

**COMMENTAIRES DE LA SOCIETE TELE2 FRANCE SAS DANS LE CADRE DE LA
CONSULTATION PUBLIQUE CONCERNANT L'ANALYSE DU MARCHE DE GROS
DE L'ACCES ET DU DEPART D'APPELS SUR LES RESEAUX MOBILES OUVERTS
AU PUBLIC**

SYNTHESE

L'analyse de Tele2 rejoint assez largement celle de l'Autorité sur la délimitation des marchés pertinents et sur la puissance détenue par les différents opérateurs. En particulier, Tele2 confirme, et fournit à l'appui de sa thèse des arguments supplémentaires par rapport à ceux qui figurent dans le projet de l'Autorité, qu'il existe une position dominante collective des opérateurs mobiles au niveau du marché de gros.

Toutefois, Tele2 estime que les remèdes envisagés apparaissent, à ce stade, insuffisants pour résoudre les graves problèmes concurrentiels existant sur les marchés de gros et de détail. Certes, Tele2 considère indispensable et proportionné d'imposer aux trois opérateurs mobiles une obligation d'accès à leur réseau. Cependant, plusieurs obligations complémentaires devraient également être mises en place afin de s'assurer du caractère concurrentiel et vertueux des accords de MVNO conclus, qui conditionne directement leur capacité à dynamiser la concurrence au niveau du marché de détail de la téléphonie mobile.

Tele2 entend rappeler que, depuis plus de 5 ans, elle a mené (et poursuit encore à ce jour) des négociations avec les trois opérateurs mobiles français, lesquelles n'ont pu se concrétiser du fait de la volonté de ces derniers d'empêcher l'arrivée d'un MVNO significatif et concurrentiel sur le marché (point 1.1). A ce titre, elle dispose d'une expérience incomparable s'agissant des stratégies suivies par les opérateurs mobiles au niveau du marché de gros. Cette situation de blocage rencontrée par Tele2 est d'autant plus dommageable que l'offre de téléphonie mobile qu'elle entend lancer serait particulièrement dynamique et permettrait, comme elle l'a fait par exemple dans la téléphonie fixe, de relancer le jeu concurrentiel sur le marché de détail, au plus grand bénéfice des utilisateurs (point 1.2).

S'agissant de la délimitation du marché de détail de la téléphonie mobile et du marché de gros de l'accès et du départ d'appels, l'analyse de Tele2 rejoint celle de l'Autorité quant au périmètre des prestations incluses dans ces deux marchés (point 2). A cet égard, Tele2 entend tout particulièrement souligner que la méthodologie suivie par l'Autorité et consistant à délimiter le marché de détail afin d'être en mesure d'analyser le marché de gros identifié par la Commission européenne dans sa Recommandation apparaît non seulement parfaitement opportune (puisque ces deux marchés constituent des marchés "miroirs") mais également pleinement conforme aux dispositions du nouveau cadre réglementaire (point 2.1). En dernier lieu, Tele2 entend souligner que s'il est vrai que, aujourd'hui, les prestations de téléphonie fixe et celles de téléphonie mobile ne devraient plus être substituables au niveau du marché de détail, il convient cependant de relever que, jusqu'à une période très récente, un tel effet de substitution partielle et unidirectionnelle a existé. En effet, du fait de l'application, par les opérateurs mobiles, du système discriminatoire du *bill and keep* (qui consistait pour ces derniers à ne se pas se faire payer entre eux leurs charges de terminaison d'appels) et du caractère supra-concurrentiel des charges de terminaison d'appels (qui n'impactait donc que les opérateurs de téléphonie fixe), nombre d'abonnés ont substitué des communications mobiles à leurs communications fixes, voire ont purement et simplement résilié leur abonnement fixe pour n'utiliser que leur seul téléphone mobile.

S'agissant de l'analyse de la puissance détenue par les opérateurs de téléphonie mobile sur le marché de gros, l'analyse de Tele2 rejoint pleinement celle de l'ART et conduit à constater l'existence d'une position dominante collective de la part des trois opérateurs (point 3). Tele2 partage également la méthode d'analyse suivie par l'Autorité,

qui a appliqué les critères de dominance collective tant au marché de détail qu'au marché de gros. A cet égard, Tele2 entend souligner que cette analyse repose sur une méthode de faisceau d'indices. Par conséquent, à supposer même que l'un des critères - parmi les nombreux critères posés par les textes ou la jurisprudence - fasse défaut (ce qui n'est pas, de l'avis de Tele2, le cas), cette situation ne suffirait évidemment pas à remettre en cause cette analyse (point 3.1.2). A ce stade, Tele2 entend d'ores et déjà souligner que les niveaux de rentabilité des opérateurs, dépassant largement 50% pour SFR et 90% pour Orange (point 3.2.1.1.5), suffisent à mettre en évidence le peu de concurrence existant sur le marché de détail et l'intérêt des trois opérateurs mobiles à conserver leur oligopole serré en ne permettant pas l'arrivée d'un ou plusieurs nouveaux acteurs dynamiques.

S'agissant enfin des obligations ex ante devant être imposées à ces trois opérateurs en position dominante collective, Tele2 entend, en premier lieu, souligner que l'imposition d'une obligation d'accès apparaît comme la seule solution permettant l'émergence d'une situation davantage concurrentielle sur le marché de détail de la téléphonie mobile (point 4.1.2.1). Par ailleurs, et au-delà du fait que cette obligation est pleinement proportionnée aux graves problèmes de concurrence identifiés, une telle obligation demeure pleinement nécessaire, malgré la multiplication des effets d'annonce des opérateurs mobiles relatifs à la conclusion d'accords de MVNO clairement non significatifs en termes concurrentiels (point 4.1.2.3). Bien évidemment, cette situation confirme la stratégie des opérateurs mobiles, qui tentent d'accréditer l'idée selon laquelle les marchés de détail et de gros seraient concurrentiels et, partant, de s'opposer à cette obligation d'accès. A cet égard, force est de constater que, plusieurs mois après le lancement de ces MVNO alibis, aucun impact sur le marché n'est mesurable, ni même décelable. L'imposition d'une obligation d'accès est donc pleinement nécessaire, justifiée et proportionnée.

De l'avis de Tele2, cette obligation d'accès doit non seulement être générale mais, qui plus est, préciser les types de prestations qui apparaissent raisonnables et devraient être fournies par les opérateurs mobiles afin d'éviter la multiplication de demandes de règlement de différends. Cette situation permettrait d'éviter de cantonner les MVNO français à des modèles de type ESP, voire à de simples distributeurs de services, ce qui limiteraient fortement les capacités concurrentielles et commerciales des nouveaux acteurs.

Enfin, Tele2 estime qu'une telle obligation d'accès devrait s'accompagner des obligations suivantes :

- **Obligation de non-discrimination.** Une telle obligation permettrait aux MVNO d'être équitablement traités, notamment en termes de qualité de services par rapport à celle dont bénéficie l'opérateur hôte pour ses propres prestations ;
- **Obligation de contrôle tarifaire.** A cet égard, il est évident que, faute de tarif raisonnable, c'est-à-dire de tarif permettant de rémunérer équitablement les investissements consentis par l'opérateur hôte tout en conférant au MVNO une marge de manœuvre commerciale, les accords conclus n'auront qu'un impact extrêmement limité sur la concurrence, si ce n'est nul. Tele2 produit d'ailleurs en annexe 1 à sa réponse une étude réalisée pour son compte, couverte par le secret des affaires et qui démontre que, au regard des coûts supportés par les opérateurs mobiles, les propositions de tarifs formulées actuellement dans le cadre de négociations MVNO apparaissent déraisonnables, notamment en considération des tarifs de détail qu'ils pratiquent dans le cadre de certaines offres de "flotte".

- **Obligation de transparence.** Il est indispensable, de l'avis de Tele2, que l'ART puisse s'assurer que les accords conclus respectent bien les principes et obligations définis ci-dessus. Dans ce contexte, Tele2 souhaite qu'une obligation de communication à l'ART des accords MVNO soit imposée. Une telle obligation, qui apparaît peu contraignante, sera indéniablement de nature à limiter les risques de discrimination et / ou de limitation abusive des capacités commerciales des nouveaux acteurs.

SOMMAIRE

| | |
|--|-----------|
| <u>1 LE REFUS DES OPERATEURS MOBILES DE PERMETTRE A TELE2 DE DEVELOPPER UNE OFFRE MOBILE INNOVANTE</u> | 9 |
| 1.1 L'HISTORIQUE DES NEGOCIATIONS : L'ECHEC DE LA VOIE COMMERCIALE | 9 |
| 1.2 LE PROJET DE TELE2 : UN VRAI MVNO DYNAMISANT LA CONCURRENCE | 10 |
| <u>2 COMMENTAIRES DE TELE2 SUR LA DELIMITATIONS DES MARCHES PERTINENTS RETENUE PAR L'ART</u> | 14 |
| 2.1 LA NECESSAIRE DELIMITATION DU MARCHE DE DETAIL POUR PROCEDER A L'ANALYSE DU MARCHE DE GROS DE L'ACCES ET DU DEPART D'APPELS | 14 |
| 2.2 LA DELIMITATION DU MARCHE DE DETAIL | 16 |
| 2.2.1 SERVICES INCLUS DANS LE MARCHE | 16 |
| 2.2.1.1 Non-substituabilité entre services offerts depuis une ligne fixe et ceux offerts depuis une ligne mobile | 16 |
| 2.2.1.2 Accès et départ d'appels sont inclus dans un même marché | 20 |
| 2.2.1.3 Gamme de services offerts | 20 |
| 2.2.1.4 Inclusion dans un même marché de l'accès et du départ d'appel utilisant la norme GSM et UMTS | 22 |
| 2.2.1.5 Substituabilité entre offres prépayées et post-payées | 23 |
| 2.2.1.6 Inclusion dans un même marché des services offerts aux entreprises et aux clients résidentiels | 23 |
| 2.2.1.7 Conclusion | 23 |
| 2.2.2 DELIMITATION GEOGRAPHIQUE | 24 |
| 2.3 LA DELIMITATION DU MARCHE DE GROS | 25 |
| 2.3.1 PRODUITS ET SERVICES INCLUS | 25 |
| 2.3.1.1 La question de l'itinérance internationale | 25 |
| 2.3.1.2 Les prestations de gros devant être incluses | 25 |
| 2.3.1.3 Existe-t-il un marché de gros par opérateurs ou s'agit-il d'un marché multi-opérateurs ? | 26 |
| 2.3.2 TERRITOIRE GEOGRAPHIQUE COUVERT | 26 |

3 L'ANALYSE DE TELE2 QUANT A LA PUISSANCE DE MARCHE : L'EXISTENCE D'UNE POSITION DOMINANTE COLLECTIVE DES TROIS OPERATEURS MOBILES **27**

3.1 LES PRINCIPES D'ANALYSE DEVANT ETRE SUIVIS **27**

3.1.1 LA NECESSAIRE ANALYSE DE LA SITUATION CONCURRENTIELLE SUR LE MARCHE DE DETAIL ET SUR LE MARCHE DE GROS **27**

3.1.2 LES CRITERES A PRENDRE EN COMPTE POUR QUALIFIER LA POSITION DOMINANTE COLLECTIVE **29**

3.2 L'EXISTENCE D'UNE POSITION DOMINANTE COLLECTIVE DES TROIS OPERATEURS MOBILES **31**

3.2.1 L'ANALYSE DU MARCHE DE DETAIL **31**

3.2.1.1 L'analyse des caractéristiques de l'offre **31**

3.2.1.1.1 Un marché caractérisé par des barrières à l'entrée quasi-insurmontables **31**

3.2.1.1.2 La très forte concentration du marché français **32**

3.2.1.1.3 La troublante stabilité des parts de marché des trois opérateurs mobiles **33**

3.2.1.1.4 Une évolution des prix à la hausse et parallèle depuis plusieurs années **37**

3.2.1.1.5 L'ultra-profitabilité des opérateurs mobiles et la troublante convergence de leurs revenus moyens **40**

3.2.1.1.6 L'existence de nombreux comportements parallèles **42**

3.2.1.1.7 La transparence de l'offre **43**

3.2.1.2 L'analyse des caractéristiques de la demande **44**

3.2.1.2.1 Le marché est arrivé à maturité **44**

3.2.1.2.2 La maturité technologique du marché **45**

3.2.1.2.3 La très faible mobilité de la demande **47**

3.2.1.2.4 L'absence de contre-pouvoir des clients **51**

3.2.1.3 Conclusion quant à la situation concurrentielle sur le marché de détail **52**

| | | |
|-----------|---|----|
| 3.2.2 | L'ANALYSE DU MARCHÉ DE GROS | 52 |
| 3.2.2.1 | Le parallélisme de comportements des opérateurs démontre l'existence d'une véritable ligne commune d'action | 53 |
| 3.2.2.2 | Une structure de coûts analogue | 54 |
| 3.2.2.3 | L'existence de parts de marché stables et relativement similaires | 54 |
| 3.2.2.4 | La maturité technologique du marché | 54 |
| 3.2.2.5 | L'identité des capacités de production | 55 |
| 3.2.2.6 | L'homogénéité des prestations offertes par les opérateurs mobiles | 55 |
| 3.2.2.7 | L'existence de liens formels et informels entre les opérateurs | 55 |
| 3.2.2.8 | L'application des critères dégagés par la jurisprudence en matière d'abus de position dominante et d'appréciation des opérations de concentration | 57 |
| 3.2.2.8.1 | La transparence du marché | 58 |
| 3.2.2.8.2 | La dissuasion | 58 |
| 3.2.2.8.3 | La durabilité de la ligne commune d'action | 60 |

4 OBLIGATIONS ET REMÈDES ENVISAGÉS **61**

| | | |
|------------|---|-----------|
| 4.1 | LES QUESTIONS CONCURRENTIELLES IDENTIFIÉES PAR L'AUTORITÉ | 61 |
| 4.1.1 | LE MANQUE PATENT DE CONCURRENCE AU NIVEAU DU MARCHÉ DE DÉTAIL | 61 |
| 4.1.2 | L'INDISPENSABLE APPARITION DE VRAIS MVNO | 62 |
| 4.1.2.1 | Le MVNO est le seul remède envisageable à court terme | 62 |
| 4.1.2.2 | Pour que le remède soit efficace encore faut-il que les accords conclus autorisent le développement de véritables opérateurs MVNO | 65 |
| 4.1.2.3 | La conclusion récente de MVNO commerciaux mineurs ne remet absolument pas en cause la nécessité d'une obligation d'accès, bien au contraire | 66 |
| 4.2 | LES OBLIGATIONS EX ANTE ENVISAGÉES PAR L'ART SONT NÉCESSAIRES MAIS INSUFFISANTES | 68 |
| 4.2.1 | L'ITINÉRAIRE NATIONAL À DESTINATION D'UN QUATRIÈME ENTRANT UMTS | 68 |
| 4.2.2 | LE DÉVELOPPEMENT DE MVNO | 69 |
| 4.2.2.1 | L'obligation générale d'accès | 69 |
| 4.2.2.1.1 | Le périmètre de l'obligation envisagée par l'ART | 69 |
| 4.2.2.1.2 | La nécessité d'étendre le périmètre de l'obligation générale d'accès | 70 |
| 4.2.2.2 | Les obligations additionnelles devant être imposées aux opérateurs puissants | 72 |
| 4.2.2.2.1 | L'obligation de non-discrimination | 73 |
| 4.2.2.2.2 | L'obligation de contrôle tarifaire | 74 |
| 4.2.2.2.3 | L'obligation de transparence | 76 |

Dans le cadre de la transposition des directives composant le nouveau « paquet télécom » en droit français, l'Autorité de Régulation des Télécommunications (ci-après "l'ART" ou "l'Autorité") a publié, le 17 décembre 2004, son analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public, en soumettant ce document à consultation publique jusqu'au 4 février 2005.

La société Tele2 France SAS (ci-après « Tele2 ») tient, dans la continuité de sa réponse au questionnaire qualitatif sur les services de communications mobiles (et qui concernait pour partie ce marché de gros), à apporter à l'Autorité les commentaires que ce document appelle de sa part. Dans un souci de clarté, et dans le respect des principes posés par le nouveau cadre communautaire s'agissant de l'analyse des marchés pertinents, Tele2 développera ses commentaires selon trois axes principaux, qui seront abordés successivement : le premier est relatif à la délimitation des marchés pertinents retenus (cf. point 2), le deuxième concerne l'appréciation de la puissance des opérateurs présents sur le marché (cf. point 3) et le troisième a trait à l'évaluation de la pertinence et de l'efficacité des remèdes que l'ART envisage d'imposer (cf. point 4).

Par ailleurs, dans la mesure où son activité se limite, pour l'heure, à la fourniture de services de communications électroniques sur le territoire métropolitain, Tele2 limitera ses commentaires aux marchés pertinents géographiquement limités à ce territoire et, en conséquence, aux opérateurs dominants sur ces marchés, ainsi qu'aux obligations *ex ante* devant leur être imposées.

A titre liminaire, et afin d'illustrer de manière concrète la nécessité d'une intervention réglementaire sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appels sur les réseaux mobiles ouverts au public, Tele2 souhaite revenir sur les négociations qu'elle a pu mener avec les trois opérateurs mobiles présents sur le territoire national et sur les caractéristiques de l'offre qu'elle entend commercialiser en tant que futur opérateur MVNO (cf. point 1).

1 LE REFUS DES OPERATEURS MOBILES DE PERMETTRE A TELE2 DE DEVELOPPER UNE OFFRE MOBILE INNOVANTE

1.1 L'historique des négociations : l'échec de la voie commerciale

Dès 1999, Tele2 a entamé des négociations afin de devenir opérateur virtuel de réseaux mobiles (Mobile Virtual Network Operator ou "MVNO"). Tele2 a tout d'abord ouvert des pourparlers avec Bouygues Telecom. Elle est ensuite entrée en négociation avec SFR en décembre 2000 et avec Orange France (ci-après "Orange") en octobre 2001.

Les trois opérateurs mobiles français ont opposé des refus aux différentes demandes de conclusion d'un accord MVNO que Tele2 leur a adressées. Lorsque ce refus n'a pas été pur et simple, il a pris la forme de contre-propositions sciemment non-satisfaisantes (en termes de prix et de périmètre des responsabilités notamment).

Face à ces refus systématiques, Tele2 a choisi d'engager une procédure de règlement de différend devant l'ART dans le courant de l'année 2002 aux fins d'imposer à Orange, opérateur le plus important du marché et puissant sur le marché de l'interconnexion, la conclusion d'un accord de MVNO.

Dans sa décision n°02-1192 en date du 17 décembre 2002, l'Autorité a rejeté la demande présentée par Tele2 en considérant que les prestations sollicitées par cette société aux fins de devenir MVNO ne sauraient, en l'état du droit applicable (directive 97/33/CE) au moment des faits, être considérées comme relevant de la catégorie de l'interconnexion ou de l'accès spécial.

L'Autorité a estimé que de telles prestations ne pouvaient être imposées à un opérateur de téléphonie mobile en France, fût-il puissant sur le marché de détail de la téléphonie mobile et / ou de l'interconnexion.

La situation est néanmoins différente dans le nouveau cadre, ainsi que l'ART l'avait d'ailleurs parfaitement relevé dans sa décision précitée : « [dans] le nouveau cadre juridique qui résultera de la transposition de la directive 2002/19/CE susvisée, les conditions d'une éventuelle intégration d'activité de type MVNO dans la dynamique du marché du mobile pourront être évaluées en intégrant un ensemble d'éléments qui n'auraient pu l'être en tout état de cause sur la base du dossier dont elle était saisie. Cette évaluation pourra tirer parti des enseignements issus des analyses de marchés que l'Autorité aura à entreprendre en application des dispositions de l'article 16 de la directive " cadre " 2002/21/CE du 7 mars 2002 ».

Ainsi, la nouvelle définition de l'accès résultant de la directive « Accès » n° 2002/19/CE, qui englobe « l'accès aux réseaux fixes et mobiles, notamment pour l'itinérance » et « l'accès aux services de réseaux virtuels » permet d'imposer à l'opérateur (ou aux opérateurs) puissant sur le marché de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles (marché n° 15 identifié dans la Recommandation de la Commission) la conclusion d'accords de MVNO.

Bien évidemment, Tele2 souhaiterait éviter d'avoir à recourir à la voie contentieuse pour obtenir la conclusion d'un tel accord et préférerait voir aboutir les négociations qu'elle a engagées. Tele2 a ainsi poursuivi, et poursuit encore à l'heure actuelle, des négociations [secret des affaires].

Si ces négociations semblent désormais recueillir de la part des opérateurs mobiles un accueil plus positif pour ce qui concerne l'intérêt de l'opération pour l'opérateur hôte, il n'en demeure pas moins qu'elles n'ont toujours pas abouti, faute d'intervention ou de support suffisamment clair et pressant de la part des autorités de régulation en faveur de l'ouverture du marché. A cet égard, il semble bien que la seule "menace" de se voir imposer une obligation générale d'accès ne suffise pas encore, à ce stade, pour inciter les opérateurs mobiles à conclure un tel accord avec un candidat significatif, comme Tele2. **[secret des affaires]**.

Il est donc indispensable - et parfaitement justifié et proportionné - qu'à l'issue de la présente consultation, l'ART impose une obligation d'accès aux réseaux mobiles, seule mesure qui paraît à même de permettre l'émergence d'un nouveau développement concurrentiel des marchés mobiles (cf. point 4.1.2). Pour être véritablement efficace, une telle obligation d'accès devrait s'accompagner de plusieurs autres obligations *ex ante*, garantissant le caractère concurrentiel et vertueux des accords de MVNO à intervenir.

La situation actuelle est d'autant plus regrettable qu'elle prive les consommateurs français de l'apparition d'offres innovantes en matière de téléphonie mobile, comme le projet de Tele2.

1.2 Le projet de Tele2 : un vrai MVNO dynamisant la concurrence

Tele2 a une parfaite connaissance du modèle MVNO puisque de nombreuses autres sociétés du groupe Tele2 exploitent déjà de tels accords dans d'autres pays d'Europe. Le groupe Tele2 utilise des prestations de MVNO dans les pays suivants : Danemark, fournies par *Sonofon*, Pays-Bas, fournies par *Telfort*, Allemagne, fournies par *Viag*, Autriche, fournies par *One* (opérateur dont Orange est actionnaire à hauteur de 17%), Norvège, fournies par *Telenor*, Finlande, fournies par *Radiolinja*. En Suisse, le groupe Tele2 a débuté en tant que MVNO avant d'obtenir une licence GSM. En outre, le groupe Tele2 est lui-même opérateur hôte de MVNO en Suède.

Compte tenu du caractère peu compétitif des offres actuellement proposées par les opérateurs mobiles, qui font de la France le pays où les dépenses des consommateurs pour leurs services de téléphonie mobile sont les plus élevées, il est clair que le marché est arrivé à maturité, avec une stagnation de la croissance du taux de pénétration.

Dans la mesure où ce taux reste cependant bien en dessous de celui constaté dans les autres pays européens, Tele2 estime qu'il demeure un potentiel de croissance inexploité sur le marché français qui pourrait être conquis si un nouvel opérateur venait dynamiser le marché en mettant fin à son caractère oligopolistique. Goldman Sachs¹ confirme l'existence de ce potentiel inexploité : « *Low penetration offers scope for growth : in our view penetration will continue to grow, reaching nearly 80% in 2010. We believe operators will maintain their current market positions* ».

Cette analyse est également confirmée par l'étude réalisée **[secret des affaires]** pour le compte de Tele2 (produite en annexe 1 à la réponse de Tele2 et couverte par le secret des affaires). En effet, compte tenu de l'évolution tendancielle du taux de pénétration, **[secret des affaires]** estime que celui-ci ne devrait pas excéder 85% à l'horizon 2010.

¹ « La cash vache qui rit », page 8.

Les services que Tele2 entend, dans un premier temps, fournir grâce à la conclusion d'un tel accord de MVNO sont ceux actuellement décrits dans la norme GSM (voix et data). Toutefois, Tele2 souhaiterait pouvoir négocier avec son opérateur hôte les conditions techniques et tarifaires de fourniture de services MVNO concernant la technologie 3G (UMTS).

Le but poursuivi par Tele2 avec le lancement de son offre Tele2 Mobile est, à titre principal, de proposer un service de téléphonie mobile à ses clients existants en téléphonie fixe. Tele2 compte aujourd'hui près de 3,7 millions de lignes actives en téléphonie fixe, utilisées par plus de 7 millions de français², c'est-à-dire 10% environ de la population française.

L'offre « Tele2 Mobile » que Tele2 entend mettre en place au travers de cet accord MVNO sera une offre éminemment innovante en termes de mode de tarification, de simplicité produit, de liberté offerte au consommateur, mais aussi de convergence avec les services de téléphonie fixe et de contenus Internet du groupe Tele2. Elle devrait également conduire à un réajustement concurrentiel des tarifs des opérateurs mobiles (actuellement supra-concurrentiels) au plus grand profit des utilisateurs. Cependant, Tele2 entend souligner que les marges de manœuvre commerciales dont dispose un MVNO sont intimement liées aux conditions de reversement fixées par l'opérateur hôte. Ces marges, assises sur un tarif raisonnable et non nécessairement strictement égal aux coûts, doivent être suffisantes pour dynamiser la concurrence sur l'ensemble des segments du marché de détail.

Un service se définissant comme un couple produit/client, les facteurs de différenciation possibles sur le marché de la téléphonie mobile relèvent non pas principalement des infrastructures de réseau³, mais avant tout de la clientèle ciblée, du mode de distribution, et des caractéristiques de l'offre.

S'agissant de la clientèle ciblée : l'offre Tele2 Mobile sera principalement proposée aux clients existants de Tele2, pour les services de téléphonie fixe. Cette cible - essentiellement constituée de clients résidentiels - est, par définition, sensible aux attributs de la marque Tele2, fidèle, et susceptible de répondre favorablement à des offres concurrentes de celles des trois opérateurs de réseaux mobiles.

S'agissant du mode de distribution : la vente des services « Tele2 Mobile » sera effectuée au travers de canaux de vente à distance: télémarketing, mailing directs, inserts facture etc. Tele2 sera le seul opérateur à ne pas utiliser de réseau de distribution physique.

Quant aux caractéristiques de l'offre : elles seront en ligne avec les attributs de la marque Tele2 que sont liberté, simplicité, et économie. Tele2 proposera, en plus, une gamme de services innovants, notamment issus de l'expérience acquise dans les autres pays européens, précurseurs dans le domaine de la téléphonie mobile : facturation unique pour les communications fixes et mobiles, services à valeur ajoutée et contenus spécifiques,

² En supposant qu'un foyer abrite 2.1 personnes en moyenne.

³ Il n'y a pas d'exemple de différenciation basée sur les infrastructures radio.

accessibles par SMS ou par WAP, portail Internet⁴ permettant de personnaliser à 100% le contenu du menu de son mobile et de télécharger des jeux, des logos, etc.

Un des principaux bénéfices apporté aux consommateurs par l'offre « Tele2 Mobile » sera une véritable convergence entre services fixes (téléphonie, Internet) et services de téléphonie mobile :

- une facture unique et lisible ;
- un point de contact unique (service clientèle) ;
- des services de « convergence personnelle » : messagerie unifiée, VPN familial ;
- des remises cumulées entre consommations fixes et mobiles.

Dans son rapport à la Commission Européenne « *La demande des consommateurs en services de télécommunications*⁵ », le cabinet Analysis indique que « *la majorité des consommateurs souscriront à un service convergent d'ici dix ans* ».

De fait, les enquêtes menées par Tele2 auprès de ses clients montrent qu'il existe une très forte demande pour un service de téléphonie mobile Tele2. Ainsi, au cours d'un sondage réalisé par Tele2, 66% des clients de Tele2 ont déclaré être intéressés par l'offre Tele2 Mobile.

[secret des affaires]

A travers l'offre Tele2 Mobile, décrite ci-dessus, Tele2 entend notamment redynamiser la situation concurrentielle sur le marché de détail et favoriser :

- **La satisfaction des consommateurs ;**
- **La diffusion des services mobiles au plus grand nombre ;**
- **La baisse des tarifs sortants ;**
- **Une incitation plus grande à la couverture des zones blanches ;**

En effet, l'ouverture du marché à un MVNO significatif comme celui qu'ambitionne de lancer Tele2 contribuera à améliorer la couverture du réseau :

⁴ Une démonstration est accessible sur le site <http://tele2menu.dk>.

⁵ « Study for EC DG Information society : Consumer Demand for Telecommunications Service and the Implication of the Convergence of Fixed and Mobile Networks for the Regulatory Framework for a liberalised EU Market », Analysis, Janvier 2000, page 7.

- par la marge nette (sans coûts marketing, sans coûts de vente et de gestion) générée au bénéfice de l'opérateur hôte, qui pourra être ré-investie dans l'amélioration de la couverture de son réseau ;
- par effet induit de la hausse du taux de pénétration (les zones à faible densité devenant rentables du fait du plus grand nombre d'utilisateurs potentiels) ;
- par l'émulation commerciale entre opérateurs concernant la couverture de leur réseau.

- **Le développement de services avancés et innovants et la mise en place de la convergence fixe-mobile ;**

L'ouverture du marché à un MVNO significatif comme celui de Tele2 offrira un nouveau souffle à l'innovation et dopera les usages :

- grâce aux offres (voix et data) innovantes de Tele2, développées avec succès dans les pays scandinaves précurseurs en matière de téléphonie mobile (personnalisation des menus SIM Tool Kit du téléphone mobile par l'abonné, via un site internet, afin de lui permettre d'accéder en quelques secondes aux services et aux informations qui sont réellement utiles pour lui ; service d'informations par SMS, portail Wap et bouquet de services construit en partenariat avec les chaînes de télévision) ;
- par l'émulation commerciale entre opérateurs ;
- grâce à la convergence fixe-mobile : simplification des services, avec une facturation et un service client unique, innovation des offres avec des tarifs et des forfaits globaux, révolution des usages avec la messagerie unifiée. Les consommateurs pourront bénéficier de réductions supplémentaires sur leurs appels « on net » fixe et mobile confondus.

2 COMMENTAIRES DE TELE2 SUR LA DELIMITATIONS DES MARCHES PERTINENTS RETENUE PAR L'ART

Dans le cadre du document qu'elle a soumis a consultation publique, l'Autorité a procédé, dans un premier temps, à l'étude et à la délimitation du marché de détail lié au marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public avant de s'intéresser à la délimitation de ce marché de gros. Tele2 est tout à fait satisfaite par cette démarche, qu'elle juge nécessaire à l'efficacité de l'analyse menée mais également conforme aux textes communautaires (cf. point 2.1). Sur le fond, Tele2 est, de manière générale, favorable aux délimitations proposées par l'ART, tant pour le marché de détail que pour le marchés de gros (cf. respectivement les points 2.2 et 2.3).

2.1 La nécessaire délimitation du marché de détail pour procéder à l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appels

La Recommandation de la Commission européenne en date du 11 février 2003 répertoriant les différents marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques⁶ (ci-après la "Recommandation") ne fait référence, s'agissant de l'accès et du départ d'appel, qu'au seul marché de gros (cf. marché n°15 de la Recommandation).

Pour autant, le fait que certains marchés ne soient pas répertoriés dans la Recommandation n'empêche nullement les Autorités Réglementaires Nationales (ci-après "ARN") de procéder à l'analyse et à la délimitation de marchés supplémentaires. S'agissant des marchés de détail liés à un (ou plusieurs) marché de gros, un tel exercice apparaît même indispensable.

En effet, ainsi que l'ART l'avait elle-même relevé dans son document remis lors de la réunion "Analyse des marchés" en date du 6 mars 2003, "[...] la recommandation distingue les marchés de détail d'une part, et les marchés de gros d'autre part, tout en précisant que "le point de départ de la définition et du recensement des marchés est la caractérisation des marchés de détail sur une durée déterminée, compte tenu de la substituabilité du côté de la demande et de l'offre. Après avoir caractérisé les marchés de détail, c'est-à-dire les marchés de l'offre et de la demande pour les utilisateurs finals, on peut aborder le recensement des marchés pertinents de gros, c'est-à-dire les marchés de l'offre et de la demande de produits par les tiers qui désirent fournir eux-mêmes des utilisateurs finals".

L'Autorité entend conduire les analyses de marché suivant cette même logique, c'est-à-dire en effectuant une analyse des marchés de détail avant de définir si des obligations spécifiques relatives aux marchés de gros sont justifiées".

Par conséquent, l'analyse du marché de gros n°15, et la détermination des obligations *ex ante* susceptibles d'être imposées à (ou aux) l'éventuel opérateur dominant sur celui-ci, supposent d'analyser, au préalable, la situation concurrentielle sur le ou les marchés de détail associés.

⁶ Recommandation n° C(2003)497 en date du 11 février 2003 répertoriant les différents marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques.

ComReg (l'ARN Irlandaise, ci-après "ComReg") a d'ailleurs suivi la même démarche puisqu'il précise, dans son document d'analyse relatif au marché de gros de l'accès et du départ d'appel⁷, que *"For the purpose of analysing the relevant market for mobile wholesale access and call origination, ComReg has identified the key elements of the market at the retail level which is linked to the wholesale market the subject of this review, with a view to determining whether the level of competition generally observed at the retail level suggests that any market failure identified at the wholesale level is reflected in the level of competition witnessed in the linked retail market."*

Ce travail d'analyse des marchés de détail paraît d'autant plus nécessaire que, s'il est effectivement courant dans le domaine des communications électroniques de distinguer un marché de gros et un marché de détail, les intervenants sur ces différents marchés étant différents, il est fréquent que les caractéristiques concurrentielles de l'un se reflètent sur l'autre, et réciproquement. Comme l'indique l'ART dans sa consultation, *"la délimitation du marché de détail emporte des conséquences sur celle du marché de gros"*.

Par ailleurs, il convient de relever que les principes mêmes du nouveau cadre communautaire incitent à une telle démarche. En effet, le nouveau paquet "télécom" a pour objectif de favoriser *in fine* le développement et l'existence d'un environnement concurrentiel sur les marchés de détail (cf. article 8 de la directive Cadre). Pour ce faire, le nouveau cadre privilégie la mise en place d'obligation *ex ante* à visée régulatrice sur les marchés de gros (cf. article 17.1 de la directive Service Universel). Il n'en demeure pas moins que c'est la situation concurrentielle sur les marchés de détail qui doit, en premier lieu, gouverner l'analyse. Dès lors, toute intervention sur le marché de gros suppose, au préalable, une analyse de la situation concurrentielle sur les marchés de détail associés.

En outre, la mise en œuvre de cette démarche apparaît d'autant plus nécessaire en l'espèce que l'étude des marchés de détail est indispensable afin de déterminer quel type de prestations d'accès et de départs d'appel sont nécessaires sur le marché de gros.

ComReg relève ainsi :

"Because the demand for wholesale mobile access and call origination principally derives from the associated services provided at the retail level, competitive conditions at the retail level are highly relevant in determining the scope for which types of "access" and "call origination" services are required at the wholesale level. Therefore prior to defining the relevant market at the wholesale level, ComReg is examining the scope of the associated mobile retail market".

Finalement, la démarche adoptée par l'ART consistant à procéder à une analyse préliminaire des marchés de détail est conforme aux textes mais également nécessaire à l'efficacité de l'analyse ici menée et à la détermination des remèdes y afférents.

⁷ Comreg, Market Analysis – Wholesale Mobile Access and Call Origination, 04/118 en date du 9 décembre 2004

2.2 La délimitation du marché de détail

S'agissant du territoire métropolitain, l'Autorité retient comme marché de détail pertinent un marché unique incluant les services suivants : accès, communications vocales sortantes, prestations d'itinérance internationale en émission et en réception, SMS, appels vers les numéros spéciaux, SMS+ et services multimédia bas débit hors SMS.

2.2.1 Services inclus dans le marché

Dans le cadre de sa consultation, l'Autorité a été amenée tour à tour à s'interroger sur la substituabilité entre services depuis une ligne fixe et depuis une ligne mobile, sur le point de savoir si l'accès et le départ d'appel constituent un seul et même marché, sur les services appartenant à ce marché, sur les technologies et modes de commercialisation à prendre en compte au titre de ce marché, ainsi que sur l'existence d'une éventuelle segmentation selon que les services sont offerts aux clients résidentiels ou aux entreprises, ou encore selon le réseau mobile considéré.

2.2.1.1 Non-substituabilité entre services offerts depuis une ligne fixe et ceux offerts depuis une ligne mobile

L'ART considère que les services offerts depuis une ligne fixe et ceux offerts depuis une ligne mobile ne sont pas substituables. D'une manière générale, et en considérant que, avec la fin du *"bill and keep"*, le marché va devenir vertueux, Tele2 se rallie aujourd'hui à cette analyse. La pertinence de celle-ci est notamment démontrée par :

- les usages respectifs de ces deux types de services : l'intérêt de la téléphonie mobile demeurant dans la possibilité d'être joint en tout endroit du territoire ;
- la structure de prix qui est différente, le prix à la minute d'une communication au départ d'un téléphone mobile étant en moyenne très largement supérieur à celui d'une minute de communication au départ d'un téléphone fixe (selon les chiffres communiqués par l'ART, même si l'on inclut l'abonnement, à gros traits, une minute d'appel en téléphonie mobile coûte plus du double du prix d'une minute d'appel en téléphonie fixe). Au plan interne, Tele2 rappelle que le Conseil de la Concurrence dans le cadre de son avis n°04-A-17 en date du 14 octobre 2004, observe que *"pour l'ensemble des autres types d'appels [autres que Fixe vers Mobile], la possibilité d'une substitution est peu probable comme le révèle notamment la différence substantielle des prix"* ;
- l'existence de barrières significatives à l'entrée (tant juridiques que financières)⁸, aucune substituabilité de l'offre n'est possible pour les fournisseurs de communications fixes.

Seuls les services mobiles doivent donc être inclus dans le marché pertinent de détail. Notons que cette analyse est également en ligne avec de nombreuses décisions rendues par le passé par la Commission européenne. A titre d'exemple, on peut notamment citer la décision du 20 septembre 2000 rendue à l'occasion de l'opération

⁸ Sur ce point, le Conseil de la Concurrence dans son avis 04-A-17 du 14 octobre 2004 relatif à la définition de marché et à la désignation des opérateurs exerçant une influence significative sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en France indiquait : *"La rareté des ressources radio et le système des licences qui en découle constituent une forte barrière à l'entrée sur le marché de la téléphonie mobile et contraignent le jeu concurrentiel en limitant le nombre d'acteurs. Pour l'heure, les trois licences GSM et trois licences UMTS ont été attribuées aux mêmes opérateurs, sans perspective à terme, prévisible d'une quatrième."*

Telia/Telenor dans laquelle la Commission européenne indique : " *The parties proposed mobile telephony, which means the operation of mobile communications networks, as a separate relevant product market. Most third parties who responded to the Commission's investigations seemed to support a market definition at this level, and there was little or no suggestion from third parties as to the need for further sub-division of the market (for example into analogue and digital). As to the question of 'convergence', namely the tendency for mobile telephones to become substitutable for fixed line telephony, many respondents made the point that mobile telephony services cannot be considered yet as substitutable for fixed line telephony as, inter alia, fixed lines can be used for purposes, such as Internet access, for which mobile phone services do not provide the same functionality. Mobile phone services are therefore taken as a separate product market in their own right.*"⁹

Notons enfin, que l'Ofcom (ARN britannique - anciennement Oftel) et ComReg sont parvenus à la même conclusion.

ComReg relève ainsi que "*The difference in price between fixed and mobile retail services combined with the inability of other firms, such as fixed operators, to switch to providing mobile services indicate that mobile services are in a separate market to fixed services*".

L'Ofcom précise, quant à elle, que "*at the wholesale and retail level, fixed and mobile calls form separate markets due to limited demand side substitutability and a lack of supply side substitutability*".

En dernier lieu, si Tele2 partage globalement l'analyse de l'ART à ce jour (compte tenu notamment de la sortie du mécanisme du "*bill and keep*"), elle entend rappeler que les comportements abusifs des opérateurs mobiles (facturation excessive des charges de terminaison d'appels¹⁰ et caractère discriminatoire du "*bill and keep*" notamment) ont conduit à une substituabilité partielle entre ces deux types de communications, et donc à une captation illicite des revenus des opérateurs de téléphonie fixe par ces opérateurs mobiles (ce qui pénalise essentiellement les opérateurs fixes qui, comme Tele2, n'appartiennent pas à un groupe de sociétés comprenant un opérateur mobile).

En effet, et ainsi que Tele2 l'avait déjà souligné dans sa réponse à la consultation publique afférente aux marchés de la terminaison d'appels sur les réseaux mobiles, la substitution entre appels fixe vers mobile (et mobile vers fixe) par les appels mobile vers mobile d'une part, et entre abonnement fixe et offres mobiles qui en résulte d'autre part, s'est développée en raison des distorsions de concurrence précitées.

Le non-paiement des charges de terminaison d'appels entre les opérateurs mobiles a conduit à des tarifs de détail des appels mobile vers mobile avantageux par rapport aux tarifs des appels fixe vers mobile, artificiellement élevés du fait du niveau supra-concurrentiel de ces charges.

⁹ S'agissant de l'absence de substituabilité entre services fixes et services mobiles, on peut également citer la décision de la Commission européenne en date du 10 décembre 2002, Affaire n° COMP/M.2803 TeliaSonera et celle en date du 20 septembre 2001 Affaire n° COMP/M.2574 Pirelli/Edizione/Olivetti/Telecom Italia.

¹⁰ A cet égard, même si l'ART a imposé récemment une baisse de ces charges aux opérateurs mobiles par ces décisions n°04-937, 04-938 et 04-939, celles-ci demeureront, de longues années encore, très éloignées des coûts encourus par ces derniers au titre de cette prestation.

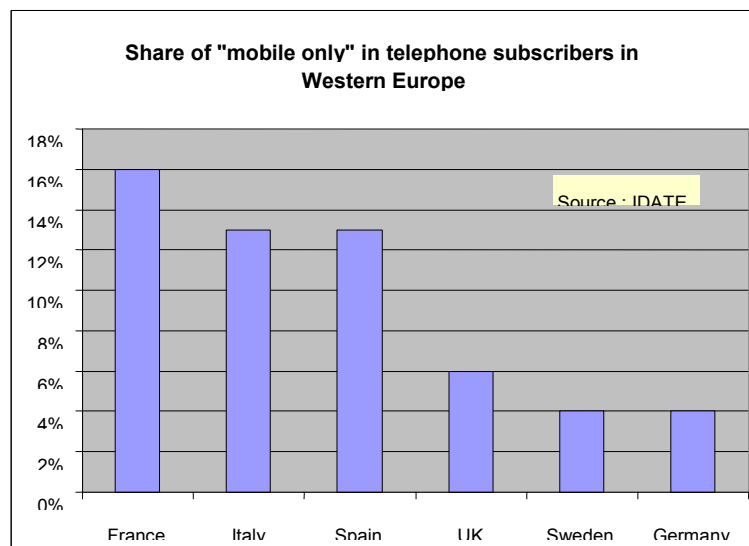
Cette situation a entraîné une forte substitution, en pratique au cours des dernières années, entre les appels fixe vers mobile et mobile vers fixe, par des appels mobile vers mobile, et par répercussion entre abonnement téléphonique et forfait mobile.

Dans son observatoire des marchés publié le 15 septembre 2003, l'Autorité indiquait ainsi que « *même si le parc de téléphones fixes dépasse à nouveau à la fin du premier trimestre 2003 les 34 millions de lignes, la décroissance continue du secteur de la téléphonie fixe est manifeste tant au niveau du chiffre d'affaires (-4% sur un an) qu'en volume de trafic (-4,6% sur un an)* ».

L'ART relève également, dans son observatoire des marchés publiés en mars 2004, que « *Le secteur de la téléphonie fixe enregistre un nouveau recul avec 4,1% de chiffre d'affaires et 3,5% de volume de trafic en moins par rapport au troisième trimestre 2002* » et que « *Avec 3,4 milliards d'euros de chiffre d'affaires généré au cours du troisième trimestre, les revenus du secteur de la téléphonie mobile sont pour la première fois supérieurs à ceux de la téléphonie fixe (3,3 milliards d'euros)* ».

Ainsi, selon une étude publiée par Oddo Securities¹¹, 40% des appels émis depuis un mobile par un abonné résidentiel le sont depuis son domicile. Plus encore, d'après les données de l'Idate, la part de Français n'ayant qu'un téléphone mobile est parmi les plus élevées d'Europe, malgré le faible taux de pénétration relatif du mobile en France.

¹¹ « Telecoms , Question d'équilibre », page 28. Etude publiée en septembre 2003. Oddo Securities s'appuie sur les déclarations des opérateurs de téléphonie mobile.



L'étude ADL Exane citée par La Tribune dans son édition du 19 février 2004 indique enfin que « **la croissance du trafic mobile correspond à une baisse équivalente du trafic fixe** », et « **qu'en France, cette tendance est plus marquée** ».

Il existait donc jusqu'à très récemment **un effet de substitution du réseau fixe par le réseau mobile, motivé pour le client final par le différentiel de prix** : les consommateurs sont incités à utiliser dès qu'ils le peuvent leur téléphone mobile pour passer leurs appels, que ce soit pour les appels fixe vers mobile (qui sont actuellement remplacés par des appels mobile vers mobile qui coûtent moins chers au consommateur), ou pour les appels mobile vers fixe (qui sont actuellement remplacés par des appels mobile vers mobile, qui coûtent le même prix au consommateur, et qui permet, si l'appelé dispose d'un mobile, de pouvoir le joindre à coup sûr).

De plus, dans un forfait, le prix d'un appel mobile vers fixe est le plus souvent identique au prix d'un appel mobile vers mobile, d'après les tarifs disponibles des trois opérateurs. En outre, l'appelé étant plus susceptible de disposer d'une ligne mobile que d'une ligne fixe au moment de la communication, la substitution est donc effectuée automatiquement par les consommateurs.

Ces effets « prix » sont renforcés par l'effet « forfait » qui conduit les particuliers ayant souscrit un forfait mensuel de communication mal adapté à leur consommation réelle à utiliser uniquement leur mobile en fin de mois pour « terminer leur forfait ».

Enfin la généralisation des offres permettant de passer des appels illimités depuis un mobile vers les mobiles du même réseau et les postes fixes pour une somme forfaitaire vient renforcer ces deux effets : Bouygues "Millenium", Orange "Infinis" ou SFR "Illimité à vie".

Ce faisant, les trois opérateurs de téléphonie mobile ont gravement déstabilisé le secteur de la téléphonie fixe en France, conduisant, ainsi que le relève l'étude publiée par le CERNA¹², à des transferts illégitimes de revenus au détriment des opérateurs de téléphonie fixe et des consommateurs :

« We estimate that the scale of the transfer as a result of high mobile termination charges for fixed to mobile calls from fixed networks and their customers has, over the five years 1998-2002, amounted to € 19 billion. The figure is calculated as the excess of termination charges paid over costs, including a normal return on capital employed, in France, Germany and the UK alone. The precise estimate depends on assumptions about costs but it is clearly substantial.

The effect of this transfer has been to injure customers and their operators, and it is likely to have damaged competition in the fixed market. The beneficiaries have been mobile operators, which in some cases may have shared some of their gains with their customers in the form of lower outgoing mobile prices. The transfer has also distorted competition between fixed and mobile operators. »

En définitive, si, avec la fin du "bill and keep", il est aujourd'hui possible de considérer que les services fournis en position non-déterminée ne sont plus substituables aux services fournis en position déterminée (même si demeurent l'effet forfait et les habitudes de consommation), Tele2 entend souligner que cette substitution unidirectionnelle a existé par le passé et a entraîné une véritable prédation du marché de la téléphonie fixe par les opérateurs mobiles, qui se sont indûment arrogés de substantiels revenus.

2.2.1.2 Accès et départ d'appels sont inclus dans un même marché

Sur le marché de détail, l'ensemble des offres de téléphonie mobile inclut la prestation d'accès et la prestation de départ d'appels. Cette situation traduit le fait que, sur le marché de détail et comme le relève justement l'ART, il n'existe pas de mécanisme comparable à celui de la sélection du transporteur utilisé en matière de téléphonie fixe. En effet, le cadre réglementaire actuel ne prévoit pas d'obligation, pour les opérateurs mobiles, de proposer un système de sélection du transporteur. Dès lors, même si ces prestations ne sont pas substituables, leur évidente complémentarité impose de conclure qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'un seul et même marché.

2.2.1.3 Gamme de services offerts

Ainsi que le relève l'ART dans le cadre de son document d'analyse, les utilisateurs des réseaux mobiles peuvent, selon les offres auxquelles ils souscrivent, bénéficier des services suivants :

- Appels vocaux ;
- SMS ;
- Appels vocaux en roaming out ;

¹² Etude en date du 9 juillet 2003 et intitulée « How mobile termination charges shape the dynamics of the telecom sector ».

- Services vocaux et SMS à valeur ajoutée ;
- Services multimédia hors SMS.

Certes, ces différents services ne répondent pas tous au même besoin et ne sont donc pas nécessairement substituables du point de vue de la demande. Toutefois, comme l'indique fort justement l'Autorité, un raisonnement qui serait en l'espèce uniquement fondé sur la substituabilité du côté de la demande pourrait conduire à une segmentation beaucoup trop fine du marché. On observera que la Commission européenne est déjà parvenue à une conclusion identique dans des situations comparables.

Ainsi, dans sa décision IV/M.1355 relative à l'affaire Newell/Rubbermaid¹³, la Commission a indiqué que *"Although both product lines are composed of a variety of individual products, which possibly differ in their physical characteristics, such as their shape, colour or material, however, it can be held that each product line, that is, home storage systems, on the one hand, and food storage containers, on the other, constitute separate relevant product markets. In line with the previous practice of the Commission, the relevant product markets could qualify as a 'full line' or 'cluster' of individual products that are marketed by all (or most) suppliers and are purchased by all (or most) customers in this particular industry. A strictly applied demand-side substitutability analysis driven only by the products' physical and functional characteristics for end-users would support the conclusion that many of the several individual storage products would constitute separate "micro" product markets. This would, however, give a misleading picture of the relevant competitive dynamics"*.

Face à une telle structure de marché, dans laquelle l'ensemble des offreurs est susceptible de proposer l'intégralité de la gamme de services visés, la substituabilité du côté de l'offre est extrêmement importante. Par ailleurs, s'agissant des prestations mobiles précédemment décrites, l'on constate que les contraintes concurrentielles pesant sur les acteurs sont extrêmement homogènes.

Dans la décision de la Commission précitée, les caractéristiques des marchés étudiés répondaient au constat que l'on peut établir s'agissant de la gamme de services mobiles précédemment décrite. La Commission a adopté la conclusion suivante : *"From a supply point of view, the Commission's market investigation confirmed that the parties' competitors supply a full line of either home storage or food storage products and systems, which they generally market as a total package. This is also apparent in their illustrated sales literature, where outstanding product groups such as home storage, food storage, household cleaning, small-office/home-office etc., are put in evidence for both functional and convenience purposes. Moreover, such competitors could quickly and easily begin supplying either specific lines or a full line of home storage and food storage products, should a hypothetical marginal increase be put in place by the merging entities. Overall, such suppliers indicated that their competitiveness in the market depends, to a significant degree, on their ability to offer a full range of products including the majority of possible product configurations in either home storage systems or food containers. In addition, suppliers stated that there appears to be price correlation among the individual products composing each package and that prices tend to move in parallel*

¹³ Décision de la Commission n°IV/M.1355 Newell/Rubbermaid en date du 13 janvier 1999.

for the whole of the cluster, which is partly explainable by the fact that the majority of the products under consideration use the same basic raw material, that is plastic, and the same distribution channels.

For the reasons mentioned in the preceding points, it can be held that the relevant product markets for the assessment of the concentration are home storage products and systems, on the one hand, and food containers, on the other."

Ces principes conduisent à conclure, comme l'a d'ailleurs fait l'ART, que les différents services en cause, auxquels on ajoutera la prestation d'accès, doivent être rassemblés dans un seul et même marché.

2.2.1.4 Inclusion dans un même marché de l'accès et du départ d'appel utilisant la norme GSM et UMTS

Les prestations d'accès, ainsi que les différents services proposés par les opérateurs et identifiés comme faisant partie d'un seul et même marché de détail pertinent, peuvent désormais être offerts selon deux technologies : la norme GSM ou la norme UMTS, cette dernière permettant au surplus la fourniture de nouveaux services.

S'agissant des services qui ne peuvent être fournis que par le biais du recours à la norme UMTS, il semble nécessaire de les exclure du marché pertinent de détail considéré en raison de leur absence de substituabilité avec les services 2G. En revanche, pour ce qui concerne les services qui peuvent être fournis sous l'empire des deux technologies, il convient de considérer qu'ils appartiennent au même marché.

Sur ce point, Tele2 souhaite rappeler que la neutralité technologique constitue un des principes fondateurs du nouveau cadre réglementaire. A ce titre, la Recommandation indique expressément que *"les marchés de détail devraient, en principe, être examinés, aux fins de définition, sans tenir compte du réseau ou de l'infrastructure utilisés pour fournir les services et dans le respect des principes du droit communautaire"*¹⁴.

D'ailleurs, l'article 8 de la directive Cadre précise à cet égard que :

"Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales, dans l'accomplissement des tâches de réglementation spécifiées dans la présente directive ainsi que dans les directives particulières, notamment celles conçues pour assurer une concurrence effective, tiennent le plus grand compte du fait qu'il est souhaitable que la réglementation technologique soit neutre".

La Commission européenne a explicitement confirmé ce principe, s'agissant de la question des services fournis sur les réseaux mobiles, dans le cadre de sa réponse en date du 29 août 2003 à la notification faite par l'Ofcom de sa décision relative au marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles :

"In general, the Commission considers that market definition should be technology-neutral, i.e. based on the nature of the products or services provided, not on the technological platform used to provide them. 3G voice and SMS

¹⁴ Exposé des motifs de la Recommandation p. 16.

services offered at present or in the near future are, from a demand side-side perspective, not distinguishable from their 2G equivalents, and appear to be part of the same relevant product market (Ofcom itself admits this as regards voice telephony). However, given the current state of this market, the explicit inclusion of 3G telephony would not have a material effect on the results of the analysis at issue. In any event, the inclusion, within the market for mobile network access and call origination of the 3G services currently offered, is without prejudice to any subsequent determination of market definition regarding new "enriched" 3G services that may develop".

Cette analyse est tout à fait transposable dans le cas de la France et il convient donc, ainsi que l'ART a choisi de le faire, de considérer que les services 2G et 3G, dès lors qu'il s'agit de services non exclusivement fournis par le biais de la 3G, relèvent d'un seul et même marché de détail.

2.2.1.5 Substituabilité entre offres prépayées et post-payées

Outre les considérations exposées par la Commission dans le cadre de l'exposé des motifs de la Recommandation, il est clair que, sur le marché français, eu égard à la structure tarifaire des offres proposées par les opérateurs, les offres prépayées et post-payées font partie du même marché. En effet, quel que soit le mode de paiement retenu, les services offerts sont identiques. En conséquence, il existe une forte substituabilité tant du côté de l'offre que de la demande. Or, en application des règles classiques du droit de la concurrence, l'existence d'une forte substituabilité entre deux services doit nécessairement conduire à conclure que ces deux services appartiennent au même marché pertinent.

2.2.1.6 Inclusion dans un même marché des services offerts aux entreprises et aux clients résidentiels

S'agissant de la question de savoir si les offres proposées aux entreprises et celles proposées aux clients résidentiels appartiennent au même marché, Tele2 relève que, dans l'exposé des motifs de la Recommandation, la Commission précise "En ce qui concerne le marché de la téléphonie mobile dans son ensemble, il est difficile de dire si les clientèles résidentielles et d'affaires appartiennent ou non au même marché car il semble n'y avoir aucune méthode claire pour distinguer ces deux segments, bien que la tarification appliquée aux services puisse y être nettement différenciée afin d'attirer certains clients ou de susciter certaines utilisations. En ce qui concerne la substitution du côté de la demande, les utilisateurs finals peuvent indifféremment choisir une formule tarifaire destinée aux entreprises ou aux clients résidentiels, pourvu que les modalités soient adaptées à leur profil d'utilisation. Pour ce qui est de la substitution du côté de l'offre, une entreprise desservant une clientèle d'affaires peut facilement passer à une clientèle résidentielle en réponse à une augmentation légère mais significative et non provisoire du prix de la part d'un monopoleur hypothétique."

Ces observations sont, ainsi que l'ART l'a elle-même constaté, parfaitement vérifiées sur le marché métropolitain. Aussi convient-il de conclure que les services offerts aux entreprises et ceux proposés aux clients résidentiels font partie d'un seul et même marché.

2.2.1.7 Conclusion

Tele2 considère que la délimitation retenue par l'ART en termes de services est exacte. Ainsi le marché pertinent de détail doit-il inclure l'ensemble des prestations suivantes :

- Accès ;
- Communications vocales sortantes ;
- Prestation d'itinérance internationale en émission et en réception ;
- SMS ;
- Appels vers les numéros spéciaux ;
- SMS+ ;
- Services multimédia bas débit hors SMS,

et ce, qu'ils soient fournis par le biais d'une technologie 2G ou 3G dans le cadre d'offres pré-payées ou post-payées à destination d'une clientèle résidentielle ou d'entreprises.

2.2.2 Délimitation géographique

Pour ce qui concerne la délimitation géographique de ce marché, Tele2 entend rappeler que la Commission a précisé, dans ses lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché, que :

"La définition du marché géographique n'implique pas que les conditions de concurrence entre négociants ou prestataires de services soient parfaitement homogènes. Il suffit qu'elles soient similaires ou suffisamment homogènes et, par voie de conséquence, seuls les territoires sur lesquels les conditions de concurrence sont «hétérogènes» ne peuvent être considérés comme constituant un marché uniforme.

[...]

Dans le secteur des communications électroniques, la portée géographique du marché pertinent est traditionnellement déterminée par référence à deux critères principaux :

a) le territoire couvert par un réseau et

b) l'existence d'instruments juridiques (législatifs et réglementaires)".

Dans ce contexte, il est indéniable que le marché recouvre, à l'heure actuelle, le territoire métropolitain puisque, d'une part, les autorisations attribuées aux trois opérateurs en place leur permettent d'établir un réseau de téléphonie mobile sur l'ensemble de la métropole (95 départements continentaux auxquels s'ajoutent les deux départements corses) et, d'autre part, le réseau qu'ils ont chacun développé couvre, peu ou prou, l'intégralité de la métropole. Sur cette base, les trois opérateurs en place proposent une offre uniforme sur l'ensemble du territoire métropolitain.

Cette analyse est partagée par le Conseil de la Concurrence, qui a considéré, dans sa décision 02-D-69 en date du 26 novembre 2002 concernant certaines pratiques de Orange France, que « *il n'est pas exclu que le marché pertinent concerné par les pratiques dénoncées soit celui de la téléphonie mobile en France métropolitaine [...]* ». Le Conseil a, ainsi, estimé que la délimitation géographique du marché de détail de la téléphonie mobile devait être circonscrit au seul territoire métropolitain, à l'exclusion donc des autres zones identifiées par l'ART.

En conséquence, et conformément à la proposition de l'ART, il semble logique de retenir que le territoire métropolitain constitue un marché pertinent à lui seul.

2.3 La délimitation du marché de gros

Dans son document soumis à consultation publique, l'ART parvient à la conclusion selon laquelle le marché de gros est un "marché miroir" du marché de détail. Tele2 souscrit pleinement à cette appréciation tant pour ce qui concerne les produits et services inclus (cf. point 2.3.1), que pour ce qui touche à la délimitation géographique de ce marché (cf. point 2.3.2).

2.3.1 Produits et services inclus

2.3.1.1 La question de l'itinérance internationale

Si l'on se réfère à la Recommandation de la Commission, la fourniture en gros de prestations d'itinérance internationale doit être considérée comme constitutive d'un marché distinct (marché n°17). Cette distinction est logique dans la mesure où les offreurs présents sur ces deux marchés sont différents. En effet, si les offreurs sont uniquement nationaux sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appels, ils sont exclusivement étrangers lorsque l'on s'intéresse au marché de l'itinérance internationale.

La Commission l'a d'ailleurs clairement explicité dans l'exposé des motifs de sa Recommandation puisqu'elle y précise : *"La fourniture en gros de services mobiles nationaux comprenant l'accès et la fourniture de temps de communication («fourniture en gros d'accès et de temps de communication»), assurée par les opérateurs mobiles sous licence aux fournisseurs de services dans leur pays d'origine, ne saurait être considérée comme un substitut à l'itinérance nationale assurée par les opérateurs mobiles étrangers. Cela s'explique essentiellement par le fait que ces services ne comprennent pas le service permettant l'identification et la reconnaissance des abonnés d'un opérateur étranger. Si l'opérateur étranger concluait un accord de fourniture en gros de temps de communication avec un opérateur sur le territoire visité par ses clients, il faudrait dans ce cas que l'abonné de l'opérateur étranger acquiert une nouvelle carte SIM et un nouveau numéro mobile délivrés par le réseau de l'opérateur visité."*

En conséquence, Tele2 se joint à l'ART pour considérer que la prestation de gros d'itinérance internationale ne doit pas être incluse dans le marché de gros de l'accès et du départ d'appel.

2.3.1.2 Les prestations de gros devant être incluses

Les demandeurs présents sur un marché de gros souhaitent obtenir les prestations qu'il ne sont pas eux-mêmes en mesure de concevoir ou qu'ils ne souhaitent pas produire eux-mêmes et qui leur sont nécessaires pour assurer la fourniture de certains services sur le marché de détail afférent.

Dans le cas de la téléphonie mobile, et eu égard aux différents demandeurs susceptibles d'intervenir sur ce marché, l'on peut distinguer deux grands types de prestations sur le marché de gros : d'un côté, les prestations d'accès et de départ d'appel, de l'autre, les prestations d'itinérance nationale. Si les premières intéressent les opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO), les secondes concernent les opérateurs de réseaux mobiles désireux d'étendre leur couverture (voire de couvrir les "zones blanches"). Ce second type de prestations est cependant également de nature à intéresser les MVNO puisqu'ils peuvent bénéficier des accords d'itinérance nationale conclus par leur opérateur hôte.

Pour les MVNO, étant donné les différentes architectures de réseaux envisageables, il apparaît nécessaire, afin que toutes les hypothèses puissent être couvertes, que soient incluses dans le marché de gros l'ensemble des prestations de gros d'accès et de départ d'appels nécessaires au MVNO pour lui permettre d'offrir des prestations similaires à celles offertes par un opérateur mobile sur le marché de détail.

En outre, et à l'image de ce qui a pu être observé dans le cadre du marché de détail, le marché de gros devra comprendre tant les prestations de gros d'accès que celles de départ d'appels puisque, en l'état actuel du marché, aucun mécanisme de sélection du transporteur n'est disponible sur le marché mobile.

Finalement, l'ensemble des prestations de gros d'accès et de départ d'appels sur les réseaux mobiles doivent être considérées comme appartenant à un seul et même marché. Telle est d'ailleurs la conclusion à laquelle est parvenu ComReg qui indique "[...] *Comreg is of the view that the relevant product market will, therefore, consist of all wholesale access and call origination services that could be offered over an MNO's network*".

S'agissant de l'inclusion de l'itinérance nationale, dans ce même marché, Tele2 n'a donc pas de commentaires particuliers à formuler et se range à l'opinion de l'ART.

2.3.1.3 Existe-t-il un marché de gros par opérateurs ou s'agit-il d'un marché multi-opérateurs ?

Pour l'opérateur virtuel ou pour l'opérateur mobile désireux de bénéficier d'une prestation d'itinérance nationale, tout réseau mobile, dès lors qu'il aura la même couverture, est substituable à un autre réseau. La substituableité du côté de la demande entre réseaux mobiles est donc extrêmement forte.

Il convient donc de conclure, ainsi que l'a d'ailleurs fait l'ART, que le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles est un marché multi-opérateurs.

2.3.2 Territoire géographique couvert

Pour les mêmes raisons que celles exposées dans le cadre de l'étude des marchés de détail (cf. point 2.2.2), il convient de conclure que la dimension géographique du marché de gros doit être circonscrite à chaque zone de couverture prévue par la licence. Ainsi, un marché de gros à l'échelle du territoire métropolitain doit être identifié.

3 L'ANALYSE DE TELE2 QUANT A LA PUISSANCE DE MARCHE : L'EXISTENCE D'UNE POSITION DOMINANTE COLLECTIVE DES TROIS OPERATEURS MOBILES

Dans sa consultation publique, l'ART indique qu'elle souhaiterait recueillir l'avis des acteurs sur son analyse aux termes de laquelle les opérateurs métropolitains Orange France, Bouygues Télécom et SFR sont en mesure, sur le marché des prestations de gros de l'accès et du départ d'appels sur les réseaux mobiles, de se comporter dans une mesure appréciable, de manière indépendante de leurs concurrents, de leurs clients et, en fin de compte, des consommateurs.

Avant de démontrer que la conclusion à laquelle aboutit l'ART est parfaitement pertinente (et ce d'autant plus que l'analyse de certains critères complémentaires, non pris en compte par l'Autorité, vient conforter l'existence de cette position dominante collective), Tele2 entend souligner que la méthodologie adoptée par l'ART est conforme aux dispositions du nouveau cadre réglementaire (s'agissant notamment de l'analyse du marché de détail).

3.1 Les principes d'analyse devant être suivis

3.1.1 La nécessaire analyse de la situation concurrentielle sur le marché de détail et sur le marché de gros

A titre liminaire, Tele2 entend souligner que, compte tenu du caractère naissant du marché de gros (seuls quelques accords non significatifs en termes d'impact sur la concurrence et extrêmement récents ont été conclus), il est nécessaire, pour apprécier la puissance des opérateurs mobiles, d'analyser la situation existant aussi bien sur le marché de gros que sur le marché de détail.

Cette situation s'entend, notamment, pour l'application de l'ensemble des critères servant à apprécier l'existence d'une position de dominance conjointe (ou position dominante collective).

ComReg partage pleinement cette analyse puisqu'il précise, dans son document d'analyse, que :

"Because of the interrelationship between the wholesale and retail levels of the market, the question of whether SMP can be found to exist will address both functional levels of the market, both in terms of an assessment of the level of competition at either functional level of competition and at the level of collecting data regarding the existence of dominance (individual or collective)".

Il expose également que :

"The criteria will be assessed primarily in the context of evidence available from the workings of the retail mobile communications market because, in the absence of transactions at the wholesale level,⁷⁶ the retail level will primarily provide the available competitive indicators to ComReg's analysis regarding the failure of market mechanisms to deliver any meaningful form of third party access at the wholesale level.

The absence of merchant transactions at the wholesale level means that there exists primarily only a notional market at this functional level of competition, and access is only relevant insofar as it can be seen as the basis of delivering downstream retail services. The absence of transactions at the wholesale level is arguably itself a legitimate cause

for competitive concern in electronic communications markets as regards any assessment of collective dominance, and will be examined separately".

Certes, les opérateurs mobiles français ne manqueront probablement pas de souligner que, à la différence de la situation à laquelle était confronté ComReg, plusieurs MVNO ont été conclus en France à ce jour, démontrant par là même l'existence d'un véritable marché de gros de l'accès et du départ d'appels (et non pas seulement d'un marché potentiel comme en Irlande). Il ne fait, à cet égard, que peu de doute que cet argument sera avancé afin de s'opposer à toute application des critères précités au marché de détail. Si Tele2 comprend parfaitement la volonté des opérateurs mobiles d'éviter une telle analyse du marché de détail (puisque celle-ci démontre, à l'évidence, l'existence d'une position dominante collective conduisant à minimiser le jeu concurrentiel sur ce marché), elle entend souligner qu'une telle situation a également été appliquée par l'Ofcom et validée par la Commission européenne, alors même que des MVNO (significatifs cette fois, à la différence de ceux actuellement conclus en France) existent en Angleterre.

Ainsi, la Commission a précisé, dans sa décision en date du 29 août 2003 se prononçant sur l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appels sur les réseaux mobiles réalisée par l'Ofcom, que :

"Market share analysis : *Ofcom has analysed the wholesale market for mobile network access and call origination on the basis of the state of the retail market, since the structure of supply at the wholesale level is derived from supply at the retail level. The use of derived market shares is broadly in line with the Commission's own practice when assessing hypothetical markets or markets with a high degree of vertical integration".*

Plus récemment, la Commission n'a pas remis en cause, dans sa décision en date du 25 juin 2004, l'analyse réalisée par TKK de ce même marché de gros en Autriche, alors même que cet ARN précisait, dans sa notification à la Commission, avoir calculé les parts de marché des opérateurs *"based on minutes of use"*.

Tele2 soulignera enfin que cette méthode d'analyse est non seulement parfaitement pertinente et largement utilisée par les ARN, mais également parfaitement opportune. En effet, l'appréciation de la puissance des opérateurs sur ce marché de gros en analysant uniquement la situation existant sur ce marché (sans considération du marché de détail) pourrait aboutir à une violation des objectifs posés par l'article 8 de la directive Cadre.

Si, par exemple, un seul accord de MVNO avait été conclu sur le marché de gros par l'un des opérateurs mobiles, sans que cet accord n'ait permis de mettre fin à l'insuffisance de concurrence qui règne sur le marché de détail, on devrait alors considérer que cet opérateur accueillant un MVNO dispose, sur le marché de gros, de 100% de parts de marché (les autres opérateurs n'offrant pas une telle prestation). Dans une telle situation, il serait alors probable qu'il soit seul désigné comme disposant d'une influence significative sur ce marché de gros. Or, une telle situation conduirait l'ARN à ne pouvoir imposer des obligations *ex ante* qu'à cet opérateur alors même que, à l'évidence, l'imposition de ces remèdes (et notamment d'une obligation d'accès) apparaîtrait d'autant plus justifiée et nécessaire vis-à-vis des opérateurs refusant l'entrée de MVNO sur le marché de détail. Cette limitation, artificielle, de la portée des remèdes imposés méconnaîtrait ainsi l'objectif de veiller à ce que la concurrence ne soit ni faussée, ni entravée sur les marchés pertinents du secteur des communications électroniques.

Il apparaît ainsi clairement au vu de cet exemple que l'analyse de la puissance de marché des opérateurs mobiles, sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appels, ne saurait être décorellée de l'analyse de leur position sur le marché de détail.

Par conséquent, les critères de qualification de la puissance sur le marché des opérateurs mobiles doivent être appliqués tant au niveau du marché de détail de la téléphonie mobile qu'au niveau du marché de gros de l'accès et du départ d'appels sur les réseaux mobiles.

3.1.2 Les critères à prendre en compte pour qualifier la position dominante collective

Dans le cadre de la présentation de la méthodologie que l'ART a suivi afin d'apprécier l'existence d'une position dominante collective des trois opérateurs mobiles, cette dernière expose qu'elle a non seulement tenu compte des critères posés par les lignes directrices de la Commission sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché et par l'article D. 302 du Code des Postes et des Communications Electroniques (ci-après "CPCE"), mais également des critères posés par le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes (ci-après "TPICE") dans son arrêt Airtours / First Choice en date du 6 juin 2002.

A cet égard, Tele2 entend souligner que si cette démarche de l'ART démontre son très grand souci de rigueur dans l'analyse, souci qui l'honore, il n'en demeure pas moins qu'une telle approche pourrait néanmoins, de par son exigence excessive, conduire à méconnaître les dispositions précitées du nouveau "paquet télécom". En effet, l'application à la lettre de la jurisprudence précitée du TPICE (et alors même que, comme l'ART le souligne pourtant à juste titre, l'analyse *ex ante* qu'elle réalise est indépendante de celle pouvant éventuellement être réalisée dans le cadre d'une procédure pour infraction aux règles de concurrence ou pour l'appréciation d'une opération de concentration...) conduit à vérifier l'existence cumulative des trois critères suivants :

- La transparence du marché ;
- La durabilité de la collusion tacite ;
- Le risque de mesures de rétorsion en cas de comportements déviants de la ligne commune d'action.

Or, la prise en compte, de manière cumulative, de ces trois critères va au-delà des exigences textuelles devant guider l'analyse de l'ART et qui reposent sur une appréciation *in concreto* de la dominance collective, sans qu'il soit pour autant nécessaire que l'ensemble des trois critères précités soient réunis.

Il en résulte donc que même si l'un de ces trois critères ne devait pas être rempli en l'espèce (ce qui n'est, au demeurant, pas le cas), cette situation ne devrait pour autant à elle seule suffire à remettre en cause la démonstration de la position dominante collective dès lors que cette dernière serait établie par d'autres critères.

Telle est d'ailleurs bien le sens des lignes directrices de la Commission, qui précisent que :

"Pour déterminer, en l'absence de tels liens [structurels], si un marché est de nature à entraîner l'établissement d'une position dominante sous la forme d'une coordination tacite, il convient de prendre en considération un certain nombre

de caractéristiques. Bien que ces caractéristiques se résument souvent à la liste présentée ci-dessus, il importe de les passer toutes en revue et de procéder à une évaluation globale, plutôt que d'utiliser mécaniquement cette dernière comme une simple liste de contrôle. **En fonction des circonstances de l'espèce, le fait que l'un ou l'autre des éléments structurels ordinairement associés à une position dominante conjointe ne soient pas clairement établis ne permet pas, en lui-même, d'exclure la probabilité d'un comportement coordonné¹⁵.**

A cet égard, Tele2 démontrera que l'intégralité des critères, non cumulatifs, posés par l'article D. 302 du CPCE, sont bien remplis en l'espèce, ce qui démontre de plus fort l'existence d'une position dominante collective des trois opérateurs mobiles.

¹⁵ Soulignements et surlignements ajoutés.

3.2 L'existence d'une position dominante collective des trois opérateurs mobiles

3.2.1 L'analyse du marché de détail

3.2.1.1 L'analyse des caractéristiques de l'offre

3.2.1.1.1 Un marché caractérisé par des barrières à l'entrée quasi-insurmontables

Ainsi que le relève, à juste titre, l'ART dans son document d'analyse, il existe de très importantes barrières à l'entrée sur le marché français de la téléphonie mobile.

Ces barrières se manifestent tant au niveau de l'établissement d'un nouveau réseau qu'à celui de la fourniture de services.

En effet, la création d'un quatrième réseau national de téléphonie mobile 2G est impossible compte tenu des décisions gouvernementales de ne pas lancer d'appel à candidature pour une quatrième licence GSM nationale et d'attribuer les dernières bandes de fréquences 2G disponibles aux trois opérateurs en place¹⁶.

En outre, devenir opérateur mobile en sollicitant la délivrance de la quatrième licence UMTS en France sans être au préalable opérateur 2G apparaît économiquement irréalisable. Telle est d'ailleurs l'analyse faite par l'ensemble des opérateurs intéressés par la fourniture de services de téléphonie mobile puisque seuls les opérateurs mobiles 2G en place ont sollicité la délivrance d'une telle licence (cf. point **4.1.2.1** pour plus de détails).

L'existence de ces barrières à l'entrée, légales, réglementaires et conjoncturelles démontre donc que, faute d'imposer aux trois opérateurs mobiles de répondre aux demandes d'accès à leurs réseaux présentées par les candidats MVNO, le marché demeurera durablement figé.

De fait, mis à part les MVNO "alibis" (dont l'activité ne devrait pas dynamiser la concurrence : cf. point **4.1.2.2**) conclus il y a quelques mois et l'existence de Transatel (qui vise une clientèle de niche extrêmement réduite¹⁷), le marché de la téléphonie mobile n'a connu aucun nouvel entrant significatif depuis près de 10 ans (Bouygues Télécom ayant lancé son offre de téléphonie mobile en 1996). A l'opposé, en Angleterre, où la situation concurrentielle est réelle, on compte près de 50 MVNO ou fournisseurs de services de téléphonie mobile, qui représentent une part de marché cumulée de près de 16% en volume de trafic et de 11% en nombre de clients.

Autre exemple de l'ultra-domination du marché par les trois MNO, les parts de vente de nouveaux abonnements réalisées par les SCS sont passées de 40% en 1999 à moins de 5% en 2002¹⁸ et les SCS multi-opérateurs ne sont plus que cinq en France en 2002 et ne cessent de perdre du terrain sur la vente d'abonnements.

¹⁶ Cf. notamment les décisions de l'ART en date du 11 février 2003 n° 03-259 (pour Bouygues Télécom), n°03-260 (pour SFR) et n°03-261 (pour Orange).

¹⁷ A savoir les *roamers* internationaux.

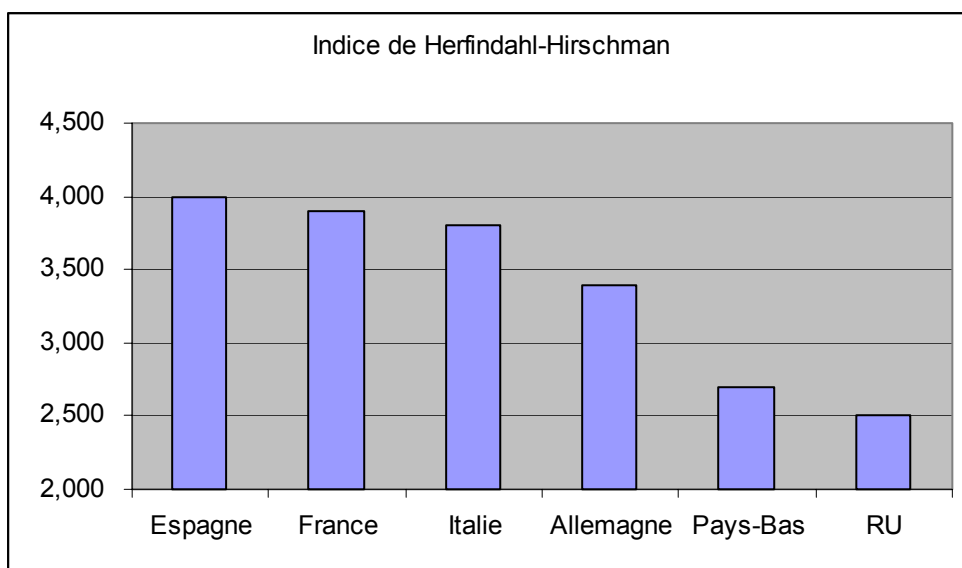
¹⁸ Source : rapport annuel 2002 de l'Unetel-RST.

Enfin, au cours de l'année 2003, le seul opérateur véritablement indépendant des trois MNO, Dolphin Telecom, a disparu alors qu'il proposait des services de radiocommunications professionnelles. On notera que les trois opérateurs dominants ont généreusement, et d'une seule voix, proposé de reclasser les employés de cette société dans leurs structures, accélérant de la sorte la cessation des activités de Dolphin Telecom.

3.2.1.1.2 La très forte concentration du marché français

En premier lieu, Tele2 entend souligner que l'analyse, réalisée par l'ART, du nombre d'opérateurs 2G et 3G dans les principaux pays européens démontre que la France se situe en queue de peloton. Cette situation est d'autant plus préoccupante que, ce faisant, la France peut être comparée, en termes de nombre d'opérateurs, avec la Belgique, la Suisse, l'Irlande, le Portugal, le Luxembourg et la Norvège, qui constituent tous des pays beaucoup plus petits et beaucoup moins peuplés.

En outre, le calcul de l'indice de Herfindahl-Hirschman (dit indice "HHI") en France, utilisé pour mesurer le degré de concentration d'un marché donné¹⁹, démontre l'extrême concentration du marché français, avec un indice de 3818, soit le plus élevé en Europe juste après l'Espagne (4000).



¹⁹ Cet indice est calculé comme suit : somme des carrés des parts de marché de chacun des acteurs en nombre de clients. Un pur monopole conduit à un indice de 10,000. Plus le chiffre obtenu par le biais de ce test tend vers ce chiffre de 10.000, plus le marché est concentré.

Il est, à cet égard, intéressant de relever que la Commission précise, dans ses lignes directrices relatives à l'appréciation des opérations de concentrations horizontales²⁰, que :

"Il est peu probable que la Commission estime qu'une opération soulève des problèmes de concurrence horizontaux sur un marché dont l'IHH à l'issue de la concentration sera inférieur à 1000. Ces marchés n'exigent normalement pas une analyse approfondie.

Il est également peu probable que la Commission conclue à l'existence de problèmes de concurrence horizontaux lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est compris entre 1000 et 2000 et que le delta est inférieur à 250, ou lorsque l'IHH à l'issue de l'opération est supérieur à 2000 et que le delta est inférieur à 150, sauf dans des cas exceptionnels".

Par conséquent, avec un indice de près de 4.000, le marché français est enclin à soulever des problèmes de concurrence sérieux.

Et l'apparition récente de quelques MVNO alibis sur le marché français ne devrait pas changer cette situation puisque les ambitions de ces derniers en termes de parts de marchés se comptent, au mieux, en dixième de pour cents.

3.2.1.1.3 La troublante stabilité des parts de marché des trois opérateurs mobiles

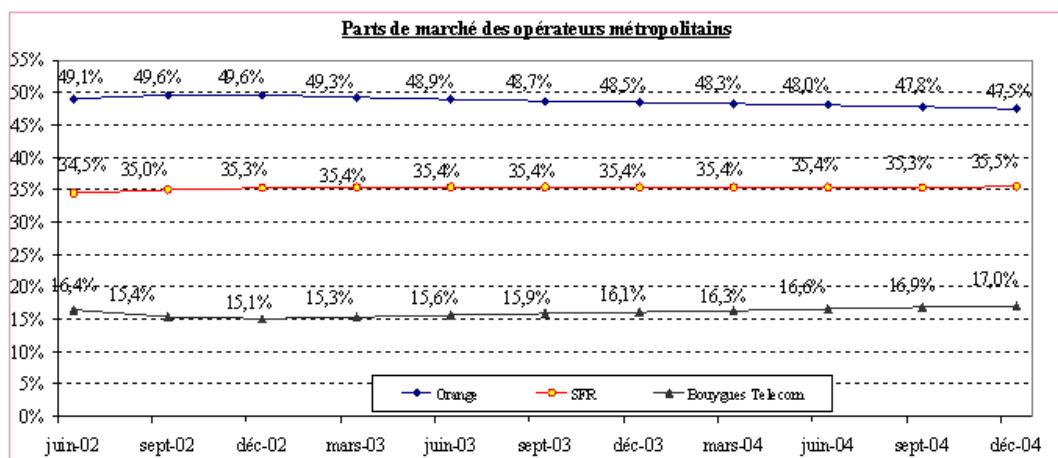
En matière de communications électroniques, la part de marché peut se calculer à l'aune de trois critères : le nombre de clients, le volume de trafic et le chiffre d'affaires.

Or, quel que soit le critère retenu, Tele2 constate une très grande stabilité de ces parts de marché entre les trois opérateurs, démontrant le peu d'intensité du jeu concurrentiel sur le marché et la volonté de ces opérateurs de maximiser leurs revenus.

²⁰ Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JOCE n° C 031 du 05/02/2004.

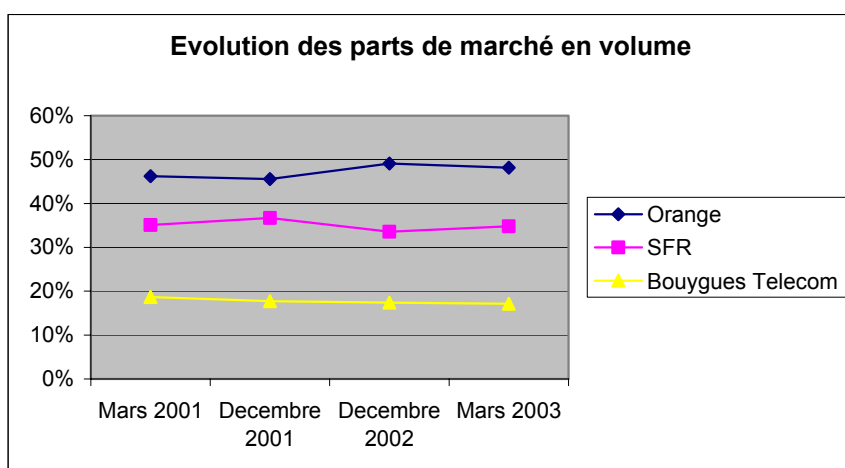
En nombre de clients

Ainsi que le démontre l'Observatoire des marchés de l'ART, les parts de marché des trois opérateurs en nombre de clients sont largement stabilisées depuis près de 4 années autour de 48% pour Orange, 35% pour SFR et 17% pour Bouygues Telecom.



En volume de trafic.

Tele2 observe l'évolution suivante de la répartition du trafic fixe vers mobile issu de ses clients²¹. Cette évolution est conforme à celle des parts de marché en nombre de clients.

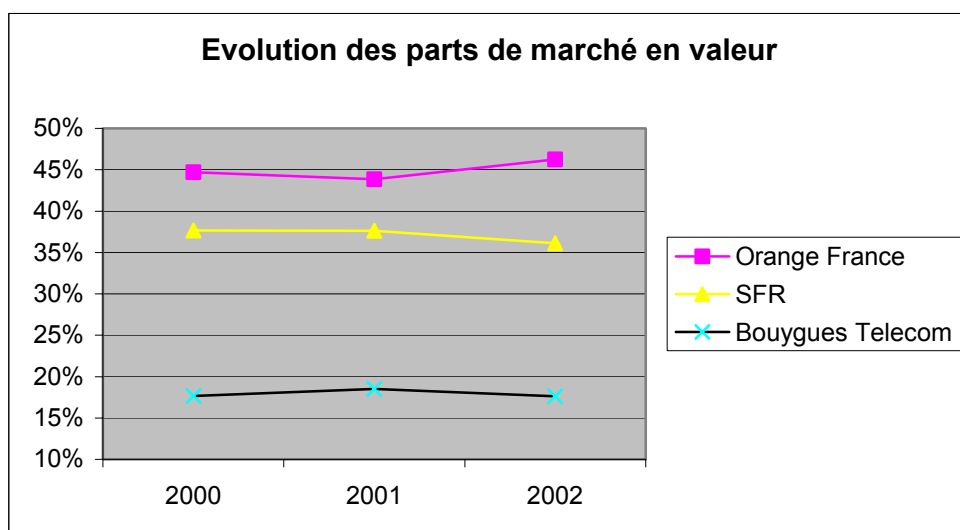


En valeur (chiffre d'affaires)

Sur la base des comptes sociaux publiés par les opérateurs, la répartition des parts de marché en valeur est la suivante :

| Pdm en valeur | 2000 | 2001 | 2002 |
|------------------|-------|-------|-------|
| Orange France | 44.7% | 43.9% | 46.3% |
| SFR | 37.6% | 37.6% | 36.1% |
| Bouygues Telecom | 17.7% | 18.5% | 17.6% |

²¹ Il n'existe pas de données officielles concernant les volumes de trafic de chaque opérateur.



| | Jun 2003 | Jun 2002 |
|-------------------------|----------|----------|
| Orange | | |
| Forfait | 57% | 54% |
| Prepayé | 43% | 46% |
| SFR | | |
| Forfait | 56% | 51% |
| Prepayé | 44% | 49% |
| Bouygues Telecom | | |
| Forfait | 64% | 54% |
| Prepayé | 36% | 46% |

La stabilité dans le temps des parts de marché et de la structure des parcs de clients des trois opérateurs est un indice important de l'état de dominance collective des trois opérateurs mobiles.

Il ne fait aucun doute que si une véritable concurrence par les prix et / ou par les services existait, les opérateurs mobiles verraient alors leurs parts de marchés varier dans des proportions beaucoup plus significatives.

Telle est d'ailleurs bien la situation observée sur le marché anglais, ainsi qu'il résulte du document de l'Ofcom intitulé « *Mobile access and call origination services market : Identification and analysis of market and determination on market power* » datant du 4 août 2003. En effet, ce document fait clairement apparaître que les parts de marché des différents opérateurs ont très sensiblement évolué pendant les dernières années, traduisant parfaitement l'intensité concurrentielle qui règne sur ce marché.

Il est également très intéressant de constater que la structure des parcs des trois opérateurs est très proche, et qu'elle évolue de façon parallèle vers une augmentation de la part des clients « forfait » .

3.2.1.1.4 Une évolution des prix à la hausse et parallèle depuis plusieurs années

Tele2 constate, d'une part, que les tarifs sont en hausse continue depuis 2000 et, d'autre part, qu'ils sont très homogènes entre les trois opérateurs :

- **Evolution à la hausse des tarifs**

Les prix sont en hausse constante et simultanée chez les trois opérateurs depuis 2000. L'étude²² « *Mesurer l'évolution des prix de service de téléphonie mobile : une entreprise difficile* », publiée en juillet 2003, met en évidence « *la fin de la baisse des prix des services de téléphonie mobile à partir du dernier trimestre de l'année 1999 [...]* ».

Cette étude précise également (page 22) que « *plusieurs événements ont rythmé l'évolution des prix. Les fortes baisses de 1999 sont dues à l'enrichissement de l'offre plutôt qu'à la baisse des tarifs existants. Les opérateurs ont notamment proposé une nouvelle option : des prix moins élevés vers un ou plusieurs numéros « préférés » [...]. Le niveau des prix remonte en 2001 sous l'effet de divers ajustements tarifaires, notamment un recadrage à la hausse de la tarification vers les « numéros préférés ». Enfin, l'automne 2002 est marqué par le passage [sous l'impulsion de décisions de justice, et non pas de manière spontanée...] pour certains produits à une tarification à la seconde. L'effet sur l'indice peut apparaître limité. Il faut toutefois rappeler que ce changement tarifaire a été le plus souvent proposé comme une option payante. En outre, elle ne vaut pas en général pour les communications en dépassement des forfaits alors que ces communications représentent une part significative des appels* ».

Tele2 a pour sa part relevé l'évolution des prix publics des forfaits « 2 heures » chez les trois opérateurs depuis 2000²³ et constate une hausse régulière.

| Prix € TTC | | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 ²⁴ |
|------------|--|------|------|------|--------------------|
| | | | | | |

²² Economie et Statistique, N° 362, 2003. F. Magnien, département des comptes nationaux de l'INSEE.

²³ Hors engagement de durée 24 mois, offres résidentielles.

| | | | | | |
|-----------------------------|---------------|----|------|------|-------|
| % évolution | | | 3.8% | 2.3% | 17.9% |
| Bouygues Télécom | forfait 2h | 27 | 28 | 25 | 28 |
| SFR | forfait 1h+1h | 25 | 26 | 28 | 32 |
| SFR | forfait 2h+2h | 33 | 35 | 39 | 49 |
| Orange France | forfait 2h | 31 | 31 | 31 | 36 |

Tele2 a également relevé l'évolution des prix des cartes prépayées chez les trois opérateurs depuis 2000 et constate le même mouvement à la hausse, accompagné d'une forte réduction de la durée de validité des cartes.

| Prix recharge "n°1" ²⁵ | 2001 | 2002 | 2003 |
|-----------------------------------|------|------|------|
| Mobicarte | 0.50 | 0.50 | 0.45 |
| SFR la Carte | 0.43 | 0.43 | 0.45 |
| Nomad | 0.72 | 0.35 | 0.42 |

| Durée recharge "n°1" | 2001 | 2002 | 2003 |
|----------------------|--------|--------|----------|
| Mobicarte | 2 mois | 2 mois | 15 jours |
| SFR la Carte | 1 mois | 1 mois | 1 mois |
| Nomad | 6 mois | 1 mois | 1 mois |

| Prix recharge "n°2" ²⁶ | 2001 | 2002 | 2003 |
|-----------------------------------|------|------|------|
|-----------------------------------|------|------|------|

²⁴ Tous les forfaits sont passés en tarification à la seconde en 2003, ce qui explique une partie de la hausse importante constatée (+3€ /mois). En retirant cet effet, la hausse de prix moyenne est de +8%.

²⁵ Correspond au premier niveau de tarif : comprend environ 30 minutes de communications pour 15€.

| | | | |
|---------------------|------|------|------|
| Mobicarte | 0.42 | 0.42 | 0.45 |
| SFR la Carte | 0.44 | 0.44 | 0.45 |
| Nomad | 0.50 | 0.35 | 0.42 |

| Durée recharge "n°2" | 2001 | 2002 | 2003 |
|----------------------|--------|--------|--------|
| Mobicarte | 3 mois | 2 mois | 2 mois |
| SFR la Carte | 1 mois | 1 mois | 1 mois |
| Nomad | 6 mois | 3 mois | 3 mois |

La Commission européenne constate dans son 8^{ème} rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications que *« le pays dans lequel les dépenses moyennes pour les services mobiles sont les plus élevées est la France (31 euros), où la somme est supérieure de 47% à la moyenne de l'UE [...] »*.

- **Homogénéité des tarifs**

Les offres proposées par les opérateurs mobiles sont homogènes, tant en termes de services qu'en termes de prix. L'ART avait d'ailleurs relevé, dans sa décision n°02-901, que *« [...] les offres des opérateurs apparaissent relativement homogènes : offres forfaitaires avec une large gamme de durée de forfaits, offres prépayées, offres avec abonnement (très minoritaires) »*.

Ce critère d'homogénéité est particulièrement important puisque la Commission Européenne précise, au point 106 de ses Lignes directrices, que :

« Dans l'affaire France Télécom/Orange, la Commission a estimé que, avant l'entrée d'Orange sur le marché belge de la téléphonie mobile, les deux opérateurs existants, Proximus et Mobistar, étaient en situation d'exercer une domination conjointe. Comme l'a Commission l'a relevé, au cours des quatre années qui ont précédé l'arrivée d'Orange, les deux opérateurs pratiquaient une politique des prix quasiment identique et transparente, leurs tarifs suivaient exactement les mêmes tendances ».

²⁶ Recharge n°2 : 2e niveau de tarif, comprend environ une heure de communication.

Dans ce contexte, Tele2 estime qu'il ne fait pas de doute que le niveau des prix en France, significativement plus élevé que la moyenne européenne, leur évolution constante à la hausse et leur homogénéité entre les trois opérateurs démontrent de plus fort l'existence d'une position dominante collective.

En outre, le différentiel très important (du simple au triple) entre les tarifs pratiqués sur le marché « professionnel » et sur le marché « résidentiel » constitue un indice fort de collusion sur ce dernier marché, visant à maintenir des prix abusivement élevés.

A titre d'illustration, Tele2 relève que :

- **d'une part**, le tarif de détail moyen par minute sortante (marchés résidentiels et professionnel confondus) au 1er trimestre est de 0.213€ HT selon l'observatoire 2003 des marchés de l'ART ;
- **d'autre part**, les tarifs pratiqués sur le marché professionnel sont inférieurs à 0.1€HT par minute :

Cette évolution des prix indique donc qu'il existe une position dominante collective entre les trois opérateurs mobiles.

3.2.1.1.5 L'ultra-profitabilité des opérateurs mobiles et la troublante convergence de leurs revenus moyens

- **Une profitabilité record**

Tele2 partage pleinement l'analyse de l'ART aux termes de laquelle une analyse de l'évolution des niveaux de rentabilité des opérateurs fournit un excellent indicateur de la dynamique globale du marché mobile en France.

A cet égard, Tele2 estime que le calcul du Retour sur Capitaux Employés fournit une mesure fiable du niveau de concurrence : dans un marché pleinement concurrentiel, le niveau des ROCE (*Return On Capital Employed*) doit être légèrement supérieur au coût moyen du capital. A l'inverse, l'existence d'une position dominante collective se reflète dans des prix supérieurs aux prix « concurrentiels » et donc dans un ROCE significativement et durablement supérieur au coût moyen du capital.

Or, ainsi que le démontrent les calculs réalisés par l'ART, non seulement les profits d'Orange (90% de rentabilité en 2003 !) et de SFR (plus de 55% de rentabilité en 2003) excèdent très largement les niveaux de profits attendus dans un marché pleinement concurrentiel, mais ils sont en hausse constante et simultanée, suivis d'un peu plus loin par ceux de Bouygues Telecom. On relèvera même que, selon les estimations de [secret des affaires] dont le détail figure dans l'étude jointe en annexe 1, ces chiffres pourraient dépasser les 170% pour Orange et 140% pour SFR !

Ces chiffres, proprement ahurissants, sont à comparer au taux normal de rémunération du capital dans le secteur, estimé déjà largement à 17% en 2002 et à 15 % en 2003 par l'ART et à 11,25% par la Commission européenne. Ils sont également sans commune mesure avec ceux observés dans d'autres industries. A titre de comparaison, dans l'industrie pétrolière, le ROCE moyen des "majors" s'établit autour de 10 à 15%. Par ailleurs, des groupes industriels tels que Arcelor ou Peugeot enregistrent un ROCE inférieur à 15%. Même les leaders de l'industrie pharmaceutique ou de l'édition de logiciels, secteurs pourtant extrêmement rentables, ne parviennent pas à atteindre de tels niveaux

de rentabilité (dans l'industrie pharmaceutique, Pfizer atteint 35% et, dans l'édition de logiciels, Oracle dépasse tout juste les 40%).

S'agissant du secteur de la téléphonie mobile, il est piquant de relever que, en Irlande, ComReg a considéré que le niveau des ROCE des opérateurs mobiles étaient élevés et mettaient en évidence l'insuffisance du jeu concurrentiel tant sur le marché de détail que sur le marché de gros alors même que ce niveau est beaucoup moins élevé qu'en France.

ComReg précise ainsi que :

"Both O2 and Vodafone's current ROCE levels at 38% and 39% respectively appear high, as research from Cullen International indicates that the highest determined cost of capital determined by NRAs for certain MNOs in Europe, albeit only in the interconnection market, is 19.5% in Belgium, while the lowest is 12% in the UK. These figures indicate that the ROCE is likely to remain at current levels. Both Vodafone and O2 are now achieving similar and high returns, which indicates that competition for the overall business at the retail level and wholesale level is not yet fully effective".

CDC Ixis²⁷ indique, pour sa part, que « (...) d'autres régulateurs découvrent que pour les opérateurs historiques, les ROCE atteignent des niveaux incompatibles avec un marché compétitif. Nous nous trouvons dans la situation d'une industrie à intensité capitalistique réduite qui affiche en même temps des marges industrielles élevées, ce qui génère une rentabilité économique particulièrement forte. A titre d'illustration, d'après l'INSEE, les sociétés commerciales françaises ont, en moyenne, des marges industrielles (EBITDA/VA) de 31% avec une intensité capitalistique (CAPEX/VA) de 20%, alors que, en 2001, Orange France (d'après ses comptes sociaux) a affiché une marge industrielle de 91% et une intensité capitalistique de 27%. (...) Le secteur devient donc de plus en plus oligopolistique et les opérateurs leaders profitent d'une rente de situation ».

Le niveau très élevé des ROCE du secteur et leur évolution parallèle à la hausse constituent également deux indices extrêmement forts de l'existence d'une position dominante collective.

A cet égard, Tele2 entend tout particulièrement souligner, et c'est là un point fondamental, que ces niveaux de rentabilité démesurés sont également susceptibles d'expliquer dans une large part, et indépendamment des mécanismes de rétorsion qui existent (cf. point **3.2.2.8.2**), l'absence de toute velléité concurrentielle de la part des membres de l'oligopole.

En effet, l'existence de tels niveaux de rentabilité incite nécessairement chacun des opérateurs à ne pas entreprendre la moindre action concurrentielle puisque l'acquisition de quelques points de parts de marché ne viendrait pas compenser la chute de rentabilité résultant d'une politique tarifaire plus agressive.

²⁷ « Services de télécommunications », 6 février 2003, page 4.

Cette situation est donc incontestablement de nature à figer le jeu de la concurrence sur le marché de détail de la téléphonie mobile. Plus encore, elle les incite encore davantage à ne pas favoriser l'émergence de nouveaux acteurs (surtout significatifs) qui viendraient remettre en cause leur oligopole "serré".

- **La convergence des revenus moyens des opérateurs**

Tele2 partage pleinement le constat dressé par l'ART s'agissant de la stabilité des revenus moyens dégagés par les opérateurs mobiles sur les minutes sortantes et sur les SMS, et entend même souligner que, s'agissant de ce revenu moyen par minute sortante, le graphique présenté par l'ART tend à mettre en évidence une surprenante convergence chez les trois opérateurs mobiles vers un même niveau de revenu.

On relèvera également, à la lumière des constatations réalisées par [secret des affaires], que si le chiffre d'affaires ramené à la minute de demi-appel (entrant-sortant) a connu une forte diminution suite à l'entrée de Bouygues sur le marché en 1996, celui-ci se caractérise depuis 2001 par une très forte stabilité.

3.2.1.1.6 L'existence de nombreux comportements parallèles

Au-delà des parallélismes de comportements plus que troublants détectables chez les trois opérateurs mobiles s'agissant de leur structure de facturation (modifications des pas de facturation simultanées notamment, y compris la facturation à la seconde dès la première seconde), Tele2 entend également souligner l'identité des prix pratiqués par les opérateurs sur les SMS pendant plusieurs années (cf. l'annexe E du document soumis à consultation publique par l'ART) ou encore la très grande similitude de leurs offres (par exemple celles de type illimitées vers les téléphones fixes ou pour les appels on net).

S'agissant des SMS, l'étude de leurs offres démontre une totale identité entre les opérateurs. Ainsi, dans le cadre de sa note d'analyse sur le marché des SMS, l'ART a détaillé les différentes offres commercialisées par les trois opérateurs mobiles en décembre 2003 (cf. Note d'analyse n°5 : les SMS, février 2004, p.7). Le prix du SMS unitaire était alors rigoureusement identique pour les trois opérateurs (0,15 euro). Les offres de forfaits étaient également, peu ou prou, équivalentes (25, 50, 75 et 100 SMS pour Orange, 30, 80 et 130 pour SFR, 30, 60 et 120 pour Bouygues). En outre, le prix du SMS dans le cadre de la souscription d'un forfait (calculé en supposant que le forfait soit intégralement consommé) était là encore identique pour les 3 opérateurs : 0,10 euro (à l'exception des deux plus gros forfaits SFR pour lesquels ce prix tombait à 0,9 euro). Indépendamment du fait que ce prix autorisait les opérateurs à réaliser des marges extrêmement importantes, on ne peut être que surpris par cette quasi-identité d'offres.

Suite à l'intense campagne menée par les associations de consommateurs, certains opérateurs, au premier rang desquels figure Tele2, et les pouvoirs publics, pour dénoncer le prix excessif des SMS, les deux principaux opérateurs, Orange et SFR, ont annoncé quasi-simultanément une baisse des tarifs faciaux dans des proportions identiques, chacun proposant le SMS à 0,10 euro. Relevons que cette baisse, qui permet aux opérateurs de dégager encore des marges plus que confortables, est la première qui soit intervenue depuis le lancement du SMS en 2000.

Une si longue absence de réduction de prix est particulièrement surprenante pour un service dit "innovant". En effet, classiquement dans un milieu concurrentiel, de tels services connaissent une forte baisse de prix dans les premières

années de leur lancement avant de connaître une certaine stabilisation. Ainsi, selon la courbe théorique du prix du SMS présentée par l'Association UFC-Que Choisir, le prix du SMS aurait dû passer de 0,15 euro en 2000 à 0,083 en 2001, puis 0,058 en 2002 et enfin 0,052 en 2003²⁸. Or, le prix du SMS est resté stable à 0,15 euro. Cette situation démontre de manière éclatante l'absence de concurrence sur le marché et le cartel de prix mis en place par les trois opérateurs mobiles français. En parallèle de la baisse annoncée dans le courant de l'année 2004, les trois opérateurs ont multiplié leurs offres de forfaits et ont introduit de nouveaux principes de tarification qui distinguent notamment selon que le SMS est envoyé "on net" ou "off net". Les opérateurs mobiles tentent, en fait, comme ils l'ont fait pour les appels vocaux, de "brouiller les pistes" en empêchant les consommateurs de comparer leurs offres et, ainsi, en limitant une éventuelle contestation de l'opinion publique quant au niveau de prix pratiqué.

Notons enfin que la multiplication des forfaits ne constitue nullement une mesure innocente. L'effet forfait (c'est-à-dire la non-consommation intégrale des forfaits, qui constitue un phénomène récurrent) assure, en effet, aux opérateurs de conserver leurs marges tout en leur permettant d'afficher un prix unitaire en baisse. A défaut de consommer intégralement le forfait, le prix unitaire réellement payé augmente.

Autre exemple frappant de parallélisme de comportements, les niveaux de subvention pratiqués par les opérateurs mobiles sur les terminaux. Ces subventions sont, en effet, presque identiques chez les trois opérateurs pour un type de terminal et évoluent systématiquement dans le même sens. Plus encore, Tele2 entend souligner que les terminaux utilisés pour les offres prépayées ont vu leur niveau de subvention progressivement et parallèlement décroître chez les trois opérateurs mobiles, jusqu'à ne plus être subventionnés du tout !

Le caractère systématique et permanent de ce parallélisme de comportements entre les trois opérateurs mobiles révèle l'existence d'une position dominante collective de la part de ces derniers. Cette situation est naturellement voulue et entretenue par les trois membres de l'oligopole afin de préserver leurs revenus respectifs et de bénéficier le plus longtemps possible de leur rente de situation.

3.2.1.1.7 La transparence de l'offre

Même si la complexité des offres proposées par les opérateurs mobiles sur le marché de détail peut rendre difficile leur comparaison par les utilisateurs, Tele2 relève cependant, tout comme l'Autorité, que les caractéristiques de ces offres sont publiques et largement diffusées, qu'elles soient destinées aux clients résidentiels ou professionnels. Cette situation entraîne donc une transparence totale entre les trois opérateurs, chacun étant immédiatement en mesure de connaître les caractéristiques, techniques et tarifaires, de toute nouvelle offre commercialisée par un des autres membres de l'oligopole. Certes, les offres dites "de flotte", qui sont réservées aux "grands comptes", sont négociées au cas par cas par les opérateurs, ce qui les rend moins transparentes.

Pour autant, et comme le relève ComReg :

"It could be argued that the firms are not able to detect cheating that might take place in the corporate market segment, where bespoke deals are often negotiated. However, the number of corporate clients negotiating such

²⁸ Extrait de l'article publié par l'Association UFC-Que Choisir, « *Le Texto au prix du caviar* », Mensuel n°410, décembre 2003.

deals in Ireland is relatively small, and each operator would notice immediately if it started to lose key corporate accounts. Furthermore, each operator should be able to identify without much difficulty the operator attracting its former corporate clients. Furthermore, the countervailing buyer power held by large corporate customers would also facilitate the transmission of information across the firms about prices".

Dans ce contexte, il existe bien une transparence généralisée des offres de détail, ce qui constitue un facteur favorisant le maintien d'une situation coordonnée entre les trois opérateurs mobiles puisque toute déviation de la ligne commune d'action est immédiatement visible.

3.2.1.2L'analyse des caractéristiques de la demande

3.2.1.2.1 Le marché est arrivé à maturité

Ainsi que le relève fort justement l'ART, le marché a atteint la maturité, avec un ralentissement très important de la croissance du nombre de cartes SIM, du volume de trafic et du chiffre d'affaires, et ce alors même que le taux de pénétration de la téléphonie mobile en France constitue l'un des plus faibles d'Europe (73,9% selon les derniers chiffres communiqués par l'ART). Notons que si les trois opérateurs croient pouvoir se réjouir de la forte progression enregistrée entre 2003 et 2004 (+6,9%)²⁹, l'étude des résultats observés à l'échelle de l'Europe incite à moins de triomphalisme. En effet, entre 2003 et 2004, l'Union Européenne (ci-après "UE"), composée alors de 15 pays, a enregistré une progression quasi-identique de 6% pour permettre à l'UE d'atteindre un taux de pénétration moyen autrement significatif de 86%³⁰. Le recul français demeure donc toujours important.

Cet état de fait est d'autant plus préjudiciable que le marché français apparaît mature. Ainsi, le Directeur Général d'Orange estimait d'ailleurs lui-même, dans un article publié dans les Echos en date du 4 juin 2003 et relatif à l'observatoire des mobiles publié par l'ART, que « *Compter la croissance nette de cartes SIM ne veut plus dire grand-chose quand le marché est proche de la saturation* ». Thierry Breton affirmait quant à lui, dans le Journal des Finances du 27 septembre 2003 : « *Aujourd'hui, le marché de la téléphonie mobile est devenu mature* ».

En volume de trafic annuel et en chiffre d'affaires également, la croissance ralentit très fortement :

| Millions min. et millions € | 1999 | 2000 | 2001 | 2002 | 2003 |
|--------------------------------|--------|--------|--------|--------|--------|
| Trafic Mobile annuel | 20,571 | 35,640 | 44,419 | 51,844 | 62,821 |
| Évolution annuelle | | 73% | 25% | 17% | 17,5% |

²⁹ <http://www.lemonde.fr/web/article/0,1-0@2-3234,36-395615,0.html>.

³⁰ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au Comité économique et social européen et au Comité des régions - Réglementation et marchés des communications électroniques en Europe 2004 – COM(2004) 759 final.

| | | | | | |
|--------------------|-------|-------|--------|--------|--------|
| CA Mobile annuel | 5,377 | 7,761 | 10,248 | 11,768 | 13,257 |
| Évolution annuelle | | 44% | 32% | 14% | 12,5% |

La maturité du marché apparaît ainsi comme un facteur favorisant particulièrement l'adoption de comportements coordonnés par les acteurs en place : il n'existe plus d'incitation à se concurrencer pour recruter les primo-accédants³¹.

Ce sombre constat est partagé par l'ensemble des experts du secteur. Stéphane Beyazian, analyste au Crédit Lyonnais déclarait par exemple dans les Echos du 28 avril 2003 : « *le marché français est le moins concurrentiel d'Europe* ». Un autre analyste indiquait que « *le marché présente depuis plusieurs trimestres des caractéristiques oligopolistiques fortes* » et enfin « *aucun des trois opérateurs n'a intérêt à se battre, au risque de dégrader ses marges Orange ne réagit plus aux attaques et n'a aucun intérêt à s'accrocher pour défendre 0.1% de part de marché* ».

3.2.1.2.2 La maturité technologique du marché

La technologie GSM est arrivée à sa pleine maturité depuis plusieurs années et il existe sur le marché un grand nombre de fournisseurs d'équipements de réseau.

Pourtant, la France se caractérise par une faible couverture de son territoire. Dans son « rapport sur la couverture du territoire par les réseaux de télécommunications mobiles³² » datant de juillet 2001, la DiGITIP constate que la France, avec un taux de 91.6% de couverture du territoire³³, figure en queue du peloton des pays de l'Union Européenne. Cette situation est d'autant plus dommageable pour les consommateurs que de nombreuses zones blanches sont constituées de lieux de vie permanents et occasionnels, ainsi que d'axes de transport principaux.

La situation pourrait même être plus critique puisque, selon les résultats de la seconde enquête d'évaluation de la couverture des réseaux de téléphonie mobile réalisée par l'ART en 2001, le taux de couverture ne ressort qu'à 83%. Cette situation confirme donc que l'intensité concurrentielle entre les opérateurs ne permet pas un développement du marché profitable au consommateur. D'ailleurs, l'absence de stimulation concurrentielle pour la couverture des zones blanches a contraint les autorités publiques à négocier avec les opérateurs mobiles l'adoption d'une Convention nationale de mise en œuvre du plan d'extension de la couverture du territoire par les réseaux de téléphonie mobile, aux termes de laquelle l'Etat s'est notamment engagé à injecter 44 millions d'euros (les collectivités territoriales contribuant à ce plan à hauteur du même montant) pour la couverture des zones

³¹ D'après les calculs réalisés par Tele2, une baisse de prix de 10% de Bouygues Telecom conduirait à une perte de marge de 300 millions d'euros pour un gain de seulement 30 millions d'euros de marge contributive apportée par les nouveaux clients.

³² Juillet 2001, www.telecom.gouv.fr.

³³ A la même date, ce taux s'établissait, à titre d'exemple, à plus de 92% pour le Royaume Uni, 95% pour l'Allemagne, plus de 97% pour l'Espagne, plus de 98% pour les Pays Bas et 100% pour le Danemark.

blanches. En d'autres termes, la carence des opérateurs mobiles pour la couverture des zones blanches a donc contraint l'Etat à cofinancer le développement de leurs réseaux.

L'innovation est très en recul par rapport à la situation existant dans les principaux pays d'Europe, Orange et SFR ayant même été jusqu'à retarder le lancement en France de leurs services UMTS à l'année 2005 (en violant ainsi directement les obligations leur incombant aux termes de leur licence), compte tenu de l'absence de contrainte concurrentielle. A l'inverse, un tel lancement est intervenu plus tôt au Royaume-Uni (en 2004), puisque la concurrence est nettement plus importante, avec la présence de 50 fournisseurs de services et l'entrée sur le marché d'un 5^{ème} opérateur UMTS, « 3 ».

S'agissant également du lancement des offres de transport de données en mode paquet recensées par l'ART (I-mode, Vodafone Live ! et Orange World), ces dernières ne comptent à ce jour qu'environ 3.000.000 d'utilisateurs, soit pas même 10% des clients.

A cet égard, les prévisions produites par l'ART sont éclairantes en ce qu'elles démontrent que même si l'utilisation de ces services devait s'accroître dans les prochaines années, la demande des utilisateurs devrait cependant rester fortement centrée sur les services de voix et les SMS.

S'agissant des SMS, leur usage est nettement moins développé en France que chez nos voisins européens : près de 12,2 milliards de SMS ont été échangés en 2001 au Royaume-Uni³⁴, contre seulement 3 milliards en France³⁵. Pour 2004, sur le territoire métropolitain et sur la base des données regroupées par l'ART dans le cadre de l'Observatoire des Mobiles, le nombre de SMS échangés s'élève à 10,45 milliards³⁶. Le total de SMS échangé en France « pèse » seulement 2.2% du total mondial pour 5.5% du parc GSM mondial. **Le retard français est donc toujours réel.** Sans doute faut-il y voir les conséquences de la tarification commune excessive pratiquée par les trois opérateurs. Ce prix prohibitif des SMS a d'ailleurs amené le Premier Ministre lui-même, dans le cadre de ses vœux à la presse pour l'année 2004, à demander une baisse du prix de ce service³⁷.

Tele2 entend également souligner que le développement éventuel de technologies telles que le wifi et le wimax ne devrait pas venir remettre en cause cette situation puisque, au-delà des questions relatives à leur substituabilité avec les services de téléphonie mobile³⁸, wifi devrait, dans un premier temps au moins, être circonscrite géographiquement aux zones à forte densité de population, et le wimax ne permet pas à l'heure actuelle de gérer des situations de mobilité. Cette situation empêchera donc tout impact significatif de ces technologies sur le marché de la téléphonie mobile.

³⁴ Pour 35 millions d'abonnés en moyenne sur la période, selon « Mobile data association » et Ofcom, « UK Telecom Industry : Market Information, dec 2001.

³⁵ pour 33 millions d'abonnés en moyenne sur la période, source ART, décembre 2001.

³⁶ Sur la base de 1,904 milliards de SMS échangés au premier trimestre 2003 (source ART).

³⁷ *"L'inflation demeure trop élevée dans notre pays. Nous avons encore des progrès à faire pour que, dans certains secteurs, la concurrence joue pleinement au profit des consommateurs et du pouvoir d'achat. Je pense, à titre d'exemple, à la téléphonie mobile, plus précisément au prix unitaire des SMS qui demeure trop élevé en France et qui doit baisser, je le souhaite, dès cette année".*

³⁸ Puisque de leur substituabilité dépendra ou non leur inclusion dans le périmètre des marchés pertinents en matière de téléphonie mobile.

Il apparaît donc que le marché est marqué par une grande maturité technologique, laquelle conduit à une absence de facteurs de différenciation technique entre les opérateurs, et favorise donc l'adoption de politiques concertées entre eux.

Enfin, il convient de relever que, quand bien même certaines innovations technologiques verraient lentement le jour, le fait qu'elles bénéficient conjointement aux trois opérateurs mobiles constitue une circonstance n'incitant pas les opérateurs à remettre en cause leur ligne commune d'action sur le marché.

ComReg précise d'ailleurs, sur ce point, que :

"[...] the source of those innovations is an equipment industry whose own economic incentives are to disseminate those 'innovations' over the whole mobile industry, which operates in Europe to common standards. Thus, innovations tend not to favour one firm in the market for any particular duration because the most important innovations in the mobile sector are coordinated at an industry level, as evidenced by the introduction of 3G services. [...]"

In this sense, the Irish mobile communication market cannot be considered to be a market driven by one-sided (i.e. single operator) innovation, and therefore it is unlikely that innovation would adversely affect the incentives for co-ordination".

3.2.1.2.3 La très faible mobilité de la demande

Ce critère, visé par les lignes directrices de la Commission et l'article D. 302 du CPCE dans la notion générale "d'élasticité de la demande", n'a pas été analysé par l'ART. Pourtant, il est indéniable que la mobilité des abonnés est faible (et que cette situation est sciemment entretenue par les trois opérateurs mobiles).

Cette situation résulte, en premier lieu, de la difficulté pour les abonnés (mais pas pour les opérateurs) de comparer les différentes offres qui sont proposées par les trois opérateurs mobiles.

En effet, si les différents tarifs des offres résidentielles des opérateurs sont publiés et accessibles, il n'en demeure pas moins que leur complexité, sciemment entretenue, entraîne une impossibilité, pour les utilisateurs, de véritablement connaître la tarification des services qu'ils souscrivent et, plus encore, de les comparer avec ceux des autres opérateurs. Cette situation permet aux opérateurs mobiles de faire obstacle à l'exercice d'une véritable concurrence par les prix et entraîne, bien évidemment, un effet désincitatif au changement d'opérateur.

L'étude précitée de l'INSEE précise à cet égard que :

« L'offre de services de téléphonie mobile et sa tarification sont si divers que les choix des consommateurs, même rationnels, ne peuvent être fondés que sur une connaissance partielle des avantages et inconvénients relatifs des produits. Selon une enquête de l'ART, seule une minorité d'usagers ont connaissance de la tarification des communications au-delà d'un forfait ou des conditions d'un changement de forfait chez le même opérateur. Les consommateurs sont, de plus, contraints par leurs choix passés car l'achat d'un produit les engage : durée de contrat pour un forfait, coût global de la carte pour une carte prépayée ».

Par conséquent, si les tarifs des offres résidentielles des opérateurs sont publics, il n'en demeure pas moins que la complexité de chacune de ces offres, assorties des nombreuses options, tantôt gratuites tantôt payantes, rend extrêmement difficile la comparaison pour l'utilisateur, qui ne sait, la plupart du temps, pas combien lui coûte une minute de téléphonie mobile.

En second lieu, la faculté de changer d'opérateur est également très réduite du fait des nombreux obstacles empêchant ou complexifiant un tel changement.

L'INSEE³⁹ indique que *« l'autre problème est celui de la mobilité des consommateurs. Il est fait, implicitement dans la relation, l'hypothèse que les consommateurs des profils changent « instantanément » de produits dès lors qu'il en apparaît un plus avantageux. Or, la réalité est bien différente. Ainsi, changer d'opérateur à un coût – démarches à entreprendre [...]. Il faut y ajouter le coût financier, notamment par les titulaires de forfaits qui sont engagés pour un an ou plus. Par ailleurs, bien que cela soit difficile à quantifier, il semble que la mobilité au sein de chaque opérateur soit largement supérieure à celle entre opérateurs, parce que les consommateurs peuvent prendre une option intermédiaire en se rabattant sur un meilleur produit de leur opérateur initial, sans pour autant qu'il soit optimal ».*

La généralisation, depuis plusieurs années, des offres avec un engagement contractuel de très longue durée (24 mois) a progressivement introduit une « viscosité » très forte du marché, en immobilisant les consommateurs sur une offre donnée. Il en va de même pour les offres de renouvellement de terminaux et autres programmes de fidélisation proposés par les opérateurs, qui sont assortis de durées de réengagement importantes (souvent 24 mois).

Il est, à cet égard, particulièrement éclairant de se reporter à l'analyse réalisée par le Conseil de la concurrence quant à l'effet de ces clauses de renouvellement et de ces programmes de fidélisation mis en place par les opérateurs mobiles. En effet, dans sa décision n°04-MC-02 en date du 9 décembre 2004, le Conseil a eu l'occasion de prononcer sur (et d'accorder) une demande de mesures conservatoires présentée par la société Bouygues Télécom Caraïbes à l'encontre, notamment, de la société Orange Caraïbes. Or, au titre des pratiques anticoncurrentielles dénoncées par la société plaignante figuraient justement ces pratiques de fidélisation. On relèvera ainsi que, compte tenu de sa faible position concurrentielle dans les Caraïbes, Bouygues Télécom Caraïbes n'hésite pas à dénoncer certains comportements mis en œuvre par son concurrent alors même que, sur le territoire métropolitain, elle n'en fait rien. Cette situation s'explique très probablement par le fait que, sur le territoire métropolitain, Bouygues Télécom met également en œuvre de tels programmes de fidélisation, lesquels lui bénéficient, compte tenu de la volonté conjointe des trois opérateurs d'entretenir une situation faiblement concurrentielle afin de maximiser leurs profits sur chaque abonné.

Dans cette décision, dont l'analyse concurrentielle apparaît totalement transposable aux programmes de fidélisation mis en place sur le territoire métropolitain par les trois opérateurs, le Conseil relève que :

" [...] il ressort de l'instruction que Orange Caraïbe a mis en œuvre différents programmes visant à fidéliser sa clientèle. Tout d'abord, Orange Caraïbe offre gracieusement à ses clients Orange Card des crédits de

³⁹ Cf. étude précitée.

communications pour ceux qui achètent régulièrement des cartes prépayées (bonus de rechargement) et ceux qui le font dans la durée (bonus anniversaire). En outre, Orange Caraïbe a développé le programme « Changez de mobile » qui permet à ses abonnés de cumuler des points de fidélité à chaque facture en fonction notamment du montant de celles-ci. Dès que l'abonné a accumulé 350 points, il peut les utiliser pour acheter un nouveau terminal à un tarif préférentiel. S'il utilise ses points en acquérant un nouveau terminal, l'abonné doit se réengager pour 24 mois avec Orange Caraïbe. Enfin, Orange Caraïbe accorde une remise de 3 € sur chaque facture mensuelle pour ses clients qui se sont engagés sur 24 mois (« Orange fidélité »).

Les programmes de fidélisation ont deux effets pour le consommateur : un effet direct, favorable, de baisse des prix par rapport au prix courant de la prestation pour les clients non fidélisés ; un effet indirect, défavorable, parce qu'ils augmentent le coût de changement d'opérateur pour les consommateurs et n'incitent donc pas les offreurs à se faire concurrence en prix. En outre, ces programmes modifient l'arbitrage auquel fait face le consommateur au moment de comparer l'avantage à rester chez son opérateur ou à partir chez un concurrent, en rendant cette dernière option plus coûteuse. Ils ont donc pour effet de figer les parts de marché.

[...]

Sur un marché proche de la saturation où les primo-accédants sont rares, les opérateurs ne peuvent espérer augmenter leur part de marché qu'en proposant des offres attractives aux clients de leur concurrent. Dans ce contexte, ces pratiques fidélisantes sur longue période et l'emboîtement des périodes d'engagement ont pour effet de dissuader le consommateur de faire jouer la concurrence au seul moment où cela lui est possible, c'est-à-dire au terme de sa période d'engagement. Elles sont susceptibles d'entraîner une cristallisation des parts de marché⁴⁰, mettant ainsi l'opérateur dominant à l'abri d'une réelle concurrence".

Il ne fait donc aucun doute que ces pratiques de fidélisation, conjointement mises en œuvre par les trois opérateurs mobiles, cristallisent totalement leurs parts de marché (dont on a vu la stabilité ci-dessus).

Tele2 évalue le churn réel annuel (c'est-à-dire net des résiliation-réabonnement au sein d'un même opérateur) à environ 7.5% pour Orange, 10% pour SFR et 12% pour Bouygues Telecom⁴¹. Ces chiffres sont très faibles puisqu'on enregistre par exemple un taux de churn annuel d'au moins 25% dans le secteur concurrentiel de la téléphonie fixe.

Pour "fidéliser" leurs clients, les opérateurs peuvent également avoir recours à des contraintes techniques artificielles. Ainsi, le verrouillage de terminaux pratiqué par les opérateurs mobiles français peut avoir en théorie deux types d'effets :

- limiter la capacité effective des consommateurs à changer d'opérateur ;

⁴⁰ Les surlignements et soulignements figurant dans cette citation ont été ajoutés par nos soins.

⁴¹ Sur la base des taux de résiliation annuel publiés par les opérateurs de 15% et de parts de ventes respectives de 48% pour Orange France, 35% pour SFR et 17% pour Bouygues Télécom.

- aider à lutter contre le vol de terminaux.

Il semble clair pour Tele2 que l'aspect « verrouillage du client » est la raison essentielle du verrouillage des terminaux pratiqué par les opérateurs.

En effet, concernant le problème du « vol des terminaux », comment expliquer le fait que les opérateurs français aient jusqu'à présent refusé de mettre en place une solution technique simple, éprouvée et déployée mondialement : la base de données IMEI ?

Tele2 rappelle la tentative des opérateurs mobiles de verrouiller leurs terminaux sur leur propre portail WAP. Le Conseil de la Concurrence a considéré, dans sa décision n°2000-MC-17 en date du 7 novembre 2000, que cette pratique revêt un caractère anticoncurrentiel. Il a en effet relevé que « [...] il ne peut être exclu, sous réserve d'une instruction au fond, que les clauses relatives au « waplockage » des terminaux, introduites dans les cahiers des charges qui les lient aux constructeurs par les sociétés France Télécom Mobiles et SFR, aient pour objet et pour effet de limiter l'accès au marché de la fourniture d'accès à Internet mobile par des fournisseurs d'accès concurrents et de restreindre l'accès au marché des contenus et qu'en imposant ces clauses ou en commercialisant des appareils non dotés de la technologie Over the Air Provisioning (OTAP) ces opérateurs ont mis en œuvre des pratiques prohibées par les dispositions des articles L. 420-1 ou L.420-2 du livre IV du code de commerce ».

Le simlockage des terminaux, lié à l'imposition de contrats de longue durée, conduit à "verrouiller", en pratique, les consommateurs avec leur fournisseur de téléphonie mobile.

Enfin, s'il est incontestable que l'introduction de la portabilité des numéros mobiles devait théoriquement favoriser la mobilité des abonnés, ses conditions de mise en œuvre en ont drastiquement réduit l'impact. L'ART relevait ainsi, dans sa consultation publique relative à la portabilité des numéros mobiles datant du 13 octobre 2004, que :

" [...] depuis le lancement le 1^{er} juillet 2003 : 143 400 numéros mobiles ont été portés au 30 juin 2004, ce qui représente environ 0,4% du parc actif total de clients mobiles (40,344 millions d'abonnés mobiles au second trimestre 2004 selon l'observatoire des mobiles).

Rapporté au taux de résiliation, il semble qu'en moyenne 2 à 3% des demandes de résiliation sont accompagnés d'une demande de bon de portage dont entre 40 et 60 % sont effectivement exercés, soit un taux de portage représentant environ 1 à 2% des résiliations internes et externes avec portage".

C'est d'ailleurs bien ce constat d'échec qui a conduit l'ART à faire évoluer ce processus vers plus de souplesse (les opérateurs mobiles ayant tout fait pour en complexifier l'utilisation⁴²). Elle a ainsi, par sa décision n°04-1126 en date du 21 décembre 2004, modifié ses lignes directrices relatives à la portabilité des numéros mobiles.

⁴² A cet égard, la lecture de la synthèse de la consultation publique sur la portabilité des numéros mobiles publiée par l'ART le 22 décembre 2004, disponible sur son site Internet, fait apparaître de manière extrêmement claire la volonté des trois opérateurs mobiles de ne pas favoriser son développement, ces derniers se montrant peu enclins à l'adoption de changements structurants.

Toutefois, malgré ces changements, il ne fait que peu de doute que la procédure de portabilité modifiée ne devrait pas substantiellement accroître la fluidité du marché puisque les principales contraintes au changement d'opérateurs demeureront, à savoir :

- Le prix pratiqué par les opérateurs pour ce service de portabilité, presque systématiquement refacturé aux utilisateurs, et,
- Les délais d'engagement contractuels particulièrement longs pour les offres post payées, souvent renouvelés dans le cadre des programmes de fidélisation mis en place par les opérateurs, ainsi que les délais de résiliation de l'ordre de plusieurs mois.

L'absence de capacité effective, pour les consommateurs, à changer d'opérateur constitue ainsi également un facteur supplémentaire décourageant toute velléité concurrentielle éventuelle d'un des trois opérateurs mobiles.

3.2.1.2.4 L'absence de contre-pouvoir des clients

En premier lieu, et bien que l'ART n'ait pas analysé ce critère au niveau du marché de détail, Tele2 entend souligner qu'il n'existe pas de tel contre-pouvoir puisque ni les abonnés, ni, le cas échéant, les distributeurs utilisés par les opérateurs mobiles, ne peuvent exercer une quelconque puissance d'achat compensatrice sur ces derniers.

S'agissant, en premier lieu, des abonnés eux-mêmes, force est de constater que ces derniers ne disposent d'aucun pouvoir de négociation vis-à-vis des opérateurs mobiles. Certes, certains grands comptes négocient des conditions particulières dans le cadre d'offres sur mesure mais ces offres, réservées aux professionnels, sont par trop marginales pour exercer une quelconque contrainte concurrentielle sur les opérateurs mobiles.

D'ailleurs, le fait que les opérateurs mobiles soient régulièrement condamnés devant les juridictions civiles au sujet des différentes clauses abusives contenues dans leurs contrats est une preuve supplémentaire de la faculté dont ils disposent de se comporter de manière totalement indépendante de l'intérêt de leurs clients consommateurs⁴³.

Ainsi que le relève l'Ofcom dans son document précité, qui apparaît, sur ce point, parfaitement transposable à la situation existante sur le marché français :

« Dealing first with retail customers, very few are large enough to have significant buyer power. Mobile network operators have provided details to Oftel that indicate that only a limited share of the mobile network operators' revenue is accounted for by customers with more than a few hundred connections. The importance of any buying power exerted by direct retail customers of the mobile network operators is therefore likely to be limited relative to the overall customer base ».

⁴³ La Cour d'Appel de Versailles a ainsi condamné Orange France le 4 février 2004 à supprimer huit clauses jugées abusives dans ses contrats avec les particuliers. SFR a également été condamnée par le Tribunal de Grande Instance de Nanterre le 17 mars 1999 à supprimer de ses contrats huit clauses également jugées abusives. Cette condamnation a été confirmée par la Cour d'Appel de Versailles le 24 janvier 2002, qui a en outre condamnée SFR au paiement de 15.244,90 euros de dommages et intérêts. Notons que les opérateurs mobiles ont également fait l'objet de plusieurs autres condamnations. Pour plus de détails, on renverra le lecteur au site internet "www.juritel.free.fr" qui recense de manière relativement exhaustive les différentes décisions jurisprudentielles dont ont fait l'objet les opérateurs mobiles en raison de manquements aux dispositions du Code de la Consommation.

S'agissant, en second lieu, des distributeurs, la fermeture progressive de toutes les SCS, l'importance des circuits de distribution directement détenus et contrôlés par les opérateurs mobiles (800 Agences FT, 500 Espaces SFR, 400 Boutiques Bouygues Telecom et Teleciel représenteraient 40% des ventes de mobiles), et l'éclatement de la distribution en de très nombreuses enseignes de petite et moyenne taille, suggèrent que leur pouvoir de négociation est plus que limité. A titre d'exemple, la commercialisation des services de téléphonie mobile de Orange, qui dispose de la plus large part de marché sur le marché de détail, est essentiellement faite par le biais des agences France Télécom (41% selon le document de référence de Orange pour l'année 2002) et par le biais des propres points de vente de Orange (110 magasins Mobistore ont enregistré 6% des ventes en 2002, toujours selon le même document de référence). La distribution par le biais de distributeurs indépendants de Orange n'a, quant à elle, représenté que 16% de l'enregistrement de nouveaux clients en 2002. Ce canal de distribution indépendant ne permet donc pas de générer une quelconque puissance d'achat compensatrice.

Dans ce contexte, il ne fait pas de doute que, sur le marché de détail de la téléphonie mobile, il n'existe aucun contre-pouvoir des clients, qu'il s'agisse des abonnés ou des distributeurs indépendants, ce qui assoit encore davantage la dominance collective des trois opérateurs.

3.2.1.3 Conclusion quant à la situation concurrentielle sur le marché de détail

Ainsi que le relève justement l'ART, et comme le démontre l'analyse de l'ensemble des critères listés ci-dessus, le marché de détail de la téléphonie mobile est caractérisé par un *"faible jeu concurrentiel entre les opérateurs"*, ces derniers ayant fait le choix de minimiser toute concurrence par les prix et par les services afin de maximiser leurs revenus et, partant, leur rentabilité.

Bien évidemment, cette situation explique leur volonté, au niveau du marché de gros, de refuser l'accès à leur réseau à tout opérateur capable de dynamiser véritablement et durablement la concurrence.

3.2.2 L'analyse du marché de gros

L'analyse des critères de dominance collective sur le marché de détail de la téléphonie mobile, développée au point 3.2.1, démontre non seulement l'intérêt commun dont disposent les opérateurs mobiles à ne pas favoriser l'émergence de MVNO significatifs qui viendraient animer (voire ranimer...) le jeu concurrentiel sur ce marché - et leur profitabilité record en est l'explication la plus frappante- mais également les conséquences extrêmement dommageables de cet atonie sur les utilisateurs finaux.

Toutefois, comme l'a rappelé la Commission européenne dans sa décision en date du 20 janvier 2005 se prononçant sur l'analyse précitée réalisée par ComReg :

"However, in line with the view adopted in case FI/2004/00828, a company's performance on the retail market does not automatically mirror its position and conduct on the upstream wholesale market, even if there are currently no market transactions taking place on the latter. At the same time, it must also be emphasized that in order to find joint SMP in the wholesale market of mobile access and call origination, it is not indispensable to find joint SMP at the retail level. Although retail market conditions may inform an NRA of the structure of the wholesale market, they may and need not in themselves be conclusive as regards the finding of SMP at the wholesale level. Nonetheless the

Commission notes that ComReg has taken into account in its analysis the level of competition at retail level as well as the effects for consumers".

Dans ce contexte, il convient également de déterminer, au niveau du marché de gros, si les critères permettant de qualifier l'existence d'une position dominante collective, que ce soit aux termes des dispositions du "nouveau paquet télécom" et / ou de la jurisprudence des autorités communautaires de concurrence, sont remplis.

3.2.2.1 Le parallélisme de comportements des opérateurs démontre l'existence d'une véritable ligne commune d'action

Ainsi que Tele2 l'a évoqué ci-dessus au point 1.1, elle s'est vue opposer, depuis près de cinq ans et par l'ensemble des opérateurs mobiles, un refus face à ses demandes de devenir MVNO.

A cet égard, il est particulièrement révélateur de relever que, à l'exception de l'accord conclu entre Bouygues Télécom et Transatel en 2002 qui, compte tenu de sa cible de roamers internationaux, ne pouvait avoir le moindre impact sur le marché de détail, aucun accord de MVNO n'avait été conclu en France avant que le Ministre délégué à l'Industrie ne fasse pression sur les opérateurs mobiles afin qu'ils acceptent l'émergence de nouveaux acteurs. M. Devedjian n'est d'ailleurs pas dupe de la situation puisqu'il a déclaré, à raison, que *"La France conjugue le plus faible taux de pénétration en Europe et le plus faible nombre d'opérateurs. L'équilibre économique et commercial des premiers opérateurs virtuels reste précaire, les trois opérateurs mobile en place exerçant une véritable domination conjointe"*⁴⁴.

Et si, face à cette pression gouvernementale et au risque, pour les opérateurs mobiles (étant précisé que ce qu'ils identifient comme un risque est, évidemment, en réalité une opportunité pour les abonnés), de se voir imposer par l'ART une obligation d'accès à leur réseau, quelques accords ont été récemment conclus (Debitel, Breizh Telecom) et que les effets d'annonces se multiplient ces derniers jours (Futur Telecom, NRJ⁴⁵, etc.), force est de constater que le choix des candidats MVNO a été sciemment effectué afin d'éviter une véritable dynamisation de la concurrence. S'agissant de ces MVNO, il semble d'ailleurs qu'ils reposent sur un modèle de type ESP, qui n'est pas celui offrant de véritables capacités de différenciation techniques et, partant, commerciales.

La stratégie coordonnée des opérateurs mobiles apparaît donc parfaitement claire : conclure quelques accords de MVNO dans l'espoir que l'ART considérera que le marché est devenu concurrentiel et qu'il n'est pas nécessaire d'imposer d'obligation d'accès, alors même que les candidats choisis l'ont été justement compte tenu de leurs ambitions modestes ou ciblées (géographiquement ou sur un segment de clientèle donné).

Là encore, ce parallélisme de comportements sur le marché de gros vient conforter la démonstration de l'existence de la position dominante collective détenue par les opérateurs mobiles.

⁴⁴ <http://www.silicon.fr/getarticle.asp?ID=8134>, article Internet en date du 17 janvier 2005.

⁴⁵ Cf. notamment Les Echos du 10 janvier 2005, p.22, du 24 janvier 2005, p.26, Les Echos du 4 février 2005, p.22.

3.2.2.2 Une structure de coûts analogue

Tele2 rejoint pleinement l'analyse de l'ART aux termes de laquelle " [...] les trois opérateurs de réseau ont des coûts variables et marginaux très similaires. Du point de vue de la théorie économique, ce constat est suffisant pour étayer la thèse d'une symétrie d'intérêt entre acteurs".

En effet, Tele2 relève également qu'il n'existe pas de différence significative dans les structures de coûts des trois opérateurs puisque l'analyse de leurs comptes sociaux démontre que l'essentiel de leurs coûts « techniques » correspondent à un coût fixe (*sunk cost*) d'investissement dans le déploiement du réseau. Les couvertures géographiques des trois opérateurs étant proches, la structure de leurs coûts est donc très similaire.

3.2.2.3 L'existence de parts de marché stables et relativement similaires

Dans la mesure où il est nécessaire, pour déterminer les parts de marchés dont disposent les opérateurs mobiles sur le marché de gros, de se référer à leur position concurrentielle au niveau du marché de détail (cf. point 3.1.1), Tele2 renvoie à ses développements figurant au point 3.2.1.1.3 s'agissant de la stabilité des parts de marché.

Quant à la similitude de ces parts de marchés, Tele2 partage pleinement le constat de l'ART selon lequel :

- Les parts de marché détenues respectivement par Orange et SFR sont relativement proches ;
- La part de marché détenue par Bouygues Télécom, bien que moins importante, ne constitue pas un obstacle à l'existence d'une stratégie commune des trois opérateurs.

S'agissant de ce dernier point, ComReg relève que :

"Moreover, when one is faced with a duopoly and the smaller of the two duopolists is already at such a market share level as to otherwise justify an enquiry into single dominance, the concept of "symmetry" should not be interpreted in a formalistic way which is equivalent to "identical", as this would be unrealistic from a commercial standpoint. This is also borne out by the EU Commission's views on this particular issue, as set forth in a Position Paper submitted to the OECD in 1999: "Symmetry of market shares can be an indication of similarity of incentives and of similarities in the scope for retaliation. However, market shares do not need to be completely symmetric in order for oligopolistic dominance to take place. It is quite conceivable that a merger will lead to one or more oligopolists being stronger than the other members in the oligopoly. In some situations there may even be a leader in the oligopoly. The important issue in the assessment of the symmetry of market shares is whether the market shares indicate a sufficient degree of similarity of incentives and retaliation possibilities. This can only be determined on a case by case basis".

3.2.2.4 La maturité technologique du marché

Sur ce point, Tele2 renvoie à ses développements figurant au point 3.2.1.2.2 concernant le marché de détail, totalement transposables au marché de gros.

3.2.2.5 L'identité des capacités de production

Ainsi que le relève justement l'ART, la similitude des situations des trois opérateurs mobiles en termes de capacités excédentaires, compte tenu notamment des dernières fréquences 2G disponibles qui leur ont été conjointement attribuées, constitue un facteur supplémentaire de coordination.

3.2.2.6 L'homogénéité des prestations offertes par les opérateurs mobiles

Bien que les opérateurs soient discrets sur ce point, il semble bien que l'ensemble des accords de MVNO conclus à ce jour reposent sur un schéma de type ESP. **[secret des affaires]**

Or, outre le fait que ce type d'accord constitue celui qui offre le moins de latitude technique et, partant, commerciale au MVNO (cf. point **4.2.2.1.2** pour davantage de développements sur ce point), cette identité dans les prestations de gros offertes par les trois opérateurs mobiles constituent, là encore, un élément complémentaire venant démontrer la position dominante collective dont ils jouissent.

3.2.2.7 L'existence de liens formels et informels entre les opérateurs

Ainsi que le suggère la condamnation des cinq opérateurs mobiles néerlandais (dont Dutchtone filiale de Orange et Vodafone, actionnaire de SFR) pour entente illicite sur le niveau des subventions des pack prépayés, ce critère apparaît important puisque, dans le cadre de cette affaire, cet accord illicite avait été conclu à l'occasion d'une réunion secrète dont l'objet était officiellement « *la lutte contre le vol de terminaux* », selon les explications embarrassées fournies a posteriori par les opérateurs fautifs.

En France, il existe de très nombreux liens formels et informels entre les trois opérateurs mobiles, qui se matérialisent par :

- La création de l'AFOM, structure de concertation et de lobbying animée par les trois opérateurs mobiles. Tele2, ès qualité de futur opérateur mobile, a souhaité, il y a quelques années, adhérer à l'AFOM, mais ses démarches ont reçu une réponse négative ;
- La mise en place concertée des services SMS+, avec entente sur les tarifs et les numéros d'appels ;
- Le lancement commun du portail de services « Gallery » avec définition d'un taux de reversement unique et commun aux trois opérateurs ;
- La création d'un GIE ayant pour objet « d'harmoniser les conditions commerciales entre les opérateurs » pour la mise en place de bornes Wifi ;
- La reprise concertée des effectifs de la société Dolphin Telecom en 2003.

S'agissant plus particulièrement de l'AFOM, cette association est définie par ses membres de la manière suivante (cf. présentation disponible sur le site www.afom.fr) :

« L' Association Française des Opérateurs Mobiles (AFOM) est une association loi de 1901 qui a fait l'objet d'une annonce publique le 14 février 2002. Elle constitue la plate-forme de rencontre officielle des opérateurs mobiles qui, au titre de leurs licences, investissent dans des infrastructures pérennes en France. A ce jour, elle rassemble trois opérateurs adhérents :

- Bouygues Telecom ;
- Orange France ;
- SFR.

Ses missions : L'AFOM a pour vocation de traiter des problèmes communs à ses adhérents qui sont d'intérêt général, et n'entrent pas dans le champ de la concurrence. Ainsi, l'Association :

- Coordonne l'action des opérateurs.
- Aide à définir les conditions de déploiement des réseaux, eu égard aux préoccupations exprimées concernant les ondes radioélectriques.
- Elabore et présente les points de vue communs aux trois opérateurs sur toutes questions touchant au secteur de la téléphonie mobile.
- Contribue activement, par ses études et ses interventions sur tous les sujets réglementaires, techniques ou économiques, à favoriser le développement du secteur, en tant qu'interlocuteur des pouvoirs publics, de l'Autorité de Régulation des Télécommunications et des Associations ».

Toutefois, si l'AFOM tente de faire croire qu'elle n'a pas vocation à traiter de questions relevant du champ d'application de la concurrence, mais uniquement de problématiques d'intérêt général, la réalité de son action publique est toute autre. En effet, cette structure sert principalement aux opérateurs mobiles de structure de concertation privilégiée pour préserver leurs propres intérêts (et notamment le caractère oligopolistique du marché) en réalisant des actions de lobbying .

Il suffit, pour s'en convaincre, de se référer à l'article paru dans le quotidien Les Echos en date des 27 et 28 décembre 2002 et intitulé « Les opérateurs mobiles, première cible de la nouvelle loi sur les télécoms ». En effet, dans cet article, l'AFOM, bien loin de poursuivre une action d'intérêt général, s'insurgeait contre les dispositions du nouveau « paquet télécom », dont la transposition conduira à réguler les différents marchés pertinents de la téléphonie mobile identifiés par la Commission dans sa Recommandation.

Cet article précise ainsi que « Les opérateurs mobiles défendent bec et ongles leur « fromage ». D'ores et déjà, dans leurs réponses à la consultation publique sur la nouvelle loi, ils dénoncent la volonté de leur imposer toute nouvelle contrainte. [...] L'AFOM, association des trois opérateurs français, estime qu'une "sur-réglementation" serait "inappropriée et contre-productive", et pourrait "conduire à une mise sous tutelle" du secteur. Pour elle, "la régulation devrait s'appliquer uniquement en l'absence de toute concurrence effective" ». Ces prises de position démontrent

que l'objet de l'AFOM est bien de traiter les questions concurrentielles afin de tenter de préserver le caractère oligopolistique du marché.

On peut également relever que, dans une interview accordée à la Lettre d'Information Neteconomie.com le 4 septembre 2003, le Délégué Général de l'AFOM, René Russo, à qui l'on avait posé la question suivante : « *la France est le seul grand pays à ne compter que trois opérateurs cellulaires, désormais tous rentables. Existe-t-il un risque d'oligopole ? Pensez-vous qu'on pourrait voir apparaître des MVNO avec l'UMTS ?* », a répondu que :

« [...] *La concurrence est tout aussi rude entre les trois opérateurs français, d'autant qu'à trois, il y en a toujours un qui pense différemment des deux autres. A mes yeux, le risque d'oligopole n'existe donc pas.*

Pour vous répondre sur les MVNO, je crois qu'ils peuvent apparaître si ils apportent une véritable valeur ajoutée et que chacun y trouve son intérêt. Jusqu'à présent, les opérateurs cellulaires n'ont pas bien compris pourquoi et au nom de quoi ils devraient leur ouvrir leurs infrastructures. Nous ne sommes plus dans le cas de France Télécom, dont le réseau filaire a été financé par l'Etat. Les réseaux cellulaires sont privés. Les MVNO pourront exister dès lors qu'ils apporteront un plus au consommateur et apparaîtront comme partenaires des opérateurs ».

Cette prise de position démontre que l'AFOM sert de lieu de concertation privilégié entre les trois opérateurs mobiles, qui leur permet d'échanger diverses informations. Cette transparence entretient le caractère oligopolistique du marché.

Il n'est, enfin, pas inutile de rappeler que la DGCCRF s'est intéressée de très près à ces "échanges" entre les trois opérateurs mobiles puisqu'elle a conduit plusieurs « *raids simultanément chez les trois opérateurs mobiles français* »⁴⁶.

Dans ce contexte, l'existence de liens formels et informels entre les trois opérateurs mobiles est non seulement indéniable, mais tend à renforcer la domination oligopolistique qu'ils exercent sur le marché.

3.2.2.8 L'application des critères dégagés par la jurisprudence en matière d'abus de position dominante et d'appréciation des opérations de concentration

Ainsi que l'a très récemment rappelé le TPICE dans son arrêt en date du 26 janvier 2005⁴⁷ à l'occasion duquel il s'est penché sur l'existence éventuelle d'une position dominante collective aux fins de l'application de l'article 82 du Traité CE (relatif aux abus de position dominante) :

"La constatation de l'existence d'une position dominante collective dépend de la réunion de trois conditions cumulatives : premièrement, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent ou non la même ligne d'action ; deuxièmement, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il doit exister une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché ; troisièmement, la réaction prévisible des concurrents

⁴⁶ Les Echos en date du 8 août 2003.

⁴⁷ Arrêt rendu dans l'affaire T-193/02, Laurent Piau contre Commission.

actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune (arrêts du Tribunal du 6 juin 2002, Airtours/Commission, T 342/99, Rec. p. II 2585, point 62, et du 8 juillet 2003, Verband der freien Rohrwerke e.a./Commission, T 374/00, non encore publié au Recueil, point 121)".

Or, ainsi que le relève l'ART dans son document d'analyse, ces trois critères sont parfaitement remplis en l'espèce.

3.2.2.8.1 La transparence du marché

En premier lieu, Tele2 entend rappeler que, sur le marché de détail, la transparence est totale (cf. point **3.2.1.1.7**).

En second lieu, Tele2 partage pleinement l'avis de l'ART sur le fait que l'existence de nombre de liens et structures communes aux trois opérateurs mobiles (cf. point **3.2.2.7**) constitue autant de forums leur permettant d'échanger des informations sur leurs offres respectives et, partant, accentue encore la transparence du marché.

En dernier lieu et comme le relève l'ART, *"sur le marché de gros, il est observé une transparence extrême tenant à la nécessaire publicité faite à l'apparition de tout opérateur virtuel sur le marché"*. Tele2 entend à cet égard souligner que cette situation est encore accentuée par le fait que, ces derniers temps, les opérateurs mobiles multiplient les effets d'annonce en la matière afin d'accréditer l'idée selon laquelle le marché serait concurrentiel...

Il est enfin important de préciser que, au-delà de la transparence sur la conclusion de nouveaux contrats de MVNO sur le marché de gros, cette visibilité porte également sur les conditions techniques et tarifaires consenties au MVNO puisque ces dernières peuvent se déduire de la structure et du niveau des offres proposées par ce dernier. **[secret des affaires]**.

3.2.2.8.2 La dissuasion

En premier lieu, Tele2 ne partage pas l'analyse de l'ART aux termes de laquelle les éventuelles actions de rétorsion pouvant être mises en œuvre afin de dissuader un des membres de l'oligopole de s'écarter de la ligne commune d'action ne sauraient s'inscrire au niveau du marché de gros.

En effet, même s'il est vrai que la conclusion d'un accord de MVNO ne peut se faire immédiatement et serait susceptible d'entraîner, pour l'opérateur hôte, un risque d'intensification de la concurrence par le nouveau MVNO, une telle mesure de représailles ne peut pour autant être *de facto* exclue. En particulier, le risque d'intensification de la concurrence avancé par l'ART pour minimiser la probabilité d'un tel comportement apparaît, en réalité, peu pertinent puisque les capacités concurrentielles du nouvel opérateur MVNO sur le marché de détail seront directement contraintes par les conditions de gros qui lui auront été consenties.

Tele2 relève d'ailleurs que ce scénario a été jugé crédible par ComReg, qui a exposé que :

"ComReg is of the view that Vodafone and O2 could respond to a price deviation by lowering retail prices, or by offering wholesale airtime on terms that enable independent service providers to offer lower retail prices. One or other, or both, responses would be rational, if the other firm undertook a course of action which reduced the retail price of services provided over its network".

Par conséquent, un premier type de mesures de représailles serait susceptible d'intervenir directement sur le marché de gros.

En second lieu, ces mesures de représailles pourraient également être mises en œuvre sur le marché de détail.

Tout d'abord, et comme le relève justement l'ART, la réponse des membres de l'oligopole face à tout comportement de ce type pourrait consister à lancer des offres ciblées visant à faire échec au développement de l'opérateur virtuel nouvellement lancé. Une telle solution présente l'avantage, pour les opérateurs la mettant en œuvre :

- d'impacter directement tant le nouvel opérateur virtuel (en remettant en cause la pérennité de son plan d'affaires) que son opérateur hôte (qui risque de ne pouvoir rentabiliser les investissements afférents à l'accueil du MVNO) ;
- d'être temporaire, les offres de "sabordage" du nouvel opérateur virtuel pouvant cesser d'être proposées à la commercialisation dès que leur objectif est atteint.

En troisième lieu, les mesures de rétorsion pourraient, de manière plus générale et comme le relève, là encore, ComReg, consister dans une baisse des prix de détail. Certes, comme l'indique l'ART, l'effet d'un tel comportement serait minimisé par la faible élasticité de la demande du fait, notamment, de la durée particulièrement longue des engagements contractuels souscrits par les abonnés.

Pour autant, de telles mesures de rétorsion apparaissent parfaitement envisageables et d'autant plus efficaces qu'elles pourraient être accompagnées de publicités comparatives ciblées visant les services de l'opérateur déviant. A cet égard, il suffit de se reporter aux campagnes publicitaires quotidiennement réalisées en matière de téléphonie fixe pour constater que la réalisation de telles publicités comparatives est relativement aisée, compte tenu du caractère parfaitement standard et objectif des prestations offertes. Or, alors que, sur le marché fixe, où la concurrence est exacerbée, de telles campagnes sont largement diffusées (France Télécom ayant elle-même eu recours à ce type de communications commerciales, notamment en ciblant Tele2), Tele2 n'a pas connaissance de la moindre campagne comparative sur le marché de la téléphonie mobile mise en œuvre par l'un des trois membres de l'oligopole.

Ce type de mesures de rétorsion est parfaitement envisageable et pourrait, en particulier, avoir des conséquences extrêmement dommageables pour le plus petit des trois opérateurs, Bouygues Télécom, alors même que, en toute logique, c'est lui devrait avoir le plus intérêt à accueillir des MVNO significatifs sur son réseau pour en maximiser l'utilisation.

Ces mesures de rétorsion pourraient ainsi, très concrètement, se traduire par :

- Une baisse des prix : une baisse générale des tarifs de 10% plongerait Bouygues Telecom dans le rouge, mais laisserait encore près de 1 milliard d'euros de résultat net par an à SFR et 1.4 milliard d'euros à Orange ;

- Une augmentation, même temporaire, du niveau de rémunération des distributeurs ou du niveau de subventionnement des packs afin de faire chuter la part d'un marché de l'opérateur déviant.
- Une sortie des appels vers le réseau de l'opérateur déviant des forfaits des deux autres membres de l'oligopole, voire une surfacturation des appels vers les mobiles offnet : Cette menace a d'ailleurs été mise à exécution par Orange lors de la mise en place de la facturation à la seconde. La saisine du Conseil de la Concurrence sur ce point a permis de mettre fin à cette pratique (cf. décision n°02-D-69 du Conseil de la Concurrence en date du 26 novembre 2002).

Dans ce contexte, l'existence de telles possibilité de rétorsion est bien de nature à dissuader les membres de l'oligopole de s'écarter de leur ligne commune d'action. Enfin, la volonté qui anime les opérateurs mobiles de préserver leurs marges colossales constitue également un élément les incitant à ne pas dévier de cette ligne commune d'action.

3.2.2.8.3 La durabilité de la ligne commune d'action

Pour que la ligne commune d'action soit durable, encore faut-il qu'elle ne risque pas d'être rapidement remise en cause par le comportement des concurrents, actuels ou potentiels, voire des clients des membres de l'oligopole.

Or, en l'espèce, ce risque de remise en cause apparaît quasi-nul puisque :

- Au niveau du marché de détail, les clients ne disposent d'aucun pouvoir de négociation leur permettant d'exercer la moindre contrainte concurrentielle sur les opérateurs mobiles (cf. point **3.2.1.2.4**). La persistance de tarifs supra-concurrentiels (et en augmentation) au cours des quatre dernières années en est la preuve la plus flagrante ;
- L'existence de barrières à l'entrée, réglementaires, économiques et conjoncturelles, extrêmement fortes (cf. point **3.2.1.1.1**) lève presque tout risque, pour les opérateurs mobiles, de voir leur stratégie contestée.

En définitive, les opérateurs mobiles sont pleinement assurés de la durabilité de leur ligne commune d'action puisque le seul élément pouvant conduire à la remettre en cause résulterait dans l'apparition d'un (ou, évidemment, plusieurs) MVNO significatif sur le marché français, ce qu'ils ont, jusqu'à ce jour, tous refusé.

* *

*

En conclusion, et compte tenu de l'ensemble des critères analysés ci-dessus, il ne fait pas de doute que les trois opérateurs mobiles français disposent, sur le territoire métropolitain, d'une position dominante collective sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appels.

4 OBLIGATIONS ET REMEDES ENVISAGES

En premier lieu, Tele2 entend souligner que l'existence d'une position dominante collective de la part des trois opérateurs mobiles sur le marché précité doit nécessairement conduire l'ART à leur imposer au moins une obligation *ex ante* afin de permettre au marché de tendre vers une situation concurrentielle.

A cet égard, les lignes directrices de la Commission européenne sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché en application du cadre réglementaire communautaire pour les réseaux et les services de communications électroniques rappellent que « *Si une ARN constate que la concurrence sur le marché pertinent n'est pas effective car une ou plusieurs entreprises détiennent une position dominante, elle doit, conformément à l'article 16, paragraphe 4, de la directive «Cadre», désigner les entreprises puissantes sur le marché et leur imposer des obligations réglementaires appropriées. À noter que le fait de désigner une entreprise comme étant puissante sur un marché donné sans lui imposer les obligations réglementaires correspondantes n'est pas conforme aux dispositions du nouveau cadre réglementaire*⁴⁸, et notamment l'article 16, paragraphe 4, de la directive «Cadre». Autrement dit, l'ARN doit imposer au moins une obligation réglementaire à la charge d'une entreprise qu'elle a désignée comme puissante sur le marché ».

Cette analyse est d'ailleurs pleinement partagée par ComReg qui précise, dans sa consultation consolidée concernant le marché de gros de l'accès et du départ d'appels sur les réseaux mobiles du 9 décembre 2004, que :

"According to the SMP Guidelines, the purpose of imposing ex-ante obligations on undertakings designated as having SMP is to ensure that undertakings cannot use their market power either to restrict or distort competition on the relevant market, or to leverage such market power onto adjacent markets. Having found Vodafone and O2 to have SMP ComReg is obliged therefore by the Framework Regulations to impose appropriate obligations on them".

Cette obligation ayant été rappelée, Tele2 entend répondre aux interrogations de l'Autorité portant sur les :

- Questions concurrentielles identifiées ;
- Obligations envisagées notamment quant à leur caractère justifié et proportionné.

4.1 Les questions concurrentielles identifiées par l'Autorité

4.1.1 Le manque patent de concurrence au niveau du marché de détail

Ainsi que le démontre sans conteste l'analyse développée ci-dessus par Tele2, et sans qu'il soit nécessaire de revenir en détail sur ce point, il existe non seulement une absence de concurrence par les prix mais également dans les services proposés aux utilisateurs (et le retard pris pour le lancement des services 3G en France, en violation directe des obligations imposées à ces opérateurs par leurs autorisations, en est un parfait exemple).

⁴⁸ Surlignements et soulignements ajoutés.

Il est donc indispensable que l'Autorité impose aux opérateurs mobiles une obligation d'accès à leur réseau afin de permettre l'émergence de MVNO ambitieux autorisant une véritable dynamisation de la concurrence sur le marché.

En d'autres termes, l'imposition aux opérateurs mobiles, qui disposent d'une position dominante collective, d'une obligation d'accès apparaît bien nécessaire, proportionnée et raisonnable, ainsi que l'exige l'article 8 de la directive Cadre.

En particulier, Tele2 entend rappeler qu'elle pourra représenter un tel type de MVNO puisque, non seulement elle visera une clientèle importante (et non cantonnée à un segment ou une partie du territoire métropolitain) mais également car elle entend développer une offre innovante de convergence fixe/mobile, au plus grand bénéfice des utilisateurs (cf. les développements figurant au point 1.2)⁴⁹.

4.1.2 L'indispensable apparition de vrais MVNO

Le marché de la téléphonie mobile est, pour l'heure, sclérosé, les trois opérateurs en place tâchant de se partager au mieux les revenus considérables générés par la téléphonie mobile, au grand dam des abonnés.

Le développement des services de téléphonie mobile de troisième génération ne modifiera pas cette situation dans la mesure où seuls les opérateurs mobiles titulaires d'une licence GSM ont obtenu une licence UMTS et où l'arrivée d'un opérateur candidat à l'attribution de la quatrième licence UMTS apparaît plus qu'improbable à court ou moyen terme. Dès lors, la solution doit être recherchée dans l'apparition d'opérateurs MVNO (cf. point 4.1.2.1). Toutefois, pour que celle-ci soit efficace, encore faut-il que les accords conclus permettent l'apparition de vrais MVNO et non de MVNO "alibis" (cf. point 4.1.2.2).

4.1.2.1 Le MVNO est le seul remède envisageable à court terme

Ainsi que le démontre d'ailleurs le retard pris dans le lancement commercial de l'UMTS, il n'est pas de l'intérêt des opérateurs en place de procéder rapidement aux investissements rendus nécessaires pour la commercialisation de la téléphonie mobile de troisième génération. Et il est constant que les trois opérateurs ont conjointement retardé ce lancement, sans subir aucun préjudice du fait du retard ainsi pris. Au contraire, cette attitude collective leur a permis et leur permet toujours de maximiser les profits tirés des services GSM. Ce sont bien évidemment les consommateurs qui ont fait les frais de cet attentisme coordonné, ne pouvant bénéficier des dernières innovations technologiques.

La presse a d'ailleurs relevé cette situation puisqu'un article des Echos, daté des 4 et 5 juillet 2003 et relatif au retard dans le lancement de l'UMTS, affirme que « *Les trois opérateurs mobiles français ne sont pas pressés de lancer l'UMTS. La technologie est à peine prête, les investissements nécessaires sont importants et il n'y a pas de pression de la part d'un nouvel entrant comme en Grande-Bretagne ou en Italie* ».

⁴⁹ A cet égard, Tele2 est satisfaite de constater que l'ART espère l'émergence de telles offres, qui permettront, entre autres, à leurs bénéficiaires de disposer d'une facture unique pour leurs services de communications électroniques vocaux.

Un article paru sur le site Internet ZDNet le 10 mars 2003, reprenant les déclarations de Orange, affirmait déjà que « *pour remplir les objectifs financiers imposés par France Télécom, l'opérateur reporte, en France, le lancement de ses services commerciaux de téléphonie 3G au début 2005. Priorité est donnée au marché britannique où la concurrence y est plus vive* ».

Goldman Sachs identifie clairement le retard d'innovation en France comme la conséquence directe du manque de concurrence effective sur le marché de détail⁵⁰ « *Technology adoption in France is already late –this is reflected by the lower than average mobile penetration and low data revenues – and given the leading players' lack of competition and cash focus, it seems very likely that France will lag other European countries in the adoption and mass marketing of 3G in our view* ».

Cet état de fait a d'ailleurs amené l'ART à intervenir et à réviser les obligations de déploiement des opérateurs mobiles titulaires d'une autorisation pour les services de téléphonie mobile de troisième génération (cf. sa communication en date du 9 mars 2004).

Les lancements des offres 3G de SFR et Orange à la fin de l'année 2004 ne modifient pas la situation : les tarifs pratiqués visent le haut de gamme et les objectifs de vente sont relativement modestes (1 million en un an pour Orange). Pour sa part, Bouygues Telecom ne prévoit de lancer ses services 3G que fin 2005, soulignant ainsi, s'il était nécessaire, le peu d'impact attendu à moyen terme de la 3G sur le marché de la téléphonie mobile.

L'attitude des trois opérateurs mobiles est d'autant plus facile à adopter qu'ils ne craignent nullement, et vraisemblablement pour de longues années encore, l'arrivée d'un quatrième opérateur mobile UMTS.

En effet, devenir opérateur mobile en sollicitant la délivrance de la quatrième licence UMTS en France sans être au préalable opérateur 2G (ou MVNO) est économiquement irréalisable. Telle est d'ailleurs l'analyse faite par l'ensemble des opérateurs intéressés par la fourniture de services de téléphonie mobile puisque seuls les opérateurs mobiles 2G en place ont sollicité la délivrance d'une telle licence.

A cet égard, il convient de relever que si Tele2 a, par le passé, étudié avec attention l'opportunité de présenter un dossier lors du second appel à candidature UMTS lancé par l'Autorité en octobre 2001, elle a finalement estimé que la construction et l'exploitation d'un quatrième réseau UMTS en France ne pourrait jamais être rentabilisée et a donc renoncé à présenter une telle candidature.

La plupart des études et analyses publiées à ce sujet indiquent⁵¹ qu'un nouvel entrant UMTS devrait atteindre une part de marché de 20% au moins après 3 ans pour espérer atteindre un équilibre opérationnel. Cet objectif semble hors de la portée de n'importe quel acteur « UMTS seul », absent aujourd'hui du marché mobile GSM.

⁵⁰ « La cash vache qui rit », page 15.

⁵¹ Voir par exemple le rapport du Conseil d'Analyse Economique « Enjeux économiques de l'UMTS », rédigé par Michel Didier et Jean-Hervé Lorenzi.

Ce constat semble partagé par les autres acteurs du secteur puisque les entrants potentiels que sont Telefonica, Deutsche Telekom, Hutchinson Whampoa ou encore Suez ont tous renoncé à poser leur candidature en France. Cet état de fait semble d'ailleurs propre à la France puisque, dans le même temps, des opérateurs majeurs n'ont pas hésité à se lancer dans l'aventure de l'UMTS sans être préalablement titulaire d'une licence GSM. On citera notamment l'exemple de la société Hutchinson Whampoa qui a lancé des services 3G sous la marque "3" au Royaume-Uni, en Italie, en Autriche, au Danemark, en Suède et en Irlande.

Les très grandes difficultés éprouvées par les nouveaux entrants UMTS dans les autres pays européens confirment le bien fondé de cette analyse.

En outre, indépendamment des considérations de rentabilité économique (qui sont bien entendu primordiales), un opérateur UMTS serait de toute façon matériellement dans l'impossibilité technique d'offrir des services de téléphonie mobile avant plusieurs années. En effet, eu égard à la rareté des points hauts, un nouvel entrant en tant qu'opérateur UMTS rencontrera d'importantes difficultés pour parvenir à couvrir l'intégralité du territoire. En outre, l'investissement à consentir est particulièrement important. Ainsi, selon les estimations réalisées par Tele2, il faut en effet compter 2 milliards d'euros d'investissements en infrastructures de réseau, auxquels il convient d'ajouter 600 millions d'euros au titre de la redevance de licence, pour couvrir 20% du territoire. Face à l'importance de l'investissement, aucun acteur n'osera se lancer sauf à posséder au préalable d'une base de clientèle suffisamment importante. Le MVNO constitue sur ce point une solution de transition remarquable.

A cela, il convient d'ajouter que le développement concurrentiel des marchés mobiles impose l'apparition rapide de nouveaux acteurs, seul facteur susceptible de mettre fin au *statu quo* actuel. Etant donné les éléments précédemment avancés, la seule solution envisageable consiste à permettre l'émergence d'opérateurs MVNO sur le marché français. **Les pouvoirs publics en général et l'Autorité en particulier doivent donc prendre conscience du fait que la seule hypothèse où, dans quelques années, un opérateur de télécommunications pourrait être intéressé par l'attribution de la quatrième licence UMTS est celle où cet opérateur serait d'abord devenu MVNO et aurait pu acquérir une base client suffisante pour espérer amortir, un jour, ses investissements.**

L'arrivée de nouveaux opérateurs significatifs permettra aux consommateurs de bénéficier d'un choix plus étendu et plus compétitif d'offres de téléphonie mobile. En effet, les MVNO contribueront nécessairement au développement du marché en misant sur une compétitivité par les prix et par les services offerts pour conquérir de nouveaux clients. Ils permettront donc pleinement le rétablissement du jeu concurrentiel sur le marché. En outre, à l'heure où le développement de l'UMTS est encore balbutiant, le développement de vrais MVNO fournira de nouvelles sources de revenus aux opérateurs existants et favorisera la mutualisation des coûts de développement des infrastructures. De plus, la pression publicitaire et les investissements marketing réalisés par les nouveaux entrants pour effectuer la promotion de leurs services bénéficieront à l'ensemble du secteur en augmentant les ventes de tous les acteurs. Telle est d'ailleurs bien la situation qu'a temporairement connu le marché français suite à l'arrivée de Bouygues Telecom en 1996.

Bien évidemment, les MVNO constitueront également une véritable opportunité pour les opérateurs alternatifs présents sur la téléphonie fixe, lesquels pourront ainsi diversifier leurs activités sur le marché mobile et développer des offres intégrées, favorisant ainsi la convergence fixe - mobile.

Pour autant, afin que cette évolution soit possible, encore faut-il que les opérateurs MVNO soient réellement en mesure de développer une offre de grande ampleur. Ce n'est qu'à cette condition qu'ils pourront challenger les opérateurs présents et, ainsi, insuffler un nouveau dynamisme concurrentiel.

4.1.2.2 Pour que le remède soit efficace encore faut-il que les accords conclus autorisent le développement de véritables opérateurs MVNO

La seule véritable concurrence potentielle, à l'image de ce que l'on peut observer au Danemark ou en Norvège, suppose l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs par le biais de la conclusion de véritables accords de MVNO.

Pour autant, sans une intervention forte de l'ART et, notamment, la mise en place d'une obligation d'accès en application du nouveau cadre réglementaire, il y a fort à craindre qu'aucun nouvel entrant susceptible d'avoir la taille suffisante pour concurrencer les trois opérateurs en place ne pourra apparaître. Les récents accords de MVNO conclus par les opérateurs mobiles sur le fondement de la seule négociation commerciale (en réalité sous la pression gouvernementale) en attestent :

- Accord entre Bouygues Télécom et Transatel : par le biais de cet accord, Transatel commercialise une offre visant un public extrêmement restreint, à savoir les managers parcourant l'Europe en leur proposant des tarifs de roaming attractifs ;
- Accord entre SFR et Debitel : selon les informations diffusées dans la presse⁵², Debitel envisage d'avoir une stratégie de niche en visant plus particulièrement les jeunes, les populations étrangères, les gros consommateurs ou encore les personnes âgées. Son objectif est de conquérir 100.000 clients à la fin de l'année 2005 (soit 18 mois après son lancement), soit quelques centièmes de parts de marché. A cet égard, les récentes annonces réalisées par Debitel en termes d'objectifs de clientèle (500.000 clients avant la fin 2006 selon Silicon) tombent fort opportunément quelques jours avant la fin de la présente consultation publique pour son opérateur hôte et doivent être mises en perspective avec son refus de communiquer son nombre actuel de clients (alors même qu'elle n'entendait initialement conquérir que 100.000 clients la première année...) ;
- Accord entre Orange et The Phone House : création d'un opérateur régional, OMER, commercialisant ses offres sous la marque Breizh Mobile, visant les consommateurs de Bretagne et des Pays de Loire. Là encore, les objectifs sont très modestes : à fin 2004, Breizh Mobile comptait 10.000 clients recrutés en six mois d'activité commerciale⁵³ et s'est fixé un objectif de 100.000 sans toutefois indiquer d'échéance pour l'atteindre.
- Accord entre SFR et Futur Télécom annoncé le 3 février 2005 : Selon les informations communiquées par voie de presse, Futur Télécom commercialiserait une offre ciblant uniquement les entreprises.

Ces accords n'ont vocation qu'à permettre l'apparition d'opérateurs de niche - MVNO "alibis" - qui ne sont nullement susceptibles de faire tomber les barrières à l'entrée existant sur le marché de l'accès et du départ d'appels sur les

⁵² cf. la page web suivante <http://www.neteconomie.com/perl/navig.pl?neteconomie/infos/article/20040611134704>

⁵³ Cf. Les Echos du 18 janvier 2005

réseaux mobiles. J. Bonnifay, Président de Transatel, le reconnaît d'ailleurs puisque, dans le dossier de presse relatif à sa société, il déclare : *"Nous avons développé un vrai business, avec de vrais services novateurs qui ciblent une niche complètement inexploitée"*.

Ainsi, l'impact véritable de ces accords sur le marché risque de s'avérer plus que réduit et ne modifiera en aucun cas le rapport des forces en présence. Sur ce point, Julien Dourgnon, en charge des télécommunications pour l'association UFC-Que Choisir, estime: *"Pour qu'il y ait un effet véritable sur la concurrence, il faut qu'un opérateur virtuel soit assez puissant pour véritablement baisser les tarifs de gros. Debitel et Phone House ne viennent pas contester le pouvoir des 3 opérateurs nationaux. Au mieux, ils compléteront le marché actuel grâce à des offres de niche"*⁵⁴.

Force est en effet de constater qu'après plus de six mois d'activité, aucun impact sur le marché n'est visible ou décelable.

Seule la création d'opérateurs MVNO de masse, de dimension nationale, adossés à un grand groupe de télécommunications, autorisera l'apparition d'offres susceptibles de concurrencer celles actuellement proposées par les opérateurs mobiles. Ce n'est que dans de telles conditions que les marchés mobiles pourront véritablement s'ouvrir à la concurrence.

A ce titre, Tele2 ne peut que constater qu'aucun nouvel entrant de dimension nationale n'est apparu sur le marché depuis 1996, et plus inquiétant encore, que le nombre global d'acteurs a eu tendance à se réduire puisque les parts de vente de nouveaux abonnements réalisés par les SCS sont passées de 40% en 1999 à moins de 5% en 2002⁵⁵. Quant aux SCS multi-opérateurs, ils ne sont plus que cinq en France en 2004 et ne cessent de perdre du terrain sur la vente d'abonnements. A ceci s'ajoute le fait, ainsi qu'il a été précisé ci-avant, que le seul opérateur « indépendant » du marché, Dolphin Telecom, qui proposait des services de radiocommunications professionnelles, a cessé toute activité sur le marché en 2003.

4.1.2.3 La conclusion récente de MVNO commerciaux mineurs ne remet absolument pas en cause la nécessité d'une obligation d'accès, bien au contraire

A travers la conclusion des accords précités, les trois opérateurs mobiles pensent fournir une réponse aux préoccupations de l'ART. En réalité, ces accords ne sont qu'un subterfuge pour tenter de convaincre l'Autorité qu'il n'est pas nécessaire d'imposer une obligation d'accès.

Il est d'ailleurs piquant de relever que SFR et Orange ont annoncé quasi-simultanément la conclusion des accords avec Debitel et The Phone House. De même, aujourd'hui, et alors que la consultation de l'ART a été lancée depuis quelques semaines, l'on constate une recrudescence des informations dans la presse⁵⁶ faisant état de la possible conclusion de nouveaux accords avec des acteurs de taille plus significative (le groupe de médias NRJ, Cegetel et Tele2).

⁵⁴ cf. la page web suivante <http://www.silicon.fr/getarticle.asp?ID=8134>

⁵⁵ Source : rapport annuel 2002 de l'Unetel-RST.

⁵⁶ Cf. notamment Les Echos du 10 janvier 2005, p.22, du 24 janvier 2005, p.26, Les Echos du 4 février 2005, p.22

L'ART ne saurait être dupe de cette frénésie médiatique qui ne vise, pour les opérateurs mobiles, qu'à tenter de faire obstacle le plus longtemps possible à l'entrée de tout nouvel acteur susceptible de les concurrencer de front et, partant de les contraindre à mener une politique de prix concurrentielle et profitable aux consommateurs.

[secret des affaires]

Ainsi, malgré les efforts de Tele2, les discussions, qui ont pu reprendre uniquement sous la pression de l'ART et du gouvernement à l'été 2004, n'ont toujours pas abouti. Tout porte à croire que la situation est de nouveau bloquée et que lesdites discussions poursuivaient un objectif dilatoire.

Seule une obligation générale d'accès, strictement contrôlée et imposée par l'ART, permettra d'obtenir la conclusion de ces accords indispensables à l'ouverture du marché mobile à une réelle concurrence tant attendue par les consommateurs.

En particulier, il est fondamental de relever que, en l'absence d'une telle obligation d'accès, il est fort à craindre que les opérateurs mobiles adoptent alors conjointement, une fois l'analyse de marché terminée, des mesures de rétorsion à l'encontre des MVNO d'ores et déjà conclus afin de les évincer rapidement du marché.

Les moyens pour ce faire seraient, à cet égard, particulièrement simples : Les opérateurs mobiles (y compris ceux accueillant de tels MVNO sur leurs réseaux) pourraient lancer des offres ciblées venant directement concurrencer ces nouveaux acteurs sur le marché afin de freiner leur pénétration. Ils pourraient même pratiquer des tarifs de détail créant un effet de ciseau tarifaire au détriment de ces derniers. **[secret des affaires]** Au vu de la surface financière et de la puissance de feu commerciale des trois opérateurs, sans commune mesure avec celles des MVNO, il ne fait pas de doute que cette stratégie d'éviction porterait très rapidement ses fruits. Une stratégie plus pernicieuse pourrait même consister à dégrader la qualité de services fournis au MVNO ou à les empêcher de faire évoluer leurs offres, en s'assurant de la sorte de la désaffection dont il fera l'objet de la part de ses clients.

Certes, en adoptant de tels comportements, les opérateurs mobiles pourraient éventuellement craindre :

- La mise en œuvre d'actions judiciaires visant à engager leur responsabilité, à raison d'une mauvaise exécution du contrat de MVNO ;
- D'éventuelles actions en violation des règles de concurrence devant le Conseil de la concurrence, voire devant les juridictions commerciales ;
- Une intervention du régulateur pour leur imposer une obligation d'accès à titre de mesure *ex ante*.

Toutefois, compte tenu des intérêts financiers considérables en jeu sur le marché de détail de la téléphonie mobile, qui se chiffrent en milliards d'euros (avec des niveaux actuels de ROCE de plus de 50% pour SFR et de 90% pour Orange), il ne fait aucun doute que ces opérateurs auraient malgré tout intérêt à mettre en œuvre une telle stratégie. A cet égard, et même si cette situation apparaît choquante, les exemples foisonnent, dans le secteur des communications électroniques, de comportements anticoncurrentiels qui, bien que lourdement sanctionnés, ne

remettent cependant pas en cause la stratégie "malveillante" mise en œuvre par le ou les opérateurs fautifs. On peut, à cet égard, rappeler que France Télécom a été condamnée il y a quelques jours par la Cour d'Appel de Paris⁵⁷ à hauteur de 40 millions d'euros pour n'avoir pas déféré à une injonction prononcée par le Conseil de la concurrence⁵⁸ (et visant au développement vertueux d'une offre de gros en matière d'ADSL). Ce faisant, France Télécom a durablement freiné l'essor concurrentiel du marché de gros de l'accès à Internet à haut débit en contraignant la plupart des opérateurs et fournisseurs d'accès à Internet à s'approvisionner exclusivement auprès d'elle pour l'achat de telles prestations. Un tel comportement serait tout à fait possible sur le marché de la téléphonie mobile.

En second lieu, la menace résultant d'une intervention de l'ART qui, après avoir constaté l'absence de dynamisation de la concurrence dans le cadre d'une nouvelle analyse de marché, imposerait alors une obligation d'accès sur le marché de gros, serait d'un effet limité puisque, en toute hypothèse, les opérateurs mobiles auraient réussi à préserver leur rente liée à leur position dominante collective pendant de précieux mois (ou années) supplémentaires. Cette période sera encore prolongée par le temps nécessaire à l'ART pour mettre en œuvre les procédures permettant d'imposer des remèdes : consultation publique, notification au Conseil de la concurrence et à la Commission européenne, etc..

En définitive, l'on peut craindre que les opérateurs mobiles n'aient, en l'absence d'obligation d'accès clairement imposée, que peu à perdre à mettre en œuvre une stratégie visant à "torpiller" l'activité des nouveaux acteurs sur le marché.

En dernier lieu, Tele2 entend souligner que si l'analyse concurrentielle à laquelle doit se livrer l'Autorité dans le cadre de l'analyse des marchés pertinents du secteur des communications électroniques est nécessairement prospective, il est, aujourd'hui, difficile de mesurer l'impact effectif que pourraient avoir les nouveaux acteurs sur le marché.

En particulier, et même si leurs cibles limitées (géographiquement ou en terme d'utilisateurs), leurs ambitions modestes laissent à penser qu'ils n'auront qu'un faible impact sur le marché de détail, plusieurs mois seront nécessaires pour mesurer leur véritable capacité à dynamiser ou non la concurrence.

Par conséquent, ne pas imposer l'obligation d'accès actuellement envisagée risquerait d'inciter les opérateurs mobiles à mettre en œuvre la stratégie d'éviction décrite ci-dessus.

4.2 Les obligations ex ante envisagées par l'ART sont nécessaires mais insuffisantes

4.2.1 L'itinérance nationale à destination d'un quatrième entrant UMTS

S'il paraît effectivement souhaitable d'imposer aux trois opérateurs GSM existants l'obligation de fournir à un quatrième entrant UMTS une prestation d'itinérance nationale, il convient néanmoins de relever que cette seule obligation ne serait, à elle seule, permettre de résoudre les difficultés concurrentielles observées sur le marché de l'accès et du départ d'appels sur les réseaux mobiles ouverts au public.

⁵⁷ Arrêt en date du 11 janvier 2005 - Les Échos, 12 janv. 2005, p. 24

⁵⁸ Décision 00-MC-01 en date du 18 février 2000

En effet, et ainsi que Tele2 l'a déjà exposé au point 4.1.2.1, il paraît irréalisable qu'un quatrième entrant UMTS voit le jour à brève échéance. L'on peut en revanche imaginer qu'un acteur ayant pu se constituer une base solide de clients via un accord MVNO décide, à terme, de se porter candidat à l'acquisition de la quatrième licence. Dans la mesure où, pour l'heure, les modèles proposés par les trois opérateurs mobiles pour la conclusion d'accords MVNO sont de type ESP (et sous réserve d'une prise de position de l'ART sur le périmètre de l'obligation d'accès : cf. point 4.2.2.1.2), l'opérateur MVNO candidat à l'obtention de cette quatrième licence ne disposera d'aucune infrastructure mobile lorsqu'il décidera de se lancer.

La prestation d'itinérance nationale sera en conséquence primordiale pour la réussite d'une telle opération puisqu'elle permettra à l'opérateur nouvel entrant de poursuivre son exploitation pendant le temps nécessaire à l'établissement de son propre réseau.

L'obligation d'itinérance nationale apparaît donc comme parfaitement complémentaire à l'obligation d'accès. Toutefois, elle n'aura aucun impact si, parallèlement, aucune obligation d'accès n'est imposée aux opérateurs mobiles reconnus comme puissants.

Tele2 souhaite aussi souligner qu'en l'absence d'obligation, sinon d'orienter les tarifs vers les coûts, au moins de pratiquer des tarifs raisonnables pour cette itinérance nationale, les perspectives de voir la quatrième licence 3G attribuée resteront particulièrement minces.

4.2.2 Le développement de MVNO

4.2.2.1 L'obligation générale d'accès

4.2.2.1.1 Le périmètre de l'obligation envisagée par l'ART

Dans sa consultation publique, l'ART envisage d'imposer aux MNO une obligation générale de "*répondre aux demandes raisonnables d'accès à des éléments de réseau ou à des moyens qui y sont associés*", conformément à l'article 9 la directive Accès, transposé en droit interne à l'article L. 38 I 3° du CPCE.

Cette obligation trouverait ainsi à s'appliquer, sauf révision anticipée de l'analyse relative à la situation concurrentielle sur le marché, jusqu'à la fin de l'année 2007.

S'agissant du périmètre de cette obligation, l'ART précise que celle-ci couvrirait non seulement le canal voix, mais également le canal SMS et, pour ce qui concerne les services bas débit, le canal "data".

En revanche, l'ART n'envisage pas, à ce stade, d'imposer quels types d'accords MVNO pourront être conclus mais estime que, quel que soit le contenu de l'accord, celui-ci doit conférer une liberté commerciale réelle au MVNO. Cette exigence passe par :

- Le caractère durable du MVNO ;

Au-delà de la durée de l'accord, celui-ci ne doit pas, de quelque manière que ce soit, entraver l'éventuelle migration du MVNO vers le réseau d'un autre opérateur hôte.

- La possibilité, pour le MVNO, d'adopter une politique tarifaire autonome ;

A cet égard, aucune restriction à cette autonomie ne saurait être tolérée, quelle que soit sa forme.

- L'existence d'une véritable autonomie commerciale pour le MVNO.

En particulier, les MNO ne doivent pas imposer de restrictions, qu'elles soient géographiques ou portent sur les types de clientèle visés, aux MVNO qu'ils accueillent sur leur réseau.

Or, si l'imposition d'une obligation d'accès aux MNO est indispensable, Tele2 estime que le caractère minimaliste de celle envisagée par l'ART pourrait s'avérer insuffisant pour dynamiser la concurrence ou, à tout le moins, risque de susciter nombre de règlements de différends.

4.2.2.1.2 La nécessité d'étendre le périmètre de l'obligation générale d'accès

Ainsi que l'avait exposé la Commission consultative des Radiocommunications dans son rapport en date du 22 mars 2002, plusieurs modèles de MVNO sont envisageables. Ces modèles vont d'un schéma minimaliste dans lequel le MVNO ne dispose que de ses propres cartes SIM (éventuellement fournies par l'opérateur) et dispose dans le HLR (Home Location Register) de l'opérateur hôte, d'une partie qui lui est allouée pour gérer les profils de ses clients à un schéma maximaliste (dit *full MVNO*) dans lequel le MVNO dispose d'éléments de cœur de réseau (GMSC et GGSN) notamment.

Or, plus l'accord de MVNO permet à ce dernier de disposer d'éléments de réseaux (et, partant, d'accroître son indépendance technique vis-à-vis de son opérateur hôte), plus celui-ci dispose d'une faculté de différenciation de ses offres et d'une autonomie commerciale accrue.

Dans ce contexte, il ne fait pas de doute que la satisfaction des objectifs affichés par l'ART quant à l'autonomie commerciale des MVNO devrait passer par l'imposition d'une obligation d'accès permettant au candidat MVNO de solliciter les prestations qui lui semblent les plus à même de répondre à ses objectifs commerciaux, sous réserve, bien évidemment, que ces demandes soient raisonnables et que l'opérateur hôte soit à même de les satisfaire.

A cet égard, les négociations infructueuses menées par Tele2 depuis plus de 5 ans avec l'ensemble des opérateurs mobiles lui ont permis de constater la très grande hostilité de ces derniers vis-à-vis du modèle *full-MVNO* qu'elle entendrait conclure.

Tele2 relève également que les MVNO "alibis" conclus ces derniers mois par Orange et SFR face à la pression du gouvernement, et avec l'espoir d'éviter une obligation *ex ante* d'accès, correspondent à des modèles de type ESP - quand ce ne sont pas de simples distributeurs de services - qui ne remplissent pas les objectifs assignés par l'ART à ce type d'accord puisque, pour mémoire :

- Debitel ne vise qu'un nombre d'abonnés extrêmement réduit. En particulier, on rappellera que ses annonces des tous derniers jours concernant un objectif de conquête de 500.000 clients avant la fin 2006 apparaissent sujettes à caution ;

- Breizh Telecom ne vise qu'une faible zone du territoire métropolitain ;
- Futur Télécom, ne cible qu'une clientèle professionnelle.

[secret des affaires]

Dans ce contexte, l'imposition d'une obligation générale d'accès sans que l'ART ne se prononce sur les prestations que les opérateurs mobiles sont tenus de fournir aux candidats MVNO en faisant la demande (sous réserve de faisabilité technique et de ressources suffisantes) risque soit de cantonner les futurs MVNO à des accords de type ESP, soit de susciter des demandes de règlements de différends, retardant d'autant le lancement de nouveaux opérateurs sur le marché.

Tele2 entend enfin souligner que si, tout comme l'ART, ComReg n'envisage pas d'imposer, dans le cadre de la mise en place d'une obligation d'accès, de types de prestations devant être fournis par les opérateurs en position dominante collective, le pouvoir de négociation dont disposent les candidats MVNO en Irlande est bien supérieur à celui qui résulterait, en France, de la seule application de l'obligation générale d'accès.

En effet, si ComReg a fait le choix d'imposer immédiatement à ces opérateurs une obligation d'accès, ainsi qu'une obligation de non-discrimination, elle a également indiqué que, faute d'accords de MVNO significatifs dans un délai raisonnable, elle leur imposerait alors, en plus, des obligations d'orientation vers les coûts, de comptabilisation de coûts et de séparation comptable. Bien évidemment, une telle manière de procéder confère aux candidats MVNO un levier de négociation particulièrement important en incitant les opérateurs puissants à ne pas mettre en œuvre de manœuvres dilatoires ou abusives dans le cadre des négociations MVNO à venir.

A l'inverse en France, si l'ART se cantonne à imposer une obligation générale d'accès, sans même définir les types de prestations que les opérateurs puissants doivent être tenus de fournir à ce titre (sous réserve de faisabilité et de disponibilité technique), ces derniers pourraient trouver un intérêt à faire durer (voire échouer) leurs négociations avec des candidats MVNO, la seule menace pesant sur eux étant celle d'accueillir, *in fine*, ces opérateurs sur leurs réseaux.

Pour l'ensemble de ces raisons, Tele2 souhaite que cette obligation d'accès, évidemment nécessaire au développement concurrentiel du marché de gros analysé (mais également, par ricochet, du marché de détail de la téléphonie mobile), soit plus précise et vienne indiquer la liste minimale des types de prestations que les opérateurs puissants sont tenus de fournir à ce titre.

Par ailleurs, Tele2 estime également nécessaire que d'autres obligations *ex ante* soient concurremment imposées à ces opérateurs puissants afin de s'assurer que les futurs accords de MVNO permettront effectivement de dynamiser la concurrence.

4.2.2.2 Les obligations additionnelles devant être imposées aux opérateurs puissants

A titre liminaire, il convient de rappeler que l'ERG considère, dans sa position commune relative aux remèdes appropriés dans le nouveau cadre réglementaire, qu'une obligation générale d'accès ne sera que rarement appliquée seule.

En effet, l'ERG précise que :

*"In terms of the Directives this is by far the most extensively described of any of the obligations reflecting the importance of this obligation and its central role in effecting competitive markets. This obligation [of access] can be a stand alone remedy with a general provision to provide access and to negotiate in good faith being the only requirement or it may be accompanied by the full suite of predefined remedies in Articles 9 to 13 of the Access Directive where cost control and nondiscrimination obligations are required. **In general it will rarely operate as a stand alone remedy;** instead **it is likely to be accompanied by a transparency obligation,** perhaps in the form of a Reference offer or some other mechanism which sets out availability, the technical and financial terms and conditions for such access. **Non-discrimination is also likely to accompany such an obligation** as often where access is required vertically integrated entities are capable of acting in ways so as to leverage market power from the upstream to the downstream firm's advantage. Imposition of a non-discrimination obligation would protect against such behaviour. NRAs would then have to consider whether sufficient information is available to ensure efficient monitoring of the non-discrimination requirement or whether additional obligations in terms of accounting separation are necessary to ensure effective compliance. **Finally, it may often be the case that the actual level of charges for access must be set by the NRA**⁵⁹ and so a cost control may be imposed. There is a logical sequencing to the remedies that might be required but there is no way to say beforehand which combination or combinations would be appropriate. Such a decision depends on the specific problems identified by the NRA for correction in a specific market".*

S'agissant du marché de gros de l'accès et du départ d'appels sur les réseaux mobiles, cette analyse est, là encore, pleinement partagée par ComReg puisque ce dernier précise, dans son document précité, que :

"In the context of the core competition problem identified in this market which is lack of access to mobile network infrastructure on commercial terms and conditions, ComReg believes that the appropriate wholesale remedies for this relevant market are:

- *An obligation to provide access on reasonable request;*
- *An obligation of Non Discrimination;*
- *An obligation of Price control [versus] Cost Orientation;*
- *An obligation of Accounting Separation; and*

⁵⁹ Les surlignements et soulignements figurant dans cette citation l'ont été par nos soins.

- *An obligation of Cost Accounting Systems.*

Mandated access on non discriminatory terms to the mobile network of SMP MNOs is the cornerstone remedy required to increase competition at both the wholesale and retail level. In order to ensure adequate access, ComReg is imposing a combination of other obligations i.e. cost orientation, accounting separation and cost accounting systems".

4.2.2.2.1 L'obligation de non-discrimination

Tele2 estime indispensable que l'ART impose aux opérateurs puissants, outre une obligation d'accès (dont le périmètre devrait être précisé), une obligation de non-discrimination.

Cette obligation de non-discrimination devrait, de l'avis de Tele2 et conformément aux dispositions de l'article 10.2 de la directive Accès, jouer à un double titre :

- Tout d'abord vis-à-vis des services dont bénéficient les opérateurs eux-mêmes,
- Mais également au regard des conditions consenties à d'autres opérateurs MVNO, le cas échéant.

En effet, l'objectif de permettre aux futurs MVNO de dynamiser sensiblement et durablement la concurrence pourrait être gravement remis en cause si les prestations qui leurs étaient fournies étaient notamment de qualité moindre que celles dont bénéficient les opérateurs hôtes.

ComReg partage pleinement cette analyse puisqu'il précise, dans son document d'analyse précité, que :

"ComReg believes that it is appropriate to impose an obligation on the SMP operators not to discriminate in order to ensure that the SMP operator applies equivalent conditions in equivalent circumstances to other undertakings providing equivalent services. In addition, this obligation will ensure that the SMP operator provides services and information to others under the same conditions and of the same quality as the SMP operator provides own services or those of its subsidiaries or partners".

Par ailleurs, Tele2 entend également rappeler que constitue un comportement discriminatoire non seulement le fait de traiter différemment deux opérateurs placés dans une situation identique, mais également le fait de traiter de manière identique deux opérateurs placés dans des situations différentes.

Dans ce contexte, il ne fait pas de doute que, s'agissant des tarifs proposés par un opérateur hôte à des candidats MVNO, des conditions financières plus attractives devraient être consenties à tout candidat souscrivant des engagements de volumes importants (à supposer, évidemment, que les autres conditions consenties - et notamment techniques - soient équivalentes) ou développant ses propres éléments de réseaux si cela conduit à alléger la contrainte technique pesant sur le réseau de l'opérateur hôte.

En conclusion, il apparaît indispensable que l'ART impose également une obligation de non-discrimination aux opérateurs puissants, précisant notamment que celle-ci trouve à s'appliquer y compris par rapport aux conditions (et à la qualité de service) dont bénéficient ces opérateurs pour leurs propres services.

4.2.2.2.2 L'obligation de contrôle tarifaire

Ainsi que Tele2 l'a souligné au point **4.2.2.1.2**, l'absence d'obligation quant aux tarifs devant être proposés aux candidats MVNO par les opérateurs hôtes risque d'inciter ces derniers à prolonger les négociations sur ce point, voire à les faire échouer. En effet, dans un tel contexte, le seul risque qu'ils encourraient serait alors de se voir imposer par l'ART un tarif "équitable" dans le cadre d'une procédure de règlement de différend (conformément aux dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE).

Encore une fois, cette analyse est en droite ligne avec celle de ComReg, qui a précisé que :

"The failure by the MNOs to offer mobile access and call origination services (e.g. national roaming, MVNO access, indirect access) on a commercial basis to other undertakings in the Irish market, might be due in part to unreasonable pricing terms being requested by SMP operators for the provision of that access. Overall, such behaviour is not beneficial to the market and retards competition at the wholesale and retail levels. The collective ability of Vodafone and O2 to exclude alternative access and call origination operators may be viewed as a strategy to disadvantage rivals costs and the costs associated with potential entry. Market participants and prospective entrants may be handicapped by the reluctance on the part of incumbent networks, to provide access to its network and at a reasonable price. If access requirements are freely negotiated, leading mobile operators will have an incentive to delay indefinitely the finalising of an access agreement. Similarly, if access is mandated but each operator is free to set its access charge, leading mobile operators have an incentive to set the access charge at a prohibitive level again raising rivals costs.

In the absence of a cost orientation obligation, SMP MNOs may have an incentive to delay or obstruct access to mobile network infrastructure. The main stumbling block to an agreement with respect to wholesale mobile access may be price and the criteria for determining price. From the responses to the original consultation, it is clear to ComReg that the terms and conditions, including the access price, is one of the key elements in an access agreement. To support and reinforce the access obligation outlined above, ComReg believes that it is also appropriate to impose a price control viz a cost orientation obligation on SMP MNOs from the date of the SMP Decision. Such an obligation will require SMP MNOs to follow the principle of cost orientation with respect the price for wholesale network access".

Dans ce contexte, et pour éviter de tels comportements dilatoires en France, qui retarderaient d'autant la dynamisation du marché, Tele2 estime que l'ART devrait, à ce stade, imposer aux opérateurs puissants une obligation de contrôle tarifaire en leur imposant de proposer, si ce n'est un tarif strictement orienté vers les coûts, à tout le moins un tarif raisonnable. L'ART pourrait d'ailleurs préciser immédiatement ce qu'elle considérerait comme constituant un tel tarif, voire organiser, le cas échéant, une consultation publique auprès de l'ensemble du secteur sur ce point.

Relevons que la question tarifaire est particulièrement cruciale dans le cas d'un MVNO. En effet, la marge de manœuvre, au niveau commercial, d'un opérateur mobile virtuel est très largement tributaire du tarif de gros qui lui est proposé par son opérateur hôte dans la mesure où les prestations rendues par celui-ci représentent une part importante de la valeur ajoutée de l'opérateur mobile virtuel. Aussi, pour qu'une obligation générale d'accès soit véritablement efficace pour le développement concurrentiel du marché, encore convient-il que les prix proposés par les opérateurs hôtes soient susceptibles de permettre aux opérateurs virtuels d'avoir une véritable autonomie commerciale.

Afin d'éclairer les travaux de l'Autorité, Tele2 a fait réaliser une étude détaillée des coûts encourus par les opérateurs mobiles français ainsi que des aspects financiers de ces entreprises. Sous couvert du secret des affaires, cette étude, qui détermine le point de départ d'une orientation vers les coûts, est annexée à la présente contribution.

Rappelons, ainsi que l'indiquait fort justement Eliès Chitour, membre du Service "Régulation fixe et mobile" de l'ART dans le cadre de sa présentation "Tarification des télécommunications pour le grand public et action du régulateur" à l'occasion des Journées d'études du 18 et 19 décembre 2004, les coûts constituent *"une référence importante dans l'analyse du "bon" niveau de tarif pour le régulateur, notamment les coûts d'un opérateur efficace (Min coûts s/c niv.prod)"*. Monsieur Chitour ajoute que, à moyen-long terme, les coûts sont directeurs des tarifs sauf si la concurrence ne fonctionne pas.

Dès lors, il est crucial pour la réussite d'un MVNO de déterminer les coûts techniques supportés par les opérateurs mobiles, ceux-ci devant servir de base à la définition d'un tarif de gros raisonnable, c'est à dire permettant un partage équitable de valeur entre l'opérateur hôte et le MVNO afin, *in fine*, d'apporter de substantiels bénéfices concurrentiels aux consommateurs. Un tel principe de tarification semble efficace et équitable dans la mesure où il permet, d'une part, de rémunérer les investissements consentis par les opérateurs, les tarifs appliqués étant supérieurs aux coûts qu'ils supportent au titre des prestations rendues au MVNO, et d'autre part, laisse à ce dernier une marge d'action suffisante pour offrir à ses clients des tarifs compétitifs, qui dynamisent le marché de détail.

Selon l'étude réalisée pour Tele2, le coût technique d'un demi-appel pour les opérateurs mobiles oscille, selon l'opérateur considéré, entre 3,4 et 4 centimes d'euros. Sur la base de ce coût, et étant donné que les appels émis par les clients du MVNO correspondent à un "mix" d'appels *on net*, *off net* et vers les réseaux fixes, le coût technique encouru par les opérateurs mobiles pour un appel complet s'établit entre 5,5 et 7 centimes d'euros.

Pour parvenir à la définition d'un tarif raisonnable, il convient d'une part de permettre à l'opérateur hôte de disposer d'une juste rémunération (qu'il appartiendra à l'ART de déterminer) et, d'autre part, de permettre au MVNO de proposer des tarifs compétitifs sur le marché de détail. En conséquence, le tarif qui lui est proposé doit nécessairement être inférieur au tarif le plus bas constaté sur le marché de détail.

Or, sur le marché de détail, l'on constate que les opérateurs sont en mesure de pratiquer des prix extrêmement bas, très sensiblement inférieurs à ceux pratiqués auprès de la clientèle résidentielle dès lors que des volumes importants de communications sont en jeu, notamment dans le cadre des offres de « flotte ».

Ainsi, Tele2 a pu constater l'existence des offres suivantes :

- l'offre « Interne illimité » de Bouygues Telecom Entreprises propose pour 35€ HT par mois des appels gratuits et illimités vers les mobiles de la flotte et vers n'importe quel téléphone fixe en France ;
- SFR Entreprises propose un tarif de 0.06€ par minute vers 5 numéros au choix ;
- le forfait Eco20h de Orange Entreprises propose 20heures de communications pour 137€ soit un tarif moyen de 0.11€ par minute HT ;
- l'offre VPN personnalisée de Orange Entreprises propose un tarif de 0.08€/min, pour un abonnement mensuel de 2€/mobile.

L'ART semble également avoir la même analyse quant au niveau tarifaire des offres de flotte puisque, dans le cadre de sa consultation sur le marché de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles, elle indique que *"La recherche de cette maximisation s'est faite par une concurrence sur les prix de détail de flotte, conduisant ainsi à des tarifs inférieurs à neuf centimes, soit moins de la moitié du prix de détail moyen"*. Parallèlement, selon les informations en sa possession, Tele2 estime que le prix des minutes « hérissons » est de l'ordre de 8 à 9 centimes d'euros/min.

[secret des affaires]

S'agissant du prix des SMS, des services de données et des autres services, les mêmes principes devraient être appliqués pour évaluer un tarif de gros raisonnable.

Notons, enfin, qu'avec l'augmentation du trafic que devrait permettre l'arrivée de véritables MVNO, les coûts techniques des opérateurs hôtes devraient fortement évoluer à la baisse, cette composante de coûts étant particulièrement sensible à l'effet volume.

4.2.2.2.3 L'obligation de transparence

En dernier lieu, Tele2 estime que, en complément des obligations *ex ante* précitées, l'ART devrait imposer aux trois opérateurs mobiles une obligation de transparence, conformément aux dispositions de l'article 9 de la directive Accès.

Cette obligation, extrêmement peu contraignante, devrait prendre la forme d'une communication systématique à l'ART de tout accord de MVNO conclu afin que l'Autorité soit en mesure de s'assurer que les obligations définies ci-dessus, y compris les objectifs rappelés par l'ART dans le cadre de l'obligation d'accès (et notamment l'autonomie commerciale du MVNO) sont dûment respectés.