

CONTRIBUTION DE BOUYGUES TELECOM A LA CONSULTATION PUBLIQUE DE L'ARCEP RELATIVE A LA PROLONGATION DE DEUX ANS DU CONTRAT D'ITINERANCE ENTRE FREE MOBILE ET ORANGE

Le 3 avril 2020 l'Arcep a informé les acteurs du marché de l'examen d'un avenant prolongeant de deux ans le contrat d'itinérance entre Free Mobile et Orange.

Bouygues Telecom s'oppose vigoureusement à la prolongation de ce contrat dont l'Autorité devrait exiger l'annulation pour les raisons suivantes :

- L'itinérance a été conçue dès l'origine comme **une mesure transitoire** avec pour seul objectif de permettre au nouvel entrant de compenser son entrée tardive sur le marché. Elle devait uniquement servir à compléter **temporairement** la couverture de Free Mobile, pour lui permettre de lancer son service, tout en l'incitant à déployer son propre réseau. La nouvelle prolongation envisagée, en étendant à **douze ans** la durée de l'itinérance, dévoierait ce contrat de son rôle initial, qui n'aurait dès lors plus rien de transitoire. En Europe, aucun opérateur entrant sur le marché mobile n'a bénéficié d'une itinérance aussi longue, la durée moyenne des contrats se situant entre 4 et 6 ans.
- En 2016, lors de la première prolongation du contrat conclu par Orange et Free Mobile, l'Arcep a rappelé qu'une **itinérance nationale illimitée n'était pas acceptable**, et n'a validé l'avenant qui lui été notifié que parce qu'il organisait une extinction définitive et complète de cet accord au 31 décembre 2020. Cette circonstance a ensuite été reprise par le Conseil d'Etat pour motiver le rejet en 2017 du recours introduit par Bouygues Telecom. En acceptant un second avenant prolongeant l'accord au-delà de 2020, et sauf à démontrer que des circonstances de droit ou de fait le justifient, **l'Autorité contredirait donc le raisonnement tenu en 2016 à la fois par elle et par le Conseil d'Etat.**
- L'itinérance de Free Mobile sur le réseau d'Orange avait pour objectif de compenser les avantages concurrentiels dont disposaient, à l'époque de son entrée sur le marché, les trois opérateurs existants. Aujourd'hui, au regard des changements intervenus dans le secteur, notamment depuis 2016, il n'existe plus d'asymétrie concurrentielle telle que l'accord d'itinérance devrait être maintenue :
 - Free Mobile ne peut plus être qualifiée de nouvel entrant sur le marché de la téléphonie mobile. Elle dispose aujourd'hui d'un réseau largement comparable à celui de ses concurrents, [SDA] donc tout à fait suffisant pour lui permettre d'exercer une vive concurrence. **Elle a d'ailleurs dépassé tous les seuils de couverture au-delà desquels l'Arcep, comme l'Adlc, ont estimé qu'il n'était plus légitime de maintenir l'itinérance.**
 - Free Mobile a mis en place depuis 2016 **des partenariats importants lui garantissant un développement rapide de son réseau.** Elle s'est ainsi associée, dans le cadre d'un contrat de RAN sharing, à ses trois concurrents pour déployer, dans les zones visées par le dispositif de couverture ciblée, des infrastructures en partage actif. Elle a conclu avec Orange un contrat de co-construction de sites en zone de déploiement prioritaire. Elle a également noué avec Cellnex un partenariat stratégique qui lui assure le déploiement de 4 500 sites supplémentaires dans les prochaines années. Enfin, elle dispose de plusieurs milliers de sites disponibles chez les TowerCo actives en France, qui ont vu leur compétitivité progresser grâce aux opérations qu'elles ont réalisées avec les opérateurs.
- Si l'Arcep validait ce renouvellement, elle prendrait le risque de déstabiliser durablement les marchés de la téléphonie mobile en pénalisant Bouygues Telecom et SFR. [SDA].

1. Rappel du contexte et du cadre réglementaire de l'itinérance

Afin de permettre l'entrée sur le marché d'un quatrième opérateur de téléphonie mobile, le régulateur a, au début des années 2000, défini un cadre juridique permettant de garantir l'exercice d'une concurrence effective et équilibrée entre les différents opérateurs, dans le respect du principe de concurrence par les infrastructures.

Il était notamment prévu qu'un nouvel entrant, qui ne serait pas titulaire d'une autorisation 2G, aurait la possibilité de bénéficier provisoirement d'un accord d'itinérance 2G sur les réseaux 2G/3G des opérateurs existants¹. Mais, pour l'inciter à déployer son réseau 3G en propre, cette prestation d'itinérance :

- devrait cesser au bout de 6 ans à compter de l'attribution de la quatrième autorisation 3G « *voire plus tôt, si le réseau de l'opérateur nouvel entrant couvre plus de 95% de la population métropolitaine* »,
- ne devrait pas être « *utilisée par les opérateurs 3G ne disposant pas d'une autorisation GSM pour compléter leur couverture dans des zones géographiques qu'ils n'envisagent pas de couvrir à terme* »².

C'est au regard de ces principes que Free Mobile a été autorisée, en janvier 2010, à déployer un réseau 3G³ sur le territoire métropolitain et à bénéficier d'une itinérance 2G provisoire sur le réseau des opérateurs existants.

Cette mesure était, à l'époque, justifiée par la nécessité de lui permettre de compenser son handicap initial de couverture et de concurrencer efficacement les opérateurs déjà installés⁴.

Ainsi, l'itinérance a été conçue dès l'origine comme une mesure transitoire avec pour seul objectif de permettre au nouvel entrant de compenser son entrée tardive sur le marché pour animer la concurrence⁵. Elle devait ainsi uniquement servir à compléter sa couverture temporairement, pour lui permettre de lancer son service, tout en l'incitant à déployer son propre réseau.

i. La conclusion du contrat d'itinérance de Free Mobile sur le réseau d'Orange

Le 2 mars 2011, Free Mobile a conclu avec Orange, un accord d'itinérance nationale **2G/3G** allant au-delà des prévisions du régulateur⁶.

Cet accord avait les caractéristiques suivantes :

- il a été conclu pour une durée longue, jusqu'en 2018 avec une possibilité de sortie en 2016. En outre cet accord pouvait être partiellement ou totalement renouvelé ;
- il portait sur la 2G, mais également sur la 3G ;

¹ Ces mesures ont été inscrites dans les autorisations 2G/3G d'Orange, de SFR et de Bouygues Telecom.

² Décision n° 00-835 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 28 juillet 2000 proposant au ministre chargé des télécommunications les modalités et les conditions d'attribution des autorisations pour l'introduction en France métropolitaine des systèmes mobiles de troisième génération.

³ Décision de l'ARCEP n°2010-0043 en date du 12 janvier 2010 autorisant la société Free à utiliser des fréquences pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public.

⁴ Décision n° 2009-0610 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 16 juillet 2009 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'une autorisation d'utilisation de fréquences dans la bande 2,1 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un système mobile de troisième génération.

⁵ Conseil d'Etat 12 octobre 2010, *Société Bouygues Telecom*, req. 332393, au recueil.

⁶ Communiqué de presse d'Iliad du 3 mars 2011 et communiqué de l'ARCEP du même jour.

- il s'étendait sur l'ensemble du territoire métropolitain et aucune extinction progressive de la prestation d'itinérance 2G ou 3G n'était prévue à partir du moment où une zone géographique pertinente serait couverte par Free Mobile ;
- il a été conclu avec Orange, l'opérateur le plus puissant du marché.

Dans son avis du 11 mars 2013⁷, l'Autorité de la concurrence (« Adlc ») a souligné les risques concurrentiels d'un tel accord⁸, ces risques étant d'autant plus grands que l'itinérance « *concerne des zones étendues du territoire, qu'elle est utilisée de manière intense, qu'elle est appliquée de manière durable et que l'opérateur d'accueil est un acteur important du marché* »⁹.

Pour y remédier, l'Autorité de la concurrence a recommandé¹⁰ :

- une **extinction de l'itinérance 3G** à une échéance raisonnable, soit en **2016 ou 2018** ;
- la mise en place, à l'intérieur de cet espace-temps, **d'un calendrier d'extinction progressive de l'itinérance 3G**, avec la possibilité d'une **extinction de l'itinérance par plaque géographique** (« LAC ») ;
- **l'extinction de l'itinérance 2G en 2016**, ou « *si elle devait être maintenue au-delà du droit qui est accordé jusqu'en 2016, [sa limitation] aux seuls clients disposant de terminaux 2G exclusifs, que Free ne peut techniquement accueillir sur son réseau* ».

Selon l'Autorité de la concurrence, l'itinérance ne devait pas perdurer après 2018, date à laquelle Free Mobile **couvrirait 90 %** de la population, et aurait déployé **au moins 10 000 sites**.

ii. La prolongation de l'accord d'itinérance

En 2015, deux événements sont intervenus sur la question de l'itinérance :

- **la loi du 6 août 2015** qui a introduit de nouvelles dispositions, à l'article L. 34-8-1-1 du code des postes et des communications électroniques (« CPCE »), donnant compétence à l'Arcep pour modifier les conventions d'itinérance déjà conclues en précisant leur périmètre géographique, leur durée ou les conditions de leur extinction ;
- **l'arrêt du Conseil d'Etat du 9 octobre 2015**¹¹ qui a estimé que l'Arcep était compétente pour analyser cet accord d'itinérance.

À la suite de ces évolutions, l'Arcep a publié le 25 mai 2016 des lignes directrices visant à donner aux acteurs de la visibilité sur les accords de partage de réseaux mobiles et livrer sa grille d'analyse de ces accords de partage¹².

L'Arcep rappelait que l'itinérance est une modalité de partage par nature asymétrique, qui doit être *a priori* cantonnée car elle se heurte aux objectifs de la régulation, fondés sur l'investissement, l'innovation, la concurrence par les infrastructures et la concurrence effective et loyale au bénéfice des utilisateurs.

⁷ Avis ADLC n° 13-A-08 du 11 mars 2013.

⁸ L'Avis du 11 mars 2013 mentionne notamment les effets suivants : adoption par l'opérateur accueilli d'une **stratégie de déploiement opportuniste, attentiste, sous-dimensionné, incomplet** et/ou de **moindre qualité** (para. 149, 151, 152, 160, 162,163, 209, 211, 226) ; **limitation des dépenses d'acquisition de fréquences** (para. 162 et 163) ; **renforcement des parties** à l'accord et **dégradation relative de la compétitivité des autres opérateurs** (para. 178-179, 193, 194) ; **limitation de la capacité de différenciation** et **échanges d'informations sensibles** entre les parties à l'accord (para. 166, 189).

⁹ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 13-A-08 du 11 mars 2013, §195.

¹⁰ Ibid, §228 et suivants.

¹¹ Conseil d'Etat 9 Octobre 2015.

¹² Cette publication a été précédée d'un projet de Lignes Directrices publié en janvier 2016.

L'Arcep insistait en conséquence, conformément aux préconisations de l'Autorité de la concurrence, sur la nécessité d'encadrer l'itinérance pour préserver l'objectif poursuivi – parvenir à l'arrivée rapide d'un quatrième opérateur de réseau autonome : « *l'itinérance ne peut qu'être transitoire ou limitée en termes de périmètre, compte tenu en particulier des effets désincitatifs à l'investissement qu'elle pourrait sinon produire* »¹³.

En juin 2016, Orange et Free Mobile ont conclu un avenant à leur accord visant à prolonger l'itinérance de Free Mobile **sur l'ensemble du territoire national pour quatre années supplémentaires, soit jusqu'au 31 décembre 2020**. En outre, cet avenant organisait des modalités d'extinction de l'itinérance par limitation progressive des débits, c'est-à-dire pour le seul service de données mobiles, et non par plaque géographique pour l'ensemble des services.

Cette limitation a été instaurée en plusieurs étapes limitant progressivement le flux de données en débit descendant des abonnés Free Mobile : au 1^{er} janvier 2017, ces flux atteignaient 1 Mbits/s ; au 1^{er} janvier 2019 ils étaient limités à 768 Kbits, puis au 1^{er} janvier 2020, ils ne pouvaient dépasser 384 Kbits/s. Comme indiqué, cette restriction ne s'appliquait qu'aux usages data et non au service voix qui n'était concerné par aucune limitation.

Comme exposé dans son communiqué de presse du 15 juin 2016, l'Arcep a estimé qu'il n'était pas nécessaire de demander à Free Mobile et Orange de modifier cet avenant de prolongation, consistant à « *organi[ser] l'extinction graduelle des prestations d'itinérance* ». Elle a néanmoins considéré qu'une itinérance nationale illimitée n'était pas acceptable, et n'a validé l'avenant de prolongation de 2016 que parce qu'il organisait une extinction définitive et complète de cet accord au 31 décembre 2020.

Pourtant, l'Arcep a reçu le 24 février 2020, un nouvel avenant prolongeant l'accord d'itinérance de Free Mobile sur le réseau d'Orange de deux ans, jusqu'au 31 décembre 2022.

Cet avenant prévoit, pour la période 2020-2022 :

- le plafonnement des débits maxima montants et descendants atteignables par les clients de Free Mobile en itinérance à 384 kbits en 2021 et 2022, uniquement sur les usages data
- l'absence d'augmentation de la capacité des liens d'interconnexion entre le cœur de réseau de Free Mobile et celui d'Orange pour l'écoulement du trafic total en itinérance ;
- un mécanisme financier introduit en 2022 avec pour objectif d'inciter à la réduction du nombre de clients Free Mobile utilisant le Réseau 2G/3G d'Orange.

Ce nouvel avenant, qui prolonge l'itinérance pendant deux années supplémentaires sur l'ensemble du territoire, n'a aucune justification. Il contrevient frontalement aux principes essentiels posés par les Autorités en matière d'accord d'itinérance :

- il laisse perdurer cette itinérance nationale sur plus de 12 ans au total, ce qui excède largement tant les prévisions initiales que les préconisations de l'Autorité de la concurrence. Avec cette nouvelle prolongation, Free Mobile bénéficierait d'un accord d'itinérance d'une durée inégalée en Europe : la durée moyenne des contrats d'itinérance européen se situe entre 4 ans et 6 ans. Même si la durée du contrat d'itinérance conclu en Espagne excède cette moyenne européenne, elle reste très inférieure à la durée du contrat conclu entre Orange et FM¹⁴ ;
- [SDA]

Cette prolongation est tout à fait injustifiée au regard de l'évolution du secteur d'une part et, d'autre part, de la situation de Free Mobile.

¹³ Lignes directrices de l'Arcep relatives au partage de réseaux mobiles, publiée en mai 2016, p. 4.

¹⁴ L'itinérance de l'opérateur Yoigo sur le réseau de Telefonica a duré huit ans, prolongé un fois pour deux ans. Toutefois contrairement à l'itinérance de FM sur le réseau d'Orange l'accord de partage dont a bénéficié Yoigo était aux zones non couvertes par son réseau 2G/3G.

2. Les changements intervenus dans le secteur depuis 2016 rendent illégitime une nouvelle prolongation

Comme évoqué ci-dessus, l'itinérance de Free Mobile sur le réseau d'Orange a été organisée en 2011, puis renouvelée en 2016 pour quatre ans, pour compenser les avantages concurrentiels dont disposaient les trois opérateurs existants vis-à-vis d'un nouvel entrant compte tenu des réseaux mobiles qu'ils avaient déjà pu constituer et des positions ainsi acquises sur le marché de la téléphonie mobile.

Or, les changements intervenus dans le secteur **depuis 2016** rendent la prolongation de cet accord au-delà du 31 décembre 2020 particulièrement illégitime. Après huit ans d'activité Free Mobile n'a plus rien d'un nouvel entrant et **dispose désormais d'un réseau comparable** à celui des autres opérateurs, grâce auquel elle a acquis une position solide sur le marché de la téléphonie mobile (2.1). Les conditions dans lesquelles Free Mobile déploie son réseau ont également considérablement évoluées au cours des dernières années, si bien qu'elle dispose aujourd'hui d'outils puissants pour améliorer encore davantage sa couverture et sa capacité (2.2).

2.1. Free Mobile est devenue un acteur majeur du marché de la téléphonie et dispose d'un réseau [SDA], comparable à celui de ses concurrents

Depuis le lancement de ses premières offres en 2012, il y a huit ans, Free Mobile est devenue un acteur incontournable de la téléphonie mobile qui n'a plus rien d'un nouvel entrant (2.1.1). Son réseau en propre est aujourd'hui comparable à celui des autres opérateurs si bien que la poursuite du contrat d'itinérance n'est pas du tout justifiée (2.1.2).

2.1.1. Free Mobile n'a plus rien d'un nouvel entrant

L'itinérance accordée à Free Mobile sur le réseau d'Orange avait pour objectif de lui permettre, dès son entrée sur le marché mobile, de concurrencer efficacement les trois autres opérateurs en compensant son déficit de couverture, le temps pour elle de déployer son propre réseau et de constituer une position durable dans le secteur. Force est de constater qu'après huit ans d'exercice, cet objectif a largement été atteint.

[SDA]

Signe de sa maturité, Free Mobile a également fait évoluer sa stratégie commerciale : après un positionnement axé sur la conquête de parts de marché avec des offres à faible valeur ajoutée, elle met aujourd'hui l'accent sur la montée en gamme de sa base clients. Partant, l'ARPU qu'elle a facturé à ses abonnés a augmenté de 9,2 % de 2018 à 2019 (+ 11 % sur les seules offres 4G)¹⁵. En définitive, l'enjeu commercial pour Free Mobile n'est plus aujourd'hui celui d'un nouvel entrant qui cherche systématiquement à faire du volume. Elle agit au contraire comme un opérateur durablement installé sur le marché et qui vise davantage à accroître les revenus qu'il tire de son parc de clients. Au-delà de sa part de marché, cette orientation commerciale est la preuve, s'il en était besoin, que Free Mobile est devenue un acteur pérenne de la téléphonie mobile.

Preuve encore de cette évolution, Free a manifesté le souhait de se développer sur le marché entreprise dès la fin de l'année 2020 :

« on a l'ambition quand on aura une couverture fibre un peu plus importante et que l'on sera à peu près autonome c'est-à-dire libéré de l'itinérance Orange sur le mobile, d'attaquer le marché des entreprises au sens plus large où il y a un vrai déficit »¹⁶.

¹⁵ Communiqué de presse du groupe Iliad du 17 mars 2020.

¹⁶ UniversFreebox, 11 juin 2018.

Free est donc un acteur à part entière qui n'a plus besoin de l'itinérance.

2.1.2. Free Mobile dispose aujourd'hui d'un réseau important qui ne justifie plus le recours à l'itinérance

Comme rappelé ci-dessus, l'enjeu de l'accord d'itinérance était de garantir à Free Mobile l'accès à un réseau lui permettant, dès son entrée sur le marché, de concurrencer efficacement les trois autres opérateurs. Cet accord devait prendre fin sitôt que Free Mobile disposerait d'un réseau suffisamment important pour exercer, de manière autonome et par ses propres mérites, une concurrence effective.

Du reste, le Conseil d'Etat observait dès 2010 que s'il peut être justifié de mettre en œuvre des mesures susceptibles de permettre à un nouvel opérateur d'entrer sur le marché de la téléphonie mobile, **celles-ci ne doivent pas dépasser ce qui est nécessaire pour tenir compte de la différence de situation avec les opérateurs concurrents**¹⁷. Or, comme on le verra ci-après, il n'existe plus aujourd'hui de réelle différence entre la situation de Free Mobile et celle de ses concurrents, qui ferait obstacle à son développement, si bien qu'il n'est pas justifié de prolonger l'accord d'itinérance.

i. S'agissant de la 3G

Free Mobile s'est engagée, dans le cadre de la procédure d'attribution des licences 3G, à couvrir 90 % de la population en 3G¹⁸. Ce seuil de 90 % constitue ainsi une couverture de référence qui une fois atteinte ne justifie aucunement le maintien de l'itinérance. C'est d'ailleurs de cette manière que le présentait l'Arcep dans son avis n° 2012-1627¹⁹

L'ADLC a donc très justement repris, ce seuil de référence de 90 % de couverture de la population, dans son analyse des conditions d'extinction de l'accord d'itinérance 3G :

« selon les termes de sa licence, l'opérateur s'est engagé à couvrir, par son réseau propre, 75 % de la population dès 2015 et 90 % en 2018. Ce déploiement doit par ailleurs prendre en compte les obligations précises souscrites par Free en termes de qualité de service vis-à-vis de ses propres clients mais également d'accueil des MVNO sur son réseau. Le besoin d'une itinérance nationale doit donc logiquement disparaître si ces engagements sont respectés »²⁰ (soulignements ajoutés).

L'Adlc observait par ailleurs que pour couvrir 90 % de la population Free Mobile devrait déployer environ 10 000 sites²¹.

Or il ressort de l'examen du réseau en propre de Free Mobile que l'objectif de 10 000 sites est largement atteint, et même dépassé. Le réseau de Free Mobile, qui comptait 8 551 sites fin 2016, a **doublé au cours des quatre dernières années** et comprenait **plus de 17 300 sites** (en réalité 20183 sites autorisés en 3G selon l'observatoire de l'ANFR au 1^{er} avril 2020) en métropole au début de l'année 2020. Selon Iliad, ce réseau lui permet de couvrir **plus de 97,7 % de la population en 3G et 95,7 % de la population en 4G**²² et **dépasse donc de loin l'objectif de couverture de 90 % de la population.**

ii. S'agissant de la 2G

¹⁷ Conseil d'Etat, 12 octobre 2010, *Société Bouygues Telecom*, req. 332393, au recueil.

¹⁸ Décision n° 2010-0043 en date du 12 janvier 2010 autorisant la société Free Mobile à utiliser des fréquences pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public.

²⁰ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 13-a-08 précité, § 228.

²¹ Ibid, § 221.

²² Communiqué de presse du groupe Iliad du 17 mars 2020.

A propos de l'itinérance 2G, l'Arcep observait dans son avis n° 12-1627 précité qu'il était probable que Free Mobile en ait besoin tant que le parc de terminaux 2G serait d'ampleur significative²³.

Dans son avis n°13-A-08, l'Adlc considérait également que la durée de l'accord d'itinérance 2G était subordonnée :

« à l'évolution du marché de détail, et à la proportion de terminaux 2G qui seraient toujours en service dans le parc de Free en 2016, date à laquelle l'opérateur ne pourra plus recourir de droit à une itinérance 2G. C'est à l'aune de cette évolution qu'il conviendra d'apprécier s'il est approprié de demander à Free de réaliser la migration de son parc avant les autres opérateurs, ou si une solution d'itinérance 2G encadrée est moins susceptible de fragiliser la dynamique concurrentielle ».

Aux termes des précédentes analyses de ces deux autorités, la prolongation de l'accord d'itinérance 2G ne peut donc être autorisée qu'à la condition que le parc de terminaux 2G soit, encore à ce jour, *d'ampleur significative*. Or il ressort des données collectées par Bouygues Telecom que la proportion de terminaux « 2G only » a fortement décru au cours des dernières années. Si ces terminaux représentaient encore [SDA] du parc de terminaux Bouygues Telecom en 2016, **leur part n'était plus que de [SDA] au premier trimestre 2020**. Il est évident qu'une telle proportion de terminaux 2G **ne saurait être qualifiée de significative**. On observera également que le prix de vente des terminaux 3G a largement chuté depuis 2016 si bien que Free Mobile peut opérer à moindre coût la migration de la part résiduelle de ses abonnés 2G. L'application des critères fixés par l'Arcep et l'Adlc devrait donc naturellement conduire au refus de renouvellement de l'itinérance 2G.

Une absence de refus serait d'autant moins compréhensible que les seuils de déploiements et de couverture en dessous desquels l'Arcep estimait nécessaire une itinérance 2G, ont été largement dépassés par Free Mobile. L'Autorité affirmait en effet dans sa décision précitée n°00-835 du 28 juillet 2000²⁴ puis dans son avis de décembre 2001, relatif aux modalités d'attribution des fréquences 3G²⁵, qu'une itinérance 2G ne serait plus utile dès lors que le nouvel entrant couvrirait 95 % de la population en 3G²⁶. Or, comme évoqué ci-dessus, Iliad affirme couvrir aujourd'hui **plus de 97,7 % de la population en 3G**. Dans son projet de lignes directrices relatives au partage de réseaux mobiles de janvier 2016, l'Autorité considérait par ailleurs qu'un réseau de 15 000 sites, soit celui de Bouygues Telecom à l'époque, était suffisant pour sortir de l'itinérance. Or, comme exposé ci-dessus, Free Mobile **dispose aujourd'hui de plus 17 300 sites**²⁷.

Au reste, si l'Arcep autorisait la prolongation de l'accord 2G alors même qu'il n'est plus justifié au regard de la taille du parc de terminaux, **elle risquerait d'inciter Free Mobile à maintenir un réseau sous-dimensionné** en lui garantissant « un filet de sécurité voix », comme l'avait relevé l'Adlc :

« [L'accord] ne doit pas limiter l'incitation de Free à déployer un réseau 3G et 4G dimensionné pour couvrir l'intégralité des besoins de ses clients et des éventuels MVNO qu'il accueillerait : le risque est en effet que le quatrième opérateur utilise l'itinérance 2G « en débordement »,

²³ Avis de l'Arcep n° 2012-1627 du 20 décembre 2012, p. 32.

²⁴ Décision n° 00-835 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 28 juillet 2000 proposant au ministre chargé des télécommunications les modalités et les conditions d'attribution des autorisations pour l'introduction en France métropolitaine des systèmes mobiles de troisième génération.

²⁵ Avis de l'Arcep relatif aux modalités et conditions d'attribution d'autorisations pour l'introduction en France métropolitaine des systèmes mobiles de troisième génération, p.6.

²⁶ Avis de l'Arcep relatif aux modalités et conditions d'attribution d'autorisations pour l'introduction en France métropolitaine des systèmes mobiles de troisième génération, p.6.

²⁷ Arcep, Projet de lignes directrices et analyse préliminaire des contrats existants, Document de travail soumis à consultation publique du 12 janvier 2016 au 23 février 2016, p.45.

c'est-à-dire lorsque son réseau a atteint sa limite de capacité, pour satisfaire les besoins en voix et en SMS des clients équipés en terminaux 3G, voire 4G »²⁸.

On notera par ailleurs que si Free Mobile doit aujourd'hui composer avec un reliquat de terminaux 2G, elle le doit à ses propres choix. Dès l'origine, Free Mobile a décidé de construire une part essentielle de son offre commerciale sur la 2G alors qu'elle ne disposait pas de fréquence pour l'opérer – l'offre à 2€, qui était le produit d'appel de Free Mobile à son lancement, était une offre quasi exclusivement voix, donc une offre 2G. **Free Mobile a ensuite choisi de maintenir une offre 2G sans avoir les ressources réseaux correspondantes.** Enfin, Free Mobile ne s'est pas donné les moyens de remporter un des quatre blocs de fréquences attribuées dans la bande 800 MHz en 2011. En d'autres termes Free Mobile a elle-même créé les conditions pouvant lui permettre de demander la prolongation de l'itinérance. En définitive **elle s'est placée dans la situation de pouvoir bénéficier d'un effet d'aubaine de régulation**, hypothèse sur laquelle l'Adlc avait appelé la vigilance du Gouvernement dès 2013 :

« l'itinérance ne saurait avoir pour objet de pallier les désavantages d'un opérateur qui ne se serait pas porté acquéreur ou qui ne se serait pas donné les moyens financiers d'acquérir suffisamment de fréquences lorsque ces ressources hertziennes sont proposées »²⁹.

En tout état de cause, et contrairement à ce qu'affirme Free Mobile, la 2G est une technologie aujourd'hui peu utilisée par les opérateurs. [SDA]. L'argument que tire Free Mobile d'un usage supposé important de la 2G par ses concurrents est donc totalement infondé et ne saurait justifier une nouvelle prolongation de son contrat d'itinérance.

2.1.3. En définitive Free Mobile est un opérateur largement comparable à ses concurrents

Il découle de ce qui précède que Free Mobile ne peut plus être qualifiée de nouvel entrant sur le marché de la téléphonie mobile, que son réseau est largement comparable à celui de ses concurrents et qu'en tout état de cause il est tout à fait suffisant pour lui permettre d'exercer une vive concurrence.

[SDA]

On notera au demeurant que la taille du réseau actuel de Free Mobile est équivalente à celle du réseau que possédait Bouygues Telecom en 2017. Or à cette époque, Bouygues Telecom a su faire face à la concurrence qu'exerçait sur elle Orange et SFR, dont les réseaux étaient plus importants, et sans qu'il lui soit besoin de recourir à un accord d'itinérance.

[SDA]

2.2. Free Mobile dispose aujourd'hui d'outils particulièrement puissants pour améliorer encore d'avantage la couverture et la capacité de son réseau

Comme on l'a vu précédemment, Free Mobile détient d'ores et déjà un réseau suffisant pour exercer une vive concurrence sur les autres opérateurs et qui ne justifie pas que soit maintenu son accueil en itinérance sur le réseau d'Orange.

Au-delà des sites existants, Free Mobile a par ailleurs à sa disposition une panoplie de dispositifs, récemment mise en place, pour intensifier le rythme de ses déploiements et consolider sa position : les mécanismes de partage prévus par le New Deal Mobile (2.2.1), l'accord de partage passif qu'elle a conclu avec Orange en 2019 (2.2.2) et le partenariat qu'elle a passé avec Cellnex (2.2.3). Ces outils, **qui n'existaient pas en 2016, rendent d'autant plus illégitime un maintien de l'itinérance.**

2.2.1. Les déploiements de Free Mobile seront favorisés par les mécanismes de partage de réseaux prévus par le New Deal Mobile

²⁸ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 13-A-08 précité, §242.

²⁹ Ibid, §203.

A la suite de l'accord conclu en janvier 2018 entre le Gouvernement, le régulateur et les quatre opérateurs mobiles, ces derniers ont vu leurs licences relatives aux fréquences 900, 1800 et 2100 MHz modifiées par décision de l'Arcep. Cette modification emportait l'ajout de nouveaux engagements portant notamment sur le déploiement de sites supplémentaires dans 5 000 zones réparties en deux sous-ensembles :

- un premier sous-ensemble (2 000) correspond aux zones géographiques les plus habitées dans lesquelles aucun opérateur n'offre de service de radiotéléphonie mobile avec un niveau de « bonne couverture ». Pour ces zones l'opérateur a l'obligation de mettre en œuvre, avec les autres titulaires d'autorisation, une solution de partage actif de type RAN sharing ;
- un second sous-ensemble (3 000) correspond aux lieux pour lesquels un besoin d'aménagement numérique du territoire a été identifié. Pour ces zones l'opérateur a l'obligation, a minima, de mettre en œuvre une solution de partage passif.

Ce dispositif, intégralement pris en charge par les opérateurs, vient se substituer aux précédents programmes nationaux de couverture mobile (« zones blanches centres-bourgs », « 800 sites stratégiques » et « France Mobile »).

Des conditions générales de partage des sites mobiles faisant l'objet d'une mutualisation en RAN sharing à 4 opérateurs ont été conclues le 26 juillet 2019 entre Bouygues Telecom, Free Mobile, Orange et SFR afin de préciser les modalités de leur déploiement et de leur exploitation.

Aux termes de cet accord Free Mobile pourra largement s'appuyer sur ses trois concurrents pour déployer à moindre coût des sites dans les zones relevant du dispositif de couverture ciblée. Ce mécanisme de partage, **qui n'existait pas lors du renouvellement de l'itinérance en 2016**, concourt indéniablement à l'amélioration du réseau de Free Mobile et lui garantit qu'aucun de ses concurrents ne pourra le distancer en termes de déploiements, dès lors que chaque nouveau site sera, dans la très grande majorité des cas, mutualisé avec elle. A cet égard on notera qu'aujourd'hui [SDA]³⁰ des sites déployés en application du dispositif de couverture ciblé sont mutualisés entre les quatre opérateurs dans le cadre du contrat de RAN sharing.

2.2.2. Free Mobile a conclu avec Orange un accord de partage passif qui décuple ses capacités de déploiement

Free Mobile et Orange ont signé le 29 mars 2019 un protocole d'accord de co-construction de pylônes. Selon la consultation publique organisée par l'Arcep relative à la levée de certaines obligations portant sur la zone de déploiement prioritaire³¹, ce protocole, d'une durée de 5 ans avec reconduction tacite annuelle, inclut :

- les pylônes à construire par Orange ou Free Mobile dans les communes de France métropolitaine :
 - à l'exception des pylônes situés dans les communes de plus de 10 000 habitants ou faisant partie d'une agglomération de plus de 10 000 habitants d'après le référentiel INSEE de 2016 ;
 - à l'exception des pylônes zones blanches et pylônes destinés à la couverture des axes de transport faisant l'objet d'obligations de couverture dans leurs autorisations de fréquences ;
- les pylônes à construire communs aux deux parties issus du dispositif de couverture ciblée (zones grises au sens de l'Accord New Deal).

³⁰ Estimation Bouygues Telecom.

³¹ Consultation publique de l'Arcep du 26 juillet 2019 relative à la levée de l'obligation des opérateurs mobiles de consultation des autres opérateurs mobiles préalablement à la construction de nouveaux pylônes en zone de déploiement prioritaire.

Concrètement, aux termes du protocole, Free Mobile et Orange prévoient de définir une liste de pylônes à construire par l'une ou l'autre des parties selon le processus suivant :

- dans une première phase, dite « phase d'initialisation », chaque opérateur s'engage à transmettre à l'autre partie la liste de la totalité des zones de recherche de nouveaux sites qu'il a déjà identifiées au sein du périmètre mentionné ci-dessus (hors sites déjà engagés auprès de tiers) ;
- pour la durée de vie du contrat, chaque opérateur s'engage à transmettre à l'autre partie la totalité de ses futures zones de recherche de sites au sein de la zone de déploiement prioritaire, ainsi que toute autre zone de recherche qu'il souhaite proposer à l'autre partie au sein du périmètre susmentionné;
- à partir de ces listes de recherche, les deux opérateurs identifient les zones de recherche qui leur sont communes et se répartissent la construction de nouveaux sites. L'opérateur qui recherche et construit un site donné est désigné comme « opérateur leader » dudit site, l'autre opérateur est alors désigné comme « opérateur hébergé ».

L'opérateur leader s'engage à fournir sur le site un ensemble de prestations pour l'opérateur hébergé, permettant d'assurer notamment le partage des infrastructures passives, l'alimentation en énergie, la partie passive du lien de collecte et la gestion des baux.

Par cet accord, Free Mobile vient s'arrimer aux déploiements d'Orange en ZDP et profiter à plein des efforts d'investissement que réalise le leader du secteur. Ce récent contrat renforce sensiblement les liens entre les deux groupes. Il offre à Free Mobile des ressources supplémentaires pour accroître son réseau. Partant, **il modifie radicalement les équilibres en matière de déploiement par rapport à la situation qui prévalait encore en 2016.** La démonstration au terme de laquelle l'itinérance sur le réseau d'Orange avait été autorisée par l'Arcep s'en trouve dès lors fortement compromise.

2.2.3. Free Mobile a conclu un partenariat stratégique avec Cellnex pour accélérer encore davantage le rythme de ses déploiements tout en préservant ses ressources

Dans le courant de l'année 2019, Iliad et Cellnex, l'une des plus importantes TowerCo européennes, ont conclu un partenariat industriel dans le cadre duquel Iliad a cédé 70 % de la société gérant en France ses infrastructures passives de télécommunications mobiles et comprenant 5 700 sites.

Selon les termes de Thomas Reynaud, Directeur général d'Iliad :

« Cette opération s'inscrit dans une logique industrielle permettant l'accélération des déploiements des réseaux 4G et 5G et démultipliant les capacités d'investissements d'Iliad. Cette opération accompagne le nouveau cycle de croissance et d'innovation du Groupe. Elle permettra un déploiement efficace des infrastructures de demain au bénéfice de tous les opérateurs et vise également à mieux répondre aux enjeux de couverture des territoires »³² (soulignements ajoutés).

En complément de ce partenariat industriel, un contrat de prestations d'accueil et de services de longue durée doit être conclu entre la TowerCo, constituée à l'occasion de cette opération, et Iliad, **prévoyant un programme de construction de 4 500 sites supplémentaires build-to-suit.**

Avec cette alliance, Iliad et Cellnex se positionnent comme des acteurs majeurs de l'hébergement d'équipements de télécommunication mobile. En zone urbaine, sur les toits-terrace, Iliad et Cellnex détiennent désormais une part de marché particulièrement importante, estimée par l'Adlc entre 30 % et 40 %³³.

³² Communiqué de presse du groupe Iliad en date du 7 mai 2019.

³³ Décision de l'Autorité de la concurrence n° 19-DCC-169 en date du 30 août 2019, §18.

Fort de cet accord, qui lui assure le déploiement à moyen terme d'au moins 4 500 sites supplémentaires, Free Mobile dispose d'un levier puissant pour densifier son réseau. Ce levier vient s'ajouter aux accords de partage évoqués ci-dessus (RAN sharing dans le cadre du dispositif de couverture ciblée et de partage passif avec Orange), **l'ensemble lui conférant une capacité de déploiement sans commune mesure avec celle dont elle disposait en 2016.**

On notera au surplus que le marché des TowerCo est devenu extrêmement concurrentiel avec de nombreux acteurs concurrents (TDF, ATS, Hivory...). Les accords conclus entre les TowerCo et les opérateurs ont accru leur compétitivité en libérant plusieurs milliers de sites, qui sont autant d'occasions d'étendre un réseau à moindre coût. Les opportunités sont donc nombreuses pour Free Mobile qui dispose, en dehors des dispositifs de déploiement évoqués ci-dessus, d'un accès rapide à de nombreux sites.

2.3. L'évolution de la situation de Free Mobile rend particulièrement illégitime la prolongation de l'accord d'itinérance

Il découle de ce qui précède que Free Mobile se trouve aujourd'hui dans une situation différente de celle qui avait motivé, en 2016, le renouvellement de son contrat d'itinérance.

En premier lieu Free Mobile n'a plus rien d'un nouvel entrant. [SDA]

En second lieu, Free Mobile a mis en place depuis 2016 plusieurs instruments lui garantissant un développement rapide de son réseau. Elle s'est ainsi associée à ses trois concurrents pour déployer, dans les zones visées par le dispositif de couverture ciblée, des infrastructures en partage actif. Elle a également conclu avec Orange un contrat de co-construction de sites en zone de déploiement prioritaire. Enfin, elle a noué avec Cellnex un partenariat stratégique qui lui assure le déploiement à moindre frais de 4 500 sites supplémentaires dans les prochaines années.

Free Mobile apparaît donc aujourd'hui comme un opérateur majeur du marché de la téléphonie mobile, avec un nombre de sites qui a doublé depuis 2016, et qui va continuer à croître rapidement grâce aux différents partenariats qu'elle a conclu en 2019. **Iliad annonce d'ailleurs d'ores et déjà que son réseau dépassera les 24 000 sites d'ici quatre ans**³⁴.

Dans de telles circonstances, il serait tout à fait étonnant que l'Arcep autorise une nouvelle fois le renouvellement du contrat d'itinérance national de Free Mobile sur le réseau d'Orange. Il ressort en effet de l'avis de l'Adlc, des Lignes Directrices de l'Arcep et des décisions du Conseil d'Etat, que ce type de contrat doit être cantonné aux situations de marché dans lesquelles un opérateur particulier est pénalisé par un désavantage concurrentiel manifeste. Comme le rappelle l'Arcep dans ses Lignes Directrices, l'itinérance entre opérateurs de réseau se heurte en effet aux objectifs d'investissement, d'innovation et de concurrence par les infrastructures qui constituent les piliers de la régulation du secteur³⁵. Pour autoriser un tel accord il faut donc que le désavantage concurrentiel subi par l'opérateur accueilli soit tel qu'il justifie d'ignorer, de manière temporaire, ces objectifs. Le but est alors de rééquilibrer artificiellement les forces en présence, le temps que l'opérateur désavantagé comble son retard, dans l'espoir d'obtenir *in fine* une situation de marché plus compétitive qu'elle ne l'était à l'origine.

Pour atteindre sa cible, un tel schéma suppose néanmoins l'extinction du contrat d'itinérance sitôt qu'ont disparu les asymétries concurrentielles. Dans le cas contraire, l'accord finit par produire pour l'opérateur accueilli des effets d'aubaine et des avantages indus, créant de nouveaux déséquilibres là où, précisément, il était censé les supprimer. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'Adlc a consacré de

³⁴ Source : Iliad, présentation du 5 mai 2019.

³⁵ Lignes directrices de l'Arcep relatives au partage de réseaux mobiles précitées.

si longs développements aux conditions d'extinction de l'itinérance de Free Mobile dans son avis n° 13-A-08.

Il est donc essentiel de mettre fin à l'itinérance dès lors que l'opérateur qu'on entendait épauler se trouve en situation d'animer la concurrence de manière effective. Or, en l'espèce, Free Mobile dispose aujourd'hui d'une part de marché, d'un réseau et de moyens de déploiement largement comparable à ceux de ses concurrents. Elle a, au demeurant, largement atteint les seuils de couverture à partir desquels l'Arcep et l'Adlc considéraient que l'itinérance ne lui était plus nécessaire pour concurrencer efficacement les autres opérateurs. Pour cette raison, la prolongation de l'accord d'itinérance se saurait être autorisée par l'Arcep.

A cet égard il convient de préciser [SDA].

Il doit d'ailleurs être rappelé que l'accord de mutualisation mis en place entre SFR et Bouygues Telecom, limité aux zones non denses du territoire, [SDA]. En 2014, lors de sa signature, l'accord « Crozon » était parfaitement connu des autorités (Arcep et Adlc) tant sur son périmètre géographique situé en dehors des zones très denses (« ZTD ») que sur le volume de sites concernés. En 2016, l'existence de cet accord n'a nullement empêché l'Arcep, lorsqu'elle a décidé d'autoriser le renouvellement de l'itinérance de Free Mobile, de prévoir son extinction fin 2020. Comme évoqué ci-dessus, lors de ce premier renouvellement, l'Arcep a rappelé qu'une **itinérance nationale illimitée n'était pas acceptable**, et n'a validé l'avenant qui lui été notifié que parce qu'il organisait une extinction définitive et complète de cet accord au 31 décembre 2020. En 2016, l'Arcep n'a donc pas considéré que Crozon créerait une différence telle qu'elle entraînerait *de facto* la prolongation de l'itinérance au-delà de 2020. Elle a précisément décidé le contraire. Or, en 2020, le réseau Crozon est parfaitement conforme aux prévisions qui en avaient été faites en 2014. Ce faisant, une décision de l'Arcep autorisant la prolongation de l'itinérance en 2020, au-delà d'être illégitime, serait totalement incompréhensible.

Au demeurant, en application de l'accord de RAN sharing conclu dans le cadre du dispositif de couverture ciblée (voir ci-dessus), [SDA]. Par conséquent, Free Mobile ne peut sérieusement se prévaloir de l'impossibilité « *de rattraper le standard de couverture du marché qui a nettement augmenté avec l'accord de mutualisation Crozon* »³⁶ pour demander une nouvelle prolongation de son itinérance sur le réseau d'Orange. [SDA].

Admettre aujourd'hui le raisonnement tenu par Free Mobile, qui dénature les positions tenues tant par les autorités de régulation que par le Conseil d'Etat, ruinerait le principe d'une concurrence par l'investissement puisque, dès lors, tout effort de différenciation servirait de prétexte à une nouvelle prolongation de l'itinérance. Partant, l'accord dont bénéficie Free Mobile ne connaîtrait jamais de fin.

La situation dans laquelle se trouve aujourd'hui Free Mobile permet au contraire de sortir, enfin, de cette itinérance. La filiale d'Iliad dispose aujourd'hui d'un parc de sites important et peut désormais s'appuyer sur un accord de partage avec Orange, le leader du secteur. [SDA].

³⁶ Communiqué de presse de l'Arcep, *PARTAGE DE RESEAUX MOBILES Le contrat d'itinérance entre Free Mobile et Orange prolongé de deux ans : l'Arcep informe le secteur et examine l'avenant*, 3 avril 2020.

3. Une nouvelle prolongation de l'itinérance entraînerait de graves effets anticoncurrentiels

S'agissant des accords d'itinérance l'Adlc observe dans son avis n° 13-A-08 qu'ils peuvent restreindre la concurrence lorsqu'ils modifient durablement la structure du marché. A cet égard, l'Autorité relève qu'un accord d'itinérance modifie la structure des coûts et des revenus des opérateurs qui en sont parties, en creusant la différence avec celle de leurs concurrents. L'opérateur accueilli peut réaliser des économies de coûts substantielles et l'opérateur d'accueil peut augmenter sensiblement ses revenus nets, qui contribuent à renforcer sa position sur le marché.

L'Autorité observe également que :

« Cette modification des équilibres est susceptible, dans certains cas, de remettre en cause à terme la structure même du marché. En particulier, lorsque l'opérateur d'accueil est un acteur majeur du marché, l'accord d'itinérance peut conduire à renforcer encore cet acteur, dont la taille lui permet déjà de réaliser d'importantes économies d'échelle : la compétitivité des autres opérateurs de réseau s'en trouve alors, d'un point de vue relatif, dégradée. Ces derniers doivent en effet continuer à investir sans bénéficier des retombées du contrat d'itinérance »³⁷.

En l'espèce, la prolongation de l'accord d'itinérance de Free Mobile sur le réseau d'Orange **emporterait des distorsions de concurrence**, telles que celles identifiées par l'Adlc, à deux niveaux de la chaîne de valeur :

- en amont, lors de l'allocation des blocs de fréquences dans la bande 3,5 GHz (ci-après « l'enchère 5G ») ; (3.1) ;
- et au stade intermédiaire, dans l'organisation des déploiements (3.2).

3.1. [SDA]

3.1.1. [SDA]

3.1.2. [SDA]

3.2. [SDA]

3.2.1. [SDA]

3.2.2. [SDA]

³⁷ Avis de l'Autorité de la concurrence n° 13-A-08 précité, §194.

4. Conclusion : la prolongation de l'accord d'itinérance ne saurait être autorisé

L'itinérance de Free Mobile sur le réseau d'Orange a été organisée en 2011, puis renouvelée en 2016, pour compenser les avantages concurrentiels dont disposaient les trois opérateurs existants. Or, les changements intervenus dans le secteur depuis 2016 montrent que sa prolongation au-delà du 31 décembre 2020 serait particulièrement illégitime.

Free Mobile ne peut plus être qualifiée de nouvel entrant sur le marché de la téléphonie mobile. Elle dispose aujourd'hui d'un réseau largement comparable à celui de ses concurrents et tout à fait suffisant pour lui permettre d'exercer une vive concurrence. Elle a d'ailleurs dépassé tous les seuils de couverture au-delà desquels l'Arcep, comme l'Adlc, ont estimé qu'il n'était plus légitime de maintenir l'itinérance.

Par ailleurs, Free Mobile a mis en place depuis 2016 des partenariats importants lui garantissant un développement rapide de son réseau. Elle s'est ainsi associée à ses trois concurrents pour déployer, dans les zones visées par le dispositif de couverture ciblée, des infrastructures en partage actif. Elle a également conclu avec Orange un contrat de co-construction de sites en zone de déploiement prioritaire. Enfin, elle a noué avec Cellnex un partenariat stratégique qui lui assure le déploiement à moindre frais de 4 500 sites supplémentaires dans les prochaines années.

Free Mobile apparaît donc aujourd'hui, encore davantage qu'en 2016, comme un opérateur majeur du marché de la téléphonie mobile. Dès lors, aux termes des avis et décisions tant des autorités de régulation que du Conseil d'Etat, il serait tout à fait illégitime d'autoriser la reconduction pour deux ans du contrat d'itinérance.

Si l'Arcep validait ce renouvellement, elle prendrait alors le risque de déstabiliser durablement les marchés de la téléphonie mobile en pénalisant Bouygues Telecom et SFR. Bouygues Telecom considère en effet que [SDA].

Compte tenu de ce qui précède, Bouygues Telecom considère que l'Arcep ne saurait autoriser une nouvelle fois le renouvellement de l'itinérance de Free Mobile sur le réseau d'Orange sans contrevenir gravement à l'ensemble des principes qu'elle a fixés en matière de partage de réseau mobile.