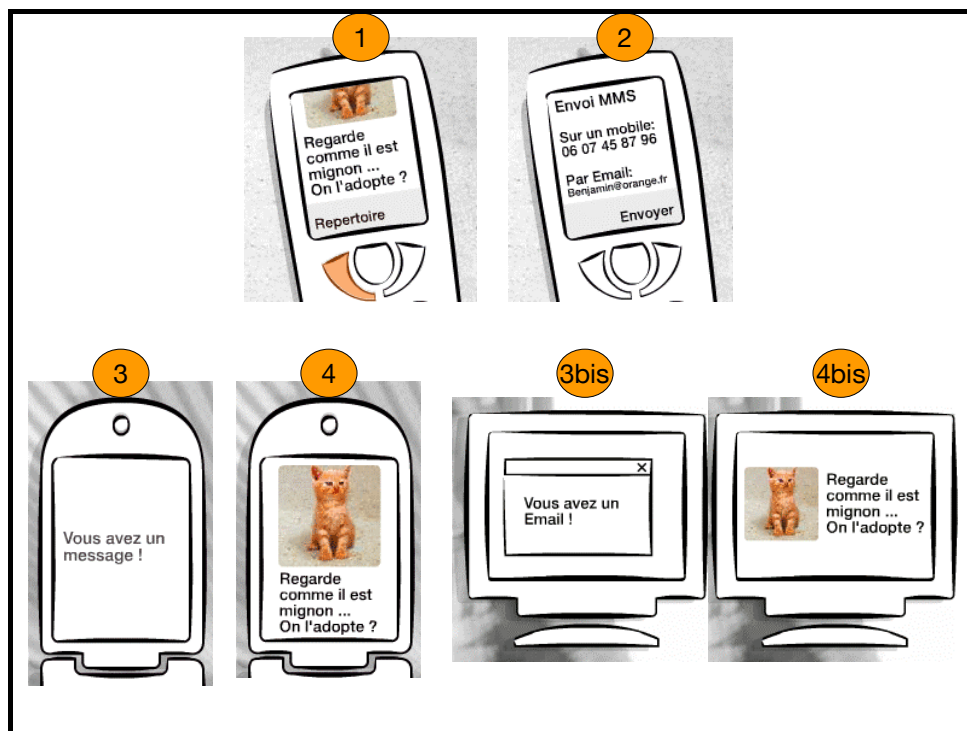
3.2.2.3.2. Pour la réception des messages

La réception d'un SMS ou d'un MMS se fait directement : le client voit l'avis de message s'afficher sur son terminal et peut directement ouvrir les messages pour accéder à son contenu.

Concernant le mail, plusieurs solutions existent. Le client du mail Orange ou du Portail Mail Orange est tout d'abord prévenu par SMS de la réception d'un message sur sa boîte mail. Il doit ensuite se connecter à cette boîte sur le WAP pour pouvoir consulter le contenu du message. Diverses évolutions ont permis ou vont permettre d'améliorer cette ergonomie pour qu'elle soit aussi aisée que pour la réception d'un message SMS ou MMS : ce sont les solutions avec client mail embarqué sur certains terminaux, ou les solutions « Push mail » qui permettent la réception du message immédiatement accessible sur le terminal mobile.

Les maquettes ci-dessous présentent par exemple la réception d'un MMS sur un terminal mobile, qui se fait aussi simplement que la réception d'un mail sur un ordinateur personnel.

Il faut noter que la réception d'un SMS ou d'un email en « push mail » se font de la même manière pour le client final.

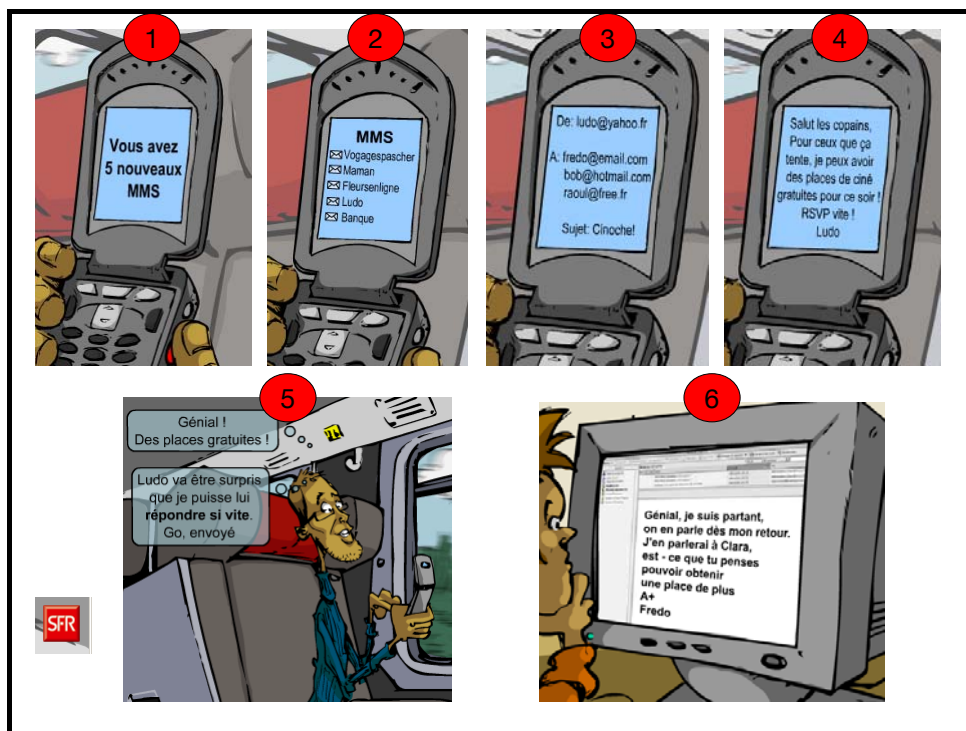


Aujourd'hui, les solutions « Push Mail » sont propriétaires et nécessitent des terminaux spécifiques : le BlackBerry 7290, le BlackBerry 7230 et le Sony Ericsson P910i. BlackBerry sont d'ores et déjà disponibles pour les clients Orange France. D'autres équipementiers, comme Nokia, ont annoncé pour l'année 2006 l'arrivée de terminaux aux mêmes fonctionnalités. Des travaux sont également en cours au niveau des organismes de normalisation pour aboutir à une solution standardisée de « Push Mail », qui devraient aboutir courant 2006 et permettre dans les années suivantes la disponibilité de ces solutions sur tout type de terminal mobile.

[SECRET DES AFFAIRES]

Le service MMS « Push Mail » a déjà été lancé commercialement par SFR et semble avoir un certain succès auprès des consommateurs.

Les maquettes ci-dessous, réalisées à partir d'une animation mise en ligne sur le site de SFR pour présenter son service aux clients, montrent la facilité de réception et d'envoi de messages via ce nouveau service.



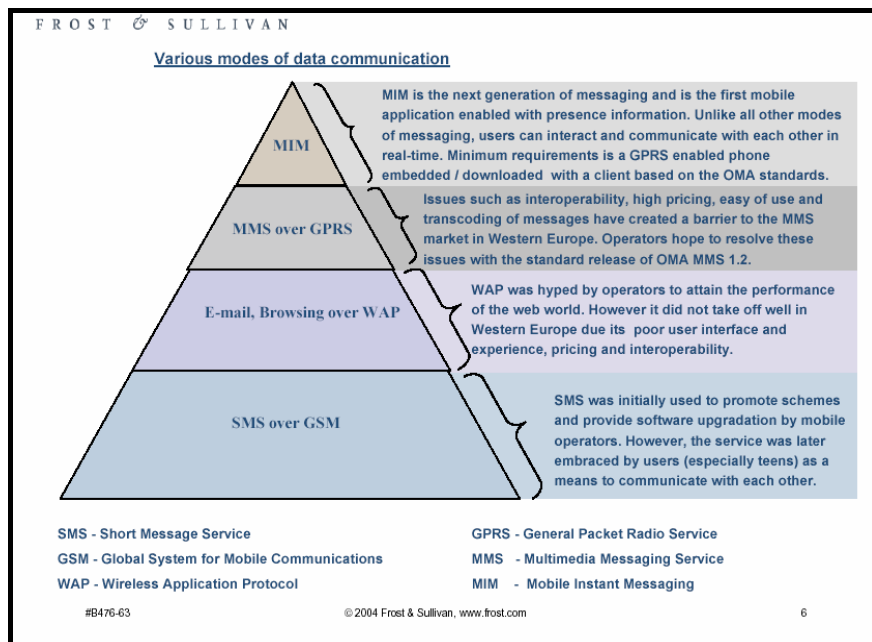
Concernant la messagerie instantanée, la réception des messages se fait soit directement sur le terminal du client lorsque celui-ci dispose d'un client embarqué ou sur le WAP. Des évolutions futures devraient permettre d'envoyer ces messages par SMS ou éventuellement par messages vocaux.

3.2.3. Une analyse partagée par les experts

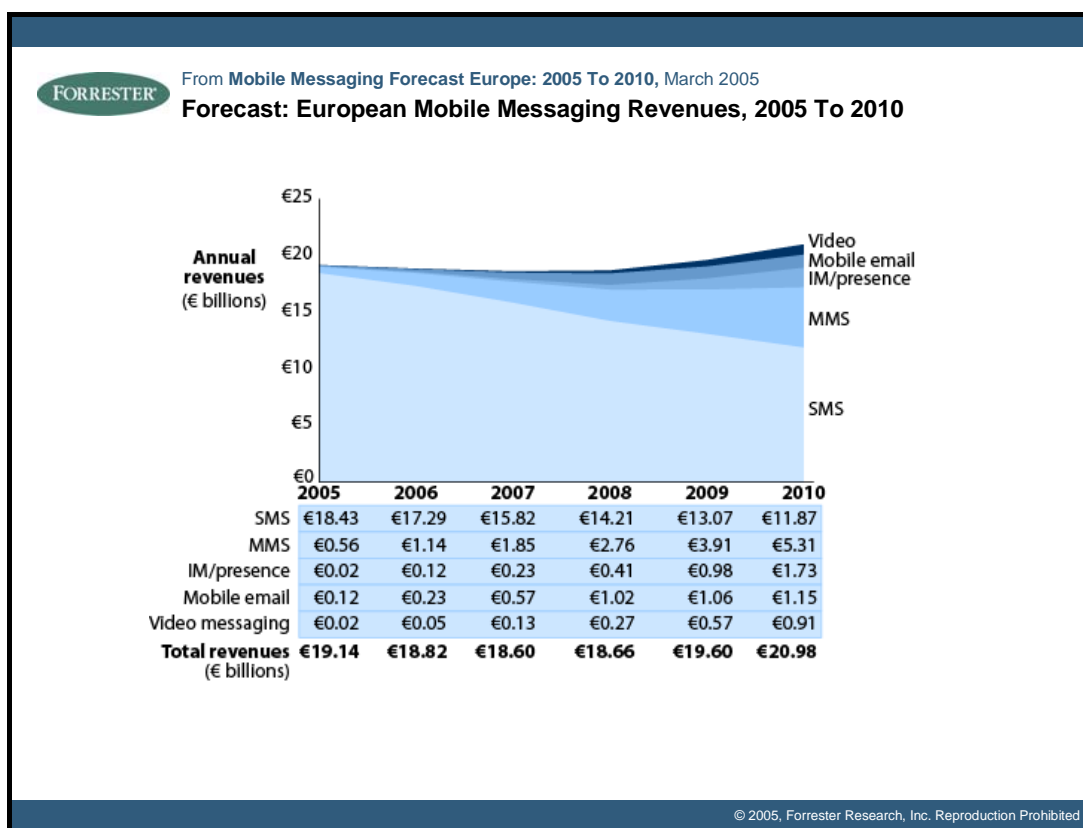
De nombreuses études prospectives sur les usages des services mobiles témoignent également de cette substituabilité.

Ainsi, généralement, les études qui traitent des SMS ne sont pas limitées à cette technologie, mais couvrent le périmètre plus large des services de messagerie mobile :

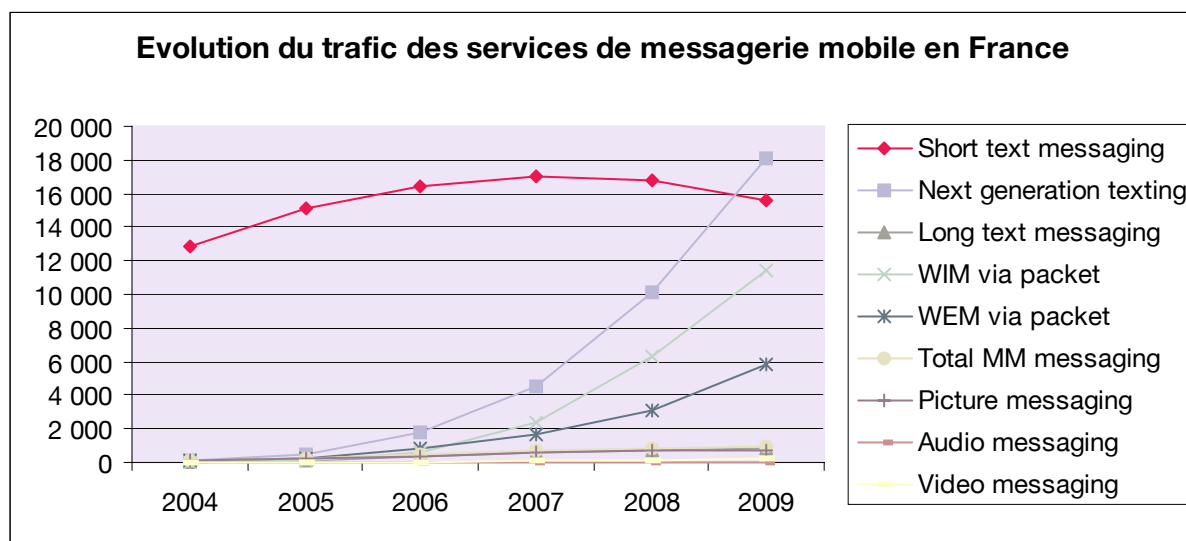
- , « Sizing the **US Mobile Messaging Market** », Forrester Research, Juillet 2004: cette étude aborde les messages textes, les services de messagerie instantanée, les messages multimedia, le mail, la messagerie vocale, le "Push to talk";
- « Japan Cellular Data Forecast (2005-2010) », Strategy Analytics, Octobre 2005: une partie de cette étude concerne les **services de « text messaging »**, SMS, IM et email, signalant que le Japon est un cas particulier dans la mesure où **les SMS se sont très peu développés et où ce sont les email via mobile qui représentent la grande majorité des usages** ;
- « Mobile Industry must pull together on **multimedia messaging** », Gartner, Juin 2004;
- « **Mobile messaging** Futures 2005-2010 », Portio-Research, Juin 2005 ;
- « Europe Mobile Instant Messaging Market », Frost and Sullivan, Novembre 2004, qui aborde la messagerie instantanée sur mobile comme **faisant partie des applications de messagerie sur mobile comme le MMS, le SMS et l'email**



En termes quantitatifs, les projections peuvent varier selon les experts quant à l'horizon auquel les services SMS seront supplantés en nombre par les autres services de messagerie mobile, mais elles vont toutes généralement dans le sens d'une substitution à un horizon relativement proche.

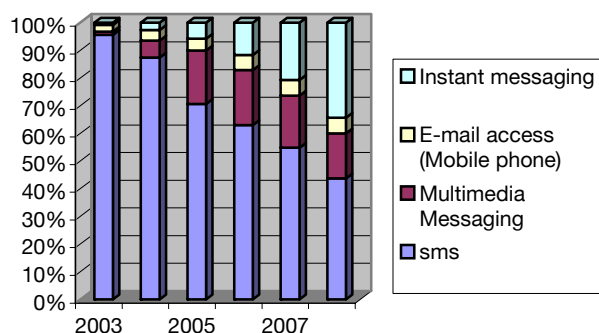


Etude Forrester, Mars 2005

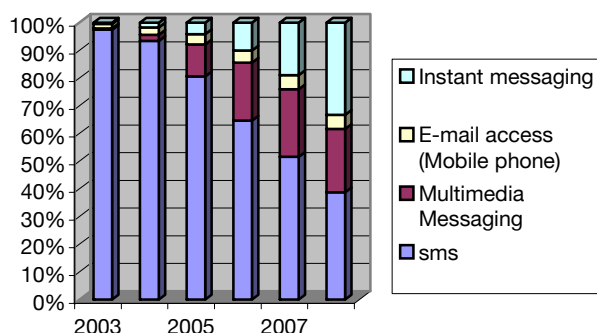


D'après étude OVUM, Août 2005

Répartition des utilisateurs de services de messagerie mobile en France

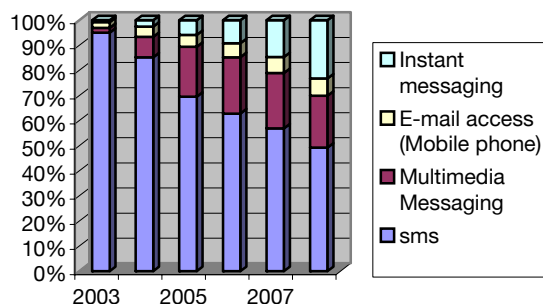


Répartition des dépenses des utilisateurs de services de messagerie mobile en France

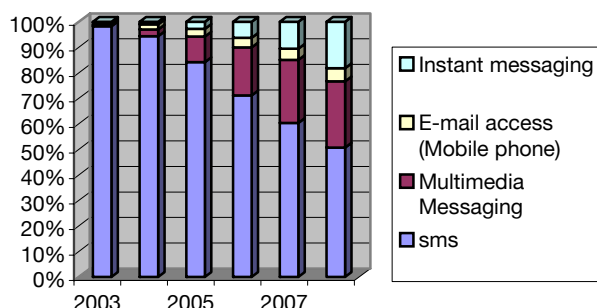


D'après étude IDC, Juillet 2004

Répartition des utilisateurs de services de messagerie mobile en Europe

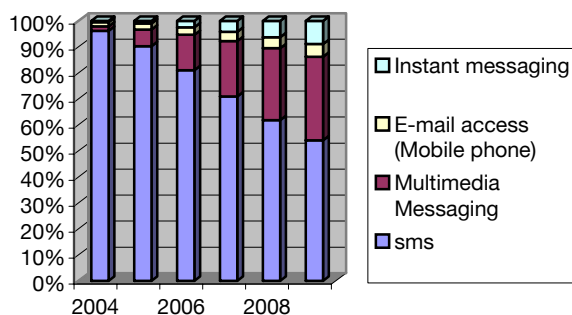


Répartition des dépenses des utilisateurs de messagerie mobile en Europe

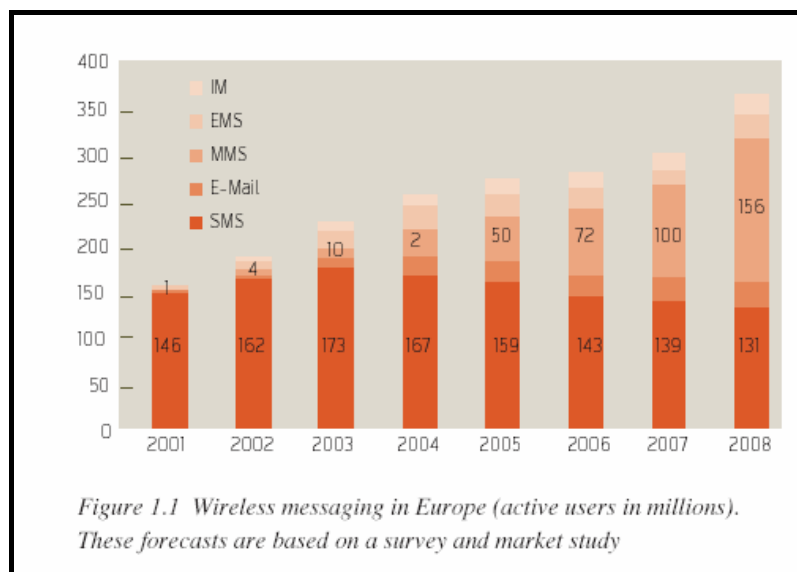


D'après étude IDC, Juillet 2004

Répartition des dépenses des utilisateurs de messagerie mobile en Europe



D'après étude IDC, Octobre 2005



Source : Teletronikk 4.2004, Modelling and forecasting the growth of wireless messaging (Mohsen Hamoudia, Towhidul Islam)

D'autres opérateurs mobiles ont également développé des analyses sur cette substituabilité. C'est le cas par exemple de Bouygues Télécom, qui dans son « Livre Blanc pour une situation de saine concurrence au bénéfice des consommateurs » paru en juin 2004, déclare notamment :

« l'e-mail : une évolution naturelle du SMS vers la transmission en mobilité de textes et d'images »

« Confiant dans le développement de l'e-mail qui remplacera à terme le SMS, Bouygues Télécom anticipe cette évolution en proposant l'envoi des e-mails à des prix très compétitifs. L'évolution du multimédia mobile avec l'e-mail sur i-mode est, pour les consommateurs, une rupture aussi forte que l'introduction, en 1996, du forfait voix par Bouygues Télécom.

Ainsi, un mail sur i-mode peut contenir six fois plus de texte qu'un SMS (jusqu'à 1000 caractères), mais ne coûte que 3 centimes d'euro maximum.

Envoyer un mail avec pièce jointe (photo) revient environ à 25 centimes d'euro. Enfin, comme i-mode est un système totalement ouvert, un client i-mode peut échanger des mails avec les messageries du monde entier. Il peut aussi adresser un e-mail avec pièce jointe à un interlocuteur disposant d'un terminal MMS (SMS enrichi d'images et de son). Dans ce cas, son envoi sera automatiquement transformé en MMS avant de parvenir à son destinataire » (page 19)

Ainsi, pour Orange France, il n'est pas pertinent de définir un marché limité aux SMS : en effet, ce n'est pas au SMS en tant que support technique que l'analyse de marché doit s'intéresser, mais au service qui est fourni au client par l'intermédiaire de ce support ; en l'espèce, il s'agit d'un service d'échange de messages interpersonnels en mode asynchrone en situation de mobilité.

Eu égard à cet usage, différents supports permettent de rendre ce service aux consommateurs : le SMS, le MMS, le mail sur mobile, les messages instantanés. Si ces divers supports n'en sont pas au même stade de développement à l'heure actuelle et ne se présentent aujourd'hui pas exactement sous la même forme, les évolutions attendues dans les années à venir vont dans le sens d'une très forte homogénéisation.

Diverses études confirment la substituabilité de ces services, et la pertinence de s'attacher plutôt à l'identification d'un segment des services de messagerie sur les mobiles, au sein d'un éventuel marché plus large des services de transmission de données sur les mobiles eux-mêmes faisant partie du marché plus large des services mobiles.

3.3. Il n'y a pas de problème concurrentiel sur ces services

Une fois menées ces considérations concernant la délimitation d'un périmètre de marché, la question se pose de la situation concurrentielle sur le marché de détail : c'est l'existence de difficultés sur le marché de détail, au détriment des consommateurs, qui peut justifier la définition d'un marché pertinent à des fins de régulation ex ante et l'imposition d'obligations sur les marchés de gros liés au marché de détail en question, lorsque des effets de levier ont été mis en évidence.

3.3.1. *L'analyse de l'Autorité*

L'Autorité constate elle-même, dans son analyse, que le fort développement des services SMS, tirant celui des services de messagerie mobile, a toujours cours.

« En France, le SMS a connu un très fort développement depuis la signature des accords d'interopérabilité intervenue en décembre 1999. En effet, près de 11 milliards de SMS ont été envoyés sur les réseaux mobiles métropolitains en 2004 (contre 1.5 milliards en 2000), soit une multiplication par sept en cinq ans, dégagant un chiffre d'affaires de plus d'un milliard, d'euros (contre 151 millions d'euros en 2000). L'appétence des consommateurs pour le SMS, loin de se tarir, semble au contraire redoubler avec l'arrivée de nouveaux services à valeur ajoutée (SMS+, MMM, etc.). »

« ... le nombre de SMS mensuel moyen par abonné sur le marché français a été multiplié par 3 passant de 7 à 23 entre 2001 et 2004... »

« Plus qu'un simple medium, le SMS est devenu en quelques années un véritable phénomène de société »

« Le décollage récent des nouveaux services de messagerie mobile

Le succès du SMS a soutenu ces dernières années l'essor de nouveaux services de messagerie, notamment ceux du MMS et de l'Internet mobile qui permettent l'envoi de messages instantanés ou de contenus multimedia.»

Sur la période 2006-2008, les analyses d'expert citées dans la partie précédentes prévoient également une poursuite de l'essor des services de messagerie mobile, la décroissance ou le ralentissement des usages SMS étant compensés par l'évolution des autres types de messages mobiles.

Toutefois, malgré ce fort développement, l'ARCEP estime que la situation n'est pas assez concurrentielle concernant ces services.

« Le niveau actuel de la charge de terminaison d'appel SMS constitue un frein au libre jeu de la concurrence au niveau de détail. »

« Relative stagnation des prix de détail des SMS »

« la différenciation tarifaire [...] n'a pas de réelle pertinence pour l'utilisateur, qui souhaite avant tout envoyer un SMS à un correspondant »

« Enfin et surtout, le niveau de la TA SMS freine considérablement le développement d'offres SMS alternatives que souhaiteraient proposer des FAI ou des opérateurs fixes. »

L'appréciation de l'ARCEP n'est pas justifiée par les faits. A contrario, les accords passés avec les tiers et l'interopérabilité des services permet d'offrir aux consommateurs une très grande variété de services à des tarifs attractifs.

3.3.2. Les tarifs de détail des SMS en France

Orange France estime que la situation concurrentielle actuelle sur le marché de détail mobile et sur les services SMS en particulier témoigne d'un fort dynamisme.

Orange France propose ainsi à ses clients une grande variété d'offres.

- sur le plan des usages :
 - o échanges interpersonnels avec les SMS traditionnels ou des services de messagerie instantanée par SMS ;
 - o accès à des services et contenus à valeur ajoutée avec les SMS Premium ;
- sur le plan des formules :
 - o les SMS peuvent être consommés à l'unité ou à travers de forfaits spécifiques (de 30, 80 ou 130 SMS), le client peut ainsi choisir la formule de son choix en fonction de son profil de consommation ;
 - o les SMS peuvent également être consommés hors forfait (Orange Classique) ou déduits d'un crédit global de communications (Orange Pro, Orange Zap, M6Mobile by Orange) ;
- sur le plan des tarifs :
 - o le prix de base du SMS pour les clients grand public est de 13 centimes d'euros TTC ;
 - o les soirs et week-ends il passe à 10 centimes d'euros TTC ;
 - o les forfaits SMS proposent des SMS entre 8,33 et 10 centimes d'euros TTC ;
 - o les offres pour les étudiants proposent des SMS à 8 centimes d'euros TTC ;
 - o des promotions proposent même des SMS gratuits (nuits KDO par exemple, avec plus de 185 millions de SMS envoyés gratuitement depuis la première Nuit KDO en juin 2004).

Les autres opérateurs de réseau mobile (SFR et Bouygues Télécom) et les nouveaux venus opérateurs virtuels (Débitel, Breizh Télécom, Tele 2, NRJ Mobile...) ont également de nombreuses offres en termes de SMS, avec des formules et des tarifs très diversifiés qui témoignent d'une animation concurrentielle forte :

- Débitel propose un tarif unique de 9 centimes d'euros TTC, et des offres de forfaits amenant le prix du SMS jusqu'à 7 centimes d'euros TTC ;
- Breizh Télécom propose des SMS à 10 centimes d'euros TTC ;
- NRJ Mobile propose des SMS à 12 centimes d'euros TTC ;
- Universal propose des SMS à 9 centimes TTC pour ses clients postpayés ;
- Tele 2 propose des SMS à 9 centimes d'euros TTC ;
- Bouygues Télécom offre une large gamme de forfaits à partir de 7,1 centimes d'euros TTC le SMS ;
- SFR propose des SMS à 13 centimes TTC ;
- Etc.

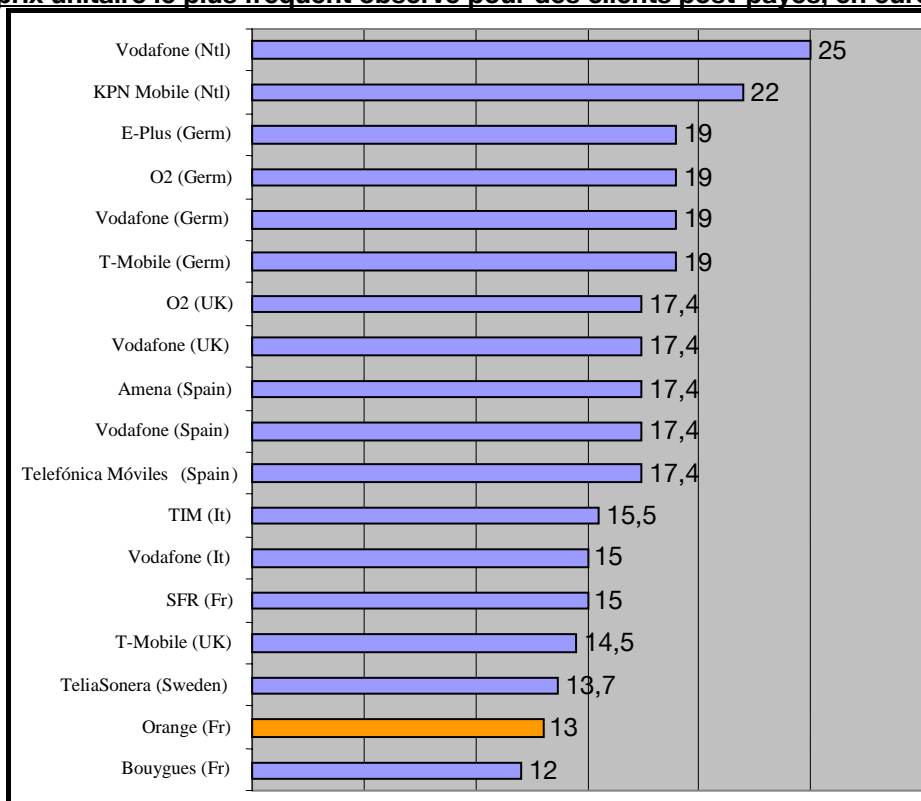
Il est donc faux de dire que les tarifs de détail des SMS n'ont connu depuis 1999 qu'une seule baisse significative intervenue à l'été 2004 : c'est sans compter les évolutions antérieures proposées à travers les divers types de forfaits SMS, ne pas reconnaître la diversité des offres proposées par les opérateurs, notamment par les opérateurs virtuels nouvellement entrés sur le marché de détail mobile.

3.3.3. La comparaison avec d'autres pays de l'Union européenne

Dans le graphique présenté par l'ARCEP en page 76 de son analyse, visant à démontrer que les prix de détail en France sont fortement contraints par un niveau élevé de terminaison SMS, on constate d'ailleurs que la France se situe **en-dessous** de la moyenne européenne concernant les tarifs de détail pratiqués en matière de SMS, et non pas **dans** la moyenne comme le soutient l'Autorité.

Ainsi, la comparaison avec d'autres pays de l'Union européenne met en évidence que la France se situe dans le bas des fourchettes des prix de détail des SMS, comme le démontre notamment une étude InfoComm d'août 2005.

**Comparaison du prix de détail des SMS en Europe
(prix unitaire le plus fréquent observé pour des clients post-payés, en euros)**



Graphique : Orange France ; Source : InfoComm 2005

Il est ainsi particulièrement surprenant qu'aucune autre autorité de régulation nationale n'ait entrepris d'analyse d'un éventuel marché pertinent des SMS et que ce soit la France, où la situation est plus satisfaisante en matière tarifaire que dans la moyenne des pays européens, qui initie cette démarche.

Si l'on se penche sur la situation dans des pays européens où les tarifs de détail des SMS sont très bas, on s'aperçoit qu'elle n'est pas forcément au meilleur avantage pour les consommateurs, a contrario de la France, où le fort développement des services SMS tire celui des autres services de messagerie mobile. Selon une étude TMO, la France est d'ailleurs le troisième pays européen pour la consommation de services multimedia mobiles.

C'est le cas par exemple du Danemark, souvent cité comme référence, avec des tarifs de détail des SMS tournant autour de 2 centimes d'euros : dans cet Etat Membre, les nouveaux services mobiles data ne se développent que très faiblement.

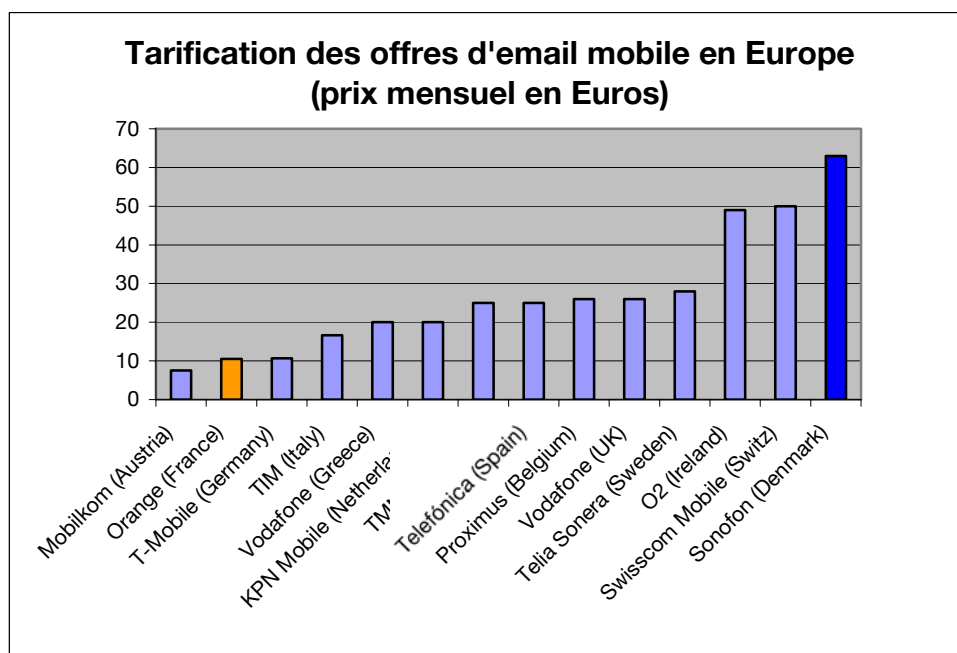
Le régulateur danois a imposé une obligation d'accès aux opérateurs mobiles disposant de licences (MNO). Sur un marché qui comptait cinq MNO, on compte aujourd'hui en plus treize opérateurs virtuels. Les nouveaux acteurs MVNO ont une politique commerciale simple qui consiste à faire chuter les prix de détail de la voix et des SMS avec la banalisation des illimités ou des offres à forte consommation. En se focalisant sur la voix et le SMS, l'ensemble des acteurs a négligé de développer les services data émergents qui sont aujourd'hui très en retard par rapport aux autres pays européens. Par ailleurs, les MVNOs se sont contentés de baisser les prix au détriment des services clients dont le support est minimal.

Concrètement, ceci s'est traduit par un mouvement de concentration des opérateurs donnant lieu à des fusions et acquisitions, comme le rachat en 2004 d'Orange Denmark par TeliaSonera, de Telmore par TDC ou encore celui de CBB Mobil par Sonofon la même année.

Ainsi, outre l'absence d'investissement sur les nouveaux services, les opérations de rapprochement d'opérateurs sont à l'origine de conditions de marché instable pour le client, comme pour les acteurs du secteur conduisant à s'interroger sur le caractère durable d'une telle concurrence, soutenable sur le long terme et sur son caractère bénéfique au final pour le consommateur.

Dans l'exemple du Danemark, on observe ainsi que les autres services de données marquent un net retard dans leur développement. Les clients se sont détournés des services de données mobiles émergents suite à la guerre des prix que les 18 opérateurs ont menée sur les SMS qui ont atteint un niveau de prix excessivement bas. **Ceci corrobore le fait qu'il existe une forme de substituabilité entre les SMS et les autres datas et qu'une chute brutale du prix du SMS peut engendrer un retard dans l'utilisation et le développement des autres datas.**

Ainsi, Sonofon au Danemark a le prix le plus élevé d'Europe en matière d'e-mail mobile (même en rapportant les prix à la parité de pouvoir d'achat, le prix reste le plus élevé d'Europe).

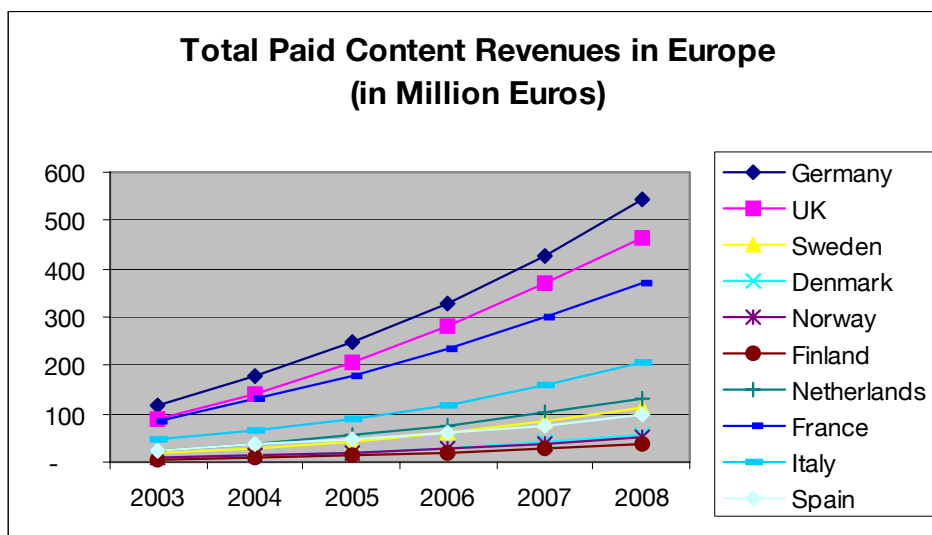


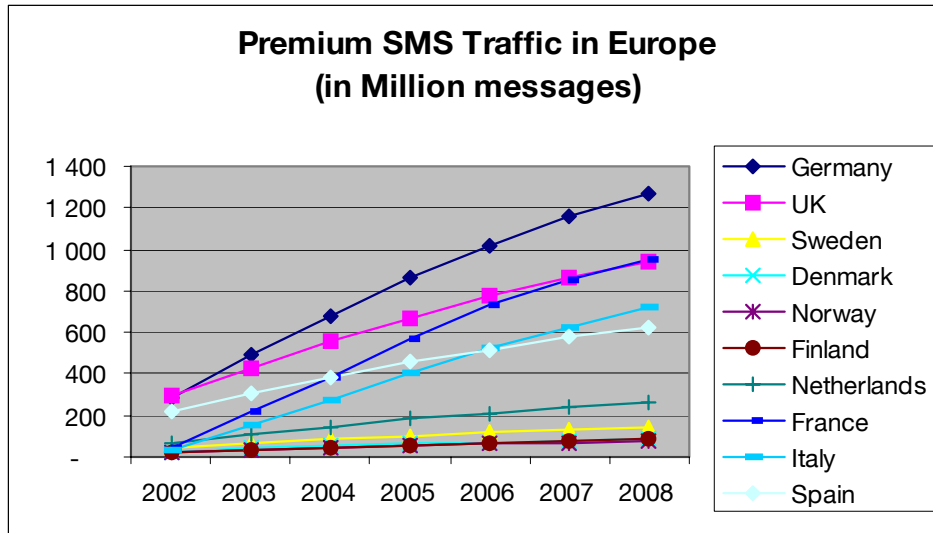
Mobile Operators: Example of Email Services

Operator	Email Offering	Pricing
Mobilkom Austria	BlackBerry	€7.50 per month
Proximus	Direct E-mail	€26.00 per month
Sonofon	Email2SMS	€63.00 per month
Orange	Orange Bureau	Basic price €10.50 per month plus €6.00 per user
T-Mobile	E-Mail Push Service with Data 30	Basic price €10.69 per month plus €8.62 per user
Vodafone	Vodafone Mobile Email	€20.00 per month
O2	BlackBerry 100	€49.00 per month
TIM	Mobile email with MaxxiTim Data Professional	€16.67 per month
KPN Mobile	Mobile email with 10MB bundle	€20.00 per month
TMN	Out Mail Microsoft	€25.00 per month
Telefónica	BlackBerry	€25.00 per month
Telia Sonera	Telia Mobile Mail	€28.00 per month
Swisscom Mobile	Data Option 1000	€50.00 per month
Vodafone	BlackBerry	€26.00 per month

D'après IDC, 2005

Le Danemark fait aussi partie des pays les moins avancés dans les prévisions de dépenses de contenu data, comme dans les prévisions en volume de trafic de SMS premium, ainsi que l'illustrent les deux graphiques ci-dessous, après une étude JupiterResearch de Juillet 2004 :





3.3.4. Une analyse non prospective

Comme nous l'avons détaillé plus haut, des solutions tarifaires innovantes en termes de services de messagerie mobile ont été lancées récemment par certains opérateurs, et notamment des offres de forfaits illimités pour l'envoi de mails ou de messages instantanés mobiles. De telles offres auront très certainement des impacts en termes d'usages consommateurs, qui pourront se traduire par des évolutions tarifaires des autres services de messagerie mobile, comme les SMS. De tels facteurs ne sont pas évoqués dans l'analyse de l'ARCEP.

3.3.5. *Les pratiques de différenciation tarifaire*

L'analyse de l'ARCEP concernant les pratiques de différenciation tarifaire est contestable.

D'une part du fait que l'analyse de l'Autorité ne prend pas en compte divers éléments qui permettent d'apprécier l'impact des offres SMS on net :

En effet, le taux d'usage des SMS dépend de plusieurs paramètres : du type de clientèle et de l'âge des utilisateurs notamment (les jeunes envoyant beaucoup plus de SMS que les tranches d'âges plus élevées).

Selon ces critères et au vu de la structuration de sa base client, Orange France est pénalisé par rapport à ses concurrents. Ceci se traduit notamment par la proportion de messages envoyés par client par mois, qui est inférieure pour Orange France par rapport aux autres opérateurs.

[SECRET DES AFFAIRES]

D'autre part dans la mesure où les offres présentant une différenciation tarifaire sont très peu répandues.

Concernant Orange France, ce sont seulement deux de ses cinq offres de forfaits SMS qui proposent un bonus de SMS on net, offres souscrites par un nombre assez modéré de clients.

Contrairement à ce qui est affirmé par l'ARCEP, l'offre Nuit KDO permet l'envoi de SMS gratuits vers l'ensemble des clients mobiles et pas uniquement vers les clients Orange France.

[SECRET DES AFFAIRES]

SFR, qui avait lancé de telles offres, les a supprimé de son catalogue et ne les propose plus que sous forme promotionnelle à ses clients.

Enfin, à supposer même que ces offres de différenciation tarifaire soient généralisées, cette problématique peut être directement adressée par le droit commun et l'intervention du Conseil de la Concurrence.

3.3.6. *Un frein au développement d'offres alternatives des FAI ou des opérateurs fixes : une appréciation erronée*

Orange France souhaite apporter plusieurs commentaires sur l'évaluation de l'Autorité par rapport aux offres « alternatives ».

Pour commencer, l'Autorité parle « d'offres SMS alternatives » des acteurs de la téléphonie fixe ou de l'Internet. Il s'agit d'un abus de langage, qui assimile les notions de service et de norme technique. De tels acteurs peuvent proposer à leurs clients des services d'envoi de messages vers des terminaux mobiles, toutefois il ne s'agit pas de SMS de bout en bout au plan technique. Si l'on se place ainsi dans le cadre plus global des services fournis aux clients, on peut noter que le SMS n'est ainsi pas le seul support permettant au client mobile de recevoir un message issu d'un terminal fixe ou de l'Internet sur son terminal mobile, comme nous l'avons vu précédemment.

3.3.6.1. **En France**

L'Autorité constate qu'aucun opérateur fixe alternatif ne propose de services d'envoi de messages vers des terminaux mobiles, hormis France Télécom dont l'offre connaît un succès mesuré, notamment du fait de ses caractéristiques pour le client fixe (nécessité de disposer d'un terminal spécifique, et de le faire savoir à ses interlocuteurs, souscription de l'option « Présentation du numéro » et de l'option « Mini-Message », communication de son numéro de téléphone personnel à 11 chiffres).

Il serait abusif de faire porter aux opérateurs mobiles (et en particulier à leurs tarifs de gros, sachant que pour un volume de messages élevés, le tarif de gros se rapproche de celui pratiqué entre opérateurs interconnectés, et qu'on ne peut pas dire que le tarif pratiqué entre opérateurs mobiles ait empêché le développement des services SMS, ni que le tarif de gros ait empêché le développement des services SMS Premium) **la responsabilité du non développement de tels services : ce sont les opérateurs fixes eux-mêmes qui sont en charge d'élaborer leur stratégie d'offres de services à leurs abonnés et d'adapter l'ergonomie et les caractéristiques de ces offres pour permettre le développement des usages. Ce sont les opérateurs fixes qui sont les mieux placés pour connaître l'appétence de leur base client pour de nouveaux services de communication.**

Orange France n'a été contacté par aucun autre opérateur que France Télécom sur cette question. Avec France Télécom, une solution a été mise en place voilà quelques années pour permettre l'interopérabilité des services, elle est actuellement en cours de révision pour répondre aux préoccupations de l'opérateur fixe souhaitant accroître l'ergonomie du service.

Concernant le monde Internet, l'ARCEP fait référence à l'existence de modèles économiques différents entre les acteurs de la téléphonie traditionnelle et ceux du monde de l'Internet (Calling Party Pays versus Receiving Party Pays) et à l'absence supposée pour ces derniers de moyens aisés permettant de faire payer leurs clients à l'acte pour certaines prestations.

La différence des modèles économiques peut être approfondie : les acteurs de la téléphonie traditionnelle facturent en effet à l'utilisateur émetteur en fonction de l'usage qu'il fait de différents services : appels vocaux, envois de messages SMS, envoi de messages MMS, accès à des services à valeur ajoutée ; les acteurs de l'Internet quant à eux ont plutôt une logique de fourniture d'un accès (payant le plus souvent) à Internet et à certains services, sans regarder au cas par cas l'usage de ces services pour déterminer la tarification applicable. Toutefois, les acteurs Internet, dans la construction de leur offre, raisonnent en fonction de la consommation estimée de leurs clients, afin d'établir au mieux leur tarification ; ils disposent également de la possibilité de proposer des options ou des solutions de paiement à l'acte (telle w-HA) en fonction de l'usage ponctuel de tel ou tel service, contrairement à ce qui est affirmé par l'Autorité.

Là encore, les opérateurs mobiles ne sont pas responsables des modèles économiques proposés par les acteurs de l'Internet, qui sont eux-mêmes directement responsables de la tarification des services à valeur ajoutée qu'ils proposent à leurs clients.

De plus, avec le développement croissant des services de messagerie mobile, les acteurs Internet peuvent proposer à leurs clients diverses formes d'envoi de messages vers des terminaux mobiles, du SMS au MMS en passant par le mail.

Il n'est donc pas pertinent de blâmer les opérateurs mobiles pour le non-développement des services d'envoi de messages depuis Internet vers un mobile sous la forme de SMS, dans la mesure où les acteurs de l'Internet sont libres de leur tarification client, et peuvent proposer plusieurs types de messages à leurs clients.

L'ARCEP évoque aussi la concurrence inéquitable des services d'envoi de SMS depuis le Web offerts par les opérateurs mobiles. Il convient de noter qu'Orange France limite cette offre à l'envoi d'un seul message par jour, et que les volumes concernés sont très limités.

3.3.6.2. En Europe et dans le monde

Pour finir, un aperçu de la situation européenne permet de constater que la France est loin d'être un cas isolé : les services d'envoi de messages vers un terminal mobile depuis le fixe ou Internet ne sont pas très développés dans les autres pays de l'Union européenne.

Ceci y compris dans des Etats membres où la terminaison SMS est très basse par rapport à la moyenne européenne. C'est le cas au Danemark, malgré une terminaison s'élevant à 2,7 centimes d'Euros environ. En Norvège, les tarifs de vente en gros de SMS pour les fournisseurs de services ont été régulés en 2003 par l'Autorité norvégienne, pour être abaissés à 4,1 centimes d'euros, sans conséquence sur le développement des services en provenance du fixe ou d'Internet. En Allemagne, qui est l'un des pays européens les plus avancés en la matière, l'usage des services d'envoi de « SMS » depuis le fixe est assez limité, principalement du fait de l'absence de réel intérêt des consommateurs fixes pour ce type de services, et du manque d'informations à ce propos.

(Source : recherches OVUM pour Orange France, 2005)

Si l'on regarde en dehors des frontières de l'Union, et que l'on prend l'exemple d'Israël, mis en avant par l'Autorité, on s'aperçoit que ce type d'usage est également très limité.

(Source : recherches OVUM pour Orange France, 2005)

3.4. Les trois critères listés par la Commission ne sont pas vérifiés, notamment concernant la non efficacité relative du droit de la concurrence

Orange France s'interroge encore sur la méthodologie de l'ARCEP qui la conduit à examiner les trois critères listés dans la recommandation de la Commission sur les marchés pertinents alors qu'elle semble déjà avoir tiré des conclusions quant aux problèmes concurrentiels sur un « marché » identifié (alors que ces critères permettent justement de cerner le périmètre du marché pertinent en question. L'opérateur estime en outre que l'analyse relative à ces critères est contestable sur le fond.

3.4.1. *Sur l'existence de barrières à l'entrée et d'entraves au développement de la concurrence*

Orange France, en remettant en question le périmètre même du marché de détail considéré, permet de reconsidérer le périmètre d'un éventuel marché de gros correspondant.

Ainsi, l'opérateur de réseau mobile n'est pas le seul acteur à pouvoir offrir un service de messages mobiles aux clients mobiles, de nombreux autres acteurs étant également en mesure de le faire (les MVNO, tous les fournisseurs de services de mail, ou de messagerie instantanée, qui sont accessibles depuis les mobiles).

3.4.2. *Sur l'absence d'évolution possible vers une situation de concurrence effective*

On pourrait reprocher à l'argumentation ci-dessus exposée qu'à l'heure actuelle, une très grande majorité des services de messages sur mobile passe par le support SMS. Ce serait sans prendre en compte la dimension prospective de l'analyse de marché, et l'ensemble des éléments développés ci-avant, démontrant clairement la montée en puissance des solutions utilisant d'autres supports que le SMS sur la période 2006-2008.

Ainsi, si les opérateurs mobiles souhaitent fixer un niveau de terminaison SMS très élevé sans accepter de le faire évoluer, il est certain que les acteurs proposant des services de messagerie mobile opteraient pour les autres supports que sont le MMS, le mail, ou la messagerie instantanée. Les opérateurs mobiles ne pourraient donc pas maintenir des tarifs de terminaison SMS à des niveaux excessifs, sous peine de voir les revenus associés baisser.

3.4.3. *Sur l'efficacité relative du droit de la concurrence et l'utilité d'une régulation ex ante complémentaire*

L'ARCEP se lance à ce propos dans une analyse du « marché de gros de la terminaison SMS » qu'elle a identifié, afin d'établir si sa caractéristique de « goulot d'étranglement » correspond à celle « d'infrastructure essentielle » du droit de la concurrence.

Les conclusions qu'elle en tire portent toutefois sur la nature des obligations pouvant découler de la réglementation ex ante et de la réglementation ex post.

Orange France estime que ces éléments ne sont pas pertinents pour justifier la nécessité d'une régulation ex ante.

En effet, l'objectif principal de toute régulation est le bien-être des consommateurs et l'exercice d'une libre concurrence entre les différents acteurs du marché. C'est donc une fois encore du marché de détail qu'il convient de partir, afin d'examiner l'efficacité relative du droit commun de la concurrence ex post et du droit sectoriel des communications électroniques ex ante.

L'ARCEP ne semble pas tenir compte d'une procédure en cours devant le Conseil de la Concurrence, saisi par l'association UFC-Que Choisir de problèmes concernant les services SMS sur

le marché de détail. Une enquête préliminaire du Conseil est actuellement en cours, les opérateurs et d'autres acteurs du marché ayant notamment été auditionnés et ayant fourni un certain nombre d'éléments à ce propos. Il semble donc prématuré de conclure à l'inefficacité des mesures ex post alors même que ce dossier est loin d'être clôturé. Il n'est donc pas possible de se prononcer sur l'impact du droit de la concurrence et la nécessité ou pas d'imposer une régulation ex ante.

Pour être complet, il faut également rappeler que l'ARCEP elle-même, au titre de ses pouvoirs dans le cadre des règlements de différends entre les opérateurs, est habilitée à intervenir ex post. L'inefficacité d'une régulation ex post est donc loin d'être prouvée pour Orange France, et ne justifie pas l'imposition d'une régulation ex ante additionnelle.

Ainsi, selon l'analyse d'Orange France, non seulement il n'est pas pertinent de définir un marché de détail spécifique limité aux SMS, mais la situation concurrentielle actuelle sur le marché des mobiles en France, notamment pour le segment plus spécifique des services de messagerie mobile, ne justifie pas non plus l'intervention ex ante du régulateur national sur un éventuel marché de gros lié. De plus, les trois critères listés dans la recommandation de la Commission sur les marchés pertinents, qui auraient pu justifier le cas échéant une intervention ex ante (barrières à l'entrée, concurrence potentielle, efficacité relative du droit de la concurrence) ne sont pas remplis dans le cas présent.

Toutefois, dans son document, l'ARCEP développe certains aspects concernant la puissance des opérateurs sur des « marchés de gros de la terminaison SMS » sur lesquels Orange France estime nécessaire d'apporter des commentaires.

3.5. Puissance sur le marché de gros

Tout d'abord, comme cela a été vu précédemment, Orange France conteste l'analyse de l'Autorité selon laquelle « TA SMS » et « offres de SMS Push » seraient substituables et feraient partie du même marché pertinent (voir infra).

L'Autorité estime qu'aucun opérateur mobile national n'a contraint un autre opérateur mobile national de baisser sa terminaison SMS. Ceci est inexact. En réponse à une demande de Bouygues Télécom concernant les tarifs de terminaison SMS, Orange France avait proposé une baisse de 20%. Bouygues Télécom a refusé cette proposition et a alors saisi l'ARCEP. Le régulateur, dans sa décision, a finalement repris le niveau de baisse de 20% proposé par Orange France.

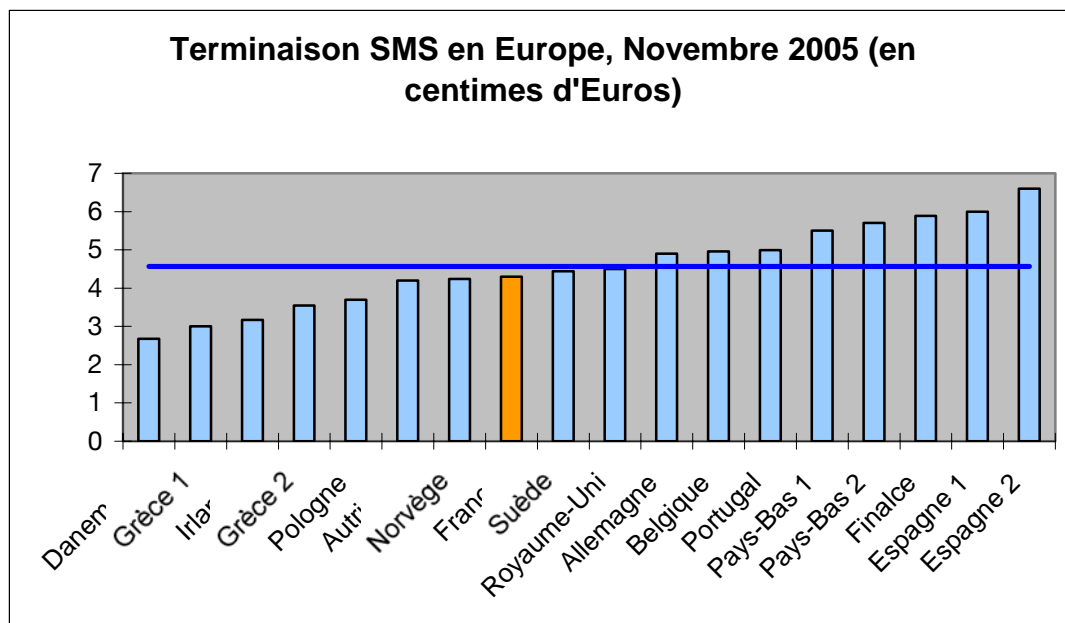
Au plan international, l'Autorité estime que le faible poids relatif des opérateurs non français sur le marché de gros ne leur confère aucun pouvoir de négociation sur la terminaison SMS proposée par les opérateurs français. La question de la terminaison SMS à l'international est toutefois régie par les négociations menées dans le cadre du roaming, lors desquelles les opérateurs discutent sur l'ensemble des services qu'ils proposent ; le tarif de terminaison SMS peut ainsi être avec certains opérateurs un élément important dans ces négociations. Et comme le poids des opérateurs dans le cadre de ces négociations est lié à de multiples facteurs, comme leur position sur leur marché national, les volumes de trafic échangés en roaming, etc., il est trop simplificateur d'évacuer de la sorte tout pouvoir d'achat compensateur de la part des opérateurs étrangers.

Concernant l'Internet et le fixe, il ne s'agit généralement pas d'accords d'interconnexion, les acteurs en présence étant de nature différente (voir infra). De plus, l'ARCEP conclut un peu vite que l'absence d'offres de « services SMS » qui seraient proposées par des opérateurs fixes alternatifs prouvent leur absence de contre-pouvoir : pour sa part, Orange France n'a pas connaissance de leur « intérêt manifeste » à proposer de telles solutions à leurs clients, et n'a à ce jour pas été contacté par de tels acteurs.

Finalement, l'ARCEP se penche sur l'évolution de la terminaison SMS depuis 1999, et compare cette évolution à celles de la terminaison d'appel vocal en métropole et de la terminaison SMS en Israël. Pour Orange France, ces comparaisons ne sont pas pertinentes.

Par rapport à la terminaison d'appel vocal, du fait que les croissances relatives des volumes en jeu (minutes et nombres de SMS) sont très différentes. Ainsi, pour gérer l'augmentation du trafic SMS, divers investissements spécifiquement liés aux SMS ont été nécessaires (notamment dimensionnement des réseaux en termes de SMS-C en fonction des pics de messages envoyés et acquisition des licences logicielles correspondantes).

D'ailleurs, si l'on regarde du côté des autres pays européens, on peut constater que les terminaisons SMS n'ont généralement pas évolué dans le temps. Le niveau de la terminaison SMS en France est à ce jour dans la moyenne européenne.



4. Des obligations non justifiées aux conséquences néfastes pour les consommateurs

Alors que l'analyse du marché de détail mobile, développée ci-dessus, ne permet pas de conclure à la nécessité de définir un marché de la terminaison SMS pertinent à des fins de régulation ex ante, Orange France est particulièrement préoccupée par les nombreuses obligations que l'Autorité souhaite imposer aux opérateurs.

Non seulement de telles obligations ne sont pas pertinentes eu égard à la situation concurrentielle sur le marché de détail mobile, ainsi que cela vient d'être démontré, mais elles pourraient en outre avoir des conséquences très négatives pour les clients mobiles, allant à l'encontre des objectifs de la régulation sectorielle de protection des données à caractère personnel, d'un niveau élevé de protection des consommateurs et d'intégrité et de sécurité des réseaux (Code des Postes et Communications Electroniques, L.32-1).

C'est du fait de ces dangers qu'Orange France souhaite réagir sur les obligations listées par l'ARCEP.

4.1. Les dangers d'une régulation des SMS

Au plan de l'analyse économique, il est à craindre qu'une régulation des services SMS ait des conséquences négatives pour les consommateurs.

D'une part en déséquilibrant la concurrence par l'innovation :

En effet, le régulateur, imposant l'orientation vers les coûts des tarifs de gros des SMS selon un modèle qui n'inclut pas de composante liée aux efforts d'innovation dans la base des coûts régulés et, de ce fait, dans le revenu autorisé pour les services de gros, l'opérateur n'est plus libre de déterminer l'équilibre de ses revenus entre services de gros et consommations de détail. Cette difficulté provient du caractère de « marché à deux côtés » (*Armstrong 2002*) qui est celui du secteur des communications mobiles.

L'opérateur qui perd, du fait de la réglementation, une part des revenus nets qu'il tirait des services de terminaison de SMS pourrait être enclin à compenser cette perte en relevant ses prix de détail. Néanmoins, la pression de la concurrence sur le marché de détail ne devrait pas lui permettre d'agir de la sorte. Le transfert devrait logiquement permettre aux concurrents de se montrer plus agressifs sur les offres de détail, notamment pour développer des offres innovantes.

La régulation des services de gros de terminaison de SMS peut ainsi déséquilibrer le jeu de la concurrence sur l'offre de services innovants.

D'autre part en créant un risque d'inefficacité préjudiciable aux consommateurs :

Si les charges de terminaison de SMS influencent la structure des prix de détail des SMS, l'action du régulateur sur les services de gros peut affecter les prix de détail. Partant d'une structure de prix différenciée et efficiente sur le marché de détail, l'encadrement des charges de terminaison de SMS portera préjudice à cette efficacité si elle déforme la structure différenciée des prix de détail (*OCDE 2004*)⁶.

Par exemple, la régulation des charges de terminaison de SMS peut avoir pour effet (voire même pour objectif) d'abaisser le prix de détail des SMS, pour lesquels la demande est vraisemblablement

⁶ OCDE (2004), chapitre 1, « la théorie de la tarification de l'accès », page 45 et encadré 3 page 56.

La structure différenciée (ou « discriminante ») des prix des différentes composantes des services mobiles peut être nécessaire pour que l'opérateur puisse facturer ses services au-delà du coût marginal et recouvrir l'ensemble de ses coûts fixes communs. La structure de prix est efficiente si elle permet cette couverture des coûts, tout en minimisant la perte de consommations consécutive à des prix supérieurs au coût marginal (ou « perte sèche »).

faiblement élastique⁷. La baisse du prix de détail des SMS n'attirera alors pas une demande suffisante pour maintenir les revenus des opérateurs. De ce fait, les prix des autres composantes du bien système seront tôt ou tard relevés en s'éloignant de la structure initiale efficiente. L'effet est, au mieux, indifférent pour les consommateurs finaux. Au pire, la consommation de services mobiles peut diminuer si la hausse porte sur le prix d'un service mobile plus fortement élastique que les SMS. En outre, si les SMS permettent de discriminer efficacement entre catégories de consommateurs, l'action du régulateur génèrera des inefficacités : à recettes égales, des transferts auront lieu entre les catégories de consommateurs, par exemple en faveur des usages de loisirs et au détriment des usages professionnels.

Pour finir, notons que l'incertitude sur le champ de la régulation réduit les incitations aux investissements innovants.

Les services de gros de terminaison de SMS ne figurent pas dans la liste actuelle des marchés mobiles susceptibles d'être soumis à des mesures de régulation. Confrontés à ces doutes sur la stabilité de la réglementation, avec la publication de l'analyse de l'ARCEP sur la question, les opérateurs mobiles peuvent se sentir exposés au rétrécissement futur du domaine des services non réglementés. Les opérateurs peuvent de ce fait anticiper une moindre rentabilité de leurs investissements innovants, d'où une incitation à l'innovation qui s'en trouverait réduite.

Ainsi, au-delà de la perturbation du jeu de la concurrence par l'innovation et les risques d'inefficacité sur le marché de détail, une extension de la régulation aux services de terminaison de SMS risquerait avant tout de se traduire par la réduction des incitations à innover et à investir.

4.2. A propos des obligations envisagées par l'ARCEP

4.2.1. *Des incertitudes sur le périmètre d'imposition des obligations*

L'ARCEP signale en préliminaire que les obligations envisagées ne s'appliquent qu'aux « prestations de terminaison d'appel relevant de l'interconnexion, à l'exclusion des offres de SMS Push », ce qui amène Orange France à s'interroger sur la pertinence et la cohérence des développements de l'Autorité dans le document de consultation (avec une définition des marchés pertinents qui englobe les SMS Push notamment).

Toutefois, la formulation des obligations elle-même laisse penser qu'elles s'appliquent également aux SMS Push : ainsi, l'ARCEP impose des obligations d'interconnexion et d'accès très larges, qui ne semblent pas s'appliquer uniquement aux prestations relevant de l'interconnexion (voir infra).

Un tel manque de clarté, dénotant de fortes incohérences dans l'analyse de l'ARCEP, est particulièrement préjudiciable et sera source d'insécurité juridique pour les acteurs.

4.2.2. *L'imposition non justifiée et disproportionnée de la totalité de l'arsenal des obligations réglementaires*

La justification par l'ARCEP de la nécessité d'imposer la totalité des obligations prévues par le cadre réglementaire semble pour le moins contestable.

En premier lieu parce que l'imposition de toutes ces obligations semble totalement disproportionnée sur un marché qui n'a pas été défini à des fins de régulation ex ante par la Commission européenne, ni par aucun autre régulateur européen.

⁷ Les services mobiles sont achetés et consommés sous la forme de « bien système » incluant terminal mobiles, abonnement, communications vocales et messagerie, SMS, etc. (Matutes et Regibeau, 1992 ; Gual, 2002 ; Nalebuff 2003) L'une des caractéristiques fondamentales d'un bien système est la faible élasticité de la demande au prix d'une composante isolée du bien système.

Ensuite parce qu'elle s'appuie sur une démonstration non étayée sur l'inefficacité du droit de la concurrence à régler les problèmes concurrentiels constatés par l'Autorité (et dont Orange France conteste l'existence). La non-discrimination, notamment, relève du droit commun et peut être sanctionnée selon le Code de Commerce soit en tant que pratique restrictive, soit en tant que pratique anti-concurrentielle. Des mesures relatives à la transparence et au contrôle tarifaire peuvent également découler du droit commun de la concurrence et ne nécessitent pas nécessairement l'emploi de mesures réglementaires sectorielles.

Par ailleurs, l'Autorité justifie l'obligation de contrôle tarifaire par le fait qu'une telle obligation a déjà été imposée sur le marché de la terminaison d'appel vocal, du fait de l'existence de coûts joints qui justifierait un traitement commun. Selon une telle argumentation, toute activité économique, dès lors que l'une de ses branches nécessiterait régulation, devrait l'être dans sa totalité dès lors que des coûts communs existeraient. Or justement du fait que l'offre mobile est un bien système, toutes les innovations découlant de ce bouquet de services devraient être régulées. Cette approche, qui conduit à une pérennisation de l'intervention réglementaire, n'est pas cohérente et ne permet pas une régulation proportionnée.

Dans le cas présent, des obligations de contrôle tarifaire, de comptabilisation des coûts et de séparation comptable, incluant la réalisation d'audits de consultants choisis par l'Autorité, sont prévus dans le cadre de la régulation du marché de la terminaison d'appel vocal : ce sont ces audits qui permettent à l'Autorité de s'assurer que l'opérateur concerné par la régulation respecte bien les obligations tarifaires qui lui sont déjà imposées et que l'allocation des coûts relevant de son activité est correctement effectuée.

4.2.3. Des obligations d'accès et d'interconnexion très larges

Il est particulièrement surprenant, alors que l'Autorité constate que les « trois opérateurs font déjà droit à ce type de demandes » (c'est-à-dire selon ses termes « aux demandes d'interconnexion et d'accès, à des fins de terminer du trafic SMS »), que l'ARCEP juge nécessaire d'imposer aux opérateurs une obligation en la matière : à quel problème cette obligation est-elle alors censée répondre ? Orange France s'interroge sur la proportionnalité d'une telle mesure dès lors que les demandes des tiers sont satisfaites.

De plus, alors qu'Orange France, lors des travaux concernant le marché de l'accès et du départ d'appel, avait déjà signalé les dangers découlant de l'imposition d'une obligation d'accès très large aux contours mal définis, l'obligation de « faire droit à toute demande raisonnable d'accès », l'Autorité propose ici le même type de remède (« faire droit à toute demande raisonnable d'interconnexion et d'accès », en précisant toutefois la finalité des demandes dans le cas présent (« à des fins de terminer du trafic SMS à destination des clients d'Orange France, de SFR et de Bouygues Télécom (ou de MVNO utilisant leur réseau respectif) »).

Orange France s'interroge sur cette obligation d'accès, la notion d'accès recouvrant le champ très large des éléments de réseaux matériels et logiciels, et également sur l'obligation d'interconnexion, du fait de l'interprétation très large que fait l'Autorité de cette notion (voir supra).

En outre, le caractère raisonnable des demandes éventuelles est par nature difficile à interpréter. Ainsi, l'absence de cadrage et l'interprétation très large de ces notions est un obstacle à la sécurité juridique et à la visibilité des acteurs sur le marché, quant au champ exact de l'obligation et de ses modalités.

Pour finir, la référence aux investissements n'est relative qu'aux investissements des tiers au titre de l'interconnexion ou de l'accès : une approche équilibrée devrait prendre en compte les investissements réalisés par les opérateurs eux-mêmes, qui ne sont même pas abordés par l'Autorité.

4.3. Des obligations de non-discrimination et de transparence non justifiées

L'obligation de non-discrimination relève du droit commun ; Orange France s'interroge donc sur la justification de son imposition à des fins de réglementation ex ante. Toutefois, il est important de souligner que dans le contexte sectoriel cette obligation impose aux opérateurs d'appliquer « des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents » (Directive Accès, article 10).

Ainsi, pour Orange France, il est inexact de dire, comme le fait l'Autorité dans son analyse, que les conditions accordées par l'opérateur doivent être les mêmes quel que soit le type d'acheteur, opérateur mobiles tiers ou agrégateurs : comme vu précédemment, pour Orange France, un agrégateur n'est en aucun cas un opérateur et ne dispose donc pas des droits et obligations d'un opérateur à son égard.

Concernant l'obligation de transparence, la demande de l'Autorité de l'informer de la signature de toute nouvelle convention d'accès ou d'interconnexion semble de nature à introduire un traitement administratif disproportionné pour l'opérateur, dès lors que les principes de droit commun de transparence et de non-discrimination permettent de garantir une sécurité suffisante pour les acteurs concernés.

4.4. Une obligation de contrôle tarifaire injustifiée, non proportionnée et entraînant de forts risques de spam

L'obligation d'orientation des tarifs vers les coûts est injustifiée et disproportionnée, notamment dans la mesure où les fournisseurs de services ont déjà accès aux prestations SMS des opérateurs mobiles et où le niveau de développement des services d'envois de SMS à destination de terminaux mobiles ne semble pas limité (voir supra). De plus, le plafond de 2,5 centimes d'euros placerait la France au niveau le plus bas d'Europe, sans aucune justification au regard de la situation française.

En outre, dans ses développements concernant l'obligation de contrôle tarifaire, l'Autorité évoque la question du spam, affirmant sans démonstration qu'un niveau de terminaison SMS supérieur à un centime d'Euro ne paraît pas pouvoir présenter a priori « un risque sérieux en matière de spam ». Orange France s'interroge sur les éléments qui permettent à l'Autorité de justifier son propos, notamment par rapport au niveau tarifaire cité, qui semble totalement arbitraire.

Ainsi que cela a déjà été développé en réponses aux précédents questionnaires de l'ARCEP sur les SMS, la question du spam se pose dès aujourd'hui dans le monde des mobiles, même si ce dernier est pour l'instant relativement épargné par rapport au monde de l'Internet où ce fléau est très répandu.

De telles pratiques sont pour l'instant limitées, sans doute grâce à la politique très protectrice des consommateurs qui a été mise en place par les opérateurs pour accompagner le développement des services à valeur ajoutée sur mobile (utilisation d'alias, clauses contractuelles interdisant aux partenaires de pratiquer du spam, cinématiques proposées aux clients...).

Toutefois, durant ces derniers mois, Orange France a dû faire face à des pratiques de spam par SMS à destination de ses abonnés mobiles. Des acteurs peu scrupuleux, usant de moyens détournés (par l'intermédiaire de serveurs privés français et parfois par des reroutages de trafic à l'international), adressent en masse des SMS aux abonnés Orange France en violation de la réglementation en matière de publicité par voie électronique. Souvent, ces SMS laissent croire qu'ils sont envoyés par l'opérateur et invitent les abonnés à appeler des numéros surtaxés dans l'espérance d'un gain inexistant. Des modèles économiques viables même avec un très faible niveau de retour voient ainsi le jour, par l'intermédiaire d'opérateurs peu soucieux de la protection des utilisateurs mobiles français et des lois françaises.

La plupart des spam par SMS constatés par Orange France incitent en effet les utilisateurs à appeler des numéros vocaux surtaxés, sans que les émetteurs des messages se préoccupent de la réglementation française et notamment en matière d'identification de l'émetteur du message, de droit d'opposition dans le cadre d'actions de prospection, d'affichage et de transparence tarifaire, de légalité des contenus.

L'opérateur a informé les autorités de contrôle (Conseil Supérieur de la Télématique, Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, DGCCRF) du développement de ces pratiques de spam et travaille à l'accompagnement des clients confrontés au spam, notamment en leur fournissant les moyens de signaler ces agissements (notamment via l'association Signal Spam, présidée par M. Dominique Roux).

L'ARCEP a également connaissance de l'existence de ces pratiques de spam, notamment à travers une procédure de règlement de différend entre Orange Caraïbes et un agrégateur spammeur.

Si Orange France n'a pas connaissance du niveau tarifaire obtenu par les acteurs à la source des messages non sollicités auprès des opérateurs tiers ou d'autres acteurs peu scrupuleux, il semble inéluctable que ces mêmes personnes exploitent toute baisse de la terminaison SMS pour intensifier leurs actions frauduleuses, avec un modèle économique renforcé.

Plusieurs exemples européens témoignent de ce lien direct entre le niveau tarifaire de la terminaison SMS et le spam. En Suisse, une terminaison SMS a été introduite en janvier 2004 entre opérateurs mobiles pour lutter contre les problèmes de spam par SMS. La même situation existe au Danemark, où une terminaison SMS a été introduite il y a deux ans à cette même fin. Et c'est généralement l'association de telles mesures tarifaires avec des actions des autorités de protection des données personnelles qui a permis de limiter les cas de spam.

Pour Orange France, il est particulièrement important de préserver au maximum l'univers des mobiles des dérives observées dans le monde de l'Internet, où au simple spam succède maintenant le « scam » et le « phishing », pratiques frauduleuses et escroqueries visant souvent à extorquer des fonds aux utilisateurs. Alors que le législateur s'efforce de donner « confiance dans l'économie numérique », pour permettre le développement des services de la société de l'information et du commerce électronique, il faut que des garanties maximales soient prises pour que le « m commerce » et l'usage des nouvelles technologies sur les mobiles puissent également se développer dans un cadre de confiance accrue. Ce d'autant plus que le mobile, dont l'usage s'est très fortement généralisé auprès de nos concitoyens, est perçu comme relevant de la sphère privée : une intrusion sur un mobile, sous la forme d'une communication non sollicitée par SMS, est ainsi perçue très négativement par le client. C'est d'ailleurs notamment du fait du caractère privé du mobile que les abonnés mobiles ne sont pas inclus dans l'annuaire universel selon le principe de l'opt-out mais uniquement à leur demande expresse.

Ainsi, une éventuelle obligation imposée aux opérateurs mobiles de baisser très fortement leur terminaison SMS entraînera inéluctablement une recrudescence et un développement du spam, ce qui rendra la lutte contre le spam encore plus difficile pour les opérateurs (qui ont déjà investi au niveau de leur réseau dans des filtres ou autres éléments visant à limiter les pratiques de spam), au détriment des consommateurs. Outre la gêne occasionnée par cette réception non sollicitée, la nature des contenus des spams peut avoir des incidences fortement dommageables, notamment si lesdits contenus contreviennent à la protection des mineurs. Il est fondamental que cette problématique soit prise en compte et étudiée de manière détaillée par l'Autorité dans ses réflexions concernant le niveau de terminaison SMS.

4.5. Des obligations comptables non pertinentes

A ce stade de l'analyse, pour Orange France, il n'est pas justifié d'envisager l'imposition d'obligations comptables aux opérateurs mobiles.