

Avis n° 2007-0037
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 15 mars 2007 sur la demande d'avis du Conseil de la concurrence
portant sur les pratiques d'Orange France et SFR sur le marché de la téléphonie mobile
en France métropolitaine

L'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

Vu le code des postes et des communications électroniques et notamment son article L. 36-10 ;

Vu la décisions 04-936, en date du 9 décembre 2004 portant sur la détermination des marchés pertinents concernant la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole, les décisions 04-937, 04-938, 04-939 en date du 9 décembre 2004 portant sur l'influence significative des sociétés Orange France, SFR et Bouygues Telecom sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur leurs réseaux respectifs et les obligations imposées à ce titre ;

Vu la décision 05-0960 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 8 décembre 2005 portant sur la spécification des obligations de comptabilisation et de restitution des coûts, notamment de séparation comptable imposées à la société Orange France, à la Société Française du Radiotéléphone, à la société Bouygues Telecom, à la société Orange Caraïbe et à la Société Réunionnaise du Radiotéléphone en raison de leur influence significative sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur leur réseau respectif ;

Vu la demande d'avis du Conseil de la concurrence reçue le 4 décembre 2006 ;

Après en avoir délibéré le 15 mars 2007 ;

1. La saisine

Par une lettre en date du 10 octobre 2006 la société Bouygues Telecom a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange France et SFR sur le marché de la téléphonie mobile en France métropolitaine.

La saisine dénonce des pratiques consistant en la généralisation des offres à effet de réseau (offres « *on-net* » et « *off-net* ») d'Orange France et SFR à compter de 2004 et jusqu'à la date de saisine, aux fins de fidélisation et de conquête d'abonnés, ainsi que d'augmentation de leurs soldes respectifs d'interconnexion, entendus comme la différence entre leurs revenus et leurs charges de terminaison d'appel mobile. Ces pratiques, mises en place par Orange

France et SFR, opérateurs individuellement dominants sur le marché de leurs terminaison d'appel et collectivement dominants sur le marché de détail de la téléphonie mobile, seraient constitutives d'abus de dominance dans la mesure où elles seraient fidélisantes, discriminatoires et engendreraient un ciseau tarifaire au détriment de Bouygues Telecom.

Au regard de ces éléments de fait et de droit, la société requérante sollicite du Conseil de la concurrence une sanction d'Orange France et SFR sur le fondement des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 TCE pour la pratique d'offres *on-net* illimité, en ce qu'elles constituent des abus de leur position dominante individuelle et collective.

2. Du caractère structurant des offres d'abondance à effet de réseau sur le marché de détail de la téléphonie mobile

2.1 Développement des offres d'abondances à effet de réseau

Sur la période considérée, les opérateurs mobiles Orange France et SFR ont fait apparaître et renforcé sur le marché de détail leurs *offres d'abondance à effet de réseau*, i.e. des offres de communication permettent d'appeler un certain nombre de clients (3, 4, 5, etc...) voire l'ensemble des clients du seul opérateur qui commercialise l'offre donnée pour un prix forfaitaire indépendant du nombre et de la durée des appels. Ces offres peuvent aussi inclure la possibilité d'appeler les numéros fixes de façon illimitée.

En réponse, Bouygues Télécom a commercialisé une offre d'abondance sans effet de réseau, permettant d'appeler en illimité tout correspondant du réseau Bouygues ou de tout réseau tiers. Les opérateurs mobiles virtuels n'ont pas participé à cette tendance du marché.

Une généralisation de ces offres

Ainsi, SFR indique en mars 2005 généraliser l'illimité dans tous ses forfaits, ce qui est confirmé par son rapport d'activité : « *SFR a refondu en 2005 sa politique tarifaire en direction de sa clientèle d'abonnés, en introduisant des innovations majeures qui sont devenues ensuite la référence du marché. SFR a été ainsi le premier opérateur mobile français à introduire systématiquement des offres d'appels illimités (vers 3 numéros SFR, 7 jours sur 7, 24 heures sur 24 et dès la première seconde) dans l'ensemble de ses forfaits* ».

En outre, SFR a lancé en novembre 2005 un forfait illimité de 2 heures + illimité soir de 18 h à 8 h vers les numéros SFR et les numéros fixes, pour 45 euros par mois (sur 24 mois) avec un terminal 3G et 65 euros par mois avec un terminal 2G. En août 2006, SFR a commercialisé une série limitée « *moins de 25 ans* » à 39 euros par mois, comprenant appels et SMS illimités vers tous les numéros SFR, tous les soirs à partir de 21h30 (et jusqu'à 8h00 le lendemain matin) et tout le week-end.

Concomitamment, Orange France intègre des éléments d'illimité dans l'ensemble de ses offres (hors offres au compteur et prépayé), dont les forfaits « Classique » et « Intense » (appels illimités 24h/24 et 7j/7 vers 3 numéros mobiles Orange), le forfait « Pro » (appels illimités en journée, de 7h à 17h, et le week-end vers tous les numéros mobiles Orange). Par ailleurs le forfait « M6 mobile by Orange » proposé dans le cadre de l'accord de marque signé entre M6 et Orange France comprend des appels illimités le soir, de 22h00 à minuit et le week-end vers tous les numéros mobiles Orange et M6 mobile by Orange.

S'agissant de Bouygues Telecom enfin, la période a été marquée par le lancement en mars 2006 d'une offre d'abondance sans effet de réseau. L'offre « Neo » comporte des communications illimitées vers tous les opérateurs mobiles et les opérateurs fixes entre 20h00 et minuit, tous les jours.

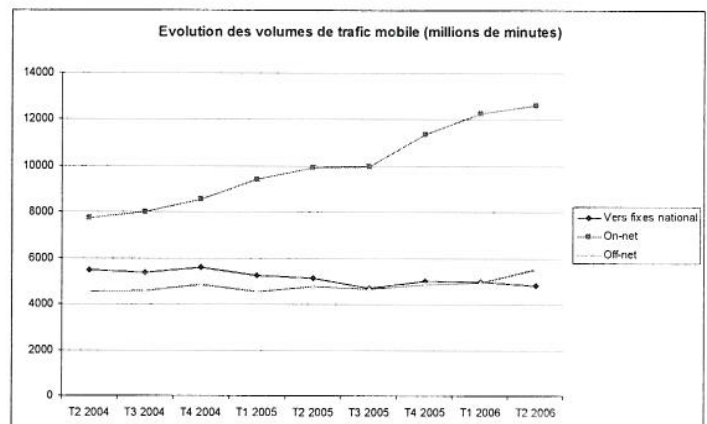
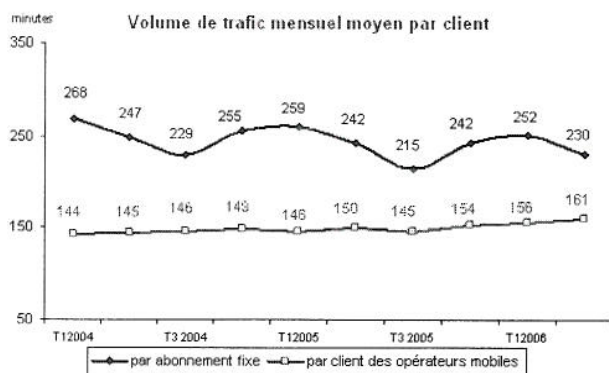
Les opérateurs mobiles virtuels actuellement présents sur le marché ne participent pas au développement de ces offres à ce jour. On peut juste noter que Virgin Mobile a commercialiser lors de son lancement une série limitée de contrat incluant une offre illimitée d'envoi de SMS et que Neuf Mobile propose à ses clients ayant épuisé leur forfait de communiquer en illimité avec des clients Neuf Mobile.

Eléments quantitatifs

L'Autorité ne dispose pas d'information sur le nombre d'offres d'abondance commercialisées par les opérateurs français ni sur les facteurs d'usage et de consommation de ces offres par les clients.

Néanmoins, l'Observatoire des marchés de l'Autorité pour le deuxième trimestre 2006 relevait, ainsi que l'illustrent les graphiques ci-dessous, que les offres d'abondances semblaient devenir une composante structurante du marché national :

«Le volume du trafic au départ des mobiles augmente de 15,5% sur un an. Ce fort dynamisme, déjà observé au premier trimestre 2006 est à mettre en relation avec l'accroissement du nombre de clients de la téléphonie mobile et avec les forfaits illimités lancés par les opérateurs mobiles, qui ont pour effet d'accroître le volume de trafic par client. Ainsi, le trafic mensuel moyen d'un client des opérateurs mobiles augmente de 10 minutes en un an (+6,8%) passant de 2 heures 30 minutes au 2ème trimestre 2005 à 2 heures 40 minutes au 2ème trimestre 2006. »



Source : Observatoire des marchés

Au vu des graphiques, on relève que la part de trafic à effet de réseau, autrement appelé trafic « on-net » dans le trafic sortant total croît fortement sur 2004-2006. A la connaissance de l'Autorité, cette forte hausse notamment à compter de l'année 2005 est due dans une très large mesure au développement des offres d'abondances à effet de réseau.

Il convient de noter que l'agrégat « volume des trafics mobiles on-net » ne constitue pas une mesure directe du volume de ces offres. Cet agrégat est mesuré au niveau de l'ensemble du réseau de l'opérateur. Il inclut donc tous les trafics du marché entreprise, comprenant de manière structurelle une forte part de trafic on-net, mais ce volume inclut aussi tous les appels qui sont par définition des appels on-net, tels les appels vers les plateformes de messagerie vocale, les services de consultation de soldes de compte prépayés et plus généralement vers l'ensemble des services clients.

Ainsi, le ratio du volume de trafic sortant *on-net* sur le volume de trafic sortant sans effet de réseau, dit « *off-net* » calculé sur la base des données de l'Observatoire ne permettrait pas de mesurer *précisément* l'importance des offres à effet de réseau. Cependant la hausse des trafics *on-net* est suffisamment significative à compter de l'année 2005 pour conclure à un essor marqué des offres d'abondances à effet de réseau.

2.2 Un facteur structurant dans le jeu concurrentiel du marché de détail résidentiel

Le développement des offres d'abondance, caractérisées par le paiement d'une somme forfaitaire indépendante du nombre et de la durée des appels, répond à une demande forte des consommateurs, comme l'atteste leur succès dans le monde de la téléphonie fixe. Ces offres jouent donc un rôle crucial dans le jeu concurrentiel entre les opérateurs sur le marché de la téléphonie mobile de détail.

L'attractivité des offres d'abondance du marché mobile

Contrairement à la téléphonie fixe qui répond au besoin de communication du foyer, la téléphonie mobile répond à un besoin individuel d'accéder aux réseaux téléphoniques ouverts au public. De ce fait, le nombre de correspondants principaux est beaucoup plus faible pour une ligne mobile que pour une ligne fixe. Les offres d'abondances dans le marché fixe se sont donc généralisées sans limitation sur le nombre de correspondants : offres illimitées vers l'ensemble des numéros fixes français et de plus en plus européen voire international. A l'opposé, les offres de téléphonie mobile, notamment celles d'Orange France et de SFR, privilégient des offres illimitées vers 3, 4 ou 5 numéros. Du fait de la plus forte concentration du nombre de correspondants, ces offres ont une attractivité potentielle pour le consommateur mobile comparable aux offres illimitées « tous numéros » du marché fixe.

Il convient de noter que ces offres permettent de modifier durant la vie du contrat les numéros pour lequel le paiement des appels est forfaitaire et indépendant du nombre et de la durée des appels. En effet, les usages des consommateurs évoluent régulièrement en fonction de leur sociabilité. Ceci est particulièrement vrai pour les consommateurs les plus jeunes qui constituent une cible privilégiée pour les opérateurs du fait des renouvellements particulièrement fréquents de terminaux¹, renouvellements qui créent une opportunité de conquérir un nouveau client ou de fidéliser le client déjà conquis. Ainsi ces offres permettent bien aux clients de communiquer à un prix à la minute plus faible vers leurs principaux correspondants du moment.

Pour les opérateurs, ces offres constituent donc des vecteurs privilégiés pour conquérir ou conserver des clients sur les segments de marchés les plus fluides et donc ayant les coûts d'acquisition les plus faibles.

Du rôle de l'effet de réseau

L'effet de réseau consiste à ne rendre éligible à l'offre d'abondance que des numéros appelés sur son propre réseau, i.e. l'abondance est restreinte aux seuls appels « *on-net* ». Cette caractéristique de l'offre ne résulte pas d'une utilité particulière pour le consommateur final, mais est vécue comme une contrainte d'usage.

¹ Cf. Etude de l'Afom sur la fréquence de renouvellement des terminaux des français en fonction de leur âge.

Compte tenu des caractéristiques du marché français, on ne peut pas considérer que l'effet de réseau incite des consommateurs distincts à choisir un même opérateur de manière concertée. En effet, la souscription ou le renouvellement d'un contrat, et donc le choix de l'opérateur, est en général le corollaire d'une décision première d'achat d'un nouveau terminal. La date d'achat de ce terminal répond à une logique personnelle : perte, vol, dysfonctionnement du terminal ou volonté d'acquérir un terminal intégrant de nouvelles fonctionnalités. Cette date est par ailleurs contrainte par la généralisation des durées minimum d'engagement et des pénalités financières qui leur sont attachées en cas de non respect. Sur le marché des contrats post-payés, 75% des clients sont sous engagement. Ainsi, compte tenu de la volatilité des correspondants principaux et des modes de consommation, il paraît peu probable que les consommateurs du marché résidentiel se concertent pour synchroniser leurs achats et leur choix d'opérateur.

Ainsi, en l'absence de constitution de groupements d'acheteurs, le potentiel d'attractivité d'une offre d'abondance à effet de réseau de ce réseau est directement fonction de la probabilité d'avoir des correspondants principaux sur le réseau en cause, cette dernière étant en rapport avec la part de marché de cet opérateur. Ainsi, toute chose égale par ailleurs, le consommateur souscrira dans les faits une telle offre auprès de l'acteur ayant la part de marché la plus forte. Dans un marché présentant une forte dissymétrie en termes de parts de marché comme le marché français, le potentiel d'attractivité de ces offres est donc particulièrement contrasté et contribue ainsi à une dynamique commerciale favorable aux plus gros opérateurs.

3. Sur l'existence d'une position dominante collective sur le marché de détail

La saisine soulève l'existence d'une dominance collective exercée par SFR et Orange France sur le marché de détail de la téléphonie mobile.

Sur ce point, l'Autorité rappelle, sans excéder sa compétence, que la démonstration d'une position dominante collective consiste, par-delà la simple présentation de parallélismes de comportement, à démontrer la possibilité et la rationalité de l'adoption par des entreprises d'une ligne d'action commune collusive, c'est-à-dire ne correspondant pas à leurs intérêts individuels de court terme, et justifiant à cet égard un mécanisme de rétorsion.

En effet, il n'est pas à exclure que des parallélismes de comportement relevés sur un marché constituent de simples adaptations réciproques de stratégie participant à des intérêts individuels de court terme des opérateurs, desquelles on ne saurait inférer de dominance collective.

Notamment, s'agissant des parallélismes relevés dans la saisine, le développement d'offres comportant une part d'illimité *on-net* est dans l'intérêt propre et immédiat de l'opérateur qui procède ainsi à l'optimisation du remplissage de son réseau.

Par ailleurs, un opérateur peut être en mesure de commercialiser une offre du type illimité *on-net* en réponse au lancement d'une telle offre par un opérateur concurrent. Une telle démarche peut constituer une adaptation stratégique participant du jeu normal de la concurrence.

4. Sur l'existence d'une position dominante individuelle sur le marché de gros de la terminaison d'appel et ses conséquences en matière de charges de terminaison d'appel

Sur l'existence d'une position dominante individuelle sur le marché de la terminaison d'appel vocale mobile

L'Autorité a dans le cadre de ses analyses des marchés de terminaison d'appel vocal mobile rappelé que la terminaison d'appel, en l'espèce vocal mobile, constitue un goulot d'étranglement, passage obligé pour tout opérateur tiers souhaitant acheminer des appels à destination des clients de l'opérateur concerné. L'opérateur mobile étant en monopole sur sa boucle locale, la terminaison d'appel mobile constitue bien une facilité essentielle, ce que le Conseil de la concurrence a confirmé, notamment dans son avis n°06-A-05 du 10 mars 2006 portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles. Il a en effet reconnu (§28) que « *la terminaison SMS pourrait être analysée, du point de vue du droit de la concurrence, comme une charge d'accès à une infrastructure essentielle (...)* ». De manière prospective, l'Autorité considère qu'aucune concurrence potentielle ne peut se développer sur le marché de la terminaison d'appel sur le réseau d'un opérateur. Enfin, au-delà du fait que chaque opérateur pris isolément présente un intérêt à fixer sa terminaison d'appel à un niveau élevé, il y a aujourd'hui une impossibilité technique à rompre le monopole des opérateurs mobiles sur les marchés respectifs de leur terminaison d'appel vocal et ni les acheteurs de terminaison d'appel ni les consommateurs sur le marché de détail n'exercent de contre pouvoir d'acheteur suffisant pour contrebalancer cette position.

Pour l'ensemble de ces raisons, l'Autorité considère donc que chaque opérateur mobile exerce une influence significative sur le marché de la terminaison d'appel vocal sur son réseau. En l'espèce Orange France et SFR sont donc réputés être puissants sur leurs marchés respectifs.

5. Sur l'existence d'un abus de la position dominante

L'Autorité observe que le développement des offres d'abondances à effet de réseau par Orange France et SFR a été concomitant à la sortie du régime du « *bill & keep* » en janvier 2005. Antérieurement, les opérateurs mobiles se fournissaient réciproquement les prestations de terminaison d'appel mobile mais ne procédaient pas aux facturations correspondantes. La fin de ce régime a conduit les opérateurs mobiles à recouvrer effectivement leurs prestations de terminaison d'appel mutuelles.

Compte tenu de cette concomitance, il convient donc d'examiner si la commercialisation d'offre d'abondance à effet de réseau est susceptible de constituer un abus de la position dominante détenue sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur le marché de détail aval de la téléphonie mobile.

Un intérêt économique immédiat pour tout opérateur à inciter ses clients à pratiquer des appels on-net ...

Dans une situation de *bill and keep*, les opérateurs ne sont pas sensibles au réseau de destination des appels de leur client. En effet, que l'appel soit *on-net* ou *off-net* n'emporte aucune conséquence en termes de coûts spécifiques encourus. L'opérateur reste bien

évidemment sensible à l'accroissement de son trafic global généré par ses clients, dans la mesure où ce dernier détermine le dimensionnement de son réseau, mais uniquement en ce que ce dernier comprend du trafic sortant *et* entrant. Notamment, la proportion d'appels *on-net* et *off-net* et sans impact sur sa marge brute, puisque dans les deux cas d'appel il ne procède à aucun reversement à un opérateur tiers.

Dès lors que les opérateurs se facturent entre eux une terminaison d'appel, un opérateur a un intérêt économique immédiat à inciter ses clients à pratiquer un appel *on-net*, à coût spécifique de court terme nul, et non un appel *off-net*, dont le coût spécifique de court terme est égal au coût de la TA mobile de l'opérateur de destination. L'opérateur limite ainsi le volume et les montants des charges de terminaisons d'appel payé à ses concurrents. Cette incitation prend la forme de tarifs faciaux plus bas pour les appels *on-net*, ou encore d'une tarification forfaitaire par laquelle le client final bénéficie d'une offre d'abondance pour ses minutes *on-net*.

L'opérateur reste néanmoins sensible au volume global de trafic sur son réseau et une hausse sensible de trafic *on-net* est susceptible d'entraîner un accroissement anticipé de ses investissements pour accroître la capacité de son réseau. Par ailleurs, dans la mesure où l'opérateur met en œuvre l'obligation de non discrimination et de séparation comptable, il formule ses offres de détail sur la base du prix de cession interne pour la prestation de terminaison d'appel, qui étant proche du prix de cession externe, le contraint à intégrer le coût de son réseau dans la construction de son offre de détail. A cet égard, il convient de rappeler que l'Autorité n'impose que des *plafonds* tarifaires sur les tarifs de terminaison d'appel, les opérateurs restant libre de fixer des tarifs plus bas si leur coût de long terme était plus bas. Ainsi, il est loisible à l'opérateur de réduire ses prix de cession interne en réduisant sa TA.

Il n'en reste pas moins, que dans le cas d'un appel *on-net*, il s'agit d'une écriture comptable interne à l'entreprise sans impact sur sa trésorerie, alors que dans le cas d'un appel *off-net*, il s'agit d'un paiement à un tiers impactant directement sa trésorerie. L'opérateur a donc bien un intérêt direct à minimiser la part des appels *off-net*.

Notamment, il s'agit pour l'opérateur de suivre pour chaque offre commercialisée sur le marché de détail le solde de charges d'interconnexion, correspondant à la différence entre les charges d'interconnexion qu'il doit payer à ses concurrents au titre du trafic entrant sur leurs réseaux respectifs, et les revenus d'interconnexion qu'il perçoit de ses concurrents au titre du trafic entrant sur son réseau pour une offre donnée. En effet, un tel solde joue un rôle prépondérant dans l'équilibre économique de chaque offre qu'il propose. Une variation de ces charges et revenus se traduit concrètement pour l'opérateur par une diminution, respectivement un accroissement, instantanée de sa trésorerie et de la marge brute de l'offre.

L'intérêt à développer le trafic *on-net* dans le but d'améliorer son solde d'interconnexion pour chacune de ses offres s'applique à l'ensemble des opérateurs indépendamment de leur taille.

... d'autant plus grand dans le marché mobile que les flux financiers associés à la terminaison d'appel sont élevés

Cet intérêt devient d'autant plus grand que les paiements associés à la terminaison d'appel sont élevés. Or ceux-ci sont fonction du niveau nominal de la charge de terminaison d'appel et des volumes d'appels.

En première analyse, on pourrait penser que cela n'est pas le cas, en partant du constat que les flux financiers d'interconnexion sont globalement équilibrés dans la mesure où les trafics entrants et sortants des différents opérateurs pourraient s'équilibrer naturellement². Toutefois, cette assertion n'est vraie que dans l'hypothèse où tous les opérateurs possèdent des parcs de clients ayant des caractéristiques homogènes, notamment en termes de préférences et de profil de consommation, en particulier entre appels *on-net* et appels *off-net*. Or, cette condition n'est pas respectée en pratique, notamment en cas de sur-représentation d'appels *on-net* chez les clients de l'opérateur, s'expliquant notamment par une stratégie commerciale de l'opérateur incitant ses clients à développer de tels comportements de consommation ou des caractéristiques intrinsèques de la clientèle.

De plus, si les trafics entrant et sortant restent, d'un point de vue macroscopique (i.e. au niveau de l'ensemble des offres) du même ordre de grandeur, il n'en demeure pas moins que, d'un point de vue microscopique (i.e. offre de détail par offre de détail) il existe des déséquilibres importants selon la catégorie de consommateurs, le segment de clientèle ou l'offre considérés. Or, un opérateur appréhende très souvent offre de détail par offre de détail les flux d'interconnexion résultant des trafics entrant et sortant. Pour une offre donnée, il peut donc exister des déséquilibres importants entre opérateurs.

De plus, pour une offre prise individuellement, on observe que le coût net de terminaison (incluant les coûts et revenus liés à la terminaison) est d'autant plus grand que la consommation des clients sur l'offre est importante et que la charge de terminaison d'appel mobile payée aux opérateurs tiers est élevée.

Il apparaît donc que l'intérêt économique immédiat qu'a tout opérateur à inciter ses clients à pratiquer des appels *on-net* est corrélé aux volumes d'appels ainsi qu'aux niveaux des terminaisons d'appel, et joue donc un rôle crucial dans le cas du marché mobile où les charges de terminaison d'appel sont actuellement huit fois plus élevées que les charges de terminaison d'appel fixe.

Sur les obligations imposées à ce titre aux opérateurs Orange France et SFR

L'Autorité a imposé aux sociétés Orange France et SFR plusieurs obligations, qu'elle estime nécessaires et proportionnées afin de limiter l'effet de la puissance de marché de ces opérateurs mobiles sur leur terminaison d'appel. L'Autorité a notamment soumis les opérateurs mobiles métropolitains, dont Orange France et SFR, à une obligation de non discrimination et leur a imposé une obligation de séparation comptable, qui est indispensable pour vérifier le respect par ces opérateurs de l'obligation de non discrimination, et qui permet en pratique de relever les discriminations internes/externes pratiquées par les opérateurs sur la prestation de terminaisons d'appel.

En effet, ainsi que les dispositions de l'article D. 309 du code des postes et des communications électroniques (CPCE) le rappellent, l'obligation de non discrimination se traduit notamment par la nécessité pour les opérateurs mobiles concernés, non seulement de ne pas pratiquer de discrimination avec des opérateurs alternatifs, mais surtout de proposer des prestations équivalentes en interne et en externe. Il en résulte que, pour vérifier le respect de l'obligation de non-discrimination, les opérateurs mobiles doivent être placés dans une

² En effet, si la part des appels *on-net* et *off-net* reflète strictement les parts de marchés des opérateurs, on peut estimer en première analyse que les flux en volume entre deux opérateurs de tailles complètement dissemblables sont néanmoins équilibrés.

situation comparable à celle d'un opérateur alternatif qui doit, sous réserve d'éligibilité, recourir aux offres de gros qu'ils proposent, une des offres de gros étant l'offre de terminaison d'appel sur leur réseau.

Les dispositions de l'article D. 309 du CPCE précisent qu'au titre de l'obligation de non discrimination, « *les modalités techniques et financières des services d'interconnexion et d'accès qu'ils [les opérateurs] offrent à leurs propres services, filiales et partenaires doivent pouvoir être justifiées sur demande de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.* ». De même, l'obligation de séparation comptable imposée au titre de l'article L. 38 I 5° du CPCE prévoit que, lorsque l'obligation de non discrimination est également imposée (comme c'est ici le cas), l'opérateur peut être tenu, en vertu de l'article D. 312 du CPCE, de « *valoriser aux mêmes prix de cession les installations et équipements de son réseau ou les moyens qui y sont associés, qu'ils soient employés pour fournir des services d'interconnexion et d'accès ou d'autres services.* »

De l'ensemble de ces dispositions qui sont applicables aux sociétés Orange France et SFR, il résulte que la mise en œuvre simultanée des obligations de séparation comptable et de non discrimination consiste en la formalisation, d'une part, de protocoles de cession interne explicitant quelles offres de gros sont utilisées le cas échéant pour la production des offres de détail et, d'autre part, des prix de transferts internes qui en résultent pour alimenter les comptes séparés.

L'Autorité a spécifié la mise en œuvre du mécanisme de séparation comptable dans sa décision n° 05-0960 portant sur la spécification des obligations de comptabilisation et de restitution des coûts, notamment de séparation comptable imposées aux opérateurs susmentionnés en raison de leur influence significative sur les marchés de gros des terminaisons d'appel mobile vocal sur leur réseau respectif. Ce mécanisme permet d'identifier un prix de transfert interne que l'opérateur, tenu à une obligation de non discrimination, doit se facturer lorsqu'il s'auto-fournit une terminaison d'appel (dans le cas d'une communication *on-net*).

Ce prix de transfert interne correspond au prix de la terminaison d'appel de l'opérateur, minoré des coûts évités (coûts de commercialisation des prestations de terminaison d'appel à des opérateurs tiers). En pratique, il est donc très proche de la charge de terminaison d'appel pratiquée par l'opérateur.

L'obligation de non discrimination emporte un effet positif – notamment au bénéfice des opérateurs tiers – qui consiste à réduire l'intérêt économique immédiat qu'a tout opérateur à inciter ses clients à pratiquer des appels *on-net*, limitant de fait les perspectives des opérateurs ayant les plus grands parcs à tirer profit de cette incitation commerciale sans que leur concurrent puisse réagir de façon pertinente compte tenu de leur obligation de recourir à l'infrastructure essentielle que constitue la prestation de terminaison d'appel. En effet, le coût encouru par un opérateur pour la fourniture d'un appel *on-net* prend en compte le prix de transfert interne relatif à la prestation de terminaison d'appel sur son réseau.

Si l'Autorité a ainsi mis en œuvre le mécanisme de séparation comptable au titre de la puissance des opérateurs sur leurs marchés respectifs de gros de terminaison d'appel, elle n'a toutefois pas compétence pour intervenir directement sur le marché de détail au titre des articles L37-1 et suivants du CPCE. De surcroît, l'appréciation d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles sur le marché de détail résultant d'une discrimination sur le marché de

gros requiert des éléments chiffrés, notamment relatifs à la consommation pour des offres données, dont elle ne dispose pas. En revanche, une autorité de concurrence peut le cas échéant sanctionner d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles en s'appuyant sur l'obligation de formalisation de prix de transferts internes en application de l'imposition par l'Autorité de l'obligation de non-discrimination. A cet égard, l'Autorité propose le cas échéant de mettre à disposition du Conseil les informations comptables dont elle dispose et de l'assister dans leur exploitation.

De la répliquabilité des offres d'abondance à effet de réseau par un opérateur tiers

Comme il a été exposé précédemment, la commercialisation d'une offre d'abondance à effet de réseau donne un avantage concurrentiel certain à des acteurs ayant les plus fortes parts de marché. Il convient donc d'examiner si de telles offres sont commercialisées par ces opérateurs à un prix qui permet de couvrir les coûts de terminaison d'appel engendrés par ces offres, évalués au prix de cession interne augmentés des coûts sous-jacents à un appel de bout en bout (coût spécifique de l'offre, coût de départ d'appel et de transit interne...).

L'Autorité ne dispose pas des informations nécessaires pour mener à bien une telle évaluation. Il est en effet nécessaire de disposer d'informations sur le comportement des consommateurs utilisant de telles offres et notamment des statistiques d'appels constatées pour chacune de ses offres, ainsi que d'informations sur les coûts spécifiques de l'offre.

En effet, sur le strict plan de la capacité des opérateurs tiers à concurrencer les offres d'abondance, on ne peut exclure que ces offres n'emportent aucun caractère anticoncurrentiel si l'usage réel qui en est fait par les clients est suffisamment faible, dans la mesure où cette faiblesse d'usage rend concevable leur répliquabilité. Ainsi, l'Autorité ne s'est pas opposée à ce que la société France Télécom commercialise de telles offres d'abondance (sans effet de réseau) après avoir vérifié qu'un tel test mettait en évidence un espace économique suffisant pour un opérateur tiers. Au cas d'espèce, l'Autorité se tient à la disposition du Conseil pour développer et mettre en œuvre de tels tests.

Au-delà des résultats de ces tests, et compte tenu de ce qui précède, il n'en demeure pas moins que l'avènement des offres d'abondance susmentionnées présente *en première analyse* un risque de distorsion concurrentielle vis-à-vis d'un opérateur à taille réduite, tenant à ce que ce dernier ne peut les répliquer de manière pertinente qu'en proposant des communications illimitées vers tous les opérateurs (*on-net* et *off-net*). Or la commercialisation d'une telle offre entraîne, à l'échelle de cette offre, de fortes dépenses de terminaison pour la majorité des appels sortants car ils correspondent à des appels *off-net*. De surcroît, dans cet exercice, l'opérateur est contraint tant par le fait que la terminaison d'appel est facturée à la minute – alors même qu'il ne peut proposer qu'un prix au détail forfaitaire pour son offre d'abondance – que par le niveau facial de ces terminaisons d'appel.

Il apparaît ainsi que la non-répliquabilité des offres d'abondance *on-net* défavorise les opérateurs dont les parcs sont significativement les plus faibles³ en générant une dynamique

³Dans sa décision n° 02-D-69 du 26 novembre 2002 relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Telecom, l'Union fédérale des consommateurs Que Choisir et la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie, le Conseil de la concurrence relevait ainsi que : « la différenciation tarifaire peut influencer sur le choix des clients lors du premier achat ou d'un renouvellement, dans la mesure où ils seront désormais susceptibles de tenir compte des réseaux auxquels appartiennent leurs principaux correspondants. Ces effets sont de nature à limiter l'interopérabilité des réseaux ».

renforçant les parcs des opérateurs plus importants, ou *a minima* en gelant les parts de marché de ces derniers. Cet effet négatif joue d'autant plus que les offres d'abondance on-net sont perçues comme un outil de conquête de nouveaux clients et de valorisation de l'image de l'opérateur. Ces qualités peuvent être déduites du fait que ces offres ont été généralisées à la quasi-totalité des produits des opérateurs les pratiquant. *A contrario*, le caractère optionnel ou limité à certains produits de ces prestations d'abondance aurait été indicatif d'une logique de fidélisation de clients existants, qui reste cependant préjudiciable à la concurrence dans un marché mûr de *churn*.

Il pourrait néanmoins être objecté que la différenciation tarifaire *on-net* / *off-net* induit une dynamique pro concurrentielle en incitant chaque opérateur à accroître sa part de marché pour bénéficier au maximum de « l'effet club ». Cet argument, issu de la littérature économique, revêt une certaine pertinence lorsque les parts de marché initiales des opérateurs sont équilibrées. Chacun tire alors un même bénéfice de l'effet club et cherche à prendre un avantage sur ses concurrents. En revanche, lorsque les parts de marché sont asymétriques (comme c'est notamment le cas en métropole, notamment au regard de nouveaux entrants virtuels ou non sur le marché, ou encore dans les Antilles, en Guyane, à la Réunion et Mayotte), l'effet club crée au contraire un handicap pour les plus petits opérateurs, enfermant ces derniers dans un « cercle vicieux » qui découle directement de la position dominante des opérateurs sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocale.

En ce sens, l'Autorité confirme les conclusions qu'elle a déjà pu adopter lors de ses analyses de marché précédemment publiées⁴, notamment celle récemment adoptée mettant en place pour Orange France, SFR et Bouygues Telecom la régulation de leur marché respectif de terminaison d'appel SMS.

Par deux avis⁵ rendus au Conseil de la concurrence, l'Autorité s'est prononcée sur les tensions concurrentielles d'ordre dynamique se rattachant à l'effet « club » généré par deux pratiques de sur-tarification d'appels *off-net*. Notamment, l'Autorité avait déjà relevé que de telles pratiques tendent à renforcer de manière dynamique les parcs ou *a minima* à figer les parts de marché lorsque l'opérateur les mettant en œuvre dispose d'une part de marché relative élevée (en générant une dynamique renforçant le parc de ce dernier) et que l'offre présente un caractère généralisé qui s'applique à une large partie de sa gamme tarifaire.

De manière générale, l'Autorité relève que la saisine porte sur une pratique distincte de celle dont elle avait eu à connaître dans ses précédents avis, dans la mesure où elle consiste non pas en une sur-tarification des appels *off-net* mais en l'inclusion dans une gamme de forfaits

et donc à favoriser le plus grand des parcs, les clients valorisant la possibilité d'appeler et d'être appelés par le plus grand nombre possible de correspondants. »

⁴Cf. Décision n° 06-0593 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 27 juillet 2006 portant sur la définition des marchés pertinents de gros de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles en métropole, la désignation d'opérateur disposant d'influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre.

⁵Avis n° 02-901 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 10 octobre 2002 relatif à la demande d'avis du Conseil de la concurrence portant sur les demandes de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Telecom, par l'association UFC Que Choisir et par l'association CLCV visant à faire cesser des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par la société Orange France et avis n° 04-860 en date du 14 octobre 2004 sur la demande d'avis du Conseil de la concurrence sur la plainte de la société Bouygues Telecom Caraïbe à l'encontre des pratiques mises en œuvre sur le marché de la téléphonie mobile dans les départements de la Guadeloupe, de la Martinique et de la Guyane

d'une prestation d'abondance vers des numéros *on-net*, c'est-à-dire de communications pour lesquelles la terminaison d'appel fait l'objet d'une autofourniture.

S'agissant de la présente saisine, il appartiendra au Conseil d'apprécier :

- si la pratique des offres d'abondance peut donner lieu à une qualification de discrimination interne pour cause d'absence d'autofourniture à un prix de cession interne cohérent avec le tarif de terminaison d'appel appliqué aux opérateurs tiers ;
- si les conditions d'autofourniture de la terminaison d'appel sur leur réseau respectif justifient économiquement les offres d'abondance commercialisées par les opérateurs mobiles sur le marché de détail ; plus précisément, si au regard des profils de consommation ces offres permettent bien aux opérateurs de recouvrer les coûts de réseau encourus

Au regard des réserves exprimées ci-dessus, l'Autorité s'en remet à l'appréciation du Conseil quant à la demande de condamnation formulée par Bouygues Telecom sur le fondement des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 TCE.

Le présent avis sera transmis au Conseil de la concurrence.

Fait à Paris, le 15 mars 2007,

Le Président,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Champsaur', with a horizontal line underneath.

Paul Champsaur