RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

Avis n° 08-A-16 du 30 juillet 2008 relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur le marché français de la téléphonie mobile

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 13 mai 2008 sous le numéro 08/0049 A, par laquelle la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur le marché français de la téléphonie mobile au regard des règles de concurrence ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu l'avis n° 2008-0702 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des poste (ARCEP) en date du 24 juin 2008 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, la commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 1er juillet 2008 ;

Les représentants de l'ARCEP, des sociétés Bouygues Télécom, Free, NRJ Mobile, Omer Télécom, Orange France, SFR et de l'association Alternative Mobile entendus sur le fondement des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

INTRODUCTION 3
I. LA SITUATION DES MVNO SUR LE MARCHÉ DE DÉTAIL DE LA TÉLÉPHONIE MOBILE 3
A. Les MVNO présents sur le marché en 2008 4
B. Les parts de marché 6
C. Les offres des MVNO sur le marché de détail 8
D. La faible pression concurrentielle des MVNO sur le marché de détail de la téléphonie mobile 12
II. LE RÔLE DÉTERMINANT DES CONDITIONS D'HÉBERGEMENT PROPOSÉES AUX MVNO PAR LES OPÉRATEURS DE RÉSEAU 14
A. L'absence d'autonomie technique des MVNO vis-à-vis de leur opérateur hôte 14
B. Les conditions tarifaires sont peu favorables à une concurrence par les prix et inadaptées aux offres illimitées 16
1. Les tarifs *retail minus* posent le problème des prix de référence et n'évoluent pas avec les coûts 16
2. Les tarifs sont inadaptés aux offres d'abondance 18
3. Les tarifs couplent plusieurs types de prestations : le départ, le transit et la terminaison d'appel 18
C. les contrats mettent en place une relation exclusive entre l'opérateur hôte et le MVNO 19
D. Les contrats limitent les possibilités de valorisation des MVNO 20
III. LES ÉVOLUTIONS ENVISAGEABLES 21
A. Renforcer la concurrence sur le marché de gros de l'hébergement des MVNO en donnant les bonnes incitations 22
1. Des conditions initialement plus défavorables que dans d'autres grands pays européens 22
2. La régulation du marché de gros de l'hébergement est difficilement envisageable dans le cadre défini au niveau européen 23
3. Les incitations des opérateurs pourraient évoluer par le jeu des forces du marché 24
4. Les incitations concurrentielles du marché pourraient également se modifier avec l'entrée d'un quatrième opérateur 25
B. Libérer les MVNO des contraintes qui pèsent sur eux dont certaines pourraient être anticoncurrentielles 25
1. Les clauses imposant l'exclusivité ou empêchant de changer de fournisseur peuvent fausser le jeu de la concurrence sur un marché 26
2. Les pratiques de ciseau tarifaire ou de couplage peuvent être anticoncurrentielles lorsqu'elle sont mises en œuvre par une entreprise en position dominante 29
3. En ce qui concerne les autres contraintes 30
CONCLUSION 32

INTRODUCTION

1. Par lettre du 7 mai 2008, enregistrée sous le numéro 08/0022 A, la ministre de l'économie, de l'industrie et de l'emploi a saisi le Conseil de la concurrence, en application des dispositions de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis permettant d'éclairer les raisons du développement relativement limité en France des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (*mobile virtual network operators* ou MVNO). En particulier, il est demandé au Conseil d'évaluer dans quelle mesure certaines clauses des contrats signés entre les MVNO et leurs opérateurs de réseau sont susceptibles d'entraver leur développement.

2. A titre liminaire, le Conseil rappelle que, consulté en application de l'article L. 462-1 du code de commerce, il ne peut se prononcer que sur des questions de concurrence d'ordre général. Il ne lui appartient pas, dans ce cadre, de statuer sur le point de savoir si telle ou telle pratique est ou serait contraire aux articles 81 CE ou 82 CE et aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. En effet, seule une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure contradictoire prévue aux articles L. 463-1 et suivants du code de commerce sont de nature à permettre l'appréciation de la licéité d'une pratique au regard des dispositions relatives aux ententes ou aux abus de position dominante.

3. Les questions posées renvoient en premier lieu au positionnement actuel des MVNO sur le marché de détail de la téléphonie mobile. Ce point sera examiné dans une première partie. Elles mettent ensuite en cause les relations contractuelles entre opérateurs de réseau et opérateurs virtuels sur le marché de gros qui les met en présence : la situation concurrentielle de ce marché et les contrats en cours seront analysés dans une deuxième partie. Les solutions pouvant être envisagées pour lever les obstacles identifiés seront discutées dans une troisième partie.

I. La situation des MVNO sur le marché de détail de la téléphonie mobile

4. Les opérateurs de réseaux mobiles virtuels se sont développés sur le marché de détail de la téléphonie mobile en France depuis 2005. Il s'agit d'opérateurs qui n'ont pas fait l'acquisition d'une licence les autorisant à utiliser des bandes de fréquences pour développer un réseau de téléphonie mobile. Ils peuvent néanmoins bâtir des offres de téléphonie mobile destinées au marché de détail en achetant les prestations nécessaires à l'un des trois opérateurs disposant d'une telle autorisation (Orange, SFR ou Bouygues Télécom, ci-après « opérateurs de réseaux » ou encore « opérateurs hôtes »).

5. Ces offres sont alors commercialisées sous une marque propre aux MVNO et non sous celle de l'opérateur de réseau qui leur vend ces prestations. Ceux qui les proposent se distinguent en cela des distributeurs indépendants qui vendent au détail les offres des opérateurs de réseau (par exemple The Phone House). De plus, les MVNO éditent leurs propres cartes SIM et gèrent leurs propres abonnements.

6. Les prestations proposées par les MVNO doivent également être distinguées des offres de téléphonie mobile dites de « licences de marque » qui sont lancées par un opérateur de

réseau en partenariat avec le titulaire d'une marque notoire qui lui accorde le droit d'apposer cette marque sur ses produits (par exemple M6). L'offre reste gérée par l'opérateur de réseau qui verse une redevance au titulaire de la marque.

A. LES MVNO PRÉSENTS SUR LE MARCHÉ EN 2008

7. Le tableau ci-dessous liste les contrats signés par les opérateurs de réseaux au 30 mai 2008.

MVNO/marque	Opérateur hôte	Date de conclusion	Date de lancement
Transatel	Bouygues	09-avr-01	2001
Debitel	SFR	8 juin 2004	2004
Omer Telecom /Breïzh Mobile	Orange	07-juil-04	été 2004
Futur Telecom	*SFR*	*07-déc-04*	-
NRJ Mobile	SFR	04-févr-05	01-nov-05
Neuf Telecom/Cegetel	SFR	Mars 2005	
Tele2 mobile	Orange	13 avril 2005	17-juil-05
CGBC/Ten mobile	Orange		
Coriolis mobile	SFR	07-juin-05	18-mai-06
Omer Telecom/Virgin Mobile	Orange	18-oct-05	05-avr-06
Saham Telecom/Mobisud	SFR	16-déc-05	01-déc-06
Auchan/ Amobile	SFR	12-avr-06	16-oct-06
Auchan/ Amobile	Bouygues	30 oct 07	
Carrefour Mobile	Orange	S2 2006	23-oct-06
Altitude Telecom	Bouygues	29-déc-06	-
Afone/Leclerc Mobile	SFR	11-mai-07	05-déc-07
Noos-Numéricable	Bouygues	12-juil-07	23-mai-08
NRJ Mobile	Orange	-	
Symacom	Orange	26 –fév-08	-

8. Plusieurs précisions doivent être apportées sur les données de ce tableau. En premier lieu, deux MVNO n'ont à ce jour lancé aucune offre de détail en dépit de la date déjà ancienne de la signature de leur contrat avec leur opérateur hôte. C'est le cas de Futur Telecom et d'Altitude Mobile. Ce dernier présente par ailleurs une spécificité puisque l'ARCEP signale dans l'avis du 24 juin 2008 que bien que son contrat prévoie l'achat de minutes de détail, et non de gros, auprès de Bouygues Télécom, *« il bénéficie d'une latitude technique telle qu'il se livre bien à une activité de MVNO et non de simple revendeur »*.

9. Ensuite, le cas de Transatel, qui a contracté dès 2001 avec Bouygues Télécom, doit être considéré à part dans la mesure où cet opérateur, présent également en Belgique et aux Pays-Bas, vise principalement une clientèle d'hommes d'affaires voyageant vers le Benelux et le Royaume-Uni.

10. Il convient également de rappeler que plusieurs de ces MVNO ont récemment été rachetés par leur opérateur hôte. C'est le cas de Debitel, acquis par SFR, et de SGCB, acquis par Orange. Les offres lancées par SGBC sous la marque Ten Mobile sont désormais commercialisées comme des licences de marque. De même, alors que Neuf Telecom et Cegetel avaient, chacun de leur côté, conclu un contrat avec SFR début 2005, leur fusion, puis l'acquisition par SFR de Neuf Cegetel en 2008, ont eu pour effet, comme les deux opérations précédemment citées, la sortie d'acteurs indépendants du marché.

11. Enfin, l'accord entre Symacom et Orange est très récent et Noos-Numéricâble n'a lancé ses premières offres commerciales qu'à la mi-mai 2008.

12. La plupart des MVNO n'ont contracté qu'avec un seul opérateur hôte. Toutefois, deux MVNO ont signé, dans des perspectives différentes, des contrats avec deux opérateurs hôtes. Auchan a ainsi conclu un contrat avec SFR pour le trafic voix, et un contrat avec Bouygues Télécom pour la commercialisation *d'« une offre d'accès à internet en mobilité »*. Par ailleurs, NRJ Mobile a récemment conclu avec Orange un contrat qui ne devrait concerner que les offres qu'il lancera à l'avenir et négocie avec SFR les conditions de sortie du contrat en cours.

13. Au total, neuf MVNO indépendants commercialisent actuellement des prestations de téléphonie mobile. Parmi eux, cinq sont hébergés sur le réseau de SFR sous les marques NRJ Mobile, Coriolis, Mobisud, Amobile et Afone. Quatre ont pour opérateur hôte la société Orange (Breizh Mobile, Tele 2 mobile, Virgin Mobile et Carrefour Mobile) ; ils seront bientôt rejoints par NRJ Mobile.

14. On constate une grande hétérogénéité des objectifs et des stratégies de développement de ces opérateurs en fonction du cœur de métier de leurs actionnaires :

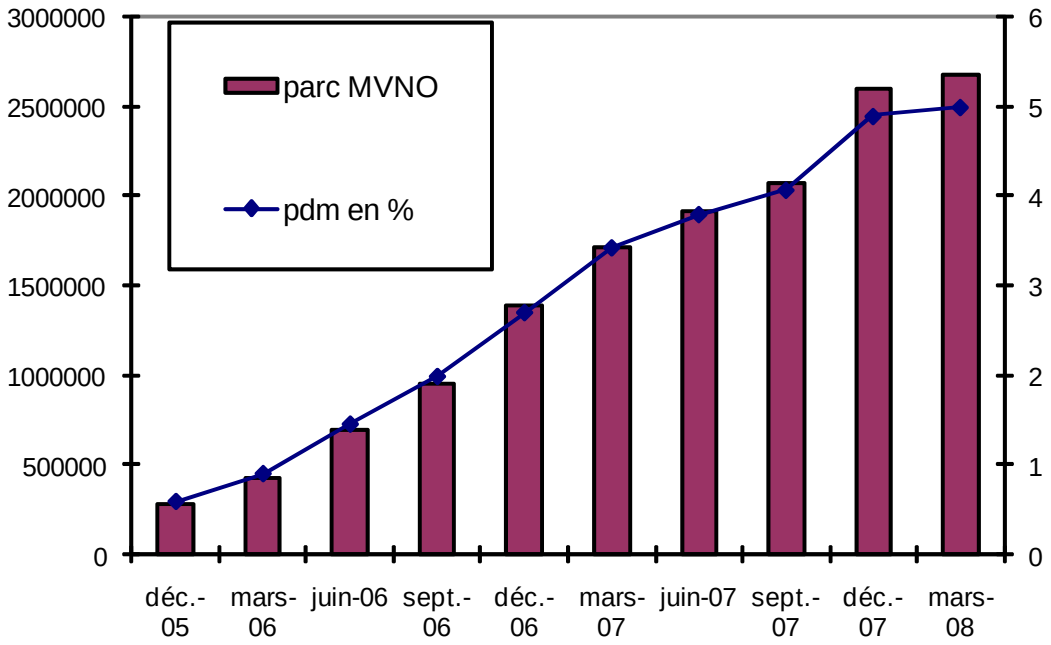
- ainsi, certains MVNO, tels Coriolis, Télé 2, Omer ou Transatel sont issus du secteur des télécommunications. Parmi eux, il faut distinguer, d'une part, ceux qui sont liés à des groupes présents dans d'autres pays (Omer Telecom, Télé 2) et d'autre part, les opérateurs de plus petite taille (Coriolis, Transatel) ;

- les filiales des groupes de grande distribution (Auchan, Carrefour) cherchent essentiellement à fidéliser leur clientèle sur les marchés de la grande distribution. Elles sont à la fois concurrents et distributeurs des opérateurs de réseau sur le marché de détail de la téléphonie mobile. Le groupement des magasins Leclerc est également entré récemment sur le marché par le moyen d'une licence de marque négociée avec Afone ;

- un opérateur comme NRJ, issu d'un secteur différent des deux premiers, a cherché à se positionner sur un segment de marché très spécifique (« les jeunes »).

B. LES PARTS DE MARCHÉ

15. L'ARCEP distingue depuis le troisième trimestre 2005 les opérateurs de réseau et les opérateurs de réseaux virtuels dans le suivi des indicateurs mobiles qu'elle publie trimestriellement. Il ressort de ce suivi qu'au premier trimestre 2008, sur 53 582 500 souscripteurs d'une offre de téléphonie mobile[1], 2 670 000 sont clients d'un MVNO, soit 4,98 %. Depuis 2005, la progression de la part de marché des MVNO est régulière mais semble se tasser au premier trimestre 2008 (voir tableau ci-dessous).



16. En valeur et en volume, les parts de marché des MVNO sont nettement plus limitées. Au quatrième trimestre 2007, les offres des MVNO ne représentaient que 2,4 % du total du chiffre d'affaires de la téléphonie mobile et 1,4 % du trafic exprimé en minutes de communications. Ces chiffres révèlent d'emblée que le revenu par client des MVNO (average revenue per user ou ARPU) est significativement inférieur à la moyenne parce que la consommation moyenne, en nombre de minutes, de ces utilisateurs est largement inférieure à celle des clients de trois opérateurs de réseaux.

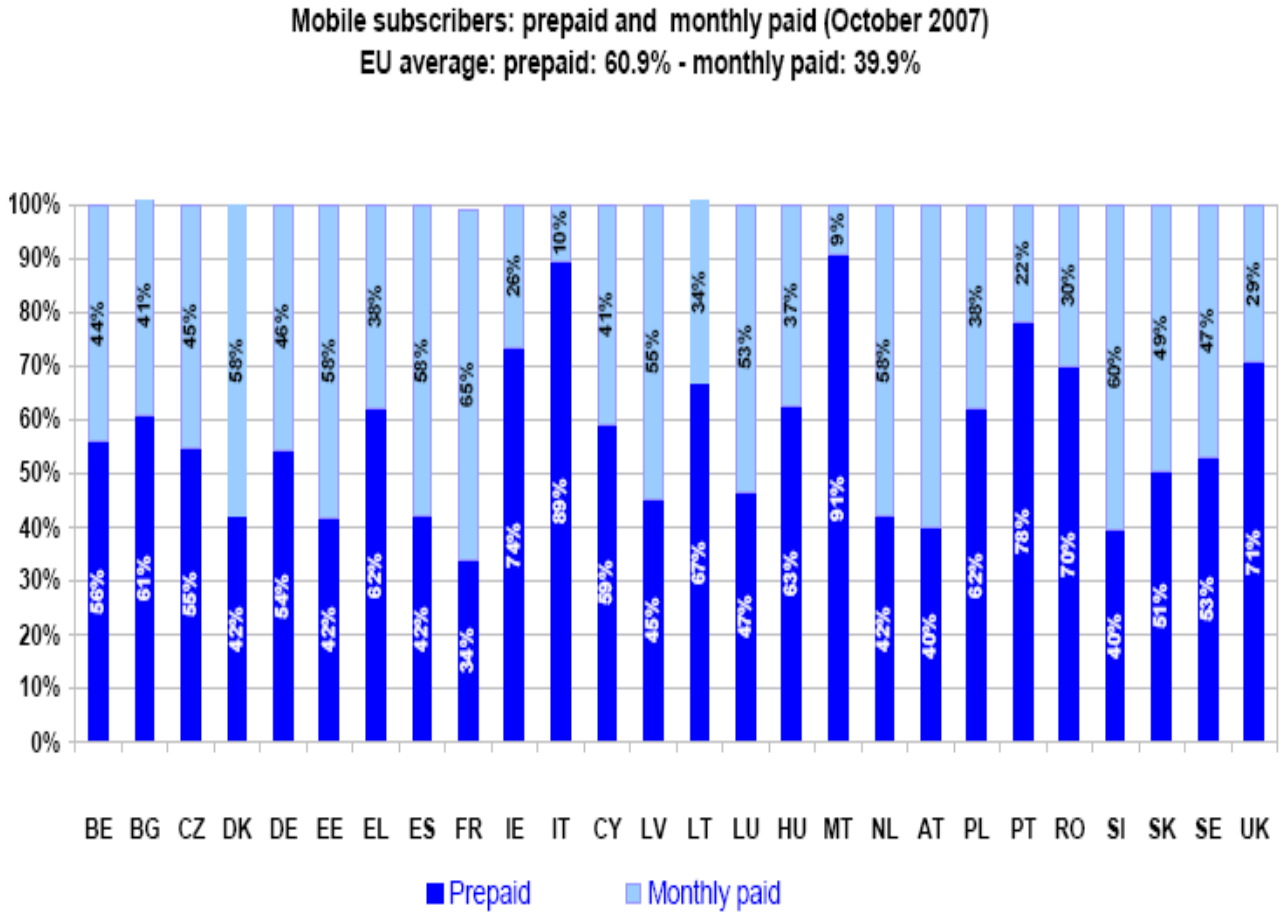
17. Cette situation s'explique par la répartition du parc MVNO entre offres prépayées et offres post-payées. En moyenne, un abonné à un forfait post-payé consomme en effet par mois près de cinq heures de communications contre environ une heure et quart pour un utilisateur de carte prépayée[2]. La recette moyenne de la minute de communications est cependant près de deux fois plus élevée sur les offres prépayées que dans le cadre des forfaits post-payés (35 cts contre 18 cts). Cet effet prix est loin de compenser l'effet

[1] Ces chiffres ne concernent que la métropole car les MVNO ne sont pas présents dans les DOM-TOM.

[2] Données issues du Suivi des Indicateurs Mobiles de l'ARCEP : au premier trimestre 2008, 31,5 millions d'abonnés post-payés ont consommé 31,5 milliards de minutes voix et 17,8 millions de client prépayés ont consommé environ 4 milliards de minutes voix.

volume et, au total, le revenu mensuel moyen par client post-payé était, au premier trimestre 2008, de 45,4 euros contre 14,6 euros pour un client prépayé.

18. Le marché français de la téléphonie mobile est caractérisé par la prépondérance des abonnements avec engagement de durée, la France étant le pays européen où le prépayé est le moins développé, avec 33 % du parc total au premier semestre 2008.



source : Rapport d'avancement sur le marché unique européen des communications électroniques 2007. Commission européenne

19. En revanche, le parc de clients des MVNO se répartit à peu près également entre offres prépayées et offres post-payées, ce qui explique que leurs parts de marché en valeur et en volume soient encore plus faibles que celles exprimées en nombre de clients.

20. La faible pénétration de la base installée par les MVNO doit être replacée dans son contexte : l'entrée des MNVO sur le marché est relativement récente. Lorsque seules sont prises en compte les nouvelles acquisitions, le rôle d'animation du marché joué par les MVNO apparaît plus significatif. La part de marché des MVNO en nombre de ventes brutes au premier trimestre 2008, c'est-à-dire sur l'ensemble des nouvelles souscriptions à une offre de téléphonie mobile sur la période, s'est élevée à 10,1 % pour les offres post-payées et à 20,7 % pour les offres prépayées. Toutefois, le poids relativement plus important des offres prépayées dans le parc des MVNO les rend plus sensibles au taux de résiliation de ces offres, plus fort que celui des forfaits post-payés (11,3 % par an contre 3,5 % au premier trimestre 2008). La croissance du parc MVNO s'en trouve ralentie.

21. En revanche, il est n'est pas pertinent de relever, comme l'ont fait certains des opérateurs mobiles entendus par le Conseil, qu'au premier trimestre 2008, près de 30 % de la croissance nette du parc était attribuable aux MVNO. En effet, les ventes nettes, c'est-à-dire les ventes brutes défalquées des résiliations, ne constituent pas un indicateur sur lequel un calcul des parts de marché revêt une signification[3].

22. Les comparaisons entre la situation des MVNO en France et celle des MVNO dans les autres pays européens doivent donc tenir compte du fait que l'entrée de ces nouveaux acteurs sur les marchés concernés ne s'est pas faite à la même date. Même si, en soi, le retard observé en la matière sur le marché français constitue un élément du bilan, il n'en demeure pas moins que les parts de marché des MVNO relevées ailleurs sur les marchés européens sont d'autant plus élevées que leur entrée a été précoce. Les éléments communiqués à ce sujet par l'ARCEP montrent que la part de marché (en part du parc) des MVNO atteignait en 2006 près de 25 % en Allemagne, plus de 22 % en Norvège, 15 % au Royaume-Uni et aux Pays-Bas et 7 % en Slovénie (pour 5 % en France).

23. L'ARCEP relève dans son avis des spécificités de nature à expliquer pourquoi les MVNO ont, dans ces pays, eu accès au marché plus tôt et donc enregistrent aujourd'hui des parts de marché parc sensiblement plus élevées : en Allemagne, les licences GSM ont contraint, dès les années 90, les opérateurs de réseau à accueillir des MVNO ; au Royaume-Uni, le caractère très concurrentiel du marché a incité dès 1999, le plus petit opérateur à conclure un accord avec Virgin Mobile ; en Slovénie, une obligation d'accès a été imposée par le régulateur à l'opérateur dominant qui détient 75 % du marché.

C. LES OFFRES DES MVNO SUR LE MARCHÉ DE DÉTAIL

24. S'agissant des offres prépayées, la proportion plus élevée que la moyenne proposée par les MVNO a déjà été relevée ci-dessus.

25. S'agissant des offres post-payées, le tableau 1 ci-dessous compare les forfaits commercialisés, d'une part, par les opérateurs de réseaux et, d'autre part, par les MVNO. Il montre que les MVNO concentrent leurs offres sur les durées de communications les plus courtes et sur les forfaits sans engagement. Les offres d'une durée supérieure à quatre heures ne sont proposées que par Coriolis qui est aussi le seul MVNO à avoir développé des offres à destination des entreprises. Les forfaits sans engagement et les forfaits avec engagement de 12 mois sont majoritaires par rapport aux forfaits avec engagement de 24 mois. Ceux-ci sont en particulier absents des offres de MVNO tels que Amobile, Carrefour Mobile, Breizh Telecom.

26. En revanche, les opérateurs de réseau privilégient, dans leurs offres post-payées, les forfaits avec engagement de durée de 12 ou 24 mois.

[3] Sur certaines périodes, les ventes nettes peuvent être négatives. Ainsi, au premier trimestre 2008, la part des ventes nettes des MVNO dans la total des ventes nettes est de …-1862 % !

Tableau 1 : OFFRES DE FORFAITS AVEC OU SANS ENGAGEMENT PAR LES OPERATEURS DE TELEPHONIE MOBILE

en fonction de la durée X du forfait (en minutes)

	X≤30	30<X≤45	45<X≤60	60<X≤75	75<X≤90	90<X≤120	120<X≤150	150<X≤180	180<X≤240	240<X≤300	300<X≤360	360<X≤480	X>480
MNO													
Orange													
SFR													
Bouygues Télécom													
MVNO													
Amobile													
Carrefour Mobile													
Coriolis													
NRJ mobile													

Omer tel. (Offre Breizh Télécom)													
Omer tel. (Virgin Mobile)													
Télé 2													
Transatel													

ENGAGEMENT SUR 12 MOIS (bleu) / SUR 24 MOIS (rouge) / SANS ENGAGEMENT (vert)

27. Le tableau est éclairant sur la présence relativement faible des MVNO sur le marché des offres comportant un engagement de durée. Deux raisons peuvent, en première analyse, expliquer cette différence de structure. D'une part, les engagements de durée sont obtenus des consommateurs en échange des prix très attractifs proposés sur les terminaux subventionnés par les opérateurs. D'autre part, le cœur des offres avec engagement est aujourd'hui constitué par des offres dites *«d'abondance »*, c'est-à-dire celles qui incluent des appels illimités vers un ou plusieurs opérateurs, sur lesquelles les MVNO sont très peu présents.

28. S'agissant du premier point, certains MVNO font valoir que, compte tenu de leurs faibles volumes de vente, ils ne sont pas en mesure d'obtenir des fabricants de terminaux des réductions de prix en fonction du volume comparables à celles qu'obtiennent les trois opérateurs de réseaux et ne peuvent donc proposer des terminaux à des conditions aussi attractives. Le subventionnement des terminaux par les opérateurs est pourtant une pratique courante dans la plupart des pays européens même si elle est interdite dans certains (Belgique). En France, elle a été considérée licite, la DGCCRF estimant, par exemple, dans une note du 1er août 1996 que la vente d'un terminal modifié pour inclure un abonnement à un prix subventionné par l'opérateur ne relève pas de la vente à perte.

29. Le Conseil, dans la décision n° 04-D-67 du 1er décembre 2004, relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur de la distribution des téléphones mobiles et des abonnements de téléphonie mobile, avait considéré que *« le prix bas des terminaux vendus dans les packs n'impliquait pas que l'opérateur vende en dessous de ses coûts, le financement du terminal constituant un coût d'acquisition qui peut être couvert par les recettes d'abonnement sur la durée de celui-ci. Le fort développement du marché permis par la technique des packs atteste, au surplus, que les consommateurs ont bénéficié de ces dispositions. Au niveau de la distribution de détail, la facilité de mise en œuvre des abonnements offerte par les packs s'est traduite par une multiplication des points de vente et donc une intensification de la concurrence »*.

30. A l'heure actuelle, alors que le marché a atteint une certaine maturité, il est en revanche possible que les effets d'échelle liés à cette pratique ne soient plus justifiés par son effet dynamisant sur la demande. Il convient toutefois de noter que la possibilité pour les MVNO de négocier les prix d'achat des terminaux avec les fabricants doit s'apprécier différemment selon leur profil. En effet, les MVNO liés à la grande distribution ou à des opérateurs présents dans un certain nombre de pays ne sont pas dépourvus de pouvoir de négociation vis-à-vis des fournisseurs de terminaux. Le Conseil note toutefois, comme il l'a fait dans l'avis n° 05-A-09 du 4 avril 2005 sur l'analyse du marché du départ et de l'accès sur les réseaux mobiles, qu'en elles-mêmes les durées d'engagements de 12, et a fortiori de 24 mois, demandées en contrepartie de la subvention des terminaux, ont tendance à figer les parts de marché et constituent un obstacle à l'entrée de nouveaux opérateurs, dont les MVNO.

31. Sur le second point, le fait que les MVNO ne commercialisent pas d'offres dites *« d'abondance »*, qui sont devenues le cœur de l'offre des forfaits post-payés des trois opérateurs de réseau, explique leurs performances relativement faibles sur ce segment. L'ARCEP retrace dans son avis l'historique du développement de ce type d'offre et insiste sur son caractère structurant : *« depuis l'été 2004, date à laquelle les premiers contrats de MVNO ont été signés, le marché de détail a subi une évolution majeure avec la standardisation de plus en plus marquée des offres d'abondance. Ces offres, qui permettent de communiquer de façon illimitée pour un prix forfaitaire, se sont fortement*

développées sur la période considérée (…). Les offres d'abondance structurent véritablement le marché de détail de la téléphonie mobile, au point de constituer pour les offres en voix le premier motif de changement d'opérateur pour les clients du grand public ».

32. Or, les offres illimitées lancées à ce jour par les MVNO sont restreintes dans le temps ou en nombre de souscripteurs, et ne concernent que les appels à destination des numéros de l'opérateur virtuel lui-même. L'ARCEP résume ainsi dans son avis les éléments s'en approchant contenus dans leurs offres : *« à l'exception de Coriolis, qui propose à ses clients professionnels la possibilité d'appeler en illimité vers trois numéros tous opérateurs, ces MVNO n'ont pas proposé à ce jour d'offres d'abondance sur la voix à destination de tous les opérateurs ou même à destination du réseau de leur opérateur hôte. Dans leurs offres, les plages d'illimité sur la voix sont en effet restreintes aux appels à destination des clients du même MVNO et éventuellement des numéros fixes (forfaits illimités de NRJ Mobile, forfaits Excess Speech de Virgin Mobile, forfaits Coriolis Pro Avantage Plus illimité Coriolis et fixes de Coriolis, séries limitées Pack Style et Ma Puce de Debitel, options de Tele2 et de Neuf Mobile). Ces offres sont ainsi moins attractives que les offres proposées simultanément par les opérateurs de réseau. »*[4].

33. Enfin, il convient de noter que les MVNO sont très peu présents sur le marché des entreprises. L'ARCEP signale, dans son avis du 24 juin, que leur part de marché sur le segment des entreprises est limitée à 0,15 % en volume et en valeur.

34. Au total, la présence plus marquée des MVNO sur le segment du prépayé s'explique par la faible compétitivité de leurs offres post-payées. Celles-ci se caractérisent en particulier par la prépondérance des offres sans engagement de durée, la quasi absence d'illimité et leur très faible pénétration du marché des entreprises.

D. LA FAIBLE PRESSION CONCURRENTIELLE DES MVNO SUR LE MARCHÉ DE DÉTAIL DE LA TÉLÉPHONIE MOBILE

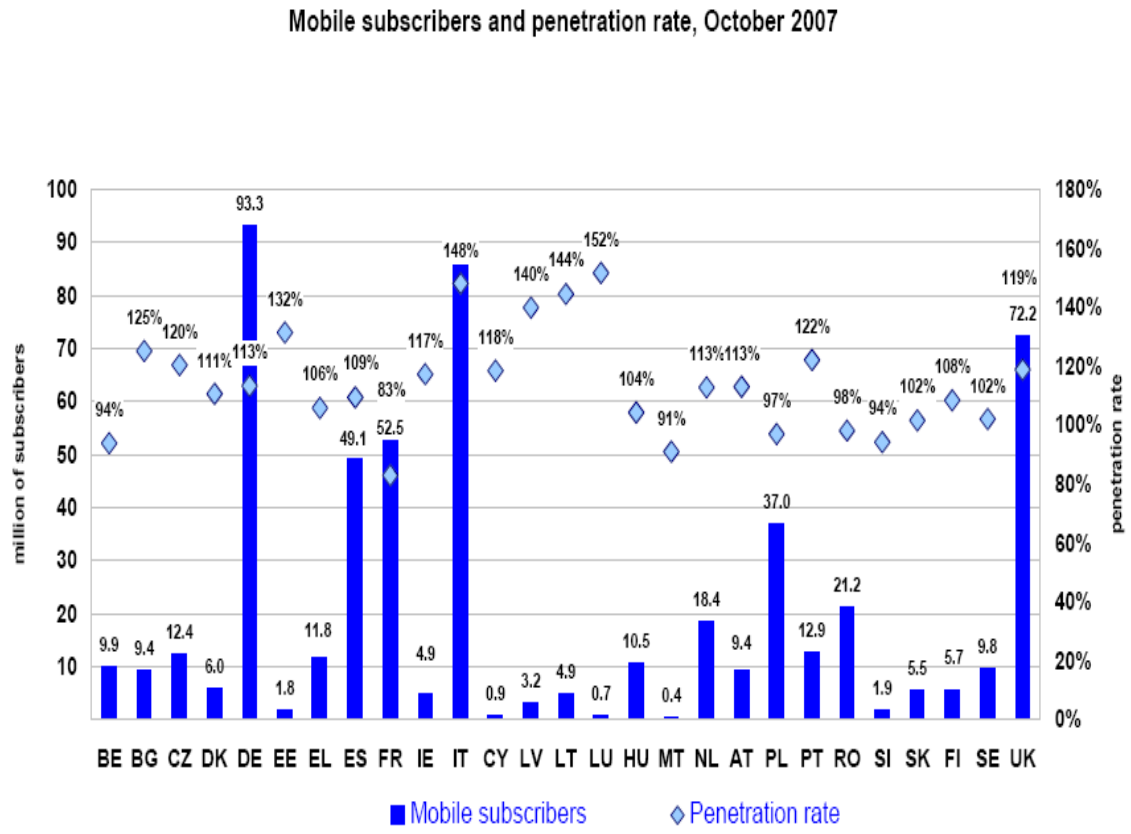
35. Le positionnement des offres des MVNO n'est pas neutre en ce qui concerne leur capacité à animer le jeu concurrentiel sur le marché de la téléphonie mobile. La concurrence entre les MVNO et les opérateurs de réseaux n'est, en effet, pas frontale. Les offres des MVNO s'insèrent dans les créneaux les moins attractifs du marché et, de ce fait, délaissés par les opérateurs de réseaux.

36. Comme cela a déjà été relevé ci-dessus, le revenu mensuel moyen par client post-payé (ou *ARPU : average revenue per user*) est en effet beaucoup plus important que le revenu mensuel moyen par client pré-payé actif (45,4 euros par mois contre 14,6 euros). L'absence de compétitivité des offres des MVNO sur les offres à forts revenus les cantonne donc aux offres générant les plus faibles revenus. Ce positionnement concurrentiel est en retour de nature à limiter leurs possibilités de développement compte tenu des perspectives de rentabilité ainsi offertes aux actionnaires.

[4] Avis ARCEP du 24 juin 2008.

37. En matière de prix, la pression concurrentielle qu'exercent les MVNO sur les opérateurs de réseau n'est perceptible que sur le segment du prépayé[5]. De fait, les prix sur ce marché, mesurés par le revenu moyen total généré par abonné (ou *ARPU* : *average revenue per user*), ne baissent pas. Comme le note l'ARCEP dans son avis du 24 juin 2008, si le revenu moyen à la minute baisse, c'est essentiellement en raison des hausses des volumes de minutes consommées induites par les offres illimitées. En revanche, *« les prix faciaux des offres de détail en cause restent stables voire légèrement croissants sur la période. Ces observations tendent à indiquer que le marché de détail de la téléphonie mobile en France est caractérisé par une concurrence en quantités et non en prix »*.

38. Les MVNO ajoutent, certes, à la diversité de l'offre. Le caractère complémentaire de l'offre des MVNO, s'adressant à des segments de clientèle délaissés tels les primo-accédants, les utilisateurs à faible consommation, ou les régions à faibles taux de pénétration, est ainsi, à lui seul, bénéfique pour le consommateur. Mais, il faut rappeler que, selon le rapport relatif au marché unique européen des communications électroniques 2007 publié par la Commission européenne, dont le tableau ci-dessous est issu, la France reste le pays ayant le plus faible taux de pénétration en Europe, caractéristique qui avait déjà été notée par le Conseil pour le début des années 2000 (voir la décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005).



[5] L'ARCEP indique ainsi dans son avis du 24 juin 2008, que la recette moyenne sur le segment des offres grand public sans terminal (c'est-à-dire principalement les offres prépayées) est de 35 cts par minute, contre 26 cts€ pour les seuls MVNO.

II. Le rôle déterminant des conditions d'hébergement proposées aux MVNO par les opérateurs de réseau

39. L'analyse des contrats signés par les MVNO montre que la situation décrite ci-dessus s'explique largement par les conditions d'hébergement proposées par les opérateurs de réseau. Ces contraintes peuvent être imposées explicitement. Par exemple, certains contrats prévoient que le MVNO ne fera que des offres destinées au grand public, excluant ainsi la clientèle professionnelle. Mais, plus largement, toutes les conditions techniques et tarifaires des contrats conclus depuis 2004 avec Orange et SFR contraignent les MVNO dans la conception de leurs offres. Seuls, les contrats récents signés par Bouygues Telecom contiennent des conditions différentes.

40. De plus, plusieurs types de clauses lient étroitement les MVNO à leur opérateur hôte et sont de nature à les empêcher de renégocier les conditions initiales d'hébergement, et ce quelle que soit l'évolution du marché. Ces contraintes peuvent faire craindre que, à ancienneté de présence équivalente, les MVNO ne puissent connaître, sur le marché français, le degré de développement qu'ils ont atteint dans d'autres pays.

A. L'ABSENCE D'AUTONOMIE TECHNIQUE DES MVNO VIS-À-VIS DE LEUR OPÉRATEUR HÔTE

41. Le périmètre technique d'un MVNO doit comprendre *a minima* les moyens d'assurer :

- la gestion de la relation client ;
- la facturation des clients ;
- la gestion des activations de lignes mobiles, c'est-à-dire une interface avec le système d'information de l'opérateur hébergeur permettant d'activer les cartes SIM des clients, de les désactiver lors d'une résiliation, ou de les suspendre en cas d'incident de paiement.

42. Au-delà de ce périmètre, on peut effectuer un première distinction entre les MVNO qui possèdent une plateforme IN[6] et ceux qui n'en n'ont pas. Dans ce second cas, les MVNO utilisent les plateformes IN de leur opérateur hôte. En conséquence, il doivent communiquer, à l'avance, à leur opérateur hôte les offres qu'ils souhaitent commercialiser afin que l'opérateur puissent les paramétrer dans sa plateforme IN. En pratique, cette communication se fait souvent plusieurs mois à l'avance.

[6] Une plateforme IN (Intelligent Network) est un système interfacé avec le réseau télécom de l'opérateur hôte qui assure une supervision et un contrôle en temps réel du trafic (c'est-à-dire des appels, des SMS, des MMS,..) des clients du MVNO. A ce titre, il est plus particulièrement utilisé pour gérer les offres prépayées puisqu'il permet d'interrompre les appels et les autres trafics ou de les interdire à l'expiration du crédit du client, et ce en temps réel. C'est dans ce système que sont paramétrées les offres prépayées, afin de décrémenter en temps réel les comptes client en fonction du trafic écoulé. Une plateforme IN peut aussi être utilisée pour superviser et contrôler le trafic de clients post-payés.

43. Une troisième catégorie, les MVNO étendus *ou Full MVNO*, concerne les opérateurs qui possèdent en propre des éléments de réseaux comme les HLR (*Home Location Register*), bases de données qui contiennent tous les paramètres relatifs aux cartes SIM ainsi que leur localisation, et des éléments de cœur de réseau qui permettent de terminer les appels via un autre opérateur que l'opérateur de réseau hôte.

44. Enfin, il convient de mentionner les MVNE (*Mobile Virtual Network Enabler*) qui sont des prestataires techniques qui proposent au MVNO de prendre en charge, pour leur compte, tout ou partie du périmètre technique décrit ci-dessus au paragraphe 41. Les MVNE peuvent intervenir pour leur compte en qualité de MVNO ou pour le compte d'autres MVNO, ce qui permet de mutualiser les infrastructures.

45. Ces différents types de MVNO sont présents dans certains pays européens. Par exemple, United Telecom, en Belgique, présente les caractéristiques d'un MVNE.

46. En revanche, en dépit du nombre de contrats conclus depuis 2005, le Conseil constate que les conditions techniques d'hébergement négociées par la plupart des MVNO qui commercialisent actuellement des offres sur le marché français sont très semblables à celles constatées dans les premiers contrats, signés à la fin de l'année 2004 et au début de l'année 2005, qui limitent fortement l'autonomie technique des MVNO : les opérateurs hébergés ne maîtrisent aucun élément de réseau et n'ont notamment pas accès au HLR. Encore moins existe-t-il sur le marché de MVNE.

47. De ce fait, comme le Conseil l'avait déjà constaté dans l'avis n° 05-A-09 déjà cité, les MVNO n'ont pas la possibilité de différencier les conditions de leurs offres, notamment les services offerts, par rapport à ceux des opérateurs hôtes. En particulier, les MVNO ne peuvent apporter à leurs clients aucune innovation technique ; ils restent totalement dépendants de leur opérateur hôte pour ce qui concerne la qualité technique du service. De fait, les contrats conclus par SFR et Orange n'emploient pas l'appellation d'opérateur virtuel ou MVNO mais celle d'« ESP» ou « *enhanced service provider* », qui indique bien que les intéressés n'ont aucune des prérogatives d'un opérateur et se bornent à acheter en gros les services des opérateurs de réseau.

48. De plus, les contraintes qui leur sont ainsi imposées en termes de transmission d'informations à leur hôte, un de leur principal concurrent, sont de nature à limiter leur autonomie commerciale comme le Conseil l'avait noté dans l'avis précité : « *toutefois, ce refus d'accès au HLR conduit également les opérateurs hôtes à exiger que les opérateurs virtuels leur communiquent des informations très détaillées sur leurs offres ou leurs promotions pour « programmation » dans le HLR, ce qui n'est évidemment pas favorable au développement de leur autonomie commerciale* ».

49. Les contrats signés par Orange prévoient ainsi que ces transmissions d'information concernent les demandes de création ou d'évolution de l'offre, précisant, entre autres, la nature et la description de la demande, la date de lancement de l'offre souhaitée, les prévisions de volumétrie associées, la cible clients de la demande ainsi que les liens avec les autres demandes. Dans les contrats conclus avec SFR, les clauses de transmission d'informations font également référence à des informations très détaillées.

50. Enfin, les opérateurs hôtes ont une maîtrise totale du calendrier des offres des MVNO. Comme le souligne l'ARCEP dans son avis, « *la simple inertie des opérateurs de réseau, par exemple dans la mise en place des nouvelles offres commerciales des opérateurs virtuels, peut suffire à infliger à ces derniers un préjudice grave.* ». En particulier, il n'est pas envisageable qu'un MVNO puisse, dans ces conditions, lancer une offre innovante

avant son opérateur hôte. L'un des opérateurs entendus par le Conseil a ainsi témoigné que la demande d'un tarif adapté à une offre innovante avait reçu une réponse près d'un an plus tard, après que l'opérateur hôte concerné eut lancé la même offre.

51. Seuls les contrats récemment signés par Bouygues Telecom se démarquent des contrats précédemment observés sur le marché dans la mesure où ils prévoient que le MVNO exploitera sa propre plate-forme IN et assurera lui-même les terminaisons d'appels sur les réseaux fixes. Cette évolution est toutefois trop récente pour que les conséquences sur les offres des MVNO concernés et sur le marché puissent être constatées.

B. LES CONDITIONS TARIFAIRES SONT PEU FAVORABLES À UNE CONCURRENCE PAR LES PRIX ET INADAPTÉES AUX OFFRES ILLIMITÉES

52. Sur le plan tarifaire, les prestations de gros achetées par les MVNO sont principalement « de bout en bout ». Elles comprennent l'accès et le départ d'appel mais aussi l'acheminement et la terminaison. En particulier, la terminaison sur un réseau tiers des appels émis depuis les mobiles d'un MVNO est payée directement par l'opérateur hôte, lorsqu'il ne s'agit pas de son propre réseau. De même, ce n'est pas le MVNO qui perçoit les revenus de terminaison des appels sur ses mobiles mais l'opérateur hôte. Le MVNO se borne, en fait, à acheter des minutes de communication en gros à son opérateur hôte pour la « location » du réseau.

1. LES TARIFS *RETAIL MINUS* POSENT LE PROBLÈME DES PRIX DE RÉFÉRENCE ET N'ÉVOLUENT PAS AVEC LES COÛTS

53. Dans les contrats conclus jusqu'à présent par Orange et SFR, le prix d'achat des minutes de communication a pris la forme de réductions par rapport aux prix de détail pratiqués par l'opérateur de réseau hôte (tarif dit *« retail minus »*). De tels tarifs se distinguent notamment de ceux qui partent du prix de revient de la prestation de « location » du réseau auquel s'ajoute une marge (tarif dit *« cost plus »*).

54. Les prix de détail pris comme référence diffèrent selon les opérateurs hôtes. Ainsi, dans les contrats d'Orange, il s'agit de la moyenne pondérée des prix catalogues unitaires des offres correspondantes des opérateurs mobiles sur la période considérée. SFR, pour sa part, bâtit un « indice Prix Voix Nationale Bas-Haut de marché » avec ses propres prix, ceux d'Orange et ceux de SFR.

55. Le Conseil avait déjà souligné dans son avis n° 05-A-09 déjà cité, qu'un tarif de type *retail minus « permet surtout aux opérateurs de réseau de contrôler la pression concurrentielle par les prix susceptible d'être exercée par les MVNO, d'une part, parce qu'une augmentation des prix de détail des opérateurs hôtes contraint les MVNO à relever leurs prix, d'autre part, parce que la compétitivité des MVNO dépend étroitement des taux de réduction négociés. En effet, du fait de l'importance de la concurrence en marque et en services, les opérateurs virtuels ne peuvent réaliser que des gains d'efficacité limités sur les coûts de commercialisation et de communication »*.

56. Les tendances récentes du marché ont encore accentué la contrainte exercée par ce type de tarif sur la politique commerciale des MVNO.

57. En effet, les prix de référence ne baissent pas car ce sont les « prix faciaux » des offres par opposition aux prix moyens des communications à la minute. Comme cela a déjà été relevé ci-dessus, ces « prix faciaux » ont même eu tendance à augmenter avec l'arrivée des offres dites *« d'abondance »*. En effet, les prix de ces forfaits sont plus élevés que ceux commercialisés précédemment, qui ont disparu du catalogue des offres des opérateurs.

58. En revanche, comme cela a déjà été noté ci-dessus, les prix moyens à la minute sont fortement orientés à la baisse en raison de la progression des volumes consommés dans le cadre des offres illimitées. Ce sont d'ailleurs ces prix moyens à la minute consommée qui sont mis en avant par les opérateurs de réseau pour illustrer le dynamisme de la concurrence sur le marché de détail. Mais cette baisse n'a pas d'incidence sur les prix de gros acquittés par les MVNO.

59. Alternative Mobile[7] signale par ailleurs que l'ARCEP ne publie que des indices de prix agrégeant la clientèle entreprise et la clientèle résidentielle, que ce soit pour la voix, les SMS et les MMS et que c'est sur cette base que les révisions tarifaires sont négociées avec les opérateurs de réseau, alors que les MVNO n'ont quasiment pas d'offres destinées aux professionnels.

60. Plus fondamentalement, l'absence totale de référence aux coûts dans les tarifs de type *retail minus* ne permet pas de répercuter les baisses de coûts dont peuvent bénéficier les opérateurs hôtes. Ainsi, les baisses de terminaison d'appel successives imposées par l'ARCEP ne bénéficient pas aux MVNO.

61. Comme le fait encore remarquer l'ARCEP dans son avis du 24 juin dernier, les prix de gros à la minute payés par les MVNO ne sont pas différenciés en fonction des réseaux de destination. Seuls les appels vers l'international font l'objet d'une tarification spécifique. Les différences de coûts supportés par l'opérateur hôte en matière de terminaison d'appel, selon que l'appel se termine sur son propre réseau, sur un autre réseau mobile, ou sur un réseau fixe, ne sont donc pas répercutées aux MVNO. Si certains contrats font apparaître des remises liées à la croissance du trafic « on-net », il ne s'agit que du trafic à destination des numéros sous contrat avec le MVNO et non à destination de l'ensemble du réseau de l'opérateur hôte. Pourtant, la répercussion sur les coûts de l'opérateur hôte est la même dans les deux cas : ce dernier ne paie pas de terminaison d'appel et ne supporte que le coût marginal de la terminaison sur son propre réseau.

62. Certes, comme le Conseil le notait dans son avis n° 05-A-09 précité, les tarifs de type *retail minus* présentent théoriquement l'avantage d'envoyer le « bon signal » aux entrants potentiels puisqu'ils incitent à faire porter l'effort concurrentiel principalement sur la différenciation des produits (innovations tarifaires et lancement de nouveaux produits) ainsi que sur la recherche d'une clientèle non ciblée par l'hôte[8]. Toutefois, dans le cas présent, les caractéristiques techniques des offres d'hébergement exposées ci-dessus limitent ces possibilités de différenciation. Celle-ci ne peut être que tarifaire : les taux de réduction négociés permettent aux opérateurs virtuels de proposer, sur certaines clientèles ciblées, des tarifs relativement compétitifs par rapport à ceux de l'opérateur hôte. En revanche, pour d'autres types de produits, les MVNO ne sont pas en mesure, compte tenu des tarifs de gros négociés, d'offrir un prix concurrentiel par rapport à celui de

[7] L'association créée par les MVNO et regroupant Auchan Télécom, Omer Telecom, Carrefour Interactive, Coriolis Télécom, NRJ Mobile, Télé 2 Mobile et Transatel.

[8] Voir sur ce point l'ouvrage de W.J.Baumol et G.Sidak, "*Toward competition in local telephony*", 1994.

l'opérateur. Ces effets de ciseau permettent aux opérateurs hôtes de cibler les clientèles qu'ils dédient aux MVNO et évitent une concurrence frontale. Les MVNO ne sont pas concurrents mais partenaires complémentaires de leur opérateur hôte.

2. LES TARIFS SONT INADAPTÉS AUX OFFRES D'ABONDANCE

63. Dans le contexte actuel du développement du marché de détail, la prépondérance des prix de gros négociés sous la forme *retail minus* interdit aux MVNO de suivre les opérateurs de réseau dans le développement des offres d'abondance.

64. Comme cela est signalé par l'ARCEP dans son avis, « *la faible contribution* des *MVNO au développement des offres illimitées, notamment sur la voix, s'explique par le fait que la prestation de services d'abondance et a fortiori illimités est particulièrement adaptée aux opérateurs de réseau fonctionnant en structure de coûts fixes. En effet, le coût de revient de telles offres, reposant sur la prestation de minutes on-net supplémentaires, est particulièrement bas. Ceci limite de surcroît le risque économique encouru en cas de surconsommation des clients* ».

« A contrario, dans la mesure où en pratique un opérateur virtuel achète des minutes à l'unité, et que ces minutes sont vendues à un coût unique ne tenant pas compte, par exemple, des coûts moindres pour fournir une minute on-net, la reproduction sur le marché de détail de telles offres est très risquée pour l'opérateur virtuel, qui se trouve très exposé à des effets de ciseau. En effet, l'offre forfaitaire comporte un risque de consommations très élevées pour certains clients, dont le MVNO devra assumer le coût de gros à la minute auprès de son opérateur hôte ».

65. Par rapport aux conditions de base décrites ci-dessus, des aménagements ont récemment été négociés par certains MVNO pour inclure des conditions spécifiques pour les offres d'abondance. Il s'agit toutefois d'aménagements ponctuels, fortement limités en nombre de clients et en durée. Par exemple, un MVNO d'Orange bénéficie de tarifs spécifiques lui permettant d'inclure une option « SMS illimités » dans ses offres ainsi qu'un tarif adapté à une option voix illimitée vers ses propres numéros. Encore ce dernier tarif n'est-il valable que pour un nombre limité de forfaits vendus et pendant une période déterminée.

66. De façon plus significative, les contrats négociés récemment par Bouygues Télécom prévoient une tarification de type *cost plus*. S'ajoutant à la possibilité de terminer lui-même certains types d'appels (voir ci-dessus), ces tarifs de type *cost plus* laissent au MVNO une marge de manœuvre tarifaire beaucoup plus élevée.

3. LES TARIFS COUPLENT PLUSIEURS TYPES DE PRESTATIONS : LE DÉPART, LE TRANSIT ET LA TERMINAISON D'APPEL

67. Autre obstacle à l'exercice d'une vraie concurrence, les prix de gros à la minute négociés jusqu'ici lient les prestations de départ d'appel, que les opérateurs hôtes sont les seuls à pouvoir fournir, aux prestations de transit et de terminaison d'appel. Or, comme le montre l'exemple cité au paragraphe précédent, ces prestations pourraient dans certains cas être fournies par d'autres prestataires, voire par le MVNO lui-même, sauf évidemment en ce qui concerne la terminaison d'appel sur le réseau hôte.

68. Même dans le cas de tarifs *cost plus*, les risques de ciseaux tarifaires ne sont pas complètement éliminés du fait de la perception de revenus entrants (terminaison d'appel) par l'opérateur hôte. Celui-ci a en effet la possibilité de réaliser une marge sur ces revenus. De ce fait, il ne peut être exclu que le prix de l'appel de « bout en bout » orienté vers les coûts qui est facturé au MVNO le contraigne à réaliser des pertes, s'il veut s'aligner sur les tarifs de détail de l'opérateur hôte qui, lui, compense cette perte par les revenus de terminaison.

69. Ce risque serait écarté si la tarification distinguait le départ d'appel, le transit et la terminaison d'appel, les MVNO ayant la possibilité de n'acheter que le départ d'appel à l'opérateur hôte, de s'adresser à d'autres fournisseurs pour le transit, voire à eux-mêmes, et de payer eux-mêmes la terminaison d'appel aux opérateurs des réseaux de destination.

C. LES CONTRATS METTENT EN PLACE UNE RELATION EXCLUSIVE ENTRE L'OPÉRATEUR HÔTE ET LE MVNO

70. Autre obstacle à une vraie concurrence, la renégociation des conditions techniques et tarifaires décrites ci-dessus, par exemple par une mise en concurrence des opérateurs de réseau, se heurterait aux stipulations qui, dans les contrats en cours, mettent en place des liens exclusifs entre le MVNO et l'opérateur hôte et limitent les possibilités de sortie des contrats.

71. Les contrats d'Orange sont ainsi conclus pour des durées très longues (neuf ans pour la plupart, six ans dans un cas, dix ans dans un autre) et le MVNO s'engage à ne pas contracter avec un tiers, pour la fourniture du même service, pendant toute la durée du contrat. Une faculté de résiliation anticipée sans indemnité au bout de trois ans est prévue dans les cas où le MVNO pourrait faire valoir une offre concurrente mieux disante, sur le plan des conditions tarifaires ou sur celui des conditions techniques d'hébergement. Il est toutefois également prévu que, dans ce cas, Orange soit mis en mesure de faire une offre équivalente qui lui permette de préempter le contrat. Dans un des contrats, Orange conserve un droit d'alignement, même à l'issue de la durée initiale de dix ans du contrat.

72. Il ne peut donc être mis fin à l'exclusivité qui lie le MVNO à Orange qu'en résiliant le contrat. Ces clauses de résiliation ne permettent pas réellement de faire jouer la concurrence entre opérateurs. En effet, s'il fait jouer cette clause, un MVNO doit « déménager » tout son parc en subissant tous les coûts de sortie correspondants, comme ceux liés, notamment, au changement de carte SIM pour l'ensemble de ses clients.

73. Les contrats initialement conclus entre SFR et les opérateurs virtuels qu'il héberge limitaient l'exclusivité d'approvisionnement auprès de l'opérateur hôte pendant les deux premières années contractuelles. Cet engagement était ramené à 70 % du nombre de minutes achetées pour chacune des deux années suivantes. En échange de cet engagement, l'ESP perçoit une remise spécifique. Dans la plupart des cas, un avenant a cependant été signé, prolongeant l'exclusivité totale sur ces deux années supplémentaires, soit pour quatre ans au total, avec des remises d'exclusivité additionnelles.

74. Les contrats récemment signés par Bouygues Télécom ne comportent pas de clauses d'exclusivité.

75. Le cas de NRJ Mobile, seul MVNO à avoir remis les opérateurs hôtes en concurrence, illustre les coûts de résiliation liés à la mise en œuvre de telles clauses. Après avoir

construit une base de plusieurs centaines de milliers de clients dans le cadre de son contrat avec SFR, NRJ n'est pas parvenu à négocier de nouvelles conditions techniques et tarifaires d'hébergement avec son opérateur hôte et a conclu un nouveau contrat avec Orange. Ce deuxième contrat ne s'applique qu'aux nouveaux clients aux termes des clauses qui le lient à SFR. La migration de la totalité de ses clients sur le réseau d'Orange imposerait le changement des cartes SIM et ferait l'objet d'un contentieux avec SFR.

76. De telles obligations d'exclusivité pèsent directement sur le développement des MVNO présents sur le marché dans la mesure où elles rendent difficiles la mise en concurrence des opérateurs hôtes et la renégociation des conditions initiales. Elles ont également des conséquences sur les conditions de la concurrence entre opérateurs de réseau : ceux d'entre eux qui voudraient accueillir un MVNO sur leur réseau doivent s'adresser à d'autres MVNO que ceux qui sont actuellement présents sur le marché et qui ne peuvent rompre les liens qui les unissent à leur opérateur hôte actuel. Cette situation est de nature à renforcer les barrières à l'entrée sur le marché pour un quatrième opérateur de réseau dont le développement pourrait pourtant être accéléré par l'accueil de MVNO.

D. LES CONTRATS LIMITENT LES POSSIBILITÉS DE VALORISATION DES MVNO

77. La totalité des contrats signés à ce jour subordonnent la cession ou les transferts des droits d'hébergement du MVNO à l'accord de l'opérateur hôte.

78. En premier lieu, les contrats sont conclus *intuitu personae*. Ils ne peuvent être cédés à un tiers sans l'accord explicite de l'opérateur hôte. Les exceptions à cette clause soumettent les droits de cession, ou transfert du contrat, à la condition que ce ne soit pas au bénéfice d'un concurrent direct ou indirect de l'opérateur hôte.

79. En deuxième lieu, plusieurs contrats assortissent la possibilité de céder la base clients, ou le contrat, ou l'activité à un droit de priorité permettant à l'opérateur hôte de poursuivre pour son propre compte la fourniture du service aux utilisateurs finaux. Deux types de droit de priorité sont ainsi généralement prévus : un droit de préférence, l'opérateur hôte formulant la première offre d'achat, et un droit de préemption, lui permettant de s'aligner sur le moins disant.

80. Dans le cas des contrats SFR, l'indemnité proposée par l'opérateur hôte doit être au moins égale à celle découlant de l'offre d'un tiers, sous réserve du caractère raisonnable de l'offre initiale. Il est donc prévu que SFR soit dûment informée des conditions de l'offre concurrente et un délai est fixé pour lui permettre de formuler elle-même une offre. Les différends sont soumis à l'intervention d'un médiateur ou d'un expert.

81. En troisième lieu, la cession du capital du MVNO, ou tout changement de contrôle, permet à l'opérateur hôte de faire jouer de plein droit les clauses de résiliation du contrat lorsque le cessionnaire est l'un de ses concurrents. De façon générale, tout changement dans la structure du capital doit lui être notifié. Certains contrats visent de la même manière toute prise de participation par le MVNO.

82. La plupart des contrats prévoient néanmoins une exception à l'exercice de ces droits dans l'hypothèse où la cession interviendrait au sein du groupe auquel appartient le MVNO.

83. La présence de ces clauses dans les contrats restreint directement les marges de manœuvre des MVNO en termes de financement et de développement. Les mouvements de

consolidation entre MVNO sont ainsi peu probables. De fait, les MVNO mis en vente récemment ont bien été rachetés par leur opérateur hôte.

84. De ce fait, ce secteur d'activité est rendu peu attractif pour les investisseurs. En effet, la base clients représente le principal actif d'un MVNO mais les contraintes imposées à la cession de cette base pèsent sur sa valorisation et donc sur celle des sociétés concernées et sur la rentabilité des investissements dans cette branche d'activité.

85. Ceci est aussi un frein à l'amélioration du pouvoir de négociation des MVNO vis-à-vis de leur opérateur hôte, comme le souligne l'ARCEP dans son avis : *« en prévenant les mouvements de concentration/consolidation entre opérateurs virtuels, ces clauses suppriment les perspectives de croissance externe des opérateurs virtuels et la consolidation subséquente de contre-pouvoir d'acheteur qui en découle. »*

Conclusion sur les conditions d'hébergement proposées aux MVNO par les opérateurs de réseau

86. Le faible développement des MVNO en France peut donc être directement relié aux conditions contractuelles initialement négociées avec Orange et SFR lors de l'ouverture du marché de gros de l'hébergement sur leur réseau. Ces conditions peuvent être hiérarchisées par ordre décroissant en fonction du degré de contrainte qu'elles exercent :

- en premier lieu, les stipulations empêchant les MVNO de renégocier les conditions d'hébergement des contrats initiaux en faisant jouer la concurrence entre les opérateurs de réseau : la combinaison des clauses d'exclusivité, de la durée des contrats et des droits de priorité limite toute évolution ;
- en deuxième lieu, les clauses limitant les possibilités de valorisation de l'activité d'opérateur virtuel et donc les incitations à l'investissement dans cette activité ;
- en troisième lieu, les conditions tarifaires qui empêchent toute concurrence frontale entre les MVNO et leur opérateur hôte ;
- en quatrième lieu, la faible autonomie technique des MVNO qui ne peuvent compenser leur absence d'agressivité tarifaire par des innovations sur les services offerts.

III. Les évolutions envisageables

87. Avant d'envisager une intervention directe sur les contraintes analysées ci-dessus, il convient de rappeler que le caractère déséquilibré de ces contrats s'explique par les faibles incitations concurrentielles des opérateurs hôte à la date de leur conclusion (voir l'avis n° 05-A-09 déjà cité). En effet, les conditions contractuelles en cause sont celles des contrats initiaux, librement signés par les MVNO auxquels elles sont défavorables, et non d'évolutions ultérieures qui auraient été imposées par les opérateurs hôtes. Les contrats récemment signés par Bouygues Télécom signalent, sur ce marché de gros, une incitation plus forte à se faire concurrence ressentie par le dernier opérateur hôte. Le Conseil examinera donc dans un premier temps comment la concurrence sur le marché de gros pourrait être renforcée et favoriser le développement des MVNO.

88. Une intervention directe sur les contrats existants doit, cependant, être envisagée, les conditions contractuelles ayant, en elles-mêmes, un effet de verrouillage sur le marché de gros. Comme le Conseil l'a rappelé à titre liminaire, il ne peut, dans le cadre de cet avis, se prononcer sur la licéité de ces contrats au regard des règles de concurrence applicables mais il rappellera les critères pris en compte par les autorités de la concurrence lorsqu'elles se prononcent sur des pratiques de la nature de celles exposées dans la description faite ci-dessus.

89. C'est donc sur le double thème de l'incitation et de l'intervention que le Conseil expose les propositions qui suivent.

A. RENFORCER LA CONCURRENCE SUR LE MARCHÉ DE GROS DE L'HÉBERGEMENT DES MVNO EN DONNANT LES BONNES INCITATIONS

1. DES CONDITIONS INITIALEMENT PLUS DÉFAVORABLES QUE DANS D'AUTRES GRANDS PAYS EUROPÉENS

90. L'incitation des opérateurs à accueillir un ou plusieurs MVNO sur leur réseau dépend initialement, avant la conclusion des premiers contrats, de l'intensité de la concurrence que se livrent entre eux les opérateurs de réseau sur le marché de détail. Par exemple, comme cela a déjà été souligné ci-dessus au §23, dans d'autres pays européens, c'est le fort degré de concurrence entre opérateurs de réseau qui a incité l'opérateur de plus petite taille à s'assurer des effets d'échelle par l'accueil de MVNO. Ainsi, au Royaume-Uni, quatre opérateurs de réseau se faisaient concurrence dès 1999, ce qui a sans aucun doute incité T-Mobile, de taille plus faible, à conclure de sa propre initiative un accord commercial volontaire avec Virgin Mobile afin d'optimiser l'usage de son réseau.

91. Sur le marché de gros, les barrières réglementaires et économiques à l'entrée d'un nouvel opérateur sont particulièrement fortes comme l'ont encore récemment montré en France les discussions relatives à l'attribution de la quatrième licence.

92. La France présente une autre singularité dans la mesure où le plus petit des trois opérateurs a longtemps marqué peu d'intérêt pour l'accueil de MVNO sur son réseau. Or, il a été observé que ce sont les petits opérateurs qui ont le plus intérêt à développer leur parc, propre ou loué, pour amortir autant leurs coûts fixes que le font leurs concurrents de plus grande taille.

93. C'est bien ce qui a été observé, par exemple en Belgique : BASE, le plus petit opérateur, a été le premier à héberger des opérateurs de téléphonie mobile, dans des conditions telles que l'un d'eux, United-Telecom a développé une activité de MVNE, hébergeant à son tour de nombreux MVNO. Ces entrées se sont traduites par une migration importante de la clientèle des autres opérateurs de réseaux (Proximus et Mobistar) les incitant à leur tour à héberger des MVNO.

94. De plus, comme le Conseil le faisait observer dans l'avis n° 05-A-09 précité, le risque de « cannibalisation » de sa base clients est, pour le plus petit opérateur, arithmétiquement moins sensible qu'il ne l'est pour les opérateurs dont les parts de marché sont plus importantes : *« Bouygues Télécom pourrait, compte tenu de la répartition actuelle des parts de marché, avoir intérêt à accueillir des opérateurs virtuels puisque, sur 100 clients gagnés par celui-ci, seuls 15 à 30 seraient perdus pour l'opérateur hôte, selon que l'on*

prenne en compte la part de Bouygues Télécom dans le stock d'abonnés ou dans les nouveaux abonnés. Bouygues Télécom serait donc moins sensible au risque de « cannibalisation », tout en étant ainsi mis en mesure de récupérer les revenus versés par le MVNO pour l'utilisation de son réseau ». Seul le positionnement concurrentiel de Bouygues Télécom, plus centré sur les prix, était de nature à lui faire craindre la concurrence de MVNO qui auraient privilégié des prix bas.

95. Dans les faits, Bouygues Télécom a certes été le premier opérateur à accueillir un MVNO en 2001, mais cet opérateur, Transatel, a, comme cela a d'emblée été noté, limité son activité à une « niche » très particulière. L'opérateur a ensuite attendu fin 2006 pour signer un contrat avec Altitude Télécom, contrat qui n'a débouché sur aucune offre commerciale. Enfin, il faut rappeler que l'attitude ouvertement hostile aux MVNO de l'opérateur a pu rassurer ses deux concurrents quant à ses intentions. Ce n'est que fin 2007 que Bouygues Télécom a modifié sa position et négocié avec Noos-Numéricable dont les premières offres commerciales viennent à peine d'être lancées.

96. De ce fait, l'entrée des MVNO sur le marché français a été essentiellement le fait des deux principaux opérateurs, Orange et SFR, à la fin de l'année 2004 et au début de l'année 2005, dans des conditions telles que le Conseil notait dans l'avis n° 05-A-09 déjà cité que *« l'accélération de la négociation de contrats de ce type depuis le début de l'année 2005 a coïncidé avec le lancement par l'ART de la consultation publique relative à ce marché »* et concluait que *« les conditions concurrentielles prévalant actuellement sur le marché de gros paraissent insuffisantes pour permettre de résoudre les problèmes de concurrence identifiés sur le marché de détail »*.

2. LA RÉGULATION DU MARCHÉ DE GROS DE L'HÉBERGEMENT EST DIFFICILEMENT ENVISAGEABLE DANS LE CADRE DÉFINI AU NIVEAU EUROPÉEN

97. Le marché de gros de l'hébergement de MVNO sur le réseau des opérateurs de téléphonie mobile a fait l'objet d'une analyse à la fin de l'année 2004 et au début de l'année 2005, sur le fondement de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques et dans le cadre réglementaire européen applicable aux communications électroniques[9]. Le Conseil rappelle que, conformément à l'article 37-1 du code des postes et des communications électroniques, l'ARCEP détermine les marchés du secteur des communications électroniques pertinents, en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2, au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, et établit la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés.

98. Dans ce contexte, l'ARCEP avait estimé que, sur la période de référence, soit 2005-2007, il existait une situation de collusion tacite entre les trois opérateurs mobiles : les deux plus gros n'avaient collectivement pas intérêt à proposer aux MVNO des conditions d'hébergement leur permettant d'animer significativement la concurrence sur le marché de détail dès lors que le troisième avait publiquement signalé son désintérêt pour le marché. Pour sa part, le Conseil avait estimé, dans l'avis n° 05-A-09 déjà cité, que du fait du caractère émergent du marché concerné, il était difficile d'en apprécier le fonctionnement concurrentiel au regard des critères très exigeants définis par le TPICE

[9] Notamment la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil, dite directive « *cadre* » et la recommandation du 11 février 2003 relative aux marchés pertinents.

dans l'affaire Airtours Firstchoice mais, qu'en toute hypothèse, les caractéristiques structurelles de ce marché étaient telles qu'au regard du cadre réglementaire européen et de sa transposition en droit national, le risque d'une influence significative conjointe des opérateurs mobiles sur ce marché ne pouvait être écarté. Le Conseil était favorable à une intervention de régulateur : *« en imposant aux opérateurs mobiles une obligation de répondre aux demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau ou à des moyens qui y sont associés, l'ART [garantirait] aux MVNO la possibilité d'exiger la révision de leurs conditions contractuelles à terme et de pérenniser leur déploiement jusqu'à une taille critique »*.

99. L'ARCEP a notifié à la Commission européenne en avril 2005 un projet de décision visant à réguler le marché en imposant aux opérateurs mobiles l'accueil de MVNO sur leur réseau, puis, devant les réticences de la Commission, a retiré cette notification et annoncé la mise sous surveillance du marché. A ce titre, l'ensemble des contrats dont les caractéristiques ont été exposées ci-dessus lui ont été transmis et elle a pu observer l'inadéquation de leurs conditions à l'exercice d'une concurrence effective par les MVNO, sans toutefois disposer du pouvoir d'imposer les obligations qui auraient permis d'y remédier.

100. Dans le cadre du deuxième cycle d'analyse des marchés des communications électroniques, ce marché ne figure plus sur la liste des marchés régulables établie par la recommandation européenne du 17 septembre 2007[10]. Une régulation permettant à l'ARCEP d'imposer des conditions d'accès techniques et des modes de tarification plus favorables ne pourrait donc être que dérogatoire : elle devrait être justifiée par le caractère atypique du marché français de la téléphonie mobile. Or, les conditions associées aux contrats récemment négociés par Bouygues Télécom avec des MVNO suggèrent que le marché pourrait évoluer de lui-même vers une situation plus proche de celle qui a été constatée dans d'autres pays européens.

3. LES INCITATIONS DES OPÉRATEURS POURRAIENT ÉVOLUER PAR LE JEU DES FORCES DU MARCHÉ

101. En effet, le contrat d'hébergement conclu entre Noos et Bouygues Télécom, fin 2007, se différencie de ceux qui prévalaient jusqu'alors sur le marché par des conditions techniques plus favorables à l'autonomie du MVNO, un tarif de type *cost plus* et l'absence d'exclusivité. Bouygues Télécom explique cette évolution par les investissements d'extension des capacités de son réseau rendus nécessaires par le lancement de l'offre Néo[11] et sa volonté d'assurer la rentabilité de ces investissements par l'extension de l'utilisation du réseau à travers un ou plusieurs MVNO. Par ailleurs, le Conseil observe que le développement d'offres illimitées par Bouygues Télécom a repositionné cet opérateur en prix et atténué les risques de « cannibalisation » par les offres des MVNO hébergés, rappelés ci-dessus.

102. Compte tenu du caractère très récent de cette évolution, il est difficile de se prononcer à ce stade sur son caractère pérenne, mais si elle se confirmait, il pourrait en résulter une

[10] Recommandation du 17 décembre 2007 relative aux marchés pertinents de biens et de services dans le secteur des communications électronique susceptibles d'être régulés conformément à la directive 2002/21/EC.

[11] Cette offre inclut des appels illimités vers trois numéros de tous opérateurs.

intensification de la concurrence sur le marché de gros. En effet, les offres de Bouygues Télécom et, surtout, l'animation de la concurrence sur le marché de détail qui pourrait en résulter pourraient inciter les deux opérateurs de réseau concurrents à s'appuyer, eux aussi, sur des MVNO plus autonomes.

4. LES INCITATIONS CONCURRENTIELLES DU MARCHÉ POURRAIENT ÉGALEMENT SE MODIFIER AVEC L'ENTRÉE D'UN QUATRIÈME OPÉRATEUR

103. De même, l'entrée d'un quatrième opérateur aurait directement pour effet d'intensifier le jeu de la concurrence à la fois sur le marché de détail et sur le marché de l'hébergement des MVNO. Le Conseil constate à cet égard que la France est, à la fois, l'un des pays européens dans lesquels le développement des MVNO est le plus faible et le seul pays européen de sa dimension à n'avoir que trois opérateurs de réseau. Les autres États ne comprenant que trois opérateurs de réseau sont la Grèce, la Belgique, la Finlande, la Hongrie, la Lituanie, le Portugal et la Suisse, pays dont la taille de marché est sensiblement inférieure à celle de la France.

104. Les intérêts d'un nouvel entrant et des MVNO seraient convergents dans la mesure où le développement d'un nouveau réseau serait plus facilement rentabilisé par l'accueil de MVNO.

105. Toutefois, en l'état actuel, la plupart des contrats de MVNO existants rendent très difficile le transfert de l'un d'eux vers un nouveau réseau leur offrant des conditions plus favorables, qu'il s'agisse de Bouygues Télécom ou d'un éventuel quatrième opérateur de réseau.

106. Ces deux derniers pourraient toutefois contourner cet obstacle en faisant appel à de nouveaux candidats MVNO qui ne sont actuellement sous contrat ni avec Orange, ni avec SFR. Cette hypothèse n'est pas irréaliste : alors qu'Orange, par exemple, a lancé une activité de MVNO dans d'autres pays européens, on constate qu'aucun autre opérateur historique étranger de télécommunications n'est présent à ce jour sur les marchés de la téléphonie mobile français.

107. En revanche, en ce qui concerne les MVNO actuellement présents sur le marché français, même le renforcement de la concurrence sur le marché de gros de l'hébergement ne pourrait avoir qu'une efficacité limitée sur leur développement, compte tenu des conditions des contrats qui les lient soit à Orange, soit à SFR.

B. LIBÉRER LES MVNO DES CONTRAINTES QUI PÈSENT SUR EUX DONT CERTAINES POURRAIENT ÊTRE ANTICONCURRENTIELLES

108. Il convient de préciser à titre liminaire que le seul constat des fortes contraintes exercées par les contrats existant sur le développement des MVNO ne suffit pas à établir que ces contrats pourraient être jugés contraires aux dispositions du droit national ou européen de la concurrence. Celles-ci prohibent en effet les pratiques, qu'elles soient unilatérales ou concertées, qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. En particulier, l'atteinte aux intérêts d'un concurrent peut ne pas avoir d'effets restrictifs de concurrence sensibles sur un marché s'il est par ailleurs constaté qu'il existe une vive concurrence sur le ou les marchés concernés.

109. Le Conseil rappellera ci-dessous les critères qui sont mis en œuvre par les autorités de concurrence lorsqu'elles analysent les effets sur la concurrence sur un marché de stipulations contractuelles telles que celles qui ont été décrites ci-dessus, d'abord en ce qui concerne les clauses d'exclusivité liant les MVNO à leur opérateur hôte, ensuite en ce qui concerne les conditions tarifaires.

1. LES CLAUSES IMPOSANT L'EXCLUSIVITÉ OU EMPÊCHANT DE CHANGER DE FOURNISSEUR PEUVENT FAUSSER LE JEU DE LA CONCURRENCE SUR UN MARCHÉ

110. Le Conseil a été conduit à plusieurs reprises à rappeler que les obligations d'exclusivité entre acheteur et vendeur, qu'elles soient analysées au regard du droit des ententes ou du droit des pratiques unilatérales, ne sont pas prohibées en elles-mêmes. C'est le cas même pour une entreprise en position dominante, comme le Conseil l'a exposé dans ses décisions n° 03-MC-03, société Towercast contre TDF, du 1er décembre 2003 ou n° 07-MC-01, relative à une demande de mesures conservatoires de la société Kalibraxe sur le marché de l'électricité : *« la conclusion de clauses d'exclusivité au bénéfice d'une entreprise en position dominante ne constitue pas, par elle-même un abus à condition que le comportement de l'opérateur dominant n'affecte pas la concurrence au-delà des restrictions qui sont la conséquence inévitable de sa position dominante ».*

111. Cependant, des clauses imposant des relations commerciales exclusives ou incitant des vendeurs et des acheteurs à entretenir de telles relations peuvent avoir un effet de verrouillage sur les marchés en fermant l'accès des fournisseurs concurrents ou potentiels au marché et *in fine* en affaiblissant la concurrence sur les marchés concernés.

112. L'analyse de ces effets dépend de plusieurs facteurs : la situation concurrentielle des marché concernés, le champ d'application des obligations d'exclusivité et leur durée, l'existence d'une justification technique à l'exclusivité, et la contrepartie économique obtenue par le client.

113. De la même façon, selon les lignes directrices publiées par la Commission européenne[12] les clauses imposant à l'acheteur de s'approvisionner auprès d'un seul et même fournisseur doivent faire l'objet d'une analyse concrète, surtout lorsqu'elles portent sur plus de 80 % des besoins de l'acheteur et sont d'une durée supérieure à cinq ans.

114. Dans les contrats présentés ci-dessus, deux types de clauses pourraient ainsi être critiquées : les clauses d'exclusivité elles-mêmes, mais aussi les clauses permettant à Orange de renchérir sur des offres concurrentes. En effet, comme il est expliqué dans les lignes directrices sur les restrictions verticales, *« la clause dite «anglaise», en vertu de laquelle l'acheteur doit déclarer toute offre plus avantageuse et ne peut l'accepter que si le fournisseur ne s'aligne pas sur elle, peut produire le même effet qu'une obligation de non-concurrence, surtout lorsque l'acheteur est tenu d'indiquer l'origine de ladite offre. »* (§112).

L'intensité de la concurrence sur les marchés concernés

115. Dans le cas des MVNO, les effets des pratiques ne peuvent être appréciés indépendamment des conditions de la concurrence sur le marché de gros, ce qui a été fait

[12] Lignes directrices sur les restrictions verticales du 13 octobre 2000 (2000/C 291/01).

ci-dessus, mais aussi sur le marché de détail de la téléphonie mobile, sur lequel les MVNO et les opérateurs de réseau sont en compétition.

116. Les opérateurs de réseau mettent en avant l'intensité de la concurrence qui peut être observée sur ce marché. Ils citent le développement des offres d'abondance, la hausse des consommations et la baisse des prix moyens à la minute. Ils soulignent le caractère favorable pour le consommateur de ces évolutions. Il en ressort, selon eux, que la concurrence entre les trois opérateurs de réseau n'a pas besoin du renfort des MVNO pour être effective.

117. Le Conseil observe toutefois, à ce stade de son analyse et étant rappelées les réserves déjà exprimées ci-dessus, que les analyses concurrentielles du marché de détail français ne sont pas toutes aussi positives. Par exemple, le bilan effectué par la Commission européenne dans le 13ème « rapport d'avancement » sur le marché unique des télécommunications publié en mars dernier relève que les prix et les parts de marché sont restés stables en 2007, que le taux de pénétration est toujours parmi les plus bas d'Europe alors que *« les prix sont toujours relativement élevés par rapport aux autres États membres et aucune amélioration significative n'a été constatée sur ce point au cours des dernières années »*. Dans l'avis rendu le 24 juin sur le sujet des MVNO, l'ARCEP constate que si les offres d'abondance ont eu pour effet une forte hausse des usages moyens et une baisse des prix à la minute, les prix faciaux des offres de détail restent stables voir légèrement croissants sur la période. En d'autres termes, les consommateurs ne peuvent faire baisser leur facture mensuelle de téléphonie mobile : ils n'ont que le choix de téléphoner plus pour le même prix. Encore plus récemment, dans une étude sur les évolutions tarifaires des SMS et des données mobiles, l'ARCEP expose le fait que la baisse du prix de ces produits est cantonnée aux offres d'abondance, dont ne bénéficient pas les petits consommateurs pour lesquels les prix faciaux restent remarquablement stables. Enfin, le Conseil rappelle ses analyses précédentes selon lesquelles, en particulier, la prépondérance des offres post-payées avec engagement de durée, encore mise en évidence dans le cadre du présent avis, donne au marché une certaine viscosité (voir sur ce point l'avis n° 05-A-09).

Le champ de l'exclusivité

118. S'agissant du champ couvert par les clauses d'exclusivité, il convient d'opérer une distinction entre les contrats dans lesquels l'exclusivité porte sur la totalité de l'activité commerciale du MVNO pour toute la durée du contrat et ceux pour lesquels l'exclusivité peut éventuellement être limitée à 70 % des ventes du MVNO au bout de deux ans. En effet, même si cette exclusivité a été reconduite à hauteur de 100 % de l'activité du MVNO concerné, celui-ci a pu, au bout de deux ans, négocier ce point et la reconduction de l'exclusivité fait bénéficier le MVNO d'une rémunération spécifique.

119. Dans ce cas, l'existence de remises attribuées en échange d'une exclusivité totale ou partielle conduit les autorités de la concurrence à en examiner les effets potentiels en fonction des caractéristiques du marché et, notamment, de la capacité des autres offreurs à concurrencer les niveaux de remises offerts. Le Conseil a déjà été amené à préciser que l'effet de telles remises dépendait non seulement de leur taux mais également de leur assiette, ainsi que des autres critères rappelés ci-dessus s'agissant d'obligations d'exclusivité[13].

[13] voir sur ce point l'étude thématique sur les remises du Rapport annuel du Conseil pour l'année 2004.

La durée de l'exclusivité

120. En ce concerne la durée de l'exclusivité, les lignes directrices sur les restrictions verticales publiées par la Commission européenne en octobre 2000 (C 291/29) analysent de la façon suivante, lorsqu'elles sont imposées à des distributeurs, les obligations de non-concurrence, qui sont des clauses d'exclusivité portant sur 80 % ou plus des achats des distributeurs sur un marché pertinent : *« les obligations de non-concurrence contractées par des entreprises n'occupant pas de position dominante et d'une durée comprise entre un an et cinq ans doivent être examinées sur la base d'un bilan des effets proconcurrentiels et anticoncurrentiels. En revanche, pour la plupart des types d'investissement, les obligations de non-concurrence d'une durée supérieure à cinq ans ne sont pas jugées nécessaires pour obtenir les gains d'efficience allégués ou bien produisent des gains d'efficience insuffisants pour compenser l'effet de fermeture du marché qu'elles produisent. Les entreprises en position dominante ne peuvent imposer des obligations de non-concurrence à leurs acheteurs à moins de pouvoir donner des raisons objectives pour justifier cette pratique commerciale dans le contexte de l'article 82 ».*

Les possibilités de sortie des contrats

121. En outre, une clause d'exclusivité ne saurait être examinée, du point de vue de son effet sur la concurrence, indépendamment des conditions de sortie des contrats dans lesquels elle est insérée. En effet, lorsque la sortie anticipée du contrat est difficile et coûteuse, l'effet de l'exclusivité est renforcé. Inversement, lorsqu'une telle sortie est rapide et peu coûteuse, l'effet de l'exclusivité est amoindri. Lorsqu'il analyse l'effet de telles clauses sur le jeu concurrentiel, le Conseil apprécie ainsi la durée de l'exclusivité en relation avec les possibilités de sortie du contrat.

122. Notamment, dans la mesure où la sortie de l'exclusivité ne peut être obtenue que par la résiliation du contrat, toutes les stipulations visant à restreindre les possibilités de sortie des contrats peuvent justifier l'assimilation des clauses concernées à des clauses d'exclusivité à durée indéterminée.

L'existence de justifications

123. Les obligations d'exclusivité peuvent être théoriquement justifiées par l'existence d'investissements spécifiques consentis pour l'établissement de la relation commerciale, en l'espèce pour l'accueil des MVNO. Les opérateurs de réseau font par exemple valoir qu'ils ont investi des sommes considérables pour les équipements réseaux nécessaires à l'hébergement des MVNO. Dans ce cas, les autorités de la concurrence vérifient que les contraintes concurrentielles constituées par les obligations d'exclusivité n'excèdent pas ce qui est nécessaire à la rentabilisation de ces investissements. Les lignes directrices indiquent sur ce point que *« dans le cas d'un investissement du fournisseur propre à une relation contractuelle, un accord de non-concurrence ou un accord imposant des quotas pendant la période de l'investissement remplit généralement les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3 »* . Cependant, *« les investissements généraux ou propres à un marché qui concerne des capacités (supplémentaires) ne constituent pas, normalement, des investissements spécifiques à une relation contractuelle. Cependant, si un fournisseur crée de nouvelles capacités liées à l'activité d'un acheteur particulier, ces nouvelles capacités ne pourraient être rentables que pour la production destinée à ce seul client, auquel cas les investissements réalisés seraient considérés comme spécifiques à cette relation contractuelle. ».*

124. L'ensemble de ces critères devrait toutefois faire l'objet d'une analyse contradictoire plus approfondie afin de déterminer si les relations d'exclusivité ainsi garanties aux opérateurs de réseau sont susceptibles de fausser le jeu de la concurrence, non seulement sur le marché de gros, en verrouillant l'accès aux MVNO des autres opérateurs de réseau, mais aussi sur le marché de détail, en empêchant les MVNO de négocier de meilleures conditions techniques et tarifaires.

2. LES PRATIQUES DE CISEAU TARIFAIRE OU DE COUPLAGE PEUVENT ÊTRE ANTICONCURRENTIELLES LORSQU'ELLE SONT MISES EN ŒUVRE PAR UNE ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE

125. Il a été relevé ci-dessus que les conditions techniques consenties aux MVNO dans les contrats limitaient fortement l'autonomie des MVNO vis-à-vis de leur opérateur hôte. De même, les conditions tarifaires, de type *retail minus* et couplant plusieurs types de prestations formant un appel de bout en bout, pourraient ne pas leur permettre de répliquer certaines des offres de détail commercialisées par les opérateurs hôtes, en particulier les offres d'abondance qui constituent aujourd'hui le cœur de l'offre sur le marché de détail. L'ARCEP confirme que les calculs de coûts et de revenus auxquels elle a procédé révèlent, dans plusieurs cas, des marges négatives ou insuffisantes.

126. Il ressort de la jurisprudence des autorités de la concurrence qu'une entreprise, en position dominante sur un marché, peut abuser de cette position en offrant des prestations de gros, qui empêchent de la concurrencer sur un marché de détail, dans des conditions telles qu'elles ne permettent pas l'exercice d'une concurrence effective. Sont alors prises en compte tant les conditions techniques de cette offre (voir les décisions n° 04-D-18 du 4 mai 2004 et n° 05-D-59 du 7 novembre 2005) que leurs conditions tarifaires (voir en ce sens les deux décisions précédentes ainsi que les décisions de la Commission européenne du 21 mai 2003, Deutsche Telekom, confirmée par le TPICE dans un arrêt du 10 avril 2008, et du 4 juillet 2007, COMP 38784, Telefonica SA).

127. Ces analyses peuvent être faites alors que la prestation de gros est une facilité essentielle et que l'opérateur en position dominante est tenu de la fournir (voir en ce sens les décisions citées) mais aussi dans le cadre d'une relation commerciale existante. Le Conseil a, par exemple, estimé dans la décision n° 04-MC-07 du 28 juin 2007 que même si aucune obligation d'approvisionnement ne pesait sur EDF, le comportement commercial que le fournisseur avait adopté en concluant le contrat constituait une pratique pouvant être qualifiée au regard du droit de la concurrence.

128. Par ailleurs, les pratiques de couplage entre des prestations offertes par un opérateur en situation de monopole et des prestations offertes sur un marché concurrentiel sont également susceptibles de fausser le jeu de la concurrence sur un marché au sens des articles L. 420-2 de code de commerce et 82 du traité CE.

129. Certes, le marché de détail de la téléphonie mobile n'est pas caractérisé, comme c'était le cas dans l'ensemble des affaires citées ci-dessus, par la présence d'un opérateur historique encore largement dominant sur le marché mais par un oligopole composé de Orange, SFR et Bouygues Télécom, dont les parts de marché s'élevaient en octobre 2007

respectivement à 44,3 %, 34,1 % et 17,4 %[14]. A ce jour, il n'est pas établi que le premier opérateur, Orange, est dominant.

130. Cependant, les opérateurs de réseau sont en position de monopole sur leur terminaison d'appel (voir en ce sens la décision 04-D-48 du 14 octobre 2004, confirmée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 2 avril 2008) et cette prestation constitue une des prestations couplées dans l'appel tarifé de bout en bout.

131. Là encore, une analyse contradictoire plus approfondie devrait être menée pour déterminer si les conditions techniques et tarifaires constituent un abus de position dominante au sens des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE. En particulier, l'ARCEP relève dans son avis du 24 juin dernier que les tarifs de gros qu'elle a expertisés ne forment plus, aujourd'hui, la base de la majorité des offres des MVNO sur le marché de détail, celles-ci étant, de fait, adossées à des offres négociées au coup par coup, en dehors du contrat, avec l'opérateur hôte. Ces tarifs *ad hoc* ne peuvent s'appliquer qu'à des offres lancées de façon ponctuelle par les MVNO et ne leur laissent aucune autonomie commerciale vis-à-vis de leur opérateur hôte. Toutefois, leur multiplication peut conduire à nuancer les constatations faites ci-dessus relatives à l'impossibilité pour les MVNO de répliquer les offres d'abondance des trois opérateurs de réseau.

3. EN CE QUI CONCERNE LES AUTRES CONTRAINTES

132. De façon plus générale, les conditions d'accès à une infrastructure proposées par le détenteur de cette infrastructure peuvent dans certaines conditions fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Dans le cadre de l'avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002, le Conseil a rappelé les conditions d'applicabilité du principe limitant la liberté économique du détenteur d'une infrastructure, définies par la jurisprudence « *La limitation de la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle s'applique lorsque :*

- *en premier lieu, l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ;*
- *en deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;*
- *en troisième lieu, l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;*
- *en quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;*
- *en cinquième lieu, l'accès à cette infrastructure est possible ».*

133. Par exemple, le Conseil a considéré dans la décision n° 05-D-59 du 15 novembre 2005, qu'en autorisant l'accès de ses concurrents à son réseau local dans des conditions restrictives injustifiées, France Télécom avait abusé de sa position dominante et faussé le jeu de la concurrence entre elle et les autres opérateurs de réseau ou FAI sur le marché de

[14] parts de marché parc, Rapport d'avancement de la commission européenne sur le marché des télécommunications, mars 2008.

détail et sur le marché amont du haut débit par ADSL. Ont ainsi été sanctionnées une première offre, dont le caractère techniquement inapproprié ne permettait pas aux concurrents de France Télécom d'exercer une concurrence effective, comme les conditions tarifaires d'une seconde offre.

134. Toutefois, ce mode d'intervention des autorités de la concurrence a été très strictement encadré par la jurisprudence, tant nationale que communautaire pour des raisons exposées, par exemple, par la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt « Oscar Bronner »[15] : « *en premier lieu, il apparaît que le droit de choisir ses partenaires contractuels et de disposer librement de sa propriété sont des principes universellement consacrés dans les systèmes juridiques des États membres, en revêtant parfois un caractère constitutionnel. Les atteintes à ces droits exigent d'être soigneusement justifiées. En second lieu, la justification, sur le plan de la politique de la concurrence, d'une immixtion dans la liberté de contracter d'une entreprise dominante exige souvent de procéder à une soigneuse mise en balance de considérations divergentes. Sur le long terme, il est généralement favorable à la concurrence, et dans l'intérêt des consommateurs, de permettre à une société de réserver à son propre usage les installations qu'elle a développées pour les besoins de son activité. Par exemple, si l'accès à une installation de production, d'achat ou de distribution était trop aisément accordé, un concurrent ne serait pas incité à créer des installations concurrentes. Ainsi, tandis que la concurrence s'amplifierait à court terme, elle se réduirait à long terme. De surcroît, une entreprise dominante serait moins encouragée à investir dans des installations efficaces si ses concurrents pouvaient, sur demande, en partager les bénéfices. Ainsi, le simple fait qu'une entreprise conserve un avantage sur un concurrent en se réservant l'usage d'une installation ne saurait justifier d'exiger l'accès à celle-ci. En troisième lieu, il est important de ne pas perdre de vue, en appréciant ce problème, que l'objectif premier de l'article 86 est d'empêcher les distorsions de concurrence - et, en particulier, de sauvegarder les intérêts des consommateurs - plutôt que de protéger la position de concurrents particuliers* ».

135. En l'espèce, l'existence de plusieurs réseaux de téléphonie mobile, d'une part, et la possibilité évoquée à plusieurs reprises de créer un quatrième réseau, d'autre part, montrent d'emblée que le refus opposé par les opérateurs mobiles de donner accès à certains éléments de réseaux pourrait difficilement être appréhendé par le seul droit applicable aux infrastructures essentielles propre aux règles de la concurrence. Il en est de même des stipulations des contrats qui pèsent sur les possibilités de valorisation des MVNO.

[15] Oscar Bronner GmbH & CoKG contre Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & CoKGea (affaire C-7/97 du 26 novembre 1998).

Conclusion

136. Aux termes de l'analyse faite ci-dessus, le Conseil de la concurrence confirme que la plupart des contrats existants par lesquels les opérateurs de réseaux ont offert un accueil sur leur réseau à des MVNO ont été conclus dans un contexte très déséquilibré, marqué par de faibles incitations des offreurs. Cette situation a contraint le développement des MVNO à ce jour, par le cumul de quatre verrous :

- en premier lieu, la combinaison des clauses d'exclusivité, de la durée des contrats et des droits de priorité empêchant tout renégociation des contrats ;
- en deuxième lieu, les clauses limitant les possibilités de valorisation de l'activité d'opérateur virtuel et donc les incitations à l'investissement dans cette activité ;
- en troisième lieu, les conditions tarifaires qui empêchent toute concurrence frontale entre les MVNO et leur opérateur hôte ;
- en quatrième lieu, la faible autonomie technique des MVNO qui ne peuvent compenser leur absence d'agressivité tarifaire par des innovations sur les services offerts.

137. Ce jeu cumulé des contraintes bloque aujourd'hui les initiatives, au détriment de la concurrence et des consommateurs, sans que le temps ne puisse spontanément réparer les conséquences d'une situation de départ très défavorable aux MVNO.

138. Dans ce contexte, il est impératif de créer de nouvelles incitations concurrentielles pour améliorer les conditions dans lesquelles les MVNO peuvent être hébergés par leurs opérateurs hôtes. Les incitations peuvent venir :

    - du marché lui-même : à cet égard, les caractéristiques des récents contrats de MVNO proposées par Bouygues Télécom sont très encourageantes, même si leur effet de diffusion auprès des autres opérateurs virtuels risque d'être limité par l'application des clauses restreignant les possibilités de révision contractuelle au profit des acteurs plus anciens ;
    - de l'attribution d'une quatrième licence : loin d'être défavorable aux MVNO, une telle option peut au contraire créer une dynamique positive, à condition là encore qu'elle s'accompagne d'un « déverrouillage » des conditions techniques, tarifaires et contractuelles faites aux opérateurs virtuels dans le sens déjà exposé ;
    - d'initiatives prises par le régulateur ou, à défaut, le législateur dans le cas où le marché échouerait à créer les incitations recherchées au paragraphe 87 de son avis. L'ordre des priorités a été indiqué par le Conseil afin de lister les points auxquels il faudrait s'attaquer pour concourir à desserrer les contraintes.

139. Une telle voie législative ne peut être exclue si l'on veut parvenir à la conclusion de contrats plus équilibrés, notamment en ce qui concerne les aspects techniques et tarifaires permettant aux MVNO d'animer réellement la concurrence sur le marché de détail de la téléphonie mobile : accès aux éléments de réseaux autorisant une réelle différenciation

des offres, négociation de tarifs découplés et permettant de concurrencer les offres de détail des opérateurs de réseau.

140. Saisi pour avis, le Conseil ne peut se prononcer, comme il aurait pu le faire en cas de saisine contentieuse, sur l'analyse concurrentielle des contrats liant les MVNO à leur opérateur hôte. Mais les premières conclusions auxquelles il parvient sont utiles pour recommander :

- un allègement significatif de la durée des contrats et des clauses d'exclusivité ;
- un encadrement voire une suppression des clauses de préemption et de préférence portant sur la cession des actifs des MVNO.

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

La rapporteure générale adjointe, Le président,

Nadine Mouy Bruno Lasserre

© Conseil de la concurrence