

DEMANDE D'AVIS A L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE

A la demande du :

1- SYNDICAT CFE-CGC FRANCE TELECOM - ORANGE

dont le siège est 12, rue Saint Amand 75505 Paris Cedex 15, représenté par son Président en exercice, domicilié en cette qualité au siège du Syndicat

2- SYNDICAT NATIONAL DES TELECOMS SNT-CGC

dont le siège est c/o TDF 106 Avenue Max Dormoy 92541 Montrouge Cedex, représenté par son Secrétaire Général en exercice, domicilié en cette qualité au siège du Syndicat

Relative au cadre réglementaire instauré par :

- 1- Le décret n°2011-659 du 14 juin 2011 modifiant le décret n°2007-1532 du 24 octobre 2007 modifié relatif aux redevances d'utilisation des fréquences radioélectriques dues par les titulaires d'autorisations délivrées par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;
- 2- L'arrêté du 14 juin 2011 relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 800 MHz et 2,6 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un système mobile terrestre ;
- 3- L'arrêté du 14 juin 2011 homologuant la décision n° 2011-0597 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes du 31 mai 2011 fixant les conditions d'utilisation des fréquences radioélectriques pour les systèmes de Terre permettant de fournir des services de communications électroniques dans la bande de fréquences 2 500-2 690 MHz en France métropolitaine ;
- 4- L'arrêté du 14 juin 2011 homologuant la décision n° 2011-0599 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes du 31 mai 2011 fixant les conditions d'utilisation des fréquences radioélectriques pour des systèmes de Terre permettant de fournir des services de communications électroniques dans la bande de fréquences 790-862 MHz en France métropolitaine.

Sommaire

I. <u>Rappel du contexte réglementaire</u>	p.2
II. <u>Les effets néfastes sur la concurrence du cadre réglementaire examiné.</u>	p.3
A. <u>Le caractère <i>de facto</i> obligatoire de l'engagement d'accueil des MVNO</u>	p.3
B. <u>L'effet anticoncurrentiel du dispositif contesté</u>	p.5
1. <u><i>Les distorsions de concurrence au bénéfice des opérateurs communautaires</i></u>	p.5
2. <u><i>Les distorsions de concurrence au bénéfice des opérateurs non-communautaires</i></u>	p.7

Le SYNDICAT CFE-CGC FRANCE TELECOM – ORANGE et le SYNDICAT NATIONAL DES TELECOMS SNT-CGC sollicitent par la présente l'avis de l'Autorité de concurrence, sur le fondement de l'article L.462-1 du Code de commerce, concernant l'appel à candidatures pour l'attribution des fréquences radioélectriques dites de « quatrième génération ».

En effet, outre que les syndicats ont saisi le Conseil d'Etat d'un recours pour excès de pouvoir contre les textes susvisés le 16 juillet dernier (recours actuellement pendant devant le Conseil d'Etat), ils souhaitent que l'Autorité rende un avis sur les effets anticoncurrentiels que ces textes ne manqueront pas de générer.

En effet, les syndicats estiment que le cadre réglementaire instauré par les textes susvisés engendre des distorsions de concurrence majeures.

I. Rappel du cadre réglementaire

Le 14 juin 2011, un décret et trois arrêtés ont été promulgués par le ministre chargé de l'économie numérique organisant ainsi l'attribution des licences de téléphonie mobile à très haut débit, dite de quatrième génération (4G), qui utilisent les bandes de fréquences de 800 MHz et 2,6 GHz.

Ces textes ont respectivement fixé les redevances dues pour l'utilisation de ces fréquences, les conditions d'attribution des autorisations d'utilisation de fréquences du très haut débit mobile et les conditions techniques d'utilisation de ces fréquences.

Ces textes mettent ainsi en place une procédure globale d'attribution des autorisations d'utilisation de fréquences pour le déploiement des réseaux de téléphonie mobile 4G.

La demande des syndicats porte sur le cadre réglementaire instauré par les arrêtés du 14 juin 2011 ainsi que par le décret n° 2011-659 du 14 juin 2011.

Pour déterminer les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences, le ministre a repris, sans aucune modification ni réserve, les propositions formulées par l'ARCEP :

- dans un premier arrêté du 14 juin 2011 concernant la bande 800 MHz, dans la décision n° 2011-0600 du 31 mai 2011 et son annexe¹ ;
- dans un second arrêté du 14 juin 2011 spécifique à la bande 2,6 GHz, dans la décision n° 2011-0598 du même jour et son annexe².

Dans un troisième arrêté du 14 juin 2011, le ministre chargé de l'économie numérique a homologué la décision n° 2011-0599 de l'ARCEP du 31 mai 2011 fixant les conditions d'utilisation des fréquences de la bande 800 MHz, au respect desquelles est soumis tout titulaire d'autorisation dans cette bande.

¹ NOR : ARTL1115340S ; JORF du 15 juin 2011, texte 95 sur 155 ; sur le site de l'ARCEP : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/11-0600.pdf

² NOR : ARTL1115339S ; JORF du 15 juin 2011, texte 93 sur 155 ; sur le site de l'ARCEP : http://www.arcep.fr/uploads/tx_gsavis/11-0598.pdf

Enfin, le décret n° 2011-659 du 14 juin 2011³, quant à lui, a déterminé la redevance due par les opérateurs de réseaux mobiles au titre de l'utilisation des fréquences des bandes 800 MHz et 2,6 GHz.

Ce décret modifie le décret n° 2007-1532 du 24 octobre 2007 modifié relatif aux redevances d'utilisation des fréquences radioélectriques dues par les titulaires d'autorisations délivrées par l'ARCEP.

Outre une part variable versée annuellement, égale à 1 % du chiffre d'affaires, cette redevance se compose d'une part fixe correspondant au montant que le titulaire de l'autorisation s'engage à verser lors de la procédure de sélection, exigible dès l'attribution de l'autorisation.

Ce décret et les arrêtés précités du 14 juin 2011 constituent le dispositif sur lequel les saisissants souhaitent obtenir l'avis de l'Autorité de la concurrence.

II. Les effets néfastes sur la concurrence du cadre réglementaire examiné

Si, à première vue le cadre réglementaire ainsi instauré pourrait sembler pro-concurrentiel, il génère en réalité des effets anticoncurrentiels substantiels et particulièrement pervers.

A. Le caractère *de facto* obligatoire de l'engagement d'accueil des MVNO

Les décisions de l'ARCEP n°2011-0598 et n°2011-0600 indiquent que les candidats à la procédure d'attribution des fréquences « 4G » sont invités, lors de la constitution de leur dossier, à souscrire un engagement d'accueil des opérateurs mobiles virtuels (MVNO).

L'ARCEP indique en ce sens que :

« Dans cette perspective, afin de contribuer au développement des MVNO, les procédures d'attributions de fréquences pour le très haut débit mobile incluent un dispositif incitatif, de nature à encourager les candidats à offrir des conditions d'accueil favorables aux MVNO »⁴.

Bien que les textes laissent, sur le papier, le choix à l'opérateur de prendre ou non cet engagement, dans les faits les opérateurs qui choisiraient de ne pas souscrire à l'engagement relatif à l'accueil des MVNO se verraient *de facto* écartés de l'attribution des fréquences « 4G ».

L'arrêté du 14 juin 2011⁵ a fixé la procédure d'attribution des licences 4G en adoptant les propositions faites par l'ARCEP à l'annexe à chacune de ses deux décisions du 31 mai 2011 : décision n° 2011-0600 pour la bande 800 MHz et décision n° 2011-0598 pour la bande 2,6 GHz.

Pour la bande 800 MHz, l'annexe à la décision de l'ARCEP n° 2011-0600 indique, à la rubrique « *Notation des offres des candidats* » :

³ NOR : INDI1114794D

⁴ Décision n°2011-0600, ARCEP, 31 mai 2011 ; §5.2.3, p.15

⁵NOR : INDI1114796A

« Pour chaque lot de fréquences auquel postule un candidat, une note est attribuée à son offre, en prenant en compte les paramètres liés aux trois critères de sélection que sont :

- M_{FIN} : le montant financier en euros proposé par le candidat pour ce lot de fréquences ;
- C_{MVNO} : le coefficient lié à l'engagement d'accueil des MVNO ;
- C_{AIT} : le coefficient lié à l'engagement d'aménagement du territoire.

La note obtenue par le candidat pour son offre sur ce lot est égale à la multiplication de ces trois paramètres, à savoir :

$$Note = M_{FIN} \times C_{MVNO} \times C_{AIT} \text{ »}^6.$$

Censé prendre en compte l'objectif de concurrence sur le marché mobile, le coefficient multiplicateur C_{MVNO} est égal :

- à 1 si le candidat ne souscrit pas à un engagement d'accueil des MVNO (opérateurs mobiles virtuels) sur les fréquences auxquelles il candidate ;
- à $1+1/n$ s'il souscrit à cet engagement, où « n » est nécessairement compris entre 1 et 3⁷.

De la même façon, pour la bande 2,6 GHz, la notation des offres repose sur la formule suivante :

« Pour chaque quantité de fréquences à laquelle postule un candidat, une note est attribuée à son offre, en prenant en compte les paramètres liés aux deux critères de sélection que sont :

- M_{FIN} : le montant financier en euros proposé par le candidat pour cette quantité de fréquences ;
- C_{MVNO} : le coefficient lié à l'engagement d'accueil des MVNO.

La note obtenue par le candidat pour son offre sur cette quantité de fréquences est égale à la multiplication de ces deux paramètres, à savoir :

$$Note = M_{FIN} \times C_{MVNO} \text{ »}^8.$$

En réalité, il ne fait aucun doute que tous les candidats souscriront à l'engagement proposé par l'ARCEP en ce qui concerne l'accueil des MVNO.

Il s'agit en effet d'une condition *sine qua non* pour se voir attribuer les lots convoités, condition sur laquelle les candidats ne pourront donc pas se permettre de faire l'impasse.

⁶ Décision n° 2011-0600, ARCEP, Annexe, document 2 relatif aux « modalités de la procédure d'attribution des fréquences », § 4.1, p.49

⁷ Le coefficient « n » représente le nombre de multiples de 5 MHz auquel correspond l'offre du candidat, sachant que cette offre doit porter au minimum sur un bloc de 5 MHz et au maximum sur 15 MHz en cumulant plusieurs blocs : cf §3 du document II de l'annexe à la décision n° 2011-0600 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

⁸ Décision n° 2011-0598, ARCEP, Annexe, Document II relatif aux « modalités de la procédure d'attribution des fréquences », § 4.1, p.49.

Il est en effet économiquement impossible pour un opérateur de rivaliser avec ses concurrents s'il refuse de souscrire à l'engagement d'accueillir des opérateurs MVNO.

En effet, à titre d'exemple dans l'hypothèse d'une offre d'un milliard d'euros déposée par un opérateur candidat pour 15 MHz avec engagement d'accueil des MVNO et engagement de l'aménagement du territoire, un candidat qui ne souhaiterait pas prendre l'engagement d'accueil des MVNO doit, s'il souhaite être en mesure d'être sélectionné, soumettre une offre d'au minimum 1,333 milliard d'euros, soit une offre supérieure d'au moins 333 millions d'euros par rapport à celle du candidat concurrent.

Pire encore, toujours dans la même hypothèse, si l'opérateur ne souhaite souscrire ni à l'engagement d'accueil de MVNO ni l'engagement d'aménagement du territoire, son offre devra alors s'élever au minimum à 1,777 milliard d'euros et donc être supérieure d'au moins 777 millions d'euros par rapport à celle du candidat concurrent.

En conclusion, c'est un faux choix qui est proposé aux opérateurs candidats. Or, cette obligation va induire des distorsions de concurrence majeures.

B. L'effet anticoncurrentiel du dispositif contesté

Cet engagement d'accueil des MVNO va générer des distorsions de concurrence au détriment des opérateurs sélectionnés, à la fois, au bénéfice des opérateurs communautaires, mais également au bénéfice des opérateurs non-communautaires.

1. Les distorsions de concurrence au bénéfice des opérateurs communautaires

En l'absence d'existence d'un véritable marché européen, le cadre réglementaire instauré par les textes susvisés induit, d'une part, une incertitude économique, et d'autre part, une distorsion de concurrence au détriment des opérateurs 4G sélectionnés en France.

Pour avoir une chance d'être sélectionnés, les opérateurs devront donc nécessairement souscrire à l'engagement d'accueil des MVNO prévu par les deux décisions de l'ARCEP homologuées par le ministre. De ce fait, le ministre a fait passer l'accueil des MVNO du champ contractuel au champ réglementaire le rendant, *de facto*, obligatoire pour tous les opérateurs sélectionnés sans en mesurer les conséquences.

Cette obligation constitue un critère d'attribution des autorisations d'utilisation de fréquences et se traduit par diverses prescriptions inscrites dans les autorisations qui seront opposables à leur titulaire.

Or, cette obligation entraînera de lourdes charges pour les opérateurs sélectionnés afin de permettre aux MVNO d'accéder à leur réseau.

Les opérateurs sélectionnés sont par ailleurs soumis également à de lourdes obligations en termes de fixation de leurs tarifs par des règlements communautaires élaborés sans référence aux coûts qu'ils supportent.

C'est ainsi qu'en termes de *roaming*⁹ européen, en application du règlement CE n°717/2007 du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communication mobile à l'intérieur de la Communauté, l'Union européenne définit l'« eurotarif » qu'un fournisseur d'origine peut percevoir de ses abonnés itinérants pour la fourniture d'un appel en itinérance réglementé.

De même, en termes de tarification des SMS, en application du Règlement (CE) n°544/2009 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 modifiant le Règlement (CE) n°717/2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté, les opérateurs ne peuvent pratiquer une tarification supérieure à l'« eurotarif ».

Il résultera, de fait, une double distorsion de concurrence au bénéfice des opérateurs des autres Etats membres.

En effet, les opérateurs européens pourront venir concurrencer frontalement les titulaires d'autorisation 4G sur le marché français, sans avoir à supporter les mêmes charges financières, en bénéficiant, soit du statut de MVNO, soit des tarifs d'itinérance internationale imposés au niveau communautaire sans rapport avec les charges réellement supportées par les opérateurs sélectionnés.

Ainsi, un opérateur mobile présent dans un pays de l'Union européenne dans lequel les fréquences mobiles ont été allouées à faible prix pourra, grâce au dispositif créé par les textes susvisés combiné avec les « eurotarifs » fixés sans référence avec les coûts réellement supportés par les opérateurs sélectionnés, être commercialement présent en France et concurrencer les opérateurs sélectionnés en bénéficiant tout à la fois de l'« eurotarif » et du statut de MVNO imposé *de facto* à ces derniers par le processus de sélection.

Par conséquent, le ticket d'entrée à payer par un opérateur mobile d'un petit pays sera substantiellement inférieur à celui supporté par les opérateurs sélectionnés. Or, ce faible ticket d'entrée permettra aux opérateurs mobiles d'autres Etats membre de l'Union européenne de développer une présence commerciale en France sous couvert du statut de MVNO tout en bénéficiant de tarifs de gros imposés par les règlements communautaires sans relation aucune avec le montant de la redevance payée par les opérateurs 4G sélectionnés en France.

Même si l'Autorité a, dans son avis n°08-A-16 du 30 juillet 2008 relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur le marché français de la téléphonie mobile, considéré que l'existence de MVNO sur le marché constitue un facteur d'animation de la concurrence, en l'espèce, l'obligation d'accueil des MVNO qui s'imposera aux opérateurs sélectionnés sans aucun garde-fous aura des effets anticoncurrentiels supérieurs au bénéfice qui résultera de l'entrée de ces nouveaux acteurs sur le marché.

Afin d'éviter un tel dévoiement du statut de MVNO que les opérateurs sélectionnés seront contraints d'accorder à tout opérateur qui en fait la demande sans aucune exigence de réciprocité, le ministre aurait dû prévoir des garde-fous afin d'éviter que ce statut ne puisse servir de cheval de Troie aux opérateurs d'Etats membres de l'Union européenne qui supportent de faibles contraintes notamment en termes de montant de redevance pour l'utilisation des fréquences pour entrer sur le marché français dans des conditions de concurrence déloyales.

⁹ En pratique, le *roaming* désigne plus généralement la capacité des clients à accéder à leurs services de téléphonie mobile depuis des réseaux ou pays étrangers

2. Les distorsions de concurrence au bénéfice des opérateurs non-communautaires

L'engagement d'accueil des MVNO, auquel doivent souscrire les titulaires d'autorisations sur le marché français, ne prévoit pas de réciprocité. Cette situation permettra à des opérateurs non-communautaires de bénéficier sans contrepartie de la qualité de MVNO et de pratiquer des prix prédateurs.

En d'autres termes, un opérateur non-communautaire pourra devenir MVNO sur le marché français sans être nécessairement tenu d'accueillir l'opérateur hôte sur son marché d'origine.

Grâce aux droits très larges dont bénéficieront les MVNO sollicitant d'être hébergés sur le réseau des opérateurs sélectionnés en application du dispositif mis en place par les textes susvisés, ce mécanisme permettra aux opérateurs non communautaires de proposer sur le marché français des offres tarifaires prédatrices :

- Lorsque le client du MVNO se trouvera en France, au titre des appels internationaux pour les appels émis entre la France et le pays d'origine du propriétaire du MVNO ;
- Lorsque le client du MVNO se trouvera dans le pays d'origine du propriétaire du MVNO, pour les appels en roaming qui pourront être fournis par le MVNO à un prix nul pour le client (en cas d'appels entrants) et à un tarif local identique à celui pratiqué dans le cadre de son activité domestique pour ses clients domestiques (en cas d'appels sortants).

Les opérateurs sélectionnés ne pourront pas s'aligner sur ces offres compte tenu des contraintes liées à l'engagement d'accueil des MVNO et de l'absence de réciprocité dans l'engagement d'accueil des MVNO.

Ces obligations nouvelles sur les MVNO entraîneront de surcroît une modification de la structure des revenus des opérateurs 4G français liés au marché du *roaming* et au marché des communications internationales.

Afin de remédier aux conséquences néfastes de l'obligation d'accueil des MVNO, le ministre aurait dû charger l'ARCEP de contrôler la cohérence des tarifs pratiqués par les MVNO pour leurs appels à destination de pays extracommunautaires avec les coûts supportés par un opérateur efficace.

En effet, en procédant à l'homologation des tarifs à l'international des MVNO et des tarification de *roaming* pratiqués par les opérateurs non-européens qui bénéficieront de l'obligation d'accueil souscrite par les opérateurs nationaux, l'ARCEP serait en mesure de vérifier l'existence ou non d'une distorsion de concurrence au détriment des opérateurs hôtes et, le cas échéant, de retirer le bénéfice résultant de l'obligation d'accueil des MVNO à ceux des MVNO qui se livreraient à une pratique anticoncurrentielle.

En conséquence, le dispositif instauré par le décret et les arrêtés du 14 juin 2011 aura pour effet de créer un avantage pour les opérateurs étrangers, et en particulier les opérateurs non européens, au détriment des opérateurs titulaires des autorisations d'utilisation de fréquences. Cet effet pervers permettra aux opérateurs étrangers de capter une partie non négligeable du marché français du très haut débit mobile, créant ainsi une distorsion de concurrence illicite au détriment des titulaires d'autorisation.

C'est la raison pour laquelle les syndicats sollicitent l'avis de l'Autorité de la concurrence sur les effets de cadre réglementaire sur la concurrence sur le marché mobile français.

Fait à Paris, le 14 septembre 2011

Anne-Laure-Hélène des Ylouses
Anne-Solène Gay

Pour l'une d'elles

