Avis n° 2008-0702
de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
en date du 24 juin 2008
sur la demande d'avis du Conseil de la concurrence portant sur les freins au développement des opérateurs mobiles virtuels sur le marché de détail de la téléphonie mobile

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 demande d'avis du Conseil de la concurrence enregistrée à l'Autorité le 28 mai 2008 par laquelle l'Autorité a été saisie des freins au développement des MVNO sur le marché de détail de la téléphonie mobile ;

Après avoir entendu, à sa demande, l'association Alternative Mobile ;

Après en avoir délibéré le 24 juin 2008 ;

La saisine

Par une lettre en date du 7 mai 2008 le Directeur Général de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques pouvant entraver le développement des opérateurs mobiles virtuels (MVNO).

A cet effet, il est demandé au Conseil d'examiner notamment les clauses des contrats signés entre les MVNO et leur opérateur de réseau hôte, en vue d'évaluer si le développement des MVNO pourrait être plus marqué s'il n'était entravé par certaines dispositions y figurant, dont notamment les clauses d'exclusivité et les clauses de préemption. Il est demandé plus largement au Conseil de faire part de tout autre frein au développement des MVNO sur le marché de la téléphonie mobile et de proposer le cas échéant des mesures de correction appropriées en vue d'accroître la concurrence sur le marché et d'y faire baisser les prix ; il est indiqué qu'une « *attention particulière pourrait ainsi être portée sur les prix de gros de la minute de communication mobile* ».

Par une lettre en date du 28 mai 2008, le Conseil de la concurrence a communiqué pour avis cette saisine à l'Autorité.

© Autorité de Régulation des Communications électroniques et des Postes

Introduction

Né au début des années 90, le marché de la téléphonie mobile métropolitain[1] comprend un nombre réduit d'opérateurs de réseau, tenant à la rareté des ressources en fréquences employées pour fournir le service. Il est dominé par trois opérateurs de réseau (Orange France, SFR et Bouygues Telecom), et a récemment vu apparaître de nouveaux opérateurs, les opérateurs mobiles virtuels. Ceux-ci, encore appelés MVNO (*mobile virtual network operator*), n'exploitent pas de réseau radio propre mais louent leur présence sur les réseaux d'opérateurs hôtes.

Le marché est relativement mûr et les trois opérateurs de réseau mobiles sont assez similaires par leur ancienneté, leurs réseaux, et jusqu'à leur approche de l'activité d'opérateur tournée davantage vers la rétention et la montée en gamme d'une clientèle existante que vers l'acquisition de nouveaux clients.

Cette homogénéité se reflète par une offre variant relativement peu d'un opérateur à un autre, consistant pour l'essentiel en des prestations de voix, SMS et data offertes en abondance, de plus en plus souvent en illimité, à des clients générant un des revenus individuels les plus élevés du monde[2]. Si les prix moyens unitaires baissent du fait de cette généralisation des offres illimitées, de telles diminutions sont imputables à une concurrence se faisant désormais en quantités et non en prix. Dit autrement s'il est relativement aisé pour un client d'accroitre le volume de minutes ou de SMS consommé à dépense globale donnée, il est beaucoup plus difficile de faire jouer la concurrence pour réduire sa dépense à usage donné.

Dans un tel contexte, les opérateurs virtuels peuvent exercer un rôle d'animation concurrentielle par les services. Ce mode de concurrence est contraint par le fait qu'ils ne peuvent en principe bénéficier des avantages de la détention d'un réseau propre. Il offre néanmoins une certaine pertinence dès lors qu'il s'agit de proposer des services à des segments de clientèle souhaitant des services plus variés en termes de flexibilité, d'innovation, de simplicité, ou dont le profil d'usage n'est pas ciblé par les opérateurs de réseaux, ou, plus généralement, souhaitant bénéficier d'une plus grande concurrence en prix. Ainsi, les MVNO semblent à même de conduire à une diversification d'une offre relativement homogène.

Les opérateurs de réseau leur vendent leurs prestations d'accès en mettant le bénéfice qu'ils en retirent, directement et indirectement en termes d'accroissement de leurs effets d'économie d'échelle, en regard avec le supplément de concurrence générée de ce fait sur le marché de détail. Dès lors, les contrats d'approvisionnement en prestations de gros, permettant aux opérateurs virtuels d'être présents sur le marché de détail, reflètent un équilibre des intérêts et pouvoirs de négociation réciproques des parties sur les marchés de gros et de détail.

Cet équilibre reflète initialement les intérêts commerciaux, techniques et tarifaires des opérateurs de réseau, au regard des incertitudes entourant les performances d'un concurrent non-encore lancé commercialement, et de son absence de base clients. Ces intérêts dépendent fortement des circonstances de marché au moment de la conclusion des accords, circonstances qui ont pu conduire à de véritables stratégies de partenariat. Ainsi, au Royaume-Uni, la relative contre-performance commerciale d'un opérateur de réseau explique son accueil d'un MVNO disposant d'une marque forte, et bénéficiant de conditions d'accueil correspondantes. De même, en France, à la fin des années 90, la forte croissance du marché de détail de la téléphonie mobile a pu conduire à l'octroi de conditions d'achat favorables à des revendeurs tiers (SCS). S'agissant du présent marché, la maturité du marché de détail et les similitudes entre offreurs expliquent que dans l'élaboration de leur offre les opérateurs aient visé à maximiser les revenus de gros tout en en maîtrisant les performances commerciales sur le marché de détail, notamment en prévenant une cannibalisation de leur base clients. Ces conditions de départ initialement sous-optimales conduisent à une dépendance économique au sens large. Par la suite, le développement de l'activité de l'opérateur virtuel devrait théoriquement permettre à ce dernier d'acquérir un contrepouvoir de négociation engendrant, dans des conditions de concurrence effective entre offreurs, un ajustement de ces conditions de départ. Faute de ce jeu concurrentiel,

[1] L'ensemble du présent avis ne porte que sur le seul marché métropolitain à l'exclusion des marchés mobiles d'outre-mer. Le développement d'opérateurs mobiles virtuels y est quasiment sans objet du fait de l'absence de rareté des fréquences et de la faible barrière à l'entrée sur le marché de détail qui en découle contrairement à la métropole.
[2] 7ème rang mondial au T4 2007 selon Merrill Lynch, *Global Wireless Matrix* 21 avril 2008

l'opérateur virtuel est conduit à un risque d'éviction du marché de détail du fait de la très forte dépendance, dans son modèle économique, aux prestations et aux tarifs de gros qui lui consentis.

On concevra dès lors qu'il est extrêmement important que soient identifiées et qualifiées au regard du droit de la concurrence les pratiques contractuelles par lesquelles les opérateurs de réseau sont susceptibles de prévenir l'émergence de ce jeu concurrentiel, et de maintenir les MVNO dans leur état de dépendance initiale.

Il est tout aussi pertinent d'identifier, parmi les conditions contractuelles tenant aux caractéristiques commerciales, techniques et économiques de l'offre elle-même, celles qui caractérisent l'état de dépendance consistant en une absence d'autonomie de l'opérateur virtuel par rapport à son opérateur de réseau hôte.

En l'état actuel de sa connaissance du marché, l'Autorité estime que ces pratiques contractuelles, et leur survivance en dépit de quatre années de transactions sur le marché et d'un parc clients non-négligeable, limitent fortement la capacité des opérateurs virtuels à offrir le complément d'animation concurrentielle qui peut être le leur sur certains marchés étrangers.

Toutefois, au delà des entraves que constituent ces clauses contractuelles, le développement des opérateurs virtuels sera d'autant plus pérenne que l'opérateur hôte et l'opérateur virtuel partagent un intérêt commun durable à la croissance des activités de l'opérateur virtuel. A cet égard, l'intensité concurrentielle des marchés de détail et de gros entre opérateurs de réseaux est essentielle. Ainsi, un nouvel opérateur de réseau entrant sur le marché de détail pourrait avoir intérêt à accueillir des opérateurs virtuels dans des conditions plus favorables, afin d'accélérer la constitution d'une base clients sur son réseau, et donc d'atteindre des économies d'échelle significatives plus rapidement.

I. Le marché de la téléphonie mobile

I.1 Les acteurs sur le marché

I.1.1. Les opérateurs de réseau

En Métropole, seul territoire national comprenant des opérateurs virtuels, trois opérateurs mobiles exploitent chacun un réseau mixte GSM/UMTS.

Orange France est une filiale à 100% d'Orange SA, elle-même filiale à 100% du groupe France Télécom, société cotée en bourse,présente sur le marché de la téléphonie mobile depuis 1992, après avoir obtenu une autorisation GSM en 1991.

SFR est une filiale à 100% du groupe SFR Cegetel détenu à 56% par Vivendi Universal et à 44% par Vodafone, présente sur le marché de la téléphonie mobile depuis 1992, après avoir obtenu une autorisation GSM en 1991. Vivendi Universal et Vodafone sont des sociétés cotées en bourse.

Bouygues Telecom est une filiale à 83% du groupe Bouygues, société cotée en bourse, et est présente sur le marché de la téléphonie mobile depuis 1996, après avoir obtenu une autorisation GSM en 1992.

I.1.2. Les opérateurs virtuels

Les opérateurs virtuels fournissent sous leur propre responsabilité des services mobiles sans disposer de ressources en fréquences et donc de réseau radio. Le terme « opérateur » renvoie au fait que le fournisseur est effectivement responsable du service de détail qu'il conçoit et commercialise en toute indépendance ; le terme « virtuel » renvoie au fait que le fournisseur, n'ayant pas d'infrastructures radio en propre, doit conclure un accord d'accès avec un opérateur de réseau, alors appelé « opérateur hôte ». Les opérateurs virtuels sont couramment désignés par l'acronyme de MVNO (*mobile virtual network operator*).

Les termes de l'accord traduisent notamment le degré d'autonomie de l'opérateur virtuel vis-à-vis de son opérateur hôte (durée du contrat, propriété des cartes SIM, de la clientèle, éléments de cœur de réseau, etc.). Dans les différents pays où des opérateurs virtuels se sont développés, ces accords ont pu être signés, suivant les cas, sur des bases uniquement commerciales ou via l'intervention de la puissance publique.

Les MVNO acheteurs de prestations de gros exercent une concurrence par les services en tant qu'opérateurs à part entière, dans la mesure où ils fournissent leur propres offres de services de communication électronique de détail, reposant sur des prestations de gros mais indépendantes de leurs opérateurs hôtes. Le risque économique découlant du marché de détail est entièrement porté par le MVNO. En cela, ils se distinguent :

- d'une part des offres reposant sur des accords de licence de marque, qui sont des offres d'opérateurs de réseau élaborées avec un partenaire accordant le droit à l'opérateur d'exploiter certains droits de propriété intellectuelle, moyennant le versement d'une redevance

- d'autre part des sociétés de commercialisation de services (SCS). Ces dernières, qui pouvaient assurer, en plus de la simple distribution des services, la facturation et le service client, avaient un rôle intermédiaire entre un distributeur et un fournisseur de services indépendant, sans pour autant être responsables à part entière de la fourniture du service. Au-delà de l'activité de commercialisation et de distribution, les SCS assurent également souvent le suivi et la facturation des offres, ainsi que le service après-vente.

En France, à l'exception du cas de la société Transatel, l'apparition de fournisseurs de services sans réseau radio sur la base de négociations commerciales avec les opérateurs mobiles a été inexistante avant juin 2004, en dépit de demandes, notamment de la part de Tele2 dès la fin 2002.

En juin 2004, un accord a été signé entre les sociétés SFR et Debitel permettant à cette dernière de lancer des services mobiles de voix et de SMS en utilisant le réseau de SFR. Un accord de MVNO a

également été signé le 7 juillet 2004 entre Omer Telecom SAS et Orange France aux fins de fournir des services de téléphonie sous la marque Breizh Mobile.

En février 2005, SFR a annoncé la conclusion d'un accord de MVNO avec la société Futur Telecom, SCS spécialisée dans le marché professionnel (TPE et PME), n'ayant pas à ce jour lancé de services. De même, le groupe NRJ a annoncé le 10 février 2005 un accord de MVNO entre sa filiale NRJ Mobile et SFR pour devenir le premier opérateur de téléphonie mobile virtuel 3G. NRJ Mobile a lancé son offre début novembre 2005. En mars 2005, SFR a conclu deux accords MVNO, l'un avec Neuf Telecom, l'autre avec Cegetel, en vue d'offrir dans un premier temps des offres aux entreprises. Suite à la fusion entre ces deux opérateurs, seul l'accord Neuf Telecom sera mis en œuvre.

En avril 2005 un accord a été signé par Tele2 et Orange France, afin de lancer des offres grand public le 17 juillet 2005.

En juin 2005, un accord a été signé entre SFR et Coriolis, mis en œuvre le 18 mai 2006.

Le 18 octobre 2005, un avenant à l'accord de MVNO entre Orange France et OMER Telecom a été signé pour étendre l'offre d'OMER Telecom au niveau national aux fins de commercialisation d'offres nationales commercialisées sous la marque Virgin Mobile à compter du 3 avril. Le 16 décembre un accord a été signé entre Saham Telecom et SFR aux fins de fournir des services de télécommunications internationales vers des destinations privilégiées sous la marque Mobisud depuis le 1er décembre 2006.

En avril 2006 a été conclu un accord entre Auchan Telecom et SFR aux fins de concevoir une offre MVNO distribuée en grande surface et effectivement lancée au quatrième trimestre de cette même année.

Le 23 octobre 2006, Carrefour Hypermarché SAS a lancé un opérateur virtuel sous la marque Carrefour mobile sur le réseau Orange France.

En décembre 2006 a été signé un contrat dit de « SCS » entre Altitude Telecom et Bouygues Telecom. Altitude Télécom peut être qualifié de MVNO par l'Autorité dans la mesure où s'il acquiert des minutes de détail (et non de gros) auprès de Bouygues Telecom, il bénéficie d'une latitude technique telle sur ces minutes qu'il se livre bien à une activité d'opérateur à part entière, et non de simple revendeur.

Par une décision n° 06-0406 en date du 4 avril 2006, confirmée en appel, l'Autorité a tranché un différend opposant la société Afone et la SFR portant sur l'accès au réseau de SFR en tant qu'opérateur virtuel. L'Autorité a estimé que dans la mesure où SFR s'était engagée au titre de son autorisation UMTS à proposer une offre d'accueil de MVNO sur son réseau, elle était tenue de faire une offre d'accès et de départ d'appel à la société Afone. Un contrat a été conclu le 11 mai 2007. Cette offre a servi de base au lancement d'un accord de licence de marque d'Afone avec Leclerc, aux fins de lancement fin 2007 d'une offre dénommée Leclerc Mobile.

Enfin un contrat a été conclu en juillet 2007 entre Bouygues Telecom et Noos-Numéricâble aux fins de permettre à ce dernier de fournir des services de téléphonie mobile en complément de son offre de téléphonie fixe. Le service a été lancé commercialement le 23 mai 2008.

On note enfin, de manière complémentaire, que deux contrats supplémentaires ont été signés par des opérateurs virtuels existants : Auchan Télécom s'approvisionne auprès de Bouygues Telecom afin d'acquérir des prestations[3] d'accès à internet mobile par clé USB pour ordinateur portable, et NRJ Mobile a conclu un accord d'accès supplémentaire sur le réseau d'Orange France au printemps 2008.

On note en revanche, ce qui est détaillé ci-dessous, que deux opérateurs virtuels, Debitel et Ten Mobile, ont récemment fait l'objet d'opérations de rachat par leurs opérateurs hôtes respectifs, à savoir SFR d'une part et Orange d'autre part. De même, Neuf mobile est inclus dans le périmètre des actifs de Neuf Télécom ayant fait l'objet d'une prise de contrôle par SFR.

[3] Ces prestations ne constituent pas des substituts à l'offre voix/SMS/data de SFR, mais permettent à Auchan de commercialiser une offre de détail d'accès à internet mobile pour ordinateur portable.

Ainsi, à ce jour la liste des MVNO indépendants en activité, présentée par leur marque sur le marché de détail, est la suivante:

MVNO indépendant	Date de conclusion	Date de lancement commercial
Transatel	09-avr-01	2001
Breizh Mobile	07-juil-04	Eté 2004
Futur Telecom	07-déc-04	-
NRJ Mobile	04-févr-05	01-nov-05
Tele2 mobile	13-avr-05	17-juil-05
Coriolis mobile	07-juin-05	18-mai-2006
Virgin Mobile	18-oct-05	05-avr-06
Mobisud	16-déc-05	01-déc-06
Amobile	12-avr-06	16-oct-06
Carrefour Mobile	S2 2006	23-oct-06
Altitude Telecom	29-déc-2006	-
Noos-Numéricable	12-juil-2007	23-mai-08
Afone	11-mai-07	05-déc-07

Les tableaux suivants présentent les opérateurs et licences de marque n'exerçant pas de pression concurrentielle spécifique sur le marché de détail au regard du fait qu'ils sont soumis à un contrôle économique de leur opérateur hôte (cas de Debitel et de Neuf mobile) ou de surcroît ne constituent que des offres des opérateurs hôtes commercialisées sous une marque tierce :

MVNO contrôlé par son opérateur hôte	Date de conclusion	Date de lancement commercial
Debitel	08-juin-04	Eté 2004
Neuf mobile	18-févr/10-mars-05	Printemps 2006

Principaux accords de licence de marque	Réseau
M6 mobile by Orange	Orange
Fnac mobile	Orange
Ten mobile	Orange
Universal mobile	Bouygues Telecom

I.2 Caractéristiques du marché de détail de la téléphonie mobile

I.2.1. Les services

Les services de téléphonie mobile offerts sur le marché de détail comprennent principalement la voix et les SMS, ainsi que, plus récemment les prestations d'échange de données (principalement MMS, web, courrier électronique, messagerie instantanée, téléchargements, programmes de télévision en direct ou à la demande).

Les appels sortants comprennent entre autres les communications vocales nationales qui constituent la prestation de base autour de laquelle la téléphonie mobile s'est historiquement développée. Ils constituent encore le cœur de l'offre des opérateurs mobiles en termes d'importance dans la facture ainsi que de critères de choix des consommateurs.

Le service SMS est apparu en même temps que la norme GSM et a été lancé dès 1996. Il a fallu attendre les accords d'interopérabilité entre opérateurs français fin 1999 pour qu'il prenne son essor. Aujourd'hui, le nombre de SMS échangés atteint près de 19 milliards par an (2007), ce qui représente près de 9% du chiffre d'affaire des opérateurs. Au-delà des échanges interpersonnels, les SMS servent également de support à la diffusion d'informations ciblées par les opérateurs mobiles à leurs clients.

Certes, les SMS sont arrivés plus tardivement sur le marché mobile, mais le fait, d'une part, que ces services soient accessibles à partir de quasiment tous les terminaux présents sur le marché, pour l'envoi et la réception, et, d'autre part, que le succès rencontré par ces services se soit traduit par une diffusion large, peut amener à les considérer comme un service « de base ».

S'agissant des prestations d'échange de données, on recense trois types d'usages principaux :

- les usages de communication interpersonnelle (dans la logique de la fonction première du téléphone) : MMS, email, messagerie instantanée ;
- les usages non vocaux à valeur ajoutée axés sur le divertissement et l'information tels que la personnalisation (sonneries, logos, fonds d'écran), musique (*streaming*, à la demande, …), les jeux sur mobile (en solo, multi-joueurs ou jeux de type paris), la vidéo (*streaming*, téléchargement à la demande, TV en unicast)
- les usages Internet mobile (navigation et recherche) ou les services de gestion des contenus par les utilisateurs (*User Generated Contents*).

Il est à noter qu'à l'heure actuelle, seuls les opérateurs de réseaux proposent des offres sur l'ensemble de la gamme de ces services. Les opérateurs virtuels sont essentiellement présents sur les offres voix et SMS (voire MMS) et semblent relativement marginalisés en ce qui concerne les offres d'échanges de données dites innovantes.

I.2.2. La situation concurrentielle sur le marché de détail

De manière préliminaire, le marché de détail de la téléphonie mobile française est un marché concentré, puisque ne comportant que 3 opérateurs. Il s'avère que la plupart des pays européens comporte au moins quatre opérateurs de réseaux mobiles (Autriche, Danemark, Allemagne, Irlande, Italie, Pays-Bas, Espagne, Suède, Royaume-Uni, la Bulgarie, la Slovénie, la République Tchèque, la Roumanie, l'Estonie, la Lettonie, le Luxembourg et les Pays-Bas). Plus précisément, la France est le seul Etat européen de sa dimension à n'avoir que trois opérateurs (les autres Etats comprenant trois opérateurs sont la Grèce, la Belgique, la Finlande, la Hongrie, la Lituanie, le Portugal et la Suisse)[4].

A titre incident, on relève un taux de pénétration de 87% faisant de la France l'Etat le moins pénétré de l'Union européenne, dont le taux moyen de pénétration s'élève à 121%. Même en tenant compte de phénomènes de double équipement extensif dans plusieurs Etats, cet écart reste appréciable.

Afin de suivre les performances respectives des opérateurs de téléphonie sur ce marché, et plus précisément du degré d'animation concurrentielle sur ce marché, l'Autorité a mis en place à compter du troisième trimestre 2005 un tableau de bord de suivi concurrentiel du marché de détail selon les indicateurs suivants :

- Le suivi des parcs clients permet de mesurer le succès commercial absolu des opérateurs du marché.

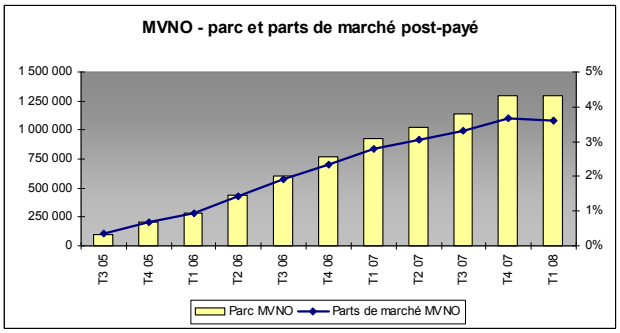
- Le suivi des ventes brutes en parcs et part de marché permet d'estimer l'attractivité commerciale d'un opérateur, dans la mesure où cet indicateur mesure les acquisitions de clients sur la période considérée.

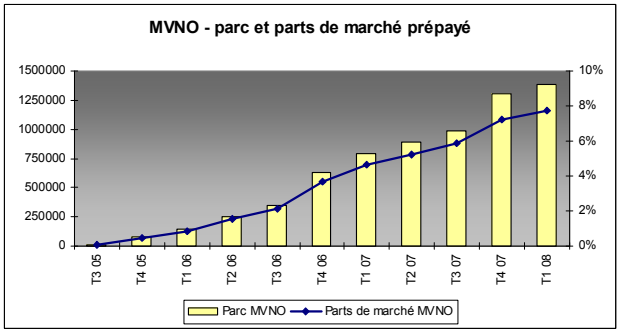
- Le suivi des parcs ventes nettes permet d'estimer sa capacité à acquérir et à retenir des clients, dans la mesure où cet indicateur suit les acquisitions nettées des résiliations. S'agissant de cet indicateur, l'Autorité considère qu'il ne convient pas de raisonner en termes de parts de marché, dans la mesure où en fonction des performances relatives des opérateurs cet indicateur peut conduire à des parts de marché négatives ou supérieures à 100%.En outre, le fait de raisonner en termes de parts de marché de ventes nettes ne mesure qu'une animation concurrentielle sur un segment de marché fictif, correspondant à l'accroissement de parc clients ; ceci reviendrait à postuler que la concurrence ne devrait s'exercer qu'en faveur des nouveaux clients, et non de l'ensemble du parc de clients existants. Cette conception incrémentale de la concurrence n'est pas légitime en matière de téléphonie mobile, où les opérateurs se concurrencent en vue de capter des flux de revenus

[4] Source : 13ème rapport d'implémentation de la Commission européenne.

récurrents, provenant de nouveaux clients mais également de clients déjà consommateurs des services en cause.

Parcs prépayés et post-payés des opérateurs du marché

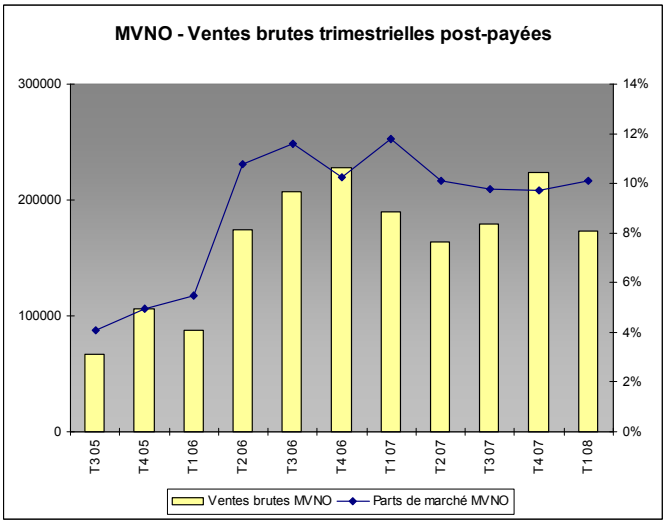


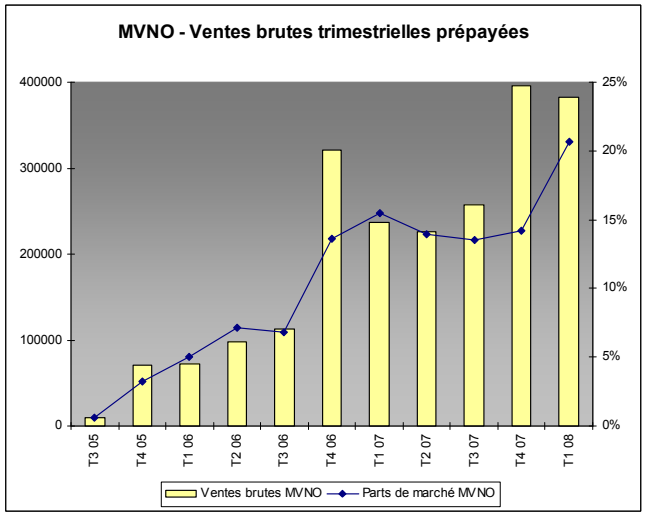


A l'examen, les données de parc récentes font apparaître un plafonnement des parts de marché des MVNO en post-payé (parts de marché et parcs semblant avoir atteint un extremum) ainsi qu'en prépayé (à noter que la bonne performance des MVNO au quatrième trimestre 2007 et au premier trimestre 2008 s'inscrit dans un contexte plus général de progression nationale de ce segment).

A parc équivalent, les MVNO sont deux fois plus présents sur le segment prépayé que sur le segment post-payé dans la mesure où le prépayé est largement minoritaire en France, ne représentant que 33% des clients mobiles. Ceci tend à indiquer une relative pertinence commerciale des offres MVNO sur le marché du prépayé, ce qui est homogène avec les analyses de l'Autorité faites en 2005. Celles-ci indiquaient que les conditions de gros qui leur étaient faites leur permettaient d'adresser ce segment de clientèle délaissé depuis le début des années 2000 par les opérateurs de réseau, ceux-ci privilégiant la montée en gamme des clients existants sur l'acquisition de nouveaux clients.

Ventes brutes prépayées et post-payées des opérateurs virtuels





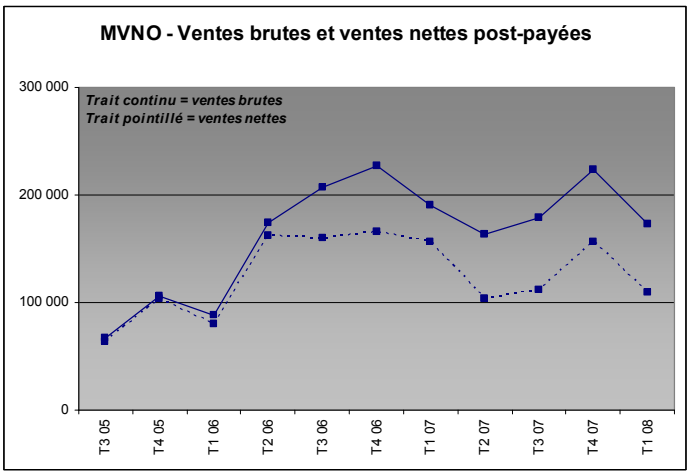
Les parts de marché en ventes brutes des opérateurs virtuels stagnent voire diminuent sur le segment post-payé, ce qui semble indiquer une attractivité relative accrue des offres des opérateurs de réseau sur ce segment. Elles connaissent une croissance irrégulière sur le segment prépayé.

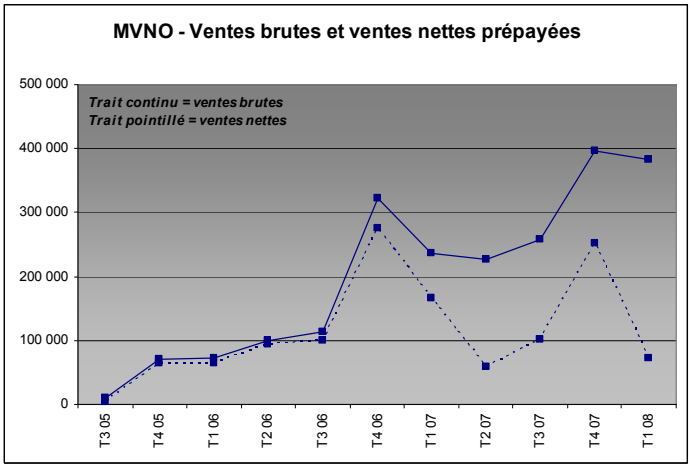
Ventes nettes prépayées et post-payées des opérateurs virtuels

L'examen des ventes nettes, mises dans les graphes ci-dessous en rapport avec les ventes brutes correspondantes invite à plusieurs observations :

- s'agissant du segment prépayé, on note que sur la période considérée les opérateurs de réseau affichent des ventes nettes négatives, du moins hors ventes de fin d'année. A contrario, les MVNO affichent des ventes nettes toujours positives, ce qui indique que sur ce segment d'activité leurs acquisitions restent supérieures à leurs résiliations. Cependant, il convient, s'agissant des MVNO, d'observer un creusement de l'écart entre la courbe de ventes brutes post-payées et la courbe de ventes nettes. Si dans leurs premiers mois d'activité leur taux de résiliation était bas dans la mesure où leurs clients étaient très récemment acquis, on observe un nombre croissant de résiliations à compter de 2007. Ainsi, si les MVNO semblent recruter des clients sur le mérite de leurs offres prépayées, il convient également de constater que les niveaux de ventes nettes correspondantes sont modestes.

- s'agissant du segment post-payé, les volumes d'acquisition des MVNO sont modestes et donnent lieu à des résiliations dans des proportions légèrement supérieures à celles des opérateurs de réseau.





En conclusion, on note que, passée une phase initiale durant laquelle les MVNO n'avaient structurellement que très peu de résiliations dans la mesure où leurs clients venaient d'être acquis, les MVNO connaissent un taux de résiliation moyen significatif, ce qui limite leurs ventes nettes. Ce taux de résiliation semble supérieur en matière de prépayé à celui constaté en post-payé.

En bilan de cette sous-section, on relève que les MVNO semblent désormais plafonner dans leurs performances. Leur présence semble plus assurée sur le segment prépayé que sur le segment post-payé. Ce constat recoupe l'analyse de l'Autorité selon laquelle les opérateurs mobiles délaissent ce segment, ce qui génère un intérêt relatif pour les offres prépayées des MVNO.

Parts de marché volume et valeur sur le marché de détail

Dans le cadre de son suivi des marchés de gros et détail de la téléphonie mobile, l'Autorité a mis en place un indicateur de suivi des prix moyens du marché de détail, sous la forme de chiffre d'affaires rapportés aux volumes facturés aux clients de ce marché.

Au quatrième trimestre 2007 (données HT), les parts de marché en volume (nombre de minutes) et en valeur des MVNO s'élèvent à respectivement 1,4% et 2,4%, contre environ 5% en parcs clients.

Plus précisément les parts de marché en volume et en valeur sur les trois principaux segments (grand public avec et sans terminal, c'est-à-dire en principe post-payé et prépayé, entreprises) :

- Sur le segment des offres grand public avec terminal la recette moyenne par minute sur l'ensemble du marché de détail s'élève à 18 c€, contre 34 c€ pour les seuls MVNO. Ceux-ci ont une part de marché en volumes de 1,2% plus faible que leur part de marché en valeur, qui est de 2,4%. Le niveau de prix de détail moyen plus élevé des MVNO ne traduit bien évidemment pas un quelconque pouvoir de marché de ceux-ci mais une incapacité à suivre les grandes tendances du marché. Cela traduit principalement, le fait qu'au contraire des opérateurs de réseau les MVNO sont très contraints dans les offres d'abondance qu'ils peuvent proposer à leurs clients.

- Sur le segment des offres grand public sans terminal (c'est-à-dire principalement les offres prépayées) la recette moyenne est de 35 c€ par minute, contre 26 c€ pour les seuls MVNO. La part de marché des MVNO est donc plus élevée en volume (8,5%) qu'en valeur (6,2%).

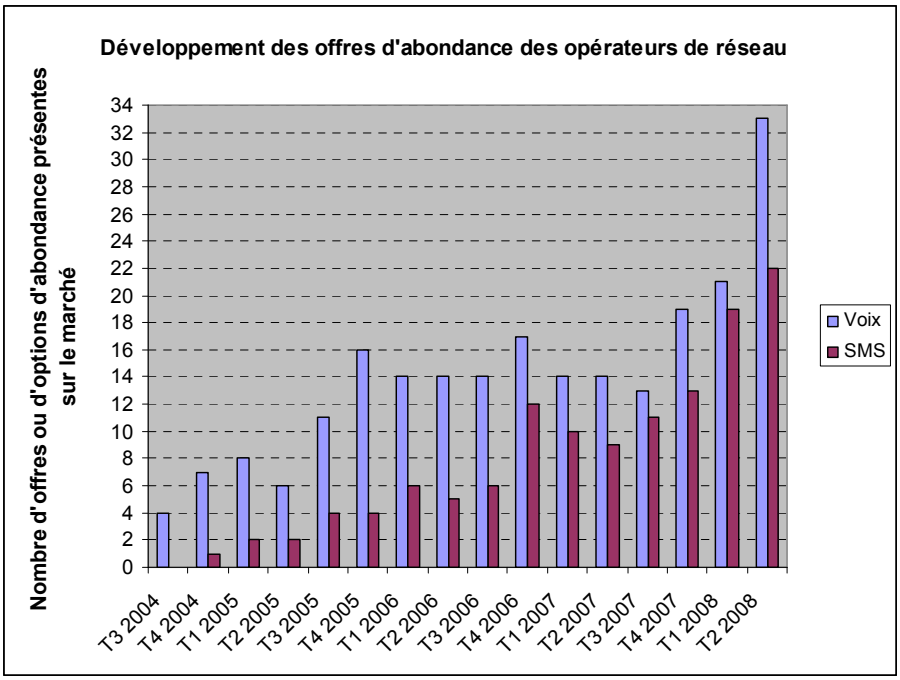
- Enfin sur le segment entreprises on ne compte que très peu de MVNO présents, d'où une part de marché de 0,15% en volume, de 0, 15% en valeur et une recette moyenne de 19,7 c€/minute contre 19,6 c€ pour tous les opérateurs.

Evolutions récentes du marché de détail

• Développement des offres d'abondance

- 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 en effet fortement développées sur la période considérée. Les contraintes associées à la plage d'illimité varient d'une offre à l'autre et peuvent être cumulées : communications illimitées à certaines tranches horaires, vers plusieurs numéros choisis, à destination des abonnés du réseau de l'opérateur (*on-net*), vers les numéros fixes ou vers tous les opérateurs (*off-net*)…

Ainsi, le nombre d'offres comportant des appels illimités proposées sur le marché par les opérateurs de réseau a été multiplié par huit depuis 2004 et le nombre d'offres avec SMS illimités proposées par les opérateurs de réseau a été multiplié par 22 :



Source : Suivi des tarifs interne à l'Autorité, sites Internet des opérateurs, sites Internet spécialisés

D'abord présentes dans les forfaits proposés par les opérateurs, les plages d'illimité se sont généralisées à l'ensemble de la gamme et sont désormais accessibles dans les forfaits bloqués et les cartes prépayées (recharges ad hoc).

Introduites sous la forme de séries limitées en 1999, les offres d'abondance voix sont entrées en 2005 dans le cœur de gamme des opérateurs mobiles.

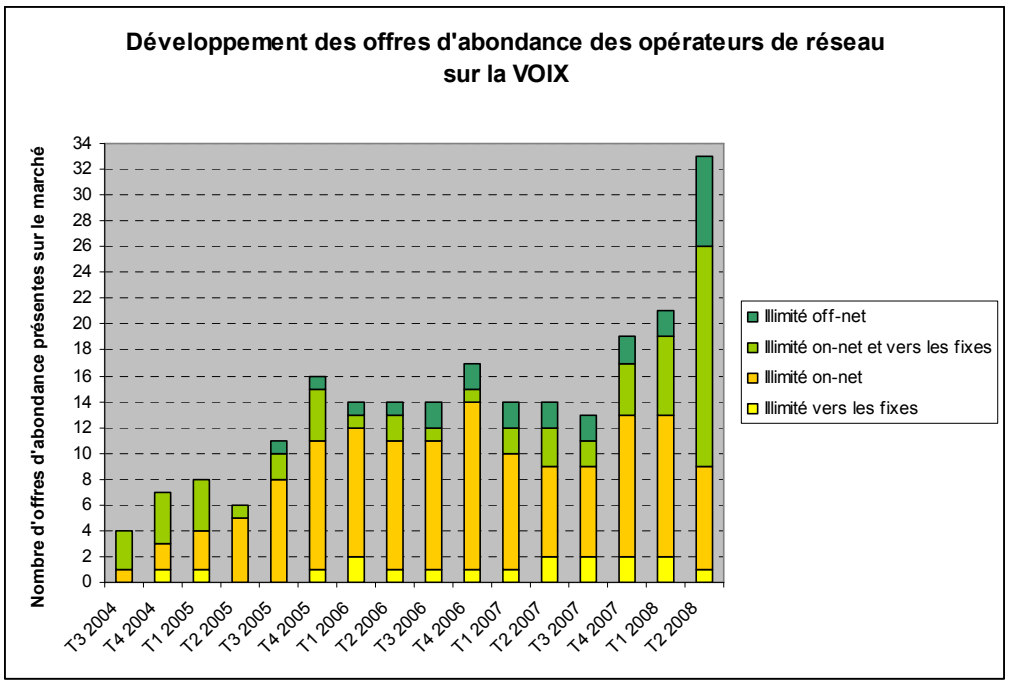
Ainsi, SFR indique en mars 2005 généraliser l'illimité dans tous ses forfaits, ce qui est confirmé par son rapport d'activité : « *SFR a refondu en 2005 sa politique tarifaire en direction de sa clientèle d'abonnés, en introduisant des innovations majeures qui sont devenues ensuite la référence du marché. 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* ».

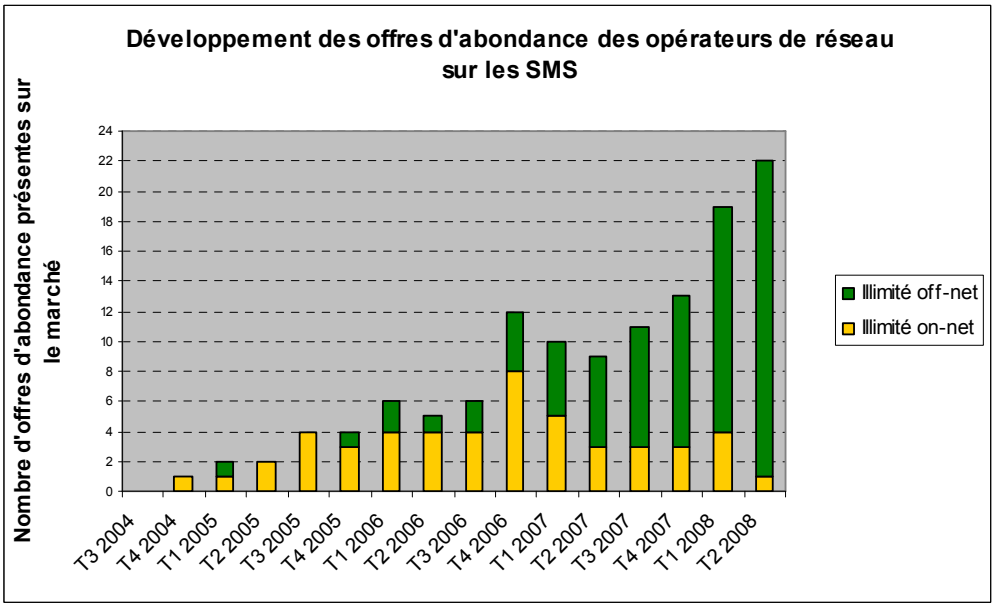
Concomitamment, Orange France intègre des éléments d'illimité dans l'ensemble de ses offres (hors offres au compteur et prépayé), dont les forfaits « Classique » et « Intense » (appels illimités 24h/24 et 7j/7 vers 3 numéros mobiles Orange),

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

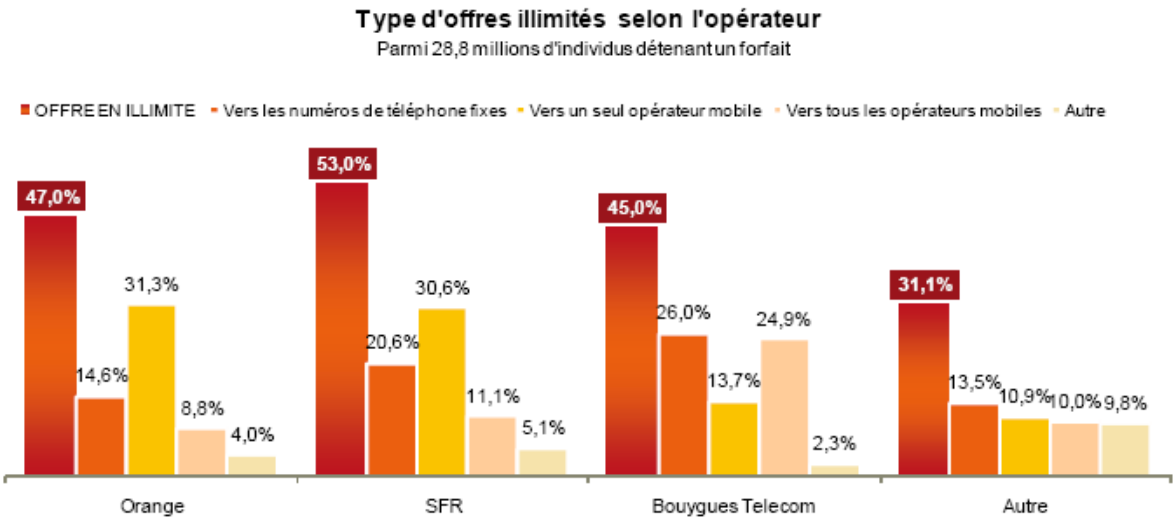
Depuis 2006, les opérateurs ont poursuivi leur stratégie d'abondance en élargissant leur cœur de gamme par de nouvelles offres illimitées et en proposant régulièrement des séries limitées comportant des appels et des SMS illimités.

Le marché tend actuellement à une accélération des offres d'abondance à destination de tous les opérateurs : depuis peu, l'ensemble des opérateurs de réseau proposent des offres avec appels et SMS illimités à certaines tranches horaires (nouvelle gamme « Origami » d'Orange, forfaits Illimythics de SFR, nouveaux forfaits Néo de Bouygues Telecom)





- 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 : 48,1% de clients sont intéressés ou très intéressés par ce type d'offre (Baromètre Novascope Consumer, mars 2007). Aujourd'hui, 48% des équipés d'un forfait bénéficient d'appels en illimité (Baromètre Novascope Consumer, mars 2008).



(Baromètre Novascope Consumer, mars 2008)

- Ces offres, centrées tout d'abord principalement sur des communications on-net illimitées, ont par ailleurs conduit à une hausse des usages moyens, au point que l'Observatoire des marchés de l'Autorité pour le deuxième trimestre 2006 relève que « *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.* (…) ».

Ces hausses de volumes contribuent fortement à la baisse du revenu moyen à la minute perçu par les opérateurs de réseau, présentée par ces derniers comme une diminution du prix moyen. Pour autant, en première analyse, 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.

Les opérateurs mobiles virtuels actuellement présents sur le marché ne participent pas à ce jour, ou de manière très limitée, au développement des offres d'abondance. Seule la moitié d'entre eux a lancé des offres incluant de l'illimité voix ou SMS, principalement sous la forme de séries limitées temporellement ou en nombre de souscripteurs.

A l'exception de Coriolis, qui propose à ses clients professionnels la possibilité d'appeler en illimité vers 3 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 *Illimité* de NRJ Mobile, forfaits *Excess Speech* de Virgin Mobile, forfaits Coriolis Pro *Avantage Plus Illimité Coriolis et fixes* de Coriolis, séries limitées Mon Pack Styly 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.

En matière de SMS illimités, on note toutefois la présence forte de Virgin Mobile, qui a bousculé le marché en avril 2006 en proposant des contrats avec SMS en illimité 24h/24 vers tous les opérateurs. NRJ Mobile propose également des forfaits avec SMS illimités vers tous les opérateurs le soir et le week-end. Les autres MVNO n'ont pas d'offres équivalentes. Néanmoins, les forfaits avec SMS illimités restent moins attractifs que les offres d'abondance sur la voix et s'adressent principalement aux jeunes.

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 surconsommations des clients.

A contrario, dans la mesure où en pratique un opérateur virtuel achète des minutes à l'unité, et que […][5], 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.

Sauf à assumer ce risque, le seul moyen pour un MVNO de répliquer ce type d'offre de détail est d'obtenir l'accès à une tarification de gros dérogatoire, d'ordre forfaitaire.

• Premiers rachats d'opérateurs virtuels

On note sur la période les premières disparitions d'opérateurs virtuels, qui font l'objet de rachats de la part de leurs opérateurs de réseau hôtes virtuel, et perdent de ce fait la qualité de concurrent, les volumes de prestations de gros consommées par ces derniers relevant désormais de l'auto-fourniture :

- le 23 novembre 2007[6], le ministre de l'économie, des finances et de l'emploi a autorisé la société SFR a prendre le contrôle conjoint de la société Debitel France .

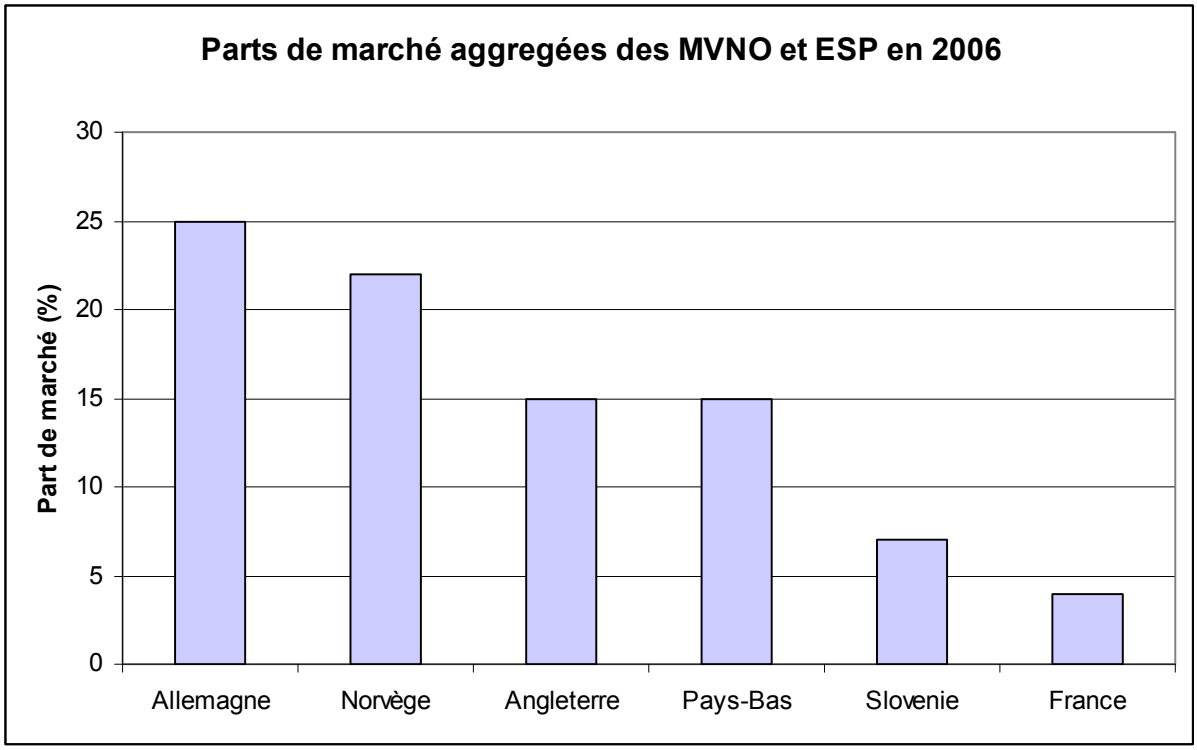
- en mars 2008, l'offre MVNO Ten mobile est devenue licence de marque d'Orange France, suite au rachat de CGBC par Orange. A terme, les offres Ten seront de ce fait assimilées au parc d'Orange.

- le 15 avril 2008, le ministre de l'économie, des finances et de l'emploi a autorisé la société SFR a prendre le contrôle de la société Neuf Cegetel suite au projet d'accord de cession annoncé le 20 décembre 2007.

Succès des MVNO dans d'autres marchés européens

Il apparaît que dans certains marchés européens, les opérateurs virtuels ont connu un développement plus significatif qu'en France et ont pu ainsi jouer un rôle d'animation concurrentiel plus important.

[5] Passage soumis au secret des affaires
[6] C2007-150 / NOR : ECEC0800704S



Source : données IDATE, Autorités Nationales, retraitements par l'ARCEP

Différents facteurs sont susceptibles d'expliquer, au moins partiellement, le succès des MVNO et ESP dans ces pays :

- la présence d'obligations étendues d'accueil des MVNO dans les licences des opérateurs de réseau. En Allemagne, les licences GSM attribuées dans les années 90 à T-Mobile, Vodafone et E-Plus incluaient une obligation d'accueillir des SCS à des conditions non-discriminatoires avec les services de marketing interne de ces entreprises. Par la suite, toujours en Allemagne, O2 a également été soumis à une telle obligation par ordonnance gouvernementale entre 2000 et 2004.

- le fort degré de concurrence entre opérateurs de réseau, qui a pu inciter un opérateur de plus faible taille à gagner des effets d'échelles par des accords MVNO. Ainsi, en Angleterre, en 1999, quatre opérateurs de réseau se faisaient concurrence, ce qui a sans doute incité T-Mobile, de taille plus faible, à conclure un accord commercial volontaire avec Virgin Mobile afin d'optimiser l'usage de son réseau.

- l'intervention du régulateur. Par exemple, en Slovénie, l'APEK a désigné puissant l'opérateur Mobitel qui détient 75% de parts de marché sur le marché de détail et lui a imposé les obligations d'accès, de non-discrimination et de contrôle des prix.

Ainsi, comme le souligne la saisine du Conseil par la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, les opérateurs virtuels français ont rencontré un « *développement relativement limité en comparaison de la situation de plusieurs de nos voisins européens* » qu'il conviendrait notamment d'analyser au regard de la situation concurrentielle du marché de gros des MVNO.

II. Enjeux concurrentiels du marché de gros des MVNO

Les services de gros d'accès et de départ d'appel depuis les réseaux mobiles sont des prestations qui permettent à un opérateur virtuel d'intervenir dans la chaîne d'acheminement de services de communications électroniques en proposant des services de téléphonie mobile à un client. Les opérateurs virtuels acquièrent des prestations de gros (minute de communication, SMS, unité de data) et conçoivent leurs offres de détail de manière indépendante de l'opérateur hôte en agglomérant ces prestations et en les commercialisant sur le marché de détail.

Il s'ensuit que le marché de gros de l'accès et du départ d'appel peut, en première approche, être assimilé au marché « miroir » du marché de détail précédemment défini. Sur ce marché les opérateurs de réseau sont offreurs de prestations de gros et les opérateurs virtuels en sont des acquéreurs.

Ces prestations permettent ainsi à un opérateur virtuel d'être présent sur un marché de détail, sans pour autant disposer de réseau radio propre (il peut en revanche posséder un cœur de réseau propre).

II.1 Fonctionnement et enjeux concurrentiels du marché de gros

Le fonctionnement et les enjeux concurrentiels du marché de gros des MVNO sont fortement marqués par la structure de l'offre et le comportement des offreurs sur ce marché, qui sont eux-mêmes conditionnés par le fait que les offreurs sont tous verticalement intégrés et présents sur le marché de détail. La performance concurrentielle et économique du marché de gros se trouve limitée par les intérêts des opérateurs sur le marché de détail.

II.1.1. Une offre de gros structurellement concentrée

La structure de l'offre est déterminée par les barrières à l'entrée sur le marché, qui en norme le nombre d'acteurs et limite les perspectives d'entrée d'offres plus favorables aux MVNO, ainsi que par dynamique concurrentielle réduite sur ce marché, caractérisée par son ouverture symbolique à la concurrence.

Dans la mesure où l'activité d'offreur sur le marché de gros n'est, en l'absence de marché secondaire, possible qu'en détenant une autorisation d'usage de fréquences et du réseau correspondant, les barrières réglementaires et techniques s'appliquant à cette activité sont très fortes. S'agissant des barrières à l'entrée réglementaires, l'exercice de l'activité d'opérateur de réseau mobile nécessite l'utilisation de fréquences dont la rareté explique le nombre restreint des opérateurs actifs sur le marché mobile, quel que soit le pays. Les barrières à l'entrée économiques dépendent de l'intensité capitalistique requise en vue d'assurer le déploiement d'un réseau compatible avec une offre de gros et le cas échéant de détail[7] à des conditions pertinentes et sont au cas présent fortes, même mises en regard des perspectives de rentabilité à terme.

S'agissant de la dynamique concurrentielle, en l'absence de marché secondaire de revente de minutes de gros entre MVNO, les offreurs de prestations de gros sont des opérateurs de réseau vendant des prestations d'accès à leur réseau à des opérateurs virtuels qui sont des concurrents sur le marché de détail.

La dynamique du marché de gros est de ce fait liée à celle du marché de détail, dans la mesure où les opérateurs de réseau vont adopter une conduite d'offre sur le marché de gros qui dépend de l'état de l'offre et de la demande sur le marché aval de détail.

Notamment, dans l'élaboration de sa stratégie d'offre sur le marché de gros, l'opérateur de réseau met en balance les profits qu'il pourrait retirer de cette stratégie avec ses conséquences en termes d'activité sur le marché de détail, dans la mesure où ses acheteurs sont également ses concurrents sur le marché de détail, ce qui emporte un risque de « cannibalisation » de sa base clients existante ou prospective. Ces considérations ont pu conduire certains opérateurs européens à mener une

[7] A ce jour tous les opérateurs de réseau présents sur le marché de gros le sont également sur le marché de détail

collusion tacite sur le marché de gros afin de maintenir ce dernier fermé à des concurrents par les services qui auraient pu, du fait de cet accès, contester une situation de rente/profits élevés sur le marché de détail ou participer à une dilution de ces rentes par une réduction de la concentration de l'offre.

Inversement, les opérateurs de réseau peuvent avoir un intérêt à accueillir des opérateurs virtuels sur leur réseau, pour des raisons endogènes tenant, par exemple, à la volonté de développer une offre différenciée ne pouvant emporter une trop forte cannibalisation de leur propre base clients. Ces raisons peuvent être doublées de motivations plus exogènes consistant à souhaiter prévenir l'accueil du MVNO par leurs concurrents. Ainsi, certains marchés de gros se sont ouverts spontanément à la concurrence, notamment en cas de nécessité forte, pour un opérateur de réseau, de remplir ce dernier en bénéficiant notamment d'une synergie avec un opérateur virtuel présentant un avantage commercial sur lui (Tele2 en Autriche, Norvège, Virgin au UK). Toutefois il est à noter que dans ce cas de figure le MVNO est d'emblée un opérateur généraliste.

De manière générale, l'observation du marché de gros national tend à indiquer que les opérateurs de réseau peuvent accueillir sur leurs réseaux respectifs des opérateurs virtuels, mais qu'ils ont ce faisant un intérêt immédiat et individuel à le faire à des conditions techniques, tarifaires et commerciales qui maximisent leurs revenus de gros (notamment maîtrise de prix de gros élevés, si possible intégration verticale d'une partie de la marge potentielle sur le marché de détail) tout en minimisant les perspectives de concurrence frontale avec leurs propres offres sur le marché de détail.

Ceci implique que sur un plan tarifaire les MVNO ne puissent bénéficier d'un contre-pouvoir de négociation leur permettant de s'affranchir de niveaux de prix assurant un maintien des marges de détail, et que sur un plan technique et commercial leurs offres de détail ne puissent, ou seulement de manière limitée, être substituables à celles des opérateurs de réseau hôtes. Ces pratiques vont à l'encontre des intérêts immédiats d'opérateurs virtuels souhaitant exercer une concurrence effective sur le marché de détail, et ne sont soutenables que si ces derniers ne parviennent pas à obtenir une mise en concurrence effective des opérateurs hôtes pour l'accueil du MVNO (jeu statique de la concurrence) ni par la suite pour l'exécution et l'évolution ultérieure du contrat (jeu dynamique de la concurrence).

II.1.2. Comportement stratégique des offreurs sur le marché de gros

Sur le marché national, et jusqu'au printemps 2007, date à laquelle Bouygues Telecom a lancé son offre d'accueil de MVNO, l'offre sur le marché de gros était limitée (sauf exception à la marge tenant à l'accueil de Transatel, MVNO de taille extrêmement réduite visant une activité de niche, sur le réseau de Bouygues) à celle d'Orange France et de SFR. Ces derniers opérateurs ont lancé des offres de manière concomitantes (juin et juillet 2004) reposant sur une configuration technique, tarifaire et commerciale très similaire et invariante.

En effet, à l'examen, les contrats offerts par ces deux opérateurs sont très proches les uns des autres, et présentent le caractère de contrats « standards » n'offrant que très peu de modifications d'un opérateur virtuel à un autre, ce qui est du reste exposé de manière très transparente dans la communication entourant le lancement des premiers opérateurs virtuels[8]. Il s'ensuit notamment que les opérateurs virtuels présentant un potentiel de croissance significatif (grande distribution, Tele2…) se sont vus proposer des offres d'accès très étroitement comparables sur un plan tarifaire et technique à celles des opérateurs virtuels n'ambitionnant qu'une part de marché réduite. La modification majeure constatée sur cette première période tient pour l'essentiel à une modification des structures tarifaires de gros de […], passant d'une tarification […].

[8] A titre d'exemple complétant les relevés effectués par l'Autorité lors de l'exercice d'analyse de marché de 2005, les déclarations suivantes ont été recueillies dans la presse au titre du lancement commercial de Tele2 mobile : « *Tele2 s'est aligné sur le contrat standard, déjà signé par Breizh Mobile, et ne possédera aucun élément de réseau. Les tarifs ne seront pas orientés vers les coûts, mais offriront une ristourne sur les prix de détail. La remise au volume accordée est la même qu'aux autres* » Les Echos du 15 avril 05 ; *« Chez Orange, on insiste sur le fait que le contrat de 9 ans signé par Tele2 est le même que celui de Breizh Mobile, même s'il prévoit « une remise en fonction des volumes, la même pour tout le monde »* » La Tribune, 15 avril 05 ; « *« C'est un accord commercial aux conditions standards » déclare Didier Quillot* » Le Figaro 15 avril 05 ; « *Tele2 « voulait qu'on lui fasse une offre basée sur nos coûts, et il réclamait des éléments de réseaux* » raconte-t-on chez Orange. « *Finalement ils ont accepté nos conditions », une proposition basée sur les tarifs de détail, avec un abattement* (…) »

En conclusion, l'offre est fortement structurée autour d'un modèle de « revendeur »/« *Enhanced service provider* » décrit en détail dans l'analyse de marché soumise pour avis au Conseil en 2005, et consistant à […].

Dans les contrats initiaux, ces prestations de gros sont vendues à l'unité. Toutefois, parallèlement à ces contrats, les opérateurs de réseau concèdent à certains de leurs clients existants des aménagements tarifaires ponctuels et informels, fortement limités en parc clients et en durée, en vue de permettre à ces derniers de lancer des offres précises à base de consommations illimitées. […]

[…]

A ce jour, les parts de marché sur le marché de gros s'établissent aux niveaux suivants : […]% pour Orange France, […]% pour SFR et […]% pour Bouygues Telecom en parcs clients ; […]% pour Orange France, […]% pour SFR et […]% pour Bouygues Telecom en valeur de trafic de gros.

II.1.3. Performance concurrentielle du marché

L'offre de gros est donc dominée dans sa quasi-totalité par les offres d'Orange France et de SFR. En analyse concurrentielle, ces offres reflètent l'intérêt individuel et immédiat de chacun de ces opérateurs à offrir des conditions de gros qui maximisent les revenus de gros tout en limitant les perspectives de cannibalisation de leur base clients détail. Ceci entraîne des conditions de gros qui ne peuvent conduire à des performances satisfaisantes pour les MVNO, dans la mesure où leur capacité à concurrencer frontalement les offres existantes des opérateurs en place est fortement bridée.

En ce sens l'absence d'autonomie technique tarifaire et commerciale relevée par l'Autorité lors de son analyse de marché de 2005 n'est remise en cause par aucune modification substantielle des conditions d'accueil intervenues depuis lors, et a été aggravée par les évolutions récentes du marché de détail, tenant à une baisse du prix moyen de la minute vendue sur le marché de détail résultant de la généralisation des offres d'abondance.

La capacité des opérateurs virtuels à contester les lignes de conduite des deux offreurs consistant à établir puis à maintenir des conditions initiales peu favorables à l'autonomie commerciale, technique et économique dépend à son tour du maintien ou non sur le marché des pratiques dont le Conseil est saisi, tendant à établir au bénéfice des opérateurs hôtes une intégration verticale de fait prévenant le changement d'opérateur hôte et, partant, l'acquisition d'un contre-pouvoir d'acheteur. Il convient d'évoquer les difficultés vraisemblables des MVNO à agir individuellement auprès des autorités de concurrence ou du régulateur en vue d'obtenir la révision de leurs conditions respectives sur ce point. Il leur est en effet délicat d'invoquer des règles de droit dans le cadre de procédures contentieuses compte tenu des possibles mesures de rétorsion individuelles de leur opérateur hôte. Ces risques sont particulièrement élevés compte tenu du caractère incomplet des contrats qui suppose la coopération permanente des opérateurs hôtes. En tout état de cause 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.

Par ailleurs, l'entrée d'un nouvel opérateur de réseau sur ce marché, en tant qu'offreur de minutes de gros, modifierait vraisemblablement en profondeur l'économie actuelle du marché de gros. En effet, son entrée tardive sur le marché le conduirait vraisemblablement à devoir acquérir rapidement un volume d'activité à la hauteur de ses investissements. Ceci générerait une pression concurrentielle accrue sur ce marché. Toutefois, l'effectivité et l'intensité de cette pression est fortement conditionnée par la capacité des opérateurs virtuels existants à pouvoir reporter sur ce nouvel offreur leur demande de prestations de gros. En ce sens, les contraintes pesant sur la liberté d'approvisionnement des MVNO peuvent constituer une barrière à l'entrée du 4ème entrant sur le marché de gros.

Les développements subséquents du présent avis permettent d'exposer en quoi cette configuration de marché très favorable aux offreurs est soutenable au regard des demandeurs.

II.2 L'intervention de l'ARCEP sur le marché de détail et de gros

II.2.1. Interventions en vue d'améliorer la fluidité du marché de détail de la téléphonie mobile

Les effets concurrentiels d'un manque de fluidité sur le marché de détail se font surtout sentir dans un marché mûr, dit de « *churn* » ou de renouvellement, par opposition à un marché de croissance ou d'acquisition. Dans un tel marché, le parc de clients prospectifs d'un opérateur est dans une grande proportion déjà équipé et à cet égard sujet à des coûts de changement qui peuvent être élevés, dans une perspective de rentabilisation/exploitation d'une base clients acquise plus tôt. De nombreuses interventions de l'Autorité visent à réduire ces coûts de changement en vue d'améliorer la fluidité du marché de détail et permettre de ce fait un jeu concurrentiel accru au bénéfice des consommateurs.

Par le passé, l'Autorité a exprimé son attachement à ce que la portabilité des numéros permette une concurrence effective sur le marché de détail, dans la mesure où des conditions médiocres de conservation du numéro sont générateurs de coûts de changement élevés pour le client final. Les diverses mesures prises pour simplifier et accélérer les prestations de portage de numéro (simple guichet en dix jours) sont bénéfiques à la fluidité du marché de détail dans la mesure où la crainte de perdre son numéro de téléphone est perçue comme la première barrière au changement d'opérateur par les consommateurs (Mobiscope, Datanova, mars 2007).

Un raisonnement similaire peut être tenu en matière de durées d'engagements et de durées des préavis de résiliation. L'Autorité a rendu des avis appuyant fortement les travaux législatifs et réglementaires visant à obtenir leur réduction.

De même, la décision de l'Autorité n°2005-1083 limite fortement les conditions d'exercice de la pratique du *simlockage*, c'est-à-dire de restriction d'utilisation du terminal à la faveur de la seule carte SIM de l'opérateur bénéficiant de l'engagement du client final. Ainsi, si antérieurement à cette décision l'opérateur était obligé de communiquer systématiquement et gratuitement à ses abonnés le code de déverrouillage de son terminal au bout de six mois, désormais, cette obligation s'applique dès la fin de l'engagement du client auprès de son opérateur, et au plus tard au bout de six mois. Les clients souscrivant une offre sans engagement peuvent ainsi obtenir immédiatement le déverrouillage de leurs terminaux. Cette mesure vise à assurer une fluidité accrue du marché de détail.

II.2.2. Projet de régulation du marché de l'accès et du départ d'appel mobile sur les réseaux de téléphonie mobile ouverts au public (Marché 15 de la recommandation de 2002) et mise sous surveillance active du marché

Par son exercice d'analyse concurrentielle du marché de gros de l'accès et du départ d'appel mobile, et son évocation concomitante du marché de détail sous-jacent, réalisés en 2005, l'Autorité a estimé que l'essoufflement concurrentiel constaté au niveau du marché de détail depuis 2005, tenant à son caractère concentré et peu dynamique, découlait du caractère normé du nombre d'acteurs présents ou potentiels. Plus précisément, l'évocation des parts de marché des opérateurs, des niveaux des prix pratiqués et de la rentabilité permettait de constater que les éléments de concentration de marché joints aux barrières à l'entrée et à la maturité de la demande conduisent bien à un jeu concurrentiel limité, portant pour l'essentiel sur l'acquisition et la fidélisation de la clientèle au bénéfice d'opérateurs présentant une convergence d'intérêts stratégiques.

L'analyse concurrentielle du marché de gros associé à ce marché de détail a conduit ensuite l'Autorité à constater une ligne d'action commune aux trois opérateurs de réseau, tendant à ne pas accorder l'accès dans des conditions permettant à un opérateur virtuel d'animer significativement le jeu de la concurrence sur le marché de détail, aux fins de maintenir l'intensité de la concurrence au détail au degré susmentionné.

A cet égard, si l'Autorité se félicitait de l'ouverture du marché de gros de l'accès et du départ d'appel mobile, intervenue notamment durant le processus d'analyse des marchés, elle constatait néanmoins que ces perspectives de développement restent à confirmer dans la durée. En particulier, les contrats MVNO signés à ce jour ne lui semblaient pouvoir produire leur plein effet que si les opérateurs virtuels ainsi créés atteignent une taille critique leur conférant une relative indépendance économique et commerciale vis-à-vis de leur opérateur hôte.

L'Autorité a notifié le projet de décision le 14 avril 2005 à la Commission européenne et aux autres régulateurs européens et a en parallèle relancé une consultation publique jusqu'au 16 mai, délai ensuite étendu au 31 mai 2005. Durant l'examen de ce projet de décision par la Commission, l'Autorité a retiré son projet de décision et a mis le marché sous surveillance, afin d'apprécier l'impact effectif des accords MVNO sur le marché de détail. Cette mise sous surveillance s'est manifestée par la création d'un tableau de bord semestriel transmis régulièrement à la Commission européenne et de l'observatoire dédié (SIM) susmentionné.

III. Sur le fond de la saisine

Le marché des MVNO est un marché encore relativement récent, caractérisé par une forte asymétrie entre d'une part des offreurs opérateurs de réseaux, et d'autre part des acheteurs, opérateurs virtuels, disposant encore de bases de clients relativement réduites.

Par ailleurs, la mise en concurrence initiale des offreurs par un MVNO potentiel, aux fins d'obtenir un contrat d'approvisionnement, ne peut aboutir à un jeu satisfaisant de l'offre et de la demande dans la mesure où les contrats en cause sont « incomplets » au sens de la théorie économique : l'incertitude sur les conditions économiques à venir en cours d'exécution du contrat limite la portée de la mise en concurrence initiale.

Les conditions de gros initialement insatisfaisantes ont vocation à s'améliorer progressivement avec l'acquisition d'un contre-pouvoir de négociation des demandeurs tenant à l'accroissement de leurs activités respectives ou à une consolidation éventuelle entre eux.

Toutefois, si le jeu de la concurrence entre offreurs est entravé, le risque d'éviction des MVNO est réel, et une réversibilité de l'ouverture du marché ne peut alors être exclue.

Ces observations invitent à une évocation des clauses contractuelles soulevées par la saisine pour avis et la description des éventuels blocages concurrentiels qu'elles engendrent sur le marché de gros. Les contrats de gros ne doivent pas entraver la constitution au bénéfice des demandeurs d'une dynamique concurrentielle effective sur le marché de gros.

Par la suite, l'Autorité entend effectuer une description plus générale de l'économie des contrats en cause, afin d'effectuer un bilan économique de l'activité de ces derniers au regard des conditions de gros qui leur sont faites par les opérateurs.

L'ensemble de ces analyses vise à fournir des éléments de contexte concurrentiels et économiques permettant d'éclairer l'appréciation de la conformité de ces pratiques au droit de la concurrence que pourra mener le Conseil.

III.1 Sur les pratiques visées par la saisine

Il convient dans un premier temps de décrire les pratiques en cause avant, dans un second temps, de qualifier leurs effets réels ou potentiels de blocage du marché de gros.

Les contrats d'accès et de départ d'appel de gros transmis à l'Autorité comprennent plusieurs clauses pouvant contribuer à interdire/restreindre fortement le jeu de l'offre et de la demande sur ce marché. Ces clauses sont décrites ci-dessous et reproduites dans les annexes correspondantes. Il est précisé que les développements qui suivent englobent les contrats de gros initiaux ainsi que les avenants survenus au cours de leur exécution transmis à l'Autorité par les opérateurs contractants.

III.1.1. Présentation des pratiques visées par la saisine

Une pratique de clause d'exclusivité

- **Teneur**

Cette pratique consiste en l'imposition par l'opérateur hôte d'une clause[9] d'approvisionnement exclusive portant sur l'intégralité des prestations acquises, pour toute la durée du contrat (et notamment lors de la période minimale d'au moins […]). En d'autres termes, le MVNO ne peut diversifier son approvisionnement auprès d'un autre opérateur en cours de contrat.

Aucune contrepartie, notamment tarifaire, n'est offerte à cette obligation.

[9] Cette pratique correspond aux clauses des sociétés A, B, C décrites dans la « Note relative aux clauses de préemption et d'exclusivité rencontrées dans les contrats des MVNO/MNO » annexée en pièce jointe à la saisine de l'Autorité.

Il est noté que les contrats ou avenants de contrats afférents à de telles clauses contiennent également des dispositions relatives à la résiliation anticipée du contrat durant sa période minimale de durée de vie. Celles-ci indiquent qu'à compter du […] le signataire bénéficie d'un droit de résiliation anticipée sans indemnité, dès lors que serait établie par un concurrent, sans contre-offre de l'opérateur hôte initial, une offre tarifaire mieux-disante à conditions opérationnelles équivalentes ou une offre tarifaire mieux-disante à conditions opérationnelles distinctes et prévoyant un nouveau type d'interfaces techniques (technique de la clause anglaise).

- **Analyse**

Une telle clause d'exclusivité d'approvisionnement permet à un opérateur hôte de limiter ou d'annuler la possibilité pour l'opérateur virtuel d'acquérir des prestations de gros auprès d'un autre opérateur hôte. Ces clauses réduisent la capacité des opérateurs virtuels à faire jouer la concurrence dans son achat de prestations de gros et peuvent constituer une barrière à l'entrée sur le marché de gros pour un nouvel offreur prospectif.

Il importe de noter que la faculté de résiliation anticipée ne constitue pas une remise en cause des effets de cette exclusivité, dans la mesure où elle implique que la relation contractuelle ne peut survivre à une rupture de cette exclusivité.

Surtout, sur le fond, cette faculté de résiliation semble illusoire dans la mesure où elle implique qu'un opérateur souhaitant obtenir de meilleurs tarifs auprès d'un autre opérateur hôte doit résilier son contrat de gros et migrer l'intégralité de son parc client sur cet opérateur. Ceci emporte des coûts de changement, tenant à la complexité, la lourdeur et les coûts financier et en termes d'image d'une telle opération :

- nécessité d'acheter une flotte de cartes SIM compatibles avec le réseau du nouvel opérateur hôte pour l'intégralité de son parc client ce qui emporte une dépense lourde
- frais administratifs tenant à l'envoi de ces cartes aux clients et à la gestion du portage de l'ensemble de leurs numéros
- perte de clients ne recevant pas leur carte ou ne souhaitant pas en changer
- répercussions en termes d'image de marque de l'opérateur contraignant ses clients à changer leur carte (= perte de répertoire, de configurations usuelles du type numéros courts, PIN) et à subir un changement de réseau à un moment donné
- cartes prépayées désactivées et à remplacer en point de vente
- cette migration constitue un changement substantiel de qualité du service rendu (substitution d'un réseau par un autre, pouvant entraîner des changements de couverture), ce qui, au regard du droit de la consommation national, emporte une obligation de notification individuelle de ce changement aux clients liés par contrat, assorti du droit pour ces derniers de résilier ce contrat. Ceci engendre, pour le MVNO, un risque de diminution substantiel de la base clients existante.

Ces coûts de changement apparaissent incommensurables. A la connaissance de l'Autorité seuls deux cas de changement d'opérateur portant sur l'intégralité de la base clients ont eu lieu en Europe par le passé. En Norvège, Tele2 détenant 400 000 clients est ainsi passé du réseau Telenor au réseau NetCom (TeliaSonera), ce qui a été annoncé le 5 novembre 2007[10]. Toutefois, il importe de noter que Tele2 n'a pas eu à changer sa flotte de cartes SIM afin d'opérer ce changement, dans la mesure où, contrairement aux caractéristiques du marché français, il bénéficiait d'un code réseau propre, inscrit dans ses cartes SIM. Dès lors, la quasi-totalité des coûts de changement techniques susmentionnés ne trouvent pas à s'appliquer à son cas. Un autre cas s'est produit en Espagne, lorsque Euskaltel est passé du réseau Amena/Orange au réseau Vodafone. On note qu'à l'image de Tele2 en Norvège, Euskaltel est un full-MVNO bénéficiant de son propre code réseau.

Le mode usuel (et unique) de diversification des sources d'approvisionnement consiste pour un opérateur virtuel à faire concourir les opérateurs de réseau pour obtenir le droit de loger des tranches de parcs clients futurs sur leurs réseaux ; aussi à terme le MVNO comprend des clients logés sur

[10] Communiqué de presse http://www.teliasonera.com/articlewidenm/0,2859,l-en_h-12815,00.html

plusieurs réseaux mais n'a pas à encourir de frais de changement d'opérateur pour ses clients existants. Cette possibilité n'est pas ouverte par la clause d'exclusivité susmentionnée.

Par application des critères de cette jurisprudence, on relève le fait que ces exclusivités d'approvisionnement ne sont pas explicitement justifiées par des éléments économiques. Par exemple, une exclusivité d'approvisionnement peut être justifiée lorsqu'elle rémunère des prestations effectuées par le fournisseur au bénéfice de l'opérateur virtuel (frais d'étude, lancement, modification SI…). En effet, il s'agit de permettre à ce dernier d'être assuré d'amortir les coûts encourus à l'occasion de la fourniture de telles prestations. Or en l'espèce les contrats de gros ne procèdent pas à la démonstration d'une telle justification, et par ailleurs possèdent d'autres clauses (notamment d'objectif commercial annuel) ou propriétés (durée longue) permettant de penser qu'en principe ces frais de développement sont amortis en l'absence de toute exclusivité d'approvisionnement.

Pratiques de remises d'exclusivité

- **Teneur**

La pratique de remises d'exclusivités consiste à offrir au demandeur une remise spécifique en rémunération d'une exclusivité d'approvisionnement auprès de son opérateur hôte.

[…]

- **Analyse**

En première analyse, les pratiques de remises d'exclusivité susmentionnées peuvent avoir des implications concurrentielles sérieuses qu'il appartient au Conseil de qualifier :

• Importance des remises

On relève à cet égard l'importance des montants de remises en jeu dans une offre reposant en principe sur un *retail minus* d'environ […]. A titre d'exemple, une remise de […]% sur les coûts de réseau ainsi générés représente près de […] de l'espace tarifaire *brut* (marge commerciale) du MVNO.

• Caractère éventuellement fidélisant de ces remises

Par ailleurs les remises d'exclusivité susmentionnées ont en commun de présenter un caractère rétroactif[11] dans la mesure où elles prennent comme base l'intégralité des minutes vendues, correspondant aux clients existants, et non les seules minutes ou clients futurs faisant l'objet d'une possible mise en concurrence.

- Ainsi, à titre d'exemple, en principe […] la remise d'exclusivité venant en contrepartie de l'exclusivité à 100 % sur […] porte non seulement sur […] en jeu sur […], mais sur 100 % des minutes acquises sur […][12]. La possibilité offerte aux opérateurs virtuels de prolonger leur exclusivité d'approvisionnement de […] (exclusivité passant de […] à […]) contre une remise passant de […] à […]% (cf. avenants signés par […]) possède de la même façon un caractère rétroactif avéré, dans la mesure où les consommations passées […]bénéficient de l'exclusivité passée au titre […].

Pour qu'un fournisseur potentiel concurrent sur […] soit en mesure de faire une offre pertinente, il devrait non seulement offrir […]% de remise au titre de son offre sur […], mais également [remise majorée-remise minorée] = […]% sur la masse de communications consommées lors des […], ce qui est peu envisageable, d'autant plus que […].

[11] Pour un développement plus fourni, cf. « *When are Rebates Exclusionary ?* », Giulio Federico, European Competition Law Review, 2005, Issue 9 p. 477 et svtes.
[12] […]

On note que d'ailleurs cet engagement d'approvisionnement à 100 % sur […] au lieu de […] se fait en pratique à la conclusion du contrat initial […].

On ne perçoit pas la justification économique de cette hausse de remise pratiquée du fait de la prolongation de la période d'approvisionnement exclusif. En effet, la remise d'exclusivité a pour objet d'assurer l'amortissement des coûts encourus par l'opérateur de réseau au titre du lancement du MVNO. A cet égard, soit les coûts encourus par l'opérateur hôte se trouvent amortis par la remise simple de […]% sur […], auquel cas l'augmentation à […]% sur […]n'est pas la contrepartie d'une prestation économique, soit ils ne le sont pas auquel cas la prolongation ne devrait pas être optionnelle mais figurer dans le contrat initial.

- Autre exemple portant sur le second mode de remise, le […] des remises conditionnelles du fait de l'exclusivité porte non pas sur des paliers de minutes pouvant être acquises auprès de concurrents mais sur l'intégralité des volumes achetés sur un période donnée.

A titre illustratif, un MVNO ayant X clients (l'intégralité de ses clients) chez un opérateur hôte A, et qui doit choisir un opérateur pour l'année suivante pendant laquelle il pense attirer Y clients a le choix entre deux offres :
- l'offre de son opérateur A qui lui permet d'avoir la remise les minutes consommées par ses X clients ainsi que sur les minutes de ses Y clients nouvellement acquis
-l'offre de l'opérateur B qui lui permet de bénéficier du tarif de cet opérateur sur les Y clients, mais qui lui fait du même coup perdre la remise sur les minutes consommées par les X clients (qui, en raison de coûts de changement d'opérateurs hôtes pour une base clients donnée, restent chez l'opérateur A)
Du fait que la remise s'applique sur la totalité des minutes achetées, et pas uniquement sur les minutes des clients nouvellement acquis pour lesquels le MVNO a véritablement le choix du réseau hôte, rend peu crédible le fait que le MVNO puisse véritablement faire jouer une concurrence entre opérateurs.

Une telle modalité présente donc un caractère fidélisant. En effet, ceci a pour effet nécessaire de cloisonner le marché en décourageant le recours à une autre source d'approvisionnement, dans la mesure où l'offre d'un fournisseur alternatif ne sera attractive (en faisant abstraction des *switching costs*), que si l'économie réalisée sur les consommations mises en concurrence est au moins égale au rabais supplémentaire appliqué à l'intégralité des consommations réalisées avec l'opérateur hôte initial. Ainsi que le précise la jurisprudence rappelée ci-dessus, ceci rend difficilement concevable le changement d'opérateur hôte, faute d'offre pertinente.

La conjonction de ces caractéristiques emporte un effet fidélisant fort dont le Conseil pourra juger s'il peut emporter un blocage du jeu concurrentiel au profit de l'offreur le pratiquant. Les remises d'exclusivité concédées pourraient en effet avoir pour effet de cloisonner verticalement le jeu de l'offre et de la demande sur le marché de gros, prévenant la création d'une dynamique concurrentielle sur ce marché.

Par ailleurs, aucune justification n'est apportée à ce type de pratique par les contrats en cause[13]. L'Autorité note que des clauses d'objectifs commerciaux annuels et de participation financière semblant avoir pour objet d'assurer un amortissement des coûts de développement incombant à l'opérateur hôte du fait du lancement de l'opérateur virtuel figurent dans les contrats. En tout état de cause, on perçoit mal la justification économique sous-tendant la rétroactivité des remises, dans la mesure où les réductions de coûts réalisées par l'opérateur hôte du fait de l'accroissement de volumes consommés par l'opérateur virtuel emportent un effet sur le coût de ces minutes marginales, et non sur le coût de toutes les minutes se trouvant sous le seuil ; il n'y a donc pas de justification à ce que la remise s'applique *à l'identique* l'ensemble des consommations passées.

En conclusion sur cette sous-partie portant sur les clauses d'approvisionnement conclues par les MVNO avec leurs opérateurs hôtes, l'Autorité considère que les conditions d'exclusivité actuelles figurant dans l'ensemble des contrats pourraient ne pas être liées au seul besoin des opérateurs de réseau de s'assurer du recouvrement de leurs coûts fixes mais peuvent également avoir pour effet, sinon pour objet, de limiter le contre-pouvoir des MVNO que chacun accueille sur son réseau, de

[13] CJCE *Hoffmann-La Roche*, 13 février 1979, *CJCE Portugal/Commission*, 29 mars 2001, TPICE *Irish Sugar*, 7 octobre 1999, Michelin, 23 septembre 2003

façon à pouvoir rester dans une logique de maximisation de revenus de gros en limitant, voire en supprimant *de facto* la concurrence avec d'autres offreurs et à restreindre la capacité des MVNO à animer de manière significative la concurrence au détail et donc à atteindre une taille significative.

Il appartient notamment au Conseil de voir, au cas d'espèce, en quoi des pratiques d'exclusivité d'approvisionnement[14] et de remises fidélisantes[15] pratiquées par des entreprises non individuellement dominantes peuvent, individuellement et ou cumulativement[16] être examinées au titre du droit des restrictions verticales.

Intuitu personae

- **Teneur**

Le détail des clauses est reproduit dans l'annexe B soumise au secret des affaires

Les clauses[17] dites d'*intuitu personae* mettent en avant le fait que la conclusion des contrats est conditionnée par la personne du contractant, et que partant toute modification afférente à l'identité du contractant est une cause de résiliation du contrat.

Les conséquences de prise en compte de l'identité du contractant sont multiples mais très similaires d'un offreur à un autre :

- […]

Notamment, les contrats MVNO conclus sur le réseau […] font valoir de manière homogène une interdiction de cession sans accord expresse de ce dernier, avec une exception constante concernant toute opération de fusion, scission, apport partiel d'actif ou cession de fonds de commerce (voire de toute opération interne au groupe du MVNO), pour peu que la société cessionnaire ou ses actionnaires ne soient concurrents directs ou indirects […]. Cette même prohibition va jusqu'à s'appliquer à toue modification de capital de l'opérateur et peut mettre en place un droit de préférence en cas d'offre publique de titres en cas de cotation boursière […]. On note que le contrat […] instaurait un droit de préférence et un droit de préemption sur l'ensemble des titres existants (et non uniquement à céder) en cas de cession/offre d'acquisition à ou par un concurrent.

[…]

[…]

De manière générique, ces exceptions ne sont pas opposables aux cessions intra-groupe de l'opérateur virtuel.

En première analyse, tous les accords de MVNO conclus présentent un caractère *intuitu personae* fortement marqué dans la mesure où la résiliation du contrat peut être effectuée en cas de cession du contrat à un concurrent direct ou indirect de l'opérateur hôte, ou d'une simple prise de participation.

Les clauses d'*intuitu personae* présentées ci-dessus renvoient à un droit de regard général des opérateurs hôtes sur toute cession de contrat MVNO à un tiers (seuils variables d'un contrat à l'autre).

[14] Par exemple, le règlement communautaire 2790/99 retirant le bénéfice de l'exemption du 81§3 aux exclusivités d'approvisionnement lorsque leur durée est indéterminée ou dépasse cinq ans

[15] Voir par exemple TPI, *Langnese Iglo GmbH* 8 juin 1995, T-7/93 ; dans le même sens de l'application aux pratiques de remises de fidélité, classiquement qualifiées sous le droit des positions dominantes, d'une qualification d'entente verticale, rapport de l'OCDE *Loyalty and Fidelity Discounts and Rebates*, 2003 p. 198.

[16] Au regard des effets cumulés de pratiques qui, prises isolément, seraient légales, mais qui conduisent cumulativement à la fermeture du marché de gros par le cloisonnement du jeu de l'offre et de la demande à partir d'un seuil de parts de marché que le règlement 2790/99 estime à 50%), ce qui serait largement atteint étant donné la quasi-inexistence de Bouygues Telecom sur le marché de gros.

[17] Ces clauses sont présentes dans les contrats des sociétés C, D et F jointes en annexe de la saisine.

- **Analyse**

De manière générale, le caractère *intuitu personae* des contrats MVNO susmentionnés n'est pas dans son principe illégitime au regard de certaines considérations tenant à l'étroitesse des relations techniques entre les parties, l'interdépendance fonctionnelle et stratégique naissant de l'acte de fourniture de prestations de gros. Il convient pour autant de s'interroger sur la proportionnalité de telles clauses, notamment au regard de leurs effets négatifs au regard des MVNO.

Si de manière générale les interdictions et plus généralement les obligations entourant la cession de contrats ou de parts n'ont pas d'effet direct sur le jeu de la concurrence sur le marché de gros, dans la mesure où elles portent sur les actifs des sociétés en cause et n'ont pas, de ce fait, d'effet direct sur le jeu de l'offre et de la demande, il en va autrement lorsque de telles clauses obèrent toute perspective de rapprochement entre opérateurs virtuels. 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.

Par ailleurs, on relève que la possibilité, pour l'opérateur de réseau hôte, de résilier le contrat à la suite d'un changement d'actionnariat de l'opérateur virtuel confine par certains égards le contrat de MVNO à une véritable intégration verticale de l'opérateur virtuel.

Cette propriété peut être déterminante dans la recherche d'un partenaire financier par un opérateur virtuel, dans la mesure où les perspectives de valorisation de sa base clients et plus largement de son activité sont d'autant plus réduites qu'il ne peut s'assurer de la possibilité de revendre ses actifs à un opérateur concurrent direct ou indirect de son opérateur hôte, et qu'il est peu vraisemblable qu'une entreprise extérieure au secteur des télécoms soit intéressée par la reprise de ces actifs. *De facto*, l'opérateur virtuel risque fort de se voir imposer un rachat à vil prix par son opérateur hôte, ce qui limite notamment ses perspectives de valorisation et de ce fait de financement.

Cession de base client

- **Teneur**

On constate que les opérateurs de réseau veillent à rédiger des clauses[18] mettant en œuvre un droit de préférence par lequel ils sont en mesure de s'approprier de manière prioritaire les bases clients que les opérateurs virtuels pourraient souhaiter céder à d'autres opérateurs, notamment virtuels.

Les clauses de cession de base clients ont en effet pour objet et pour effet d'instaurer au bénéfice de l'opérateur hôte un droit de priorité sur la base client du MVNO, qui représente leur principal actif en l'absence de réseau propre, dans l'éventualité d'une volonté de ce dernier de la vendre : deux types de clauses mettant en œuvre un « droit de préférence » à géométrie variable selon l'opérateur hôte :

- […]

- **Analyse**

En première analyse, il est concevable que ce type de clause prévienne la consolidation des bases clients entre MVNO, ce qui limite, à l'instar des clauses d'*intuitu personae*, les perspectives de croissance externe de ces derniers, et de ce fait leur acquisition d'un contre-pouvoir de négociation d'acheteur.

Ceci permet une priorité d'action ou à tout le moins une prééminence à un opérateur de réseau souhaitant bénéficier de la possibilité d'intégrer la base client acquise par son opérateur virtuel.

[18] Le détail des clauses figurant notamment dans l'annexe de la saisine portant sur les contrats des sociétés C, D, E, F et G est reproduit dans l'annexe B soumise au secret des affaires.

Cette clause emporte un double effet sur la concurrence, d'une part assurer une intégration verticale des opérateurs virtuels avec leurs opérateurs hôtes, retirant *de facto* cette demande du marché de gros, et d'autre part de prévenir la consolidation de la demande sur le marché de gros par croissance externe des différentes bases clients – ce qui en retour réduit leurs perspectives de partenariat industriel et d'acquisition de contre-pouvoir d'achat, ou encore la recherche d'économies d'échelle ou d'envergure, qui sont pourtant indispensables sur ce secteur. Ceci implique un problème de valorisation de l'actif principal du MVNO comparable à celui exposé s'agissant des clauses d'*intuitu personae*.

On perçoit mal la justification économique de ce type de clause dans la mesure où hors problématique d'*intuitu personae*, l'identité de l'exploitant de la base clients en cause n'emporte pas en principe de conséquence matérielle pour l'opérateur hôte l'imposant.

III.1.2. Analyse des effets concurrentiels des clauses susmentionnées : un cloisonnement du jeu de l'offre et de la demande au bénéfice des offreurs sur le marché

Trois conclusions d'ordre concurrentiel peuvent être tirées de l'examen des clauses ci-dessus.

Absence de contre-pouvoir d'achat

D'une part, il est à craindre que les clauses liant fortement client et fournisseur sur le marché de gros en cause apportent une entrave injustifiée et significative à l'émergence d'une dynamique concurrentielle sur le marché de gros, dynamique s'avérant pourtant nécessaire au regard du caractère incomplet et imparfait (c'est-à-dire dont les conditions d'exécution dépendent fortement d'informations inexistantes ou non-révélées au moment de la prise de décision) des contrats de MVNO et de la nécessité plus générale d'assurer des adaptations permanentes des contrats de gros, en vue d'assurer l'adéquation de ces conditions au regard du marché de détail et de permettre plus largement une capacité d'innovation du MVNO.

Les conditions du contrat de gros ne doivent pas être un obstacle au fait, pour l'opérateur virtuel qui le souhaite, de changer d'opérateur hôte dans des conditions raisonnables. De même, il paraît souhaitable que le MVNO puisse diversifier ses sources d'approvisionnement, en faisant appel, le cas échéant, à plusieurs opérateurs hôtes.

Dans ce cadre, des conditions telles que des clauses d'exclusivité ou des pratiques de remise très fortes paraissent réduire artificiellement l'émergence, de la part du MVNO, d'un contre-pouvoir d'acheteur, en prévenant toute diversité d'approvisionnement.

Elles préviennent par ailleurs la constitution de groupements d'achat par lesquels les MVNO d'un ou de plusieurs opérateurs pourraient conjuguer leurs activités d'achat afin de bénéficier d'un pouvoir d'achat accru.

Par ailleurs, les clauses limitant les perspectives de cession d'actifs entre MVNO obèrent en principe les consolidations permettant de parvenir de manière organique à ce contre-pouvoir d'achat plus important.

En l'absence de contre-pouvoir d'acheteur[19], l'Autorité considère qu'au regard des conditions contractuelles techniques de fourniture des prestations en gros, les opérateurs virtuels semblent n'avoir que très peu de latitude pour se différencier sur un plan non tarifaire. Par ailleurs, leur capacité de différenciation tarifaire apparaît strictement limitée contractuellement, sans qu'il existe par ailleurs aucune garantie de maintien de leur capacité existante (et limitée) de différenciation tarifaire, notamment en cas d'évolution du marché de détail. L'Autorité estime toutefois que la viabilité des opérateurs virtuels et l'évolution des périmètres de leur activité apparaissent possibles, à condition que la mise en œuvre des contrats en l'état et leur évolution s'inscrivent dans une logique de coopération accrue. L'Autorité souligne à cet égard toute la nécessité et l'importance que revêt l'évolution future des différents contrats, en vue de permettre aux MVNO d'atteindre une taille critique et de bénéficier d'un contre-pouvoir d'acheteur, afin d'être en mesure *in fine* d'exercer une réelle pression concurrentielle sur le marché de détail.

Au final, l'Autorité souhaite que le Conseil se prononce sur le fait de savoir dans quelle mesure les pratiques contractuelles en cause sont contraires au droit de la concurrence.

Il semble à l'Autorité que les clauses en cause créent une quasi-intégration verticale de fait de ces derniers avec leurs opérateurs hôtes. Ce cloisonnement vertical du marché de gros de l'accès et du départ d'appel mobile limite fortement le jeu de l'offre et de la demande et ne permet pas de conclure à une ouverture effective, en termes dynamiques, de ce marché.

Réversibilité accrue des contrats

D'autre part, ces clauses assurent à l'opérateur hôte un droit de contrôle fort sur toute gestion par son client de ses actifs, et garantit in fine à l'opérateur la possibilité d'acquérir, en bénéficiant d'une certaine priorité, ces actifs. Dès lors se pose de manière sérieuse la question de la valorisation des opérateurs virtuels – ce qui conditionne leur accès aux capitaux- ainsi que plus largement leur autonomie industrielle (consolidation d'activité) et au final la *réversibilité* de ces contrats. Cette dernière découle de la facilité qu'aurait l'opérateur hôte de récupérer, par exemple par l'exercice d'un droit de priorité susmentionné, les clients de l'opérateur virtuel qu'il accueillait et de transformer ainsi les revenus tirés du marché de gros en revenus tirés directement du marché de détail, et ce sans que l'offre d'un tiers puisse représenter un contrepoids crédible à la volonté de l'opérateur hôte. Cette réversibilité peut, en retour, encourager l'opérateur hôte à ne pas être pleinement coopératif avec l'opérateur virtuel, dans la mesure où il est assuré de pouvoir le cas échéant récupérer ses actifs avec une certaine facilité. La construction d'une coopération étroite et répétée avec l'opérateur hôte est pourtant un élément essentiel au développement de tout opérateur virtuel aspirant à atteindre une taille critique et à animer de façon sensible la concurrence sur le marché de détail.

Barrière à l'entrée sur le marché de gros

Le fait que la quasi-totalité des accords de MVNO reposent sur des conventions mettant en œuvre une exclusivité d'approvisionnement limite les perspectives d'activité d'un quatrième opérateur de réseau sur le marché de gros, et ceci alors même que l'activité de ce dernier sur ce marché constituerait une façon pour lui de dynamiser ce marché et d'amortir ses coûts initiaux de déploiement de réseau sur une base clients indirecte acquise sans coûts commerciaux, facilitant de ce fait son entrée sur le marché de détail.

---

[19] *Le contrepouvoir d'acheteur ("Countervailing buyer power" ('CBP')) existe lorsqu'un acheteur ou un groupe d'acheteurs est suffisamment important pour influencer la formation des conditions de vente de son fournisseur, du fait de son pouvoir de négociation. Toutes choses étant égales par ailleurs, l'étendue du contre-pouvoir d'acheteur est fonction des alternatives s'offrant à lui dans son approvisionnement. La théorie enseigne à cet égard que les questions pouvant être posées sont les suivantes :*
- les clients sont-ils en mesure de changer de fournisseur ? Cette question renvoie nécessairement aux coûts de changement d'opérateur et plus largement aux coûts de transaction liés à un tel changement
- les clients peuvent-ils bénéficier d'une intégration verticale à leur initiative par réplication de l'infrastructure de gros ?
- les clients peuvent-ils encourager l'entrée sur le marché de gros d'autres opérateurs qu'eux-mêmes ?
- les clients peuvent-ils recourir à des modes d'acquisition spécifiques qui réduisent le pouvoir de marché du fournisseur (enchères par exemple)
- les clients sont-ils en mesure de ne pas acquérir de produits ?

De ce fait, les dispositions encadrant la liberté d'approvisionnement des opérateurs virtuels existants constituent des barrières à l'entrée sur le marché de gros d'un 4ème opérateur. Ceci est d'autant plus vrai que ce dernier sera vraisemblablement présent sur ce marché à l'horizon de deux années, et qu'à cette date, le marché de gros existant depuis près de cinq années, les perspectives de création de MVNO nouveaux seront relativement restreintes. Ceci est d'autant plus dommageable que le parc de clients potentiels que cet opérateur de réseau entrant sur le marché de détail pourra adresser sera d'autant plus réduit que le marché de détail aura gagné en maturité, réduisant d'autant les perspectives de revenus de détail.

III.2 Sur la dépendance économique plus générale des MVNO à leurs opérateurs hôtes respectifs et le bilan économique en résultant

Les ambitions d'animation concurrentielle du marché de détail que pourraient avoir les MVNO ne peuvent être réalisées que dans la mesure où ils disposent effectivement, par le biais de leur contrat d'accès, y compris au niveau de sa mise en œuvre quotidienne, d'une marge de manœuvre suffisante pour établir, sur le long terme, une politique commerciale dynamique et autonome.

Ainsi que l'Autorité a pu le rappeler, ceci implique notamment que les nouveaux entrants doivent pouvoir avoir accès à toute la chaîne de valeur du secteur mobile et posséder une ***politique tarifaire autonome***, qui n'est pas encadrée ou orientée sous la forme d'incitations, d'interdictions (freins à la croissance), de restrictions ou d'une tarification obérant de facto toute autonomie en termes de marge ou de prestation de détail de référence. En deuxième lieu, il est nécessaire que l'autonomie tarifaire se double plus généralement d'une ***autonomie commerciale***. Notamment, il ne semble pas souhaitable que les opérateurs de réseau imposent aux MVNO une restriction géographique d'action, l'interdiction de démarcher un segment de clientèle, ou encore des restrictions à l'exploitation autonome de la base client. Par-delà ces restrictions contractuelles, les opérateurs de réseau ne doivent pouvoir, au cours de l'exécution du contrat, bénéficier d'un droit de regard sur les offres en voie de lancement de leurs opérateurs virtuels, pouvant notamment le conduire à retarder ou compromettre le lancement de ces offres par le biais de sa maîtrise du SI du MVNO. Ceci milite notamment en faveur d'une ***autonomie technique*** avérée du MVNO, tenant à sa capacité à gérer ses propres éléments de cœur de réseau.

III.2.1. Economie générale des contrats

Ainsi qu'il a pu être évoqué ci-dessus, les MVNO peuvent constituer un aiguillon concurrentiel venant en complément de la concurrence entre opérateurs de réseau dans la mesure où ils sont tenus, de par leur structure de coût différente de ces derniers, de rechercher et de servir les poches de demande non-adressée du marché, ce qui est de nature à accroître son efficience allocative. Notamment, les MVNO peuvent apporter un véritable plus en matière d'offres simples, flexibles, de contenus, s'adressant à des clientèles variées qu'un opérateur généraliste ne saurait servir.

Pour autant, de telles ambitions sont aujourd'hui contraintes par des conditions contractuelles présentant un caractère disqualifiant, tenant à l'absence d'évolution de conditions de gros initialement insatisfaisantes et n'ayant pu évoluer en l'absence de jeu concurrentiel ultérieur sur le marché de gros considéré. Ainsi, bien qu'il soit concevable qu'en situation de marché naissant et d'asymétrie entre offreurs et demandeur, l'offre soit structurée par et pour ces premiers, il apparaît que ces conditions d'ouverture d'ordre symbolique sont sauf exception restées largement inchangées sur le fond, ce qui emporte plusieurs conséquences.

III.2.2. Absence d'autonomie technique

On assimile les contrats MVNO signés actuels à un modèle minimaliste, de « revente » de minutes « de bout en bout ». Les conditions techniques de fourniture de tous les accords de gros sont assez similaires, dans le sens d'une grande prédétermination de ces conditions par l'opérateur hôte, notamment sur l'absence de maîtrise d'élément de réseau et d'accès à la HLR (base indiquant le statut de chaque client), ainsi que sur le caractère global des prestations fournies (sous la forme de vente de minutes « de bout en bout »).

Pour mémoire et de manière générale, la détention et l'exploitation d'une base HLR, indiquant notamment en temps réel le statut de consommateur de chaque client de l'opérateur permet à l'opérateur virtuel de commercialiser des offres de convergence « technique », combinant des accès et départ d'appels mobiles et fixes (s'agissant de ce dernier mode, selon la technologie VoIP par exemple). Plus généralement, il s'agit pour l'opérateur virtuel de pouvoir réaliser ses propres paramétrages clients, de bénéficier d'une certaine opacité vis-à-vis de l'opérateur hôte, et enfin d'acheter des prestations d'itinérance en nom propre. La détention et la maîtrise d'un MSC ou d'un G-MSC, c'est-à-dire d'un commutateur ou d'un concentrateur, permet d'assurer au moins partiellement le routage d'appels sortants ou entrants, à condition que le contrat permette l'achat de demi-minutes sortantes ou entrantes à l'opérateur hôte. Enfin aucun contrat de gros transmis à l'Autorité ne confère à l'opérateur virtuel la possibilité de détenir un IMSI (International Mobile Subscriber Identity) propre ; en d'autres termes, l'opérateur virtuel est tenu d'utiliser sur ses cartes SIM le code réseau de son opérateur hôte. Ceci constitue un frein important au changement d'opérateur hôte dans la mesure où une telle éventualité implique le remplacement de l'intégralité de la flotte de cartes SIM en circulation auprès des clients finaux de l'opérateur virtuel.

L'absence de possibilité de détenir ces éléments interdit en principe la mise en place de certaines offres innovantes par l'opérateur virtuel et limite ainsi la différenciation non tarifaire qu'il pourrait développer vis-à-vis de son opérateur hôte. Par exemple, la fourniture de certains services innovants de convergence[20] ou de géolocalisation requiert pourtant de disposer des données dynamiques de localisation de clients, ou encore de MSC (commutateurs), qui sont contenues dans la base de localisation des abonnés (HLR). De même, l'absence de possibilité d'exploiter un SMS-C limite l'autonomie des opérateurs virtuels dans la fourniture de SMS.

Plus généralement, l'impossibilité pour ces opérateurs de se différencier de leurs opérateurs hôtes a pour effet de leur imposer les choix industriels/stratégiques de ces derniers, qui ne sont pas nécessairement les plus intéressants pour des opérateurs virtuels, qui peuvent souhaiter servir des niches de marché et plus généralement se départir d'une logique d'opérateur généraliste. De plus, cette dépendance technique ne permet pas aux MVNO de sortir des offres innovantes en avance de phase de leurs opérateurs hôtes, étant totalement tributaires des développements de ceux-ci. En outre, il est paradoxal que du fait de l'absence de possibilité de détenir des éléments de réseau les opérateurs virtuels, sensés faire bénéficier le consommateur de leur réactivité commerciale et de la souplesse inhérentes à leur faible taille, se voient imposer des contraintes administratives *a minima* aussi importantes que celles d'opérateurs de réseau qui opèrent sur une échelle différente.

Par ailleurs, la maîtrise d'éléments de réseau constitue un élément important en vue d'assurer une bonne qualité de service à ses clients (délais d'activation, de transmission de tickets d'appel), plus particulièrement par le biais d'une plate-forme IN, et permet de limiter les effets de fraudes éventuelles (facilité à suspendre les lignes, information très rapide sur les consommations anormalement élevées). Ceci est particulièrement important, car dans le cas d'une fraude, un MVNO qui obtient les tickets d'appels avec un délai important, connait un retard dans la suspension de la ligne de l'abonné. A cet égard, il est possible de souligner une asymétrie d'intérêts entre l'opérateur virtuel qui subit un dommage financier important du fait de ce délai et l'opérateur hôte qui encaisse les revenus de gros correspondants aux consommations frauduleuses.

De surcroît, l'autonomie commerciale des MVNO s'en trouve fortement conditionnée, comme l'indique le Conseil de la concurrence dans son avis n° 05-A-09, le « *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*. »

Indépendamment de ces aspects qualitatifs, il apparaît que l'absence de maîtrise d'éléments de réseau emporte nécessairement une atonie concurrentielle sur les prix. Cette absence de concurrence se manifeste par le fait que les opérateurs virtuels sont cantonnés à un modèle de revente des prestations de leurs opérateurs hôtes, d'où, dans l'absolu, une offre dont la configuration tarifaire est proche de celle de ces derniers et peut, en tout état de cause, être facilement contrôlée par ceux-ci.

[20] Comme par exemple le service Bluephone, annoncé par British Telecom au Royaume-Uni en coopération avec Vodafone.

Notamment, les opérateurs virtuels ne peuvent dissocier les différents éléments déterminant la production d'un service final (accès et départ d'appel-transit-terminaison), ce qui conduit à une impossibilité de diversification des approvisionnements pour le transit ou la terminaison de l'appel.

[…]

En outre, le contrat conclu par […] avec […] le […] aux fins de fournir des services […] offre à la société […] une latitude technique sur les offres […] qu'elle commercialise en son nom propre.

En conclusion, l'absence d'autonomie technique des opérateurs virtuels est de nature à brider leur réactivité et leurs innovations commerciales, nuisant ainsi à leur capacité d'animation concurrentielle du marché de détail.

III.2.3. Absence d'autonomie tarifaire

De façon générale, les minutes de gros acquises font l'objet de modes de tarification distincts, le premier consistant à offrir un prix de détail censé représenter le niveau de prix du marché auquel est appliquée une remise d'achat de gros (« *retail minus* »), le second mode, dit « *cost-plus* », consistant pour le vendeur à vendre ses prestations de gros au niveau de leurs coûts augmentés d'une marge de bénéfice. Le mode « *cost-plus* » est réputé plus favorable aux opérateurs virtuels, dans la mesure où ces derniers bénéficient de la sorte des structures de coûts d'un opérateur de réseau et ne dépendent pas, pour la formation de leurs offres, des niveaux de prix pratiqués sur le marché de détail. Par ailleurs ce mode impose à l'opérateur hôte de communiquer sa marge de gros. A contrario, le « *retail minus* » est en principe plus favorable à l'opérateur hôte, qui vend des prestations dont le prix est décorrélé des coûts de facteurs de production, étant fonction d'un prix de détail ; par ailleurs, l'opérateur hôte peut quantifier finement le niveau de remise en fonction d'objectifs commerciaux ou de performances particulières sur le marché de détail de l'opérateur virtuel, entraînant de ce fait un certain degré de maîtrise de la politique de détail de ce dernier. En France, les tarifications de gros reposent sur un mode foncièrement ou formellement proche du « *retail-minus ».*

Inadéquation des conditions de gros et de détail

Les principales modalités de structures des tarifs des contrats ou de leurs avenants sont les suivantes :

- […]

[…]

Certains contrats font apparaître des remises si certaines proportions de trafic […] sont atteintes ([…]), mais qui sont cantonnées à […], et qui n'ont là non plus aucune justification en termes de structure de coûts : si c'était le cas, la remise serait appliquée dès lors que […].

De même, les remises par paliers de consommation par ligne ne relèvent pas d'une logique de coûts pour l'opérateur hôte : celui-ci est sensible au volume global acheté par l'opérateur virtuel, mais il n'est pas sensible à la consommation individuelle d'un client. Cette dégressivité permet certes à l'opérateur virtuel d'adresser plus facilement certains clients à plus grosses consommations, mais elle contraint fortement l'activité commerciale de cet opérateur sur le détail. En effet, ce mode de remises par ligne vise en fait à s'assurer que la tarification de gros pour un certain type de clients est très proche de la tarification de détail, car elle n'autorise aucune subvention entre différentes catégories de consommateurs.

Enfin, les contrats qui fixent des conditions de facturation différentes suivant que le client est post-payé ou prépayé font apparaître très clairement une logique de « retail-minus » et ne permettent pas à l'opérateur virtuel de construire une offre originale.

En conclusion, à ce jour, les contrats de […] ne sont pas conçus sur une logique de « *cost plus* », mais bien sur une logique de « *retail-minus* ». La structure de facturation à la minute ne permet pas aux opérateurs virtuels, dans le cadre de leurs contrats, d'offrir des prestations d'illimités sur la voix (quelques exceptions existent relativement aux SMS). En effet, sur le marché de détail, ils sont face

aux opérateurs de réseaux qui bénéficient de structures de coûts essentiellement fixes, et qui proposent aujourd'hui quasiment uniquement des offres comprenant des prestations illimitées. Les opérateurs virtuels, qui eux ont une structure de coûts essentiellement variable ne peuvent pas proposer de telles offres dans le cadre de leurs contrats de gros.

L'Autorité a mené des tests préliminaires afin d'étudier dans quelle mesure les opérateurs virtuels seraient en mesure de proposer certaines offres représentatives (bas de marché et cœur de gamme) de leurs opérateurs hôtes.

Les analyses ont porté sur les offres suivantes, pour lesquels les opérateurs de réseau ont accepté de fournir des informations de volume de consommation des briques illimitées à l'Autorité :

[…]

L'Autorité a ainsi cherché à mettre en regard les revenus de détail de ces offres pour les opérateurs de réseau (revenus du forfait et revenus de consommation hors forfait) et les coûts qui seraient supportés par un opérateur virtuel qui voudrait proposer cette offre dans le cadre de son contrat de gros (coûts d'achat des services à son opérateur hôte, coûts d'acquisition clients et coûts de gestion commerciale telle que coûts de facturation, de service client et d'impayés). Les détails méthodologiques ainsi que les résultats sont présentés en annexe de cet avis.

Concernant les offres […], les tests de l'Autorité tendent à montrer que les revenus de détail de ces offres ne permettent pas ou permettent à peine de couvrir le coût d'achat des services à l'opérateur hôte. Les conditions de gros des opérateurs des contrats des opérateurs virtuels ne leur permettent donc pas de concurrencer cette gamme de forfaits, qui forment pourtant le cœur de l'offre des opérateurs de réseau.

Concernant les offres […], les tests de l'Autorité montrent que certains opérateurs virtuels ont potentiellement un espace économique pour adresser cette gamme de forfait dans le cadre de leurs contrats de gros, les revenus de détail permettant de couvrir avec une certaine marge les coûts d'achat de service à l'opérateur hôte. Cependant, une fois les coûts d'acquisition et les coûts de gestion clientèle pris en compte, l'espace économique semble le plus souvent très réduit, voire inexistant, sauf à supposer que les opérateurs virtuels sont capables de bénéficier de coûts d'acquisition plus réduits que ceux de leurs opérateurs hôtes.

Ces analyses préliminaires, qu'il conviendrait d'approfondir, tendent donc à montrer qu' il n'est pas possible à ce jour, pour les opérateurs virtuels, sur la base de leurs contrats de gros, de répliquer les offres du cœur de gamme de leurs opérateurs hôtes.

C'est pourquoi, les contrats de gros, et en particulier les plus anciens, ne forment aujourd'hui plus la base de la majorité des offres des MVNO sur le marché de détail.

Comme cela a été présenté dans la première partie de cet avis, le marché de détail a massivement évolué vers des offres illimitées depuis 2005, date des premiers contrats MVNO. Les structures tarifaires des MVNO dans leurs contrats ne leurs permettent pas de proposer des offres sur le marché de détail dans ce cadre. Afin de continuer à exister sur le marché de détail, les opérateurs virtuels doivent donc passer des accords offre par offre, qui sont donc à chaque fois soumis à un accord tarifaire *ad hoc* de l'opérateur hôte.

A titre d'exemple, en analysant les offres post-payées de […], l'opérateur virtuel […], on observe que la plupart des offres sont permises grâce à des accords *ad hoc* :

Offre	Accord permettant de proposer l'offre
- […]	- […] - […]
Forfaits […] : - […] […]	- […]

Forfait […]: […]	- […]

Cette situation de fait retire toute autonomie commerciale aux opérateurs virtuels, qui doivent négocier toute nouvelle offre avec leur opérateur hôte. Il est à noter que la plupart des offres ainsi négociées sont limitées dans le temps et dans la quantité disponible, ce qui permet à l'opérateur hôte d'avoir le contrôle sur le développement et les ambitions de l'opérateur virtuel.

Cette situation tarifaire ne permet pas aujourd'hui aux opérateurs virtuels de disposer d'une autonomie en termes de formation d'offres de détail et les contraint à adresser principalement les cibles de clientèles de niche, et presque uniquement dans la mesure où l'opérateur hôte accepte de proposer une offre de gros ad hoc.

C'est pourquoi le marché de gros de l'accès et du départ d'accès peut être considéré aujourd'hui dans une situation d'ouverture réversible, qui du seul fait de l'arrêt d'accords ad hoc ou d'inertie de l'opérateur hôte pourrait connaître l'éviction des opérateurs virtuels.

Il est toutefois à noter que […]. Cependant, il faut souligner qu'il s'agit […], ce qui peut expliquer sa meilleure adéquation entre les conditions de gros et le marché de détail actuel. Dans la mesure où ce contrat n'évoluerait pas dans les prochaines années, il n'est pas à exclure que les conditions tarifaires de ce contrat se retrouvent elles-aussi caduques au vu de l'évolution du marché de détail.

Par ailleurs l'ensemble des évolutions des conditions de gros à compter du second semestre 2005 sont produites en annexe confidentielle.

Des mécanismes d'ajustement opaques et inappliqués

Une gestion coopérative et fluide des évolutions contractuelles, notamment sur demande de l'opérateur virtuel, présente donc un double enjeu : celui de pouvoir mettre en œuvre une coopération étroite et répétée avec l'opérateur hôte permettant à l'opérateur virtuel d'atteindre dans les meilleures conditions une taille critique, et celui de pouvoir faire évoluer, ensuite, de manière libre et réactive sa politique commerciale.

L'opérateur virtuel doit donc pouvoir mettre en place puis faire évoluer sa stratégie au détail, en s'appuyant notamment sur des clauses relatives aux modalités de révision des tarifs de gros, d'évolution du périmètre des services offerts en gros ou d'évolution de sa gamme d'offres.

Dans son analyse de 2005, soumise pour avis au Conseil, l'Autorité avait considéré que le seul cadre contractuel existant ne semble pas garantir pleinement les possibilités de révision de certaines clauses contractuelles pour permettre aux opérateurs de s'adapter à une évolution des conditions du marché de détail, si les opérateurs virtuels la demandaient.

Ceci invite à l'évocation concrète des ajustements effectués depuis, en matière tarifaire notamment.

Dans un modèle *de facto* suivant une structure de « *retail-minus* », il est *essentiel* que les opérateurs virtuels puissent bénéficier de mécanismes d'ajustement effectifs de leurs tarifs de gros aux diminutions des niveaux de prix du marché de détail. En l'absence de type de mécanisme, les opérateurs virtuels encourent un effet de ciseau réduisant leur espace économique et pouvant les conduire à subir des pertes voire à quitter le marché du seul fait de l'inertie ou de la passivité de leurs opérateurs hôtes.

De surcroît, les conditions d'évolution des tarifs de gros ne sont pas explicitées contractuellement. Dans certains contrats, aucun principe d'indexation des prix de référence vis-à-vis des prix de détail n'est mentionné, rendant possible une éviction de l'opérateur virtuel en cas de baisse sensible de prix de détail qui ne serait pas accompagnée de révision de tarifs de gros. Dans d'autres contrats, le

principe de rendez-vous est prévu, à l'occasion desquels l'opérateur virtuel et son opérateur hôte examineraient ensemble les modalités de la révision des tarifs de gros. La tenue de ces rendez-vous repose sur une base périodique et/ou sur l'occurrence d'événements qui sont liés à l'évolution du marché de détail et sont énumérés de manière exhaustive dans les contrats. Toutefois, dans tous les contrats, même ceux prévoyant un principe de rendez-vous suite à des évolutions du marché de détail, il n'existe aucune garantie contractuelle d'évolution effective des tarifs de gros pour l'opérateur virtuel.

Concernant l'évolution des conditions tarifaires, il existe une disparité sensible entre les contrats, notamment par rapport aux principes et modalités de révision des tarifs de gros qui ne sont précisés que dans certains contrats. Toutefois, il semble que dans tous les cas, les clauses contractuelles s'appliquant aux opérateurs virtuels ne suffisent pas à garantir pleinement, notamment en cas d'évolution du marché de détail, la pérennité de leur espace économique : cette dernière apparaît conditionnée à la continuation du mode coopératif qui semble exister aujourd'hui entre les opérateurs virtuels et leurs opérateurs hôtes, sans être toujours formalisée contractuellement.

En conclusion, les conditions tarifaires en termes de structure, de niveau et de mécanismes d'évolution des tarifs de gros ne permettent pas aux opérateurs virtuels de se différencier significativement de leurs opérateurs hôtes sur un plan tarifaire, notamment si les MVNO adoptent un modèle de développement et de distribution proche de celui de leur opérateur hôte, ou de garantir le maintien d'un certain espace économique en cas d'évolution des niveaux de prix sur le marché de détail.

Par-delà cette dépendance subjective, quelques constats s'imposent sur la méthodologie de révision choisie :

- Les tarifs font référence à des prix faciaux des offres prises pour référence dans les paniers, et non à des prix réels, qui reflètent effectivement la diminution des prix moyens par minute commercialisée par les opérateurs pratiquant des offres d'abondance ;

- Les tarifs ne font aucune référence aux diminutions de facteurs de coûts sur la période, tenant par exemple aux baisses de terminaisons d'appel ;

- A la connaissance de l'Autorité les offres mobiles composant les paniers de référence font toujours référence aux tarifs […].

Des ajustements ponctuels visant à permettre la prestation d'offres d'abondance par les opérateurs virtuels

Ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, les modifications du marché de détail sur la période consistent pour l'essentiel en une généralisation des offres d'abondance en matière de voix et de manière plus récente en SMS et en data.

Par leur structure initiale consistant en une vente de prestations à l'unité suivant un modèle de type « *retail-minus* » et non pas au forfait, ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, les accords de gros ne permettent pas en principe à opérateur virtuel de reproduire les offres de détail des opérateurs mobiles, sauf à encourir des risques d'éviction significatifs ou à pratiquer des subventions croisées importantes, ce qui ne constitue pas une stratégie généralisable.

Dans la mesure où la généralisation de ces offres constitue un développement fondamental du marché de détail, qui répond à une très forte appétence du consommateur pour les prestations illimitées, les opérateurs virtuels se trouvent du fait de l'inadéquation de leur structure tarifaire de gros à ces nouvelles conditions de détail, dans une situation de *squeeze* tarifaire latent, qui participe d'une dépendance économique entendue au sens général et s'exerçant à leurs dépens.

Il est très important de noter qu'une part essentielle de leur pertinence commerciale sur une part désormais importante du marché de détail dépend dès lors d'aménagements dérogatoires consentis

sous la forme de « *promotions* » ou de « *séries limitées* » de gros. Outre le fait qu'un marché de gros fonctionnant de manière saine n'a pas à générer d'offres de nature exceptionnelle ou dérogatoire, on ne peut que noter l'état de dépendance aigüe d'un opérateur dépendant de ce type de concession unilatérale.

L'Autorité relève que les opérateurs de réseau consentent certaines offres promotionnelles/séries limitées à leurs contrats de gros, sur un mode extra-contractuel, et entourent ces dérogations de nombreuses conditions […][21]. Ces amendements sont présentés notamment dans les annexes confidentielles portant sur les évolutions des offres de gros recensées aux premier trimestre 2007, second trimestre 2007 et premier trimestre 2008.

De manière synthétique, l'analyse de ces évolutions indique que les opérateurs de réseau pratiquent de manière précaire et pour un parc limitée des concessions tarifaires permettant aux opérateurs virtuels de présenter des offres de détail ponctuelles présentant un caractère d'abondance. Ce type de pratique constitue une confirmation forte de l'absence d'autonomie commerciale des opérateurs virtuels, du fait du caractère d'une part exceptionnel des concessions, qui n'ont aucune vocation à figurer dans les conditions de gros s'appliquant par défaut, et d'autre part du soin apporté par les opérateurs de réseau les mettant en place à circonscrire leurs effets, notamment par l'encadrement très explicite des offres de détail auxquels ces offres de gros pourront donner lieu.

Ainsi, la circonstance que certains opérateurs bénéficieraient d'aménagements informels négociés hors du cadre contractuel ne semble traduire que la volonté des opérateurs de réseau de maintenir une pertinence minimale de leurs opérateurs virtuels sur le marché de détail, ce qui est rationnel au regard des revenus de gros engendrés par ces derniers. Ces aménagements constituent une illustration de l'inadéquation des structures tarifaires des conditions de gros contractuelles vis-à-vis des développements du marché de détail. Ces aménagements extra-contractuels ne sauraient être perçus comme une évolution suffisante des conditions de gros dans la mesure où ils sont en principe accordés à titre dérogatoire et limités dans le temps et au regard du parc clients concerné. En cela ils manifestent l'absence d'autonomie commerciale des opérateurs virtuels.

- **Révisions des tarifs de gros sur la période**

A la connaissance de l'Autorité, les mécanismes de révision des prix de gros présentés dans les contrats de gros n'ont pas été mis en œuvre de manière formelle.

Les révisions tarifaires de gros ayant eu lieu présentent de ce fait un caractère extra-contractuel.

Ces révisions sont décrites de manière approfondies dans les annexes confidentielles portant sur les évolutions contractuelles recensées par l'Autorité.

- **Révisions de retail**

A la connaissance de l'Autorité, les mécanismes de révision du niveau de *retail* n'ont pas été mis en œuvre de manière formelle.

- **Révisions de remises**

Ces révisions sont décrites de manière approfondies dans les annexes confidentielles portant sur les évolutions contractuelles recensées par l'Autorité.

III.2.4. Faible autonomie commerciale

Comme cela été vu précédemment, l'absence d'autonomie technique combinée à l'absence d'autonomie tarifaire bride l'autonomie commerciale du MVNO.

[21] Conditions confidentielles très restrictives

Ainsi, dans son avis n° 05-A-09 (§ 33 et suivants), le Conseil de la concurrence partage d'ores et déjà cette analyse et indique que « *les taux de réduction négociés permettent aux opérateurs virtuels de proposer, sur certaines clientèles ciblées, des tarifs très compétitifs par rapport à ceux de l'opérateur hôte. En revanche, pour d'autres types de produits, ils ne sont pas en mesure, compte tenu des tarifs de gros négociés, d'offrir un prix concurrentiel par rapport à celui de l'opérateur. Ces effets de ciseau permettent aux opérateurs hôtes de cibler les clientèles qu'ils dédient aux MVNO et évitent une concurrence frontale. Plus explicitement, certains MVNO acceptent les accords de « partenariat » ciblant expressément des clientèles non adressées par leur hôte.* »

De plus, tous les contrats signés par les opérateurs mobiles s'inscrivent dans une logique de complémentarité voire de partenariat, dans laquelle le MVNO ne fonde pas sa stratégie sur la cannibalisation de la clientèle existante mais adresse au contraire, pour l'essentiel, des segments du marché de détail complémentaires par rapport au cœur de marché sur lequel les opérateurs de réseau concentrent leurs efforts commerciaux.

Suivant les cas, cette stratégie de complémentarité peut être définie par des clauses contractuelles précises.

[…]

En conséquence, à l'heure actuelle, les conditions tarifaires et techniques offertes aux MVNO, combinées à des restrictions contractuelles ne leurs permettent pas de mener des politiques commerciales autonomes. A ce titre, les MVNO ne peuvent pas aujourd'hui jouer pleinement le rôle d'animation de la concurrence auxquels ils pourraient prétendre, et notamment adresser efficacement les segments de clientèles délaissés par les opérateurs de réseau.

Conclusion

Par-delà les aspects sectoriels décrits et mis en contexte par l'Autorité, ces pratiques soulèvent de véritables enjeux de droit de la concurrence renvoyant plus largement à l'examen, par le Conseil, d'un éventuel état de dépendance économique tenant à l'absence d'autonomie technique, commerciale et économique des MVNO vis-à-vis de leurs opérateurs hôtes. Au regard du coût entraîné pour l'économie par le fonctionnement imparfait du marché de gros susvisé, et dans le cadre de la saisine du Directeur General de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes, il revient au Conseil d'apprécier la conformité au droit de la concurrence des pratiques contractuelles en cause.

Le présent avis sera transmis au Conseil de la concurrence.

Fait à Paris, le 24 juin 2008.

Pour le Président,
Le membre de l'Autorité présidant la séance

Edouard Bridoux

ANNEXES

Annexe A : Réplicabilité des offres du cœur de gamme des opérateurs de réseau par les MVNO dans les conditions tarifaires des contrats de gros [secret des affaires]

Annexe B : Description synthétique des contrats de gros conclus sur le marché [secret des affaires]

Annexe C : Pratiques de clauses d'exclusivité contenues dans les contrats d'accès et de départ de téléphonie mobile [secret des affaires]

Annexe D : Clauses d'*intuitu personae* et de cession de bases clients dans les contrats conclus [secret des affaires]

Annexe E : Evolution recensées sur le marché de gros au S2 2005 [secret des affaires]

Annexe F : Evolution recensées sur le marché de gros au S1 2006 [secret des affaires]

Annexe G : Evolution recensées sur le marché de gros au S2 2006 [secret des affaires]

Annexe H : Evolution recensées sur le marché de gros au S1 2007 [secret des affaires]

Annexe I : Evolution recensées sur le marché de gros au S2 2007 [secret des affaires]

Annexe J : Evolution recensées sur le marché de gros au S1 2008 [secret des affaires]