



Contribution à la réflexion sur les marchés pertinents dans le secteur des mobiles

Laurent BENZONI, Jean-Bernard BLAISE et Patrice GEOFFRON

Novembre 2003

TERA Consultants

32, rue des Jeûneurs

75002 PARIS

Tél. + 33 (0) 1 55 04 87 10

Fax. +33 (0) 1 53 40 85 15

S.A.S. au capital de 200 000 €

RCS Paris B 394 948 731

Les marchés «15, 16, 17»

«Questions» aux questionnaires

**Contribution à la réflexion sur les marchés
pertinents dans le secteur des mobiles**

Novembre 2003

PRESENTATION GENERALE

Dans le cadre de la procédure d'identification des marchés pertinents et de la définition des éventuelles puissances de marché, l'ART a soumis des questionnaires spécifiques à chaque marché, à l'ensemble des acteurs.

Le secteur des mobiles, directement concerné par les marchés 15, 16 et 17, fait ainsi l'objet de trois questionnaires distincts. Ces questionnaires se caractérisent d'emblée par une grande finesse des informations demandées, notamment aux opérateurs.

Est-il possible aujourd'hui de « questionner » les questionnaires ? En d'autres termes, pour contribuer utilement aux débats qui s'annoncent, deux économistes et un juriste se sont réunis pour répondre à la question suivante :

Quelles réflexions d'ordre méthodologique et d'orientation générale inspirent la procédure et les questionnaires distribués sur les marchés 15, 16 et 17.

Ce document restitue séparément ces trois réflexions par ces universitaires. Selon la formule consacrée, les opinions émises sont celles de leurs auteurs.

SYNTHESE

Derrière des questions se cachent toujours des intentions. Mais sans une certaine connaissance explicite des intentions, l'interprétation du sens des questions peut tourner rapidement au procès d'intention... Les trois auteurs s'accordent ainsi sur la difficulté de l'exercice auquel ils ont accepté de se soumettre : porter une appréciation et un regard sur une procédure en cours dont on ne connaît pas bien les contours exacts sans préjuger pour autant de la qualité des analyses ultérieures qui seront menées par l'Autorité.

Cette précaution étant prise, un certain nombre de points communs ressortent des trois analyses.

- Le premier et le principal d'entre eux concerne les conditions de base du secteur : les mobiles ne relèvent pas de la même problématique concurrentielle que les réseaux fixes. Les infrastructures y sont totalement dupliquées et tout consommateur peut faire jouer la concurrence pleine et entière sur le marché de détail. Ainsi, l'intégration entre le métier d'opérateur d'infrastructures et le métier d'opérateur de services a constitué la forme d'organisation adaptée à cette concurrence en infrastructures et un ingrédient crucial de la réussite de ce secteur qui a amplement bénéficié aux consommateurs¹ : un «dégrouper» qui ne dirait pas son nom, des réseaux mobiles constituerait une évolution très déstabilisante dont il faudrait démontrer qu'elle soit réellement justifiée et réponde aux enjeux

¹ Il est assez significatif d'observer que l'accord de MVNO de référence, celui liant Virgin à T-Mobile au Royaume-Uni est en pleine tourmente : procès entre les deux protagonistes et volonté de l'opérateur d'infrastructures de «sortir» de cet accord qu'il considère être une «mauvaise affaire».

réels de l'avenir à savoir le déploiement des réseaux 3G et la diffusion des services multimédias mobiles.

- Le second point concerne le niveau de détail des informations requis à ce stade de la procédure. Les trois auteurs s'interrogent sur les tenants et aboutissants de cette véritable «instruction» à un stade, somme toute, préliminaire de la procédure d'identification des marchés pertinents ? Sommes nous en phase d'identification des marchés pertinents ou bien, sur certains aspects, ne sommes-nous pas déjà en phase d'instruction d'un abus de position dominante individuelle et/ou collective ?
- Le troisième point concerne le rôle du régulateur, de par la puissance d'intervention que lui confère potentiellement les nouvelles directives, laquelle ne doit pas donner lieu à des excès : excès de pouvoir d'un point de vue juridique ou excès de contraintes réglementaires pesant sur les acteurs, d'un point de vue économique.

Au total, ces trois auteurs, chacun avec sa sensibilité propre, préconisent finalement une juste proportion des mesures éventuelles et en appelle à une attitude prudente, en laissant le soin aux autorités de concurrence d'ouvrir la voie de la sanction si des défaillances de marché étaient susceptibles d'émerger. Ce n'est que dans un second temps qu'il appartiendrait à la régulation de contraindre le marché, s'il s'avérait que les pratiques indésirables freinent le développement de l'innovation ou ne permettent pas d'offrir des services de qualité à leur juste prix.

En ce sens, les trois auteurs s'inscrivent dans la lignée de la Commission Européenne qui, primo ne voit aucune urgence à l'identification d'autres marchés que ceux déjà répertoriés et secundo ne pousse pas à

l'accroissement de la pression réglementaire sur le secteur des mobiles encore traumatisé par le calamiteux processus d'attribution des licences 3G.

A PROPOS DES AUTEURS

Laurent BENZONI : agrégé des facultés de Droits et de Sciences Economiques, est Professeur à l'Université Paris II après avoir été Professeur de 1986 à 1996 à l'ENST où il dirigeait le département d'Economie et Management. Spécialiste d'Economie Industrielle et de la Concurrence ainsi que d'Economie des réseaux et des Télécommunications, il est l'auteur de nombreux ouvrages, rapports et articles. Ses travaux lui ont valu plusieurs distinctions (Prix ADEFI, Prix Harvard-l'Expansion en collab., prix ITU, etc.). Il est membre de la CCR depuis 1987. Il a participé à la création de l'OMSYC en 1988 dont il assure depuis la Direction Scientifique. Il est membre du comité de rédaction de la revue Communications & Strategies depuis sa création. Il a fondé en 1996 le cabinet TERA Consultants.

Jean-Bernard Blaise : agrégé des Facultés de droit (droit privé et science criminelle) est professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Spécialiste de droit de la concurrence, de droit communautaire des affaires et de droit commercial, domaines dans lesquels ils déploient ses compétences de puis de nombreuses années (enseignements de 3ème cycle, direction de recherches, etc.). Il a été membre du Conseil de la concurrence. Il est l'auteur de nombreux articles sur ces thèmes et d'un ouvrage de référence en droit des affaires et, en collaboration, d'un ouvrage de droit européen des affaires. Il assure avec le Professeur Laurence Idot la Chronique de droit de la concurrence au sein de la Revue trimestrielle de droit européen. Jean-Bernard Blaise est actuellement consultant permanent au Cabinet Vogel & Vogel.

Patrice GEOFFRON : agrégé des facultés de droit et de Sciences Economiques, est Professeur à l'Université Paris-Dauphine, après avoir été Doyen de la Faculté d'Economie de l'Université Paris XIII. Il est spécialiste d'économie industrielle et d'économie des nouvelles technologies, domaine dans lesquels il a publié de nombreux articles et ouvrages. Dans le domaine des télécommunications, ses travaux et publications récents ont plus particulièrement porté sur les évolutions de la téléphonie mobile en Asie (Japon, Corée) et la question de la transition vers les services multimédia mobile. Depuis 1997, il assure une chronique régulière dans le Monde de l'Economie sur l'économie japonaise. Il a été Lauréat en 1991 du prix de la meilleure thèse décerné par l'Association Nationale des Docteurs Es Sciences-Economiques. Il est associé au cabinet TERA Consultants.

SOMMAIRE

Les marchés pertinents dans les télécommunications mobiles : Page 7

Réflexions économiques sur le cas de la France à partir des premières initiatives de l'ART dans le cadre de la directive cadre 2002/21/CE

Laurent BENZONI - Professeur de Sciences Economiques à l'Université Paris 2

Approche juridique de la définition des marchés pertinents Page 47
15, 16, 17 et remarques sur les questionnaires de l'ART

Jean-Bernard BLAISE - Professeur Emérite de Droit à l'Université Paris 2

Étude de la méthode de l'ART concernant la définition et l'analyse Page 72
des marchés prévue par la directive cadre 2002/21/CE

Patrice GEOFFRON - Professeur d'Economie à l'Université de Paris Dauphine

**Les marchés pertinents dans les
télécommunications mobiles :**

**Réflexions économiques sur le cas de la France à partir des premières
initiatives de l'ART dans le cadre de la directive cadre 2002/21/CE**

Laurent BENZONI

Professeur de Sciences Economiques à l'Université Paris 2

Novembre 2003

Le nouveau cadre réglementaire pour les communications électroniques doit entrer prochainement en vigueur en France. Les bases de cette évolution réglementaire sont issues d'un paquet de cinq nouvelles directives européennes qui requièrent des autorités de régulation nationales de passer en revue les conditions de la concurrence dans le secteur des communications électroniques pour s'assurer que la régulation reste bien en phase avec les évolutions des marchés.

Selon les analyses conduites par la Commission, le progrès technique (numérisation), les directives de 1996 (concurrence), et la convergence des services et des marchés nécessitent la modification du périmètre des marchés et l'évolution des conditions d'exercice de la concurrence. Les directives préconisent la poursuite du processus de libéralisation enclenché depuis 1986 avec un allègement progressif de la régulation *ex ante* au profit des processus d'ajustement *ex post*.

A cet égard, les textes européens invitent à considérer le caractère complémentaire de la régulation du secteur des télécommunications par rapport au droit de la concurrence et à l'action des autorités de concurrence. En d'autres termes, la régulation vient en dernier ressort : *«La décision finale de recenser un marché répondant aux deux premiers critères (barrières à l'entrée élevées et persistantes, et absence de caractéristiques suggérant une évolution vers une concurrence effective) comme susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante va dépendre d'une appréciation de la capacité suffisante du droit de la concurrence en lui-même d'atténuer ou de supprimer ces entraves, ou de restaurer une concurrence effective»* (Recommandation de la Commission concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques, p. 12). Ainsi, le mouvement d'ouverture à la concurrence doit se traduire concrètement par moins de régulation, l'inverse semblerait pour le moins paradoxal.

Finalement, l'exercice de revue de la concurrence des «segments de marché» identifiés de façon *ad hoc* par la Commission doit déboucher raisonnablement :

- sur un relâchement des contraintes réglementaires sur les marchés initialement encadrés, signe du succès de l'ouverture à la concurrence et de l'action des autorités de régulation nationale,
- à titre subsidiaire, sur un *statu quo* réglementaire, révélant un processus d'ouverture «en panne»,
- à titre infiniment subsidiaire, sur une accentuation de la contrainte réglementaire, évolution inquiétante prouvant que les mécanismes de concurrence sont structurellement défaillants et que le pilotage de la régulation n'aurait pas été des plus efficaces.

L'Autorité de Régulation des Télécommunications (ART) a donc lancé la procédure de revue de la concurrence prévue par les textes européens. Après une première consultation publique, l'ART a diffusé à l'ensemble des acteurs des questionnaires dédiés aux différents segments de marché dûment identifiés par la Commission pouvant éventuellement faire l'objet d'une régulation *ex ante*.

A ce stade de la procédure, et au regard de la liste très détaillée de questions posées par l'ART, les opérateurs mobiles, à travers leur association (AFOM), s'interrogent sur les méthodes d'analyse qu'il convient de suivre pour répondre aux exigences de la Commission. Cette question de la méthode retenue paraît d'autant plus légitime qu'au Royaume-Uni où ce processus est achevé et validé au niveau communautaire, le régulateur (OFTEL) a rendu sa décision sans passer explicitement par une procédure d'investigation approfondie et directe auprès des acteurs dans laquelle semble se lancer aujourd'hui l'ART à travers la diffusion de ses questionnaires.

L'évolution du cadre réglementaire des télécommunications : derrière les orientations générales, les potentiels de dérive qu'il convient d'éviter...

Près de 18 ans séparent les premiers textes d'ouverture à la concurrence relatifs à la fourniture du marché des postes téléphoniques sur les réseaux fixes, du nouveau cadre issu du «paquet» sur les communications électroniques. L'ouverture à la concurrence dans les télécommunications constitue donc un processus long et en devenir constant. La rupture

réglementaire fondamentale de 1996 se traduisait par l'instauration d'une pleine concurrence généralisée en infrastructures.

Dans les réseaux fixes, cet objectif nécessitait une période de transition au regard de la situation initiale et historique de monopole de l'opérateur en place («incumbent»). La régulation constituait ainsi l'instrument permettant l'entrée et la possibilité de survie à long terme de nouveaux opérateurs.

Les dispositifs réglementaires spécifiques ont alors été instaurés car le déploiement d'infrastructures alternatives ne pouvait s'instaurer pleinement par le jeu de la libre concurrence. En dépit de ces dispositifs, l'entrée des nouveaux opérateurs, notamment dans la boucle locale, s'est révélée beaucoup plus problématique qu'anticipé compte tenu des conditions technico-économiques fondamentales du secteur (forte intensité capitalistique). Très vite, la nécessité d'une évolution réglementaire vers une organisation de la concurrence plus accentuée sur les services est venue ainsi progressivement compléter les orientations initiales de 1996 qui privilégiaient la concurrence en infrastructures. Le «dégrouper du réseau cuivre» des opérateurs historiques fixes a constitué le moyen principal de cette réorientation réglementaire. D'autres dispositions, comme la pré-sélection par exemple, sont aussi venues renforcer le dispositif réglementaire initial. Ces inflexions ont été réalisées au profit des opérateurs entrants se trouvant souvent dans l'impossibilité de venir «challenger» l'opérateur historique dans certaines zones géographiques sur certains segments de marché (clients résidentiels essentiellement) ou au niveau de la fourniture de certains services, de telle sorte que l'opérateur historique se retrouvait dans une situation de monopole *de facto* et non plus *de jure*.

Les conditions de base du secteur des mobiles sont radicalement différentes de celles prévalant dans les réseaux fixes. En effet, dans les réseaux mobiles, la concurrence en infrastructures bat son plein depuis l'origine... Initiée dans l'ère de l'analogique, systématisée avec l'avènement du numérique (GSM), cette forme de concurrence totale a été accentuée à l'occasion de l'attribution des licences «1800» puis relancée lors de l'octroi des licences «3G».

Dans le secteur des mobiles, la concurrence en infrastructures a produit ce que l'on attendait d'elle : une diffusion exceptionnellement rapide des services et des usages, une baisse drastique des prix, une dynamique d'innovation constante, une diversité des offres, etc.

Le nouveau «paquet» de directives s'est donc constitué dans le contexte d'un vaste domaine des télécommunications qui présente des dynamiques concurrentielles très contrastées selon que l'on se situe dans les secteurs fixes ou mobiles.

Comme précisé en introduction, deux objectifs de fonds structurent le nouveau «paquet» : d'une part, la «simplification» ou «l'harmonisation» des règles, ce que l'on peut désigner par la recherche du «mieux» dans la régulation, d'autre part, la «banalisation» des règles, ce que l'on peut qualifier de recherche de «moins» de régulation.

- ***Simplification ou harmonisation des règles ou la recherche du « mieux de régulation ».*** La numérisation des signaux conduit des infrastructures, autrefois distinctes et soumises à des encadrements différenciés, à produire les mêmes types de services et d'entrer ainsi en concurrence directe (exemple de câblo-opérateurs offrant l'Internet et la téléphonie). Le principe de neutralité technologique doit ainsi permettre à une même autorité de régulation d'ordonner ces nouvelles concurrences en édictant des principes identiques de régulation pour des réseaux en concurrence directe mais qui relèvent initialement de régimes réglementaires distincts.
- ***«Banalisation des règles» ou la recherche du «moins de régulation».*** La phase d'ouverture à la concurrence est transitoire, le développement de la concurrence doit amener une disparition progressive des règles spécifiques. Les télécommunications doivent être de plus en plus régies par le droit général de la concurrence et s'abstraire des règles d'exception de la «régulation sectorielle».

Telles sont les intentions au niveau européen qui doivent aussi déboucher sur une convergence des conditions réglementaires nationales, facteur clé de l'intégration européenne. Toutefois, leur traduction et leur implémentation peuvent rapidement conduire, si l'on y prend garde, à des dérives, des confusions, des contradictions.

En effet, si l'objectif d'harmonisation conduit à traiter façon homogène réseaux fixes et mobiles, il peut s'ensuivre un alignement des principes de régulation des mobiles sur ceux instaurés pour le fixe. En d'autres termes, les mobiles iront vers plus de régulation. Mais, dans ce domaine, le «plus» risque d'être l'ennemi du «mieux».

En effet, outre que cette dérive semble quelque peu contradictoire avec l'objectif de «banalisation» des règles, elle est surtout de nature à induire une modification fondamentale et radicale des «signaux» émis vers les opérateurs mobiles qui sont, d'abord et avant tout, des investisseurs dans les infrastructures qu'ils opèrent pour y développer et vendre les services selon l'organisation qui leur semble la mieux appropriée.

Le libre arbitrage d'une intégration totale ou partielle entre services et infrastructures constitue ainsi l'une des conditions de base du secteur des mobiles. Cette faculté d'arbitrage est inscrite dans la régulation en vigueur depuis l'origine du secteur au milieu des années quatre-vingts. C'est cette organisation qui a produit la dynamique concurrentielle et industrielle que l'on sait. Une désintégration planifiée et «forcée» par la régulation constituerait alors un «choc exogène» dont les conséquences à long terme sont incalculables, en particulier à un moment critique où l'évolution et le renouvellement des infrastructures mobiles pour offrir des services de plus en plus évolués constituent l'un des rares vecteurs potentiels de croissance du secteur des télécommunications, comme de l'économie dans son ensemble.

Il est d'ailleurs symptomatique que les pays où les offres de services mobiles évolués se développent et se diffusent le plus rapidement (Japon, Corée, etc.) sont ceux qui bénéficient d'une remarquable stabilité de leur cadre réglementaire et de leur «écosystème» (cf. L. Benzoni, et alii, 2003). La transition vers le «multimédia» mobiles a été pilotée dans la continuité des conditions de base réglementaires du secteur, un peu comme l'a été, en Europe, la transition de la téléphonie mobile analogique (1^{ère} génération) vers le numérique ou GSM (2^{ème} génération).

Les caractéristiques structurantes de cette transition réussie sont les suivantes : octroi automatique des licences 3G aux opérateurs en place sur les licences 2G à un prix «négocié», pas d'entrée planifiée et forcée de nouveaux opérateurs, au stade de lancement de nouveaux

marchés de services, liberté totale d'organisation de l'articulation entre les activités d'infrastructures, de services, de contenus, etc. Une différence marquante doit être notée : la recherche «planifiée» et imposée d'une diversité des technologies mises en œuvre par les opérateurs en place, diversité qui s'oppose au «monolithisme technologique» européen (normalisation) qui s'est forgé autour du GSM puis de l'UMTS.

Par ses dispositifs, la régulation dans ces pays a incité les opérateurs mobiles à poursuivre leurs investissements au lieu de produire une déstabilisation. La régulation a ainsi réussi à éviter le piège du cercle vicieux de «la poule et de l'œuf» qui peut s'instaurer lorsque l'on entre dans une phase d'innovation, d'investissement et de croissance basée sur une intensification et une diversification de la consommation des services. En effet, si les intérêts des opérateurs d'infrastructures et des fournisseurs de services divergent : les opérateurs d'infrastructures attendent des fournisseurs de services qu'ils mettent au point des offres attractives pour prendre le risque des investissements irréversibles dans les infrastructures, mais les fournisseurs de services attendent de disposer d'infrastructures assurant une certaine « surface » de marché pour initier le développement de leurs offres de services... Cette attente réciproque débouche sur une paralysie des décisions gravement nuisible à la dynamique du secteur : la coordination étroite et intime des activités est donc indispensable, l'intégration plus ou moins importante entre infrastructures et services en constitue l'un des ferments.

A l'aube du développement des nouveaux services multimédia sur les réseaux mobiles, il serait particulièrement risqué et inapproprié d'initier des mesures réglementaires et déstabilisantes, notamment incidemment désintégrant. De telles mesures, «joueraient avec le feu» du cercle vicieux entre infrastructures et services que nous venons de rappeler et pourraient bloquer le processus de croissance et d'innovation du secteur.

Tels sont certains des enjeux fondamentaux de l'exercice «technique» de définition des marchés pertinents et d'identification des éventuels opérateurs disposant d'une puissance significatives sur ces marchés auquel doivent se livrer en Europe les Autorités de Régulation Nationales, et par conséquent l'ART.

Il ne faut pas se leurrer, les orientations de régulation plus ou moins contraignantes inférées par les analyses menées sur les marchés pertinents 15 à 17, ou des sous-marchés tels celui des SMS que tenterait d'isoler la régulation, peuvent induire, ni plus ni moins, que l'instauration

d'une logique de «dégrouper» des réseaux mobiles. L'efficacité économique et concurrentielle d'une telle inflexion de la régulation, dans un contexte de concurrence en infrastructures, reste à démontrer. En tout cas, elle constituerait une modification radicale des fondements sur lesquels s'est assise la croissance des mobiles qui a bénéficié à l'ensemble de l'économie européenne en général et de la société française en particulier.

Compte tenu des enjeux considérables, il est particulièrement important que les analyses conduites sur les «marchés» pertinents et la puissance de marché soient à la fois rigoureuses et très prudentes dans leurs prescriptions.

Les «signaux» réglementaires structurent de nombreuses décisions pour tous les acteurs du marché, notamment les investissements de long terme (infrastructure, plates-formes de services, etc.) qui présentent un fort caractère d'irréversibilité. Lorsque ces «signaux» sont erronés, les conséquences peuvent être lourdes, voire très lourdes. Ainsi, les «regulatory failure» (erreurs de régulation) sont, à terme, toujours beaucoup plus coûteuses, «socialement» et collectivement, que les «competition failures» (déficiences de concurrence). D'où de toute évidence, l'orientation de la Commission de ne faire intervenir sur un marché l'arsenal de la régulation qu'en dernier ressort, une fois que toutes autres les voies seront épuisées, notamment celle des recours en contentieux concurrentiels.

Les exemples de «regulatory failures» abondent. Par exemple, dans le domaine de l'énergie ou du transport que ce soit en Europe ou ailleurs (Etats-Unis notamment), les erreurs de régulation ont provoqué des désincitations à l'investissement dans les infrastructures, et ont ainsi conduit à une fragilisation structurelle des industries concernées, à des baisses de qualité voire à des ruptures dans la fourniture des services ou à des accidents, etc. Ces déficiences se traduisent aussi paradoxalement par des tendances haussières des coûts, puis finalement des prix pour les consommateurs. Pallier *ex post* les coûts de la «non-qualité» consécutive à une période de gestion de pénurie induite par une régulation non incitative revient toujours très cher, parfois même humainement. L'ouverture à la concurrence produit parfois l'inverse de ce que l'on attend d'elle, mais bien plus que des dysfonctionnements inhérents aux marchés en cause, ce sont des «erreurs» de process et de pilotage réglementaire qui en constituent l'origine

Le secteur des télécommunications n'a pas échappé aux «regulatory failures» (cf. J. Cas, 2003). Il faudra un jour procéder, en Europe, à l'évaluation du coût économique et social de l'octroi des licences 3G. Forcer les opérateurs en place à entrer dans un jeu du type «struggle for life» pour maximiser les recettes d'Etats nationaux en mal de désendettement, métamorphoser du potentiel d'investissement en palliatifs budgétaires, instaurer la planification des choix techniques et des lancements de nouveaux services aura constitué un cumul d'erreurs dont il convient de bien titrer les leçons. Le cas de la 3G n'est pas isolé, on oublie par trop, ne serait-ce que dans les réseaux «radio», les échecs du lancement de la boucle locale radio, des radiocommunications numériques professionnelles (norme Tetra), les systèmes de «paging» numérique (norme Ermès), etc. Il serait un peu court d'imputer tous ces échecs uniquement à des facteurs techniques ou des erreurs des seuls acteurs du marché (équipementiers et opérateurs) en éludant les responsabilités particulières des «organiseurs» des marchés que sont les gouvernements, les régulateurs et certains de leurs conseillers.

Les «erreurs» de process réglementaires ont sans doute autant altéré le bien-être collectif que les abus de marché enregistrés sur les différents marchés nationaux européens des télécommunications depuis 1998 et redressés *ex post* par les autorités de régulation ou de concurrence.

Forte de ces expériences malheureuses, la Commission semble accorder largement sa préférence au contrôle *ex post* (autorités de concurrence) plutôt qu'au contrôle *ex ante* (régulation) : «*Seuls les marchés sur lesquels la simple application du droit national et communautaire de la concurrence n'est pas jugée suffisante pour remédier aux défaillances du marché et pour garantir une concurrence effective et durable sur une durée prévisible devraient être signalés aux fins d'une éventuelle réglementation ex ante*» (Recommandation, p. 10)

Elargir le pouvoir d'intervention *ex ante* comme le permet le nouveau cadre réglementaire des peut certes fournir aux autorités de régulation nationales des moyens d'intervention puissants mais cette puissance doit être requise et utilisée, selon la Commission, avec la plus grande prudence, le plus grand pragmatisme, et seulement en dernier ressort.

La discussion autour des méthodes d'analyse des marchés pertinents et d'identification des opérateurs détenant une puissance significative sur le marché doit donc être emprunte de la

plus grande attention. Les méthodes aux résultats incertains ou peu fiables devront être rejetées tant qu'il n'est pas prouvé de manière incontestable que l'organisation antérieure des s'es traduite par des performances insuffisantes. Pour identifier ces éventuelles performances insuffisantes, il convient de raisonner en terme de bien-être collectif, c'est-à-dire d'intégrer dans le périmètre de la réflexion, outre les consommateurs, les acteurs de l'offre (opérateurs, fournisseurs de services, distributeurs) et l'ensemble des secteurs impactés directement et indirectement par la bonne santé économique du secteur des mobiles.

Considérations méthodologiques générales : limites de l'analyse structuraliste versus nécessité d'un examen approfondi et multicritères des formes de la concurrence

L'étude et l'analyse économiques à des fins d'examen des processus et des pratiques concrètes de la concurrence ressort d'une branche spécifique de la science économique : «l'économie industrielle», traduction approximative du terme américain d'«Industrial Organization».

Cette branche s'est d'abord développée aux Etats-Unis depuis le début du siècle dernier sous l'impulsion d'une demande récurrente et croissante «d'expertise économique» émanant des autorités de concurrence et de régulation. Se référant souvent aux principes normatifs de la théorie micro-économique, cette branche s'en démarque néanmoins clairement par son approche «heuristique» et pragmatique. Confrontés à la complexité de la réalité, les économistes industriels ont en effet progressivement élaboré un corpus spécifique en phase avec les besoins des examens pratiques et concrets des situations de concurrence.

La méthode standard d'analyse concurrentielle proposée par l'économie industrielle s'articule autour de quatre étapes.

1/ **Analyse des conditions de base** : elle doit être effectuée tant du côté de l'offre que de la demande ; elle conduit à la détermination des fonctions d'offre et de demande, notamment de leur sensibilité aux variations de prix, ainsi qu'à l'identification des «espaces de concurrence effective», autrement dit des «marchés pertinents» et des structures «naturelles» de marché à savoir principalement le nombre d'offres

pouvant subsister à long terme compte tenu des fonctions d'offre et de demande de long terme.

2/ **Analyse des structures** : elle doit être menée principalement à partir de l'étude de la concentration absolue et/ou relative de l'offre et de la demande observée sur les marchés et repose génériquement sur des calculs d'indices et de la «fluidité» à l'entrée sur le marché (contestabilité)

3/ **Analyse des comportements** : elle consiste en l'analyse des stratégies «en prix» et «hors-prix» des acteurs au sein du marché. L'étude du «jeux» concurrentiel issue de l'interdépendance stratégique des acteurs est menée à ce niveau. Ce jeu se développe sous la pression de quatre forces concurrentielles externes : le pouvoir des fournisseurs, celui des acheteurs et des consommateurs, la menace des produits substitués et celle des entrants potentiels.

3/ **Analyse des performances** : qui est menée non seulement en termes d'évolution des prix et de rentabilité des firmes (indice de l'existence ou non de pouvoirs de marché) mais aussi à l'aune de multiples critères tels que la vitesse de diffusion des produits, la diversité et la qualité, l'intensité de l'innovation, etc.

On note que la réglementation et la régulation constituent des contraintes «hors marché » qui peuvent intervenir à tous niveaux. Ainsi dans le secteur des mobiles, le nombre de licences déterminent fondamentalement la structure, tandis que les obligations de couverture ou de qualité impactent les conditions de l'offre, les incitations en faveur de telle ou telle norme peuvent infléchir tant les conditions de base de l'offre que les comportements des opérateurs, etc.

La démarche et les méthodes d'identification des marchés pertinents, l'éventuelle détermination d'une «puissance de marché» dont disposent potentiellement certains acteur(s) sur ces marchés dûment identifiés s'inspirent directement de cette grille d'analyse. Il en existe plusieurs modes d'utilisation.

L'approche dite «structuraliste» s'inspire directement de l'approche normative de la théorie micro-économique traditionnelle. Selon ce schéma, la structure d'un marché, autrement dit son degré de concentration, sur-détermine la nature des comportements des offreurs, notamment dominants, et partant leurs performances. En d'autres termes, un niveau élevé de concentration (peu d'offreurs et/ou forte dispersion de taille entre offreurs) induit «mécaniquement» un pouvoir de marché qui se traduit par des comportements de prix se transformant en une profitabilité élevée (indue ?) du(des) offreur(s) dominant(s). La concentration (structure du marché) constitue donc *per se* un indice probant de l'altération de la concurrence, indice qu'il convient alors seulement de conforter par des indices complémentaires relatifs au comportement des acteurs et aux performances du marché.

L'approche dite «comportementaliste» qui s'est imposée depuis une vingtaine d'années dépasse la causalité simple entre structure de marché et comportements que propose l'approche «structuraliste». En plein développement, l'approche comportementaliste met principalement l'accent sur les pratiques effectives de concurrence des acteurs en se basant souvent, sur le plan théorique, sur des outils issus de la théorie des jeux. Elle offre une vision plus réaliste du fonctionnement des marchés et de la concurrence, notamment sur les marchés à forte concentration. Selon cette approche, les performances d'un marché dépendent directement de la nature des interdépendances stratégiques qui s'instaurent entre les acteurs. Les comportements concurrentiels ne sont plus directement inférés de la structure du marché, notamment du niveau de concentration. La théorie de l'oligopole démontre qu'une même structure de marché, telle que le duopole, produit aussi bien l'entente, c'est-à-dire un comportement de maximisation des profits joints, que la guerre des prix («cut throat competition») ou tout autre ajustement concurrentiel de type ajustement par les quantités («conjecture à la Cournot»), leader-suiveur, etc. (cf. pour un exposé de cette question : A. Jacquemin ou J. Tirole). Par ailleurs, des formes de concurrence variées, qui ne relèvent pas seulement de la dimension prix, peuvent s'instaurer. La différenciation, l'innovation, etc. constituent autant de variables d'action que les entreprises mobilisent pour activer la concurrence. Enfin, la vision statique que distille le schéma «structuraliste» est relativisée au profit d'une approche dynamique qui met l'accent sur les phénomènes d'irréversibilité, de blocage, de risque, etc.

Les deux approches, structuraliste et comportementaliste, sont ainsi mobilisées par les autorités de concurrence tant dans leurs appréciations *ex ante* sur la concurrence à l'occasion

des opérations de fusion/absorption que dans leur appréciation *ex post* à l'occasion des contentieux.

Les opérations de fusion/absorption, pour lesquelles les autorités doivent donner leur aval, conduisent ces dernières à mener une analyse prospective, donc *ex ante* de la structure des marchés et de la concurrence sur le ou les marché(s) en cause. Si l'autorité adopte une démarche très «structuraliste», elle peut se contenter de vérifier le niveau de concentration atteint avant et après fusion sur les marchés pertinents identifiés. Si les niveaux de concentrations sont jugés trop élevés, une fusion produit une structure de marché qui, selon l'approche structuraliste, nuit «mécaniquement» à la concurrence, indépendamment des pratiques de concurrence en vigueur sur les marchés en cause ou du bilan économique favorable de l'opération (économies d'échelle, potentiel de recherche et d'innovation liée à la grande taille, taille critique en évolution, etc.). L'opération peut alors être refusée au titre d'un «bilan concurrentiel» négatif induit, en fait, par la vision «structuraliste» de l'autorité de concurrence. On perçoit que l'analyse est un peu courte dans la mesure où l'examen de la structure du marché constitue le seul niveau d'analyse pour juger de la nature des pratiques concurrentielles à venir.

C'est la raison pour laquelle certaines oppositions récentes de la Commission européenne à des opérations de fusion/absorption ont été cassées en appel par le TPI. Derrière ces décisions juridiques, on assiste, en réalité, à la remise en cause de la vision trop structuraliste qui s'était instaurée incidemment comme cadre méthodologique de référence au sein des services de la Commission et a conduit à une «crise» au sein de ces services.

Ces péripéties trouvent un écho direct s'agissant du sujet qui nous préoccupe. En effet, l'exercice de délimitation des marchés pertinents et d'identification des opérateurs détenant une puissance significative sur le marché que doivent mener les autorités de régulation constitue une analyse *ex ante de la concurrence* qui, sur le fonds, est très proche des analyses menées par les autorités de concurrence pour donner leur aval aux opérations de fusion/acquisitions. Une vision par trop «structuraliste» qui guiderait (fausserait) le bilan concurrentiel à travers le filtre initial d'un simple constat du degré de concentration élevé observable sur le marché de détail des mobiles pourrait donc être source d'erreurs d'appréciation non négligeables : les redoutées «regulatory failures».

Adopter une approche «comportementaliste», par construction plus complète et qui conviendrait donc mieux en l'espèce, conduit à une étude précise et détaillée des pratiques effectives de concurrence à travers les comportements d'achat des consommateurs, la nature des interdépendances stratégiques entre les offreurs, la réalisation d'un bilan économique du secteur parallèlement au bilan concurrentiel (analyse multicritères des performances), etc. Tout un ensemble multicritère et exhaustif qui doit ainsi constituer le fonds informationnel de l'analyse. La quantité et la qualité des informations requises explique que ce type de méthode soit principalement usitée dans le contexte de contentieux qui portent, par définition, sur des pratiques précises, dénoncées par un acteur et identifiées sur des marchés circonscrits *a priori* où s'affrontent effectivement plusieurs offreurs face à une demande.

Cette distinction d'approche essentielle entre «structuralisme» et «comportementalisme» s'enclenche, de toutes façons, une fois identifiés les marchés pertinents suite à l'analyse des conditions de base. Cette première étape représente ainsi le dénominateur commun entre les deux approches. Il convient alors de revenir sur ce point essentiel.

L'identification des «marchés pertinents» : une question pendante qui reste difficile à examiner objectivement

La réflexion économique sur la délimitation économique des marchés a été initiée dès 1933 par Joan Robinson. Un marché se délimite par l'ensemble des produits substituables du point de vue du consommateur. Pour quantifier ce concept, on raisonne en termes d'élasticités croisées. Pour ce faire, on observe si la baisse du prix du bien 1 se traduit par une augmentation corrélative de la quantité consommée du bien 2, supposé être son substitut et inversement. Si tel est le cas les biens sont des substituts donc ils sont en concurrence sur un même marché.

Le test du monopoleur hypothétique retenu par la Commission comme premier critère d'identification des marchés pertinents dérive directement de cette méthode. Il fixe un intervalle de 10% de variation des prix comme seuil significatif pour isoler des produits substitués en concurrence directe de ceux qui ne le sont pas. Ce seuil pose problème en soi. Il ne repose, à notre connaissance, sur aucune approche légitimée par la théorie économique ou des observations statistiques suffisamment significatives pour être applicable à tout bien et

tout marché. Bien au contraire, les développements les plus récents de la recherche autour du comportement des consommateurs tendent plutôt à prouver l'existence de comportements qui ne répondent pas à ce type de seuil linéaire par construction (cf. Les travaux du prix Nobel 2002). La question de la rationalité des choix des consommateurs reste posée, celle de la sensibilité effective des consommateurs aux variations de prix, surtout en présence d'une prolifération d'offres tarifaires qui, selon la théorie économique constitue s'agit le signe indubitable d'une concurrence oligopolistique active.

Depuis Lancaster, il est par ailleurs reconnu que les consommateurs n'achètent pas les biens pour eux-mêmes mais pour l'ensemble des caractéristiques des services qu'ils procurent. En d'autres termes, on peut acquérir un service de téléphonie mobile pour la possibilité d'appeler ou d'être appelé dans des circonstances particulières, en mobilité certes, mais aussi pour répondre au besoin de communiquer n'importe où (y compris chez soi) et n'importe quand dans une situation de communication individualisée et personnalisée, contrairement au fixe. On peut choisir aussi un opérateur mobile pour le design du terminal qu'il propose, sa couleur, sa marque, etc. Les biens en concurrence sont ceux qui offrent les mêmes caractéristiques de services recherchées par les consommateurs, indépendamment de l'apparence matérielle de ces biens². Appréhender correctement le comportement des consommateurs et partant le comportement des offreurs, consiste donc à identifier précisément ce qui guide les motivations d'achat des consommateurs (leurs préférences) et ce qui oriente leur décision finale pour tel ou telle offre dans un contexte de complexité de l'information qui induit un comportement de « rationalité limitée ». Il convient alors de ne pas s'en tenir à une évidence fautive que seul le meilleur prix affiché ou facial des abonnements à un service que l'on pré-supposerait homogène entre les opérateurs constituerait l'unique ressort des choix et des décisions des consommateurs.

Tous ces éléments d'appréciation déjà difficiles à saisir sur les marchés dits « matures » sont encore beaucoup plus complexes à cerner sur les marchés en forte croissance et où l'innovation est forte et récurrente comme le marché des mobiles ce qui modifie de façon

² Ainsi le TGV peut-il être un très bon substitut de l'avion sur un trajet Paris-Bruxelles mais un substitut imparfait sur le trajet Paris-Londres et ne plus être un substitut du tout pour un trajet Paris-New-York.

récurrente les préférences des consommateurs. Les ré-allocations de revenu surdéterminent alors les comportements de substitution standards de telle sorte que les variations de quantités consommées d'une période sur l'autre ne traduisent que très partiellement, voire pas du tout, la réaction des consommateurs aux variations de prix³.

Le cas des marchés nouveaux et/ou en pleine croissance est à cet égard exemplaire. La notion d'élasticité de la demande au prix qui fonde l'approche concurrentielle en matière de marché pertinent s'y trouve intrinsèquement inopérante car les variations de quantités d'une période à l'autre résultent avant tout d'un effet de diffusion du produit au sein de la société. L'effet de diffusion qui peut, lui-même, être amplifié par les effets d'externalités positives de réseau propres aux réseaux de télécommunications, traduit une modification des préférences des consommateurs. En d'autres termes, s'agissant des mobiles, un service considéré, il y a quelques années, comme un bien de luxe est devenu aujourd'hui un quasi équipement de base pour l'individu. Bien évidemment, une proportion non négligeable de la croissance de la demande a été induite par la baisse drastique des prix, mais une autre proportion tout aussi importante de cette demande est liée au fait que le mobile est devenu un objet qu'il convenait d'acquérir. Ainsi selon certaines enquêtes, certaines catégories de population (adolescents, jeunes urbains) ont renoncé à des dépenses de restauration extérieure pour assumer leur budget mobile, ce sont aussi sur ces catégories précises de consommateurs que l'on observe un effet de report temporel de la prise du premier abonnement fixe plus qu'un réel comportement de substitution fixe-mobile (cf. sur ce point CREDOC, 2003)⁴.

Dans ce cas, le choix d'une consommation de mobile correspond ici autant à une réallocation du budget et qu'à une conséquence des baisses de prix des services mobiles de telle sorte que,

³ On sait que c'est dans de telles situations que l'on peut se trouver face à un « effet Giffen » c'est-à-dire que la hausse du prix d'un produit s'accompagne d'une hausse de la consommation du produit en question, la ré-allocation des revenus surdétermine les comportements de substitution.

⁴ Pour tenter une mesure de la substitution fixe-mobile, il faudrait sans doute créer un indicateur de « taux ultime d'équipement fixe » pour prendre en compte ce décalage temporel au même titre que le « taux ultime de fécondité » constitue un indicateur plus fiable à long terme de l'évolution de la natalité que l'observation du taux de natalité année par année lorsque les femmes ont leur premier enfant de plus en plus tard.

à prix constant, voire croissant («effet Giffen»), la consommation observée du bien continue à augmenter. Or, les tests classiques aussi bien d'identification des marchés pertinents que d'éventuels abus de position dominante individuelle ou collective ne peuvent être menés correctement dans de telles circonstances de marché, sauf à disposer d'enquêtes extrêmement précises sur les motivations d'achat et les comportements des consommateurs. La présence de ces forts effets de diffusion perturbe toute mesure d'élasticité prix et rend particulièrement difficile la mise en œuvre des instruments quantitatifs traditionnels de délimitation des marchés pertinents.

Pour toutes ces raisons, la Commission demeure très prudente quant à la nature des méthodes effectives à utiliser pour la détermination des marchés pertinents, et souhaite que toute initiative d'une ARN en la matière soit très sérieusement cadrée dès lors que l'on sort des approches quantitatives objectives, car l'analyse en terme de «faisceaux d'indices» présente l'inconvénient majeur de laisser une large part à la subjectivité de l'analyse donc aux «a priori» de l'analyste...

➤ **Réflexion d'ensemble sur les questionnaires des marchés 15, 16 et 17 : entre le « trop » et le « pas assez »**

La procédure de l'ART pour répondre aux exigences du nouveau «paquet télécom» en matière d'identification des marchés pertinents et, subséquentement, d'identification de la puissance significative de certains opérateurs sur les marchés se traduit à présent par l'envoi d'un questionnaire destiné à recueillir les informations que l'Autorité estime nécessaire pour mener ses analyses.

Au travers de la nature et de la finesse des informations demandées, la lecture du questionnaire sur les mobiles fournit déjà, certaines indications quant aux orientations méthodologiques que pourrait suivre l'ART dans ses analyses ultérieures. Sans préjuger de ces analyses et sans préjuger aussi de l'existence d'autres études et enquêtes que l'Autorité pourrait mener parallèlement pour recueillir d'autres informations, on peut néanmoins soulever un certain nombre de questions sur cette étape de la procédure, d'autant qu'elle influera nécessairement les étapes ultérieures, donc les décisions finales.

Comme les méthodes mises en oeuvre par les ARN doivent s'inspirer de celles mises en oeuvre par les autorités de concurrence, on peut donc en premier lieu jauger le questionnaire à l'aune des pratiques de ces autorités.

Il ressort ainsi que les demandes d'information de l'ART se situent, nous semble-t-il, entre celles requises par les autorités de concurrence dans le cadre d'une enquête approfondie en cas d'opération de concentration sur un marché selon une logique d'intervention *ex ante* relevant d'une approche d'essence structuraliste, et celles requises dans le cadre de l'instruction d'un contentieux pour entente ou abus de position dominante collective selon une logique d'intervention *ex post* relevant d'une approche d'essence comportementaliste.

Cela constitue la conséquence logique de la procédure retenue par l'ART qui semble vouloir, sur la base d'une seule remontée d'informations (le questionnaire), traiter à la fois l'identification des marchés, l'analyse de la position des acteurs, celle des pratiques de concurrence enfin la mise en évidence éventuelle de comportements pouvant susciter une régulation.

Ainsi, sur nombre de points, l'ART semble dorénavant et déjà pousser les investigations bien au-delà de ce que requiert la Commission pour une phase de simple identification des marchés pertinents. Cette façon de procéder présente au moins deux inconvénients.

- Le premier inconvénient est d'ordre méthodologique. En se basant sur ces informations, il n'est pas acquis que l'Autorité puisse mener correctement l'ensemble éventuel des investigations. En effet, si la quantité d'informations requise pour une première étape d'identification des marchés et d'évaluation de la position des acteurs paraît largement surdimensionnée, elle est, en revanche, et de toute évidence, sous-dimensionnée pour aboutir à des décisions aussi lourdes que celle de l'imposition de nouvelles contraintes réglementaires pesant sur les marchés ou sur les opérateurs.
- Le second inconvénient est sans doute d'ordre «psychologique». Le détail des demandes autant que la nature de certaines informations peuvent créer un climat de suspicion. Comme sont d'ores et déjà posées des questions qui

ressortent manifestement de la recherche de comportements abusifs, de position dominante collective, voire de collusion⁵, il peut s'avérer que l'étape initiale d'analyse d'identification des marchés et de position des acteurs est dorénavant et déjà réglée et que l'Autorité souhaite ainsi passer à l'étape ultime qui déclenche le processus de décision d'une régulation sur des marchés jusqu'à présent non régulés.

Ainsi, les questionnaires se situent dans une position inconfortable du «trop» et du «pas assez» d'informations demandées.

- «Trop» au regard de leur position très amont dans la procédure qui devrait, à ce stade se contenter d'identifier la structure des marchés et caractériser globalement son fonctionnement concurrentiel.
- «Pas assez» pour infléchir une délimitation acquise des marchés tel que prévue par la Commission (ex. l'éventuelle délimitation du marché des SMS qui semble tacite à la lecture du questionnaire), ou s'il s'agit, comme cela semble être parfois l'intention à la lecture du questionnaire, de déboucher sur l'extension du périmètre de la régulation : extension qui ne peut alors que résulter d'un constat de carence récurrente de la concurrence et du marché assortis d'abus potentiels des opérateurs, c'est-à-dire résulter d'une véritable procédure d'instruction en contentieux.

Un processus de remontée d'informations «pas à pas» qui se serait affiné et approfondi au fur et à mesure des besoins éventuels liés à des résultats et de conclusions intermédiaires soumises aux acteurs concernés aurait, d'une part été plus approprié, d'autre part, aurait mieux correspondu à la démarche d'une autorité de concurrence.

L'analyse, marché par marché, des questionnaires relaie cette impression générale.

⁵ Nous pensons par exemple aux questions du type 2.4.3.1 : «Quelles sont les principales associations et structures de concertation en matière de téléphonie mobile ? En faites-vous partie ? Quel est leur champ d'activité (type de travaux, envergure nationale ou internationale) ?»

➤ **Marché de détail des services de communication mobiles**

Le marché de détail constitue une étape préalable indispensable à l'analyse des marchés de gros. Comme le rappelle justement l'ART à la suite de la Commission : *«Le degré de concurrence généralement observé sur le marché de détail laisse penser qu'une intervention réglementaire ex ante sur le marché de gros ne se justifie peut être pas»*.

La qualité de l'analyse menée à ce niveau est donc structurante pour la suite des analyses. On doit relever alors plusieurs points qui peuvent porter à réflexion.

Le premier critère que relève la Commission pour juger de la structure concurrentielle est naturellement celui de l'existence ou non de barrières structurelles ou «naturelles» à l'entrée sur le marché qui indique son degré de «contestabilité». Sur ce critère, la France se trouve dans une position très particulière au sein du paysage européen puisqu'une licence mobile de 3^{ème} génération n'a toujours pas été attribuée, faute de candidats. Il importait donc, en suivant la démarche préconisée par la Commission, que l'ART interroge très précisément l'ensemble des acteurs sur cette désaffectation des entrants potentiels pour le marché français. Les explications qui peuvent la motiver sont en effet particulièrement intéressantes pour l'analyse de la concurrence du marché français de détail des mobiles entre les acteurs en place :

- la concurrence sur le marché français des mobiles est-elle trop intense pour qu'un acteur se risque à y pénétrer (explication la plus standard en économie industrielle) ?
- le ticket d'entrée (prix de la licence) et/ou les contraintes réglementaires imposées (couverture, qualité de service, etc.) altèrent-elles définitivement les espoirs de rentabilisation, mais alors, dans quelle mesure cette dégradation est-elle spécifique à l'entrant et ne s'applique-t-elle pas aux opérateurs en place ? On peut aussi se demander si un resserrement de la contrainte réglementaire ne conduirait pas à dissuader plus encore l'entrée ?
- les conditions exogènes au marché (topographie, dispersion démographique, etc.) créent-elles des coûts spécifiques qui élèvent le risque du projet ? Cette

prise de risque qui a donc été assumée par les opérateurs en place est-elle mesurable et donc se traduire en «prime» de rentabilité ?

➤ etc.

Si les avis émis convergent sur le fait que l'état concurrentiel du marché français dissuade aujourd'hui l'entrée et que la menace de l'entrée continue de peser constamment sur les acteurs en place dès lors que tout entrant qui en fait la demande puisse disposer de cette quatrième licence 3G, alors point n'est besoin de pousser plus en avant les investigations sur la concurrence du marché de détail et la nécessité d'une régulation *ex ante*. Dans ces circonstances, la pression concurrentielle externe suffira amplement à réguler la discipline concurrentielle interne, cela d'autant plus que les aménagements spécifiques prévus pour l'entrant dans la licence 3G vacante ont pour objet d'abaisser les barrières «naturelles» à l'entrée (droit à l'itinérance nationale sur les réseaux GSM en place, partage des sites radio, etc.).

A ce stade, il pourrait être conclu que le marché de détail présente l'attribut d'un marché structurellement concurrentiel : une régulation ex ante de ce marché et des marchés amont ne s'impose donc pas comme le stipule explicitement la Commission..

En revanche, des litiges particuliers et ponctuels peut évidemment surgir. Pour ce faire, et sur ce point, les lignes directrices de la Commission sont claires : pour pallier certaines carences ponctuelles et non structurelles de concurrence, il convient avant tout de recourir aux procédures classiques du droit général de la concurrence. La régulation n'est que le supplétif d'un processus concurrentiel structurellement altéré et non une modalité d'intervention qui s'instaure dès la première incartade concurrentielle.

Le questionnaire de l'ART ne rappelle pas suffisamment ce point.

Il serait en effet utile d'appréhender si les recours déposés ou qui pourraient être déposés devant le conseil de la concurrence, les tribunaux de commerce, etc. ne sont pas amplement suffisants pour résoudre les éventuels litiges d'ordre concurrentiel sur le marché de détail des services mobiles en particulier et dans le domaine des mobiles en général ? Et si non, pour quelles raisons ?

Les compétences des autorités de concurrence sont très larges. Elles disposent du pouvoir d'auto-saisine, peuvent aussi bien traiter les problèmes d'entente, de position dominante collective, de prix excessifs ou discriminatoires, des problèmes d'accès et de tarification à des ressources essentielles, etc. Aussi la création d'une régulation doit-elle se justifier, dans des situations d'exception, essentiellement la nécessité d'un contrôle récurrent des acteurs associés à des points requérant une «technicité» particulière. Ces conditions exceptionnelles sont-elles aujourd'hui réunies dans le cas du marché français des mobiles ? La question mérite d'être posée :

- d'une part, à tous les acteurs (consommateurs, opérateurs mobiles, opérateurs tiers, etc.) pour savoir si le droit général du commerce et de la concurrence ne leur semble pas un arsenal suffisant au regard des expériences qu'ils ont eu dans ce domaine, et en quoi la régulation leur semble plus à même d'améliorer d'éventuelles insuffisances observées dans ce domaine ;
- d'autre part, aux autorités de concurrence elles-mêmes, pour savoir si la «technicité» et la récurrence éventuelle des contrôles de l'univers des mobiles leur semblent justifier une prise en charge des affaires de concurrence du marché des mobiles par le régulateur sectoriel.

Au-delà de ces points généraux qui méritent une plus grande attention, certains points du questionnaire, en relation directe avec l'analyse de la concurrence, concernent des demandes d'information approfondies dont on peut se demander si elles ne vont pas conduire à des choix méthodologiques incertains ?

Ainsi, en va-t-il des informations très détaillées requises sur les structures de consommation des différentes offres tarifaires des opérateurs mobiles ? Les informations demandées ont sans doute pour objectif manifeste de cerner à la fois l'évolution des prix sur le marché et les comportements des consommateurs face aux différentes offres. Elles ne semblent pourtant pas de nature à faire ressortir, les comportements réels d'achat, les comportements de substitution ainsi qu'une mesure fiable de l'évolution des prix réels d'acquisition du service mobile par les consommateurs, et, au total, la dynamique de la concurrence réelle en prix et hors prix, en vigueur sur le marché des mobiles.

En effet, si l'ART ne dispose pas de données de panel sur la consommation mobile, ce qui doit être le cas, sinon les questions sur les structures de consommation n'auraient pas de raison d'être, elles ne pourra malheureusement guère proposer de mesures fiables d'élasticités à même de vérifier la sensibilité des consommateurs aux prix, les effets de substitution entre services, entre offres, etc. En outre, si un tel panel existait, il devrait intégrer des informations «hors prix» pour évaluer notamment l'impact du choix du terminal dans le choix de l'opérateur, l'impact des promotions (minutes gratuites, etc.) qui ne sont pas incluses dans les offres «catalogue», l'impact du distributeur dans la décision d'achat du consommateur (rôle des commissionnements), l'impact de la couverture différenciée des réseaux, celui de la distribution, etc.

On sait que la constitution d'un tel panel à la fois représentatif de la «population des abonnés» et suffisamment stable pour effectuer les comparaisons inter-temporelles indispensables aux mesures d'élasticités constitue une «quadrature du cercle». En effet, la «population» des abonnés mobiles est à la fois très mouvante et en constante évolution tandis que le «produit» mobile subit de constantes mutations avec l'émergence récurrente de nouveaux terminaux, de nouveaux services qui restructurent systématiquement les conditions de base du marché.

Les informations ponctuelles recueillies par l'ART sur les structures de consommations des mobiles par chaque opérateur, à travers le questionnaire, ne pourront donc guère être mobilisables pour des mesures fiables d'élasticités : peuvent-elles alors servir à la constitution d'indices de prix fiables ?

On peut à cet égard relever les difficultés intrinsèques de méthodes basées sur des analyses de structures des offres tarifaires dans un contexte aussi particulier que celui des mobiles. Pour construire un indice de prix des services de téléphonie mobile, F. Maignien («mesurer l'évolution des services de téléphonie mobile : une entreprise difficile», *Economie et statistiques*, n°362, 2003) s'est basé sur le même type d'informations que celles que souhaite recueillir l'ART. Pour construire cet indice, les hypothèses retenues sont les suivantes :

- rationalité parfaite et habileté calculatoire «infinie» des consommateurs qui supposent une connaissance parfaite et instantanée de TOUTES les offres

tarifaires catalogue en concurrence, alors même que cette multiplicité des offres remettent en cause cette vision du consommateur omniscient⁶;

- absence de prise en compte des subventions de terminaux et de la « qualité » du terminal dans les décisions d'achat des consommateurs ce qui simplifie considérablement la dynamique concurrentielle et commerciale du marché qui se fonde sur cette appétence des consommateurs pour la « nouveauté » des terminaux, lesquels constituent pour certaines catégories de consommateurs un « attribut social »
- absence de prise en compte du prix des minutes « entrantes » qui impacte nécessairement le choix des consommateurs puisque 64% des abonnés aux services mobiles déclarent en effet s'être abonné à ces services pour « pouvoir être joints facilement »⁷.

Au total, et en dépit de toutes ces hypothèses qui permettent de simplifier le problème, l'auteur conclut à la grande difficulté de retracer l'évolution du prix des mobiles. Pour autant, il n'en propose pas moins un résultat : l'absence de baisse du prix de la minute mobile en France depuis 1999... Si ce résultat n'a pas nécessairement d'impact dans le contexte où il a été réalisé, la constitution d'un indice de prix, il en irait autrement si l'ART produisait des conclusions similaires sur la base d'informations recueillies par le questionnaire en transposant la méthode de l'étude relatée ci-dessus et en prolongeant la période d'analyse. Il est évident que l'observation d'une absence de baisse des prix sur le marché de détail constituerait un signal qui ne serait pas neutre quant à l'évaluation de l'intensité de la concurrence, même s'il est tout à fait possible de prouver qu'une absence rigidité des prix peut

⁶ . Il faut noter que l'auteur explique lui même à plusieurs reprises qu'il lui faut simplifier la réalité des offres tarifaires pour limiter la taille de son programme informatique à même de calculer les meilleurs tarifs (tarifs optimaux), qu'en est-il alors du choix « rationnel » d'un consommateur quelconque ?

⁷ « 1991-2002 : la décennie mobile », AFOM, 2003. On note aussi que pour rester compétitif en prix l'opérateur non régulé sur la terminaison d'appel a suivi le mouvement de baisse imposée par le régulateur aux deux opérateurs « puissants » sur le marché de l'interconnexion.

résulter de la menace concurrentielle (résultat en référence à la théorie de la «demande coudee », cf. Baran et Sweezy, 1940).

On peut à cet égard relever qu'un calcul simple peut délivrer un «signal» différent. En effet, en divisant le chiffre d'affaires des opérateurs mobiles par le trafic total transitant sur leurs réseaux, on obtient le prix moyen de la minute moyenne délivrée par ces opérateurs pour l'ensemble des utilisateurs de leurs réseaux. Comme les opérateurs sont encore très «mono-produit», ce chiffre constitue une bonne approximation du prix unitaire de leur service vocal qui contribuait jusqu'à récemment à la formation de leur chiffre d'affaires et à leur équilibre économique puisque cet indicateur inclut aussi les appels entrants sur le réseau. Ce prix moyen de la minute moyenne mobile ainsi calculé continue de baisser après 1999. Il faut sans doute voir dans cette évolution :

- l'effet de la baisse du prix de la terminaison d'appel à partir de 1999 qui constitue, sur le fonds, une forme de rééquilibrage tarifaire imposé par le régulateur (cf. ci-dessous la terminaison d'appel) ;
- la poursuite constante et récurrente de promotions pour acquérir le client quand bien même l'offre «catalogue» demeure inchangée. Le prix calculé à partir des offres «catalogue» peut ainsi ne plus baisser mais le prix de la minute mobile effectivement vendu par les opérateurs continue pourtant de décroître.

La baisse du revenu de la minute moyenne ces dernières années s'effectue néanmoins à un rythme inférieur à celui des premières années d'introduction des mobiles sur le marché. Mais, on sait que la croissance des rendements (économies d'échelle) liée à la présence des coûts fixes se réduit «mécaniquement» avec l'accroissement des quantités. Ainsi, le ralentissement de la baisse des coûts unitaire trouve logiquement son pendant dans le ralentissement de la baisse du revenu unitaire. D'ailleurs, on peut se demander si l'élévation du coût des sites, l'extension de couverture sur des zones non rentables, la relance des investissements dans de nouveaux services (plates-formes, terminaux, etc.), etc. ne vont pas se traduire ou ne se traduisent pas déjà par une remontée du coût moyen de longue période?

Pour mieux approcher encore le coût complet réel moyen de la minute pour le consommateur, ce qu'il est convenu d'appeler le «coût d'acquisition du service mobile», on doit aussi intégrer

la subvention du terminal. Une formule du type : [(chiffre d'affaires de l'année t – subventions de l'année t)/trafic total de l'année t] serait susceptible d'intégrer en partie ce facteur essentiel dans la dynamique de la concurrence⁸. L'irruption sur le marché de terminaux de plus en plus sophistiqués (écrans couleurs, fonctionnalités, enrichies, etc.) conduit à un maintien d'un niveau élevé de subvention de telle sorte que cette dépense des opérateurs qui se situait au centre de la stratégie de conquête de nouveaux abonnés («primo-accédants») se pérennise dans un marché où cette conquête est pourtant devenue moins structurante pour la part de marché. La subvention des terminaux devient en fait à la fois l'instrument de la politique de fidélisation des abonnés (recherche du maintien de la part de marché), dans un contexte où les positions acquises demeurent toujours intrinsèquement contestables et une impérieuse nécessité pour le développement des services multimédia mobiles. Ces derniers ne peuvent se développer que dans le contexte d'un renouvellement complet du parc de terminaux si l'objectif est, comme cela a été maintes fois rappelé au niveau des décideurs publics tant nationaux qu'européens, de pérenniser la dynamique du secteur des mobiles pour en faire un point d'ancrage solide du développement d'une future industrie de services.

Quoi qu'il en soit, on comprend bien à travers ces quelques développements que le résultat sur l'analyse des prix peut modifier radicalement la perception de la nature réelle du processus concurrentiel et que la construction d'un indicateur particulièrement fiable constitue, en l'espèce, une absolue nécessité autant qu'une entreprise complexe et difficile.

Il conviendra en outre de considérer que la concurrence «en prix» cède progressivement la place à une concurrence par différenciation fruit de l'enrichissement considérable des offres de services à laquelle nous assistons depuis quelques mois. L'irruption des SMS, puis des SMS+, des MMS, le développement du M-commerce (téléchargements de sonneries, de logos, services basés sur des numéros spéciaux, etc.) créent une rupture de telle sorte que les

⁸ Il faut prendre en considération que la durée des engagements du consommateur est intrinsèquement liée au niveau absolu de la subvention. L'augmentation de cette durée observée au cours des derniers mois est particulièrement symptomatique de l'arrivée des nouveaux terminaux proposant des fonctionnalités de plus en plus enrichies donc induisant un potentiel de subventions plus important pour les opérateurs.

modifications fondamentales des caractéristiques du service complexifie considérablement la construction d'indicateurs de prix fiables⁹.

➤ **Marché intermédiaire de l'accès et du départ d'appel sur les mobiles**

L'ART introduit bien le sujet en reprenant une citation de la Commission : *"l'accès au réseau et le départ d'appel sont généralement fournis ensemble par les opérateurs de réseaux, de sorte que les deux services peuvent être considérés comme faisant partie du même marché de gros. Cela ne pourrait pas nécessairement être le cas à l'avenir si, par exemple, la sélection de l'opérateur était introduite sur les réseaux mobiles"*. En d'autres termes, le marché n'existe pas, mais il pourrait exister si l'on impose des règles ad hoc d'ouverture aux opérateurs.

Mais, la Commission poursuit ainsi pour justifier sa position : *«Ce marché est encore soumis à des barrières à l'entrée puisque les entreprises privées de spectre ne peuvent entrer sur le marché qu'en misant sur l'attribution et l'assignation futures du spectre»* (recommandation, p. 33). Toutefois, comme le degré de concurrence sur le marché de détail reste élevé, la conclusion est claire : *«La Commission à ce stade ne s'attend pas à ce que ce marché soit inclus dans de futures révisions de cette recommandation»*. Cette analyse rejoint en fait celle des experts économistes sollicités par la Commission sur cette question et qui avait tranché aussi bien pour l'accès et le départ d'appel à une absence de «marché» pour ce type de service (cf. Squire & Sanders et alii).

Il a été noté ci-dessus que justement le marché français des mobiles ne se trouvait pas dans la situation de barrières à l'entrée qui suscite la réserve de la Commission car il existe une licence 3G disponible. Par conséquent, l'entrée reste libre et tout à fait possible sur le marché de détail avec des conditions de régulation asymétriques qui favorisent l'entrant. Il ressort ainsi qu'une condition nécessaire retenue par la Commission pour envisager une éventuelle

⁹ On sait que si les caractéristiques d'un produit connaissent des évolutions mineures, la construction de prix « hédoniques » permet d'intégrer la variation de la qualité des biens. En revanche, face à des produits dont les caractéristiques évoluent radicalement, la rupture des «qualités» ne peut plus être saisie à travers un indice de prix qui réussit à homogénéiser les qualités.

régulation de l'accès et du départ d'appel sur les mobiles n'est pas présente sur le marché français des mobiles : serait-il alors fondé de forcer, malgré tout, le dégroupage des réseaux mobiles ? A priori, deux circonstances principales pourraient inciter une autorité de régulation à se poser cette question :

- une élévation durable du prix de détail des services à un niveau indu ;
- une distorsion de concurrence manifestes soit entre opérateurs mobiles soit par rapport à des tiers opérateurs du secteur des télécommunications non présents sur le marché de détail des mobiles et qui souhaiteraient donc «accéder» à ce marché par un «accès» aux réseaux des opérateurs mobiles.

Face à de telles circonstances, que pourrait-il ressortir d'analyses s'inscrivant dans la continuité des méthodes usuelles en matière concurrentielle et qui pourraient impliquer *in fine* le «dégroupage» des réseaux mobiles.

Concernant la première circonstance, la demande émanerait sans doute d'associations de consommateurs (cf. plainte UFC sur les SMS). Il s'agira alors de tester si, du point de vue du consommateur final, les réseaux mobiles constituent ou non une infrastructure essentielle ? A cette première question, la réponse sera immédiatement négative puisque l'infrastructure mobile est dupliquée : tout consommateur peut choisir librement entre les trois opérateurs en concurrence sur le marché de détail. On retrouve cette caractéristique qui distingue fondamentalement le secteur des mobiles, du secteur du fixe. Notons aussi que le problème ici posé, l'élévation des prix de détail, relève donc de comportements éventuellement indésirables enregistrés sur le marché de détail des mobiles, et c'est alors à ce niveau du marché de détail, et non sur le marché de gros, que les mesures correctives doivent éventuellement être engagées, le cas échéant avec les moyens prévus dans les textes régissant le droit de la concurrence. En tout cas, dans la conjoncture d'une concurrence en prix qui serait jugée insuffisante sur le marché de détail, le «démantèlement» *sine die* des réseaux mobiles et l'instauration, *ipso facto*, d'une régulation *ex ante* constituerait une mesure totalement disproportionnée au regard de la jurisprudence concurrentielle. Des mesures correctrices, associées à des premières sanctions pécuniaires, comme cela est courant pour tous les secteurs, doivent au moins suffire dans un premier temps.

Concernant la seconde circonstance, la demande d'accès émanerait sans doute d'opérateurs de télécommunications qui se déclareraient concurrents des opérateurs mobiles en place. Il conviendra de vérifier que le non-accès à l'une des infrastructures mobiles nuit alors à des concurrents actuels ou potentiels mobiles ou non :

- s'agissant des concurrents directs, opérateurs mobiles, cela pose la question de l'existence d'une demande d'itinérance nationale par l'un des opérateurs mobiles à ses homologues dûment justifiée et qui lui serait refusée. Le cas pourrait se produire sur les zones «blanches» où les conditions technico-économiques ne permettent pas la rentabilisation de plusieurs, voire d'une seule infrastructure. Or, il se trouve que, pour ces zones, les opérateurs ont, pour l'instant, affiché leur intention de laisser accéder leurs concurrents à leurs infrastructures moyennant des tarifs à déterminer. Un autre cas serait la demande d'itinérance nationale émanant du 4^{ème} opérateur disposant d'une licence 3G. Cette demande aboutira puisqu'elle est inscrite dans les textes réglementaires : il ne saurait donc se présenter de problème «d'accès» pour ce nouvel entrant.

- s'agissant d'une demande d'accès aux infrastructures d'autres opérateurs ou de tiers-acteurs, cela suppose de reposer, à ce niveau, la question de la délimitation du marché pertinent de détail des services mobiles. Si le marché de la téléphonie englobait par exemple, à la fois le fixe et le mobile (l'ART pose une question dans ce sens lorsqu'elle évoque les substitutions potentielles entre fixes et mobiles), il se pourrait que les opérateurs fixes soient désireux de pouvoir lutter à armes égales avec leurs concurrents. Néanmoins, il pourra être objecté que, dans le cas de la France, ils peuvent toujours le faire en acquérant la licence 3G vacante. En tout cas, si concurrence il y a entre fixe et mobiles sur le départ d'appel, cela impliquerait que la puissance de marché des opérateurs mobiles doit alors être évaluée au sein de ce grand marché unifié et non plus sur le seul marché de détail des mobiles. Cette voie paraît particulièrement hypothétique, audacieuse et contestable, au regard des caractéristiques de services fondamentalement et radicalement différentes que le mobile offre par rapport au fixe. Ce critère des caractéristiques est en soi suffisant pour distinguer deux marchés pertinents (approche à la Lancaster

mentionnée ci-dessus qui fonde les méthodes usuelles en droit de la concurrence). Une velléité de fusion des marchés serait de toute évidence un défi aux critères usuels utilisés en droit de la concurrence. Par exemple, il est acquis que l'automobile est un substitut du transport collectif en ville, il reste pourtant évident que, au regard des critères retenus par la jurisprudence concurrentielle, la concurrence que se livre ces deux modes de transport reste «ponctuelle». Il ne saurait y avoir fusion des deux marchés au sein d'un grand marché des transports, sinon tout constructeur automobile pourrait porter plainte contre la RATP, la SNCF, etc. pour distorsion de concurrence au regard des aides très substantielles que reçoivent ces établissements pour offrir leurs services à des tarifs compétitifs à leurs usagers. Ce parallèle entre transport collectif et transport individuel peut être transposé à la concurrence entre téléphonie fixe et mobile. Ainsi, la téléphonie mobile se caractérise en premier lieu comme un moyen de communication personnelle et ubiquitaire : un terminal et numéros associés individuels et un service utilisable en toutes circonstances (espace et temps). Elle présente ainsi des caractéristiques d'usage trop spécifiques pour être assimilable à la téléphonie fixe qui se caractérise, au moins chez les ménages, par un poste d'usage collectif offrant une disponibilité réduite de la personne à contacter.

Il est donc clair que la communication individualisée et ubiquitaire présente pour l'utilisateur des degrés de liberté qui procurent des avantages radicalement différents de ceux offerts par la communication à partir d'un poste «collectivisé», utilisable sous forte contrainte spatiale et temporelle, au même titre que le transport individuel (automobile) se distingue du transport collectif et que les effets de substitution réels observés entre ces deux modes de transport ne suffisent pas pour signifier l'existence d'un marché unifié ou l'existence de contournements de trafic induit.

L'ensemble des questions posées autour des MVNO semble ainsi sortir du champ de la régulation et ressort du domaine strictement contractuel privé. Il faut ainsi faire attention à ne pas assimiler la question du partage d'infrastructures à celle de la demande d'accès des MVNO potentiels. Le partage d'infrastructures constitue une demande émanant des opérateurs mobiles pour minimiser leurs risques économiques et qui sollicitent une

autorisation réglementaire pour ne pas encourir des reproches ultérieurs au titre d'une collusion. L'accès aux réseaux mobiles émanant d'acteurs tiers (MVNO) constitue une demande *ad hoc* qui ne trouve aucune légitimité réglementaire tant qu'il n'est pas prouvé et acté que la concurrence sur le marché de détail des mobiles est définitivement «en panne».

On rappellera de nouveau à ce stade, que la circonstance qui prévalait pour imposer le dégroupage dans les réseaux fixes, pré-existence d'un opérateur en monopole installé seul sur le marché depuis des dizaines d'années, n'a jamais prévalu sur le marché mobile. Par ailleurs, une demande «d'accès» aux réseaux mobiles qui se fonderait sur l'existence d'une barrière à l'entrée importante et structurelle que constitue le coût de construction d'un réseau mobile serait très mal-fondée en France au regard de la licence 3G «libre». Les autres critères de difficultés d'entrée structurelles sur le marché tels les économies d'échelle et la taille critique difficile à atteindre pour un nouvel entrant, l'importance des coûts irréversibles, la notoriété des acteurs en place, etc., n'ont absolument rien d'exceptionnel et ne sauraient ainsi justifier une demande de «dégroupage de l'offre». Sinon tout acteur pourrait, par exemple, exiger d'un constructeur automobile de lui fournir des voitures sans carrosserie à un prix de gros orienté vers les coûts qu'il pourrait alors «recarrosser» et revendre sous sa marque sur le marché de détail de l'automobile¹⁰... car les barrières à l'entrée sur le marché de la construction automobile sont, de toute évidence, autant sinon bien plus élevées que celles identifiables sur le marché des mobiles, les mêmes maux devraient donc appeler les mêmes remèdes...

La désintégration « autoritaire » d'une activité constitue une décision exceptionnelle et une sanction particulièrement lourde qui ne peut se justifier qu'au regard de pratiques anti-concurrentielles particulièrement graves.

Au total, il paraît donc logique que la Commission termine son bref examen du marché de l'accès et du départ d'appel des réseaux mobiles par l'appréciation suivante : «**La Commission, à ce stade, ne s'attend pas à ce que ce marché soit inclus dans de futures**

¹⁰ Sur ce point des «barrières à l'entrée et entraves au développement de la concurrence», la Commission précise : «Ce type de barrières entrave encore le déploiement et/ou la fourniture généralisée de réseaux d'accès local en positions déterminées » (p. 11). La Commission caractérise bien évidemment la situation des réseaux fixes mais pas celle, nous semble-t-il des réseaux mobiles.

révisions de cette recommandation» (p. 33). L'ART n'a pas jugé bon de rappeler cette appréciation de la Commission, ce qui peut susciter une appréhension certaine et légitime de la part des acteurs .

Bien au contraire, le questionnaire va au-delà des investigations requises par la Commission en s'intéressant de près aux SMS. Le SMS constitue la forme première des nouveaux services de données sur les mobiles. Ce marché des données est en pleine émergence : évolution exponentielle du trafic, innovations tarifaires, innovations techniques, mutations des services, etc. qui modifient les caractéristiques du service vendu (MMS, mail, i-mode, portails mobiles, interaction avec les postes fixes, etc.). Que représentera le SMS dans ce marché de la donnée mobile en pleine émergence et en pleine structuration (cf. les dernières annonces des opérateurs) ? Il paraît donc prématuré et hasardeux d'initier aujourd'hui ce qui semble ressembler à une démarche de régulation *ex ante* sur un marché aussi nouveau, aussi instable et en pleine structuration : d'où, ici aussi, la voie de prudence choisie par la Commission qui laisse de côté tout ce qui concerne les services de données sur les mobiles dans sa démarche d'identification des marchés pertinents¹¹.

Quels motifs poussent alors l'ART à lancer, pour ce type de services, des demandes d'informations qui ressemblent à des investigations préliminaires en vue d'une éventuelle qualification ultérieure d'un marché pertinent des SMS ?

➤ **Marché intermédiaire de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles**

➤ L'ART s'interroge en premier lieu sur le fait que la Commission précise : «Le marché peut-il être défini comme le marché de la terminaison d'appel sur chaque réseau mobile ? ». L'ART demande seulement aux acteurs de se prononcer sur cette question.

Cette question pose implicitement l'existence ou non d'un «bottleneck monopoly», notion issue de la régulation américaine. Elle se référerait, dans le contexte nord-américain, à la position d'un opérateur en position de monopole face à une pluralité d'opérateurs devant

¹¹ Cf. Considérant 27 de la Directive.

utiliser son réseau. Plus précisément, il s'agissait, dans le secteur des télécommunications fixes aux Etats-Unis, de traiter du cas de la charge d'interconnexion sur les réseaux des Bell Operating Companies, opérateurs en situation de monopole *de jure* sur le marché de détail des communications locales fixes, face à des opérateurs en situation de concurrence sur un autre marché de détail, celui des communications longue distance.

Ce contexte est donc radicalement différent de celui qui prévaut sur le marché des mobiles en Europe et la transposition du concept à ce contexte constitue une réelle dérive conceptuelle et méthodologique. En effet, la notion de «bottleneck» est en réalité très proche de celle de «facilité essentielle». Or, comme mentionné précédemment, la concurrence en infrastructures, qui caractérise le marché des mobiles, ne saurait constituer un contexte de « facilité essentielle». Il est significatif que les économistes sollicités par la Commission européenne, elle-même, pour traiter de la question des marchés pertinents s'interrogent sur le bien-fondé de l'approche en terme de «bottleneck» dans le cas de la terminaison des appels sur les réseaux mobiles (par exemple : Gual, 2003). Il est aussi significatif que le concept de «bottleneck» n'est pas utilisé dans le secteur des mobiles aux Etats-Unis alors que c'est dans ce pays que le concept a fait florès dans le secteur du fixe car la concurrence en infrastructures qui prévaut dans les mobiles aux Etats-Unis, comme en Europe, rend inadéquate l'application du concept de «bottleneck».

Il reste que la réponse à l'existence ou non d'un «bottleneck monopoly» est cruciale pour définir le périmètre de la régulation. En effet, s'il est considéré que la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles constitue un «bottleneck», la question même de l'existence ou non d'un marché de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles disparaît... Tout opérateur disposerait *de quasi-jure* du «monopole» de ses clients. Seule subsisterait alors la question du prix de cette terminaison d'appel qu'il faut ou non réguler.

En réalité, les questions de fonds qui doivent se poser aujourd'hui à propos de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles seraient plutôt :

- faut-il continuer de réguler à ce niveau les deux opérateurs mobiles qui ont déjà l'obligation d'orienter le tarif de terminaison d'appel téléphonique vers les coûts ?
- Est-il nécessaire de réguler l'opérateur qui, aujourd'hui, ne l'est pas ?

Il nous semble que ces deux questions directes qui ne sont pas proposées dans le questionnaire sur le marché 16, méritaient d'être posées, au moins sur le plan économique, si elles ne sont pas nécessaires sur le plan juridique. En effet, l'ancien cadre a permis une procédure de régulation «automatique» des deux plus gros opérateurs mobiles sur la base de la notion «d'opérateur puissant» (seuil de part de marché supérieur à 25%) constaté sur le marché de l'interconnexion. Or, ce seuil n'apparaît plus dans les textes, de telle sorte que les bases juridiques qui ont abouti à la régulation en place ne sont plus présentes. On observe aussi que l'opérateur non régulé l'est *de facto* puisqu'il a suivi la baisse des prix imposée aux deux opérateurs régulés.

Il faut donc aujourd'hui, dans le contexte du nouveau cadre, vérifier que les mécanismes propres au marché ne peuvent se suffire à eux-mêmes, que le règlement des éventuels litiges devant les autorités de concurrence ne suffit pas à résoudre les problèmes concurrentiels concernant cette prestation et/ou que la terminaison d'appel est fixée à un niveau indu.

Concernant ce dernier point l'analyse est complexe et il faut se défier de solutions simples qui semblent procéder du bon sens : nous pensons principalement à une règle de double symétrie qui voudrait :

- d'une part, que le prix de la terminaison d'appel, appel entrant sur le réseau mobile, doit être égal au prix de l'appel sortant puisque, d'un point de vue technique les deux prestations sont identiques,
- d'autre part, que le prix de la terminaison sur les réseaux mobiles est identique pour tous les opérateurs.

Un rapport récent commandité par des opérateurs fixes clamant, par conséquent, le niveau «excessif» de la terminaison des appels sur les réseaux mobiles, est venu relayer cette approche en parlant de transferts indus des réseaux fixes vers les réseaux mobiles (O. Bomsel, M. Cave, et alii, juillet 2003). Les transferts indus en question sont mesurés sur la base de l'écart entre les reversements effectifs actuels des opérateurs fixes aux opérateurs mobiles et les reversements.

On note à la lecture de ce rapport un certain fossé entre le résultat d'un calcul brut, voire brutal, et les termes d'une discussion justifiant la méthode retenue et qui soulève de nombreux points de méthode non éludés qui restent en suspens.

On note aussi que certains auteurs de ce rapport ont tenu des propos et des conclusions beaucoup plus nuancés, justement à cause des points de méthodes non résolus, lorsqu'ils ont été sollicités par la Commission européenne et non par les opérateurs fixes pour analyser cette question (cf. Squire Sanders, Wik Consult, mai 2002).

On note enfin un certain nombre de points d'ombre, voire de contradictions au sein de ce rapport (cf. infra).

Le point central tient à la question de l'interdépendance entre les prix des appels entrants et sortants. Dans un contexte comme celui des mobiles, la logique économique pousse à l'adoption de la règle de Ramsey. Cette règle constitue avant tout un principe d'allocation des coûts fixes communs qui se traduit par un tarif d'autant plus élevé que l'élasticité directe de la demande aux prix est élevée (modulo la valeur du multiplicateur¹²). Les prix des appels entrants et sortants du réseau sont différenciés mais ils sont efficaces car ils induisent une maximisation du bien-être collectif.

Doit-on retenir cette règle pour évaluer le « juste » niveau du prix de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles ? Sur ce point, la position des auteurs du rapport faisant état d'une charge de terminaison d'appel trop élevée reste confuse, voire contradictoire et erronée. En effet, ils constatent que, pour la France, l'expérience empirique indique que l'élasticité de la demande aux prix de la terminaison d'appel sur les réseaux mobiles est très faible : «*elasticities were small or close to zero*» (cf. O. Bomsel et alii, p. 14¹³). Ce simple constat

¹² Cette valeur semble omise par les auteurs du rapport mentionné

¹³ Au demeurant, nous considérons cette assertion contestable car, si tel était réellement le cas, quelle raison logique pousserait aujourd'hui l'opérateur non régulé sur la terminaison d'appel à suivre systématiquement la baisse des prix sur la terminaison d'appel imposée par le régulateur aux deux opérateurs régulés ? L'analyse de ce fait incontestable est totalement éludée du rapport.

justifie, à lui seul, un prix très élevé de la terminaison d'appel en question, ce qui contredit la thèse soutenue au final par les auteurs...

Néanmoins, les auteurs rejettent l'application du principe de Ramsey car, de leur avis :

- la tarification de Ramsey ne peut émerger d'une situation de concurrence ;
- en conséquence, seul le régulateur pourrait l'imposer, mais en tout état de cause, il ne pourra pas, car il convient d'estimer les élasticités-prix directe et croisées de la demande et de conclure : «*this is difficult or impossible to do*» (*ibidem*, p. 15, contredisant ainsi l'observation des faits sur le marché français présentés par nos auteurs à la p. 14 de leur rapport) ;
- en outre, le principe doit être étendu à un calcul englobant l'ensemble des réseaux fixes et mobiles, ce qui est aussi impossible à réaliser.

La conclusion est alors la suivante : «*Long run incremental costs, plus relevant mark-ups for network related joint and common costs are more appropriate starting point for determining both termination charges and the scale of transfers from the fixed to the mobile sector*» (*ibidem*, p. 15).

La confusion est grande car, à la règle de Ramsey qui permet justement d'établir rigoureusement l'allocation des coûts joints et communs entre appels sortants et entrants, les auteurs substituent des «relevant mark-ups» qui sont totalement *ad hoc*¹⁴. Avant de sombrer dans l'univers du choix discrétionnaire, donc de l'arbitraire, que constitue le recours à des clés *ad hoc*, il aurait été au minimum nécessaire de tester d'autres méthodes économiques qui se veulent optimisatrices. On pense notamment aux méthodes bien connues des économistes comme celles basées sur la «valeur d'Aumann-Shapley» qui sont fort bien adaptées à ce contexte et ont déjà trouvé pour des circonstances similaires des développements appliqués

¹⁴ En réalité, il semble que pour l'estimation des transferts monétaires des réseaux mobiles vers les réseaux fixes, les auteurs appliquent une règle d'allocation des coûts communs et joints au prorata du nombre de services identifiés. Deux services étant identifiés, les coûts du réseau sont partagés à égalité entre ces deux services.

aux télécommunications (cf. Sharkey, Mac Lean, 1998¹⁵). S'agissant d'infrastructures, comme celles des mobiles, exigeant des réinvestissements considérables pour cause de progrès technique, il aurait été bon de s'interroger sur la validité de la règle d'alignement des prix sur les coûts incrémentaux de long terme. On sait que dans un tel cas, l'application de d'un calcul économique en terme « d'options réelles » est beaucoup plus approprié en ce sens qu'il incite bien les opérateurs à engager ces investissements de rupture.

Pour notre part, la règle de Ramsey constitue un bon cadre méthodologique de référence pour l'allocation des coûts communs entre appels entrants et sortants des réseaux mobiles. On notera que le postulat des auteurs selon lequel la règle de Ramsey ne peut émerger d'un contexte concurrentiel n'a pas de fondement théorique ; il est même contredit par les analyses menées sur les marchés concurrentiels avec tarification non-linéaire (cf. pour une présentation pédagogique dans l'univers des réseaux N. Curien, 2000). Au demeurant, une détermination objective et rigoureuse des marchés pertinents en question (terminaison d'appels) impose d'estimer ou d'approcher, en amont, la valeur des élasticités de demande aux prix, de telle sorte que si le travail amont d'identification des marchés a été mené rigoureusement, le contrôle en aval d'estimation du « juste prix » de la terminaison d'appel ressortant d'une application de la méthode de Ramsey sera grandement facilité par le recours aux valeurs des élasticités préalablement estimées.

Par ailleurs, pour bien cerner la question, il conviendra aussi d'introduire les effets d'externalités positives de réseaux. En effet, pour les marchés de services en pleine croissance comme celui des mobiles, la subvention des nouveaux abonnés constitue un principe

¹⁵ *“Cost allocation problems arise in many contexts in economics and management science. In a typical problem, a decision maker must decide how to allocate the joint cost of production among several commodities using prices. Furthermore, these prices must satisfy certain reasonable postulates among which is the requirement that total revenue associated with these prices must cover total cost. A generalization of Aumann-Shapley pricing, called Weighted Aumann-Shapley pricing, allows for asymmetric pricing of commodities even when those commodities affect costs in a symmetric fashion. Weighted AS pricing is a natural extension of (symmetric) Aumann-Shapley pricing, and may be considered a non-atomic analogue of Owen's modified diagonal formula (with respect to the multilinear extension) for the weighted TU Shapley Value”* (Sharkey, Mac Lean, 1998, abstract).

socialement efficace mais qui conduit à un équilibre tarifaire global où certains services moins demandés ou moins sensibles aux prix subventionnent les services générateurs d'externalités. Ce sont donc l'ensemble de ces éléments qu'il conviendra de bien intégrer pour mesurer la question de ce «juste prix» de la terminaison d'appel. Il n'est pas évident qu'une régulation qui imposerait des tarifs «à vue» serait socialement efficace car, en perturbant l'équilibre concurrentiel générateur des pratiques tarifaires, le régulateur force à un rééquilibrage tarifaire dont il conviendrait d'être sûr qu'il ne conduit pas à une réduction du bien-être collectif et de l'efficacité.

Le dernier point qui peut être mentionné concerne la puissance d'achat. Il importe de noter que les clients des opérateurs mobiles sont les principaux vecteurs de cette puissance d'achat. En effet, le développement des hérissons qui intéresse l'ART dans son questionnaire, constitue l'une de l'expression de cette puissance. Un examen des flux en cause montre que finalement, les opérateurs mobiles sont leurs principaux concurrents sur la terminaison d'appel. Cette concurrence est en outre attisée par la pratique du «bill and keep» et les opérateurs fixes qui disposent de contrats avec les opérateurs mobiles leur permettant d'offrir des offres spécifiques de terminaison d'appel.

Par ailleurs, il conviendrait de s'interroger pour savoir si l'achat «en gros» de minutes de terminaison d'appels sur les réseaux mobiles ne peut être l'un des vecteurs potentiels de l'instauration d'une puissance d'achat des opérateurs fixes. Il reste que les asymétries de taille entre les opérateurs fixes d'une part, et entre les opérateurs mobiles d'autre part, doivent conduire à une vigilance extrême du régulateur pour que les «rabais sur quantités» (discrimination positive de deuxième degré) n'induisent pas rapidement des phénomènes de distorsion concurrentielle (discrimination négative de 1^{er} degré) entre les différents opérateurs.

Conclusion

Comme le souligne fort justement A. Perrot : «...le rôle des autorités de régulation est généralement vu comme devant s'amenuiser à mesure que les marchés deviennent de plus en plus ouverts, la régulation étant surtout active lors des phases transitoires vers un régime pleinement concurrentiel. Cependant, les institutions ont généralement des difficultés à accepter la réduction de leur pouvoir, et corrélativement de leur budget, et ont tendance à rechercher la pérennité... La «règle de raison» qui recommande un traitement au cas par cas des pratiques mises en œuvre par les entreprises dans le domaine de la concurrence, devrait être aussi de mise dans le domaine de la régulation.³ (A. Perrot, 2003, p. 55).

Dans cet exercice de définition des marchés pertinents et grâce au nouveau cadre réglementaire, le régulateur peut ainsi trouver sa véritable place : préserver le rythme d'innovation, d'investissements et de diffusion des nouveaux services mobiles pour la défense de l'intérêt des consommateurs, maintenir et équilibrer les rapports de forces concurrentiels, quitte à restreindre au coup par coup et par un pilotage très fin, certaines pratiques contractuelles spontanées.

Cette voie est bien celle qu'il convient de privilégier plutôt que de bloquer *ex abrupto* les initiatives concurrentielles et les innovations du marché comme pourrait malheureusement l'induire une approche radicale et abrupte de la régulation *ex ante* des pratiques. Les pouvoirs d'instruction qui peuvent être accordés aux autorités de régulation sont justement là pour accompagner et rendre opérant et efficient ce rôle de pilotage et d'accompagnement. Une intervention *ex pot* semble plus efficace pour l'avenir d'un secteur en croissance, en constante mutation et soumis à des innovations récurrentes qu'une intervention *ex ante* d'un régulateur figeant les conditions de base d'un secteur «quasi-administré» qui ressemble au marché, mais n'est pas le marché, c'est-à-dire une institution où sont préservés la satisfaction des consommateurs, certes mais aussi l'initiative, l'innovation et la récompense du risque gage à long terme de la maximisation du bien-être collectif.

BIBLIOGRAPHIE

- Association Française des Opérateurs Mobiles, *La décennie mobile*, étude réalisée par TERA Consultants, 2003.
- L. BENZONI, E.-S. ELIEZER, P. GEOFFRON, "Turning the mobile multimedia offer into an ecosystem: The nippon-korean pattern", *Communication & Strategies*, novembre, 2003 (forthcoming).
- L. BENZONI, «Industrial Organization versus Industrial Economics», in *Traité d'Economie Industrielle*, Economica, 2^{ème} édition, 1992.
- O. BOMSEL, M. CAVE et alii, *How mobile termination charges shape the dynamic of the telecom sector*, Cerna, Université of Warwick, WIK Consult, juillet 2003.
- CREDOC, *La diffusion des technologies de l'information dans la société française*, novembre 2003.
- J. CAS, "Fallacies and Inefficiencies of Telecom Regulation in Europe", *Communications et Stratégies*, Issue 51, Troisième trimestre, 2003.
- P. CHAMPSAUR, C. ROCHET, "Concurrence par les prix et variété des produits", *Annales d'Economie et de Statistiques*, n°1, pp. 153-173.
- Commission européenne, *Recommandation C (2003) 497 du 11 février 2003, sur concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques*, Bruxelles 2003.
- Commission européenne, *Mémoire explicatif concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques*, Bruxelles, 2003.
- Commission européenne, *Commission Staff working paper, Technical Annexes of the Eighth Report on the Implementation of the Telecommunications Regulatory Package*, Bruxelles, décembre 2002.
- N. CURIEN, *Economie des réseaux*, La découverte, 2000.
- J. GUAL, *Market definition in Telecommunications*, Centre for Economic Policy Research (CEPR), Discussion Papers Vol. 3, No. 60, septembre 2003.
- D. ENCAOUA, "Différenciation des produits et structures de marché : un tour d'horizon", *Annales d'Economie et de Statistiques*, n°15-16, 1989.

- A. JACQUEMIN, *Sélection et pouvoir dans la nouvelle économie industrielle*, Cabay, 1986.
- J.-J. LAFONT et J. TIROLE, *Economics of Telecommunications*, MIT Press, 2000.
- J. LANDGREBE, *The mobile telecommunications market in Germany and Europe : Analysis of the regulatory environment. Mobile Termination charges and access for Mobile Virtual Network Operators*, university of California, Berkeley, 2002.
- F. MAGNIEN, «Mesurer l'évolution des prix des services de téléphonie mobile : une entreprise difficile», *Economie et statistique*, INSEE, n° 362, juillet 2003.
- J.F. NASH, *Non-Cooperative Games*, *Annals of Mathematics* 54, 286-295, 1951.
- PERROT A., "Concilier service public et concurrence : l'économie de la régulation, *Cahiers français*, n°313, *Concurrence et régulation des marchés*, mar-avril 2003.
- F. RAMSEY, *A Contribution to the Theory of Taxation*, *Economic Journal*, n°47, 1927.
- W. SHARKEY, "The role of Cost allocation in Telecommunications", *Communications & Strategies*, n°16, 4ème trimestre, 1994.
- W. SHARKEY, R. P. MAC LEAN, "Weigthed Aumann-Shapley Pricing", *International Journal of Game Theory*, 27 (4), 1998, pp.511-523.
- SQUIRE SANDERS, WIK CONSULT, *Market definition for regulatory obligations in communications market: a Study for the European Commission*, mai 2002.
- J. TIROLE, *Théorie de l'organisation industrielle*, *Economica*, 2 tomes.

**Approche juridique de la définition
des marchés pertinents 15, 16, 17
et remarques sur les questionnaires de l'ART**

Jean-Bernard Blaise

Professeur Emérite de Droit à l'Université Paris 2

Novembre 2003

Appréciation juridique de la méthodologie de l'ART dans l'analyse des marchés pertinents en vue de la régulation sectorielle

Après une courte introduction resituant le contexte du mouvement de réforme, nous rappellerons la teneur des textes fondant l'intervention de l'ART (**1^{ère} Partie**), avant de mettre en évidence le décalage existant entre le cadre précis qui lui est imparti et la méthode effectivement employée par l'ART (**2^{ème} Partie**). Le défaut de méthodologie sera en particulier illustré par des exemples tirés du questionnaire qualitatif « services de communications mobiles ».

INTRODUCTION : LA MISSION D'ANALYSE DES MARCHES CONFIEE AUX AUTORITES REGLEMENTAIRES NATIONALES

A la fin de l'année 1999, la Commission a initié un mouvement de vaste ampleur visant à la révision du cadre réglementaire applicable aux télécommunications. Le nouveau cadre réglementaire s'appliquant aux réseaux et services de communications électroniques a pris forme par l'adoption, par le Parlement et le Conseil, le 7 mars 2002, d'une directive dite directive « cadre »¹⁶ et de quatre directives particulières « autorisations », « accès et interconnexion », « service universel » et « données personnelles ».

La Directive « cadre » rappelle l'orientation générale du droit communautaire des réseaux et des services de communication électronique : créer les conditions d'une concurrence effective au cours de la transition entre une situation de monopole et un régime de pleine concurrence. Mais elle précise, au considérant 25 de l'exposé des motifs, que la réglementation actuelle a besoin d'être adaptée « *pour tenir compte de l'évolution des marchés qui deviennent plus complexes et plus dynamiques* », ce qui en d'autres termes signifie que certains marchés seront régulés par le biais de l'imposition d'obligations réglementaires dite « *ex ante* » aux opérateurs décrets puissants.

A cet égard, la Directive « cadre » précise en son considérant 27 :

¹⁶ Directive 2002/21/CE du PE et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JOCE n°L 108 du 24/04/2002 p33.

« il est essentiel que les obligations réglementaires ex ante ne soient imposées qu'en l'absence de concurrence effective c'est-à-dire sur les marchés où opèrent une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché et lorsque les recours fondés sur le droit national ou le droit communautaire de la concurrence ne suffisent pas à résoudre le problème. Il est donc nécessaire que la Commission élabore, conformément aux principes du droit de la concurrence, des lignes directrices au niveau communautaire à l'intention des autorités réglementaires nationales pour qu'elles puissent évaluer le caractère effectif de la concurrence sur un marché donné et la puissance sur le marché des entreprises concernées ».

Par conséquent, les autorités réglementaires nationales se sont vues confier une mission en trois étapes :

1. Définition et recensement des marchés.
2. Analyse des marchés menant éventuellement à la désignation d'opérateurs puissants
3. Adoption de mesures correctrices.

Or, c'est dans le cadre des deux premières étapes du processus de définition et d'analyse des marchés mené en France par l'Autorité de Régulation des Télécommunications (« ART ») que l'AFOM a suggéré que soit élaborée une appréciation critique, d'un point de vue juridique, de la méthodologie de l'ART.

En effet, bien que la France n'ait pas encore procédé à la transposition, sur le plan législatif et réglementaire, des nouvelles directives, dont la directive « cadre », (le délai de transposition expirait le 24 juillet 2003 et les travaux parlementaires sont encore en cours), l'ART a fort justement anticipé la mise en œuvre du nouveau dispositif et a commencé très tôt sa réflexion sur le recensement et l'analyse des marchés. Après une première consultation des acteurs du secteur, réalisée en mai 2003, l'Autorité a élaboré cinq questionnaires, accompagnés d'une note de présentation.

A l'analyse, il apparaît cependant que l'ART prend une certaine liberté par rapport au cadre qui lui a été imparti.

Plan :

1^{ère} Partie : La mission assignée à l'ART : un cadre juridique rigoureux

2ème Partie : La mise en œuvre par l'ART : une action ni justifiée ni proportionnée

1ère PARTIE. - LA MISSION ASSIGNEE A L'ART : UN CADRE JURIDIQUE RIGOUREUX

L'intervention de l'ART est fondée sur des textes communautaires qui lui assignent un rôle très précis (I.). L'intervention de l'ART est ensuite soumise à des principes et au respect d'une méthode. Les textes communautaires créent ainsi un cadre méthodologique contraignant (II.).

➤ I. LE ROLE DE L'ART DANS LE RECENSEMENT ET L'ANALYSE DES MARCHES DE LA COMMUNICATION ELECTRONIQUE

La Directive « cadre », par l'intermédiaire des Etats membres définit elle-même les tâches de l'ART. L'article 1^{er} de la directive dispose en effet,

« La présente directive crée un cadre harmonisé pour la réglementation des services de télécommunications électroniques, des réseaux de communications électroniques et des ressources et services associés. Elle fixe les tâches incombant aux autorités réglementaires nationales et établit une série de procédures visant à garantir l'application harmonisée du cadre réglementaire dans l'ensemble de la Communauté ».

Selon l'article 3 § 1,

« Les Etat membres veillent à ce que chacune des tâches assignées aux autorités réglementaires nationales dans la présente directive et dans les directives particulières soit accomplie par un organisme compétent ».

et selon l'article 8 § 1,

Les Etats Membres veillent, dans l'accomplissement des tâches de réglementation spécifiées dans la présente directive ainsi que dans les directives particulières, à ce que les autorités réglementaires nationales prennent toutes les mesures raisonnables visant

à la réalisation des objectifs définis aux paragraphes 2, 3 et 4. Ces mesures sont proportionnées à ces objectifs ».

Ces objectifs sont notamment la promotion de la concurrence dans la fourniture des réseaux de communications électroniques, des services de communications électroniques et des ressources et services associés, le développement du marché intérieur et le soutien des intérêts des citoyens de l'Union européenne.

L'article 5 § 1, de la Directive « cadre » est relatif à la fourniture d'informations : Les Etats Membres veillent à ce que les entreprises transmettent toutes les informations, y compris financières qui sont nécessaires aux autorités réglementaires nationales. Ces entreprises doivent fournir ces informations rapidement et sur demande.

Les informations demandées par l'autorité réglementaire nationale sont proportionnées à ses besoins pour l'accomplissement de cette tâche. L'autorité réglementaire nationale indique les motifs justifiant sa demande d'information.

Sur cette base, l'ART est plus particulièrement chargée d'étudier la nécessité d'une réglementation ex ante propre à certains secteurs. Comme cette réglementation doit être limitée au strict nécessaire, dans un régime de concurrence, elle doit être précédée d'une analyse des marchés. Pour des raisons de simplicité et de clarté, il convient de distinguer les deux missions assignées aux autorités réglementaires nationales : le recensement des marchés pertinents (A), d'une part, l'analyse des marchés et la détermination des entreprises puissantes (B), d'autre part.

A. - DETERMINATION DES MARCHES PERTINENTS

L'article 15 de la directive « cadre » est consacré à cette question. Il est intitulé « Procédure de définition du marché ». L'article 15 impose une stricte répartition des tâches : l'essentiel revient au Conseil et à la Commission. L'autorité nationale ne joue qu'un rôle résiduel.

➤ **1.- Le rôle essentiel des autorités communautaires : Conseil et Commission**

Art. 15 § 1. Après consultation publique et consultation des autorités réglementaires nationales, la Commission adopte une recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services (ci-après dénommée « la recommandation »). La recommandation recense, conformément à l'annexe I, les marchés de produits et de services dans le secteur des communications électroniques dont les caractéristiques peuvent justifier l'imposition d'obligations réglementaires fixées dans les directives particulières, sans préjudice des marchés qui peuvent être définis dans le cadre d'affaires spécifiques en droit de la concurrence. La Commission définit les marchés en accord avec les principes du droit de la concurrence. »

La répartition des rôles est donc la suivante.

a) Le rôle du Conseil

Il établit, dans l'Annexe I, la liste des marchés visés dans les directives particulières et devant figurer dans la recommandation initiale de la Commission sur les marchés pertinents de produits et de services¹⁷.

S'agissant la téléphonie mobile, sont ainsi visés :

¹⁷ 1. Marchés visés dans la directive 2002/22/CE (directive 'service universel^a)

La fourniture de raccordements au réseau téléphonique public et l'utilisation de ce réseau en positions déterminées

La fourniture de lignes louées aux utilisateurs finals

2. Marchés visés dans la directive 2002/19/CE (directive 'accès^a)

Interconnexion (directive 97/33/CE)

Accès au réseau et accès spécial au réseau (directive 97/33/CEE, directive 98/10/CE)

Fourniture en gros de lignes louées (directive 92/44/CEE)

3. Marchés visés dans le règlement (CE) no 2887/2000

Services fournis sur des boucles (à paire torsadée métallique) dégroupées

4. Marchés complémentaires

Le marché national pour les services internationaux d'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile.

- le départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles
- la terminaison d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles
- l'accès

b) La tâche principale revient à la Commission

La Commission, dans sa recommandation doit recenser des marchés qui s'inscrivent dans le cadre du catalogue de l'annexe I. Comme le précise le titre de l'Annexe I (et la Recommandation du 11 février 2003, point 4, le confirme), tous les segments de marchés qui sont énumérés dans l'Annexe I doivent être inclus dans la version initiale de la Recommandation. On prend ainsi pour point de départ les obligations imposées par le cadre réglementaire de 1998.

Ceci dit, la tâche de la Commission est précisée et encadrée.

- La définition des marchés est menée selon les principes admis en droit de la concurrence . Cette idée est essentielle. « La définition des marchés aux fins de la réglementation ex ante doit se fonder sur les principes du droit de la concurrence » (Recommandation, point 17). Un segment de marché défini par l'Annexe I peut comprendre plusieurs marchés « individuels », au sens du droit de la concurrence (Recommandation, point 8).

- La Commission ne doit recenser que les marchés dont les caractéristiques peuvent justifier des obligations réglementaires particulières. Lors du recensement des marchés la Commission anticipe forcément sur la phase d'analyse. D'ailleurs la recommandation du 11 février 2003, au point 2, précise qu'elle a pour objet de recenser les marchés de produits et de services « sur lesquels une réglementation ex ante peut se justifier ». De ce point de vue, le découpage séquentiel, « définition du marché – analyse – détermination des mesures ex ante », ne s'impose pas de façon rigide.

- Bien que la proposition « sans préjudice des marchés... » ne soit pas très claire, il semble que la Commission doive opérer indépendamment des conclusions auxquelles les autorités de concurrence ont pu parvenir dans des cas particuliers concernant les marchés des communications électroniques.

Sur ces bases, la Commission a adopté la Recommandation du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la Directive 2002/21/CE, (JOCE n° L114 du 8 mai 2003, p.45). Un réexamen périodique des marchés conduira à des versions successives de la Recommandation. La Recommandation est accompagnée d'un document explicatif.

La Recommandation¹⁸ (Point 7) sur la définition des marchés pertinents et son mémorandum explicatif (p. 8, 1^{er} §) précisent que les autorités réglementaires nationales doivent tout d'abord caractériser sur une durée déterminée les marchés de détail, c'est-à-dire les marchés des services ou des installations fournis aux utilisateurs finals.

Puis, selon la Recommandation (Point 7), il faudra aux autorités réglementaires nationales caractériser les marchés de gros, c'est-à-dire les marchés de l'accès pour les opérateurs aux installations nécessaires à la fourniture de ces services.

D'autres marchés pourront être distingués dans chacune de ces deux catégories en fonction des caractéristiques de la demande et de l'offre, la définition devant être prospective.

S'agissant de la téléphonie mobile, l'on constate que,

- la Recommandation ne vise aucun marché de détail,
- elle ne vise au titre des marchés de gros que
 - L'accès et le départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles (15)
 - La terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels (16)
 - Le marché nationale de la fourniture en gros d'itinérance internationale (17).

¹⁸ Recommandation de la Commission du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation *ex ante* conformément à la Directive 2002/21/CE, JOCE n°L114 du 8 mai 2003, p.45.

➤ **2.- Le rôle résiduel de l'autorité nationale**

Art. 15 § 3 de la directive « cadre ».

3. Les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte de la recommandation et des lignes directrices pour la définition des marchés pertinents correspondant aux circonstances nationales, en particulier les marchés géographiques pertinents sur leur territoire, conformément aux principes du droit de la concurrence. Les autorités réglementaires nationales suivent les procédures prévues aux articles 6 et 7 avant de définir des marchés qui diffèrent de ceux figurant dans la recommandation.

En principe, l'ART ne peut recenser, au plan national, que les marchés préalablement déterminés par la Commission et qui figurent dans l'annexe de la recommandation. Son rôle est donc très limité. En pratique il ne peut guère consister qu'à vérifier l'existence du marché du service et à procéder à sa délimitation géographique.

Exceptionnellement, si l'ART veut recenser des marchés qui ne sont pas visés par la Recommandation, elle doit se plier aux dispositions des articles 6 et 7 de la Directive « cadre ».

Il résulte de l'article 6 que la détermination de tels marchés constitue une « mesure ayant des incidences importantes sur le marché pertinent »¹⁹, justifiant les obligations particulières de consultation, de transparence et de publicité décrites par cet article (soumission d'un projet aux parties intéressées, délai raisonnable afin que celles-ci présentent leurs observations, publication de la procédure de consultation, etc...).

L'article 7 oblige notamment l'ART,

- à tenir le plus grand compte des objectifs énoncés à l'article 8, (art. 7 § 1) ;
- à coopérer de façon transparente avec la Commission et les autres ARN, (art. 7 § 2) ;
- à soumettre un projet motivé à la Commission et aux autres ARN lorsque la mesure aurait une incidence sur les échanges entre Etats membres (art. 7 § 3) ; l'incidence sur les échanges

¹⁹ Il résulte de l'article 7 § 4, que la définition d'un marché pertinent est une « mesure » au sens des articles 6 et 7 de la Directive « cadre ».

devrait être interprétée de façon large, par analogie avec l'affectation du commerce entre Etats membres, qui est une condition d'application des articles 81 et 82 du traité CE.

Plus particulièrement, selon l'article 7 § 4 de la directive « cadre », l'adoption du projet de mesure est retardée de deux mois supplémentaires (donc en principe 3 mois en tout), lorsque trois conditions sont remplies :

- la mesure envisagée au paragraphe 3 vise à définir un marché pertinent qui diffère de ceux recensés par la recommandation
- la mesure aurait des incidences sur les échanges entre les Etats membres
- la Commission a indiqué qu'elle estime que le projet de mesure fera obstacle au marché unique ou qu'elle a de graves doutes quant à sa compatibilité avec le droit communautaire et en particulier avec les objectifs visés à l'article 8.

Et surtout, dans ce délai, la Commission peut demander, par décision motivée, le retrait de la mesure.

➤ **B.- ANALYSE DES MARCHES ET IDENTIFICATION DES ENTREPRISES PUISSANTES**

Art. 15 § 2 de la directive « cadre » :

2. La Commission publie au plus tard à la date d'entrée en vigueur de la présente directive des lignes directrices sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché (ci-après dénommées « lignes directrices ») qui sont conformes aux principes du droit de la concurrence.

Les Lignes directrices ont été publiées le 11 juillet 2002 (JOCE C 165).

➤ **1.- Analyse des marchés**

L'article 16 de la directive « cadre » est intitulé « Procédure d'analyse de marché ». Selon les §§ 1 et 2 :

1. Dès que possible après l'adoption de la recommandation ou de sa mise à jour éventuelle, les autorités réglementaires nationales effectuent une analyse des marchés pertinents, en tenant le plus grand compte des lignes directrices. Les États membres veillent à ce que cette analyse soit effectuée, le cas échéant, en coopération avec les autorités nationales chargées de la concurrence.

2. Lorsque, ... l'autorité réglementaire nationale est tenue de se prononcer sur l'imposition, le maintien, la modification, ou la suppression d'obligations à la charge des entreprises, elle détermine, sur la base de son analyse de marché visée au paragraphe 1 du présent article, si un marché pertinent est effectivement concurrentiel.

Les lignes directrices du 11 juillet 2002, au point 20, prévoient

« Les autorités réglementaires nationales procèdent à une évaluation structurelle prospective du marché pertinent, en se fondant sur les conditions existantes. Les autorités réglementaires nationales devront chercher à savoir si le marché est potentiellement concurrentiel et, de là, si une éventuelle absence de concurrence effective est susceptible de perdurer, en tenant compte de l'évolution escomptée ou prévisible du marché pendant une période d'une durée raisonnable. Cette durée doit être choisie en fonction des caractéristiques propres au marché considéré et de la date prévue pour le prochain examen du marché pertinent par les autorités réglementaires nationales. Les autorités réglementaires nationales devront exploiter des données anciennes dans leur analyse, pour autant que ces données renseignent sur l'évolution de ce marché dans un avenir proche ».

Et aux points 126 et suivants, (sous l'intitulé : Pouvoirs d'investigation et procédures de coopération aux fins de l'analyse du marché) :

Point 130 : les autorités réglementaires nationales doivent effectuer une analyse des marchés pertinents. Les conclusions de l'analyse de chacun des marchés doivent être publiées

Point 131 : pour procéder à l'analyse du marché, les autorités réglementaires nationales devront d'abord recueillir toutes les informations qu'elles jugent nécessaires pour apprécier la puissance des opérateurs sur un marché donné. Les entreprises sont tenues de fournir les informations nécessaires aux autorités réglementaires nationales

.



2.- Identification des entreprises puissantes

Selon l'article 16 § 4,

4. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale détermine qu'un marché pertinent n'est pas effectivement concurrentiel, elle identifie les entreprises puissantes sur ce marché conformément à l'article 14 ...

II. DES PRINCIPES CONTRAIGNANTS

A.- LE DROIT COMMUNAUTAIRE

L'activité normative de l'ART, autorité relevant d'un Etat membre de la Communauté, s'inscrit dans le cadre du droit communautaire. Il faut insister sur les deux conséquences que cela implique.

a) En raison de la supériorité du droit communautaire, les compétences que le droit national reconnaît à l'ART doivent être exercées dans le strict respect des dispositions du traité et du droit dérivé. De plus, elles ne doivent pas être mise en œuvre d'une façon qui compromettrait « l'effet utile du droit communautaire »²⁰. A ce titre, l'ART doit s'abstenir de toute mesure qui favoriserait la création d'une entente anticoncurrentielle ou qui en renforcerait les effets ou qui amènerait une entreprise en position dominante à abuser de son pouvoir de domination.

La Directive « cadre » fait en sorte que les autorités nationales soient juridiquement tenues par le droit dérivé « non contraignant », c'est à dire par les recommandations de la Commission. Selon l'article 15 § 3 de la directive « cadre » : « les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte de la Recommandation et des Lignes Directrices pour la définition des marchés pertinents ... ».

b) S'agissant du secteur de la communication électronique, le droit communautaire comprend essentiellement, à côté des dispositions du traité, les directives, notamment la directive « cadre », les trois directives particulières et la directive « concurrence ». La directive « cadre » et les directives particulières ont pour base juridique l'article 95 CE (ex 100 A) relatif au rapprochement des législations nationales pour l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur, défini à l'article 14 CE. Le marché intérieur étant fondé lui-même sur les principes de libre établissement, de libre circulation des services et d'un régime de concurrence non faussé, le champ d'action des directives, en matière de communication électronique, est assez étroitement délimité. Si les directives peuvent comporter des dispositions admettant l'intervention des autorités communautaires ou nationales dans le

²⁰ CJCE 21 septembre 1988, Van Eycke, aff. 267/86, Rec., p. 4769.

fonctionnement des marchés, par exemple une réglementation ex ante, ces dispositions doivent être limitées à ce qui est rigoureusement nécessaire pour pallier les insuffisances du droit de la concurrence et de la liberté de circulation des entreprises et des services.

En résumé, l'ART doit se conformer aux directives « communication électronique », qui doivent elles-mêmes être interprétées de façon étroite, en tout cas lorsqu'elles prévoient des réglementations nationales de régulation des marchés.

B.- LE DROIT DE LA CONCURRENCE

➤ 1. Méthode générale de détermination et d'analyse des marchés de communication électronique

a) Principe de concurrence

Article 16 § 3 de la directive «cadre » :

3. Lorsqu'une autorité réglementaire nationale conclut que le marché est effectivement concurrentiel, elle n'impose ni ne maintient l'une quelconque des obligations réglementaires spécifiques visées au paragraphe 2...

b) Méthode de la définition des marchés

Le point 24 des Lignes directrices concerne les relation avec le droit de la concurrence

Les marchés sont définis et la puissance sur le marché est appréciée en utilisant les mêmes méthodes qu'en droit de la concurrence. La détermination de la portée géographique des marchés recensés dans la recommandation et la définition des marchés non recensés devront être conformes à la jurisprudence et à la pratique du droit de la concurrence.

Les Lignes Directrices du 11 juillet 2002 sur l'analyse du marché et l'évaluation de la puissance sur le marché²¹ énoncent les principes sur lesquels doivent se fonder les autorités réglementaires nationales (Points 33 et suivants des Lignes Directrices).

La définition du marché est le préalable nécessaire pour déterminer si une entreprise est puissante sur un marché.

Les critères utilisés sont classiques en droit de la concurrence :

²¹ JOCE n°C165 du 11/07/2002 p.6.

- Substitution du côté de la demande : caractéristiques, usage, prix, mode de commercialisation (Points 38 et 49 des Lignes Directrices). Test du monopoleur hypothétique (Point 40 des Lignes Directrices) ;
- Substitution du côté de l'offre (Point 38 et 52 des Lignes Directrices) ;
- Concurrence potentielle (Point 38 des Lignes Directrices).

Le point 37 des Lignes Directrices précise : si une analyse prospective des conditions du marché peut conduire, dans certains cas, à une définition du marché différente de celle qui se dégagerait d'une analyse du marché basée sur les comportements passés, les autorités réglementaires nationales doivent néanmoins chercher à préserver, dans la mesure du possible, une cohérence méthodologique entre les définitions du marché établies aux fins de la réglementation *ex ante*, et celles établies aux fins de l'application des règles de concurrence.

En outre, le point 9 de la Recommandation du 11 février 2003 présente les trois critères d'identification des marchés au sens du droit de la concurrence :

- il existe des barrières à l'entrée élevées,
- la structure du marché ne laisse pas présager une évolution vers une situation de concurrence effective et
- le droit de la concurrence sera incapable à lui seul de remédier aux défaillances du marché.

En d'autres termes, le recensement d'un marché dans le cadre de cette analyse dépendra, premièrement, de la persistance de barrières à l'entrée élevées, deuxièmement, du dynamisme de la concurrence et, troisièmement, de la capacité suffisante du droit de la concurrence de remédier à lui seul à des défaillances persistantes du marché.

c) **Evaluation de la puissance de marché**

Critère principal (Point 76 des Lignes Directrices) :

La part de marché est un bon indicateur. Les méthodes recommandées par les Lignes Directrices : le volume des ventes, le chiffre d'affaires, ce critère ne suffisant toutefois pas.

Point 78 des Lignes Directrices : autres critères

Les autorités réglementaires nationales doivent procéder à une analyse approfondie et exhaustive du marché pertinent. Critères pouvant être utilisés : la taille globale de l'entreprise, le contrôle d'une infrastructure qu'il n'est pas facile de dupliquer, les avancées ou la supériorité technologiques, l'absence ou la faible présence de contre-pouvoir des acheteurs, l'accès facile ou privilégié aux marchés des capitaux et aux ressources financières, la diversification des produits et/ou des services (par exemple, produits ou services groupés), les économies d'échelle, les économies de gamme, l'intégration verticale, l'existence d'un réseau de distribution et de vente très développé, l'absence de concurrence potentielle, des entraves à l'expansion.

Point 83 : effet de levier

Lorsqu'une entreprise est puissante sur un marché particulier, elle peut également être considérée comme puissante sur un marché étroitement lié.

Point 86 : position dominante conjointe

Critères : marché arrivé à maturité, stagnation ou croissance modérée de la demande, faible élasticité de la demande, produits homogènes, structures de coût analogues, parts de marché similaires, absence d'innovations techniques, technologie au point, absence de capacité excédentaire, importantes barrières à l'entrée, absence de contre-pouvoir des acheteurs, absence de concurrence potentielle, diverses sortes de liens informels ou autres entre les entreprises concernées, mécanismes de rétorsion, absence ou possibilité réduite de concurrence par les prix. Cette liste n'est pas exhaustive ni les critères cumulatifs.

➤ **2. Quelques notions fondamentales du droit de la concurrence**

Dans le cadre de la mission d'analyse des marchés, les autorités réglementaires nationales doivent déterminer si des opérateurs disposent d'une puissance significative sur le marché.

A cet égard, l'AFOM a souhaité obtenir quelques précisions sur des concepts utilisés par la Commission et l'ART en rapport avec la notion de puissance de marché, et notamment :

la puissance d'achat compensatrice,
la théorie des effets de levier,
la théorie de la connexité.

a) La Puissance d'achat compensatrice

La Commission a précisé dans le document explicatif de la recommandation que le marché pertinent dans le domaine de la fourniture en gros de terminaison mobile pouvait être défini comme le marché de la terminaison d'appel sur chaque réseau mobile. En d'autres termes, chaque opérateur de réseau mobile jouerait le rôle de pourvoyeur unique sur chaque marché. Mais la Commission a ajouté que « *même dans ce cas, la puissance sur le marché de chaque opérateur dépend de la puissance d'achat compensatrice, qui peut annuler le bénéfice de toute augmentation non provisoire de prix* ».

Dans ce même document, la Commission a donné quelques illustrations et s'est notamment référée à une puissance d'achat sur le marché de détail qui pourrait constituer un frein à la capacité des opérateurs de fixer des charges de terminaison d'appel trop élevées.

La notion de « puissance d'achat compensatrice » est souvent utilisée en droit des concentrations, comme facteur d'acceptation de l'opération de concentration envisagée. En effet, l'existence d'une puissance d'achat suffisamment forte est de nature à compenser le pouvoir des fournisseurs, voire à constituer un véritable contre-poids lorsque l'opération donne lieu à une position dominante sur le marché, du côté de l'offre.

La Commission a par exemple interdit le 31 janvier 2001 une opération de concentration sur le marché scandinave du papier tissu, au motif notamment que la puissance d'achat

compensatrice des supermarchés nordiques serait insuffisante pour peser sur le pouvoir de marché de l'entité issue de l'opération (M.2097 SCA/Metsä Tissue). En revanche, dans une décision Enso/Stora (M.1225), la Commission a autorisé le 25 novembre 1998 une opération en estimant que la puissance d'achat compensatrice des clients était suffisante pour contrebalancer toute tentative de la part de la société issue de la concentration d'exercer sa puissance sur le marché du carton pour l'emballage de liquides.

Cette notion est réutilisée par la Commission dans le contexte de la régulation sectorielle comme élément d'appréciation de la puissance de marché d'un fournisseur de services. Il s'agit d'un élément d'appréciation classique mais qui est ici isolé par la Commission du fait de la définition de marché retenue (ou susceptible de l'être) dans le domaine de la terminaison d'appel. Après avoir passé en revue les différents freins possibles à la capacité des opérateurs mobiles offrant de la terminaison d'appel sur leur propre réseau, de fixer des redevances de terminaison élevées, la Commission conclut que la puissance d'achat compensatrice est le seul frein probable.

b) Effets de levier et connexité des marchés

Par ailleurs, l'article 14, 3^{ème} point de la directive « cadre » prévoit : « *Lorsqu'une entreprise est puissante sur un marché particulier, elle peut également être considérée comme puissante sur un marché étroitement lié, lorsque les liens entre les deux marchés sont tels qu'ils permettent d'utiliser sur un des deux marchés, par effet de levier, la puissance détenue sur l'autre marché, ce qui renforce la puissance de l'entreprise sur le marché* ».

Dans leur mission d'appréciation de la puissance de marché, la Commission fournit ici des indices aux autorités réglementaires nationales en faisant référence à la notion d'effets de levier et de marché connexes.

Les effets de levier ne sont jamais à proprement définis, mais illustrent les phénomènes d'interaction entre marchés connexes.

Comme le note la Commission dans les Lignes Directrices, l'existence de liens de connexité entre marchés est courant dans le secteur des télécommunications où les marchés font souvent l'objet d'une intégration verticale. Ainsi, dans le secteur concerné, «... *il est fréquent qu'un*

opérateur en position dominante sur le marché des infrastructures, ait également une présence significative sur le marché des services, situé en aval ».

La connexité en elle-même n'est définie dans aucun texte français ni communautaire, mais constitue une notion d'origine jurisprudentielle utilisée dans les cas d'abus de position dominante, quand l'abus ou les effets de l'abus se produisent sur un marché autre que celui où l'entreprise en cause est en position dominante.

- La jurisprudence communautaire admet aisément que l'article 82 CE soit applicable à une pratique abusive ayant lieu sur un marché dominé et produisant ses effets sur un autre marché. En revanche, l'application de l'article 82 CE à un comportement abusif se produisant sur un autre marché que le marché dominé ne peut se justifier qu'en raison de circonstances particulières (jurisprudence Tetra Pak, CJCE, 14 novembre 1996, C-333/96 P). Dans l'affaire Tetra Pak, ces circonstances particulières tenaient à la prééminence de l'entreprise Tetra Pak sur le marché non dominé et à l'existence de liens de connexité étroits entre les deux marchés en cause.

Dans l'affaire ADP du 12 décembre 2000 (T-218/98), le Tribunal a rappelé l'essence de la jurisprudence en la matière, en précisant qu'il « *ne fait donc aucun doute qu'un abus de position dominante sur un marché peut être condamné en raison d'effets qu'il produit sur un autre marché. Ce n'est que dans l'hypothèse différente où c'est l'abus qui est localisé sur un marché autre que le marché dominé que l'article 86 du traité est, en dehors de circonstances particulières, inapplicable (voir arrêt du 14 novembre 1996, Tetra Pak/Commission, précité, point 27)* ».

- La notion de connexité est utilisée par la **jurisprudence française**, lorsque l'abus ou ses effets se produisent sur un autre marché que le marché dominé. Dans cette hypothèse en effet, la qualification d'abus de position dominante est retenue s'il existe :

- un lien de causalité entre l'abus et la position dominante et
- un lien de connexité entre les marchés concernés.

➤ Ainsi, dans l'affaire Française des jeux, la Cour d'appel de Paris a estimé 20 novembre 2001 que : « *l'abus de position dominante commis sur un marché distinct du marché dominé peut être sanctionné dès lors qu'existent un lien de connexité suffisant entre*

les deux marchés et un rapport de causalité entre la domination de l'un des marchés et les pratiques relevées sur l'autre ; que les marchés peuvent être non seulement liés par nature mais aussi du fait même de l'entreprise dominante, lorsque celle-ci établit par son comportement un lien de connexité entre les deux marchés, que tel est notamment le cas lorsqu'elle finance abusivement, par des transferts de ressources provenant de la rente dégagée grâce à la position détenue sur le marché dominé, l'activité concurrentielle exercée par sa filiale sur un marché distinct, en lui permettant l'application de prix inférieurs à ses coûts variables ».

La Commission met toutefois en garde les autorités réglementaires nationales en précisant que l'imposition d'obligations ex ante sur deux marchés considérés comme connexes ne doit pas être envisagée dans tous les cas, mais seulement lorsque ces obligations imposées à une entreprise en position dominante sur le marché en amont (accès) ne suffiraient pas à créer une concurrence effective sur le marché en aval (détail).

2^{ème} PARTIE. LA MISE EN ŒUVRE PAR L'ART : UNE ACTION QUI POUR PARTIE N'EST NI JUSTIFIEE NI PROPORTIONNEE

L'ART a suivi plusieurs étapes :

une réunion Analyses des marchés du 6 mars 2003

une synthèse des commentaires du 9 mai 2003

une note de présentation des questionnaires et éléments de méthode

des questionnaires, dont un questionnaire qualitatif « mobile ».

Les trois premiers documents sont fidèles à la méthode et aux principes rappelés dans la première Partie. Notamment, la note de présentation des questionnaires ne semble pas présenter de points de critique vis-à-vis des ces exigences, sauf cependant sur un point : le périmètre des enquêtes. Cette question, qui est reprise dans le questionnaire, au point 1.3. soulève, à notre avis, une difficulté de principe. Le dispositif du droit communautaire, tel qu'il a été étudié ci-dessus (Première partie) ne semble pas autoriser l'ART à procéder à une telle extension de sa compétence (I).

Par ailleurs, il est intéressant d'analyser dans le détail la méthode du questionnaire « mobile ».

Comme il a été vu précédemment, l'ART est fondée à recueillir des informations auprès des entreprises, mais est également tenue aux termes des différents textes (directive et Lignes Directrices) d'adresser des **demandes proportionnées** et **d'exposer les raisons justifiant sa demande** (considérant 13 et article 5 de la directive « cadre » et point 132 des Lignes Directrices).

Or il semble que, d'une manière générale, l'ART ne justifie pas les demandes d'information dans le détail. L'Autorité paraît penser que la note générale de présentation des questionnaires suffit à remplir l'exigence de motivation et de proportionnalité. Ainsi, les opérateurs ne sont pas informés des raisons pour lesquelles l'information leur est demandée, ni quelle utilisation et quel traitement l'ART compte en faire. Il est dans ces conditions difficile d'apprécier la proportionnalité de la demande (II).



I.- LE CHAMP D'APPLICATION DU QUESTIONNAIRE

La note de présentation explique que le périmètre des enquêtes est « nécessairement » plus large que celui de la Recommandation et qu'un certain nombre de marchés, qui ne font pas partie de la recommandation, devront être étudiés.

Quant au questionnaire, il expose, au point 1.3., que « le marché de détail des appels passés depuis un terminal mobile ne figure pas en tant que tel dans la recommandation ; cependant son étude est indispensable pour déterminer la nécessité éventuelle d'une régulation des intermédiaires sous-jacents ».

Une telle démarche qui, sous couvert de parfaire l'analyse des marchés répertoriés, étend le questionnaire à deux marchés aussi importants que le marché de détail des appels mobiles et le marché du SMS, qui ne sont visés ni par l'annexe de la directive, ni par la recommandation, nous paraît hautement critiquable. Elle semble être en effet en contradiction directe avec le dispositif communautaire.

Les marchés non répertoriés par la directive « cadre » et la recommandation, sont censés être des marchés concurrentiels, pour lesquels une réglementation ex ante (fondée sur les directives particulières) est inutile. Le fonctionnement concurrentiel de ces marchés non répertoriés est suffisamment assuré par l'application du droit de la concurrence (en France, le Livre IV du code de commerce et les textes transposant la directive « concurrence » du 16 septembre 2002). Le marché de détail des appels mobiles et le SMS ressortissent, jusqu'à ce que soit rapportée la preuve contraire, à la catégorie des marchés concurrentiels pour lesquels aucune procédure de recensement et d'analyse n'est prévue. L'extension du périmètre du questionnaire n'a pas de fondement juridique. Elle est susceptible en outre de nuire aux opérateurs, dans la mesure où les informations collectées pourraient servir de fondement à une réglementation inadéquate ou même à une action antitrust devant le Conseil de la concurrence.

Si l'ART a des doutes sur l'impossibilité de traiter ces marchés par les dispositions du droit commun de la concurrence, il faut qu'elle le dise clairement et qu'elle le justifie. Une seule voie, nous l'avons vu, lui est ouverte : celle de la procédure spéciale des articles 6, 7 et 8 de la

Directive « cadre ». Or, contrairement à ce que semble penser l'ART, le questionnaire et les réponses qui lui seront apportées ne constituent pas le préalable de la mise en oeuvre des articles 6 et 7. Cette procédure spéciale, contraignante et protectrice des droits des entreprises, doit être déclenchée dès que l'ART envisage d'étendre ses investigations.

Il conviendrait sans doute, si l'ART veut rester dans la légalité et le respect du droit communautaire, qu'elle commence par avertir la Commission et les autres ARN de son intention d'étendre ses investigations à des marchés différents de ceux recensés dans la recommandation, en en donnant les motifs et en apportant un début de preuve de ses allégations. Puis qu'elle explique dans le questionnaire les raisons de l'extension de périmètre, par des justifications propres à ces marchés, et non par une vague utilité méthodologique. Et enfin qu'elle observe, dans ses rapports avec les entreprises interrogées, avec la Commission et avec les ARN, l'ensemble des obligations prévues par les articles 6, 7 et 8.

La méconnaissance des obligations résultant de la directive « cadre » et de la recommandation, constituerait un vice de procédure, affectant irrémédiablement les mesures réglementaires ex ante qui pourraient être prises à la suite de l'enquête.



II.- LA METHODE DU QUESTIONNAIRE

Afin de montrer les insuffisances méthodologiques du questionnaire, au regard des exigences de la Directive « cadre » et de la recommandation de février 2003, nous prendrons trois exemples de questions.

1er exemple : Questions relatives aux SMS dans le marché de détail

Concernant l'appréciation du segment des SMS, la Commission dans sa recommandation estimait, au vu notamment de la substituabilité existant du côté de la demande, qu'aucun marché de détail spécifique pour les SMS ne serait recensé.

L'ART dans sa synthèse du 8 mai 2003 a également laissé entendre qu'elle inclurait les SMS (au minimum les SMS interpersonnels) dans le marché de détail.,

Pourtant, les questions posées dans le questionnaire « mobile », par exemple à la page 7, au sujet des SMS, illustre l'absence de méthode de l'ART. Les questions aux opérateurs mobiles semblent tout d'abord relever d'une analyse prospective, puis se concentrent sur les prix.

Le champ des questions posées à ce stade (marché de détail) est donc en effet soit trop large, soit trop étroit : l'ART faillit à son obligation d'exposer les raisons justifiant ces demandes d'information tel qu'exigé par la Directive « cadre » (article 5) et les Lignes Directrices (point 132). Si elle voulait étayer l'inclusion des SMS dans le marché de détail des services de téléphonie mobile, elle aurait dû étendre ses questions à d'autres éléments que les prix. Si elle considère cette inclusion comme acquise, pourquoi poser les questions relatives aux prix ?

De même, dans le cadre de l'analyse du marché de détail, l'ART dans la question [2.5.2.3] étend son champ d'investigation aux accords entre fournisseurs de services et opérateurs, en souhaitant recueillir l'avis des premiers sur la mise en œuvre de ces accords. Pourquoi ne recueille-t-elle pas également l'avis des opérateurs mobiles sur ce point ? A nouveau ici se fait ressentir un besoin d'explication. L'ART ne justifie pas sa demande d'information.

2ème exemple : l'accès et le départ d'appel

Concernant l'accès et le départ d'appel, ni la Commission dans ses divers textes et notamment le document explicatif de la recommandation, ni l'ART dans ses notes et présentation, n'avait fait référence explicitement à la situation relativement nouvelle des MVNO.

Pourtant, l'ART, sans justifier aucune de ses demandes, ni expliquer l'utilisation précise qu'elle entend faire des informations demandées, pose des questions très précises et couvrant un champ très vaste et donc notamment en rapport avec les MVNO.

Exemple :

Question [3.2.4] Quel est l'état actuel de votre démarche ?

question [3.2.5] Quels seraient les principaux enjeux juridiques de ces accords d'accès ?

Ces questions n'ont manifestement aucune utilité dans le cadre d'une définition de marché, ou sont en tous cas formulées de manière beaucoup trop large. L'ART s'affranchit des limites

pourtant relativement souples qui lui ont été fixées, à savoir la justification et la proportionnalité de ses demandes, résultant de la directive et des Lignes Directrices.

3^{ème} exemple : questions relatives à la terminaison d'appel

Les questions sur le marché de la terminaison d'appel trahissent la volonté de l'ART non pas de mener en quelque sorte « à charge et à décharge » l'analyse du marché. Au travers de la formulation des questions, l'ART laisse transparaître qu'elle tient pour acquis le marché recensé par la Commission, à savoir le marché de la terminaison d'appel sur les réseaux GSM individuels.

Exemple [question 4.3.3.2] :

« ces systèmes (les hérissons) remettent-ils en cause l'intérêt d'une interconnexion directe avec les opérateurs mobiles ? ».

Cette question n'est pas une demande objective d'informations sur le phénomène de substitution existant entre pratique des « hérissons » et interconnexion directe classiques. La formulation de la question laisse deviner que l'ART souhaite avant tout obtenir des éléments soutenant sa volonté de mettre fin à la pratique des hérissons.

L'ART ne cherche en effet pas du tout à recueillir des informations sur les éventuels substituts existant à la charge de terminaison d'appel, alors même que la Commission dans le document explicatif accompagnant la recommandation, avait lancé quelques pistes de réflexions au sujet des phénomènes de substitution. L'ART souhaite en réalité étayer la définition qu'elle a déjà retenue de marchés de la terminaison d'appel sur les réseaux GSM individuels.

Par ailleurs, l'ART se concentre sur la notion de « puissance d'achat compensatrice » certes stigmatisée par la Commission comme le seul élément à même de démontrer que l'opérateur dominant sur le marché de sa propre terminaison ne jouit peut-être pas forcément d'une indépendance parfaite dans la fixation de sa charge de terminaison d'appel. A cet égard, l'ART pose de multiples questions atteignant un niveau de détail certain et il est permis de douter de la proportionnalité de ces demandes.

En résumé :

L'extension du périmètres, sous sa forme actuelle, en l'absence de toute référence et mise en oeuvre des articles 6, 7 et 8 de la directive « cadre » est injustifiée et illégale.

La méthode du questionnaire, dans le détail souffre de graves défauts quant aux justifications nécessaires. De manière générale, l'ART procède par touches successives sans justifier ses demandes d'informations, ce qui rend malaisée l'appréciation de la proportionnalité des questions. Pourtant, elle était tenue aux termes des textes communautaires de justifier ses demandes qui devaient par ailleurs être proportionnées à l'objectif poursuivi.

La note explicative accompagnant les questionnaires demeure très générale et ne saurait constituer une justification suffisante.

En conséquence, l'ART mène sa mission sans cadre précis ce qui nuit à l'objectivité des décisions qui seront prises et notifiées à la Commission sur les marchés retenus et la désignation des opérateurs puissants.

Il aurait pourtant été concevable que L'ART établisse un questionnaire type valant pour tous les marchés, à la manière de la pratique retenue en matière de contrôle des concentrations où le contrôle est opérée également en amont de la réalisation de l'opération (ex ante).

**Étude de la méthode de l'ART concernant la
définition et l'analyse des marchés prévue par la
directive cadre 2002/21/CE**

Consultation économique

Novembre 2003

Patrice GEOFFRON *Professeur d'Economie à l'Université de Paris-Dauphine*

➤ **1. La procédure d'analyse des marchés pertinents engagée par la Commission européenne**

➤ **1.1 *Mettre la méthode de l'ART en regard des principes définis par les autorités européennes et les développements récents de l'analyse concurrentielle des marchés***

L'ART a engagé pour la France en mars 2003 la méthode d'analyse des marchés pertinents prévue aux articles 15 et 16 de la Directive européenne 2002/21/CE²², ainsi que l'ont fait par ailleurs les autres ARN européennes.

Suivant la recommandation afférente de la Commission²³, ce processus conduit à l'analyse des marchés pertinents sur lesquels une **régulation *ex ante*** est susceptible d'être appliquée, en **fonction des circonstances nationales, conformément aux principes du droit de la concurrence** et dans le contexte de la transition entre le cadre réglementaire de 1998 et le nouveau cadre de 2002.

A cette fin, **l'ART a transmis aux acteurs du secteur un document donnant sa vision des marchés recensés par la Commission, et les a invités à communiquer leurs commentaires**. Les contributions des acteurs ont fait l'objet d'une publication de synthèse le

²²) Parlement et Conseil Européens, *Directive 2002/21/CE relative au cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre")*, 7 mars 2002. Journal officiel n°L 108 du 24/04/2002.

²³) Commission Européenne, *Recommandation du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques*, Journal officiel n°L 114 du 08/05/2003.

9 mai 2003²⁴, publication qui fait apparaître des différences d'appréciation concernant notamment les marchés mobiles (marchés 15, 16 & 17)²⁵.

L'ensemble de cette démarche est crucial car, *in fine*:

- *“Le nouveau paquet réglementaire n'imposera des obligations réglementaires ex ante qu'en l'absence de concurrence effective, c'est-à-dire lorsqu'il existe une ou plusieurs entreprises disposant d'une puissance significative sur le marché (PSM) sur un "marché pertinent".*
- *Inversement, lorsque la concurrence est effective et qu'aucun opérateur n'est considéré comme disposant d'une PSM, les autorités de réglementation sont obligées d'annuler toute obligation imposée en vertu du cadre réglementaire actuel. »*²⁶

Au terme de la méthode animée par l'ART, **il s'agira donc de déterminer pour la France des obligations spécifiques pour certains des acteurs du secteur des télécommunications.** Compte tenu des enjeux associés à cette méthode, il est important que les acteurs susceptibles d'être concernés puissent repérer clairement les vertus et certaines limites ou biais éventuels de la méthode mise en œuvre par l'ART selon le canevas européen.

L'objet de la présente note est de **produire une analyse économique de la méthode de l'ART, dans ses principes généraux et, plus spécifiquement, dans son application au champ des télécommunications mobiles.**

²⁴) ART, Synthèse des commentaires du secteur sur le document de définition des marchés pertinents adaptés au cas français, 9 mai 2003.

²⁵) Marché 15 : accès et du départ d'appel sur les réseaux téléphoniques publics mobiles / Marché 16: terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels / Marché 17 : marché national de la fourniture en gros d'itinérance internationale sur les réseaux publics de la téléphonie mobile.

²⁶) Commission Européenne, *La Commission publie des orientations pour l'évaluation de la puissance sur le marché dans les communications électroniques*, IP/02/1016, 9 juillet 2002.

Il s'agira ainsi, dans cette consultation, de placer la méthodologie de l'ART — telle qu'il est permis de l'appréhender à ce stade au travers des documents aux acteurs²⁷ — en regard :

- avec les **principes fixés par les autorités européennes** et avec le **droit commun de la concurrence** ;
- avec les **développements de l'analyse de la concurrence sur les marchés de haute technologie**.

➤ **1.2 La méthode retenue par chaque ARN peut avoir un impact sur le choix final de régulation ex ante.**

Le cadre européen laisse en fait un degré de latitude non négligeable aux ARN de l'UE, de sorte **que les méthodes nationales initiées présentent une hétérogénéité** : par exemple, en Grande-Bretagne, l'OFTEL n'a eu recours à aucun questionnaire et collabore étroitement depuis février 2003 avec la *Competition Commission* pour obtenir les informations nécessaires, processus très distinct de celui animé par l'ART comme nous pourrions le constater.

Il est hautement probable que **la méthode retenue par chaque ARN ne sera pas neutre quant aux prescriptions finales** car, comme le mettent en lumière les travaux théoriques récents sur l'analyse des marchés, les méthodes conventionnelles trouvent leurs limites lorsqu'il s'agit d'appréhender des marchés dynamiques, soumis à des évolutions rapides des technologies concernées et des services proposés aux clients intermédiaires ou finals²⁸.

²⁷) Essentiellement : ART, *Synthèse des commentaires du secteur sur le document de définition des marchés pertinents adapté au cas français*, 2003. / ART, *Définition des marchés pertinents adapté au cas français : note de présentation des questionnaires et éléments de méthode*, 2003. / ART, *Définition des marchés pertinents adapté au cas français : questionnaire mobile qualitatif*, 2003. / ART, *Définition des marchés pertinents adapté au cas français : questionnaire mobile quantitatif*, 2003.

²⁸) Voir notamment : Pleatsikas C., Teece D., *The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation*, International Journal of Industrial Organization, 19, pp. 665-693. 2001.

D'ailleurs, même si depuis la publication des lignes directrices sur la concurrence en 1991²⁹, la Commission Européenne en a affiné l'application dans le secteur des télécommunications, elle reconnaît toutefois « *les difficultés inhérentes à la définition du marché en cause dans un domaine connaissant une évolution technologique rapide tel que le secteur des télécommunications* »³⁰.

Les acteurs doivent donc prendre part aux consultations en **pleine connaissance de certaines limites méthodologies dans les domaines concernés**. Soutenir une telle attention est tout particulièrement important dans le cas de la téléphonie mobile en France, pour plusieurs raisons qu'il convient de poser en préalable :

- Si le taux pénétration de la téléphonie mobile est élevé en Europe (75% en moyenne et plus de 85% dans quatre Etats membres³¹), il est hâtif, voire hasardeux, de parler déjà de maturité. Certes la pénétration des services de 2^{ème} génération (2G ensuite) est effectivement élevée, mais la configuration actuelle n'est que transitoire et le **problème posé aux opérateurs, équipementiers, éditeurs de contenus et clients finals européens est celui de l'essor — très incertain à ce stade — des services de transmission de données dits 2,5G, puis 3G**. Le taux de pénétration des services 2G nous apparaît ainsi comme très trompeur pour apprécier le contexte réel de la transition réglementaire en cours.

²⁹) Lignes directrices concernant l'application des règles de concurrence de la Communauté au secteur des télécommunications, JO C 233 du 6.9.1991.

³⁰) COM(2001) 175, document de travail de la Commission sur la proposition de nouveau cadre réglementaire pour les réseaux et les services de communications électroniques Projet de Lignes directrices sur l'analyse du marché et le calcul de la puissance sur le marché en application de l'article 14 de la proposition de directive relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et les services de communications électroniques, Bruxelles, le 28.3.2001

³¹) Commission Européenne, *Huitième rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications*, 03/12/2002.

- Cette transition 2G→3G ouvre grand la porte — et c'est tout son intérêt — au développement de combinaisons nouvelles de services qui seront autant de facteurs importants de la croissance européenne de la décennie 2000.
L'analyse des marchés actuels et à venir (et les éventuelles obligations qui pourront en naître) **devra être particulièrement ductile pour accompagner cette croissance et non pas l'inhiber** ... au risque, dans le cas contraire, d'être rapidement frappée d'obsolescence par l'émergence de nouvelles solutions techniques non prises en compte.
- L'allocation **des licences UMTS** — selon des modalités et un calendrier définis par les instances communautaires, rappelons le — nécessaires à l'élaboration de services mobiles de haut débit, **a laissé de nombreux opérateurs européens très fragilisés**, ainsi qu'en amont leurs équipementiers. Et la route vers le multimédia mobile est encore longue et périlleuse pour tous les acteurs de la chaîne de valeur en Europe. Et, alors que le cœur de la 2G se situait en Europe, l'épicentre de la 3G, de l'Internet mobile, est aujourd'hui au Japon ou en Corée : DoCoMo, filiale de l'opérateur historique nippon, commercialise son service UMTS depuis l'automne 2001.
- Dans ce contexte délicat, rappelons, sous forme d'euphémisme, **que la France ne se présente pas comme une terre d'accueil privilégiée pour l'UMTS**³².
Bien au contraire : la topographie du territoire et la répartition de la population

³²) Ce à quoi l'ART a jusqu'alors toujours prêté attention : « Dès janvier 1998, l'ART s'est montrée consciente de l'intérêt crucial de l'UMTS pour la promotion de la société de l'information et l'avenir de l'industrie des télécommunications. En militant pour une sélection des candidats à une licence par soumission comparative, en suggérant, lors de la présentation des résultats du premier appel à candidatures le 31 mai 2001, une modification à la baisse des conditions financières de nature à les rapprocher de celles que l'Autorité avait préconisées dès le premier trimestre 2000, l'ART a favorisé l'émergence de facteurs permettant à un troisième opérateur de se porter candidat. C'est ainsi que fin décembre 2002, Bouygues Telecom a rejoint Orange France et SFR dans la 3G [...]. L'ART a en effet toujours manifesté sa volonté de rendre possible une réelle concurrence sur la 3G en fonction des potentialités du marché français, tout en appelant à une approche réaliste et pragmatique et en mettant en garde contre un excès d'optimisme concernant le calendrier d'ouverture des services. »
ART, *Rapport public d'activité*, juillet 2003.

en son sein feront que les déploiement du réseau — comme ce fut le cas pour le GSM — induiront des investissements plus conséquents pour les opérateurs français que dans les autres Etats-membres. C'est sans doute une des raisons qui ont fait que seuls les opérateurs déjà présents sur la 2G ont été candidats à l'acquisition d'une licence 3G et qu'ainsi aucun candidat étranger n'a manifesté son intérêt pour l'*espace français des futurs services mobiles* au point de déposer une candidature en bonne et due forme.

Les arguments qui viennent d'être évoqués n'apparaissent pas traditionnellement dans l'analyse concurrentielle des marchés. **Il serait toutefois dangereux de les négliger en privilégiant une analyse statique (les conditions observables de la concurrence pour les services actuellement disponibles) plutôt qu'une analyse dynamique (les conditions d'une concurrence « praticable » qui maximise le surplus collectif à moyen terme en assurant en France un développement rapide des services 3G).**

Il est n'est certes pas du ressort d'une ARN d'élaborer une politique industrielle sectorielle. Mais l'ART a cependant bien parmi ses missions de concourir au développement sur le long terme des télécommunications en France. C'est, nous semble-t-il, en adoptant cette perspective qu'il convient d'apprécier la méthode mise en œuvre par l'ART pour analyser les marchés pertinents dans les télécommunications.

➤ **2. Pour apprécier la méthode adoptée par l'ART, il est essentiel de repérer les limites de l'analyse conventionnelle des marchés dans ses applications aux télécommunications mobiles**

➤ **2.1 *Le monopoleur hypothétique : une méthode très rigoureuse ... dont la portée est généralement restreinte par des difficultés pratiques de mise en œuvre.***

La définition des marchés pertinents aux fins de politique de la concurrence repose sur le principe du *monopoleur hypothétique* aujourd'hui bien ancré aussi bien aux Etats-Unis qu'en Europe. Selon ce principe, un marché doit être défini à partir de la combinaison minimale de produits (ou de zones géographiques) qui pourrait faire l'objet, avec succès, d'une

monopolisation : une firme unique pourrait au sein de ce marché, par hypothèse, tirer avantage d'une faible augmentation (de l'ordre de 5 à 10%) non transitoire des prix³³.

La conduite de cette analyse suppose de déterminer, « **l'étanchéité** » **du marché**, soit les possibilités d'une substitution rapide du côté de la demande et de l'offre :

- Du **côté de la demande**, la substitution renvoie aux produits, services ou zones géographiques vers lesquels **les agents économiques pourront s'orienter au lieu de consommer le produit** (ou la combinaison de produits) fourni par le monopoleur.³⁴.
- Du **côté de l'offre**, l'analyse de la substitution prend en compte tous les producteurs qui, si le monopoleur devait augmenter ses prix, auraient **la capacité de pénétrer le marché dans des délais réduits**, sans avoir à supporter de coûts irrécupérables, et qui donc disposent déjà des actifs et de la capacité de production requis pour fournir une offre. Une concurrence potentielle est également susceptible d'exister par le déploiement de nouvelles capacités de production dans des délais plus longs, engagement qui induirait cependant des coûts irrécupérables.

Simple et lipide dans son énoncé, cette méthode — solidement ancrée dans la théorie économique de l'oligopole — est toutefois d'un **usage délicat et n'est souvent mise en application que sous une forme « affaiblie » qui réduit la rigueur des conclusions et rend plus difficile son interprétation à des fins réglementaires.**

Ces limites sont certes connues, notamment grâce à de nombreux travaux théoriques et empiriques qui ont permis de les circonscrire. Mais, de façon surprenante, toutes ces limites

³³) On pourra trouver un exposé très clair de la méthode du monopoleur hypothétique appliquée au secteur des télécommunications chez Gual J., *Market Definition in the Telecoms Industry*, prepared for the European Commission (DGCOMP) under contract: COMP/2001/7050/PSE/02, 2002.

³⁴) Squire Sander, *Market Definitions for Regulatory Obligations in Communications Markets*, Study for the European Commission, 2002.01

classiques ne sont pas nécessairement rappelées par la Commission européenne aux acteurs chargés de mettre en application cette méthode (les ARN) ou de fournir certaines informations requises à cette fin (opérateurs, associations de consommateurs, ...).

Ainsi, dans ses lignes directrices, **la Commission européenne expose la méthode sans en évoquer de façon détailler les limites**³⁵. De même, l'ART, dans son document explicatif, précise seulement : « *Ainsi que le mentionnent les lignes directrices, l'utilité essentielle de cet outil réside dans son caractère conceptuel ; ainsi, sa mise en œuvre n'implique pas une étude économétrique systématique poussée* »³⁶. **Il semble qu'il y ait sur ce point un glissement sémantique malencontreux : selon nous, sa mise en œuvre « implique » bien une telle étude, mais sa réalisation n'est pas toujours possible.**

Et c'est bien le problème : appliqué avec rigueur, le *monopoleur hypothétique* permet de conclure (au moins pour le cas pour les secteurs matures) ; mais s'il est retenu comme une simple orientation conceptuelle dans le contexte d'une analyse multicritère et qualitative (en lieu et place d'une étude économétrique poussée), les résultats en seront affaiblis, et il sera difficile d'en déduire, de façon incontestable, de zones à régler.

Mais pourquoi donc, le principe du monopoleur hypothétique est-il donc généralement appliqué sous une forme érodée, comme une simple boussole ? Tout simplement parce que les **informations requises ne sont souvent pas disponibles ou impossibles à rassembler sous une forme homogène, cohérente et interprétable**. Et donc : « *étant donné les difficultés*

³⁵) Si ce n'est en rappelant p.11 que « en principe, le «*test du monopoleur hypothétique*» n'est applicable que pour les produits ou les services dont le prix est fixé librement et non réglementé. L'hypothèse de travail sera donc que les prix en vigueur sont fixés à des niveaux concurrentiels. Toutefois, si un service ou un produit est offert à un prix réglementé, calculé en fonction du coût, ce prix, en l'absence d'indications contraires, est présumé fixé à un niveau qui, sinon, serait concurrentiel, et il doit par conséquent être pris comme point de départ pour l'application du «*test du monopoleur hypothétique* » Commission Européenne, *Lignes directrices 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*, Journal officiel n°C 165 du 11/07/2002.

³⁶) ART, *Définition des marchés pertinents adaptée au cas français : note de présentation des questionnaires et éléments de méthode*, 2003., p.5.

pratiques pour entreprendre les analyses statistiques nécessaires à une application rigoureuse du schéma du monopoleur hypothétique, le concept est souvent appliqué en appréhendant de façon informelle, pour un ensemble donné de produits ou d'aires géographiques, les forces qui pourraient restreindre la faculté d'une firme à augmenter les prix si elle contrôlait la vente de tous les produits considérés »³⁷. La marge d'interprétation des résultats par l'ARN est donc importante, puisqu'il n'est plus question de décider sur la base d'une donnée objective (des élasticités-prix croisées), mais d'arbitrer à partir de faisceau d'indices. Même si, pour la France, la méthode prévoit des allers-retours entre l'ART et les parties intéressées, il y a là plus qu'une nuance...

Naturellement — point sur lequel nous reviendrons — **cette incapacité pratique** à mettre en application le principe avec toute rigueur, est **suraiguë pour les activités de haute technologie**: *« avec les produits de haute technologie, l'analyse en termes de substitution devient bien plus difficile. De toute évidence, les données pour estimer les élasticités-croisées, qui manquent souvent pour des produits appartenant à des industries matures, sont rarement disponibles pour les industries de haute technologie »³⁸. **La téléphonie mobile n'échappe sans doute pas totalement à cette loi**, raison pour laquelle l'ART n'a pas engagé un processus basé sur une économétrie de la substitution, aussi bien du côté de la demande que de l'offre. Si cette démarche est cohérente et pragmatique compte tenu de « l'état de l'art », il faut que les limites en soient connues de tous.*

D'autres obstacles, du rang inférieur sans doute, méritent également toute notre attention :

- **Le produit considéré n'est pas nécessairement homogène et peut faire l'objet d'adaptations en fonction de segments spécifiques de clientèle.**
Typiquement, dans le domaine de la téléphonie mobile, ces segments pourront répartir les clientèles de particuliers, d'entreprises et de professionnels ; la clientèle des particuliers se verra proposer des services pré ou post-payés...

³⁷) Gual J., *Market Definition in the Telecoms Industry*, prepared for the European Commission (DGCOMP) under contract: COMP/2001/7050/PSE/02, 2002. p.4.

³⁸) Pleatsikas C., Teece D., *The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation*, International Journal of Industrial Organization, 19, pp. 665-693. 2001. p.669.

Tous ces facteurs, très conventionnels en matière de marketing (consistant à adapter les caractéristiques des produits offerts à des attentes hétérogènes) introduisent un degré supplémentaire de complexité dans l'analyse³⁹ variations de prix qui devra reposer sur des panels de prix supposés représentatifs.

- **La substitution suit parfois des chemins détournés** : deux produits A et C peuvent ne pas être directement substituables, mais être des substituts d'un même produit B. **L'influence de la substituabilité peut ainsi s'exercer en chaîne** : les prix de A et C pouvant subir l'influence de B.
- Le test du *monopoleur* repose sur **l'hypothèse très forte selon laquelle le prix à partir duquel un avantage significatif doit être identifié est un prix de concurrence**. Mais si le marché est déjà sous la coupe d'un acteur puissant, l'intérêt retiré du passage à la situation hypothétique de monopole sera minime ou, en tout cas, moindre qu'à partir d'une situation initiale concurrentielle.

➤ **2.2 Focalisée sur les prix, l'analyse en substituabilité est statique et donc mal adaptée pour apprécier le pouvoir des acteurs sur des marchés dynamiques.**

³⁹) Cette différenciation de l'offre conduit à considérer les processus de substitution dans toute leur complexité : « *one-way substitution - the traditional substitutability test, which is based on the "functional interchangeability" of products or services, presumes that substitution will be occurring both ways in the market definition analysis, whereas its one-way effect can be highly material to a market power assessment (e.g., some customers might substitute mobile for fixed for their voice calls, but not vice versa); partial substitution - this occurs where some consumers of a service find that it serves part or all of their needs in a particular market, which means that a partial substitute should be taken into account for the purposes of the assessment of market power (rather than for market definition)* » Squire Sander, *Market Definitions for Regulatory Obligations in Communications Markets*, Study for the European Commission, 2002. p.7.

Au-delà des difficultés de mise en œuvre qui viennent d'être évoquées, il est patent que l'essence même de l'approche du *monopoleur hypothétique* et de l'analyse en substitution via les élasticités-croisées repose par essence sur **l'observation des prix, alors que les produits et services de télécommunication, en particulier dans le champ de la téléphonie mobile, font également l'objet d'une concurrence par l'innovation.**

Considérer que la concurrence en prix s'exerce pour un état donné de la technologie est certes une approximation acceptable à court terme — voire pour des temps plus longs pour les secteurs matures. Mais en téléphonie mobile, une régulation *ex ante* ne pourrait être justifiée à partir de seules observations relatives aux prix et appelle une analyse multicritère de nature :

- premièrement, à recentrer les débats sur la considération de **rappports prix/performances** et non pas des seuls prix, *in abstracto*. Mais comment apprécier avec rigueur les performances en téléphonie mobile ? Performance qui s'apprécie nécessairement par la combinaison de variables continues et mesurables (ex : le pourcentage de la population bénéficiant d'une couverture « indoor ») et de variables qualitatives (ex : efficacité du SAV).
- deuxièmement, à **repérer les évolutions technologiques significatives**, voire les ruptures susceptibles de réduire le pouvoir de marché d'un acteur dominant (ou d'une série d'acteurs collectivement dominants). Ce phénomène renvoie à la notion de *technologie perturbatrice*, bien repérée dans la théorie économique⁴⁰.

⁴⁰) « *New technologies are often commercialized in a specialized niche. Some stay in their niche, while others go on to penetrate mainstream segments and compete with incumbent technologies. [...] A disruptive technology offers a novel mix of attributes compared to the established technology, but is inferior to the established technology according to the needs of consumers in the primary (mainstream) market segment. The disruptive technology is, therefore, initially purchased by consumers in a secondary (niche) market segment who place high value on the new technology's attribute mix. [...] For scholars, such disruptive technologies highlight the question of the boundaries of technology competition and how those boundaries change over time. For managers, disruptive technologies highlight the danger posed to incumbent firms from too quickly dismissing new technologies as inferior and irrelevant to their market positions.* » Adner R., Zemsky P., *Disruptive Technologies and the Emergence of Competition*, Working paper, INSEAD, 2003. p.1-2.

- troisièmement, à **discriminer les pratiques tarifaires anticoncurrentielles de celles résultant des contraintes de modèles économiques intensifs en R&D** : « *Dans les industries où l'innovation est l'instrument principal de la concurrence, les dépenses pour le développement d'une innovation ne peuvent pas être considérées comme des coûts irrécupérables engagés une fois pour toutes. La survie de la firme requiert des engagements en continue dans le processus d'innovation. [...]. Une tarification uniforme basée sur les coûts marginaux peut interdire le retour sur les investissements réalisés pour l'innovation et détruire la firme. Seule la discrimination par les prix peut permettre sa survie* »⁴¹.
- quatrièmement, à **discriminer les pratiques d'innovation pro- et anti-compétitives**. Insister pour que l'analyse des marchés ne présente pas un caractère trop statique, inadapté à des activités comme la téléphonie mobile, ne doit pas conduire à une vision angélique de l'innovation.

Définir des marchés dans une perspective statique — à partir de l'outillage conventionnel d'analyse des marchés — lorsque le rythme de l'innovation est élevé peut donc conduire à surestimer le pouvoir de marché des firmes en place⁴² en négligeant la menace de la concurrence technologique.

Une application mécanique de l'analyse en prix « aboutira à démontrer que les industries de haute technologie sont dominées par des monopoles, en dépit de l'évidence que les marchés de haute technologie présentent toujours des configurations concurrentielles bien plus vigoureuses que la plupart des marchés plus matures. Parce que des monopoles seront « identifiés » lorsqu'ils n'existent pas, les pratiques commerciales seront scrutées sans nécessité. Sur les marchés de haute technologie, ainsi, il y a une chance importante que

⁴¹) Audretsch D.B., Baumol W.J, Burkec A.E., *Competition policy in dynamic markets*, International Journal of Industrial Organization, 19, pp. 613-634, 2001.

⁴²) Coleman M. Teece D., *The meaning of monopoly: antitrust analysis in high technology industries*, Antitrust Bulletin, 43, pp. 801–857, 1998.

l'analyse et les outils de l'antitrust traditionnel aboutissent à considérer que des comportements anti-concurrentiels existent, alors que ces comportements pourraient bien présenter un caractère pro-concurrentiel »⁴³.

Cette prise en compte de l'innovation comme facteur contraire au pouvoir des firmes en place n'est naturellement pas étrangère aux autorités communautaires et aux ARN européennes. Dans le cas Sprint/MCIWorldCom, par exemple, la Commission a considéré de façon détaillée les technologies nouvelles (caching, mirroring, etc.) pouvant réduire l'importance du backbone Internet. Autre exemple, l'Ofcom a examiné, à la demande de la Commission de la Concurrence britannique, la manière dont les avancées technologiques pouvaient limiter l'effet de goulot d'étranglement en terminaison d'appel sur réseau mobile.

Cependant, il est plus aisé de poser ce type de question dans le cadre de procédures concurrentielles, *ex post*, que dans le cadre de la définition de bonnes régulations *ex ante*. Et il **n'en reste pas moins que les lignes directrices de la Commission, aussi bien que la « feuille de route » de l'ART pose comme repère essentiel le test du monopoleur hypothétique.**

2.3 Les télécommunications doivent être appréhendées en systèmes de services et non pas en unités de services

Une autre dimension essentielle doit être prise en compte pour apprécier les méthodes mises en application : celle du **périmètre cohérent des marchés pertinents**. Le risque est sérieux, en effet, d'une définition trop étroite de tels marchés, indépendamment des pratiques réelles de consommation : à découper trop finement les marchés, on finit toujours par trouver des suspects, à savoir des firmes disposant d'une *puissance sur le marché*.

Plusieurs arguments peuvent être avancés pour justifier la nécessité de ne pas définir des marchés de services mobiles trop étroits.

⁴³) Pleatsikas C., Teece D., *The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation*, International Journal of Industrial Organization, 19, pp. 665-693. 2001. p.687-688.

Le premier relève du simple bon sens : **la définition du périmètre des marchés ne doit pas être décalée par rapport aux comportements de consommation observables**. Autorisons-nous une analogie avec le secteur de l'automobile. Il est possible d'aborder la concurrence dans ce domaine d'activité selon deux approches, avec des conséquences très distinctes en termes de marchés pertinents. Primo, on peut considérer que le produit de référence est l'automobile comme système complexe associant des composants divers (des pneus, aux essuie-glaces, ...). Selon cette perspective, la concurrence doit être appréciée au niveau du (des) marché(s) pertinent(s) de l'automobile. Mais, secundo, il est, par hypothèse, également possible de prendre en référence les composants unitaires (ou une association d'une partie d'entre eux), ce qui pourrait revenir à estimer la concurrence sur le marché ... des volants ou des avertisseurs sonores ! Cela n'aurait pas grand sens car le consommateur final fait, en l'état de pratiques observables, l'acquisition d'une automobile et non pas de composants de base à assembler en kit.

Cet exemple est résolument choisi pour frapper les esprits par son caractère singulier, voire ubuesque. Transposé en matière de télécommunications, cette distinction entre système de service et somme de services unitaires est fondamentale. En matière de téléphonie mobile, les composants unitaires sont : l'allocation du numéro, l'accès au réseau, l'émission d'appel, la terminaison d'appel, l'émission de SMS, la terminaison de SMS, le roaming international, le service après-vente, ... Un enjeu fondamental est de déterminer si certaines de ces unités (ou certaines combinaisons) sont de nature à constituer un marché pertinent. Il est vrai, certes, *« qu'un consommateur peut avoir différents fournisseurs pour ces services et que les opérateurs peuvent, en principe, offrir une partie seulement de ces services, voire un seul. Mais il y a bien sûr des complémentarités significatives de demande et des économies d'envergure d'offre qui vont influencer les choix actuels des consommateurs et des fournisseurs de services »*⁴⁴. Ces complémentarités sont essentielles et ne devront pas être niées, quand bien même des monopoles ou des acteurs puissants pourraient être repérés dans le périmètre de la production de certaines unités de service.

⁴⁴) Gual J., *Market Definition in the Telecoms Industry*, prepared for the European Commission (DGCOMP) under contract: COMP/2001/7050/PSE/02, 2002. p.34.

Le deuxième argument porte **sur la confusion entre les besoins, en termes de finesse de délimitation des marchés pertinents, des juges de la concurrence et ceux des régulateurs sectoriels :**

- **Une définition étroite sera appropriée et utile pour une intervention *ex post* dans le cadre d'un contentieux concurrentiel.** Les juges de la concurrence ont la possibilité d'isoler un marché de façon cohérente avec des pratiques anti-concurrentielles supputées ou avérées.
- En revanche, **une définition plus large pour des besoins de régulation permettra de prendre en considération plus aisément toutes les potentialités de substitution**, y compris celles qui peuvent revêtir la forme de substitutions en chaîne.

Au total, circonscrire certains **marchés de façon très étroite en négligeant les complémentarités de consommation et de production, pourra aboutir à des contresens et ne servir ni l'intérêt des consommateurs, ni celui des concurrents potentiels des *insiders*.** Nous reviendrons plus bas sur ce point, essentiel à nos yeux, dans le cas du marché de la terminaison des appels mobiles, considéré comme pertinent par la Commission dans sa recommandation, choix qui n'échappe pas à un tel contresens.

➤ **3. La méthode retenue par l'ART est pragmatique, mais ses limites intrinsèques devront être prises en compte pour déterminer des régulations *ex ante*.**

L'ART conduit ses analyses de marchés pertinents désignés par la Commission dans ses recommandations en deux phases essentielles :

- **Phase 1** : enquêtes quantitatives et qualitatives auprès des acteurs concernés (opérateurs, FAI, associations de consommateurs...), destinées à évaluer la position des acteurs sur le marché, à apprécier le fonctionnement du marché, à identifier les obstacles à une concurrence effective.
- **Phase 2** : consultation publique : restitution des enquêtes et appel à commentaires sur les mesures (obligations spécifiques) envisagées

La liste des informations collectées dans le cadre des enquêtes est, schématiquement, la suivante : nombre d'acteurs, activité des opérateurs (déploiement géographique, offres fournies, clientèle ciblée), parts de marché en valeur, en volume (et évolution), évolution des prix, offres des acteurs, capacité des concurrents potentiels à entrer sur le marché, perception par les consommateurs des conditions de fonctionnement du marché, identification des obstacles à la concurrence et des remèdes appropriés. Pour éclairer la composition de cette liste, il faut retenir que, même si les marchés de détails ne sont pas listés comme pertinents, l'analyse des marchés de gros désignés comme pertinents appelle une analyse de leurs conditions de fonctionnement, selon les lignes directrices de la Commission.

Les observations qui suivent portent sur les explications données par l'ART sur la méthode et sur le contenu des questionnaires, qualitatif et quantitatif. Nous nous efforçons de **faire porter nos commentaires sur des caractéristiques objectives de la démarche retenue, sans chercher à préjuger de l'utilisation qui sera faite, *in fine*, des informations obtenues.**

3.1 *Une méthodologie conforme aux orientations de la Commission ... mais qui n'en corrige pas les limites.*

Cette procédure est naturellement conforme aux orientations données par la Commission même si, comme nous l'avons indiqué, des voies différentes pouvaient être empruntées, ainsi que c'est le cas au Royaume-Uni.

La méthode retenue par l'ART, nous semble présenter deux caractéristiques essentielles.

- Primo, par rapport aux cas britannique et belge par exemple, **la « granularité » des informations requises est très fine** (et porte sur des informations souvent à caractère très confidentiel) : politique de tarification, alliance, modalités d'accords MVNOs, projets d'évolution des réseaux de distribution, stratégies vis-à-vis des clients professionnels et plus particulièrement des flottes, ...
- Secundo, malgré ce degré de détails, **les limites intrinsèques de l'appréhension dynamique du pouvoir économique sur les marchés de haute technologie, ne sont pas surpassées**. En ce sens que la méthode est un mix de critères qualitatifs et quantitatifs, certes orientés pour saisir les substitutions actuelles ou potentielles, mais sans qu'une claire hiérarchie des critères apparaisse. Il serait indélicat d'imputer ce caractère *ad hoc* de la méthode à l'ART. Il ne serait toutefois pas cohérent de l'occulter.

3.2 *Une tendance au fractionnement en « unités de services »*

On observe dans les questionnaires **une tendance à fragmenter l'analyse au niveau de ce que nous avons qualifié d'unités de services**.

C'est manifestement le cas pour les SMS, même si l'ART précise que « le présent questionnaire comprend des questions spécifiques aux SMS, sans que ceci ne préjuge de leur inclusion in fine dans les marchés pertinents susceptibles d'être régulés ; la question de l'inclusion ou non des SMS, qui a suscité des contributions diverses de la part des acteurs,

suppose en effet une analyse spécifique préalable ; les questions qui portent sur les SMS ont vocation à éclairer cette analyse »⁴⁵

Observons simplement que la question des SMS a été exclue du questionnaire belge⁴⁶ et que les Britanniques ont également exclu le SMS du marché pertinent 16 et visiblement 17⁴⁷, ce qui semble indiquer les ARN de ces pays ont moins d'interrogations sur la justification d'inclure ces services dans les marchés pertinents régulés. En prolongeant la comparaison avec ces deux pays, il s'avère que la tendance à segmenter se retrouve aussi au niveau des découpages relatifs aux consommateurs.

3.3 Des interrogations en revanche parfois insuffisantes pour appréhender la réalité des rapports de pouvoir

Mais paradoxalement, **certaines investigations essentielles pour mesurer la puissance acquise par les opérateurs ne sont pas poussées ou sont formulées dans des termes assez généraux.**

Par exemple, concernant le marché de la terminaison d'appel, les questions posées sont essentiellement d'ordre technique (nature des offres et des pratiques d'usage sur ce marché intermédiaire). En revanche, le problème essentiel de la « *puissance d'achat compensatrice* » fait l'objet de questions peu précises et très ouvertes (4.1.2. *Quelle est selon vous la signification et le mode d'expression de la « puissance d'achat compensatrice » ? Certains opérateurs mobiles sont-ils soumis à la pression d'une « puissance d'achat compensatrice » ? Si oui, lesquels ? pourquoi ? comment ?*).

⁴⁵) ART, *Définition des marchés pertinents adaptée au cas français : questionnaire mobile qualitatif*, 2003. p.2.

⁴⁶) Pas de demande de tarifs, d'interconnexion, de volumes concernant les SMS.

⁴⁷) OFTEL, *Review of mobile wholesale voice call termination markets*, mai 2003, p. 15.

Dans le même domaine, les comportements d'usage (essentiels comme nous le montrons dans la section V) sont peu investigués et seulement auprès des opérateurs (4.3.2.1. *Disposez-vous d'éléments sur cette éventuelle substitution provenant du marché de gros de la terminaison d'appel et impactant le marché de détail du départ d'appel que vous seriez disposés à communiquer à l'Autorité ?*).

D'autres variables essentielles à l'appréciation de la concurrence actuelle et future sont aussi abordées de manière, nous semble-t-il, insuffisamment précise et insistante :

- La **qualité technique des prestations évaluées par l'utilisateur final** : 2.3.3.1 : *D'un point de vue technique, quelle perception avez-vous de la qualité des services fournis ? Pourquoi ne pas chercher à obtenir plus de précisions : couverture indoor, couverture outdoor, qualité et continuité de réception, qualité du roaming... ?*
- La **problématique de l'innovation est également à peine évoquée**. Le terme apparaît deux fois, comme un simple item au milieu d'une question et sans chercher à repérer les formes d'innovations et leurs effets (2.3.2.1. *Quel est selon vous l'impact de la concurrence que se livrent les opérateurs sur ce marché, en matière de diversité et de qualité des offres ? en matière de prix ? en matière d'innovation ?* 2.4.2.1 *Comment appréciez-vous la dynamique du marché mobile (en terme de croissance, d'innovation, de nombre d'acteurs, d'évolution des parts de marché respectives des opérateurs) ?*).
- Les **usages sur la consommation de services de données que permettent le GPRS sont peu scrutés**, alors que de nombreuses questions portent par ailleurs sur les SMS. Certes, l'essentiel du volume d'affaires dans le domaine des *datas* relève des SMS, mais dès lors qu'il s'agit, selon les indications de la Commission, de se situer en prospective, on pouvait s'attendre à plus de questions sur ces services émergents (et leur substituabilité à des services bien implantés).

3.4 Les informations recueillies sur les prix ne permettront pas une analyse en sensibilité.

Aussi bien dans le questionnaire qualitatif que quantitatif, les informations recueillies dans ce domaine permettront mieux d'apprécier l'évolution des prix que, dimension essentielle, la sensibilité des pratiques de consommation à de telle évolution (sans parler des évolutions relatives avec le prix d'autres services).

Certes les questions posées sont à nouveau cette fois très détaillées⁴⁸ et distinguées entre utilisateurs pré- post-payants. Mais, **on peine en l'état à envisager l'utilisation qui pourra en être faite pour estimer l'impact des prix des services par rapport aux usages et aux éventuelle substitutions.**

En outre, il est probable que ces usages ne relèvent pas de comportements linéaires, ce qui complexifie encore l'interprétation qui pourra être faite des informations obtenues.

On sait avec les travaux de psychologie économique du Prix Nobel 2002, Daniel Kahneman⁴⁹, que les agents économiques déterminent leurs choix, dans des environnements complexes, par rapport à des « références ». De ce point de vue, on peut considérer que le forfait est une référence au sens où le définit Daniel Kahneman : Comment les usagers sont-ils sensibles à des évolutions du prix de leur consommation ? Sont-ils surtout sensibles à la valeur faciale du forfait-référence ou ont-ils une capacité plus fine à appréhender le niveau des prix ? Autant de questions qui ne trouveront pas nécessairement de réponses sur la base des questionnaires de l'ART.

⁴⁸) « Rubrique 222 : Comment se répartissent les consommateurs par type de forfait (e.g. 'x' % de clients ont le forfait 'y' heures) ? Quelle est la consommation moyenne (temps réellement consommé) des forfaits ? Merci de répondre si possible pour chaque forfait, et globalement. Quel est le temps moyen de dépassement des forfaits ? Merci de répondre si possible pour chaque forfait, et globalement. Quel est le pourcentage en volume des appels à destination des numéros spéciaux (hors services gratuits opérateurs) ? En valeur ? Quel est le pourcentage en volume des appels à destination de l'étranger (hors itinérance) ? En valeur ? Quel pourcentage de la base de vos abonnés est tarifé à la seconde dès la première seconde ? »

⁴⁹) Référence à insérer.

3.5 *La question de la terminaison d'appel illustre les dangers d'une délimitation excessive des marchés pertinents*

Dans sa recommandation, la Commission européenne a retenu le marché de « *terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels* »⁵⁰. Dans ses questionnaires, en conformité avec la recommandation, l'ART demande aux parties intéressées des informations destinées notamment à décrire les offres dans ce domaine. Ce n'est pas la nature des questions posées par l'ART qui nous semble poser ici problème — même s'il aurait été sans doute utile de questionner les intéressés beaucoup plus finement sur la notion de « *puissance d'achat compensatrice* » ou sur les mécanismes concurrentiels pouvant « *se traduire par une pression à la baisse sur les charges de terminaison d'appel, sans intervention extérieure du régulateur* »⁵¹.

C'est en fait le choix même de ce marché pertinent qui nous semble hautement problématique et qui, pour bien prendre la mesure d'éventuelles obligations étendue à l'ensemble des opérateurs, appelle un éclairage spécifique. Sur le fond, cette approche revient à considérer que chaque opérateur de réseau mobile dispose d'un monopole sur son parc d'abonnés, car il contrôle seul l'accès à ce parc défini comme un marché. De ce fait, la définition d'un marché pertinent de la terminaison des appels sur un réseau mobile entraîne pour tout opérateur détenteur d'une licence mobile, indépendamment de sa taille absolue ou relative, l'application des obligations réglementaires afférentes aux opérateurs puissants ou aux entreprises disposant d'infrastructures essentielles. Il nous semble qu'il est difficile de considérer que les

⁵⁰) Commission Européenne, *Recommandation du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques*, Journal officiel n°L 114 du 08/05/2003. p. 49.

⁵¹) ART, *Définition des marchés pertinents adaptée au cas français : questionnaire mobile qualitatif*, 2003. p.11.

appels entrant sur un réseau mobile constituent un marché pertinent distinct des appels sortant sur ce même réseau.

Il est faux de considérer que la terminaison d'appel ne connaît pas de substitut. Rien n'interdit à un abonné mobile, une fois entré en contact avec son correspondant sur le réseau fixe, de proposer de le rappeler afin de lui éviter de payer le prix de l'appel entrant, donc de prendre à sa charge la communication pour un coût moindre. Comme les fonctionnalités des terminaux GSM permettent d'identifier l'appelant, ce dernier peut signifier à son correspondant mobile qu'il cherche à le joindre, pratiques d'usage très banal comme en atteste la faible durée des communications entrantes sur les réseaux par rapport aux communications sortantes.

Dissocier appels entrants et appels sortants constitue un non sens marketing et économique pour l'opérateur de réseau car il n'existe pas raisonnablement de demande réelle ou substantielle de vente séparée des facultés d'émission et de réception sur un réseau mobile qui les produit conjointement. Les opérateurs vendent donc conjointement, et non séparément, les services joints que produisent leurs réseaux et les terminaux associés.

En conséquence, l'existence de prix plus élevés pour les appels entrants obéit à des fondements économiques de maximisation de la diffusion des services mobiles et d'obtention d'un équilibre économique sans perception de rente de monopole des opérateurs qui pratiquent cette différenciation des tarifs. **Les opérateurs européens ont d'ailleurs obtenu un succès réel et l'avance prise par l'Europe en matière de consommation des mobiles par rapport aux Etats-Unis s'explique pour une bonne part par le recours à cette méthode discriminante de tarification.**

Rappelons qu'aux Etats-Unis la pratique en vigueur la plus répandue consiste à faire payer l'appel entrant sur le mobile par l'abonné mobile. Cela résout drastiquement la question de la tarification de ce type d'appel. Le résultat est connu : par rapport aux consommateurs européens, les consommateurs américains sont sous-équipés en mobiles (taux de pénétration) et sous-consomment ce type de service (volume de communication par abonné). Ils sont en

revanche suréquipés en « *paggers* » qui servent de signal d'appel pour s'éviter de payer la communication entrante, type de système totalement obsolète en Europe....⁵²

Au niveau macro-économique, l'industrie des équipements mobiles européenne est bien plus puissante que son homologue américaine, les opérateurs mobiles européens ont largement dépassé les opérateurs américains...

Le résultat est donc à la fois positif du côté de la demande et du côté de l'offre. Ce sont cette dynamique et ces équilibres économiques fragiles qui pourraient être remis en question par la modification des règles de fixation des tarifs entrants.

⁵²) Pour une analyse statistique comparative précise : cf. OMSYC, *Le marché mondial des mobiles*, édition 2002.

➤ **4. Propositions pour l'interprétation des informations obtenues par l'ART aux fins de régulation *ex ante***

Cette consultation ne constitue pas un procès d'intention à l'endroit de l'ART. Notre sentiment est, avant toute chose, que la démarche retenue est cohérente avec les orientations définies par la Commission européenne et avec *l'état de l'art* ... même si elle n'en « surpasse » pas les limites intrinsèques et s'il nous a semblé que l'exploration de certaines questions aurait mérité plus de détails (ou des interrogations plus directives) pour permettre une mise en correspondance plus productive des résultats et si parfois, en revanche, l'utilité de certaines autres questions nous semble difficile à appréhender *ex abrupto*.

D'une façon que nous avons qualifiée de « pragmatique », l'ART fait l'effort de procéder à une collecte très large d'informations, auprès de la collectivité des opérateurs, offreurs de services ou représentants des clients finals, selon une méthode multicritères qui allie analyses qualitatives et quantitatives. De plus, le viatique transmis par la Commission européenne prévoit plusieurs phases de consultations publiques au moment de la restitution des analyses, puis de l'éventuelle désignation d'acteurs soumis à obligations, ce qui permettra à chacun de s'exprimer.

Cependant — précisément parce que *l'état de l'art* comporte de nombreuses zones d'ombre pour l'analyse du pouvoir dans les industries dynamiques — nous nous autorisons à formuler des propositions de nature à éclairer les échanges entre l'ART et les opérateurs dans une phase qui pourrait déboucher sur la définition d'obligations sur certains marchés.

➤ **4.1 Analyser les résultats de la collecte d'information ... en regard des limites méthodologiques insurpassables**

- Garder à l'esprit que la référence au monopoleur hypothétique n'est en fait qu'une caution conceptuelle quasi-impossible à mettre en application dans le secteur d'activités qui nous occupe.

- Par conséquent, la méthode proposée par la Commission est totalement *ad hoc*. La prise de décision devra donc résulter du croisement de critères multiples dont la claire hiérarchie reste à établir.
- Les phases de consultations publiques sont donc essentielles pour passer d'un « prototype » de régulation ... à une régulation soutenable et efficace socialement.

➤ **4.2 Ne pas négliger l'efficacité du droit de la concurrence et les effets pervers non prévisibles de la régulation**

- Il y a certes, comme l'indique l'ART, à tenir compte « de l'impact des délais de traitement ex post au regard du caractère plus ou moins rapide et durable des effets néfastes des pratiques anticoncurrentielles »⁵³.
- En ce sens, la régulation présenterait un caractère préventif. Mais il ne faut pas non plus négliger les perturbations de la concurrence et du développement sectoriel issues d'une délimitation trop étroite et contraignante des marchés pertinents et les risques classique de « capture » par certains des acteurs concernés...

4.3 Privilégier une appréhension des « systèmes de services »

- L'analyse des marchés doit privilégier un découpage propice au développement à long terme du secteur. Un découpage trop fin en « unités de services » constituerait une vision *courtermiste* de ce développement.
- Le remarquable développement de la téléphonie mobile en Europe, autour du GSM, a démontré le caractère socialement efficace de certaines asymétries tarifaires.

⁵³) ART, Définition des marchés pertinents adaptée au cas français : note de présentation des questionnaires et éléments de méthode, 2003. p.6.

➤ **4.4 Définir des contraintes en tenant compte des contraintes spécifiques du développement de la téléphonie mobile en France**

- Pour définir la régulation *ex ante*, il importe de tenir compte des spécificités de du territoire français, un des plus difficiles à couvrir en Europe...
- ...et dont l'attractivité limitée a encore été illustrée par l'impossibilité d'allouer la quatrième licence UMTS.

Bibliographie

- Adner R., Zemsky P., *Disruptive Technologies and the Emergence of Competition*, Working paper, INSEAD, 2003.
- ART, *Rapport public d'activité 2002*, juillet 2003.
- ART, *Synthèse des commentaires du secteur sur le document de définition des marchés pertinents adaptée au cas français*, mai 2003.
- ART, *Définition des marchés pertinents adaptée au cas français : note de présentation des questionnaires et éléments de méthode*, 2003.
- ART, *Définition des marchés pertinents adaptée au cas français : questionnaire mobile qualitatif*, 2003.
- ART, *Définition des marchés pertinents adaptée au cas français : questionnaire mobile quantitatif*, 2003.
- Audretsch D.B., Baumol W.J, Burkec A.E., *Competition policy in dynamic markets*, International Journal of Industrial Organization, 19, pp. 613-634, 2001.
- Coleman M. Teece D., *The meaning of monopoly: antitrust analysis in high technology industries*, Antitrust Bulletin, 43, pp. 801–857, 1998.
- Commission Européenne, *Directive 2002/77/CE relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques*, Journal officiel n° L 249 du 17/09/2002.
- Commission Européenne, *Lignes directrices 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*, Journal officiel n° C 165 du 11/07/2002.
- Commission Européenne, *Huitième rapport sur la mise en œuvre de la réglementation en matière de télécommunications*, 03/12/2002.
- Commission Européenne, *Recommandation du 11 février 2003 concernant les marchés pertinents de produits et de services dans le secteur des communications électroniques susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante conformément à la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil relative à un cadre*

réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, Journal officiel n° L 114 du 08/05/2003.

- Commission Européenne, *La Commission publie des orientations pour l'évaluation de la puissance sur le marché dans les communications électroniques*, IP/02/1016, 9 juillet 2002.
- Evans D., Schmalensee R., *Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries*, NBER Working Paper 8268. May 2001.
- Geroski P.A., *Thinking creatively about markets*, International Journal of Industrial Organization, 16, pp. 677-695, 1998.
- Gual J., *Market Definition in the Telecoms Industry*, prepared for the European Commission (DGCOMP) under contract: COMP/2001/7050/PSE/02, 2002.
- Laffont J.-J., Tirole J., *Creating Competition Through Interconnection : Theory and Practice*, Journal of Regulatory Economics, n° 10, 1996, pp. 227-256.
- Laffont J.-J., Tirole J., *Competition in Telecommunications*, Munich Lectures in Economics, MIT Press, Cambridge Mass. 2000.
- Levêque F., *Economie de la réglementation*, collection Repères, La Découverte, n° 238, 1998.
- OFTEL, *Further Comments on Market Definition*, 27 March 2002. OFTEL, *Review of competition: mobile access and call origination*, April 2003.
- OMSYC, *Le marché mondial des mobiles*, édition 2002.
- Parlement et Conseil Européens, *Décision no 676/2002/CE relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne (décision "spectre radioélectrique")*, 7 mars 2002. Journal officiel n° L 108 du 24/04/2002.
- Parlement et Conseil Européens, *Directive 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès")*, 7 mars 2002. Journal officiel n° L 108 du 24/04/2002.

- Parlement et Conseil Européens, *Directive 2002/20/CE relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation)*, 7 mars 2002. Journal officiel n° L 108 du 24/04/2002.
- Parlement et Conseil Européens, *Directive 2002/21/CE relative au cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre")*, 7 mars 2002. Journal officiel n° L 108 du 24/04/2002.
- Pleatsikas C., Teece D., *The analysis of market definition and market power in the context of rapid innovation*, International Journal of Industrial Organization, 19, pp. 665-693. 2001.
- Posner R.A., *Antitrust in the new economy*, Tech Law Journal, September 14. 2000.
- Squire Sander, *Market Definitions for Regulatory Obligations in Communications Markets*, Study for the European Commission, 2002.
- White L-J., *Wanted: A Market Definition Paradigm for Monopolization Case*, The Computer Industry Newsletter, Spring 1999.
- Groebel A., *Should we regulate any aspects of wireless?*, Telecommunications Policy, 2003, pp. 435–455