

CONSULTATION PUBLIQUE DE L'ARCEP RELATIVE À L'ANALYSE DU MARCHÉ DE GROS DE LA TERMINAISON D'APPEL VOCAL SUR LES RÉSEAUX MOBILES RÉPONSE ORANGE FRANCE

Orange France a pris connaissance avec intérêt du document de l'ARCEP qui ouvre la deuxième phase de l'analyse du marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles.

Alors que la première phase avait abouti à un renforcement des obligations imposées à Orange France, alors que le cadre réglementaire de 2002 visait en principe plutôt un allègement de la régulation sectorielle, l'opérateur constate que la nouvelle analyse de l'ARCEP ne laisse toujours pas présager un quelconque allègement.

Au contraire, la démarche de l'Autorité semble aller vers une pérennisation de la régulation de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles, et prend même l'hypothèse d'un rapprochement de cette dernière de la terminaison existant sur les réseaux fixes. Si un tel objectif était envisagé, le sujet mérite certainement que de véritables analyses prospectives des marchés et une concertation des acteurs concernés soient menées.

Orange France est particulièrement préoccupée de la démarche adoptée dans la consultation de l'ARCEP pour atteindre cet objectif de convergence des terminaisons fixes et mobiles dans la consultation. Cette approche ne tient compte ni des différences existant en matière de coûts entre les univers fixes et mobiles, ni des effets positifs de l'équilibre économique prévalant actuellement dans l'univers mobile. En outre, Orange France estime qu'il conviendrait de prendre en compte les forces naturelles déjà en action sur le marché (à travers l'imbrication de plus en plus étroite entre mondes Mobile et Internet), qui pourront conduire à des évolutions des modèles économiques globaux du secteur des communications électroniques.

[CONFIDENTIEL]

Enfin, Orange France espère vivement avoir la possibilité de faire valoir son point de vue lors des discussions ultérieures prévues par l'ARCEP, notamment quant à la déclinaison précise des obligations tarifaires qui seront retenues pour le marché métropolitain, par rapport à leur niveau d'une part, et par rapport à l'élimination de l'asymétrie existante entre les terminaisons des divers opérateurs d'autre part.

S'agissant du niveau tarifaire qui sera retenu, Orange France rappelle que le précédent price cap a conduit à une baisse de l'ordre de 50% des tarifs de terminaison d'appel mobile en métropole, plus forte que les baisses observées dans les autres pays de l'Union européenne. En outre, les premières décisions des régulateurs des principaux pays européens, et notamment celles qui s'appuient sur des modèles technico-économiques de type CMILT comparables à celui que l'ARCEP met en œuvre, font état pour 2008 de niveaux de terminaison d'appel mobile relativement stables autour de 7 centimes d'Euros. Orange France estime donc que l'ARCEP ne peut en aucun cas s'abstenir de prendre en compte ce contexte international, au risque de créer un déséquilibre dans les conditions de concurrence au sein du Marché Intérieur européen.

Sommaire

Sommaire	2
1. Sur la méthodologie	3
2. Sur l'analyse de l'économie globale du secteur mobile	4
2.1. Des différences entre les univers fixes et mobiles	4
2.2. L'équilibre global des services mobiles	5
2.3. Une analyse prospective insuffisante	7
3. Des développements inappropriés concernant les opérateurs mobiles virtuels (MVNO).....	8
4. Sur les autres éléments de l'analyse de l'ARCEP	8
4.1. Les pratiques de différenciation tarifaire des opérateurs mobiles	8
4.2. Le périmètre géographique de l'étude et la délimitation des marchés	8
4.3. La notion de facilité essentielle	9
4.4. L'analyse de la substituabilité proposée par l'ARCEP	10
5. Sur le maintien de nombreuses obligations pour les opérateurs	11
5.1. Une régulation toujours très présente... ..	11
5.2. Une interprétation discutable du principe de proportionnalité.....	11
5.3. Concernant les obligations comptables.....	12
5.4. Concernant les obligations tarifaires.....	13
Annexes.....	15

1. Sur la méthodologie

Si l'ARCEP a dans les grandes lignes respecté la méthodologie décrite par la Commission européenne à la fois dans ses lignes directrices sur l'analyse de marché et dans sa recommandation sur les marchés pertinents, Orange France note encore l'existence d'incohérences et le non-respect de certaines étapes de l'analyse, pourtant fondamentales :

- le marché de détail mobile est présenté en amont de la définition des marchés, mais cela n'est fait que très rapidement et sans que l'ARCEP ne détaille le lien précis entre marché de détail et marché de gros correspondant ;
- lors de la définition du marché, l'Autorité se penche d'ailleurs d'abord sur la substituabilité sur le marché de gros, puis sur la substituabilité sur le marché de détail, inversant la logique qui devrait prévaloir à la définition des marchés¹ ;
- les trois critères qui permettent de justifier la définition d'un marché comme étant pertinent à des fins de régulation ex ante n'ont pas été correctement analysés, en particulier concernant les aspects dynamiques et l'efficacité relative du droit de la concurrence et de la réglementation ex ante (ce dernier critère n'est même pas mentionné par l'ARCEP dans son document, voir infra) ;
- aucune véritable évaluation des effets positifs et négatifs des obligations actuellement imposées aux opérateurs n'est effectuée avant que les remèdes pour la nouvelle période ne soient définis.

En outre, Orange France déplore certaines approximations de l'Autorité :

- des erreurs se sont glissées dans l'analyse, comme lorsque l'Autorité évoque en page 22 le développement des « hérissons » entre 2003 et 2005 comme ayant favorisé celui des offres on net, alors que sur cette même période les opérateurs mobiles métropolitains étaient en Bill and Keep ;
- dans certains cas, des affirmations sont mises en avant sans être étayées par des démonstrations : la caractérisation de la terminaison d'appel comme une facilité essentielle par analogie avec la terminaison SMS, fondée sur un commentaire du Conseil de la Concurrence (en p34), en est une bonne illustration (voir infra) ;
- des éléments contradictoires sont parfois développés, par exemple à propos des pratiques de différenciation tarifaire, tour à tour jugées « sans effet notables sur les clients » (p36), puis à même de « réduire l'attractivité commerciale » des offres d'un opérateur (p37).

Ces approximations conduisent à s'interroger sur la pertinence et la robustesse des conclusions de l'analyse. Ceci est particulièrement préoccupant alors que cet exercice d'analyse de marché introduit par le cadre réglementaire européen de 2002 emporte des conséquences importantes pour l'exercice de l'activité des opérateurs de communications électroniques.

¹ « The starting point for the definition and identification of markets is a characterisation of retail markets over a given time horizon, taking into account demand-side and supply-side substitutability. Having characterised and defined retail markets which are markets involving the supply and demand of end users, it is then appropriate to identify relevant wholesale markets involving the demand and supply of products to a third party wishing to supply end users. », Public consultation on a draft Commission recommendation on relevant products and services, 2006

2. Sur l'analyse de l'économie globale du secteur mobile

La posture générale adoptée par l'Autorité dans son document d'analyse, ainsi que dans les discussions et débats concernant les évolutions futures de la terminaison d'appel vocal mobile, laisse deviner des objectifs de rapprochement des terminaisons d'appel vocal mobiles et fixes, même si le sujet n'est pour l'instant clairement abordé qu'en matière d'approche comptable :

- « l'ordre de grandeur des terminaisons d'appel vocal fixe est d'un centime d'euro, lorsque, dans le même temps, il s'élève en moyenne à 8 c€ pour le monde mobile » (p41),
- « L'Autorité [...] n'exclut pas de faire évoluer à terme le périmètre des coûts considérés comme pertinents pour la terminaison d'appel mobile de façon à le rapprocher de celui retenu pour la terminaison d'appel fixe[...] » p 55-56.

Il ne paraît pas acceptable d'aborder sous un angle purement technique une question qui pourrait avoir des conséquences importantes sur le modèle régissant l'économie mobile européenne. Le sujet mérite au préalable une concertation des acteurs concernés, ainsi qu'une analyse plus approfondie des conséquences pouvant être engendrées pour le secteur.

2.1. Des différences entre les univers fixes et mobiles

Ainsi que l'Autorité le relève, bien que très rapidement, il est utile de rappeler avant toute chose que les mondes fixes et mobiles diffèrent.

D'abord quant aux technologies utilisées, fixes d'un côté, et mobiles de l'autre ! Ensuite en termes d'échelle temporelle et de maturité, les réseaux mobiles ayant commencé à être déployés seulement au début des années 1990.

Ceci a des conséquences directes évidentes par rapport aux coûts liés à la fourniture de services de communications électroniques fixes et mobiles.

En termes de terminaisons d'appel, l'ARCEP souligne l'existence d'autres différences notables entre univers fixes et mobiles concernant le périmètre des coûts pris en compte dans chaque univers, avec la prise en compte des coûts associés aux segments d'accès jusqu'à l'utilisateur final pour le mobile, contrairement au fixe, où ces coûts sont reportés du côté de l'utilisateur final directement.

Il est intéressant de dépasser ce simple constat pour remonter à son origine. En effet, sur le marché mobile, les prestations d'accès et de départ d'appel sont étroitement liées et ce d'autant plus que le service offert aux clients repose sur une ressource partagée : la ressource en fréquences est dédiée à un utilisateur donné le temps de la durée de la communication, et non de façon permanente. Ainsi, il paraît difficile de distinguer clairement les infrastructures de couverture des infrastructures de capacité, puisque *in fine*, les unes et les autres contribuent à l'écoulement du trafic. C'est pourquoi l'Autorité, dès ses Lignes directrices relatives aux conditions tarifaires d'interconnexion des opérateurs mobiles « puissants » sur le marché national de l'interconnexion (Annexe à la décision n° 01-458 en date du 11 mai 2001), n'avait pas établi pas de distinction entre réseau de couverture et réseau de capacité.

Les offres proposées par les opérateurs mobiles sur le marché de détail, et notamment les offres prépayées, reflètent d'ailleurs cette spécificité mobile, dans la mesure où elles ne distinguent pas différents éléments en fonction de la destination : accès ou service.

Les différences dans les modèles retenus pour la terminaison d'appel vocal fixe et mobile ne relèvent donc pas d'une décision arbitraire sans justification, mais bel et bien d'une réalité opérationnelle et économique.

En résumé, des différences technologiques, temporelles et en termes de modèles entre les univers fixes et mobiles permettent d'expliquer pourquoi les terminaisons d'appel vocal fixes et mobiles sont construites sur des périmètres différents et aboutissent à des niveaux tarifaires différents.

2.2. L'équilibre global des services mobiles

Le marché mobile peut être analysé comme un « two-sided market », ou marché biface. Selon le principe du « *waterbed effect* »² une intervention drastique sur le marché de gros avec une baisse de la terminaison d'appel, devrait remettre en question le niveau tarifaire sur le marché de détail mobile³.

L'examen des évolutions récentes des tarifs sur le marché mobile en France pourrait conduire à s'interroger sur la réelle existence de ce « *waterbed effect* » : malgré des terminaisons d'appel régulées, en forte baisse, les tarifs de détail sont également en baisse.

C'est justement cette question que Tommaso Valletti a soulevé en introduction de son propos lors de sa présentation sur le sujet durant les derniers Entretiens de l'Autorité sur l'économie des mobiles (voir en page 5 de sa présentation, en Annexe 1 au présent document).

Les travaux économétriques présentés ensuite par Tommaso Valletti concluent cependant à l'existence effective d'un *waterbed effect*, les tarifs de terminaison évoluant dans son analyse en sens contraire des tarifs de détail dans un rapport de un pour un.

En fait, pour l'économiste, c'est la concurrence que les opérateurs mobiles se livrent pour développer le marché de détail mobile qui permet d'expliquer comme dans l'exemple français que les tarifs de détail mobiles baissent alors que les terminaisons d'appel baissent aussi ; il ne s'agit pas là d'une démonstration de l'inexistence du *waterbed effect*.

Ainsi, en France, comme dans beaucoup de pays européens, le système du « *calling party pays* » prévalant, les opérateurs ont trouvé l'équilibre économique permettant de développer massivement le parc des abonnés en favorisant l'entrée des clients sur le marché, notamment grâce à la subvention des terminaux et en offrant des tarifs sortant avantageux. L'Observatoire économique de l'AFOM place le prix à la minute mobile en France sous celui observé en Allemagne, au Royaume-Uni ou encore en Espagne en 2004⁴.

Même si la notion de « *waterbed effect* » doit être maniée avec prudence, on peut craindre qu'une régulation trop sévère de la terminaison d'appel des opérateurs mobiles n'ait des conséquences négatives sur le marché de détail mobile, en risquant de réduire à l'extrême les possibilités pour les opérateurs mobiles de continuer à pratiquer des tarifications et des baisses avantageuses pour les clients finaux.

C'est d'ailleurs en résumé la teneur du message de l'économiste lors des Entretiens de l'Autorité.

Dès lors, la convergence des terminaisons d'appel vocal fixes et mobiles que l'Autorité suggère pourrait entraîner un changement important du modèle économique sur lequel la téléphonie mobile française s'est construite. Un tarif de terminaison d'appel égal au coût incrémental de long terme serait en effet un signal fort pour la remise en question du modèle qui prévaut en Europe de « *calling party pays* » (CPP).

Ainsi que l'ARCEP le laisse entendre, cela pourrait par exemple amener les opérateurs mobiles français à ne plus recouvrer leurs coûts spécifiques liés à l'accès au réseau à travers l'interconnexion, mais à reporter ces coûts directement sur les consommateurs finaux, sur le marché de détail, par le biais d'un abonnement, d'autres types de frais d'accès fixes, par un renchérissement des tarifs d'émission des appels, voire par l'introduction de nouveaux tarifs liés à la réception des

² « Two-sided markets: a progress report », Rochet J.C. & J. Tirole, IDEI working paper 275, Institut d'Économie Industrielle, Toulouse, nov 2005.

³ Dans le cas des « bottleneck » en concurrence, qui permet de modéliser, un groupe d'abonnés fixes joignant chacun des groupes hébergés par des opérateurs mobiles différents (cf. « Competition in two-sided markets », Armstrong M., November 2005, draft paper), les tarifs d'équilibre aboutissent à fixer un montant d'abonnement de détail relativement bas, ainsi que des tarifs d'appels sortants faibles, tout en ayant une charge de terminaison d'appels relativement élevée. Le modèle prédit que les profits retirés du niveau élevé de la terminaison d'appels sont transférés aux abonnés sous la forme, notamment, de subventions aux terminaux ou de remises similaires. Dans un modèle d'oligopole en « two-sided market », les profits tirés du marché qui présente l'élasticité prix la plus faible sont injectés sur le marché qui fait face à l'élasticité prix la plus élevée. Par ailleurs, en introduisant la notion d'externalité, la marge doit être la plus faible, voire même négative, là où l'élasticité est la plus forte et où l'externalité exercée par un groupe sur l'autre groupe est la plus faible. Inversement, la marge est la plus forte sur le marché dont l'élasticité est la plus faible et où l'externalité exercée sur l'autre groupe est la plus forte.

⁴ Observatoire économique de l'AFOM – mars 2006 (www.afom.fr)

appels (modèle « Receiving Party Pays », RPP). Cette orientation ne se ferait vraisemblablement pas sans réticence de la part des consommateurs, alors habitués à ne payer que les appels sortants (excepté la messagerie vocale, qui est gratuite en France). Les consommateurs les plus lésés seraient sans aucun doute les plus petits consommateurs. Or le modèle de RPP, en faisant payer les appels sortants comme les appels entrants, pénalise fortement ce genre d'usage.

Alors que les prix des communications mobiles sont étudiés de toutes parts, des associations de consommateurs à l'INSEE, en passant par divers cabinets et organismes d'études, et alors que toute modification substantielle d'un contrat entre un consommateur et un opérateur des communications électroniques peut depuis 2004 ouvrir pour le premier droit à résiliation (article L.121-84), on peut raisonnablement se demander comment les opérateurs mobiles français pourraient procéder à une telle remise à plat de leur offre sans conséquences pour les clients mobiles français.

En outre, un tel changement en France uniquement n'est pas réalisable, alors que l'ensemble du marché mobile européen fonctionnerait toujours selon le modèle économique actuel et que certains acteurs publics appellent de leurs vœux la mise en place d'un « marché unique européen de la téléphonie mobile », notamment dans le cadre des discussions parlementaires concernant l'itinérance internationale. Qui plus est, ce changement ne peut être envisagé dans un contexte mondial où le CPP est le modèle économique le plus répandu qui a permis aux marchés mobiles l'ayant adopté de connaître un développement plus fort que dans les pays ayant retenu le RPP, et où les seuls changements de modèles qui ont vu le jour ont été des passages du RPP au CPP et non l'inverse.

En tout état de cause, Orange France considère qu'il n'est pas pertinent d'envisager une harmonisation des terminaisons d'appel vocal fixe et mobile, dans la mesure où les coûts sont très différents d'un univers à l'autre, et qu'une telle harmonisation pourrait avoir des impacts importants pour secteur mobile. Si un changement de paradigme économique doit voir le jour pour le secteur mobile, il est fondamental de laisser les forces du marché jouer librement pour proposer un modèle adapté et ne de pas les contraindre par une intervention réglementaire ex ante, qui serait alors totalement orthogonale aux principes du cadre réglementaire européen de 2002, notamment concernant l'évolution vers une application croissante du droit de la concurrence au secteur des communications électroniques.

2.3. Une analyse prospective insuffisante

Pour terminer ces développements sur l'analyse de l'économie du secteur mobile, Orange France estime qu'au travers de son document d'analyse, l'Autorité n'a pas suffisamment appréhendé la dynamique prospective d'évolution du marché. Ceci est regrettable, s'agissant de l'un de trois critères permettant de démontrer qu'il est pertinent de retenir un marché à des fins de régulation ex ante. De plus, une analyse prospective aurait permis de constater que le marché est lui-même en train d'évoluer sous l'impulsion de la convergence des media et des acteurs, et que de nouveaux modèles économiques seront peut-être amenés à émerger d'eux-mêmes, en dehors de toute intervention réglementaire.

En effet, la dynamique du marché fait l'objet d'une analyse peu approfondie : l'ARCEP ne fait qu'évoquer très brièvement (p10-11) le développement de terminaux bi modes GSM/Wifi, en concluant en quelques lignes qu'à l'horizon de l'analyse ce développement n'aura pas d'incidences sur la terminaison d'appel des opérateurs mobiles ; la concurrence potentielle est dès lors évacuée en deux paragraphes (p34).

A contrario, Orange France estime que l'année 2006 a donné le coup d'envoi du développement de nombreuses offres de convergence sur le marché français (Offre Twin de Neuf Cegetel, offre Unik de Orange France, offre Freephone de Free), et a été marquée par l'implication croissante d'acteurs majeurs du monde Internet sur le mobile. Ces tendances fortes ont été relayées début 2007 lors du 3GSM à Barcelone qui a confirmé la mutation dans laquelle l'industrie commence à s'engager avec le rapprochement de ces deux mondes, mobile et Internet. Ainsi, Skype a conclu divers accords avec des opérateurs mobiles européens, avec E-Plus en Allemagne (appels vocaux illimités pour les clients 3G), avec H3G sur divers pays européens (Suède, Autriche, Italie et Royaume-Uni), ainsi qu'avec des fabricants de terminaux (Nokia) ; Microsoft a fait de même, avec Orange France ou Bouygues Télécom sur le marché français, ainsi qu'avec Vodafone ; Yahoo (avec la nouvelle version de son service « Yahoo Go pour mobile », pour lequel il a signé des accords avec Nokia, Motorola et LG) et Google (annonce d'un partenariat avec Nokia, pour proposer l'accès à YouTube sur certains terminaux) n'étant pas en reste⁵.

Cette convergence aura des impacts indéniables sur la position des acteurs sur leurs marchés : on peut d'ailleurs se souvenir que dans sa nouvelle proposition de recommandation sur les marchés pertinents, soumise à consultation publique fin 2006, la Commission notait : « *Market dynamics may also be caused by technological developments or by the convergence of products and markets.* ».

Ainsi, on peut supposer que ces liens de plus en plus étroits entre le secteur des mobiles et le monde de l'Internet auront des conséquences sur l'évolution des modèles économiques (pour l'instant opposés) de ces univers, et donc sur les modèles économiques globaux des communications mobiles.

Alors que de plus en plus de solutions de Voix sur IP se développent, pouvant être utilisées depuis des terminaux mobiles de plus en plus sophistiqués, on peut raisonnablement se demander dans quelle mesure le modèle actuel du CPP sera conservé pour l'ensemble des nouveaux services de communications électroniques, donc dans quelle mesure les opérateurs mobiles continueront d'être dans une position d'influence significative à terme sur le marché de la terminaison d'appel sur leurs réseaux.

Il peut également être utile de rappeler que, pour la Commission, le caractère prospectif de l'analyse de marché visant à appréhender l'évolution vers une situation de concurrence effective ne doit pas se limiter aux bornes strictes de la période retenue : « *The tendency towards effective competition does not necessarily imply that the market will reach the status of effective competition within the period of review. It simply means that there is clear evidence of dynamics in the market within the period of the review which indicate that the market will reach the status of effective competition in the longer-run without ex ante regulation in the market concerned* ».

Ainsi, si les effets de la convergence des univers mobile et Internet peuvent ne se faire pleinement sentir que dans un horizon plus lointain que 2010, terme de la présente analyse de l'ARCEP, ils devraient d'ores et déjà être pris en compte, et emportent des conséquences importantes en termes de concurrence potentielle.

⁵ Voir les articles présentés en Annexe 2

3. Des développements inappropriés concernant les opérateurs mobiles virtuels (MVNO)

[Confidentiel]

4. Sur les autres éléments de l'analyse de l'ARCEP

Orange France estime que divers autres points de l'analyse de l'Autorité appellent des observations. C'est notamment le cas des développements concernant les pratiques de différenciation tarifaire des opérateurs, du découpage géographique des zones à analyser, ainsi que de l'utilisation de la notion de facilité essentielle, sur laquelle Orange France souhaite revenir.

4.1. Les pratiques de différenciation tarifaire des opérateurs mobiles

[Confidentiel]

4.2. Le périmètre géographique de l'étude et la délimitation des marchés

L'ARCEP identifie (p12-13) différentes zones géographiques pour son analyse :

- zone métropole,
- Réunion,
- Mayotte,
- Saint-Pierre et Miquelon,
- Martinique, Guadeloupe, Guyane, Saint Martin et Saint-Barthélemy qu'elle propose de regrouper dans la zone Antilles-Guyane.

Orange France estime que, similairement à ce que propose l'ARCEP pour la zone Antilles-Guyane, et dans un souci de cohérence, les zones Réunion et Mayotte devraient être réunies dans une seule et même zone.

Une telle réunion de ces zones se justifie en effet par plusieurs éléments :

- en termes géographiques, les deux territoires sont très proches, et leurs économies sont étroitement liées ;
- ceci se reflète sur les modalités d'attribution des licences mobiles : Orange France et SRR, d'abord présents sur la Réunion et donc autorisés seulement sur la Réunion, se sont en effet vu attribuer des extensions de licences pour pouvoir développer leur activité sur Mayotte ;
- en termes opérationnels, ces opérateurs opèrent ainsi un seul et même réseau, et on peut noter à titre d'illustration que SRR applique d'ailleurs une seule et unique terminaison d'appel sur son réseau pour ces deux zones.

C'est d'ailleurs cette approche que l'ARCEP adopte dans son tableau récapitulatif des parts de marché des acteurs (en p48 de son analyse), en parlant d'une zone « Réunion et Mayotte » (même si les parts de marché présentées ne concernent que la Réunion cependant...).

De plus, lorsqu'elle dresse la liste des marchés pertinents aux fins de son analyse, l'ARCEP identifie un seul marché pour SRR et Orange France Réunion qui sont présents à la Réunion et à Mayotte, ce qui va bien dans le sens de l'identification d'une zone unique.

De plus, pour Orange France, il est nécessaire que l'Autorité identifie pour Outremer Télécom deux marchés pertinents distincts pour les zones Antilles-Guyane d'une part, Réunion-Mayotte d'autre part.

En effet, d'après les conclusions mêmes de l'ARCEP en termes de définition des périmètres géographiques des marchés, l'opérateur Outremer Télécom opère sur des zones géographiques distinctes, Antilles-Guyane d'une part, Réunion-Mayotte (que nous proposons de rassembler, comme vu ci-dessus) d'autre part.

Le fait que cet opérateur ne dispose que d'une autorisation unique sur l'ensemble de ces zones ne saurait suffire à entraîner la définition d'un marché unique, dans la mesure où le périmètre du marché ne s'apprécie pas au regard de l'autorisation réglementaire d'un opérateur, mais bel et bien au regard du réseau (ou des réseaux) physiquement déployé(s) par cet opérateur⁶. Ainsi, ce sont bien deux réseaux différents qui sont déployés par l'opérateur sur les zones mentionnées.

4.3. La notion de facilité essentielle

L'ARCEP a recours à la notion de « facilité essentielle » pour justifier son analyse de la puissance de marché des opérateurs mobiles : elle note que « *La terminaison d'appel est une facilité essentielle* » (p34).

Elle ne fait cependant aucune démonstration de cette qualification, mais se contente d'une description rapide de la terminaison d'appel comme un goulot d'étranglement et d'une référence, comme confirmation de son « analyse », à un avis du Conseil de la Concurrence concernant la terminaison SMS.

Orange France s'interroge sur la validité d'une telle conclusion, qu'elle ne partage pas :

- elle ne repose sur aucune démonstration étayée,
- elle procède par simple analogie entre terminaison d'appel vocal et terminaison SMS,
- elle ne tient pas compte du fait que le Conseil, dans son avis, n'a nullement statué de manière ferme et définitive sur la terminaison SMS mais avait simplement indiqué qu'elle « **pourrait être analysée**, du point de vue du droit de la concurrence, comme une charge d'accès à une infrastructure essentielle ».

Si l'ARCEP souhaite qualifier la boucle locale radio de facilité essentielle, il est impératif qu'elle démontre que les conditions requises par la jurisprudence tant communautaire que nationale sont bien réunies. La chambre commerciale de la Cour de cassation (12 juillet 2005 – Messagerie Lyonnaise de Presse) est venue rappeler les deux critères cumulatifs que doit remplir la facilité pour être considérée comme « essentielle », alignant ainsi les juridictions françaises sur la jurisprudence européenne Oscar Bronner ou IMS Health :

- La facilité doit être réellement indispensable à la réalisation de l'activité de l'entreprise qui en réclame l'accès ; et
- Il n'existe pas de « solutions alternatives économiquement raisonnables, fussent-elle moins avantageuses » : la facilité doit être très difficile à reproduire à un coût supportable pour le concurrent.

En outre, la Commission européenne avait noté, dans ses lignes directrices sur l'analyse de marché, que la doctrine des installations essentielles présentait surtout de l'intérêt en liaison avec l'existence d'un abus de position dominante au sens de l'article 82 du traité CE, et non pas tant pour l'évaluation de la puissance au titre de la procédure sectorielle d'analyse de marché.⁷

Par ailleurs, à supposer que la qualification de « facilité essentielle » soit retenue, le Conseil de la Concurrence serait alors de fait habilité à intervenir et la nécessité d'une régulation ex ante pourrait être remise en question (puisque le troisième critère permettant de juger de l'opportunité de retenir un marché à des fins de régulation ex ante, déjà évoqué dans le présent document, ne serait pas vérifié). Ainsi, le Conseil de la concurrence, dans sa décision 05-D-59 du 7 novembre 2005 relative à

⁶ La recommandation de la Commission sur les marchés pertinents spécifie bien pour le marché 16 qui s'agit du marché de la terminaison d'appel vocal sur le réseau de chaque opérateur mobile.

⁷ Lignes Directrices de la Commission sur l'analyse de marché et l'évaluation de la puissance sur le marché, 2002, point 81

des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit (Dossier ADSL Connect ATM), relevant d'un problème d'accès à une infrastructure essentielle, indiquait explicitement que la régulation était inefficace et que seul le droit de la concurrence pouvait régler les problèmes d'accès à une infrastructure essentielle.

Pour terminer, l'ARCEP semble induire avec son raisonnement que tout marché de la terminaison d'appel sur le réseau d'un opérateur (mobile en l'occurrence) devrait être régulé car étant de fait une facilité essentielle.

D'une part un tel raisonnement conduirait de facto à la régulation automatique de tout nouveau service dès lors qu'il mettrait en œuvre un modèle de terminaison, ce qui semble assez contradictoire avec les objectifs du cadre réglementaire européen tendant théoriquement à la dérégulation du secteur des communications électroniques.

D'autre part, si la qualification de facilité essentielle est retenue concernant la terminaison d'appel sur le réseau d'un opérateur mobile, considérée comme une ressource non reproductible, alors ce devrait être le cas quel que soit le modèle économique prévalant sur les marchés mobiles (CPP, RPP, ...), puisque ce modèle économique n'a pas d'implication sur le caractère non reproductible de la terminaison d'appel sur le réseau d'un opérateur. Comment expliquer alors que tous les marchés de terminaison d'appel sur le réseau d'un opérateur ne sont pas régulés (comme c'est le cas par exemple des opérateurs mobiles sur le marché américain) ? Cela voudrait-il dire que dans certains cas la terminaison d'appel sur un réseau serait une facilité essentielle, mais pas dans d'autres ? Ou bien que le fait d'être une facilité essentielle n'implique pas automatiquement une régulation ?

De toutes les manières, cet éclairage conduit à s'interroger sur la pertinence de la référence à la notion de facilité essentielle en tant que justificatif de la régulation ex ante dans le cas de la terminaison d'appel vocal mobile.

Ainsi, Orange France estime que la référence à la notion de facilité essentielle n'est pas pertinente dans le cadre de la présente analyse de marché.

4.4. L'analyse de la substituabilité proposée par l'ARCEP

L'ARCEP note que des prestations de terminaison d'appel vocal mobile produites selon des modalités techniques différentes (GSM, UMTS, etc.) sont substituables. Orange France est d'accord avec cette analyse, conforme au principe de neutralité technologique établi dans le cadre européen. Ainsi, le même type d'analyse doit être fait pour tout acteur opérateur de réseau mobile, indépendamment du fait qu'il propose ses services sur la base d'une technologie, d'une autre, ou de plusieurs.

L'Autorité établit ensuite que les « hérissons » ne constituent pas un substitut efficace à la terminaison d'appel mobile, pour des raisons tant économiques (opportunité réduite par les baisses des terminaisons d'appel) que techniques (utilisation non optimale de la ressource radio) ou par rapport à la qualité de service. Ainsi que déjà développé en 2004 en réponse à la première consultation de l'ARCEP sur la terminaison d'appel vocal mobile, Orange France souscrit totalement à cette analyse et a effectivement pu constater une réduction progressive du trafic lié aux « hérissons ». Toutefois, Orange France s'interroge sur le maintien d'une asymétrie importante entre les terminaisons d'appel des différents opérateurs mobiles métropolitains, qui ne permet pas d'en terminer totalement avec les opportunités économiques de l'utilisation de boîtiers radios.

En revanche, Orange France n'est pas d'accord avec les conclusions de l'Autorité concernant la non substituabilité des appels vocaux et des SMS, ou plus généralement des autres services non vocaux de messagerie mobile. Ainsi que nous avons déjà en l'occasion de le développer, nous estimons en effet que les appels vocaux et les messages textes sur un mobile sont à la fois partiellement complémentaires et partiellement substituables.

5. Sur le maintien de nombreuses obligations pour les opérateurs

De façon générale, Orange France s'interroge sur l'absence d'allègement des obligations appliquées aux opérateurs au regard de l'évolution du secteur (ainsi que nous l'avions développé lors de la première analyse de marché, nous estimons que l'obligation de publication d'une offre de référence n'est notamment pas nécessaire). En plus des éléments exposés ci-après, Orange France apportera aussi son point de vue dans le cadre de la consultation des acteurs que l'Autorité souhaite lancer lors de l'établissement des remèdes associés à la décision, en particulier s'agissant des obligations tarifaires qui seront retenues pour le marché métropolitain, par rapport à leur niveau d'une part, et par rapport à l'élimination de l'asymétrie existant entre les terminaisons des divers opérateurs d'autre part.

S'agissant du niveau tarifaire qui sera retenu, Orange France rappelle que le précédent price cap a conduit à une baisse de l'ordre de 50% des tarifs de terminaison d'appel mobile en métropole, plus forte que les baisses observées dans les autres pays de l'Union européenne. En outre, les premières décisions des régulateurs des principaux pays européens, et notamment celles qui s'appuient sur des modèles technico-économiques de type CMILT comparables à celui que l'ARCEP met en œuvre, font état pour 2008 de niveaux de terminaison d'appel mobile relativement stables autour de 7 centimes d'Euros. Orange France estime donc que l'ARCEP ne peut en aucun cas s'abstenir de prendre en compte ce contexte international, au risque de créer un déséquilibre dans les conditions de concurrence au sein du Marché Intérieur européen.

5.1. Une régulation toujours très présente...

Orange France s'interroge sur la conformité avec l'esprit du cadre de 2002 de l'absence totale d'allègement des obligations que l'Autorité souhaite appliquer aux opérateurs mobiles.

Alors que l'un des objectifs affichés du cadre réglementaire des communications électroniques européen de 2002 était d'aller vers une application croissante du droit de la concurrence au secteur, avec un allègement progressif de la réglementation ex ante, Orange France regrette que l'Autorité ne fasse pas de bilan des conséquences effectives qu'ont eues les remèdes imposés aux opérateurs sur la période 2005-2007, pour en tirer des conclusions quant à l'opportunité de les maintenir ou de les supprimer. Au contraire, l'ARCEP prévoit d'emblée de reconduire l'ensemble des remèdes déjà imposés sur la période précédente, sans s'attacher à démontrer ni le bien-fondé de ces remèdes ni leur proportionnalité.

Dans un contexte où deux objectifs majeurs de la précédente analyse du marché de la terminaison d'appel mobile de l'Autorité, à savoir la sortie du « Bill and Keep » et l'éradication des « hérissos », visant tous deux à assainir le marché de gros de la terminaison d'appel sur réseau mobile, ont été atteints, on peut raisonnablement s'interroger sur l'opportunité d'alléger ou pas les obligations.

5.2. Une interprétation discutable du principe de proportionnalité

L'Autorité explique que « les obligations imposées aux opérateurs déclarés puissants doivent tenir compte notamment de la taille du marché considéré (nombre de clients) et de la position de l'acteur au sein de sa zone géographique (part de marché) » (p47).

Alors que l'Autorité note par ailleurs dans son document (p55) que les volumes de minutes échangés sont les principaux inducteurs de coûts de la majorité des éléments de réseau sollicités pour la fourniture de prestations de terminaison d'appel vocal mobile, Orange France s'interroge sur l'utilisation (p48) d'un tableau présentant les parts de marché des opérateurs en termes de parc, visant à justifier la proportionnalité des mesures proposées.

En tout état de cause, Orange France estime que le principe de proportionnalité ne doit pas faire ombrage à l'équité qui doit guider le régulateur dans ses décisions vis-à-vis de tel ou tel opérateur. Ainsi, dans une approche qui conduit l'ARCEP à considérer la terminaison d'appel sur le réseau de tout opérateur mobile comme une facilité essentielle, nécessitant une régulation ex ante, il est nécessaire de réguler tout nouvel entrant sur son marché de terminaison d'appel, afin d'éviter toute distorsion concurrentielle sur le marché de détail mobile (p41). Orange France estime qu'il serait alors cohérent d'aller plus loin dans ce raisonnement en imposant à un tel nouvel entrant des obligations certes proportionnées par rapport à sa taille, mais également en rapport avec les obligations imposées aux autres opérateurs de ce marché.

Ceci est particulièrement vrai concernant les obligations tarifaires. En effet, un encadrement non équitable des terminaisons d'appel mobile des divers opérateurs présents dans une même zone géographique pourrait également entraîner d'importantes distorsions concurrentielles. Comme en l'absence de régulation de la charge de terminaison d'appel d'un opérateur nouvel entrant, dans le cas d'une régulation trop permissive quant à l'appréciation de l'excessivité de cette terminaison, cet opérateur pourrait bénéficier d'une rente lui permettant de pratiquer des tarifs de détail très bas, tout en déséquilibrant artificiellement l'équilibre des offres des autres opérateurs mobiles (justement du fait d'une terminaison d'appel de ce nouvel entrant supérieure aux tarifs de détail pratiqués par les autres opérateurs sur le marché mobile). Dans le cas d'espèce, il ne s'agirait pas tant d'un comportement concurrentiel mais d'une opportunité créée artificiellement par la mise en œuvre d'une régulation asymétrique. Cela étant, un tel opérateur, qui serait in fine en mesure d'agir indépendamment des acheteurs sur le marché de la terminaison d'appel vocal sur son réseau et indépendamment des consommateurs sur le marché de détail, ne ferait l'objet d'aucune incitation à être efficace en termes économiques. Une telle approche serait contreproductive vis-à-vis de l'objectif de la régulation.

5.3. Concernant les obligations comptables

Sur les spécifications et principes des obligations de séparation comptable et de comptabilisation des coûts

Orange France s'interroge sur les exigences de l'Autorité en matière de séparation comptable, notamment par rapport à la détermination des prix de transfert internes, et souligne que ces données ne peuvent avoir vocation à être utilisées dans un cadre autre que celui de la régulation du marché de gros de la terminaison d'appel vocal mobile.

De plus, la question de la nécessité et de la proportionnalité d'une mise à disposition de l'Autorité, à sa demande, des éléments pertinents du système d'information et des données comptables, se pose, alors même que la régulation prévoit la vérification des comptes produits par les opérateurs par des organismes indépendants.

Par ailleurs, Orange France estime que l'ARCEP ne devrait pas alourdir le système de comptabilisation des coûts avec des spécifications trop détaillées, mais devait se limiter à en fixer les principes, laissant à chaque opérateur la capacité d'adapter la méthode à ses réalités techniques et comptables. Cela est d'autant plus vrai aujourd'hui que des méthodes complémentaires de type CMILT propres et génériques sont mises en œuvre pour apprécier les écarts entre opérateurs.

Sur le rapprochement des coûts retenus pour les terminaisons d'appel fixes et mobiles

Orange France renvoie aux développements présentés dans la deuxième partie du document présent quant à sa position sur ce sujet et aux conséquences qu'une telle décision pourrait entraîner.

Il est particulièrement inquiétant et en tous cas inacceptable que l'Autorité affiche pour justifier cette évolution majeure l'objectif de « *respecter une meilleure homogénéité des approches comptables entre les marchés fixe et mobile* », sans analyse ni concertation préalable.

5.4. Concernant les obligations tarifaires

Orange France note que l'Autorité prévoit de procéder durant l'été 2007 à une nouvelle consultation publique visant à définir le détail des obligations de contrôle tarifaire qui s'appliqueront aux opérateurs jugés puissants sur le marché de leur terminaison d'appel. Orange France espère avoir d'ici là l'occasion de faire valoir sa position sur cette question et propose ci-après quelques commentaires par rapport aux premières orientations proposées par l'ARCEP.

Sur le caractère transitoire des écarts de terminaisons d'appels

Orange France s'est déjà prononcé à plusieurs reprises concernant le maintien d'une asymétrie entre les terminaisons d'appel vocal des différents opérateurs mobiles français, et souhaite juste rappeler pour mémoire à l'Autorité les derniers commentaires de la Commission européenne à ce propos⁸ :

« La Commission note qu'en raison de l'insuffisance d'information sur les coûts des opérateurs ainsi que du manque d'un modèle de coûts adapté, l'ARCEP ne peut aujourd'hui analyser les différences de terminaison d'appel entre les trois opérateurs mobiles métropolitains et de réexaminer l'asymétrie du price cap, qu'elle propose de maintenir à titre conservatoire pour l'année 2007.

La Commission estime que les tarifs de terminaison devraient en principe être symétriques et que l'asymétrie, acceptable dans nombre de cas, doit être convenablement motivée. La Commission reconnaît que, dans certains cas exceptionnels, une asymétrie pourrait se justifier par des différences objectives de coûts dont l'opérateur concerné n'a pas la maîtrise. Les différences de coûts entre l'exploitation d'un réseau GSM900 et d'un réseau DCS1800 pourraient constituer des motifs valables ou aussi des différences significatives de date d'entrée sur le marché.

En outre, le fait qu'un opérateur mobile soit entré sur le marché plus tard et a donc une part de marché plus petite ne peut justifier un tarif de terminaison plus élevé que pour une période transitoire limitée. Le maintien d'un tarif de terminaison plus élevé ne serait pas justifié après une période suffisamment longue pour que l'opérateur s'adapte aux conditions de marché et devienne efficace; elle pourrait même décourager les petits opérateurs de chercher à accroître leur part de marché.

La Commission a déjà signalé dans plusieurs cas qu'il est nécessaire de veiller à ce que les asymétries ne demeurent pas trop longtemps et que les tarifs de terminaison mobile de chaque ORM devraient être réduits au niveau des coûts d'un opérateur efficace dès que possible.

A cet égard, la Commission invite l'ARCEP à définir le niveau des tarifs de terminaison mobile de chaque opérateur afin d'atteindre la symétrie entre tous les opérateurs peu après la période transitoire de un an, sauf si l'ARCEP estimait que des différences objectives de coût, échappant à la maîtrise des opérateurs ainsi qu'évoqué aux paragraphes précédents, justifieraient le maintien d'un petit degré d'asymétrie. Si tel est le cas, la Commission invite l'ARCEP à justifier l'asymétrie sur la base d'un modèle de coûts d'un opérateur efficace s'appuyant sur des informations de coûts à collecter auprès des trois opérateurs mobiles. »

Sur la question du crédit temps et des prix d'établissement d'appel

Orange France souscrit à la proposition de l'Autorité de ne pas autoriser des structures de tarification comportant un crédit temps.

Par rapport à la question des prix d'établissement d'appel, Orange France estime indispensable que leur non excessivité soit étudiée en regard des coûts effectifs que les opérateurs supportent pour l'établissement d'un appel. En effet, une application trop généreuse de ce principe de non excessivité risquerait dans les faits de conduire à la mise en œuvre par certains opérateurs d'un prix d'établissement à un niveau si prohibitif qu'il deviendrait similaire à un crédit temps.

⁸ SG-Greffe (2006) D/204966, 4 Septembre 2006

Sur le niveau de tarif qui sera retenu

Orange France rappelle que le précédent price cap a conduit à une baisse de l'ordre de 50% des tarifs de terminaison d'appel mobile en métropole, plus forte que les baisses observées dans les autres pays de l'Union européenne. En outre, les premières décisions des régulateurs des principaux pays européens, et notamment celles qui s'appuient sur des modèles technico-économiques de type CMILT comparables à celui que l'ARCEP met en œuvre, font état pour 2008 de niveaux de terminaison d'appel mobile relativement stables autour de 7 centimes d'Euros. Orange France estime donc que l'ARCEP ne peut en aucun cas s'abstenir de prendre en compte ce contexte international, au risque de créer un déséquilibre dans les conditions de concurrence au sein du Marché Intérieur européen.

Annexes

Annexe 1 : Testing the "waterbed effect" in mobile telephony", présentation de Tommaso Valletti.

Annexe 2 : articles de presse relatifs à la convergence des mondes Mobile et Internet

Annexe 1 : Testing the "waterbed effect" in mobile telephony", présentation de Tommasso Valletti.

Annexe 2 : articles de presse relatifs à la convergence des mondes Mobile et Internet
