



**Décision n° 12-D-24 du 13 décembre 2012
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la
téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle
en France métropolitaine**

L'Autorité de la concurrence (section IB),

Vu la saisine enregistrée le 10 octobre 2006, sous le numéro 06/0070 F, par laquelle la société Bouygues Télécom a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange France et SFR sur le marché de la fourniture de services de téléphonie mobile en France métropolitaine ;

Vu l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne (CE), devenu l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) à compter du 1er décembre 2009 ;

Vu le livre IV du code de commerce dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 ;

Vu la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ;

Vu l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence et notamment son article 5 ;

Vu l'avis n° 2007-0037 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes du 15 mars 2007 ;

Vu la décision n° 09-S-03 du 15 mai 2009, par laquelle l'Autorité de la concurrence a renvoyé le dossier à l'instruction ;

Vu le rapport du conseiller auditeur du 9 juillet 2012 ;

Vu les décisions liées à la protection du secret des affaires n° 08-DSADEC-51 à 08-DSADEC-53 et 08-DSA-107 à 08-DSA-110 du 21 juillet 2008 ; n° 10-DSA-97 du 2 juin 2010 ; n° 10-DSA-107 à 10-DSA-110 du 11 juin 2010 ; n° 11-DSA-118 à 11-DSA-121, n° 11-DSA-123 à 11-DSA-125 et 11-DSA-135 du 18 avril 2011 ; n° 11-DSA-117, 11-DSA-122, 11-DSA-134 et 11-DSA-136 du 30 mai 2011 ; n° 11-DSA-191 et 11-DSA-192 du 3 juin 2011 ; n° 11-DSA-133 et n° 11-DSA-207 du 22 juin 2011, n° 11-DSA-208 du 23 juin 2011 ; n° 11-DEC-21 du 25 juillet 2011 ; n° 11-DEC-22 du 26 juillet 2011 ; n° 11-DEC-23 du 27 juillet 2011 ; n° 11-DEC-24 et 11-DEC-25 du 2 août 2011 ; n° 11-DEC-43 du 10 octobre 2011 ; n° 11-DEC-34 du 19 octobre 2011 ; n° 12-DSA-143 et 12-DSA-146 du 4 avril 2012 ; n° 12-DSA-153 du 5 avril 2012 ; n° 12-DSA-165 du 18 avril 2012 ; n° 12-DEC-20 du 19 avril 2012 ; n° 12-DEC-22, et 12-DSA-170 du 23 avril 2012 ;

n° 12-DEC-24 du 24 avril 2012 ; n° 12-DEC-28 du 14 juin 2012 ; n° 12-DSA-241 et 12-DSA-242 du 9 juillet 2012 ; n° 12-DSA-243 et 12-DSA-248 du 10 juillet 2012 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par les sociétés France Télécom, Orange France, SFR et Bouygues Télécom et par le commissaire du Gouvernement ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés France Télécom, Orange France, SFR et Bouygues Télécom entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 25 juillet 2012 ;

Adopte la décision suivante :

I. CONSTATATIONS.....	8
A. Rappel de la procédure	8
B. Le secteur de la téléphonie mobile en France.....	10
1. Les acteurs	10
a) Orange France	10
b) SFR.....	10
c) Bouygues Télécom	11
d) Les opérateurs virtuels (MVNO).....	11
2. Les caractéristiques du secteur de la téléphonie mobile.....	11
a) La terminaison d'appel vocal mobile	12
Définition.....	12
La régulation mise en place par l'ARCEP.....	12
Le référentiel de coûts	13
L'asymétrie tarifaire entre les opérateurs	14
b) Les services de téléphonie mobile, un marché peu dynamique à l'époque des faits	16
Le taux de pénétration du mobile	17
Les prix de détail	18
La stabilité des parts de marché depuis 2005	22
L'augmentation du parc des abonnés sous engagement.....	23
Le taux de «churn»	24
3. Le développement des offres d'abondance	25
a) La fin du régime du « <i>bill and keep</i> » et ses conséquences	25
b) Le développement des offres « on net illimité »	26
Définition des offres dites « on net illimité »	26
Offres « on net illimité » et fin du régime de « <i>bill and keep</i> ».....	26
Les offres d'abondance on net lancées sur le marché depuis 1999	27
c) Le développement des offres « cross-net illimité ».....	29
Définition des offres dites « cross-net illimité »	29
Les offres d'abondance cross net lancées sur le marché depuis 2006.....	29
C. Les pratiques constatées	31
1. La différenciation des prix de détail entre les appels on net et off net	31
a) Différence de prix entre les appels <i>on net</i> et <i>off net</i>	32
Méthodologie.....	32

Les différences de prix dans les offres d'Orange	33
Les différences de prix dans les offres de SFR	43
b) Différence de coûts entre les appels <i>on net</i> et <i>off net</i>	47
c) Comparaison entre les différences de prix et de coûts des appels <i>on net</i> et <i>off net</i>	48
S'agissant des offres d'Orange	48
S'agissant des offres de SFR	51
2. Le test de ciseau tarifaire mis en œuvre dans la notification de griefs du 13 mars 2008	52
a) Méthodologie.....	52
b) Mise en œuvre du test pour la gamme SFR Essentiel	52
c) Mise en œuvre du test pour les gammes Orange Classique, et Orange Intense ..	53
d) Mise en œuvre du test sur la gamme M6 Mobile.....	53
3. Les effets résultant des pratiques.....	53
a) La constitution de « tribus » de correspondants sur le marché de la téléphonie mobile	53
L'effet de prescription sur le marché de la téléphonie mobile	53
La concentration des appels au sein de « tribus ».....	55
b) La distorsion des flux de trafic	58
Evolution de la part du trafic <i>on net</i> dans le trafic total	58
Evolution de la structure du trafic de téléphonie mobile en volume	59
Evaluation de l'ampleur de la distorsion de flux de trafic.....	61
c) L'intensification du trafic des abonnés à destination de leurs principaux correspondants.....	63
Poids des principaux correspondants dans les appels des abonnés aux offres <i>on net</i>	63
Part du trafic à destination des trois numéros bénéficiant de l'offre d'abondance	65
Evolution des pratiques de « call back »	65
d) Le regroupement des proches auprès du même opérateur	66
S'agissant de SFR.....	66
S'agissant d'Orange.....	67
e) L'abondance <i>on net</i> , moteur d'abonnement	69
S'agissant des abonnés aux offres d'Orange	69
S'agissant des abonnés aux offres de SFR	71
f) La fidélisation des clients	74
g) Conclusion.....	76

D.	Les griefs notifiés	77
1.	Les griefs notifiés le 13 mars 2008.....	77
2.	Les griefs notifiés le 5 août 2011.....	77
II.	DISCUSSION.....	78
A.	Sur la procédure.....	79
1.	Sur la durée de la procédure	79
	Arguments des parties	79
	Le droit applicable	79
	Appréciation de l'Autorité.....	80
2.	Sur le respect du principe du contradictoire	82
a)	Sur l'articulation des griefs notifiés le 13 mars 2008 et le 5 août 2011	82
	Arguments des parties	82
	Le droit applicable	82
	Appréciation de l'Autorité.....	82
b)	En ce qui concerne l'absence de notification modificative.....	84
c)	En ce qui concerne l'absence de restitution de pièces communiquées par France Télécom - Orange	84
B.	Sur le droit applicable.....	85
a)	Sur l'applicabilité du droit de la concurrence.....	85
	Arguments des parties	85
	Le droit applicable	86
	Appréciation de l'Autorité.....	87
b)	Sur l'applicabilité des règles de concurrence de l'Union.....	87
	Arguments des parties	87
	Rappel des principes.....	87
	Appréciation par l'Autorité	88
C.	Sur le bien-fondé des griefs	89
1.	Sur les marchés pertinents et la position d'Orange et de SFR sur ces marchés	89
a)	Sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal mobile.....	90
	Sur le marché de produits ou de services	90
	Sur les marchés géographiques.....	92
	Conclusion sur les marchés de gros pertinents.....	93
	Sur la position d'Orange et de SFR sur ces marchés.....	93
b)	Sur le marché de détail des services de téléphonie mobile	94
	Sur le marché de produits ou de services	94
	Sur les marchés géographiques.....	96

Conclusion sur le marché de détail pertinent.....	96
2. Sur les griefs de différenciation tarifaire	96
a) Sur le caractère abusif d'une différenciation entre appels <i>on net</i> et appels <i>off net</i>	97
Les principes jurisprudentiels.....	97
La pratique décisionnelle de l'Autorité et la jurisprudence de la cour d'appel de Paris	98
Conclusion.....	100
b) Sur la mise en évidence de pratiques de différenciation tarifaire	100
Sur la démonstration d'un traitement différencié entre appels <i>on net</i> et <i>off net</i>	100
Sur l'appréciation des différences de prix et de coûts des appels <i>on net</i> et <i>off net</i>	101
c) Sur les atteintes à la concurrence résultant des pratiques.....	108
Sur le standard de preuve applicable	108
Sur les effets sur la fluidité du marché et sur l'élévation des barrières à l'entrée	109
Sur l'affaiblissement de la concurrence émanant des plus petits opérateurs.....	118
d) Sur les justifications objectives et les gains d'efficience	130
Arguments des parties	131
Le droit applicable	131
Appréciation de l'Autorité.....	132
e) Sur le lien entre les positions dominantes d'Orange et SFR et le caractère abusif des pratiques	133
Arguments des parties	133
Le droit applicable	133
Appréciation par l'Autorité	134
f) Conclusion sur l'abus de position dominante	135
3. Sur les griefs de ciseau tarifaire.....	136
D. Sur l'imputabilité des pratiques en cause	136
a) Rappel des principes.....	136
b) Application en l'espèce	137
E. Sur les sanctions	137
1. Sur la valeur des ventes	138
2. Sur la détermination du montant de base	139
a) Sur la proportion de la valeur des ventes	140
Sur la gravité des faits	140
Sur l'importance du dommage causé à l'économie.....	142

Conclusion sur la proportion de la valeur des ventes	148
b) Sur la durée de participation.....	148
c) Conclusion sur la détermination du montant de base.....	149
3. Sur la prise en compte des circonstances propres à chaque entreprise.....	150
a) Sur la puissance économique des entreprises mises en cause et des groupes auxquels elles appartiennent.....	150
b) Sur la réitération	151
Sur l'existence d'un constat antérieur d'infraction.....	151
Sur le caractère définitif, à la date de la présente décision, du constat d'infraction	152
Sur l'identité ou la similitude des pratiques	153
Sur le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et les pratiques en cause	154
Conclusion sur la réitération.....	154
c) Sur les circonstances atténuantes invoquées par les mises en cause	154
d) Sur l'existence d'une circonstance atténuante au cas d'espèce.....	155
e) Sur la vérification du maximum applicable.....	156
4. Sur le montant final des sanctions	157
F. Sur les mesures à enjoindre aux entreprises mises en cause	157
G. Sur l'obligation de publication	157
DÉCISION.....	161

I. Constatations

1. Seront successivement présentés ci-après :

- la procédure ;
- le secteur concerné ;
- les pratiques dénoncées ;
- les griefs notifiés.

A. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

2. Le 10 octobre 2006, la société Bouygues Télécom a saisi le Conseil de la concurrence, devenu le 2 mars 2009 l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité »), d'une plainte alléguant l'existence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sur le marché de la téléphonie mobile en France métropolitaine.
3. Selon la saisissante, les offres d'abondance *on net*¹ commercialisées par Orange et SFR à compter de 2004, qui proposaient des avantages tarifaires aux abonnés pour les appels à destination de clients du même opérateur, sont constitutives d'un abus de position dominante, au sens des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE, dans la mesure où elles sont fidélisantes, discriminatoires et engendrent un ciseau tarifaire.
4. Une notification des griefs a été adressée aux sociétés Orange France, France Télécom et SFR le 13 mars 2008, portant sur des pratiques de ciseau tarifaire susceptibles d'enfreindre les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE. La saisine a été communiquée à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après « l'ARCEP »), qui a transmis un avis à l'Autorité le 15 mars 2007. A la suite de la réception des observations des parties, un rapport leur a été adressé le 4 août 2008.
5. Une séance s'est tenue le 11 mars 2009.
6. Par une décision n° 09-S-03 en date du 15 mai 2009, l'Autorité a décidé de surseoir à statuer et de renvoyer le dossier à l'instruction. Les motifs de cette décision indiquent notamment :

« 83. Comme l'Autorité de la concurrence l'a récemment rappelé dans sa décision n° [09-D-15](#) du 2 avril 2009, une différenciation tarifaire excessive pourrait avoir pour effet, sans empêcher les concurrents du marché aval aussi efficaces de proposer leurs services de manière rentable, d'élever sensiblement leurs coûts pour les affaiblir et diminuer ainsi la pression concurrentielle qu'ils sont susceptibles d'exercer sur le marché.

¹ Les expressions techniques utilisées dans les développements qui suivent sont définies dans le lexique figurant à la fin de la présente décision.

(...) Il convient donc d'analyser dans quelle mesure des offres comprenant de l' « on net » illimité, en obligeant les opérateurs de petite taille à répliquer par des offres cross net, et donc à acheter des volumes de terminaison d'appel plus élevés à leurs concurrents, pourraient fausser le jeu de la concurrence sur le marché des services de téléphonie mobile et constituer un abus de position dominante de l'opérateur lançant une telle offre sur le marché de sa terminaison d'appel. Aucun grief n'ayant été notifié sur ce point, l'Autorité ne peut se prononcer. Il y a donc lieu, dans ces conditions, de renvoyer le dossier à l'instruction.

84. Les effets d'une différenciation tarifaire excessive pourraient aussi prendre la forme extrême d'effets de ciseaux tarifaires tels que ceux mis en cause dans les griefs notifiés à Orange et France Télécom, d'une part, et à SFR, d'autre part, si l'espace économique entre la terminaison d'appel facturée par l'opérateur et le prix de détail résultant des consommations effectives sur ses offres on net illimité était réduit au point de ne plus permettre à ses concurrents de couvrir les autres coûts liés à la production de ces appels. (...) Par ailleurs, s'il existe des solutions alternatives, il convient de vérifier que celles-ci permettent effectivement aux opérateurs aussi efficaces que l'opérateur dominant de le concurrencer. En l'espèce, il convient notamment, comme pour les effets attachés dans leur ensemble au principe même de la différenciation tarifaire « on net/off net », de vérifier si les opérateurs concurrents peuvent ou non répliquer ces offres par leurs propres offres « on net », et s'ils sont ainsi contraints d'acheter des volumes de terminaison d'appel plus élevés à leurs concurrents. L'existence d'un effet de ciseau tarifaire apparaît ainsi comme une question subsidiaire à celle, plus vaste, de mécanismes de discrimination anticoncurrentielle. Les éléments figurant au dossier ne permettant pas d'éclairer l'Autorité sur ce point, il y a lieu, dans ces conditions, de surseoir à statuer et de procéder à un complément d'instruction ».

7. Cette décision a fait l'objet d'un recours des sociétés France Télécom et Orange France devant la cour d'appel de Paris. Ce recours a été rejeté pour irrecevabilité dès lors que l'Autorité « n'a tranché aucun point et n'a pris qu'une mesure interne concernant l'instruction d'une affaire estimée incomplète » (arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 avril 2010, qui a fait l'objet d'un pourvoi rejeté par l'arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 2011, n° 10-17044).
8. Une seconde notification des griefs a été adressée aux sociétés Orange France, France Télécom et SFR le 5 août 2011, portant sur des pratiques de différenciation tarifaire susceptibles d'enfreindre les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE.
9. A la suite de la réception des observations des parties, un rapport leur a été adressé le 25 avril 2012.
10. Par ailleurs, dans la mesure où ces éléments n'avaient pas été évoqués dans le rapport du 4 août 2008, antérieur à la publication du communiqué de l'Autorité du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, un rapport complétant celui du 4 août 2008 a été adressé aux parties le 12 avril 2012 afin de leur signaler les principaux éléments de droit et de fait susceptibles d'influer, du point de vue des services d'instruction de l'Autorité, sur la détermination d'une éventuelle sanction par le collège, et de leur permettre de présenter des observations à cet égard. Ce rapport précise n'avoir « pas pour objet de répondre aux écritures des parties relatives tant au rapport daté du 4 août 2008 qu'à celles relatives à la notification de grief datée du 5 août 2011 » (point 1).
11. Une nouvelle séance s'est tenue le 25 juillet 2012.

B. LE SECTEUR DE LA TÉLÉPHONIE MOBILE EN FRANCE

1. LES ACTEURS

a) Orange France

12. La société Orange France (ci-après « Orange ») est une société anonyme, filiale à 100% d'Orange SA, elle-même filiale à 100% du groupe France Télécom détenu à 64,3% par des actionnaires institutionnels, à 26,97% par l'Etat, à 5% par des actionnaires individuels et à 3,7% par des salariés (0,4% d'auto-détention).
13. Par arrêté du 25 mars 1991, France Télécom a été autorisé pour une durée de 15 ans à étendre un réseau de radiotéléphonie publique dans la bande 900 MHz pour l'exploitation d'un service numérique paneuropéen GSM F1. En septembre 2001, Orange a reçu l'autorisation d'exploiter en France métropolitaine un réseau radioélectrique de troisième génération (3G) basé sur la norme UMTS, pour une durée de 20 ans. Par décision de l'ARCEP n° 2006-0239 du 14 février 2006, Orange a obtenu un renouvellement de sa licence GSM afin d'utiliser des fréquences dans les bandes 900 MHz et 1800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique ouvert au public. Par décision n° 2010-0634 du 8 juin 2010, l'ARCEP l'a autorisée à utiliser un bloc de fréquences de 4,8 Mhz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération en France métropolitaine.
14. Par appel d'offres lancé le 15 juin 2011, l'ARCEP a invité les acteurs souhaitant se porter candidats à l'attribution de fréquences dans les bandes 800 MHz et 2,6 GHz, réservées aux réseaux 4G, à déposer des dossiers de candidatures. Par décision n° 2011-1080 du 22 septembre 2011, l'ARCEP a retenu la candidature d'Orange dans le cadre de la procédure d'attribution de fréquences dans la bande 2,6 GHz. Par décision n° 2012-0038 du 17 janvier 2012, l'ARCEP a également donné l'autorisation à Orange d'utiliser un bloc de fréquences dans la bande de 800 MHz.

b) SFR

15. La société SFR - Société Française de Radiotéléphonie (ci-après « SFR ») est un opérateur de télécommunications français, fixe et mobile, présent sur les segments de marché « Grand Public » et « Entreprise ».
16. SFR est une société anonyme détenue jusqu'au 16 juin 2011 à 56 % par le groupe Vivendi et à 44 % par le groupe Vodafone. Le 16 juin 2011, Vivendi a acquis la participation détenue par Vodafone pour devenir l'unique actionnaire de SFR.
17. Par arrêté du 25 mars 1991, SFR a été autorisé pour une durée de 15 ans à étendre dans la bande 900 MHz, un réseau de radiotéléphonie publique en France métropolitaine pour l'exploitation d'un service numérique paneuropéen GSM F2, réseau de radiotéléphonie publique qu'elle a été autorisée à établir et exploiter par arrêté du 16 décembre 1987. Par décision de l'ARCEP n° 2006-0140 du 31 janvier 2006, SFR a obtenu un renouvellement de sa licence GSM. En septembre 2001, SFR a reçu l'autorisation d'exploiter en France UMTS, pour une durée de 20 ans. Par décision de l'ARCEP n° 2010-0633 du 8 juin 2010, SFR a été autorisée à utiliser un bloc de fréquences 5 Mhz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération en France métropolitaine. Par décision n° 2011-1080 du 22 septembre 2011, l'ARCEP a retenu la candidature de SFR dans le cadre de la procédure d'attribution de fréquences dans la bande 2,6 GHz. L'ARCEP lui a

également donné l'autorisation d'utiliser un bloc de fréquences dans la bande 800 MHz destinées au déploiement des nouveaux réseaux 4G.

c) Bouygues Télécom

18. La société Bouygues Télécom (ci-après « Bouygues Télécom ») est un opérateur de télécommunication français, fixe et mobile, présent sur les segments de marché « Grand Public » et « Entreprise ».
19. Bouygues Télécom est une société anonyme, détenue à 89,55% par le groupe Bouygues et à 10,45% par le groupe JCDecaux Holding, holding familiale contrôlant le groupe JCDecaux coté en bourse.
20. Par arrêté du 8 décembre 1994, Bouygues Télécom a été autorisée à établir un réseau radioélectrique ouvert au public en vue de l'exploitation d'un service de communication personnelle sur un réseau GSM (DCS F3) en France métropolitaine, pour une durée de 15 ans. En décembre 2002, elle a reçu l'autorisation d'exploiter en France métropolitaine un réseau radioélectrique de troisième génération (3G) basé sur la norme UMTS, pour une durée de 20 ans. Par décision n° 2011-1080 du 22 septembre 2011, l'ARCEP a retenu sa candidature dans le cadre de la procédure d'attribution de fréquences dans la bande 2,6 GHz. Par décision n° 2012-0038 du 17 janvier 2012, l'ARCEP lui a donné l'autorisation d'utiliser un bloc de fréquences dans la bande de 800 MHz destinées au déploiement des nouveaux réseaux 4G.

d) Les opérateurs virtuels (MVNO)

21. Les opérateurs de réseaux mobiles virtuels (*Mobile Virtual Network Operators* ou « MVNO ») se sont développés sur le marché de détail de la téléphonie mobile en France depuis 2005.
22. Ces opérateurs, qui ne disposent pas d'une autorisation d'utilisation des fréquences hertziennes, peuvent néanmoins commercialiser des offres de téléphonie mobile sur le marché de détail en achetant à l'un des opérateurs disposant d'une telle autorisation les prestations nécessaires sur un marché de gros amont.
23. Les prestations proposées par les MVNO doivent être distinguées des offres de téléphonie mobile dites de « licences de marque », qui sont lancées par un opérateur de réseau en partenariat avec le titulaire d'une marque disposant d'une notoriété importante, qui lui accorde le droit d'apposer cette marque sur ses produits (par exemple M6). L'offre reste alors gérée par l'opérateur de réseau qui verse une redevance au titulaire de la marque.
24. Depuis 2005, la part de marché des MVNO connaît une progression certaine. Passée de 0,6% à la fin de 2005 à 4,9% fin juin 2007, elle atteignait plus de 6 % en septembre 2010.

2. LES CARACTÉRISTIQUES DU SECTEUR DE LA TÉLÉPHONIE MOBILE

25. Seront présentées ci-après les caractéristiques du marché de gros de la terminaison d'appel mobile (a) et du marché de détail de la téléphonie mobile (b).

a) La terminaison d'appel vocal mobile

Définition

26. Selon la définition de l'ARCEP, « *la terminaison d'appel vocal mobile est une prestation de gros fournie par un opérateur mobile B exploitant un réseau ouvert au public à un opérateur A, fixe ou mobile, exploitant un réseau ouvert au public. La prestation commercialisée vise à terminer l'appel téléphonique vocal d'un client de l'opérateur A vers un client mobile de l'opérateur B. Du fait du sens des communications ainsi acheminées, on dit que cet opérateur « termine » les appels vers le réseau de destination* » (décision n° 2012-0997 du 24 juillet 2012, p. 9).
27. L'ARCEP précise que : « *Lorsque cette prestation s'inscrit dans le cadre d'une communication entre deux clients raccordés à des réseaux différents (appels dits « off net »), elle s'exerce dans le cadre d'une convention d'interconnexion signée entre les deux exploitants de réseaux ouverts au public. Lorsque cette prestation s'inscrit dans le cadre d'une communication entre deux clients d'un même réseau (appels dits « on net »), elle correspond à une vente dite interne (par opposition à une vente externe, qui correspond au cas précédent)* » (id.).

La régulation mise en place par l'ARCEP

28. La régulation des prestations de terminaison d'appel vocal mobile a été mise en place à partir de 2004, à la suite de la transposition en droit interne des directives européennes du « paquet télécom » de 2002. Les conditions de l'encadrement sont fixées à l'issue d'une analyse de marché triennale, qui comprend la définition des marchés pertinents, l'identification des opérateurs « *disposant d'une puissance significative sur le marché* » et la fixation d'obligations réglementaires spécifiques à l'intention de ces opérateurs. Les décisions émises à ce titre par l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), devenue l'ARCEP, ont été adoptées après avis de l'Autorité de la concurrence, des autres autorités réglementaires nationales compétentes et de la Commission européenne. En l'occurrence, l'analyse de marché de la terminaison d'appel s'étend sur trois cycles.
29. A l'issue du premier cycle d'analyse de marché, l'ART a estimé, par décision en date du 9 décembre 2004, que chaque opérateur mobile exerçait une influence significative sur la prestation de terminaison d'appel sur son propre réseau, et qu'à ce titre, les obligations suivantes devaient leur être imposées :
- obligation de faire droit à toute demande raisonnable d'accès ;
 - obligation de fournir les prestations d'accès et d'interconnexion dans des conditions non discriminatoires ;
 - obligation de transparence et de publication d'une offre de référence d'interconnexion et d'accès ;
 - obligation de séparation comptable et obligation relative à la comptabilisation des coûts des prestations d'accès et d'interconnexion relatives à la terminaison d'appel vocal ;
 - obligation mise en œuvre dans le cadre d'un encadrement tarifaire pluriannuel de pratiquer, pour les prestations de terminaison d'appel, des prix reflétant les coûts correspondants.

30. Outre les obligations tarifaires, qui seront évoquées ci-après, deux types d'obligations doivent être soulignés : l'obligation de non-discrimination et celle relative à la comptabilisation des coûts et à la séparation comptable. Ces deux obligations, qui sont liées, impliquent notamment une obligation de facturation interne du prix de gros de la terminaison d'appel, pour les appels *on net*.
31. S'agissant de l'obligation de non-discrimination, l'article D. 309 du code des postes et des communications électroniques prévoit que « *les opérateurs appliquent des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents, et qu'ils fournissent aux autres des services et informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'ils assurent pour leurs propres services, ou pour ceux de leurs filiales ou partenaires* ».
32. Ainsi que le précise la directive « accès »² : « *Le principe de non-discrimination garantit que les entreprises puissantes sur le marché ne faussent pas la concurrence, notamment lorsqu'il s'agit d'entreprises intégrées verticalement qui fournissent des services à des entreprises avec lesquelles elles sont en concurrence sur des marchés en aval* » (considérant 17).
33. Par ailleurs, s'agissant de l'obligation de comptabilisation des coûts et de séparation comptable, la même directive précise : « *La séparation comptable permet de mettre en évidence les prix des transferts internes et permet aussi aux autorités réglementaires nationales de vérifier, le cas échéant, que les obligations de non-discrimination sont respectées* » (considérant 18). A cette fin, la Commission a publié la recommandation 98/322 CE du 8 avril 1998 concernant l'interconnexion dans un marché de télécommunications libéralisé, dont la partie 2 porte sur la séparation comptable et comptabilisation des coûts. On y lit le principe selon lequel : « *L'objet de la séparation comptable est de fournir une analyse des informations dérivées des registres comptables afin de représenter le plus fidèlement possible le comportement de parties de l'entreprise comme si elles avaient fonctionné en qualité d'entreprises distinctes* ».
34. A l'issue du deuxième cycle d'analyse des marchés, par sa décision n° 07-0810 du 4 octobre 2007, l'ARCEP a maintenu une approche similaire de la régulation des terminaisons d'appel, en réaffirmant son souhait, d'une part, de maintenir une pression à la baisse des tarifs par un encadrement pluriannuel, et, d'autre part, de faire converger les tarifs de l'ensemble des trois opérateurs vers la même référence de coûts.

Le référentiel de coûts

35. Le référentiel de coût utilisé historiquement par l'ARCEP est celui dit des « coûts complets ». La méthode d'allocation retenue est une règle de « *Fully Distributed Cost* » (FDC), dans laquelle les coûts pertinents incluent les coûts de réseau alloués à l'usage de la prestation de terminaison d'appel vocal, les coûts commerciaux spécifiques directement induits par la prestation de terminaison d'appel vocal mobile et les coûts communs alloués à l'ensemble des prestations au prorata des autres coûts selon le principe d'allocation dit « *clé EPMU* » (Equi-Proportionate Mark-Up) ».
36. La décision de l'ARCEP n° 07-0810 précitée suggérerait une évolution du référentiel de coûts retenu, vers un concept de coûts incrémentaux, « *et ce afin de garantir une cohérence avec les références de coûts utilisés en interne par les opérateurs lorsqu'ils*

² Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion

formulent leurs offres sur le marché de détail, en particulier leurs offres on net. Ainsi, la concurrence sur le marché de détail mobile ne sera pas biaisée par des perceptions de coûts radicalement différentes pour les offres on net et off net ».

37. Par décision n° 08-1176 du 2 décembre 2008, l'ARCEP a ainsi abandonné la référence au coût complet au profit de la référence aux coûts incrémentaux de long terme. Le coût de référence correspond alors *« aux coûts (...) encourus du fait de la fourniture en gros du service de terminaison d'appel et qui ne le seraient pas si ce service n'était pas fourni, ou encore à la différence entre les coûts totaux de long terme d'un opérateur fournissant sa gamme complète de services et les coûts totaux déterminés à long terme de cet opérateur fournissant sa gamme complète de services sauf le service de terminaison d'appel fourni sur le marché de gros à des tiers ».*

L'asymétrie tarifaire entre les opérateurs

38. Dès 2002 et la première décision de régulation tarifaire relative à la terminaison d'appel de Bouygues Télécom, cet opérateur a bénéficié d'une asymétrie tarifaire, c'est-à-dire de plafonds de tarifs de terminaison d'appel plus élevés que ceux établis pour Orange et SFR. Dans le cadre du premier cycle d'analyse des marchés, l'ARCEP a indiqué que l'asymétrie accordée à Bouygues Télécom n'avait d'autres motifs que de corriger les effets de tarifs de terminaison d'appel encore trop supérieurs aux coûts : *« l'Autorité considère d'abord que de manière transitoire, pendant la période de convergence des tarifs de TA vers les coûts de référence sous-jacents, la différenciation tarifaire en faveur de Bouygues Télécom permettra à la société de corriger les effets pervers engendrés par des niveaux de terminaison d'appel voix élevés par rapport aux coûts. L'Autorité rappelle toutefois qu'à terme et dans l'hypothèse où les trois opérateurs supportent les mêmes coûts, une telle différenciation tarifaire n'a pas vocation à perdurer ».*
39. Dans sa décision n° 08-1176 précitée, l'ARCEP a continué à réduire l'asymétrie entre les opérateurs en même temps qu'elle mettait en œuvre la méthode des coûts incrémentaux de long terme.
40. Cette décision a fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'État par les sociétés Orange et SFR, qui contestaient tant la référence aux coûts incrémentaux que le principe de l'asymétrie tarifaire. Dans sa décision du 24 juillet 2009, le Conseil d'État a écarté ces deux critiques mais n'a validé que partiellement les plafonds tarifaires définis par l'ARCEP³. Le Conseil a validé les plafonds tarifaires imposés à Orange et SFR pour l'ensemble de la période en cause, mais n'a validé le plafond applicable à Bouygues Télécom que jusqu'au 30 juin 2010. S'il a estimé que l'asymétrie tarifaire pouvait être justifiée dans son principe, le Conseil d'État a jugé que le maintien de cet avantage au niveau déterminé par l'ARCEP était, à compter du 1^{er} juillet 2010, manifestement disproportionné au regard de l'objectif poursuivi. Le Conseil d'État a considéré que le maintien de l'asymétrie tarifaire au profit de Bouygues Télécom visait *« pendant la période transitoire au cours de laquelle l'ensemble des plafonds fixés aux opérateurs demeurent supérieurs aux coûts incrémentaux de long terme et permettent à ces opérateurs de réaliser une marge sur la terminaison d'appel, (...) à atténuer le déficit financier résultant pour Bouygues Télécom de la combinaison de cette marge et du déséquilibre de son solde d'interconnexion avec les autres opérateurs mobiles »* dans la mesure où *« ce déficit, est, pour une part, subi par Bouygues Télécom, du fait notamment de la nécessité*

³ Conseil d'Etat, 24 juillet 2009, Société Orange France et Société Française du radiotéléphone, n° 324642 et 324687.

pour cette société de développer des offres illimitées en direction de tous les réseaux afin de résister au développement par ses concurrents d'offres illimitées sur leur propre réseau, favorisé par la taille plus importante de leur parc ».

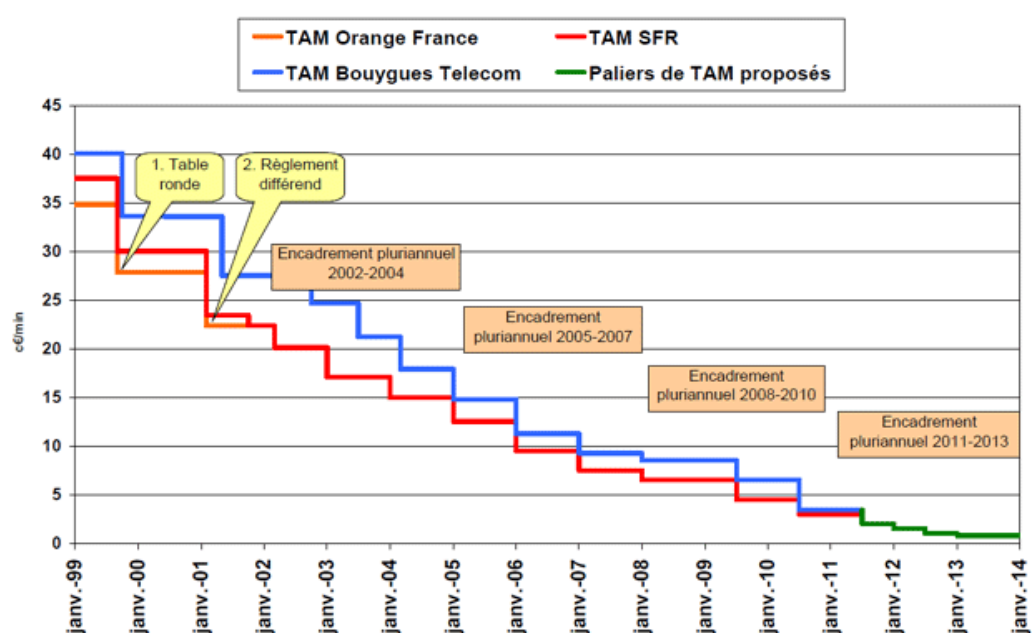
41. Prenant acte de cette décision, l'ARCEP a établi un nouvel encadrement tarifaire applicable à Bouygues Télécom pour le second semestre 2010.
42. Plus récemment, dans sa décision n° 2010-1149 du 2 novembre 2010, l'ARCEP a réaffirmé le principe d'une asymétrie tarifaire provisoire au profit de Bouygues Télécom. Selon l'ARCEP, plusieurs circonstances viennent encore justifier le maintien d'une asymétrie tarifaire transitoire, en particulier l'existence de déséquilibres élevés de trafic amenant à des déséquilibres financiers importants dans les soldes d'interconnexion. L'ARCEP estime que ces déséquilibres résultent de l'écart encore élevé entre les tarifs de terminaison d'appel mobile et les coûts sous-jacents.
43. L'ARCEP a cependant précisé que l'asymétrie tarifaire ne doit pas aboutir à une compensation totale des déséquilibres financiers mais à une compensation partielle de ces déséquilibres : *« dans le cas d'un opérateur présentant des déséquilibres de trafic d'interconnexion, il est nécessaire de maintenir transitoirement, tant que les tarifs de terminaison d'appel ne sont pas aux coûts, une asymétrie du plafond tarifaire de cet opérateur. Cependant, dans la mesure où cela est compatible avec le principe de proportionnalité des baisses imposées à un opérateur, l'asymétrie fixée à cet égard ne devrait pas aboutir à une compensation totale de la contrevaleur monétaire des déséquilibres de trafic d'interconnexion en sa défaveur en raison de l'écart persistant entre tarifs et coûts de terminaison ».*
44. Par décision n° 2011-0483 du 5 mai 2011, l'ARCEP a fixé au 1^{er} juillet 2011 la date de convergence des tarifs de terminaisons d'appel. Cette décision faisait suite aux observations formulées par la Commission européenne sur la mise en œuvre de la régulation tarifaire dans le cadre de la consultation ayant précédé la décision n° 2010-1149 : *« la Commission prend note que l'ARCEP considère proportionné de maintenir une asymétrie en faveur de Bouygues Télécom jusqu'au 30 juin 2011. (...) Dans ce contexte, la Commission demande à l'ARCEP d'envisager de fixer des TTM symétriques en France métropolitaine à partir du 1er juillet 2011 ».*
45. Enfin, dans sa décision n° 2012-0997 du 24 juillet 2012, l'ARCEP a fixé le plafond des tarifs de terminaison d'appel de Free Mobile et des « full MVNO » Lycamobile et Oméa Télécom à un niveau supérieur à la terminaison d'appel fixée pour Orange, SFR et Bouygues Télécom jusqu'en 2014, soit 1,6 c€ jusqu'au 31 décembre 2012, puis 1,1 c€ jusqu'au 30 juin 2013, et 0,8 c€ jusqu'au 31 décembre 2012⁴.
46. Le double mouvement de diminution des tarifs de terminaison d'appel et de l'asymétrie tarifaire depuis 1999 est retracé dans le tableau et la courbe présentés ci-dessous :

⁴ Voir aussi la décision de la Commission européenne du 20 juillet 2007 levant les réserves précédemment émises conformément à l'article 7 bis de la directive 2002/21/CE telle que modifiée par la directive 2009/140/CE1.

Évolution des tarifs de la terminaison d'appel vocal mobile depuis 2002

								Au 1er juillet	Au 1er juillet	Au 1er juillet	Au 1er janvier	Au 1er juillet	Au 1er janvier
En centimes d'€	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2012	2013
Orange	20,12	17,07	14,94	12,5	9,5	7,5	6,5	4,5	3	2	1,5	1	0,8
SFR	20,12	17,07	14,94	12,5	9,5	7,5	6,5	4,5	3	2	1,5	1	0,8
Bouygues Telecom	27,49	24,67	17,89	14,79	11,24	9,24	8,5	6	3,4	2	1,5	1	0,8

Source : ARCEP



Source : ARCEP

b) Les services de téléphonie mobile, un marché peu dynamique à l'époque des faits

47. La Commission européenne a, à plusieurs reprises, qualifié le marché français de la téléphonie mobile de peu dynamique⁵. Dans son 15^e rapport, relatif à l'année 2009, elle indique : « *Le marché mobile français continue à être caractérisé par son dynamisme limité. Le taux de pénétration qui s'établissait à 90,2% en octobre 2009, reste très en deçà de la moyenne européenne qui s'établit à 121,9%* »⁶.
48. Outre un taux de pénétration faible, le marché français de la téléphonie mobile se caractérisait également au cours de la période en litige par des prix de détail élevés, des

⁵ Voir, notamment, Progress Report on the Single European Electronic Communications Market 2008 (14th Report) (COM(2009)140Final) - 24 March 2009

⁶ Progress Report on the Single European Electronic Communications Market 2009 (15th Report) Final report 2009 (COM(2010)253 final/3 - 25 August 2010 [amending COM(2010)253 - 25/5/2010]): p.183: « *The French mobile market continued to be characterised by its limited dynamism. The penetration rate, standing at 90.2% as of October 2009, is still well behind the EU-27 average of 121.9% [...]* ».

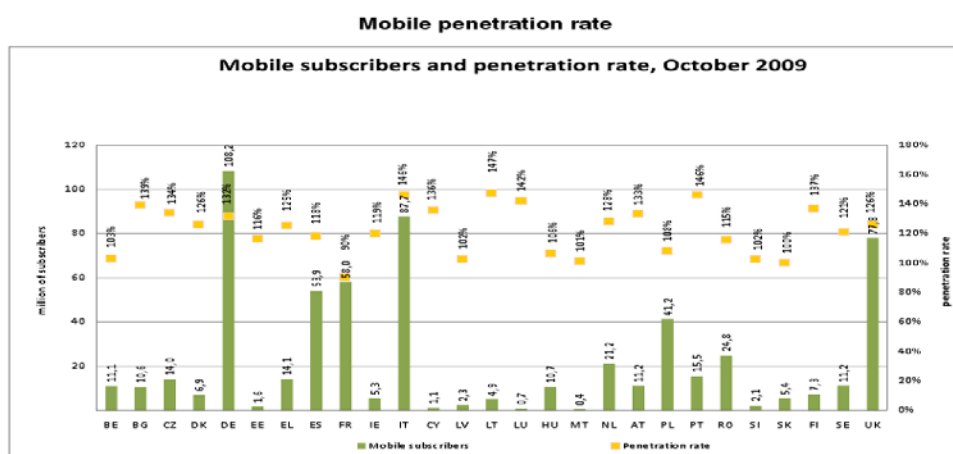
parts de marché stables depuis 2005 et l'augmentation du parc d'abonnés sous engagement.

49. La situation du marché de la téléphonie mobile a évolué depuis l'annonce de l'arrivée de Free sur le marché, au début de l'année 2010, puis après le lancement effectif de ses offres en janvier 2012. Ce nouveau contexte ne remet pas en cause les éléments développés ci-dessous, qui portent sur la période antérieure, visée par les notifications de griefs.

Le taux de pénétration du mobile

50. En 2009, la France était le seul pays de l'Union européenne dont le taux de pénétration du mobile était inférieur à 100%.

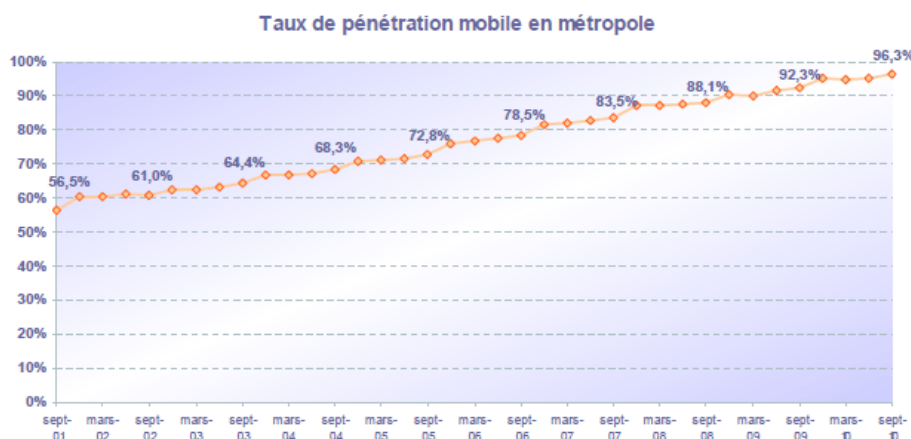
Nombre d'abonnés à la téléphonie mobile et taux de pénétration, octobre 2009



Source : rapport précité de la Commission européenne du 24 mars 2009

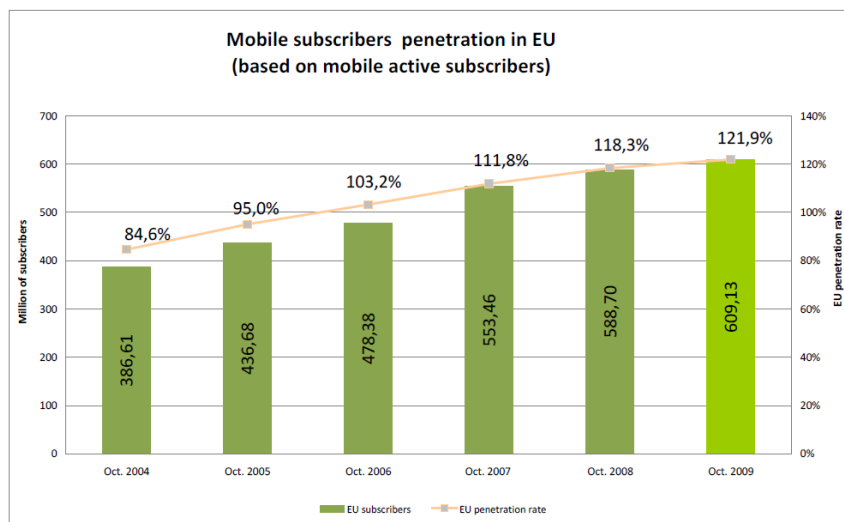
51. S'il est vrai que le taux de pénétration du mobile en France connaît une augmentation régulière depuis 2001, cette augmentation reflète avant tout un marché en croissance. Les graphiques ci-dessous montrent que le marché français croît moins vite que le marché européen dans son ensemble, ce qui peut être un indicateur d'une plus faible intensité de la concurrence en France.

Évolution du taux de pénétration mobile entre septembre 2001 et septembre 2010



Source : Observatoire de l'ARCEP

Évolution du taux de pénétration mobile en Europe entre octobre 2004 et octobre 2009



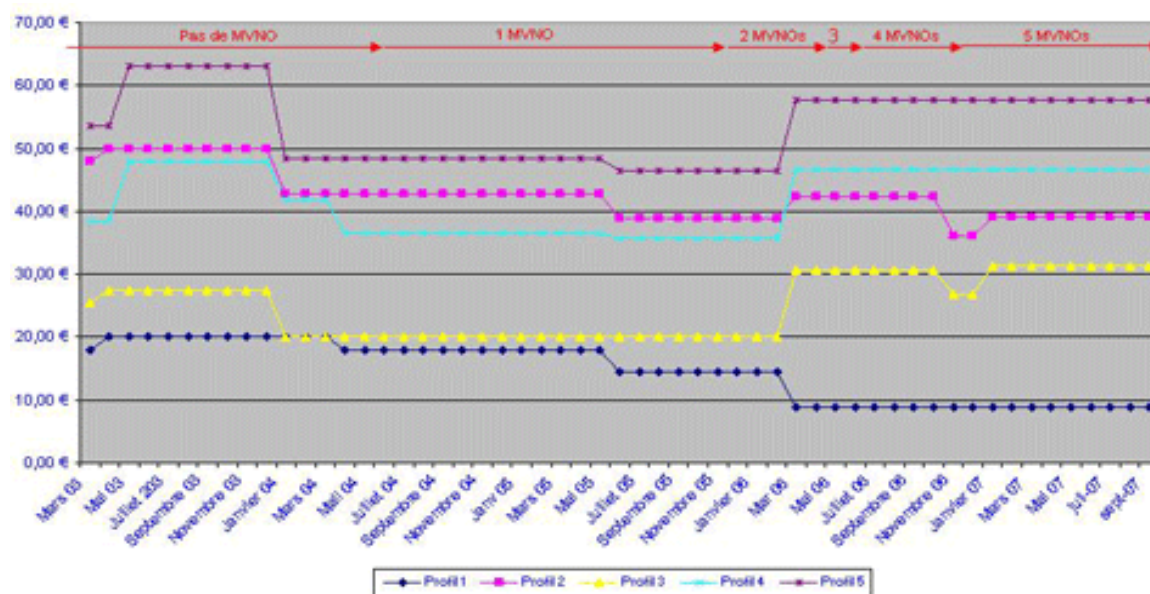
Source : document de travail annexé au rapport précité de la Commission européenne du 24 mars 2009

Les prix de détail

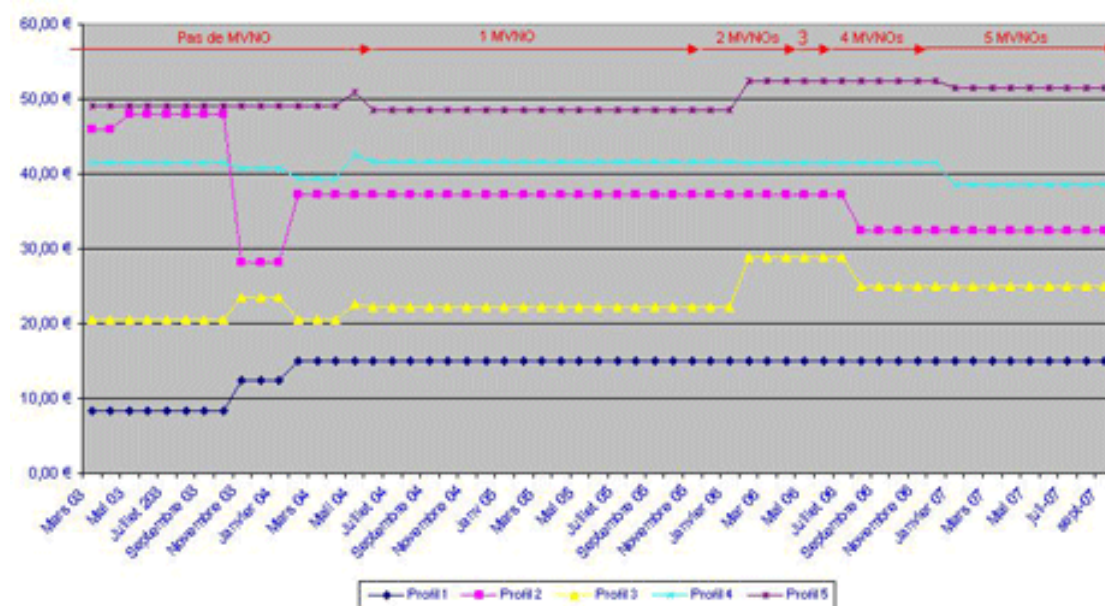
52. Les éléments présentés ci-dessous relatifs à l'évolution des prix de détail des services de téléphonie mobile au cours de la période en litige sont issus des études disponibles sur ce sujet, qui ont chacune leurs limites. L'étude publiée par l'Autorité nationale de régulation des télécommunications finlandaise, la Ficora, seule étude paneuropéenne exploitable sur la période en cause, est généralement admise, même s'il convient d'en nuancer les résultats, faute de prise en compte par exemple des services de messagerie vocale ou de correction des parités de pouvoir d'achat.
53. L'association de consommateurs UFC-Que Choisir a publié en 2008 une étude relative aux prix de la téléphonie mobile selon la méthode des paniers, qui témoigne d'une absence de baisse généralisée de la facture des consommateurs entre 2003 et 2007.

54. L'étude analyse le prix de la plupart des offres proposées depuis mars 2003 par les trois opérateurs de réseaux (Orange, SFR et Bouygues Télécom) et cinq MVNO (Carrefour, Debitel, NRJ Mobile, Ten Mobile et Virgin Mobile) pour cinq profils de consommateurs.
55. Ses résultats sont présentés ci-après :

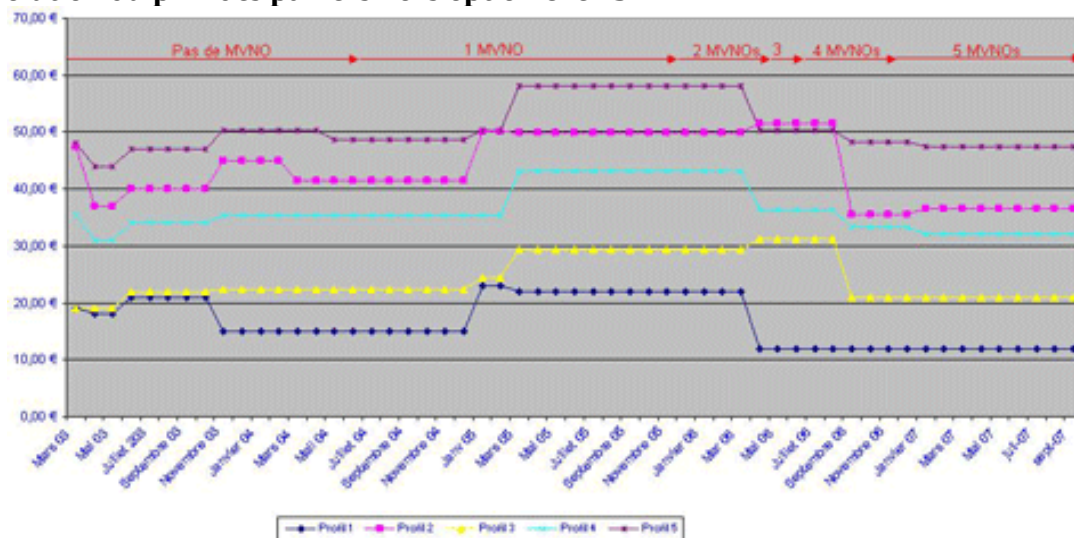
Évolution du prix des paniers hors option chez Orange



Évolution du prix des paniers hors option chez Bouygues Télécom



Évolution du prix des paniers hors option chez SFR



56. L'étude d'UFC-Que-Choisir conclut que le prix à la minute des services de téléphonie mobile n'a pas évolué pour le consommateur dès lors que le prix des forfaits a augmenté parallèlement à l'enrichissement du contenu de l'offre (augmentation du nombre de minutes ou de SMS inclus dans le forfait). Le prix de la voix, dans la majorité des cas, stagne (SFR) ou augmente (Bouygues Télécom, Orange) et, dans peu de cas, diminue entre 2003 et 2007. Les MVNO semblent plus compétitifs pour les forfaits destinés aux petits consommateurs (profils 1 et 2), puis les différences s'estompent lorsque les usages augmentent. Les MVNO ne semblent pas exercer d'influence significative sur les niveaux de prix des trois opérateurs de réseaux.
57. Par ailleurs, l'Autorité nationale de régulation des télécommunications finlandaise, la Ficora, a publié en 2009 une étude comparant les prix des services de téléphonie mobile de 19 pays européens (les 15 Etats Membres de l'Union européenne avant 2004 ainsi que la Suisse, l'Islande, la Norvège et l'Estonie). L'étude est basée sur trois profils de consommateurs et les forfaits les moins chers des trois plus grands opérateurs dans chaque pays.
58. Le consommateur du profil I défini par l'étude pourrait être considéré comme le consommateur moyen en France⁷. Pour ce type de consommateur, l'étude montre que, parmi les pays examinés, le prix des services de téléphonie mobile en France est le plus cher derrière la Suisse et environ 70% supérieur à la moyenne :

⁷ L'étude d'UFC-Que-Choisir considère le profil 4 (160 minutes d'appels par mois et 30 SMS par mois) comme celui du consommateur moyen. Ce profil correspond au profil I de l'étude Ficora (150 minutes d'appels par mois et 25 SMS par mois).

Comparaison des prix des paniers du consommateur « profil I » en avril 2009

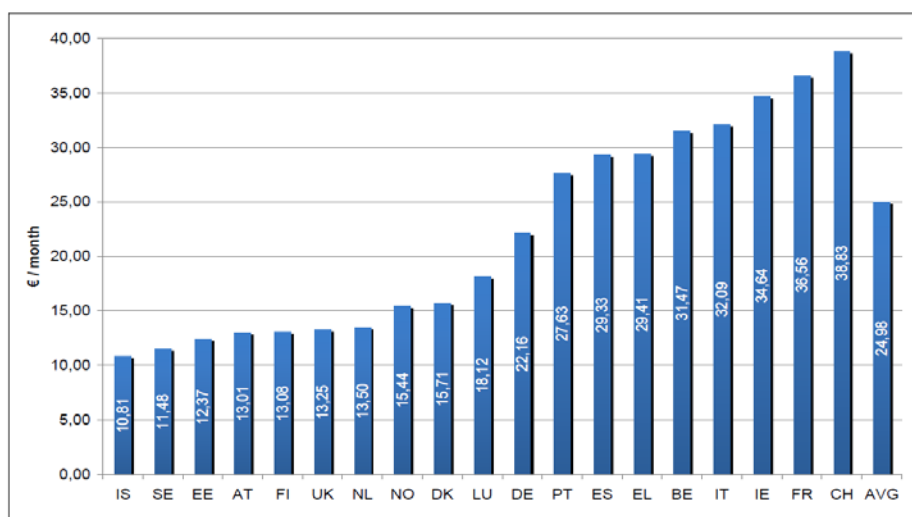
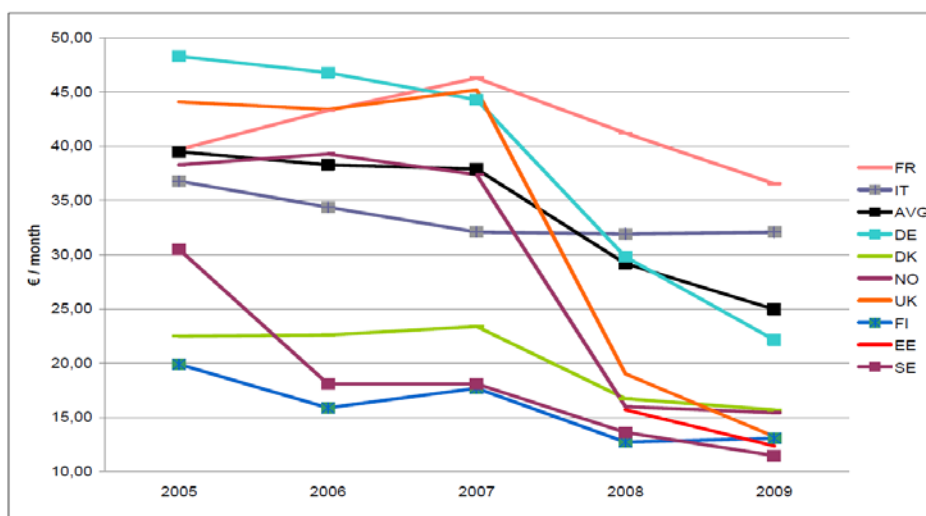


Figure 2: Price basket values for User Profile I in April 2009.

Source: Etude Ficora 'Mobile phone services 2009 – International Comparaison

59. Le graphique suivant, relatif à l'évolution des prix depuis 2005, montre également que la France fait partie des trois pays les plus chers de l'Union depuis cette date.

Évolution des prix depuis 2005



Source: Etude Ficora 'Mobile phone services 2009 – International Comparaison

60. Pour les plus gros consommateurs (consommateurs de profil II⁸), la France figure également parmi les trois pays les plus chers de l'Union.

⁸ Consommateurs passant 300 minutes d'appels par mois et envoyant 100 SMS par mois.

Comparaison des prix des paniers du consommateur profil I en avril 2009

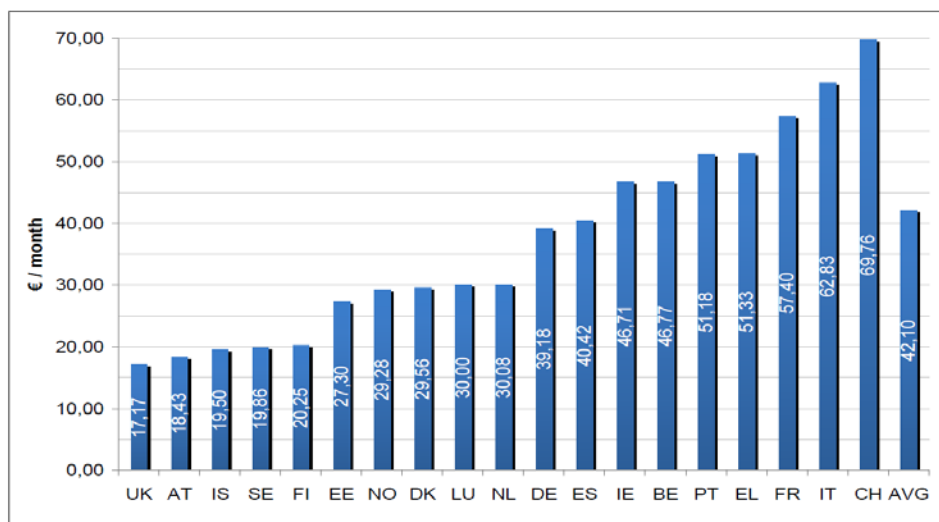


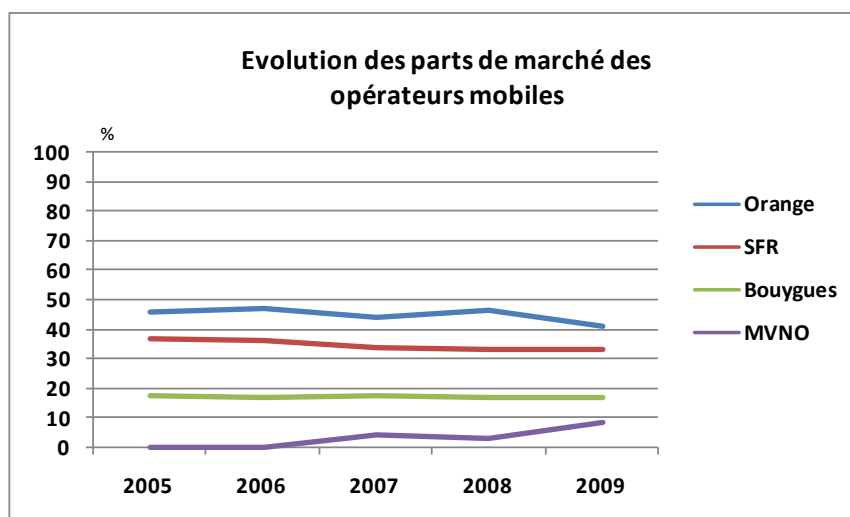
Figure 5: Price basket values for User Profile II in April 2009.

Source: Etude Ficora 'Mobile phone services 2009 – International Comparaison

La stabilité des parts de marché depuis 2005

61. Le marché de la téléphonie mobile a longtemps été caractérisé par la présence de trois opérateurs disposant de leur propre réseau, Orange, SFR et Bouygues Télécom, et par celle des opérateurs virtuels, sans réseau propre, qui commercialisent des offres de téléphonie mobile en utilisant le réseau des tiers. Depuis janvier 2012 et l'ouverture commerciale des services de Free Mobile, qui a obtenu une autorisation d'utilisation de fréquences pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération en décembre 2009⁹, le marché a connu une évolution sensible, l'opérateur ayant conquis en à peine trois mois près de 4% du marché.
62. Au cours de la période en litige, entre 2005 et 2009, les trois opérateurs de réseaux ont maintenu des parts de marché stables. Orange et SFR disposaient ensemble de près de 80% du marché à la fin de 2009.

⁹ Décision de l'ARCEP n° 2009-1067 du 17 décembre 2009.

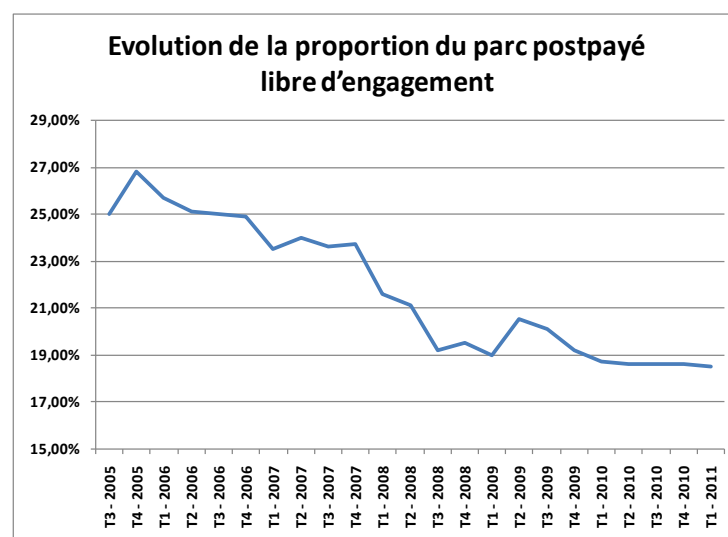


Source: Progress Report on the Single European Electronic Communications Market 2005, 2006, 2007, 2008 et 2009

63. Ainsi que le soulignait la Commission européenne dans son rapport sur l'état de la concurrence dans le secteur de télécommunications, les MVNO ne semblent pas avoir eu d'impact significatif sur la concurrence, ainsi qu'en témoigne la stabilité du marché de la téléphonie mobile¹⁰.

L'augmentation du parc des abonnés sous engagement

64. Alors que le marché est depuis quelques années déjà un marché de renouvellement (changement d'opérateur et/ou de terminal) et non plus un marché de primo-accédants, la part des clients sous engagement devrait tendre naturellement à se réduire. Or, comme l'indique le graphique suivant, ce chiffre est en augmentation constante depuis le troisième trimestre 2005, date à laquelle l'ARCEP a commencé à suivre cet indicateur :



Source : Le Suivi des Indicateurs Mobiles (ARCEP)

¹⁰ Rapport précité de la Commission européenne du 24 mars 2009.

65. Cette augmentation est également la conséquence de la migration du parc prépayé vers des offres post-payées. Dans sa décision n° 2010-1149 précitée, l'ARCEP présente les caractéristiques des offres post-payées de nature à attirer les clients des offres prépayées : *« L'Autorité relève ainsi le développement depuis plusieurs années des forfaits bloqués, qui s'adressent aux consommateurs souhaitant maîtriser leur consommation. L'Autorité constate que le nombre de forfaits bloqués commercialisés sur le marché métropolitain a augmenté de 50% entre mars 2009 et mars 2010. L'Autorité souligne par ailleurs le développement des « petits » forfaits, proposant une durée de communications inférieure à 90 minutes. Ces forfaits, qui peuvent alternativement être bloqués ou non bloqués, s'adressent aux consommateurs désirant dépenser peu. En mars 2009 et mars 2010, le nombre de ces offres a doublé sur le marché de détail métropolitain. (...) Toutes ces formules post payées répondent à un ou plusieurs critères qui pouvaient inciter les consommateurs à choisir le pré payé (maîtrise du budget, consommation faible, volonté de ne pas s'engager ou de bénéficier de souplesse dans sa consommation). Elles participent donc à la migration du parc prépayé vers le parc post-payé, ainsi qu'à l'orientation des nouveaux clients sur des offres post payées plutôt que sur des offres prépayées. L'importante diversification de ces offres post payées démontre la volonté des opérateurs d'axer leur stratégie sur ce segment de marché ».*
66. L'ARCEP conclut que *« la diminution de la part du segment prépayé sur le marché de la téléphonie mobile n'est pas la conséquence de la régulation de la terminaison d'appel vocal mobile, mais plutôt celle de la stratégie commerciale des opérateurs ».*
67. L'augmentation constante de la part des abonnés sous engagement montre que les opérateurs mettent en œuvre des stratégies commerciales efficaces pour maintenir leurs clients dans une situation continue d'engagement. Ce haut niveau d'engagement permet aux opérateurs de se prémunir contre des politiques commerciales trop agressives de leurs concurrents. Il a également pour conséquence de réduire sensiblement la fluidité du marché et son caractère « contestable », puisqu'à un instant donné, seuls 17% des clients sont en mesure de pouvoir changer d'opérateur sans surcoût. Pour les clients, cette politique d'engagement conduit à élever les coûts de changement, puisqu'ils doivent s'acquitter au moins en partie du prix de leur abonnement sur les mois restant dus.

Le taux de « churn »

68. Pour contredire l'idée selon laquelle le marché de la téléphonie mobile serait un marché peu fluide, les opérateurs mobiles font fréquemment valoir que le taux de « churn » mobile, c'est-à-dire la part des clients qui résilient leur abonnement chaque mois, est supérieur à celui qui s'observe sur le marché de l'accès à Internet haut débit, réputé concurrentiel, s'agissant de la France en particulier. Les clients mobiles seraient donc régulièrement amenés à remettre en concurrence leur opérateur, signe d'une concurrence vive.
69. Les opérateurs du haut débit communiquent généralement des indicateurs de « churn » mensuel inférieur à 1%, alors que ce chiffre est plutôt de l'ordre de 2 à 3% dans le mobile, ce qui représente une différence relativement importante sur un an.
70. Le taux de « churn » mobile est néanmoins un indicateur non déterminant, car une part importante des individus qui résilient leur ligne se réabonne dans la foulée chez le même opérateur. Pour Orange par exemple, il apparaît que près de 28% des nouveaux abonnements souscrits chaque mois (en moyenne pour 2006) l'étaient par des individus déjà clients de l'opérateur (cote 39465). Les clients appartenant à cette catégorie sont appelés les « disconnect-reconnect ». Ce comportement fréquent, qui implique néanmoins

pour le client de changer de numéro, résulte du fait qu'un nouvel abonnement donne lieu à une subvention plus importante du terminal. Il ne s'agit pas ici de clients qui migrent entre deux offres d'un même opérateur, mais bien des clients qui résilient leur abonnement, disparaissent ponctuellement de la base de clientèle de l'opérateur, et souscrivent un nouvel abonnement chez le même opérateur.

71. Par ailleurs, d'autres clients adoptent un comportement proche, mais organisent une courte période de recouvrement entre les deux contrats. Ils apparaissent alors, parmi les nouveaux clients, dans la catégorie des clients multi-équipés, catégorie qui représente dans son ensemble 13% des nouveaux clients d'Orange (cote 39465).
72. Les résiliations effectuées par ces deux types de clients expliquent que le taux de « *churn* » mobile s'établisse à un niveau plus élevé que celui de l'Internet haut débit. Sur ce dernier marché, les clients ne résilient leur abonnement que pour changer d'opérateur (les déménagements étant traités par des procédures spécifiques). Les résiliations liées aux changements de terminaux conduisent donc structurellement le marché de la téléphonie mobile à afficher un taux de « *churn* » élevé, mais qui ne peut être directement comparé à celui du marché du haut débit et n'a donc pas la même valeur lorsqu'il s'agit d'apprécier la fluidité effective des parcs de clientèle.

3. LE DÉVELOPPEMENT DES OFFRES D'ABONDANCE

a) La fin du régime du « *bill and keep* » et ses conséquences

73. Avant 2005, dans le cadre du régime dit de « *bill and keep* », les opérateurs de téléphonie mobile métropolitains ne se facturaient pas entre eux la prestation de terminaison d'appel. En revanche, tout autre opérateur, notamment de téléphone fixe, qui souhaitait terminer un appel sur un réseau mobile se voyait facturer une prestation de terminaison d'appel.
74. Dans un régime de « *bill and keep* », les opérateurs mobiles sont peu sensibles au réseau de destination des appels de leur client. Il peut même être avantageux pour un opérateur mobile que ses clients effectuent davantage d'appels à destination d'un autre réseau mobile (ci-après les « appels *off net* »), plutôt que d'inciter ceux-ci à multiplier les appels sur leur propre réseau (ci-après les « appels *on net* »), dans la mesure où, dans le premier cas, les opérateurs n'ont pas à faire face aux coûts correspondants à la terminaison d'un appel sur leur propre réseau.
75. Par ailleurs, ainsi que le reconnaissent les opérateurs mobiles, le régime de « *bill and keep* » contrevenait au principe de non-discrimination, puisque le tarif facturé par l'opérateur mobile n'était pas le même pour tous les opérateurs d'origine : l'appel était ainsi gratuit pour les autres opérateurs mobiles, mais payant pour les opérateurs fixes ou les opérateurs étrangers.
76. Ce régime de facturation a enfin eu pour conséquence le développement des « hérissons », c'est-à-dire des solutions d'arbitrage permettant de contourner l'interconnexion auprès des opérateurs mobiles, par le recours à des équipements pourvus de carte SIM, permettant de transformer des appels fixe vers mobile en appels mobile vers mobile.
77. En 2005, la fin du régime de « *bill and keep* » a constitué une profonde évolution pour les opérateurs mobiles eux-mêmes, mais également pour les opérateurs fixes et pour les clients entreprises, principaux utilisateurs des offres de « hérisson ».

b) Le développement des offres « on net illimité »

Définition des offres dites « on net illimité »

78. Les offres « on net illimité », désignées à plus juste titre par l'expression « offres d'abondance on net », sont des offres de téléphonie mobile « *permettant d'appeler les clients d'un même opérateur pour un prix forfaitaire indépendant du nombre et de la durée des appels. Certaines offres d'abondance portent sur l'ensemble des clients d'un même opérateur ; d'autres sont restreintes à un certain nombre de clients d'un même opérateur* »¹¹. Les offres d'abondance on net sont généralement restreintes à quelques numéros ou ne sont utilisables que sur des créneaux temporels bien définis (par exemple, le soir à partir de 18 heures, le week-end, les jours fériés).

Offres « on net illimité » et fin du régime de « bill and keep »

79. Si les offres d'abondance on net sont apparues sur le marché de détail de la téléphonie mobile en novembre 1999, elles se sont surtout développées au début de l'année 2005 avec la fin du régime de « bill and keep », qui a créé pour les opérateurs un intérêt financier à développer ce type de services. En effet, alors que les prestations de terminaison d'appel ne donnaient auparavant pas lieu à une facturation entre les opérateurs mobiles, la fin du régime de « bill and keep » s'est traduite par la facturation par l'opérateur de l'appelé de la terminaison d'appel sur son propre réseau. Cette facturation emporte des conséquences différentes, en termes de transferts financiers entre les opérateurs, selon la nature de l'appel. Dans le cas d'un appel on net, l'opérateur s'auto-facture en interne le prix de gros de la terminaison d'appel, conformément à ses obligations réglementaires exposées plus haut et il n'y a donc aucun transfert financier au profit des opérateurs concurrents. Au contraire, dans le cas d'un appel off net, l'opérateur de l'appelant verse désormais une charge de terminaison d'appel à l'opérateur de l'appelé, ce qui se traduit par un transfert financier entre les deux opérateurs. Ainsi, la fin du régime de « bill and keep » se traduit par l'apparition pour l'opérateur de l'appelant d'un intérêt financier à limiter les volumes de trafic à destination des réseaux tiers et donc à développer des offres d'abondance on net.
80. Dans son avis au Conseil de la concurrence en date du 24 juin 2008¹², l'ARCEP mentionne le caractère structurant des offres d'abondance sur le marché de détail de la téléphonie mobile : « *depuis l'été 2004, date à laquelle les premiers contrats de MVNO ont été signés, le marché de détail a subi une évolution majeure avec la standardisation de plus en plus marquée des offres d'abondance. Ces offres, qui permettent de communiquer de façon illimitée pour un prix forfaitaire, se sont en effet fortement développées sur la période considérée. (...) Les offres d'abondance structurent véritablement le marché de détail de la téléphonie mobile, au point de constituer pour les offres en voix le premier motif de changement d'opérateur pour les clients du grand public : 48,1% de clients sont intéressés ou très intéressés par ce type d'offre (Baromètre Novascope Consumer, mars 2007). Aujourd'hui, 48% des équipés d'un forfait bénéficient d'appels en illimité (Baromètre Novascope Consumer, mars 2008)* ».

¹¹ Décision de l'ARCEP n°10-1149 précitée.

¹² Avis de l'ARCEP n° 2008-0702 en date du 24 juin 2008 sur la demande d'avis du Conseil de la concurrence portant sur les freins au développement des opérateurs mobiles virtuels sur le marché de détail de la téléphonie mobile.

Les offres d'abondance on net lancées sur le marché depuis 1999

Avant la fin du régime du « bill and keep »

81. La première offre d'abondance *on net* a été lancée par Bouygues Télécom, le 8 novembre 1999 avec la gamme « Ultymo Millenium ». Il s'agissait d'une série limitée, réservée aux 200 000 premiers souscripteurs et proposée jusqu'au 31 décembre 1999.
82. SFR a lancé, le 1^{er} décembre 1999, le forfait « soir et week-end gratuits », qui consistait en un forfait de 2 heures avec appels illimités vers les téléphones fixes en France métropolitaine et vers les mobiles du réseau SFR entre 22 heures et 8 heures en semaine et toute la journée le week-end. Ces premières offres ont été suivies, entre 2000 et 2002, d'autres offres similaires.
83. Le 28 août 2003, Orange a lancé à son tour les forfaits « Infini » et « Infini pro », permettant à ses abonnés d'appeler les mobiles Orange et les téléphones fixes, de façon illimitée, le soir entre 21 h 30 et 8 heures du matin et les week-ends. Ces offres étaient réservées aux 180 000 premiers souscripteurs et proposées jusqu'au 29 octobre 2003.
84. Au cours de l'année 2004, Orange, Bouygues Télécom et SFR ont lancé des offres d'abondance similaires ou proches de celles ayant existé auparavant.

Après la fin du régime du « bill and keep »

♦ Orange

85. En janvier 2005, Orange a lancé la gamme de forfaits « Orange Intense », pour lesquels le temps de communication était gratuit et illimité au-delà de la troisième minute 24 heures sur 24 vers les numéros du réseau fixe en France métropolitaine et vers les numéros mobiles d'Orange.
86. Le 28 avril 2005 a été lancée une série limitée « Orange Intense » (disponible jusqu'au 29 juin, pour 20 000 clients seulement) permettant de bénéficier d'appels gratuits et illimités tous les jours, 24 heures sur 24 vers les numéros Orange ou les téléphones fixes.
87. Entre mai et octobre 2005, Orange a proposé une composante « 3 numéros illimités » sous forme d'option, « 3N° KDO », vendue à 4 euros par mois.
88. A partir du 28 octobre 2005, Orange a lancé les gammes de forfaits « Orange Classique » et « Orange Intense », permettant d'appeler, 24 heures sur 24, trois numéros Orange de manière illimitée sans que ces appels ne donnent lieu à un décompte de temps dans le forfait.
89. La principale différence entre les deux gammes vient d'une composante multimédia dans les forfaits de la gamme Intense permettant d'envoyer gratuitement des SMS ou des MMS et de regarder des vidéos.
90. La gamme « Orange Classique » comprend trois forfaits de durée (1 heure, 2 heures et 4 heures) commercialisés aux prix de 23, 32 et 48 euros pour un engagement de 24 mois. Pour un engagement de 12 mois, le prix de l'abonnement augmente de 4,5 euros pour une durée équivalente. Les prix de ces forfaits sont restés stables jusqu'en janvier 2007.
91. En janvier 2007, les prix des forfaits 1 heure et 2 heures sont passés à 26 et 33 euros, respectivement, pour un engagement de 24 mois. Pour tous les forfaits, le prix d'abonnement augmente de 4,5 euros si l'engagement n'est que de 12 mois.

92. La gamme « Orange Intense » comprend sept forfaits de durées de 1, 2, 3, 4, 6, 8 et 10 heures commercialisés respectivement aux prix de 26, 35, 43, 51, 67, 83 et 99 euros, pour un engagement de 24 mois. Pour un engagement de 12 mois, le prix de l'abonnement augmente de 4,5 euros pour une durée équivalente. Les prix de ces forfaits sont restés stables jusqu'en janvier 2007.
93. En janvier 2007, les prix des forfaits 1 heure et 2 heures sont passés respectivement à 29 et 36 euros, pour un engagement de 24 mois. Pour tous les forfaits, le prix d'abonnement augmente de 4,5 euros si l'engagement n'est que de 12 mois.
94. En juin 2005, a été lancé le forfait « M6 Mobile by Orange », en partenariat avec M6 dans le cadre d'une licence de marque. Il s'agissait d'un forfait de 45 minutes commercialisé au prix de 19,90 euros par mois permettant de bénéficier d'appels illimités vers tous les numéros Orange et M6 Mobile le soir entre 20 h 45 et 23 h 59, sans possibilité de dépassement de forfait (forfait « compte bloqué »). Des revenus de dépassement ont pu être perçus par l'opérateur à travers l'achat de recharges à l'épuisement du forfait.
95. En novembre 2005, a été lancé un deuxième forfait dans cette gamme. Ce forfait d'une durée de 90 minutes était commercialisé au prix de 28,90 euros.
96. Une première refonte des offres a eu lieu en mars 2006, « l'illimité » commençant en semaine, non plus à 20 h 45 mais à 22 heures et étant étendu au week-end.
97. Une deuxième refonte de la gamme « M6 Mobile » a eu lieu en octobre 2006 avec la commercialisation de quatre forfaits de durée de 60, 80, 100 et 120 minutes respectivement, commercialisés aux prix de 19,90 euros, 23,90 euros, 26,90 euros et 29, 90 euros, pour un engagement de 24 mois. Pour un engagement de 12 mois, le prix de l'abonnement augmente de 3 euros par mois. Sur les deux premiers forfaits, les appels illimités le soir disparaissent. Sur les deux plus gros forfaits, « l'illimité » en semaine est offert de 22 heures à 8 heures.
98. Sur l'ensemble des forfaits de la gamme « M6 Mobile by Orange », les appels « illimités » sont soumis à un crédit strictement positif. Un rechargement est donc nécessaire pour bénéficier de « l'illimité » lorsque le forfait est épuisé.

♦ SFR

99. En mars 2005, SFR a lancé la gamme de forfaits « SFR Essentiel » permettant d'appeler 24 heures sur 24, 7 jours sur 7, trois numéros SFR de manière illimitée sans donner lieu à un décompte de temps dans le forfait. Les durées et tarifs en euros de ces forfaits pour un engagement de 12 ou 24 mois sont les suivants :

Prix des forfaits de la gamme "SFR Essentiel" suivant la durée d'engagement

Durée en heures	Engagement	
	12 mois	24 mois
1	25	22
2	36	32
3	44	39
4	53	47
5	62	55
6	70	63
8	88	79
10	106	95
15	150	135

Source : SFR, données valables de mars 2005 à avril 2006

100. Le prix de la seconde de dépassement est 0,0057 euro, soit 0,342 euro par minute.
101. En avril 2006, les prix des forfaits 1 heure passent respectivement à 23 et 26 euros pour des engagements de 24 et 12 mois. En juillet 2006, le prix de la minute de dépassement passe à 0,35 euro.
102. En janvier 2007, le forfait 1 heure est modifié. Les appels « illimités » vers les trois numéros SFR sélectionnés sont restreints à la période 8 heures-18 heures.

♦ Bouygues Télécom

103. Le 24 janvier 2005, Bouygues Télécom a lancé la gamme « Expression », comportant quatre forfaits permettant d'appeler sans décompte dans le forfait vers les téléphones fixes en semaine de 18 heures à minuit et les week-end et jours fériés toute la journée. Cette offre était valable jusqu'au 31 mars 2005. Elle a ensuite été reprise du 28 novembre 2005 au 22 janvier 2006.

c) Le développement des offres « cross-net illimité »

Définition des offres dites « cross-net illimité »

104. Les offres d'abondance « cross net illimité », aussi appelées « all net illimité » et désignées à plus juste titre par l'expression « offres d'abondance cross net », sont des offres d'abondance de téléphonie mobile à destination de tous les réseaux de téléphonie mobile métropolitains. Ces offres d'abondance ne sont néanmoins pas « illimitées » au sens strict, dans la mesure où elles comportent systématiquement une restriction en termes de plages horaires ou par le nombre de numéros qu'il est possible de joindre en illimité (avec parfois ces deux restrictions conjuguées).

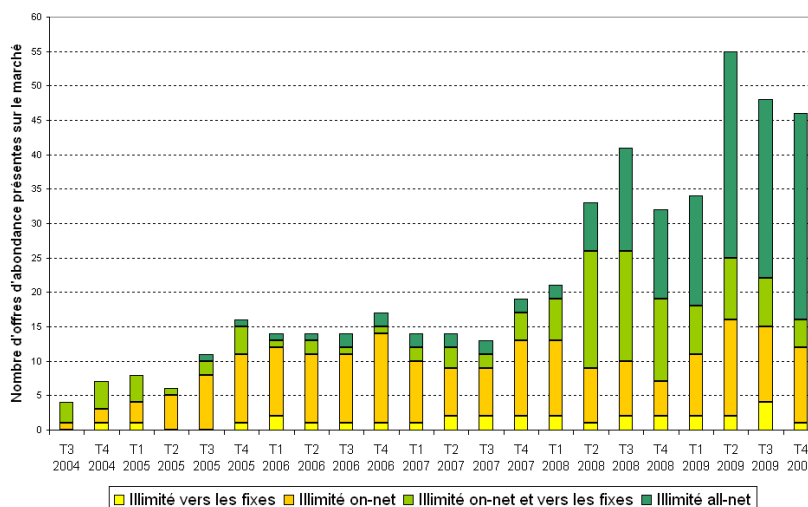
Les offres d'abondance cross net lancées sur le marché depuis 2006

105. Bouygues Télécom a lancé la gamme « Néo » le 1^{er} mars 2006. Il s'agissait de sept forfaits s'échelonnant de 2 heures à 8 heures de communication. Ces forfaits permettaient

d'appeler gratuitement vers tous les opérateurs fixes et mobiles en France métropolitaine, tous les jours, de 20 heures à minuit. Les tarifs des forfaits de la gamme « Neo » sont supérieurs à ceux pratiqués par Orange et SFR pour les forfaits d'abondance *on net* de même durée. Le forfait « Neo » 2 heures était ainsi commercialisé au prix de 42,90 euros par mois.

106. En dehors de « Néo », les offres d'abondance *cross net* ont été lancées bien après l'apparition des offres d'abondance *on net*, ce qu'explique l'ARCEP dans sa décision n° 2010-1149 en date du 2 novembre 2010 : *« Au cours du premier cycle d'analyse des marchés, les offres d'abondance se sont fortement développées sur le marché de détail métropolitain. (...) En outre, au cours du premier cycle, ces offres étaient pour la plupart restreintes aux appels à destination du seul réseau de l'opérateur de l'abonné, dites « offres d'abondance on net », qui ont pour principal défaut d'entretenir des effets de réseau favorisant les opérateurs ayant un parc d'abonnés important et donc d'être néfastes à l'établissement d'une concurrence saine sur le marché de détail. On recensait ainsi un nombre très restreint d'offres d'abondance à destination de tous les réseaux sur le marché, dites « offres d'abondance all-net ». En particulier, ces offres all-net en série non limitée n'avaient été commercialisées à destination du marché grand public que par deux opérateurs (Bouygues Télécom et Orange France via sa licence de marque Fnac Mobile), les autres opérateurs proposant des offres all-net sous la forme de séries limitées ou d'options ».*
107. Malgré le lancement de l'offre Néo par Bouygues Télécom en mars 2006, les offres d'abondance *cross net* n'ont été lancées massivement par les opérateurs de téléphonie mobile qu'au deuxième trimestre 2008. L'ARCEP constate dans sa décision n° 2010-1149 précitée : *« Pendant le second cycle, les formules d'abondance disponibles sur le marché ont continué d'évoluer vers des restrictions de moins en moins contraignantes. En particulier, le développement des offres d'abondance all-net s'est accéléré sur le marché grand public dès le début du second cycle avec la commercialisation de ce type d'offres, sans restriction des numéros mobiles inclus, par tous les opérateurs de réseau mobile métropolitains (mais toujours sur des plages horaires définies), et ces offres ont connu une progression très forte au cours du second cycle. Il s'agit notamment de l'inclusion de l'abondance all-net dans le cœur de gamme Illimythics par SFR, en mars 2008 et du lancement de la gamme Origami par Orange France, en avril 2008. Cette tendance a ensuite été largement confirmée au cours du cycle, le nombre de formules all-net sur le marché passant de 2 à 30 en seulement deux ans (T1 2008 à T4 2009) ».*
108. Le tableau suivant montre l'importante progression du nombre de formules d'abondance *cross net* sur le marché de détail résidentiel à partir du deuxième trimestre de l'année 2008 :

Évolution du nombre de formules d'abondance sur le marché de détail grand public en fonction des destinations incluses



Source : ARCEP¹³

109. Comme le précise l'ARCEP dans sa décision n° 2010-1149 précitée, la situation des offres d'abondance sur le marché n'avait pas encore atteint un équilibre et était encore en pleine évolution à la fin de l'année 2010 : « En particulier, la proportion des abonnés mobiles ayant souscrit des offres d'abondance ne s'est pas encore stabilisée. Suite au lancement massif d'offres d'abondance all-net, la proportion d'abonnés ayant souscrit une offre d'abondance on net a commencé à régresser. A l'inverse, la proportion des abonnés ayant choisi une offre d'abondance all-net continue de progresser, mais tout en restant plus faible que celle des abonnés sur une offre d'abondance on net ».

C. LES PRATIQUES CONSTATÉES

1. LA DIFFÉRENCIATION DES PRIX DE DÉTAIL ENTRE LES APPELS ON NET ET OFF NET

110. L'existence d'une différence de prix entre les appels *on net* et les appels *off net* passés par les clients des offres d'Orange et de SFR présentées ci-dessus sera exposée (a) au regard de la différence entre les coûts de ces appels (b).

¹³ Périmètre limité aux offres Grand Public, hors offres Pro et options payantes. Une gamme est comptée comme une seule offre, hormis si elle comporte plusieurs formules d'abondance différentes (par exemple, plages horaires différentes ou nombre de numéros inclus variable). Les fluctuations du nombre d'offres d'un trimestre à l'autre sont dues au lancement de nouvelles gammes d'abondance alors que les anciennes gammes n'ont pas encore été retirées du marché. Ces pratiques découlent en un nombre de formules temporairement plus élevé.

a) Différence de prix entre les appels *on net* et *off net*

Methodologie

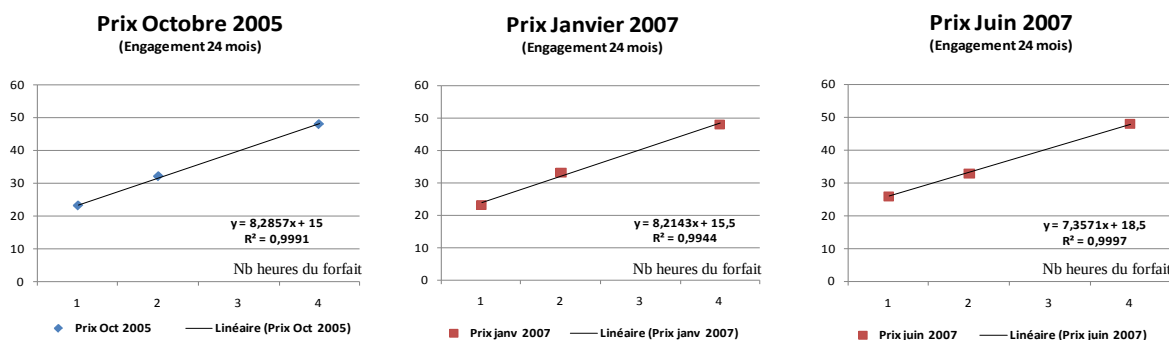
111. Dans la présente affaire, il n'est pas observé de différence de prix par minute entre les appels *on net* et *off net*. Orange et SFR offrent à leurs clients, particulièrement à leurs abonnés à des offres post-payées (forfaits, comptes bloqués), des avantages tarifaires (« *de l'abondance* ») sous la forme d'appels illimités *on net* sur certaines plages horaires ou à destination d'un nombre limité de numéros. Excepté le cas de la formule « 3 numéros KDO » proposée temporairement par Orange sous la forme d'une option payante à 4 euros TTC par mois, ces avantages ne font pas l'objet d'une facturation distincte. Une composante du prix correspondant spécifiquement à l'avantage d'abondance *on net* ne peut pas non plus se déduire par différence avec d'autres offres comparables qui n'intégreraient pas celui-ci, puisque les gammes d'Orange et de SFR intègrent de manière quasi-systématique des avantages d'abondance *on net* pour les abonnés post-payés depuis mars 2005 en ce qui concerne SFR et octobre 2005 s'agissant d'Orange. Pour SFR plus spécifiquement, la refonte de la gamme qui a conduit à généraliser ces offres d'abondance a coïncidé avec l'intégration dans les forfaits de la facturation à la seconde, dès la première seconde.
112. Par ailleurs, en dehors de ces avantages, le prix des appels *on net* et celui des appels *off net* sont les mêmes : une minute de communication *on net* est décomptée du forfait de la même manière qu'une minute de communication *off net* et le prix de la minute au-delà du forfait, c'est-à-dire lorsque les clients dépassent leur forfait, est la même pour les appels *on net* et les appels *off net*. Il s'ensuit qu'entre une communication *on net* et une communication *off net*, le prix de la première est inférieur ou égal au prix de la deuxième : inférieur (puisque nul) si la communication se trouve dans le « créneau d'abondance » (plage horaire ou numéros favoris), égale sinon. La consommation des minutes d'abondance en plus ou moins grand nombre n'a aucune incidence sur le prix facturé au client à la fin du mois. Par ailleurs, ces minutes apparaissent explicitement comme étant gratuites sur les factures des clients (cotes 29682 et s. s'agissant d'Orange et cote 29685 et s. s'agissant de SFR). En considérant l'ensemble des communications passées par les clients de ces offres, le prix d'une minute de communication *on net* est donc globalement inférieur au prix d'une minute de communication *off net*.
113. La méthode employée pour estimer l'ampleur de la différence de prix entre appels *on net* et *off net* est la suivante. Dans un premier temps sont évalués le prix par minute de communication *off net* et le prix par minute de communication *on net* lorsque la communication ne relève pas du créneau d'abondance. Comme signalé plus haut, ces deux prix sont identiques pour une gamme donnée car la seule différence entre le prix des communications *on net* et le prix des communications *off net* réside dans l'avantage tarifaire d'abondance *on net*. Ce prix de la minute de communication est évalué en observant, à l'aide de droites de régression, les variations de prix à l'intérieur des gammes des opérateurs en fonction de la quantité de minutes disponibles dans les forfaits. Ces droites de régression, qui mettent en relation les prix et le nombre d'heures disponibles dans chaque forfait (ou godets d'heures), permettent de distinguer la partie fixe ou forfaitaire des offres (ordonnée à l'origine) de la partie dépendant directement du nombre de minutes disponibles dans le forfait. Dans un deuxième temps, est calculé un prix moyen de la minute *on net*, défini comme le prix de la minute *on net* hors créneau d'abondance, remisé par le taux moyen de communication *on net* passé dans le créneau d'abondance. Ce prix moyen de la minute *on net* peut ensuite être comparé au prix de la minute *off net* précédemment évalué.

114. Le cas particulier de l'option « 3 numéros KDO » fait l'objet d'un traitement spécifique, la capacité d'appeler trois correspondants de manière illimitée, faisant l'objet d'une facturation explicite pour le client.

Les différences de prix dans les offres d'Orange

Les offres Orange Classique

115. Lancées en octobre 2005, les offres de la gamme « Orange Classique » ont connu des évolutions tarifaires notamment en janvier 2007, le forfait 2 heures passant alors de 32 à 33 euros (cote 6739), puis en juin 2006 avec une évolution du prix du forfait 1 heure passant de 23 à 26 euros.



116. Ces tarifs font apparaître une évolution de près d'un euro par mois et par heure de communication dans le forfait, celle-ci passant de 8,29 euros TTC en octobre 2005 à 8,21 euros TTC en janvier 2007, puis à 7,36 euros TTC en juin 2007.
117. Par ailleurs, il ressort des éléments communiqués par France Télécom – Orange (cotes 3007, 2766, 1855, 2148) que la part des minutes *on net* illimitées par rapport au volume total des minutes *on net* s'élève à 87% en moyenne s'agissant des offres Orange Classique, (moyenne pondérée par les parcs correspondant à chaque godet d'heures entre avril 2006 et juin 2007).

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Classique octobre 2005	8,28	11,5	0,00	1,5	10,0
Gamme Orange Classique janvier 2007	8,21	11,4	0,00	1,5	10,0
Gamme Orange Classique juin 2007	7,36	10,3	0,00	1,3	8,9

118. Il résulte de ces éléments que les différences de prix hors taxes entre les minutes de communications *on net* et les minutes de communication *off net* se sont établies à 10 centimes d'euros entre octobre 2005 et janvier 2007, à 10 centimes d'euros entre janvier 2007 et juin 2007, et à 8,9 centimes d'euros après juin 2007.
119. Les chiffres exposés ci-dessus constituent des minorants du prix réel des communications étant donné que les forfaits ne sont pas toujours entièrement consommés et que le prix de la minute au-delà du forfait est supérieur au prix de la minute dans le forfait. La prise en compte des éléments relatifs à la consommation des forfaits communiqués par France Télécom – Orange dans le cadre de l'instruction du dossier permettent de corriger en partie ce biais. Néanmoins, l'évaluation tenant compte de ces éléments, présentée ci-dessous, constitue toujours un minorant du prix réellement payé dans la mesure où une partie des clients dépassent leur forfait et payent un prix unitaire supérieur pour ces minutes supplémentaires.

120. Les éléments communiqués (cotes 2148, 2765, 42865, 44970, 1865, 1863 et 1864) permettent d'établir que la moyenne des minutes des forfaits non consommées en 2006 et 2007 (pondérée par les parcs) pour l'ensemble des clients des offres Orange Classique (y compris les clients qui consomment intégralement leur forfait, ou le dépassent) s'élève à 27 minutes.
121. Par ailleurs, compte tenu des parcs respectifs des forfaits 1 heure, 2 heures et 4 heures, la durée du forfait moyen en 2006 et 2007 s'établit à 98 minutes.
122. Ces chiffres conduisent donc à un surcoût des minutes décomptées, tenant compte de la sous-consommation de leur forfait par une partie des clients, de 39% $(98/(98-27)-1)$.
123. Dans ces conditions, les différences de prix des offres Orange Classique s'établissent comme suit :

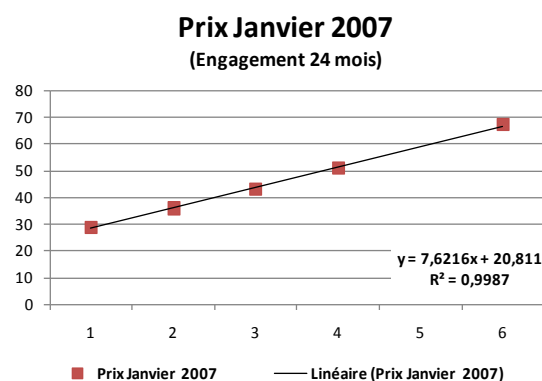
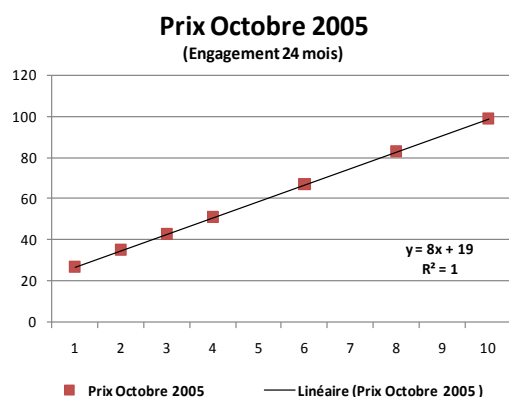
	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Classique octobre 2005	11,5	16,0	0,0	2,1	14,0
Gamme Orange Classique janvier 2007	11,4	15,9	0,0	2,1	13,8
Gamme Orange Classique juin 2007	10,2	14,3	0,0	1,9	12,4

Les offres Orange Intense

124. La gamme Orange Intense, commercialisée depuis octobre 2005, a également connu des évolutions tarifaires. En avril 2007 la formule d'abondance pour l'ensemble des forfaits Intense est devenue une formule au choix, selon des plages horaires en soirée (de 21 heures à 8 heures) et le week-end ou illimitée vers 3 numéros Orange. Les clients des offres Intense préféreront néanmoins dans 80% des cas l'option illimitée vers 3 numéros Orange, à l'illimité en plage horaire (cote 39385).

♦ Option illimitée vers 3 numéros Orange

125. À l'instar de la gamme classique, le prix des plus petits forfaits a augmenté au début de l'année 2007, le forfait 1 heure, réservé aux étudiants, passant de 27 à 29 euros, et le forfait 2 heures passant de 35 à 36 euros.



126. Entre ces deux versions de la gamme Intense, on observe une moindre progressivité des prix en fonction du temps de communication, traduisant une baisse du prix de l'heure de communication dans le forfait, celui-ci passant de 8 euros TTC à 7,62 euros TTC.
127. La part mensuelle des minutes *on net* illimitées par rapport au volume total des minutes *on net* s'élève à 80% (cotes 3007, 2766, 1855, 2148).

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Intense octobre 2005	8,0	11,1	0	2,2	8,9
Gamme Orange Intense janvier 2007	7,6	10,6	0	2,1	8,5

128. Il résulte de ces éléments que les différences de prix hors taxes entre les minutes de communications *on net* et les minutes de communication *off net*, se sont établies à 8,9 centimes d'euros HT entre octobre 2005 et janvier 2007, puis à 8,5 centimes d'euros après janvier 2007.
129. A l'image des évaluations effectuées pour la gamme Orange Classique, les chiffres exposés ci-dessus constituent des minorants du prix réel des communications, compte tenu de l'absence de consommation intégrale des forfaits.
130. La moyenne des minutes des forfaits non consommée en 2006 et 2007 (pondérée par les parcs) pour l'ensemble des clients des offres Orange Intense s'élève à 45 minutes (cotes 2148, 2765, 42865, 44970, 1865, 1863 et 1864). Par ailleurs, compte tenu des parcs de chacun des godets d'heure, la durée du forfait moyen en 2006 s'établit à 127 minutes. Ces chiffres conduisent donc à un surcoût des minutes décomptées, tenant compte de la sous-consommation de leur forfait par une partie des clients, de 55% ($127/(127-45)-1$).
131. Dans ces conditions, les différences de prix des offres Orange Intense ayant choisi une abondance vers 3 numéros KDO s'établissent comme suit :

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Intense octobre 2005	12,3	17,2	0	3,4	13,8
Gamme Orange Intense janvier 2007	11,8	16,4	0	3,3	13,1

♦ Option illimitée en plage horaire

132. Bien qu'une part relativement modeste des clients de la gamme Orange Intense ait opté pour la formule illimitée en plage horaire, ce choix est susceptible de modifier sensiblement leur profil de consommation et donc la proportion des appels d'abondance dans leurs communications *on net*. Ce ratio ne figure cependant pas au dossier.
133. Les éléments communiqués par France Télécom - Orange indiquent que le ratio trafic d'abondance sur trafic total, s'agissant des clients des offres d'abondance soir et week-end en juin 2008 (c'est-à-dire essentiellement des clients des offres M6 Mobile et Orange Intense), se situe dans une fourchette comprise entre 75% et 85% (cote 39459).
134. Le créneau d'abondance des offres Orange Intense est connu. Il s'agit du créneau 21 heures à 8 heures du matin pour les jours ouvrés et de la totalité des plages horaires du samedi et du dimanche. Mais la proportion exacte, pour chacune de ces plages horaires, des appels *on net* dans le trafic total ne figure pas au dossier.
135. Cette proportion peut toutefois être estimée suivant l'hypothèse selon laquelle la part du trafic *on net* sur le trafic total, considérée globalement, pour l'ensemble d'une gamme par exemple, est identique pour toutes les plages horaires. Cette hypothèse conduit à considérer que dans le créneau d'abondance, qui écoule pourtant par définition une très grande proportion de minutes *on net*, la proportion de minutes *on net* dans le trafic total se limite à la proportion moyenne observée. Elle conduit donc à sous-estimer sensiblement le résultat.
136. Pour un taux de communications *on net* passées dans le créneau d'abondance de la gamme Orange Intense par rapport aux communications *on net* globales correspondant au bas de la

fourchette du ratio « trafic d'abondance sur trafic total » de 75%, les différences de prix s'établissent comme suit :

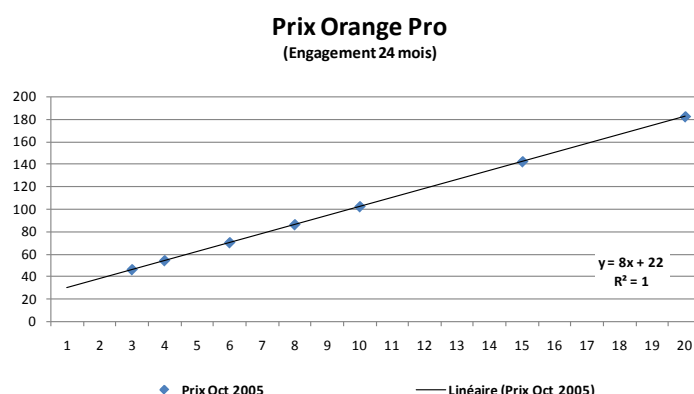
	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Intense octobre 2005	8,0	11,1	0,0	2,8	8,4
Gamme Orange Intense janvier 2007	7,6	10,6	0,0	2,7	8,0

137. Il résulte de ces éléments, s'agissant des offres Orange Intense avec abondance en plages horaires, que les différences de prix hors taxes entre les minutes de communication *on net* et les minutes de communication *off net* se sont établies à 8,4 centimes d'euros entre octobre 2005 et janvier 2007, puis à 8,0 centimes d'euros après janvier 2007.
138. En prenant en compte les données relatives à l'absence de consommation intégrale des forfaits Orange Intense exposées ci-dessus, les différences de prix évoluent de la manière suivante :

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Intense octobre 2005	12,3	17,2	0,0	4,3	12,9
Gamme Orange Intense janvier 2007	11,8	16,4	0,0	4,1	12,3

Les offres Orange Pro

139. La gamme Orange Pro avec abondance a été commercialisée en octobre 2005. Cette gamme était accessible à la clientèle résidentielle comme à la clientèle non résidentielle. Deux types de formules étaient proposés : une abondance vers tous les numéros Orange dans une plage horaire restreinte (entre 7 heures et 17 heures en semaine et tout le week-end), ou sur simple appel au service client, et une abondance 24 heures sur 24, vers trois numéros Orange (cote 1314).
140. Hormis quelques légères modifications, comme l'élargissement de la plage horaire d'abondance (de 8 heures à 18 heures) et l'introduction d'un forfait 30 heures à 262 euros en octobre 2006, la gamme Orange Pro n'a pas subi d'évolution significative au cours de sa commercialisation. En particulier, les tarifs et les temps de communication sont restés inchangés.



♦ Option illimitée en plage horaire

141. La majeure partie des forfaits Orange Pro a été contractée avec l'option illimitée en plage horaire, en particulier au lancement de l'offre (cote 39386).

142. Le taux d'appels *on net* passés dans le créneau d'abondance par rapport à l'ensemble des communications *on net* s'est sensiblement accru entre la période allant d'août à septembre 2005 d'une part, au cours de laquelle le ratio était compris entre 55% et 65%, et la période allant de décembre 2005 à mars 2006, d'autre part, au cours de laquelle ce ratio s'est maintenu dans une fourchette comprise entre 65% et 75% (cote 39459).
143. Si l'on retient le chiffre de 65% pour l'ensemble de la période à partir de laquelle les offres Orange Pro ont été commercialisées, c'est-à-dire à partir d'octobre 2005, et compte tenu du prix de l'heure de communication de 8 euros TTC, relatif à cette gamme, soit 11,1 centimes d'euros HT par minute, les différences de prix entre appels *on net* et *off net* s'établissent comme suit :

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Pro (3n°KDO)	8	11,1	0	3,9	7,2

144. A l'image des évaluations effectuées pour les gammes Orange Classique et Intense, les chiffres exposés ci-dessus constituent des minorants du prix réel des communications compte tenu de l'absence de consommation intégrale des forfaits.

♦ Option illimitée vers 3 numéros Orange

145. Contrairement aux offres Classique et Intense, le volume précis de communication vers les « 3 numéros KDO » pour les clients des offres Pro ne figure pas au dossier, Orange n'ayant pas été en mesure de les communiquer.
146. Plusieurs références sont utilisables pour évaluer la part des minutes *on net* à destination des « 3 numéros KDO » par rapport au volume total des minutes *on net*, à savoir les proportions déterminées sur la base des trafics constatés dans le cas du bonus « 3 numéros KDO » d'Orange Classique et Orange Intense (respectivement 87% et 80%), ou encore celle prise en compte dans le cadre des offres Pro mais disposant d'un bonus en plage horaire, soit 65%. Il serait possible de considérer que, pour un même godet d'heure, les comportements de consommation sont davantage en relation avec le type de bonus choisis qu'avec la gamme choisie. En retenant la valeur la plus faible, soit 65%, situation la plus favorable à Orange, les résultats sont identiques à ceux présentés pour l'option illimitée en plage horaire.

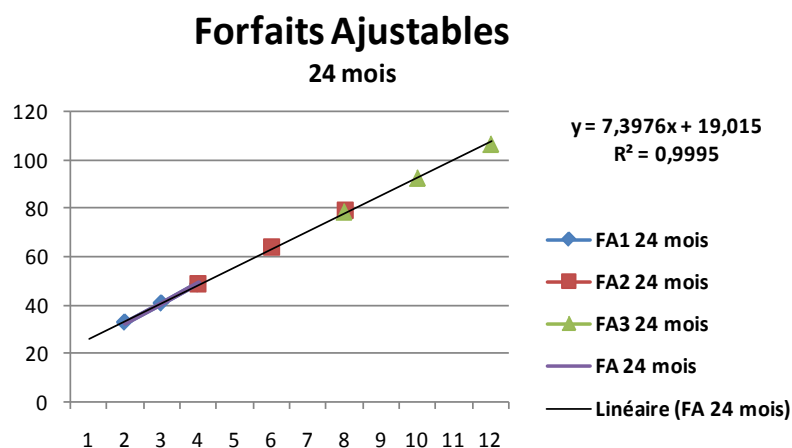
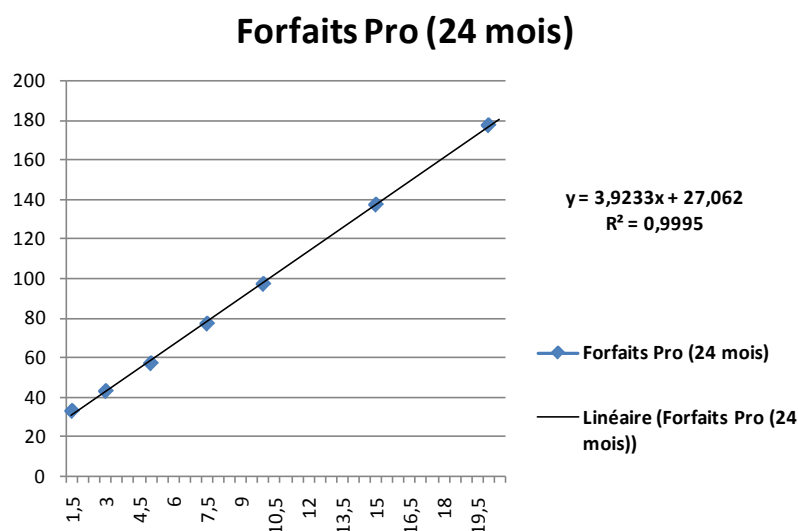
	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Pro (3n°KDO)	8	11,1	0	3,9	7,2

147. La part des minutes non consommées par les clients des offres Orange Pro ne figurant pas au dossier, la valeur du surcoût établi pour les offres Orange Classique sera retenue, soit 39%.
148. Dans ces conditions, les différences de prix des offres Orange Pro s'établissent comme suit, s'agissant des clients de l'offre disposant du bonus 3 NKDO, comme de ceux disposant du bonus illimité en plage horaire :

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Pro	11,1	15,5	0,0	5,4	10,1

L'option « 3 numéros KDO »

149. L'option « 3 numéros KDO » commercialisée en avril 2005, soit six mois avant la refonte de l'offre d'Orange et la généralisation des offres d'abondance *on net* de cet opérateur, a permis d'offrir à l'ensemble des clients du parc une option d'abondance vers trois numéros Orange. Cette option donnait lieu à une facturation spécifique de 4 euros TTC par mois.
150. Des études internes menées par Orange (étude de juin 2005, cote 25200 et s. ; étude de décembre 2005, cotes 26700 et s.) permettent d'établir les comportements de consommation liés à l'option « 3 numéros KDO ». En particulier, l'étude de décembre 2005 analyse le profil de deux catégories de souscripteurs de cette option : d'une part, des clients disposant déjà d'une offre de la gamme « Forfaits Ajustables » ou « Forfaits Pro », et d'autre part des clients disposant d'une autre offre, mais choisissant de migrer vers l'une de ces deux gammes d'offres et de souscrire à l'option concomitamment. L'échantillon étudié est composé très majoritairement de clients entrant dans cette seconde catégorie (81% de l'échantillon, contre 19% de clients qui souscrivent l'option seule - cote 39363).
151. Cette étude montre en particulier (cote 19763) que les clients qui souscrivent l'option enregistrent en moyenne 391 minutes de communications sortantes (contre 162 minutes pour les mêmes clients avant la souscription à l'offre), dont 239 minutes vers des mobiles Orange (contre 66 minutes auparavant), et 184 minutes vers les 3 numéros Orange les plus appelés (contre 53 minutes auparavant).
152. S'agissant des migrants, 73% du trafic destiné aux numéros les plus appelés concernent exclusivement les trois numéros favoris, contre 75% s'agissant des clients déjà positionnés sur une offre (cote 19764). Ces chiffres permettent de déterminer que les migrants communiquent en moyenne 136,5 minutes par mois vers leurs numéros favoris contre 129,5 s'agissant des clients déjà positionnés sur une offre. En moyenne, les communications destinées aux trois numéros favoris s'élèvent à 135 minutes. Ceci implique que la part du trafic *on net* illimité dans le trafic *on net* total s'élève à 57% pour chacune des deux catégories de clients.
153. Compte tenu du prix de l'option de 4 euros TTC par mois, et du temps de communication additionnelle que celle-ci permet en moyenne, soit 135 minutes vers les numéros favoris, il ressort que le tarif des minutes pour les appels dans le créneau d'abondance s'établit à 2,5 centimes d'euros HT par minute.
154. Par ailleurs, il est possible de déterminer pour les gammes Ajustable et Pro le prix d'une minute de communication décomptée du forfait de la même manière que précédemment pour les offres Classique et Intense (cote 980).



155. On observe ici une différence significative dans la construction de ces deux gammes d'offres, les forfaits Ajustables présentant une part fixe relativement faible et une heure de communication tarifée 7,40 euros TTC, alors que la gamme Pro est construite autour d'une part fixe plus élevée, 27 euros TTC, et d'une heure de communications tarifée 3,92 euros TTC.
156. En retenant la part des minutes *on net* passées dans le créneau d'abondance dans le trafic *on net* total de 57%, ainsi que la proportion des parcs de chacune de ces deux gammes à la date de l'étude (cotes 39459 soit 46% pour le forfait Pro et 54% pour les forfaits ajustables), les différences de prix entre appels *on net* et *off net* s'établissent comme suit :

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute décomptée (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gammes Orange Ajustable et PRO avec option 3NKDO (en moyenne selon les parcs)	5,5	7,7	2,5	4,7	2,94

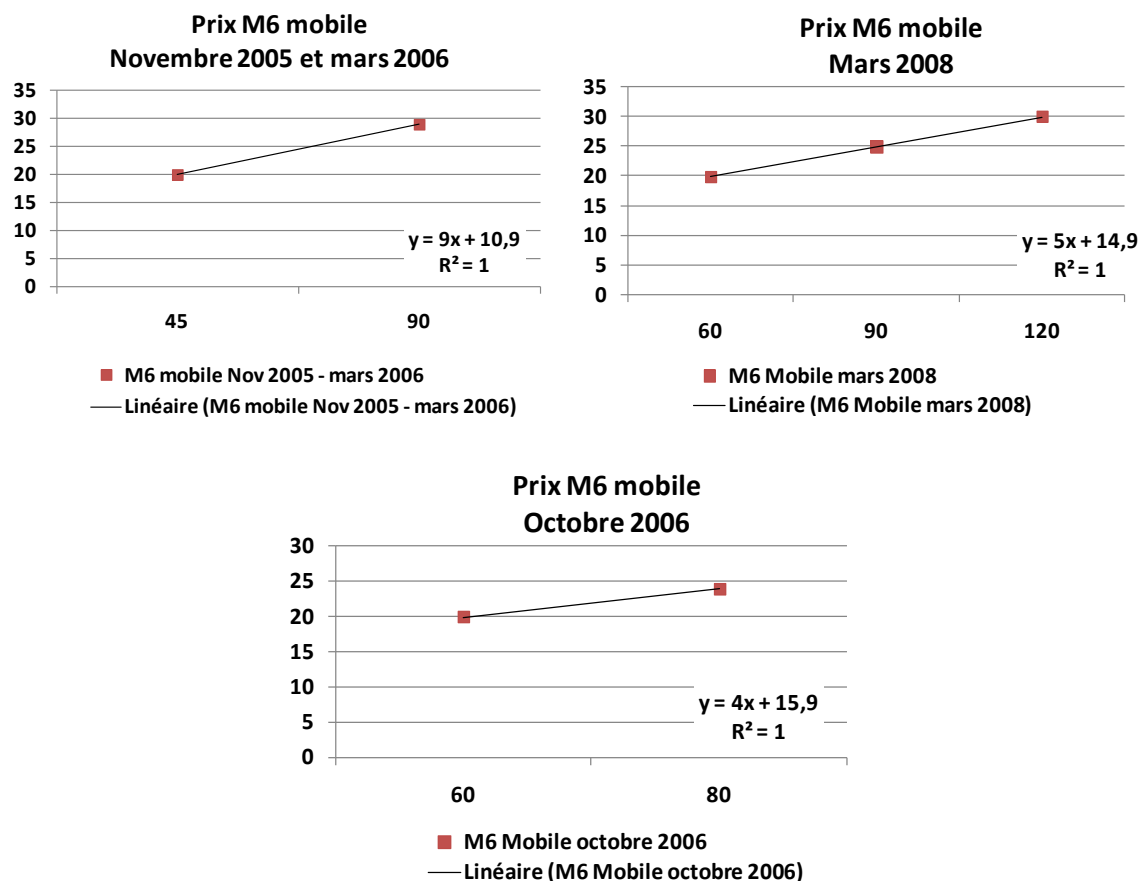
157. Le prix moyen d'une minute *on net* est ici déterminé comme la moyenne pondérée de deux prix, celui des minutes *on net* décomptées du forfait, soit 7,7 centimes d'euros HT par minute, et celui de l'option rapporté à la consommation vers les trois numéros KDO, soit 2,5 centimes d'euros HT par minute.

158. Il résulte de ces éléments que, s'agissant de l'option « 3 numéros KDO », souscrite par les clients des gammes Pro et Ajustable, les différences de prix hors taxes entre les minutes de communication *on net* et les minutes de communication *off net* s'établissent à 2,94 centimes d'euros par minute.
159. La part des minutes non consommées par les souscripteurs de l'option « 3 numéros KDO » ne figurant pas au dossier, la valeur du surcoût établi pour les offres Orange Classique sera retenue, soit 39%. Dans cette hypothèse, les différences de prix s'établissent comme suit :

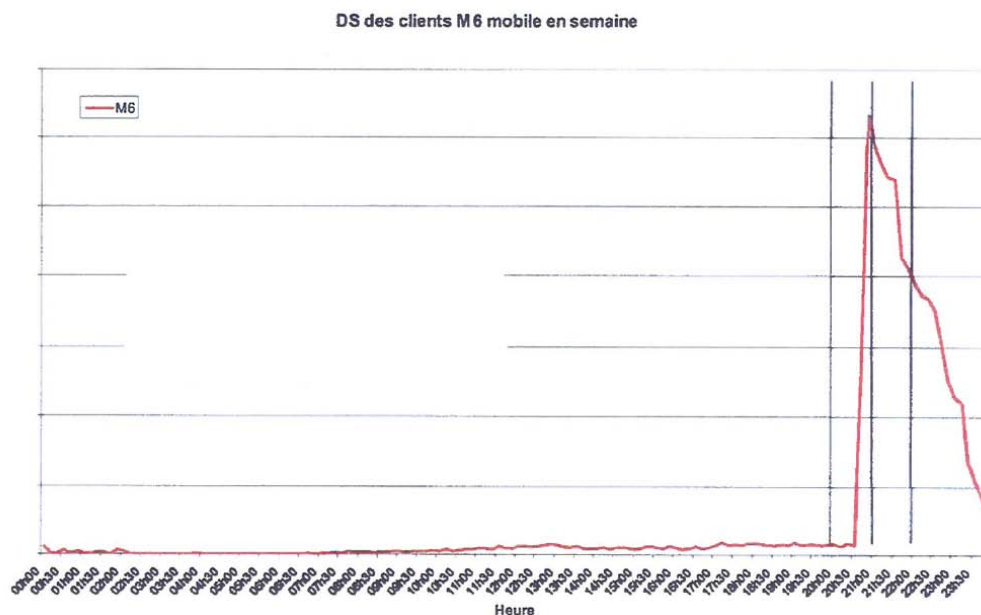
	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute décomptée (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gammes Orange Ajustable et PRO avec option 3NKDO (en moyenne selon les parcs)	7,7	10,7	2,5	6,0	4,63

Les offres M6 Mobile by Orange

160. Les offres M6 Mobile ont été commercialisées à partir du mois de juin 2005, avec tout d'abord un forfait unique de 45 min. Puis, à partir de novembre 2005, un forfait 1h30 s'est ajouté à la gamme. Ces deux offres permettaient d'appeler de manière illimitée les numéros Orange et M6 Mobile entre 20 h 45 et 24 heures ; elles ont connu un succès important auprès de la cible des jeunes de 15 à 25 ans. En particulier, le volume de communications passées dans le créneau d'abondance semble avoir eu une incidence significative sur la charge du réseau (cote 39388).
161. Ces offres ont connu plusieurs évolutions : en mars 2006, date à laquelle le créneau d'abondance a été décalé de 22 heures à minuit, puis en octobre 2006 avec une refonte importante des forfaits (1 heure et 1 h 20 illimités le WE et 1 h 40 et 2 heures illimités le week-end et en soirée entre 22 heures et minuit). Au second trimestre 2008, l'offre est réorganisée autour de 3 forfaits (1 heure, 1 h 30 et 2 heures) illimités le week-end et le soir, de 20 heures à 8 heures vers les fixes et les mobiles Orange, au delà de la première minute.

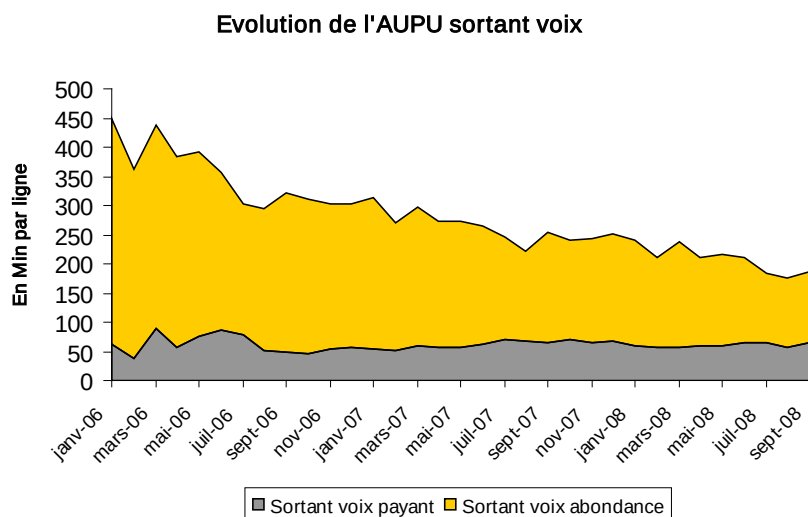


162. Ces offres présentent donc des prix de 12 euros TTC par heure de communication pour les offres de novembre 2005 et de mars 2006, de 12 euros TTC par heure pour les forfaits 60 et 80 minutes d'octobre 2006 et de 9 euros TTC par heure pour les forfaits 100 et 120 minutes, commercialisés à la même date. Enfin, en mars 2008 le prix s'élevait à 10 euros TTC par heure de communication.
163. En ce qui concerne les premières offres, commercialisées jusqu'en mars 2006, il apparaît, s'agissant des cohortes de clients de septembre et octobre 2005, que la part du trafic *on net* par rapport au trafic sortant se situait dans une fourchette comprise entre 85 % et 95 %, et que la part du trafic *on net* écoulé dans la plage horaire d'abondance (c'est-à-dire entre 20 h 45 et minuit) par rapport au trafic *on net* global se situait dans une fourchette comprise entre 80 % et 90 % (cote 39459).
164. Le graphique suivant illustre la très forte sensibilité des clients des offres M6 aux prix, les communications étant concentrées dans le créneau d'abondance :



Source : France Télécom, cote 39463

165. Néanmoins, la part du trafic gratuit dans le trafic total s'est progressivement réduite ainsi que l'illustre le graphique suivant.



Source : France Télécom, cote 39461

166. Il ressort de ce graphique qu'en janvier 2006 le trafic d'abondance *on net* représentait près de 85% du trafic total *on net* et *off net* (rapport de 1 à 5,5) et près de 65% en septembre 2008 (rapport de 1 à 3). Ce ratio constitue un minorant du ratio utilisé dans les paragraphes précédents, qui vise la part du trafic d'abondance *on net* dans le trafic *on net* global. Si l'on fait l'hypothèse (très conservatrice et favorable à Orange) que seulement la moitié du trafic payant total est du trafic *on net*, on obtient une part de trafic d'abondance dans le trafic *on net* global de 92% en janvier 2006 (chiffre cohérent avec le paragraphe 163) et de 83% en septembre 2008. Le chiffre de 80% sera ici retenu.

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
M6 Mobile novembre 2005 et mars 2006	12	16,7	6,0	10,7
M6 Mobile octobre 2006 (pour 60 et 80 min)	12	16,7	6,0	10,7
M6 Mobile octobre 2006 (pour 100 et 120 min)	9	12,5	4,5	8,0
M6 Mobile mars 2008	10	13,9	5,0	8,9

167. Il résulte de ces éléments que, s'agissant des offres M6 Mobile, les différences de prix hors taxes entre les minutes de communication *on net* et les minutes de communication *off net* s'établissent à 10,7 centimes d'euros entre mars 2005 et octobre 2006, à 10,7 centimes d'euros entre octobre 2006 et mars 2008 s'agissant des forfaits 60 minutes et 80 minutes, et 8 centimes d'euros pour les forfaits 100 et 120 minutes, puis à 8,9 centimes d'euros à partir de mars 2008.
168. La part des minutes non consommées par les clients des offres M6 Mobile ne figurant pas au dossier, la valeur du surcoût établi pour les offres Orange Classique sera retenue, soit 39%. Dans cette hypothèse, les différences de prix s'établissent comme suit :

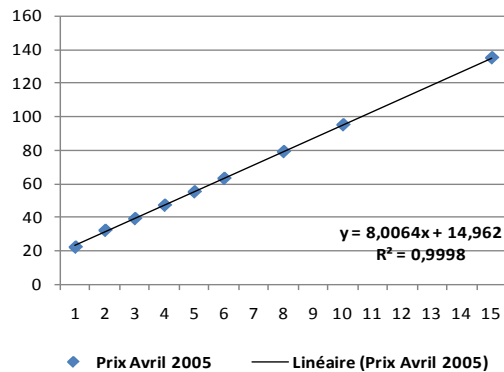
	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
M6 Mobile novembre 2005 et mars 2006	16,7	23,2	0	4,6	18,6
M6 Mobile octobre 2006 (pour 60 et 80 min)	16,7	23,2	0	4,6	18,6
M6 Mobile octobre 2006 (pour 100 et 120 min)	12,5	17,4	0	3,5	13,9
M6 Mobile mars 2008	13,9	19,4	0	3,9	15,5

Les différences de prix dans les offres de SFR

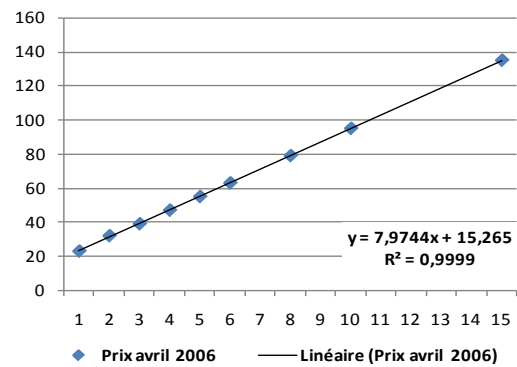
Les offres SFR Essentiel

169. La gamme SFR Essentiel, commercialisée à partir du mois de mars 2005, a évolué au fil des ans, s'agissant notamment du forfait 1 heure. Un an après son lancement, le prix de celui-ci a été revu à la hausse de 1 euro. En juillet 2006, le prix de la minute au-delà du forfait a augmenté à son tour. Puis en octobre 2006, le prix du forfait augmente à nouveau de 2 euros, s'établissant à 25 euros TTC avec en parallèle un rétrécissement de la plage horaire d'abondance, celle-ci passant de 24/24 heures à 8 heures-18 heures.
170. Dans le courant de l'année 2007, le forfait 1 heure est repassé dans la plage horaire d'abondance 24/24 heures, et son prix a été fixé à 25,90 euros TTC. Les autres forfaits ont tous été revus à la hausse de 1,90 euro TTC. Le forfait 4 heures, un temps supprimé, a été réintroduit en juin 2009. Le forfait 2 heures a quant à lui connu une hausse d'un euro à cette même date.

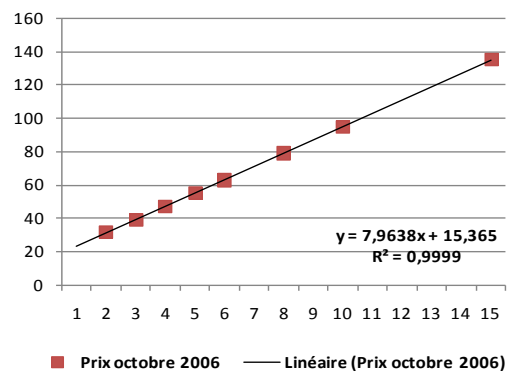
Prix avril 2005
(Engagement 24 mois)



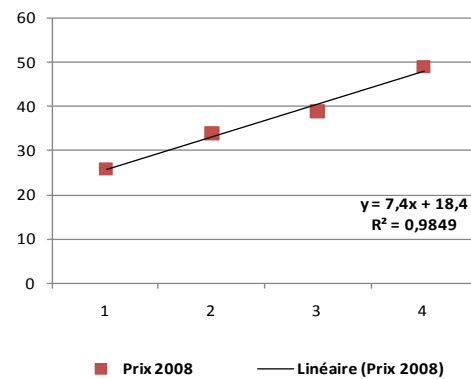
Prix avril 2006
(Engagement 24 mois)



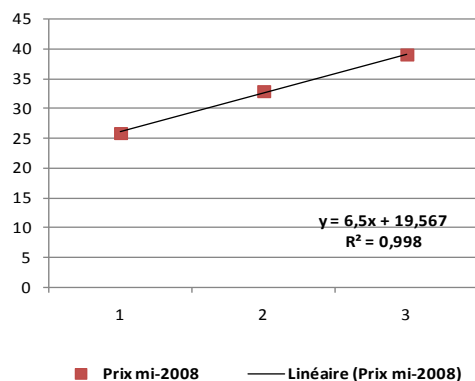
Prix octobre 2006
(Engagement 24 mois)



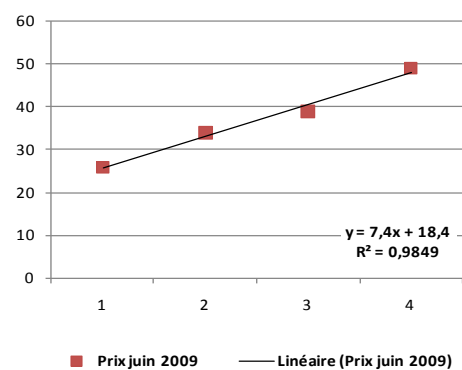
Prix 2008
(Engagement 24 mois)



Prix mi-2008
(Engagement 24 mois)



Prix juin 2009
(Engagement 24 mois)



171. On observe au cours de la période un abaissement progressif du prix de l'heure de communication décomptée du forfait, celle-ci passant de 8 euros TTC en 2005 à 6,5 euros TTC au cours de la seconde moitié de l'année 2008, pour revenir à 7,4 euros TTC à partir de juin 2009. Sur une période si longue, les différents services compris dans le forfait ont bien entendu évolué, se traduisant sur le plan tarifaire par une élévation progressive de la part fixe du forfait (de 15,9 euros à 18,4 euros).

172. Selon les chiffres communiqués par SFR, la part des communications *on net* passées dans le créneau d'abondance, par rapport à l'ensemble des minutes *on net*, s'établit pour ces offres dans une fourchette comprise entre 80 % et 90 % en avril 2006 tout comme en mai 2007 (cote 39451). Si l'on retient le chiffre de 80%, les différences de prix s'établissent comme suit :

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme SFR essentiel avril 2005	8,0	11,1	2,2	8,9
Gamme SFR essentiel avril 2006	8,0	11,1	2,2	8,9
Gamme SFR essentiel octobre 2006	8,0	11,1	2,2	8,9
Gamme SFR essentiel 2008	7,4	10,3	2,1	8,2
Gamme SFR essentiel mi-2008	6,5	9,1	1,8	7,2
Gamme SFR essentiel Juin 2009	7,4	10,3	2,1	8,2

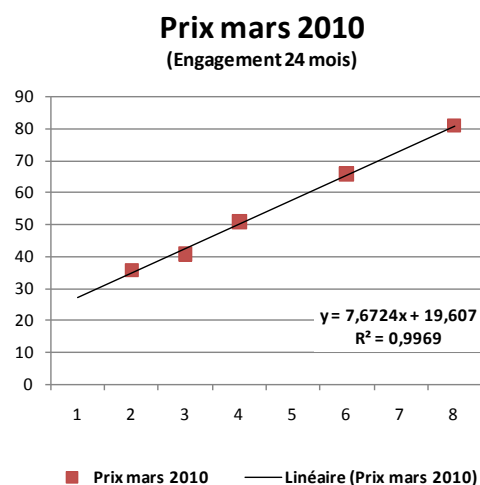
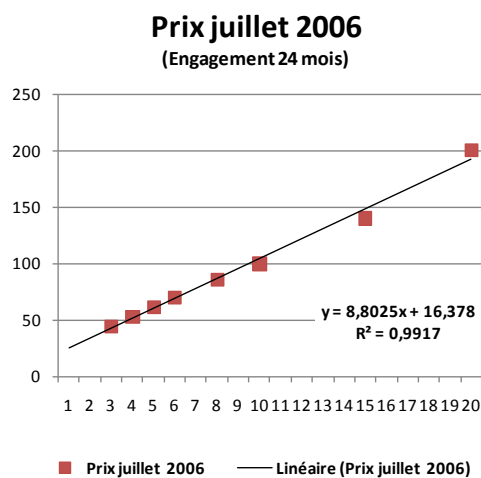
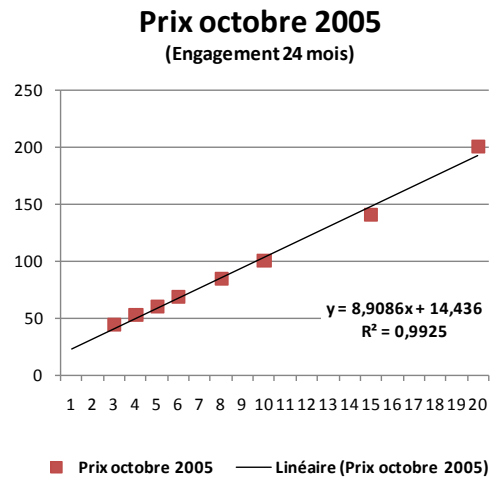
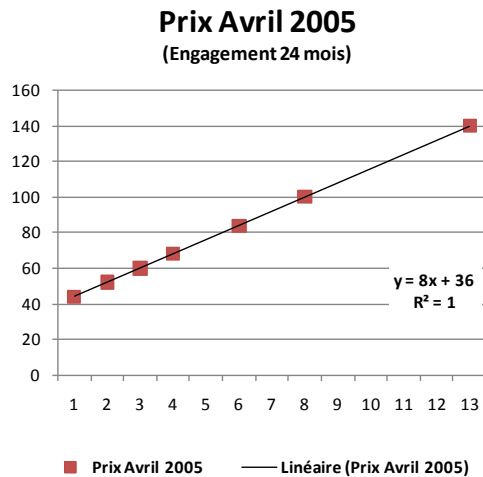
173. Il résulte de ces éléments que, s'agissant des offres de la gamme SFR Essentiel, les différences de prix hors taxes entre les minutes de communications *on net* et les minutes de communication *off net* s'établissent à 8,9 centimes d'euros entre avril 2005 et 2008, à 8,2 centimes d'euros jusqu'au milieu de l'année 2008 et à 7,2 centimes d'euros de mi-2008 à mi-2009. À partir de cette date, l'écart de prix s'est à nouveau établi à 7,4 centimes d'euros.
174. De même que pour les offres d'Orange, les chiffres exposés ci-dessus constituent des minorants du prix réel des communications étant donné que les forfaits ne sont pas toujours entièrement consommés et que le prix de la minute en dehors du forfait est supérieur au prix de la minute dans le forfait. La prise en compte des éléments relatifs à la consommation des forfaits communiqués par SFR dans le cadre de l'instruction du présent dossier permet de corriger en partie ce biais.
175. Pour les mois d'avril 2006 et de mai 2007, la moyenne des minutes des forfaits non consommées s'élève à hauteur de 30 et 40 minutes respectivement pour des forfaits d'une durée moyenne de 100 et 110 minutes (cote 45003). En retenant les hypothèses les plus favorables à l'opérateur, soit respectivement 30 et 110 minutes, ces chiffres conduisent à un surcoût des minutes décomptées, tenant compte de la sous-consommation de leur forfait par une partie des clients, de 38% ($110/(110-30)-1$).
176. Dans ces conditions, les différences de prix des offres SFR Essentiel s'établissent comme suit :

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme SFR essentiel avril 2005	11,0	15,4	0	3,1	12,3
Gamme SFR essentiel avril 2006	11,0	15,3	0	3,1	12,3
Gamme SFR essentiel octobre 2006	11,0	15,3	0	3,1	12,2
Gamme SFR essentiel 2008	10,2	14,2	0	2,8	11,4
Gamme SFR essentiel mi-2008	9,0	12,5	0	2,5	10,0
Gamme SFR essentiel Juin 2009	10,2	14,2	0	2,8	11,4

Les offres SFR Evolution Pro

177. Bien qu'estampillées « Pro », seules certaines options ou promotions attachées à cette gamme d'offres étaient réservées aux personnes enregistrées au registre du commerce et des sociétés. Aussi, les forfaits de cette gamme ont pu être souscrits par des clients résidentiels, bénéficiant dès le mois de mai 2005 d'appels illimités vers 3 numéros SFR, sept jours sur sept et vingt quatre heures sur vingt quatre.

178. Cette gamme, d'une grande longévité, a connu peu d'évolutions significatives (ajout et retrait de certaines durées, augmentations d'un à deux euros en juillet 2006). À partir de la fin de l'année 2007, et sans changement de prix, le choix de la formule d'abondance s'élargit à des formules de type « deux fois plus de temps vers tous les opérateurs » dans certaines plages horaires, puis « illimité vers 3 numéros tous opérateurs pour 1 euro de plus ». Enfin en mars 2010, une nouvelle évolution tarifaire intervient avec des baisses comprises entre 2 et 5 euros.



179. On constate ici que l'introduction d'un forfait 20 heures en octobre 2005 aboutit à renchérir le prix de l'heure additionnelle alors que les autres tarifs demeurent identiques. C'est en mars 2010 que le prix de l'heure baisse le plus significativement pour atteindre 7,7 euros TTC.
180. Selon les chiffres communiqués par SFR, la part des communications *on net* passées dans le créneau d'abondance, par rapport à l'ensemble des minutes *on net* s'établit pour ces offres, en avril 2006 tout comme en mai 2007, dans une fourchette comprise entre 70 % et 80 % (cote 39451). Si l'on retient le chiffre de 70%, les différences de prix s'établissent comme suit :

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme SFR evolution Pro avril 2005	8,0	11,1	3,3	7,8
Gamme SFR evolution Pro octobre 2005	8,9	12,4	3,7	8,7
Gamme SFR evolution Pro juillet 2006	8,8	12,3	3,7	8,6
Gamme SFR evolution Pro mars 2010	7,7	10,7	3,2	7,5

181. A l'image des évaluations effectuées pour les offres SFR Essentiel, les chiffres exposés ci-dessus constituent des minorants du prix réel des communications compte tenu de l'absence de consommation intégrale des forfaits.
182. Pour les mois d'avril 2006 et de mai 2007, la moyenne des minutes des forfaits non consommées s'élève à hauteur de 70 et 80 minutes respectivement pour des forfaits d'une durée moyenne de 250 et 260 minutes (cote 45003). En retenant les hypothèses les plus favorables à l'opérateur, soit respectivement 70 et 250 minutes, ces chiffres conduisent à un surcoût des minutes décomptées, tenant compte de la sous-consommation de leur forfait par une partie des clients, de 37% ($260/(260-70)-1$).
183. Dans ces conditions, les différences de prix des offres SFR Evolution Pro s'établissent comme suit :

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme SFR evolution Pro avril 2005	11,0	15,3	0,00	4,6	10,7
Gamme SFR evolution Pro octobre 2005	12,2	17,0	0,00	5,1	11,9
Gamme SFR evolution Pro juillet 2006	12,1	16,8	0,00	5,0	11,8
Gamme SFR evolution Pro mars 2010	10,5	14,6	0,00	4,4	10,3

184. Pour les deux gammes SFR Essentiel et SFR Evolution Pro, les étudiants, lycéens et collégiens pouvaient sur présentation d'un justificatif, obtenir une extension de leur forfait, sous réserve d'un engagement de 24 mois (cote 507). Cette extension leur permettait d'appeler en illimité non pas trois mais quatre numéros SFR. Compte tenu de cette extension, les différences de prix *on net* / *off net* sont nécessairement supérieures ou égales à celles des offres correspondantes, hors « Solution lycéen/étudiants ».

b) Différence de coûts entre les appels *on net* et *off net*

185. Schématiquement, un appel mobile est composé d'un départ d'appel puis d'une terminaison d'appel. Pour un appel *on net*, le départ d'appel et la terminaison d'appel se font sur le même réseau et l'opérateur n'a donc à supporter que deux opérations internes. Pour un appel *off net*, l'opérateur de l'appelant assure le départ de l'appel puis le livre à l'opérateur de l'appelé qui assure la terminaison de l'appel. L'opérateur de l'appelé facture à l'opérateur de l'appelant cette prestation de terminaison d'appel. Ainsi, pour un appel *off net*, l'opérateur assure le départ de l'appel et achète une prestation de terminaison d'appel à un opérateur tiers.
186. Les coûts de départ d'un appel *on net* et ceux d'un appel *off net* peuvent être considérés comme identiques, les éventuelles différences étant minimes. Dès lors, la différence du coût de production entre un appel *on net* et un appel *off net* repose exclusivement sur la différence des coûts entre la terminaison d'un appel *on net* et la terminaison d'un appel *off net*. Il résulte de la réglementation sectorielle rappelée ci-dessus que le coût à prendre en compte pour la terminaison d'un appel *on net* est égal à la charge de terminaison d'appel facturée par l'opérateur concerné aux autres opérateurs pour la terminaison d'un appel sur son réseau.

187. Ainsi, la différence de coût entre un appel *on net* et un appel *off net* est égale à la différence entre les charges de terminaison d'appel des deux opérateurs concernés.
188. Le tableau suivant retrace l'évolution des écarts de terminaison d'appel des opérateurs de téléphonie mobile entre 2002 et 2010 :

En centimes d'€	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	Au 1er juillet 2009	Au 1er juillet 2010
Orange	20,12	17,07	14,94	12,5	9,5	7,5	6,5	4,5	3
SFR	20,12	17,07	14,94	12,5	9,5	7,5	6,5	4,5	3
Bouygues Télécom	27,49	24,67	17,89	14,79	11,24	9,24	8,5	6	3,4
Ecarts de TA	7,37	7,6	2,95	2,29	1,74	1,74	2	1,5	0,4

c) Comparaison entre les différences de prix et de coûts des appels *on net* et *off net*

189. Pour apprécier de manière globale la disproportion entre les écarts de prix et les écarts de coûts sous-jacents, les tableaux qui suivent évaluent une différence de coût moyen entre les appels *on net* et les appels *off net*. Il s'agit en pratique de pondérer les charges de terminaison d'appel *off net* en fonction du trafic à destination des opérateurs concernés (Bouygues Télécom et SFR pour Orange, Bouygues Télécom et Orange pour SFR). Ces trafics figurent aux cotes 39372 et suivantes pour la période comprise entre 2005 et le deuxième trimestre de l'année 2009 et sont estimés pour les trimestres qui suivent jusqu'à la fin de l'année 2010.
190. Il en ressort que les écarts de prix excèdent plus de 6 fois les écarts de coût : jusqu'à 60 fois après la baisse des terminaisons d'appels du 1^{er} juillet 2010.

S'agissant des offres d'Orange

Les offres Orange Classique

	Différence de prix (c€/min)	Différence de coûts (c€/min)			
			Vers SFR	Vers Bouygues	Moyenne pondérée
		T1 2005	0	2,29	0,76
		T2 2005	0	2,29	0,77
		T3 2005	0	2,29	0,77
Gamme Orange Classique octobre 2005	14,0	T4 2005	0	2,29	0,78
		T1 2006	0	1,74	0,59
		T2 2006	0	1,74	0,59
		T3 2006	0	1,74	0,61
		T4 2006	0	1,74	0,61
Gamme Orange Classique janvier 2007	13,8	T1 2007	0	1,74	0,60
		T2 2007	0	1,74	0,61
Gamme Orange Classique juin 2007	12,4	T3 2007	0	1,74	0,61
		T4 2007	0	1,74	0,61
		T1 2008	0	2,00	0,70
		T2 2008	0	2,00	0,70
		T3 2008	0	2,00	0,73
		T4 2008	0	2,00	0,72
		T1 2009	0	2,00	0,73
		T2 2009	0	2,00	0,73
		T3 2009	0	1,50	0,55
		T4 2009	0	1,50	0,55
		T1 2010	0	1,50	0,55
		T2 2010	0	1,50	0,56
		T3 2010	0	0,40	0,15
		T4 2010	0	0,40	0,15

Les offres Orange Intense avec l'option « 3 numéros KDO »

	Différence de prix (c€/min)	Différence de coûts (c€/min)			
			Vers SFR	Vers Bouygues	Moyenne pondérée
		T1 2005	0	2,29	0,76
		T2 2005	0	2,29	0,77
		T3 2005	0	2,29	0,77
Gamme Orange Intense NKDO octobre 2005	13,8	T4 2005	0	2,29	0,78
		T1 2006	0	1,74	0,59
		T2 2006	0	1,74	0,59
		T3 2006	0	1,74	0,61
		T4 2006	0	1,74	0,61
Gamme Orange Intense NKDO janvier 2007	13,1	T1 2007	0	1,74	0,60
		T2 2007	0	1,74	0,61
		T3 2007	0	1,74	0,61
		T4 2007	0	1,74	0,61
		T1 2008	0	2,00	0,70
		T2 2008	0	2,00	0,70
		T3 2008	0	2,00	0,73
		T4 2008	0	2,00	0,72
		T1 2009	0	2,00	0,73
		T2 2009	0	2,00	0,73
		T3 2009	0	1,50	0,55
		T4 2009	0	1,50	0,55
		T1 2010	0	1,50	0,55
		T2 2010	0	1,50	0,56
		T3 2010	0	0,40	0,15
		T4 2010	0	0,40	0,15

Les offres Orange Intense avec l'option illimitée soir et week-end

	Différence de prix (c€/min)	Différence de coûts (c€/min)			
			Vers SFR	Vers Bouygues	Moyenne pondérée
		T1 2005	0	2,29	0,76
		T2 2005	0	2,29	0,77
		T3 2005	0	2,29	0,77
Gamme Orange Intense SWE octobre 2005	12,9	T4 2005	0	2,29	0,78
		T1 2006	0	1,74	0,59
		T2 2006	0	1,74	0,59
		T3 2006	0	1,74	0,61
		T4 2006	0	1,74	0,61
Gamme Orange Intense SWE janvier 2007	12,3	T1 2007	0	1,74	0,60
		T2 2007	0	1,74	0,61
		T3 2007	0	1,74	0,61
		T4 2007	0	1,74	0,61
		T1 2008	0	2,00	0,70
		T2 2008	0	2,00	0,70
		T3 2008	0	2,00	0,73
		T4 2008	0	2,00	0,72
		T1 2009	0	2,00	0,73
		T2 2009	0	2,00	0,73
		T3 2009	0	1,50	0,55
		T4 2009	0	1,50	0,55
		T1 2010	0	1,50	0,55
		T2 2010	0	1,50	0,56
		T3 2010	0	0,40	0,15
		T4 2010	0	0,40	0,15

Les offres Orange Pro avec les options « 3 numéros KDO » et illimité soir et week-end

	Différence de prix (c€/min)	Différence de coûts (c€/min)			
			Vers SFR	Vers Bouygues	Moyenne pondérée
		T1 2005	0	2,29	0,76
		T2 2005	0	2,29	0,77
		T3 2005	0	2,29	0,77
Gamme Orange Pro NKDO et SWE octobre 2005	10,10	T4 2005	0	2,29	0,78
		T1 2006	0	1,74	0,59
		T2 2006	0	1,74	0,59
		T3 2006	0	1,74	0,61
		T4 2006	0	1,74	0,61
		T1 2007	0	1,74	0,60
		T2 2007	0	1,74	0,61
		T3 2007	0	1,74	0,61
		T4 2007	0	1,74	0,61
		T1 2008	0	2,00	0,70
		T2 2008	0	2,00	0,70
		T3 2008	0	2,00	0,73
		T4 2008	0	2,00	0,72
		T1 2009	0	2,00	0,73
		T2 2009	0	2,00	0,73
		T3 2009	0	1,50	0,55
		T4 2009	0	1,50	0,55
		T1 2010	0	1,50	0,55
		T2 2010	0	1,50	0,56
		T3 2010	0	0,40	0,15
		T4 2010	0	0,40	0,15

L'option « 3 numéros KDO »

	Différence de prix (c€/min)	Différence de coûts (c€/min)			
			Vers SFR	Vers Bouygues	Moyenne pondérée
		T1 2005	0	2,29	0,76
Gammes Orange Ajustable et PRO avec option 3NKDO	4,63	T2 2005	0	2,29	0,77
		T3 2005	0	2,29	0,77
		T4 2005	0	2,29	0,78
		T1 2006	0	1,74	0,59
		T2 2006	0	1,74	0,59
		T3 2006	0	1,74	0,61
		T4 2006	0	1,74	0,61
		T1 2007	0	1,74	0,60
		T2 2007	0	1,74	0,61
		T3 2007	0	1,74	0,61
		T4 2007	0	1,74	0,61
		T1 2008	0	2,00	0,70
		T2 2008	0	2,00	0,70
		T3 2008	0	2,00	0,73
		T4 2008	0	2,00	0,72
		T1 2009	0	2,00	0,73
		T2 2009	0	2,00	0,73
		T3 2009	0	1,50	0,55
		T4 2009	0	1,50	0,55
		T1 2010	0	1,50	0,55
		T2 2010	0	1,50	0,56
		T3 2010	0	0,40	0,15
		T4 2010	0	0,40	0,15

Les offres M6 mobile

	Différence de prix (c€/min)	Différence de coûts (c€/min)			
			Vers SFR	Vers Bouygues	Moyenne pondérée
		T1 2005	0	2,29	0,76
		T2 2005	0	2,29	0,77
		T3 2005	0	2,29	0,77
M6 Mobile Novembre 2005	18,6	T4 2005	0	2,29	0,78
		T1 2006	0	1,74	0,59
		T2 2006	0	1,74	0,59
		T3 2006	0	1,74	0,61
M6 Mobile octobre 2006 (pour 60 et 80 min)	18,6	T4 2006	0	1,74	0,61
		T1 2007	0	1,74	0,60
		T2 2007	0	1,74	0,61
		T3 2007	0	1,74	0,61
		T4 2007	0	1,74	0,61
		T1 2008	0	2,00	0,70
M6 Mobile octobre 2006 (pour 100 et 120 min)	13,9	T4 2006	0	1,7	0,6
		T1 2007	0	1,7	0,6
		T2 2007	0	1,7	0,6
		T3 2007	0	1,7	0,6
		T4 2007	0	1,7	0,6
		T1 2008	0	2,0	0,7
		T4 2006	0	1,7	0,6
M6 Mobile mars 2008	15,5	T2 2008	0	2,00	0,70
		T3 2008	0	2,00	0,73
		T4 2008	0	2,00	0,72
		T1 2009	0	2,00	0,73
		T2 2009	0	2,00	0,73
		T3 2009	0	1,50	0,55
		T4 2009	0	1,50	0,55
		T1 2010	0	1,50	0,55
		T2 2010	0	1,50	0,56
		T3 2010	0	0,40	0,15
		T4 2010	0	0,40	0,15

S'agissant des offres de SFR

Les offres SFR Essentiel

	Différence de prix (c€/min)	Différence de coûts (c€/min)			
			Vers Orange	Vers Bouygues	Moyenne pondérée
		T1 2005	0	2,29	0,75
Gamme SFR essentiel avril 2005	12,3	T2 2005	0	2,29	0,76
		T3 2005	0	2,29	0,76
		T4 2005	0	2,29	0,76
		T1 2006	0	1,74	0,58
Gamme SFR essentiel avril 2006	12,3	T2 2006	0	1,74	0,58
		T3 2006	0	1,74	0,59
Gamme SFR essentiel octobre 2006	12,2	T4 2006	0	1,74	0,60
		T1 2007	0	1,74	0,59
		T2 2007	0	1,74	0,59
		T3 2007	0	1,74	0,59
		T4 2007	0	1,74	0,59
Gamme SFR essentiel 2008	11,4	T1 2008	0	2,00	0,68
		T2 2008	0	2,00	0,68
Gamme SFR essentiel mi-2008	10,0	T3 2008	0	2,00	0,70
		T4 2008	0	2,00	0,71
		T1 2009	0	2,00	0,69
Gamme SFR essentiel Juin 2009	11,4	T2 2009	0	2,00	0,70
		T3 2009	0	1,50	0,53
		T4 2009	0	1,50	0,53
		T1 2010	0	1,50	0,53
		T2 2010	0	1,50	0,53
		T3 2010	0	0,40	0,14
		T4 2010	0	0,40	0,14

Les offres SFR Evolution Pro

	Différence de prix (c€/min)	Différence de coûts (c€/min)		
			Vers Orange	Vers Bouygues
		T1 2005	0	2,29
				0,75
Gamme SFR evolution Pro avril 2005	10,70	T2 2005	0	2,29
				0,76
		T3 2005	0	2,29
				0,76
Gamme SFR evolution Pro octobre 2005	11,90	T4 2005	0	2,29
				0,76
		T1 2006	0	1,74
				0,58
		T2 2006	0	1,74
				0,58
Gamme SFR evolution Pro juillet 2006	11,80	T3 2006	0	1,74
				0,59
		T4 2006	0	1,74
				0,60
		T1 2007	0	1,74
				0,59
		T2 2007	0	1,74
				0,59
		T3 2007	0	1,74
				0,59
		T4 2007	0	1,74
				0,59
		T1 2008	0	2,00
				0,68
		T2 2008	0	2,00
				0,68
		T3 2008	0	2,00
				0,70
		T4 2008	0	2,00
				0,71
		T1 2009	0	2,00
				0,69
		T2 2009	0	2,00
				0,70
		T3 2009	0	1,50
				0,53
		T4 2009	0	1,50
				0,53
Gamme SFR evolution Pro mars 2010	10,30	T1 2010	0	1,50
				0,53
		T2 2010	0	1,50
				0,53
		T3 2010	0	0,40
				0,14
		T4 2010	0	0,40
				0,14

2. LE TEST DE CISEAU TARIFAIRE MIS EN ŒUVRE DANS LA NOTIFICATION DE GRIEFS DU 13 MARS 2008

a) Méthodologie

191. Deux approches ont été suivies dans le cadre du présent dossier pour mettre en œuvre un test de ciseau tarifaire.
192. La première approche, appelée « période par période », consiste, pour chaque forfait et période (ici le mois), après identification des coûts et revenus moyens par abonné pour la période considérée, à calculer la différence entre ces revenus et ces coûts. Elle est identique à celle utilisée par le Conseil de la concurrence dans la décision n° 04-D-48 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom pour mettre en évidence des effets de ciseaux tarifaires dans le trafic fixe vers mobile.
193. La deuxième approche, dite des « flux actualisés », consiste à calculer les coûts et les revenus actualisés générés par un client sur toute la durée pendant laquelle il reste abonné à un forfait. Pour chaque forfait, la différence entre les revenus et les coûts actualisés est calculée. Cette approche a été utilisée dans la décision de la Commission européenne du 4 juillet 2007 COMP/38.784 – *Wanadoo España vs. Telefónica* et à titre indicatif dans sa décision du 16 juillet 2003 COMP/38.233- *Wanadoo Interactive*.

b) Mise en œuvre du test pour la gamme SFR Essentiel

194. La mise en œuvre de la méthode « période par période » laisse apparaître une différence négative entre les coûts et revenus mensuels moyens des abonnements pour presque tous

les forfaits de la gamme en 2005, principalement sur les durées de moins de 3 heures en 2006, et uniquement sur le forfait 1 heure en 2007.

195. La mise en œuvre de la méthode des « flux actualisés » laisse apparaître une différence négative entre les coûts et revenus actualisés générés par les abonnements en agrégé en 2005 et sur le forfait 1 heure en 2006.

c) Mise en œuvre du test pour les gammes Orange Classique, et Orange Intense

196. La mise en œuvre de la méthode « période par période » laisse apparaître une différence négative entre les coûts et revenus mensuels moyens des abonnements principalement pour le forfait 1 heure en 2006 et 2007.
197. La mise en œuvre de la méthode des « flux actualisés » laisse également apparaître une différence négative entre les coûts et revenus actualisés générés par les abonnements principalement sur le forfait 1 heure en 2006.

d) Mise en œuvre du test sur la gamme M6 Mobile

198. La mise en œuvre de la méthode « période par période » laisse apparaître une différence négative entre les coûts et revenus mensuels moyens des abonnements pour l'ensemble des forfaits de la gamme entre juin 2005 et mars 2006, en agrégé jusqu'en janvier 2007, ainsi que sur les forfaits 60 et 100 minutes en 2007.
199. Orange n'ayant pas fourni les consommations donnant lieu à un décompte dans le forfait pour cette gamme, la méthode par les flux actualisés n'a pas été appliquée.

3. LES EFFETS RÉSULTANT DES PRATIQUES

200. Après avoir présenté le phénomène naturel de regroupement de « tribus » de correspondants auprès d'un même opérateur sur le marché de détail de la téléphonie mobile (a), seront présentés ci-dessous les effets du lancement des offres d'abondance *on net* d'Orange et de SFR qui ont été constatés sur le marché, à savoir :

- la distorsion des flux de trafic (b) ;
- l'intensification du trafic auprès des principaux correspondants (c) ;
- l'augmentation du nombre de proches abonnés auprès du même opérateur (d) ;
- l'effet des offres *on net* sur les motivations d'abonnement (e) ;
- la baisse des changements d'opérateur (f).

a) La constitution de « tribus » de correspondants sur le marché de la téléphonie mobile

L'effet de prescription sur le marché de la téléphonie mobile

201. Le marché de détail de la téléphonie mobile est caractérisé par l'existence d'un mécanisme de prescription naturelle. En effet, le client d'un opérateur mobile est souvent amené à recommander aux personnes de son entourage de s'abonner chez le même opérateur, en mettant en avant, par exemple, le prix de son abonnement, la qualité du service client, la subvention des terminaux dont il a pu bénéficier, ou encore la qualité de la couverture dans

les lieux de vie communs. Cette prescription aura un impact d'autant plus fort qu'elle s'adresse à une personne proche de l'abonné, notamment au sein des foyers (voir, en ce sens, les réponses de SFR et Bouygues Télécom aux questionnaires adressés par les services d'instruction de l'Autorité le 22 décembre 2009, cotes 13315 à 13318 et 13839).

202. De fait, l'analyse des données relatives aux parcs de clients fait apparaître que ceux-ci se rassemblent très largement au sein de « tribus » abonnées auprès d'un même opérateur.
203. Une étude de SFR¹⁴ de 2004 montre ainsi que dans 75% des cas, l'opérateur de téléphonie mobile des enfants est le même que celui de leurs parents (cote 13189). Selon cette même étude, les conjoints font le même choix d'opérateur dans 56,8% des foyers (cote 13189). Ce chiffre élevé ne reflète pas les parts de marché effectives en parc de clients des opérateurs : en effet, si les abonnés mobiles se répartissaient de manière indépendante entre les différents opérateurs du marché, sans effet de prescription, ce chiffre devrait être égal à 36,5% environ¹⁵.
204. Selon une étude de TNS Sofres de 2008¹⁶, lorsque l'un des parents ou des grands-parents est abonné auprès d'un opérateur, un de leurs enfants au moins choisit le même opérateur dans plus de 60% des cas, alors que les autres opérateurs sont deux à trois fois moins choisis (cote 13617). Les résultats de cette étude, présentés dans le graphique ci-dessous, confirment l'importance des mécanismes de prescription existant au sein d'un foyer. En effet, la répartition des abonnements au sein d'un même foyer s'éloigne fortement d'une distribution aléatoire au prorata des parts de marché des différents opérateurs mobiles.

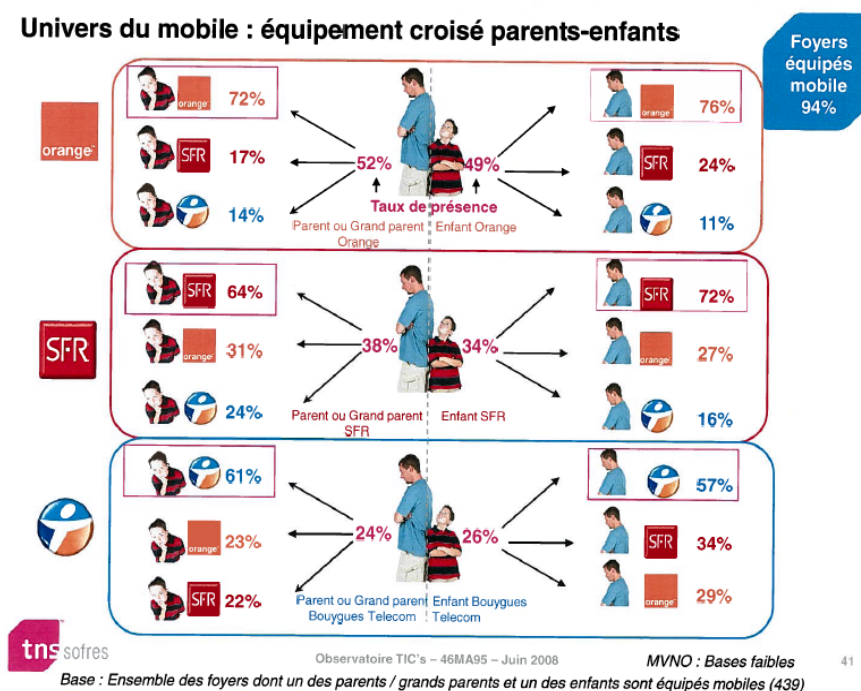
¹⁴ Cote 13190, « Potentiel de l'option appels famille gratuits ».

¹⁵ La probabilité que deux conjoints soient abonnés auprès du même opérateur serait, en supposant une souscription indépendante pour chaque conjoint (pas d'effet de prescription), seulement fonction des parts de marché des opérateurs de téléphonie mobile, part de marché(Orange)² + part de marché(SFR)² + part de marché (Bouygues)² $\approx (45/100)^2 + (35/100)^2 + (20/100)^2 = 36,5\%$.

¹⁶ Observatoires TICs, TNS Sofres de juin 2008.

Les effets de prescription au sein d'un foyer¹⁷

Univers du mobile : équipement croisé parents-enfants



Source : Etude Observatoire TICs, juin 2008, TNS SOFRES

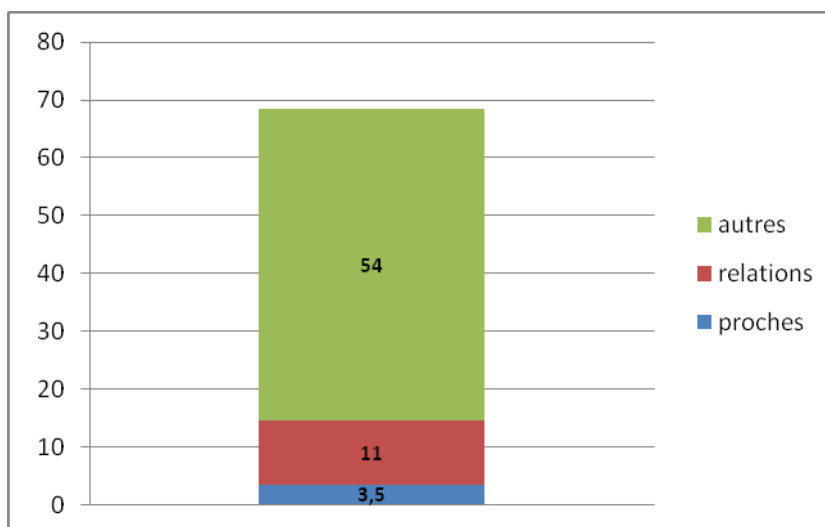
La concentration des appels au sein de « tribus »

205. Les données relatives à la structure des communications laissent apparaître une forte concentration du trafic des abonnés à destination de leur entourage.
206. L'analyse menée par SFR sur un échantillon de 10 000 abonnés à ses offres Pro et Perso (hors soir et week-end gratuits) en mai 2006, dont les appels ont été observés sur deux périodes, s'étendant de novembre 2005 à janvier 2006, d'une part, et de mars 2006 à mai 2006, d'autre part, illustre la structure des communications des abonnés de cet opérateur (cote 13328 et suivantes).
207. Cette étude définit les « contacts » comme l'ensemble des appels voix entrants et sortants et des SMS sortants. Elle classe ensuite les correspondants en trois groupes, en fonction de la fréquence et de l'intensité des contacts : les « proches » sont les correspondants avec lesquels l'abonné SFR a au moins 5 contacts par mois pendant 3 mois consécutifs. Les « relations » sont les correspondants (hors « proches ») avec lesquels l'abonné SFR a au moins 5 contacts sur une période de 3 mois, contacts présents sur au moins 2 mois sur 3. Les « autres correspondants » sont tous les correspondants qui ne sont ni des « proches », ni des « relations » (cote 13330).
208. Le cercle de correspondants des abonnés de SFR se présente de la manière suivante : en moyenne, chaque abonné a 68,5 correspondants différents sur 3 mois (dont 32 sur un mois) parmi lesquels on compte 3,5 « proches », 11 « relations » et 54 « autres correspondants » (cote 39353). Les chiffres utilisés sont ceux des abonnés qui n'ont pas souscrit des offres

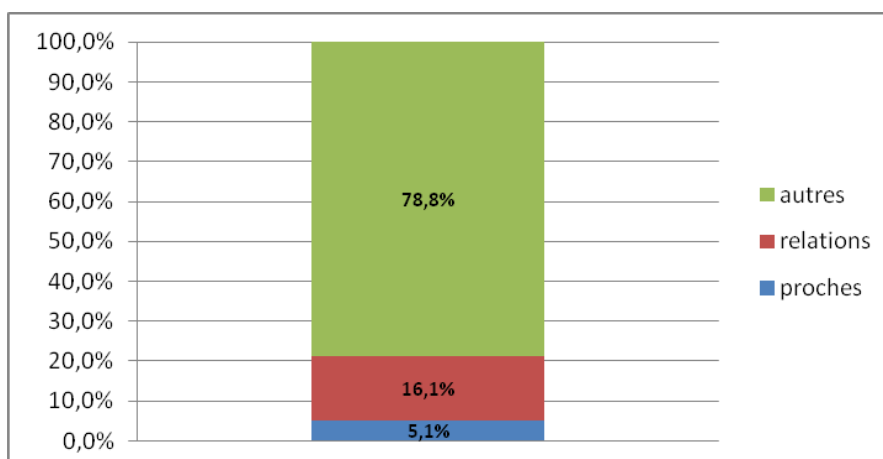
¹⁷ Lecture du document : « Orange est présent dans 52% des foyers équipés de mobiles, au niveau des parents ou des grands-parents. Quand un parent ou un grand parent est abonné d'Orange, l'enfant est abonné d'Orange dans 72% des cas. » (cote 13617).

d'abondance *on net*, afin que le résultat ne soit pas biaisé par les effets de ces offres. Les résultats sont présentés dans les deux graphiques ci-dessous :

**Structure des correspondants d'un abonné SFR moyen à la fin de 2005
(données en nombre de correspondants)**



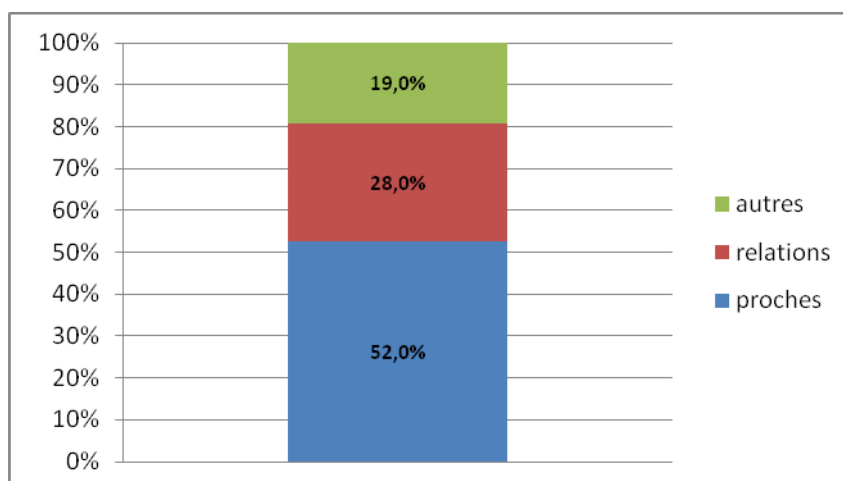
**Structure des correspondants d'un abonné SFR moyen à la fin de 2005
(données en %)**



Source : Analyse menée par SFR en mai 2006

209. L'étude fait apparaître une très forte concentration du trafic entrant et sortant vis-à-vis des « proches », à hauteur de 52% du trafic en durée (cote 39354) et 58% du nombre des contacts (appels et SMS) (cote 39353). Ainsi, les proches ne représentent que 5% des correspondants mais concentrent 52% du temps de communication des abonnés. Les résultats sont présentés ci-dessous :

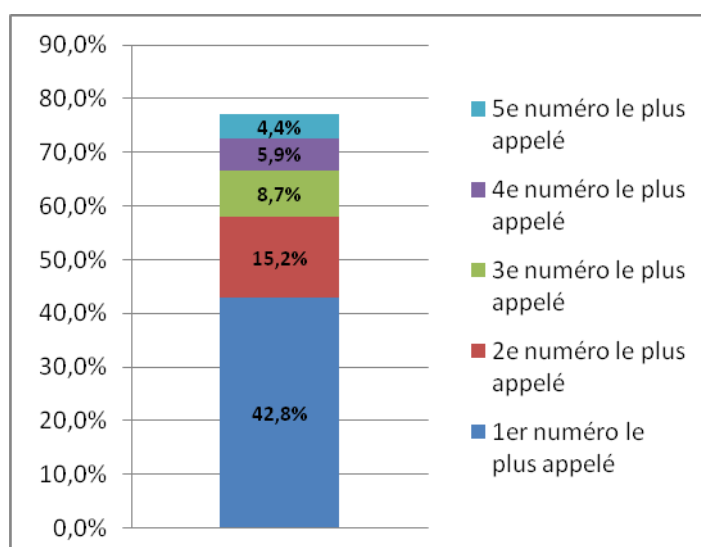
Concentration du trafic (entrant et sortant) en durée selon le cercle des correspondants fin 2005 (données en %)



Source: Analyse menée par SFR en mai 2006

210. Cette étude met également en avant le poids du « premier proche » d'un abonné, vers qui se concentre la plus grande part du trafic. Les appels vers le « premier proche » représentent en effet près de la moitié de la durée des appels cumulés avec les proches, soit 26% de la durée totale des communications d'un abonné (cote 39355).
211. Dans sa réponse complémentaire au questionnaire en date du 8 octobre 2010, SFR a communiqué des éléments concernant la structure des appels sortants de ses abonnés à cette date. Ces éléments montrent que, sur l'ensemble du parc résidentiel, la durée des appels sortants à destination des dix premiers numéros les plus appelés par un abonné SFR s'élève en moyenne à 89% de la durée totale des appels sortants (cote 39357). Plus précisément, le 1^{er} numéro appelé totalise 42,8% en moyenne du trafic sortant d'un abonné SFR, le deuxième numéro, 15,2%, le troisième, 8,7%, le quatrième, 5,9% et le cinquième 4,4%. Ainsi, les trois numéros les plus appelés représentent en moyenne deux tiers du trafic sortant d'un abonné SFR, comme l'illustre le graphique suivant :

Part du trafic à destination de cinq principaux correspondants, tous opérateurs confondus, dans le trafic sortant d'un abonné moyen de SFR



Source : Réponse complémentaire de SFR au questionnaire du Rapporteur en date du 8 octobre 2010

212. De la même manière, en ce qui concerne Orange, il apparaît que, pour l'ensemble de son parc clients, 41% des appels sont destinés au premier numéro le plus appelé, 15% au deuxième et 9% au troisième. Au total, les trois principaux correspondants concentrent 65% des appels et les cinq premiers concentrent 76% des appels sortants (cote 39464).
213. Ces données mettent en évidence une forte propension des clients à communiquer avec leur entourage. Combinées avec les données relatives à l'existence de tribus de proches, notamment au sein des foyers, abonnés auprès d'un même opérateur, il en résulte une distribution du trafic sortant orientée en faveur du trafic *on net*.

b) La distorsion des flux de trafic

214. Le lancement des offres d'abondance *on net* d'Orange et de SFR s'est traduit par une forte augmentation de la part du trafic *on net* de ces opérateurs, au détriment du trafic *off net* et vers les téléphones fixes. Cette évolution contraste fortement avec celle du trafic de Bouygues Télécom, qui n'a pas, ou que marginalement, commercialisé d'offres d'abondance *on net* après la fin du régime du « *bill and keep* », mais des offres d'abondance *cross net* à partir de 2006.

Evolution de la part du trafic on net dans le trafic total

S'agissant d'Orange et de SFR

215. Les graphiques suivants présentent l'évolution de la part du trafic *on net* dans le trafic sortant d'Orange et de SFR à destination des mobiles, s'agissant de la clientèle résidentielle¹⁸.



Source : Données de l'observatoire de l'ARCEP et des opérateurs, calculs de l'Autorité

216. Ces graphiques mettent en évidence trois grandes phases. Dans une première phase jusqu'en 2004, le taux de trafic *on net* demeure relativement stable, à hauteur de 63% pour Orange et 66% pour SFR. Dans une deuxième phase à partir de 2005, correspondant à la période de commercialisation des offres *on net*, la part du trafic *on net* croît de manière

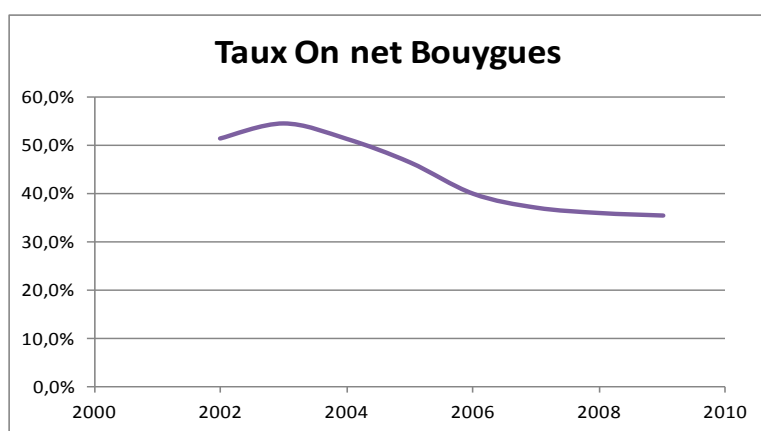
¹⁸ France Télécom, Orange et SFR ont formulé plusieurs remarques concernant les chiffres utilisés par les services d'instruction dans la notification des griefs du 5 août 2011 et le rapport du 25 avril 2012. Les mises en cause indiquaient notamment que seul le trafic résidentiel devait être pris en compte, le trafic entreprise et celui lié aux « hérissons » devant être retranché des chiffres issus de l'observatoire de l'ARCEP. Dans la suite de la présente décision, seuls les chiffres relatifs au marché résidentiel sont exposés, l'annexe 1 détaille de quelle manière ils ont été établis.

significative pour atteindre 77% pour SFR en 2006 et 78% pour Orange en 2008. Enfin, dans une troisième phase à partir de 2008, la part du trafic *on net* décroît à nouveau pour chacun des deux opérateurs. Cette troisième phase est concomitante à une large diffusion des offres d'abondance *cross net*, permettant des appels illimités à destination des réseaux de l'ensemble des opérateurs (offres lancées en 2006 par Bouygues Télécom et en 2008 par Orange et SFR).

S'agissant de Bouygues Télécom

217. L'évolution de la part du trafic *on net* dans les appels sortants de Bouygues Télécom diverge nettement de celle du trafic *on net* d'Orange et de SFR sur la même période. Elle subit en effet une baisse sensible, passant de 54% en 2003 à près de 35% cinq ans plus tard, pour connaître ensuite une stabilisation progressive, ainsi que l'illustre le graphique suivant :

Part de l'*on net* dans le trafic sortant Bouygues Télécom à destination des mobiles



Source : Données de l'observatoire de l'ARCEP et des opérateurs, calculs de l'Autorité

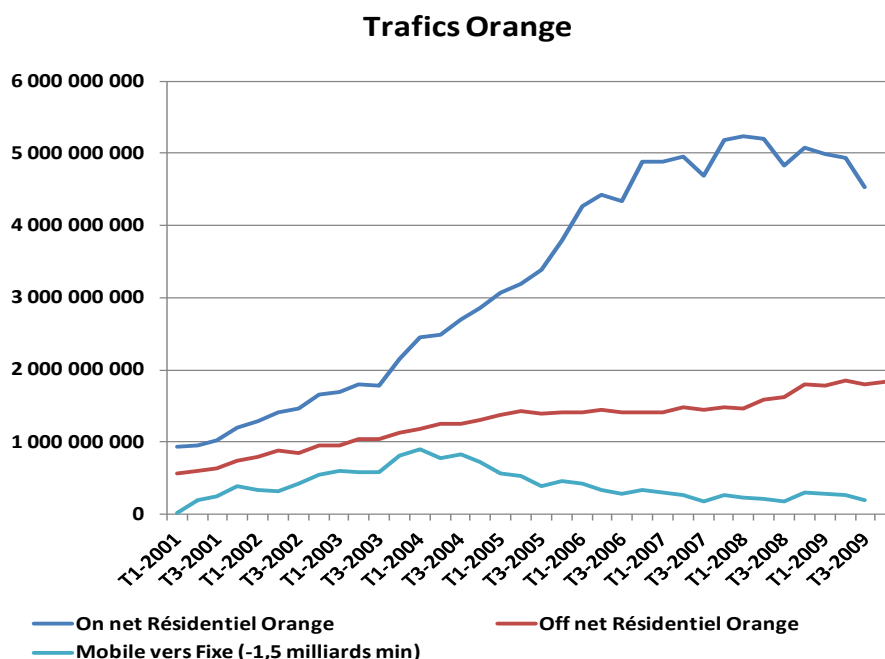
Evolution de la structure du trafic de téléphonie mobile en volume

218. L'observation de la structure du trafic sortant d'Orange et de SFR, en volume, montre que cette évolution s'explique par une nette rupture, après le lancement des offres d'abondance *on net*, des tendances qui avaient précédemment été observées entre 2001 et 2004 en ce qui concerne l'évolution du trafic sortant vers les téléphones mobiles *on net*, *off net* et vers les téléphones fixes.

S'agissant du trafic mobile d'Orange

219. L'évolution des communications des clients d'Orange, en volume, entre 2001 et 2009 illustre la très forte hausse du trafic *on net* entre 2005 et 2008 :

Évolution du trafic d'Orange entre 2001 et 2009



Source : Orange, données retraitées par l'Autorité de la concurrence¹⁹

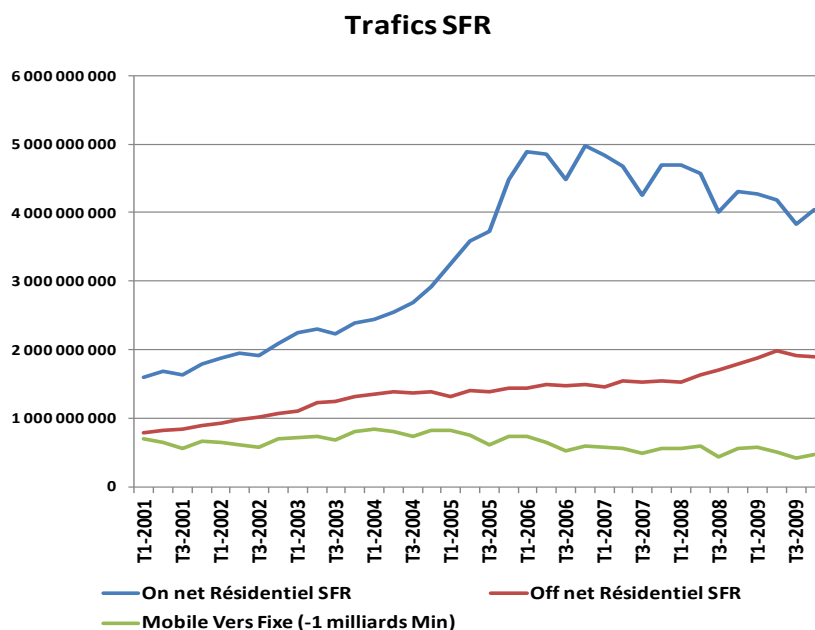
220. À l'inverse, on observe d'une part une baisse sensible du trafic vers les téléphones fixes à partir de 2004, et, d'autre part, un changement de tendance très significatif de l'évolution des minutes *off net*, qui connaît une relative stagnation à la suite du lancement des offres d'abondance *on net* de l'opérateur en 2005. Le trafic *off net* croît à nouveau à partir de 2008, année marquée par la commercialisation croissante des offres *cross net* de l'opérateur.

S'agissant du trafic mobile de SFR

221. Les mêmes constatations peuvent être effectuées s'agissant des communications des clients de SFR :

¹⁹ NB : Contrairement aux autres trafics qui ne reflètent que le marché résidentiel, le trafic vers les fixes reflète les trafics issus des clientèles résidentielles et non résidentielles. Pour faciliter la lecture du graphique, 1,5 milliard de minutes sont retranchées chaque trimestre au trafic vers les fixes. Graphiquement, sa hauteur relative avec les autres graphiques doit être appréciée avec précaution. Les trafics *on net* et *off net* n'ont pas subi le même retraitement.

Évolution du trafic de SFR entre 2001 et 2009



Source : SFR, données retraitées par l'Autorité de la concurrence²⁰

222. Le trafic *on net* connaît une forte augmentation à la suite du lancement des offres d'abondance *on net* de l'opérateur, à l'inverse du trafic *off net* et vers les téléphones fixes.

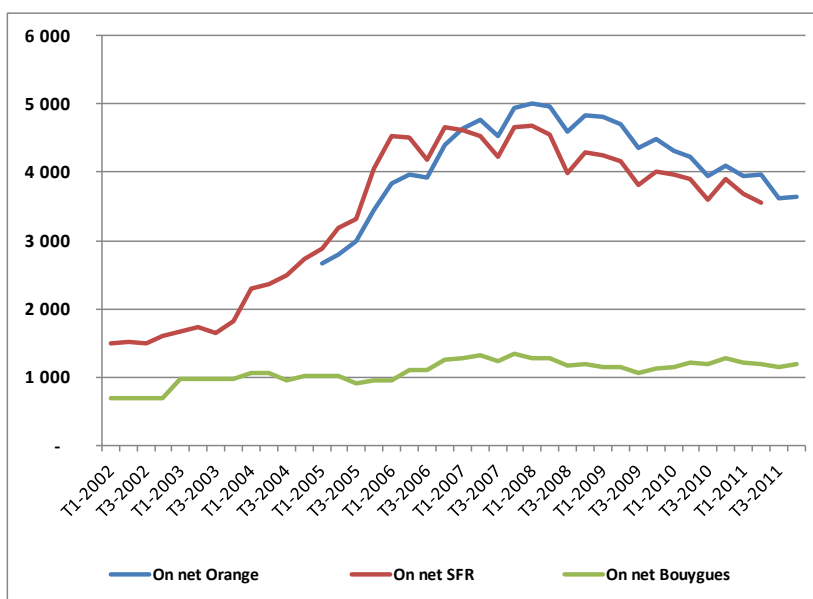
Evaluation de l'ampleur de la distorsion de flux de trafic

223. Une évaluation de l'ampleur de cette distorsion de trafic peut être effectuée en prenant en compte la rupture de tendance observée dans l'évolution du volume de minutes *on net* et *off net* à la suite du lancement des offres d'abondance *on net* en 2005.
224. Sur ce point, les entreprises mises en cause ont contesté l'évaluation effectuée par les services d'instruction au stade de la notification de griefs du 5 août 2011, et modifiée au stade du rapport du 25 avril 2012 pour tenir compte des observations des parties. Dans leurs observations au rapport, elles ont communiqué de nouvelles données, relatives notamment au trafic résidentiel et au trafic « hérisson »²¹.
225. Toutefois, la confrontation des données communiquées par les parties avec celles issues de l'observatoire des marchés de l'ARCEP indique d'importantes incohérences (voir l'annexe 1 à la présente décision). Dans ces conditions, l'Autorité utilisera les données de l'ARCEP, dont la fiabilité ne peut être contestée, de préférence à celles des parties dans la suite de la présente décision. Les données communiquées par les parties seront utilisées lorsqu'aucune donnée issue de l'observatoire des marchés de l'ARCEP n'est disponible (notamment pour l'estimation des volumes de trafic non résidentiel et le trafic « hérisson »).
226. Le graphique suivant présente l'évolution du trafic *on net* résidentiel ainsi obtenue, excluant les « hérissons », d'Orange, SFR et Bouygues Télécom entre 2002 et le troisième trimestre 2011. Il confirme que le volume de trafic *on net* d'Orange et de SFR a connu une accélération sensible en 2005, concomitamment au lancement de leurs offres d'abondance

²⁰ Id.

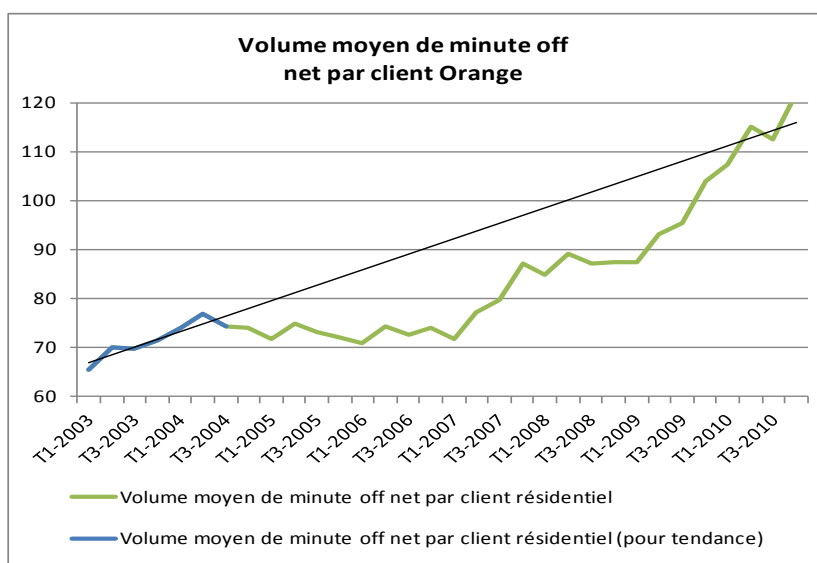
²¹ Voir définition point 76 ci-dessus.

on net, alors que le volume de trafic *on net* de Bouygues Télécom a connu une stagnation à la même période :



Source : données de l'ARCEP et des opérateurs, calculs de l'Autorité

227. Le graphique suivant retrace l'évolution du trafic *off net* d'Orange, prenant en compte l'évolution du parc de la clientèle résidentielle (cf. annexe 1), entre 2003 et le troisième trimestre 2009 :



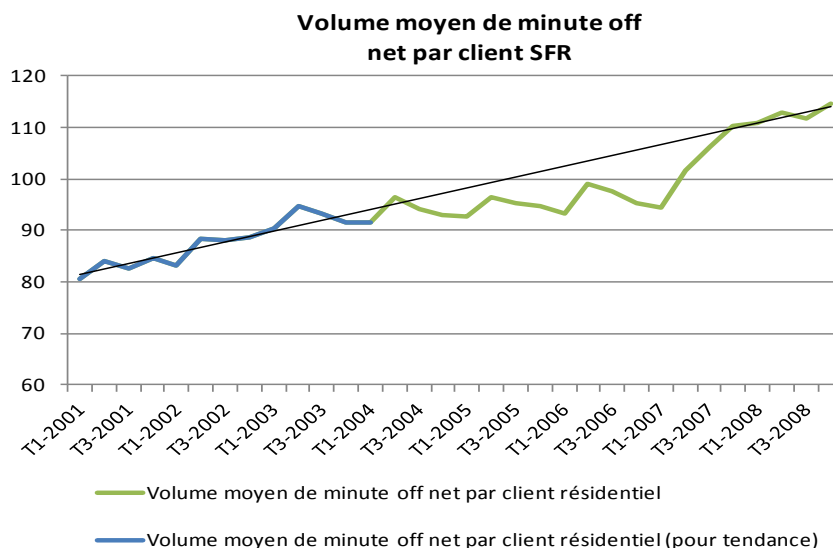
Source : données de l'ARCEP et d'Orange, calculs de l'Autorité²²

228. Il peut ainsi être estimé, compte tenu de la tendance observée avant 2005, que la rétention de trafic *off net* d'Orange vis-à-vis de SFR et de Bouygues Télécom, c'est-à-dire, les communications qui n'ont pas été émises par les abonnés d'Orange à destination des autres opérateurs de téléphonie mobile, s'est traduite pour ces derniers par un manque à gagner de

²² Le trafic *off net* est obtenu par différence entre le trafic *off net* des clientèles résidentielles et non résidentielles issu des données utilisées de l'ARCEP et le trafic non résidentiel issu des données communiquées par Orange. Il prend en compte le trafic « hérisson ».

recettes de terminaison d'appel de près de 340 millions d'euros entre 2005 et 2009, dont 140 millions d'euros pour Bouygues Télécom.

229. Le graphique suivant retrace l'évolution du trafic *off net* de SFR, prenant en compte l'évolution du parc de la clientèle résidentielle (cf. annexe 1), entre 2003 et le troisième trimestre 2009 :



Source : données de l'ARCEP et de SFR, calculs de l'Autorité²³

230. Il peut ainsi être estimé, compte tenu de la tendance observée avant 2005, que la rétention de trafic *off net* de SFR vis-à-vis d'Orange et de Bouygues Télécom, c'est-à-dire, les communications qui n'ont pas été émises par les abonnés de SFR à destination des autres opérateurs de téléphonie mobile, s'est traduite pour ces derniers par un manque à gagner de recettes de terminaison d'appel de près de 110 millions d'euros entre 2005 et 2009, dont 42 millions d'euros pour Bouygues Télécom.

c) L'intensification du trafic des abonnés à destination de leurs principaux correspondants

231. Le lancement des offres d'abondance *on net* d'Orange et de SFR a eu pour conséquence d'augmenter le volume des appels à destination des principaux correspondants des abonnés. Les communications effectuées dans la plage d'abondance à destination des proches ont ainsi pris une importance croissante dans les appels des abonnés aux offres d'abondance *on net* au cours de la période en cause.

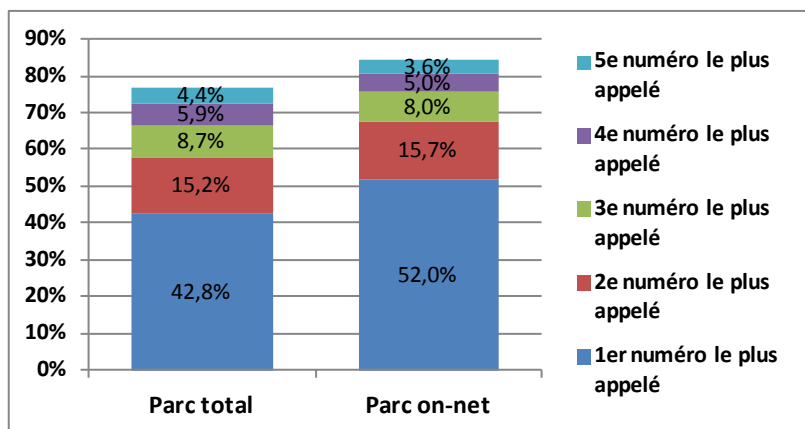
Poids des principaux correspondants dans les appels des abonnés aux offres on net

S'agissant des abonnés aux offres de SFR

232. La structure des communications des abonnés aux offres d'abondance *on net* lancées par SFR à partir de 2005 diffère nettement de celle du parc global des abonnés de cet opérateur. En effet, le trafic vers le premier numéro appelé, pour un client disposant d'une offre *on net*, est 25% plus important que celui observé chez le client moyen (cote 39357).

²³ Id. note 24.

Part du trafic à destination des cinq principaux correspondants, tous opérateurs confondus, dans le trafic sortant (en durée) d'un abonné de SFR



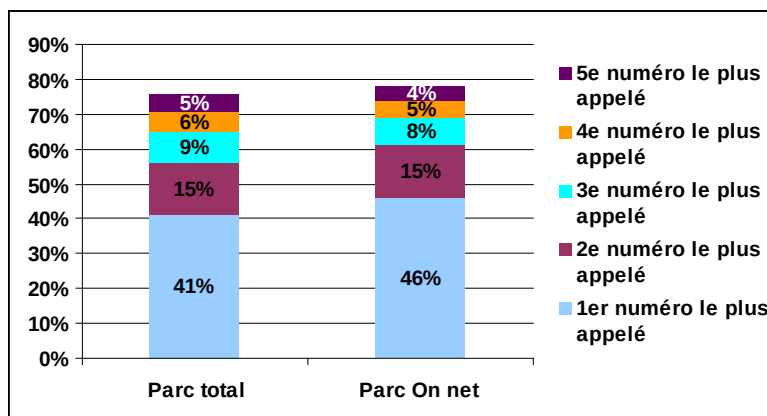
Source : Réponse complémentaire de SFR au questionnaire du Rapporteur en date du 8 octobre 2010

233. L'augmentation du poids pris par le premier proche dans le trafic sortant des abonnés consécutivement au lancement des offres d'abondance *on net* est également mis en évidence par l'étude précitée menée en mai 2006, sur un échantillon de 10 000 abonnés aux offres Pro et Perso. Entre la période s'étendant de novembre 2005 à janvier 2006, d'une part, et celle s'étendant de mars 2006 à mai 2006, d'autre part, le poids des communications à destination du premier proche s'est nettement accru, à hauteur de 29%. Dans le même temps, les communications vers les autres proches sont demeurées relativement stables, augmentant de 4,2% (cote 39453).

S'agissant des abonnés aux offres d'Orange

234. S'agissant d'Orange, et pour des données de septembre 2010, les résultats sont similaires, bien que légèrement moins marqués. Les appels à destination du premier numéro concentrent un peu plus de 46% du trafic sortant total des clients disposant d'une offre illimitée *on net*, contre 41% pour le client moyen du parc de cet opérateur. De même, les appels à destination des trois premiers numéros des clients disposant d'une offre d'abondance *on net* concentrent 69% des minutes sortantes, contre 65% pour les clients moyens du parc (cote 39464).

Part du trafic à destination de cinq principaux correspondants, tous opérateurs confondus, dans le trafic sortant (en durée) d'un abonné d'Orange



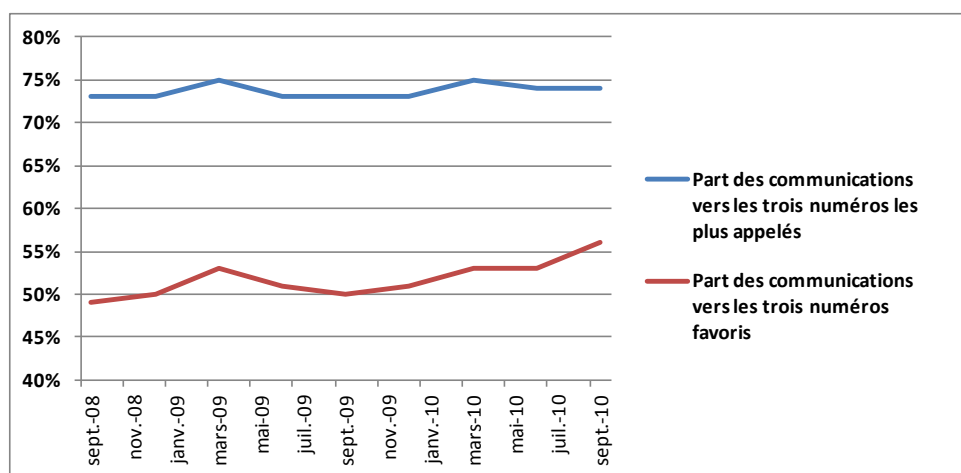
Source : Orange

235. En ce qui concerne les offres « M6 Mobile » d'Orange, le numéro le plus appelé concentre 51% du temps de communication, les deux premiers numéros, 65%, et les trois premiers 72% de ce temps. Pour les forfaits 1 heure et 3 heures, ce chiffre peut atteindre près de 78% (cote 39367).

Part du trafic à destination des trois numéros bénéficiant de l'offre d'abondance

236. La part des communications vers les trois numéros favoris, c'est-à-dire les trois numéros pouvant être appelés en illimité dans le cadre des offres d'abondance *on net* d'Orange et de SFR, s'est sensiblement accrue entre 2008 et 2010. Elle est passée de 49% à 56% pour Orange (cote 38124) et de 53,9% à 56,8% pour SFR (cote 39358). Dans le même temps, les chiffres communiqués par Orange montrent, sur la même période, une très grande stabilité de la part des communications vers les trois numéros les plus appelés, autour de 74% (cote 38124). SFR n'a été en mesure que de communiquer le chiffre moyen de 2010, soit 77%, (cote 39358).

Part des communications vers les trois numéros les plus appelés et les trois numéros favoris des clients d'Orange



Source : Orange, cote 38124

Evolution des pratiques de « call back »

237. Une étude d'Orange de 2006 montre qu'après avoir été choisis comme numéros favoris par un client de la gamme First²⁴, les clients des offres prépayées « Mobicarte » réduisent leur volume d'appel vers ce correspondant de près de 5 minutes, sur un volume total initial de 63 minutes d'appels sortants (cotes 25224 et s.). Ils reçoivent par ailleurs plus d'appels, les minutes entrantes passant de 196 à près de 282 en six mois, dont la quasi-totalité (83 min) provient du client disposant d'une offre d'abondance *on net* (cotes 18074 à 18079).
238. Ces tendances s'observent de manière encore plus marquée s'agissant des clients des forfaits bloqués « ZAP » (cotes 25241 et s.). Le choix de ces clients comme numéros favoris provoque une baisse des minutes sortantes de près de 26 min, sur un total initial de 195, expliquée quasi intégralement par la baisse des communications vers le numéro disposant d'une offre d'abondance, et une hausse des minutes entrantes de 96 minutes, sur 232 minutes totales initialement, là encore expliquée quasi intégralement par les communications provenant du nouveau client First (cotes 18091 à 18095).

²⁴ Les offres First désignent l'ensemble de la gamme des forfaits commercialisés en 2005 et proposant de l'illimité *on net*. Il s'agit des offres Orange Classique, Orange Intense et Orange Pro.

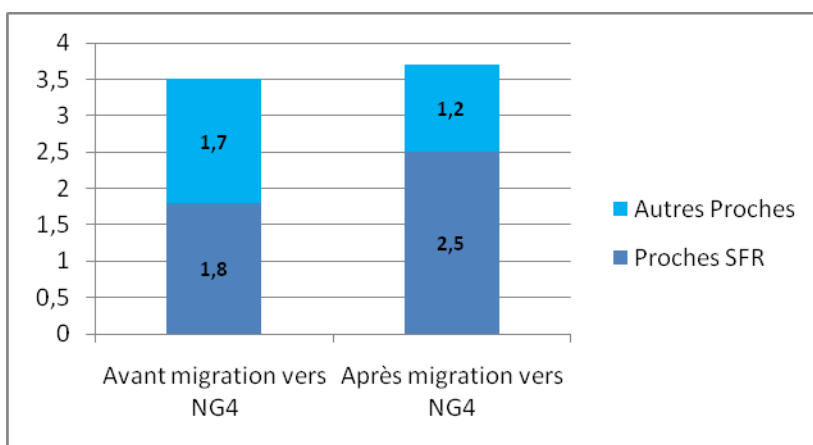
239. Pour ces clients ayant été choisis comme numéros favoris par le souscripteur d'une offre d'abondance d'Orange, la modification de la structure des appels conduit à une baisse moyenne de facture de 3,36 euros par client et par mois pour les offres « Mobicarte » (cote 18082) et de 0,50 euros s'agissant des offres « Zap » (cote 18098).

d) Le regroupement des proches auprès du même opérateur

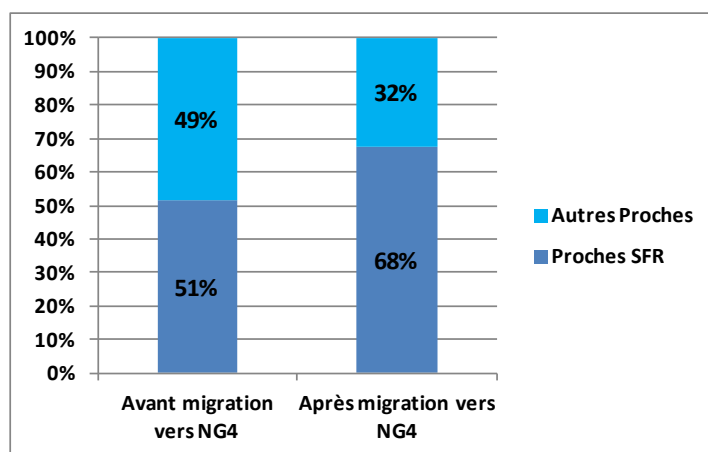
S'agissant de SFR

240. L'étude de SFR de mai 2006 précitée fait apparaître l'augmentation, parmi les abonnés de cet opérateur, du nombre de leurs proches également abonnés de SFR après le lancement des offres d'abondance *on net*.
241. Ainsi, alors qu'en moyenne 1,8 des 3,5 « proches » d'un abonné de SFR était également abonné à SFR avant le lancement des offres d'abondance *on net*, le nombre des proches également abonné à SFR passe à 2,5 parmi 3,7 proches après le lancement de ces offres.

Évolution du nombre moyen de « proches » et de « proches abonnés à SFR »²⁵



Source : Analyse menée par SFR en mai 2006, données en nombre de proches (cote 13275)



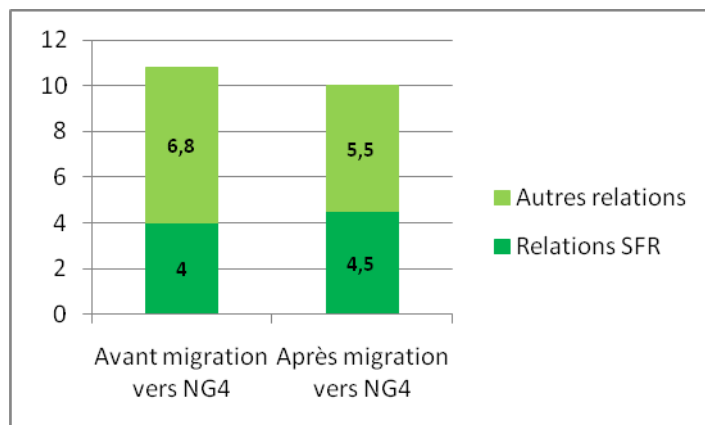
Source : Analyse menée par SFR en mai 2006, données en pourcentage

242. De même, alors qu'en moyenne 4 des 10,8 « relations » d'un abonné de SFR étaient également abonnées à SFR avant le lancement des offres d'abondance *on net*, le nombre

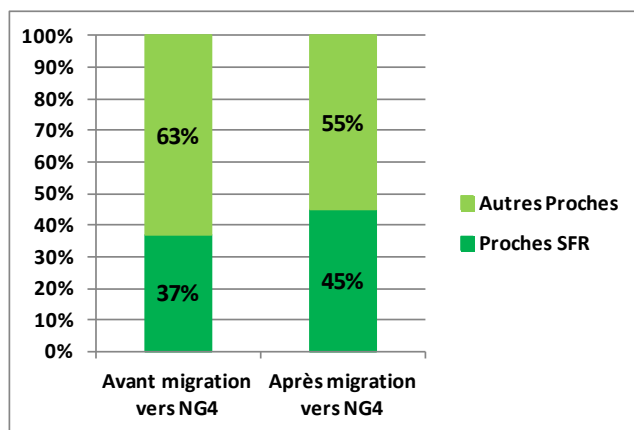
²⁵ Selon la terminologie de l'étude de SFR la « migration vers NG4 » désigne l'apparition généralisée des offres d'abondance *on net*.

des relations également abonnées à SFR passe à 4,5 parmi 10 relations après le lancement de ces offres.

Évolution du nombre moyen de « relations » et de « relations abonnées à SFR »²⁶



Source : Analyse menée par SFR en mai 2006, données en nombre de proches



Source : Analyse menée par SFR en mai 2006, données en pourcentage

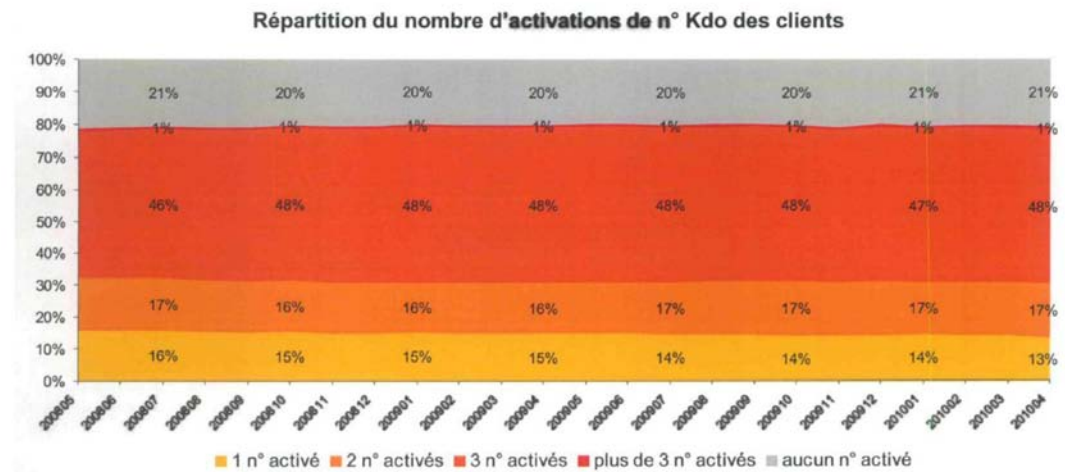
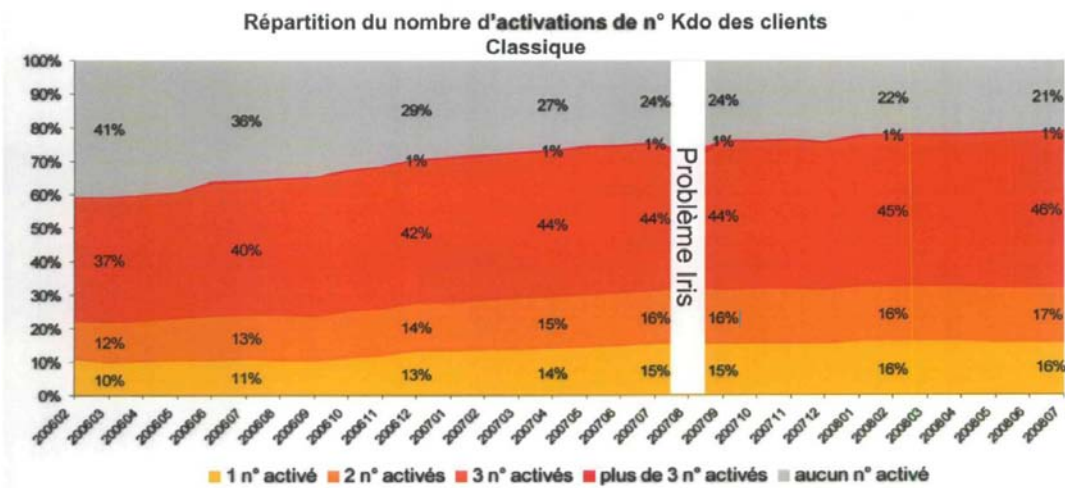
243. Ces éléments indiquent que la souscription d'une offre d'abondance *on net* a pour effet de favoriser le regroupement des proches de l'abonné auprès du même opérateur.

S'agissant d'Orange

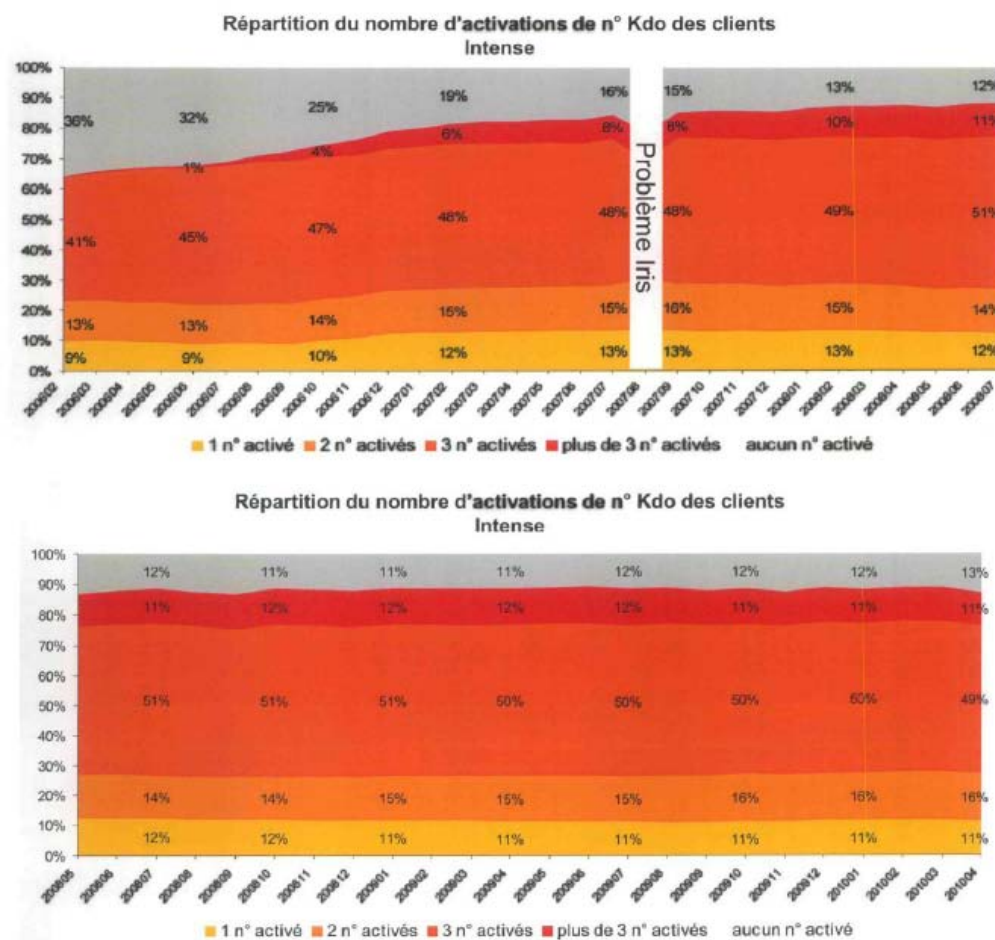
244. Une augmentation lente mais continue du taux d'activation des numéros favoris peut être observée pour les clients des offres Orange Classique et Orange Intense, entre février 2006 et avril 2010. Celle-ci traduit la formation progressive de « tribus » abonnées auprès d'Orange.

²⁶ Selon la terminologie de l'étude de SFR la « migration vers NG4 » désigne l'apparition généralisée des offres d'abondance *on net*.

Répartition du nombre d'activations de n° KDO des clients Classique



Répartition du nombre d'activations de n° KDO des clients Intense



Source : Orange, cotes 38130 à 38133

245. La stabilisation des activations après 2008 traduit quant à elle la stabilité du regroupement des « tribus » auprès de l'opérateur. Une fois achevé, le processus de constitution des tribus apparaît donc quasi irréversible.

e) L'abondance *on net*, moteur d'abonnement

246. Plusieurs études qualitatives effectuées par les opérateurs indiquent que les offres d'abondance *on net* exercent un important effet sur les motivations de souscription des clients, et constituent un puissant moteur d'abonnement pour les consommateurs.

S'agissant des abonnés aux offres d'Orange

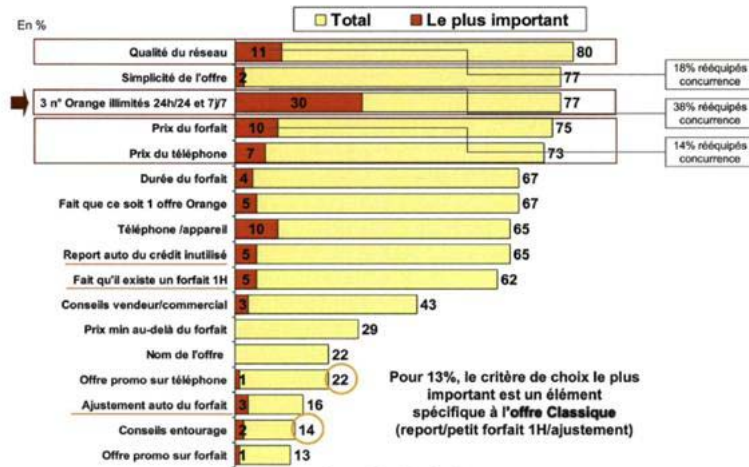
247. L'étude Synovate 2006 « Bilan & Perspectives de la gamme First²⁷ » analyse les critères de choix des abonnés aux offres de téléphonie mobile Classique, Intense et Pro d'Orange (respectivement cote 16287, 16289, 16290). Les premiers critères mis en avant par les personnes interrogées comme ayant joué un rôle important dans le choix de l'offre, parmi l'ensemble des critères cités par les enquêteurs, sont l'attractivité des prix et la qualité du

²⁷ Gamme regroupant les offres Classique, Intense et Pro.

réseau, devant l'appartenance des proches au même réseau. Il ressort toutefois de cette étude que, pour chacune des trois gammes d'offres, le critère identifié comme celui ayant joué le rôle le plus important dans le choix des clients correspond à l'offre « 3 n° Orange illimités 24h/24 et 7j/7 », loin devant les autres critères cités par les enquêteurs.



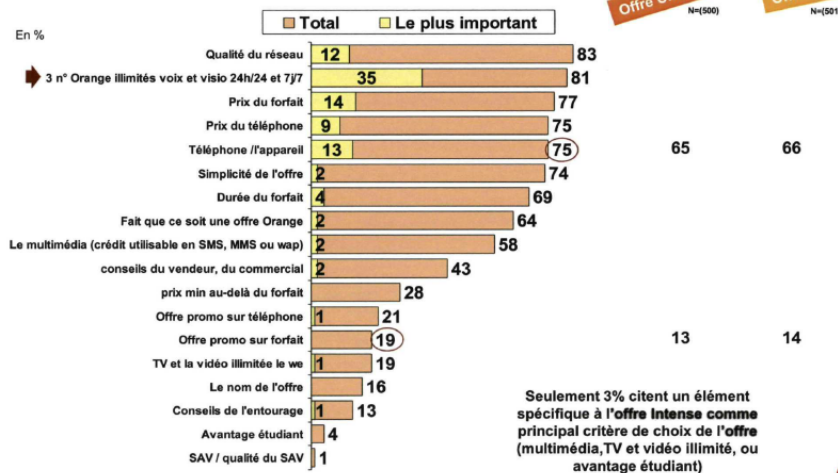
Critères de choix de l'offre Classique 29



Base : 500 clients Classique
Q20. Je vais vous citer des critères qui ont pu intervenir lorsque vous avez choisi votre offre XXX, pour chacun d'eux, vous me direz si ce critère a joué ou pas un rôle important dans le choix de votre offre. Q20B. Quel est celui qui a joué le rôle le plus important dans le choix de votre offre XXX ?



Critères de choix de l'offre Intense 31

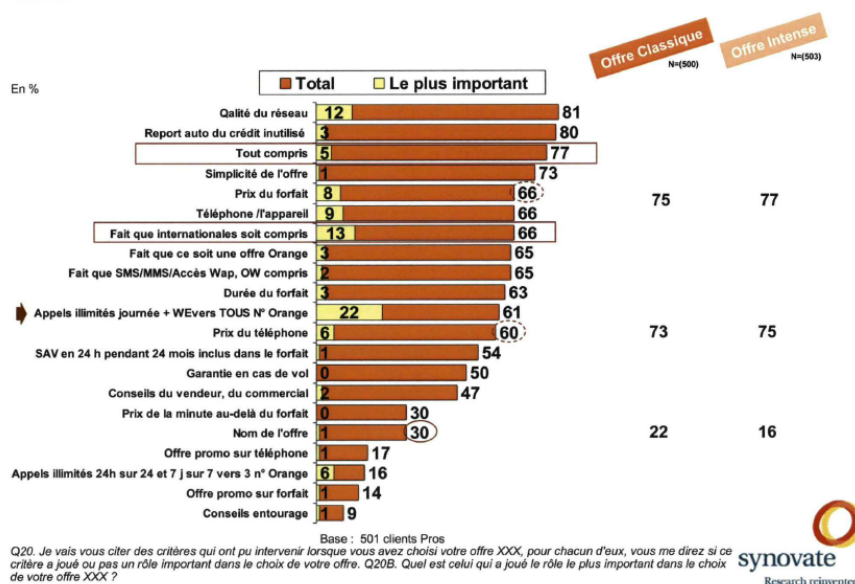


Base : 503 clients Intense
Q20. Je vais vous citer des critères qui ont pu intervenir lorsque vous avez choisi votre offre XXX, pour chacun d'eux, vous me direz si ce critère a joué ou pas un rôle important dans le choix de votre offre. Q20B. Quel est celui qui a joué le rôle le plus important dans le choix de votre offre XXX ?





Critères de choix de l'offre Pro 32



Page 4 sur 4

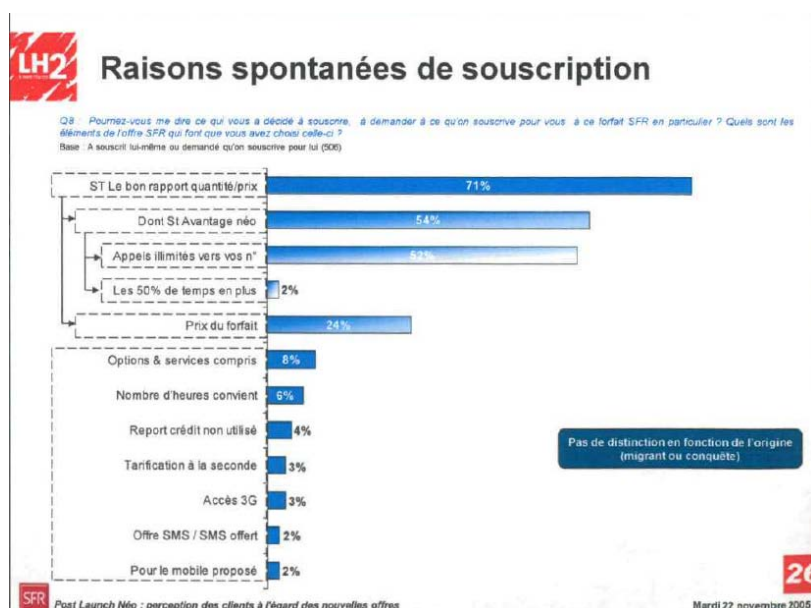
Cote 16290 - Saisine 06/0070F

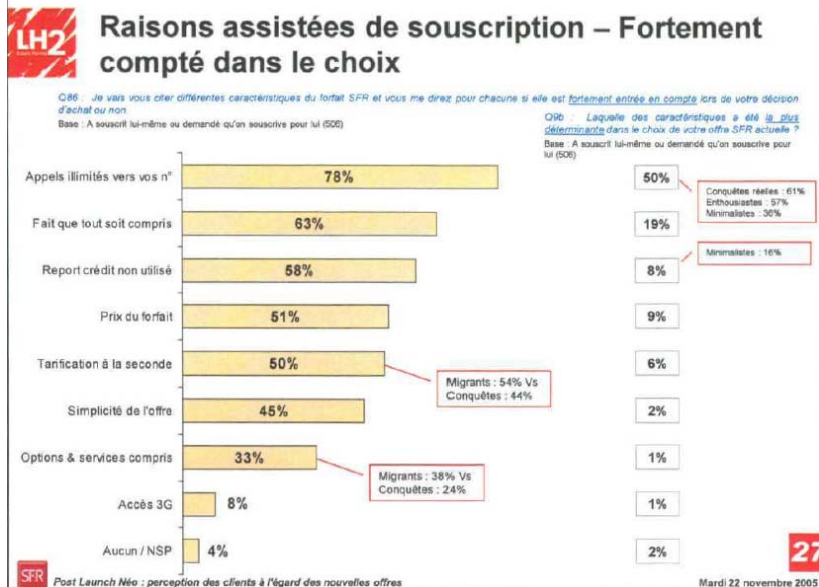
248. Les principaux critères motivant le choix des clients d'Orange sont résumés dans le tableau suivant :

	Orange Classique	Orange Intense	Orange Pro
Critère correspondant à l'offre d'abondance on-net	30%	35%	22%
Qualité du réseau	11%	12%	12%
Prix du forfait	10%	14%	8%

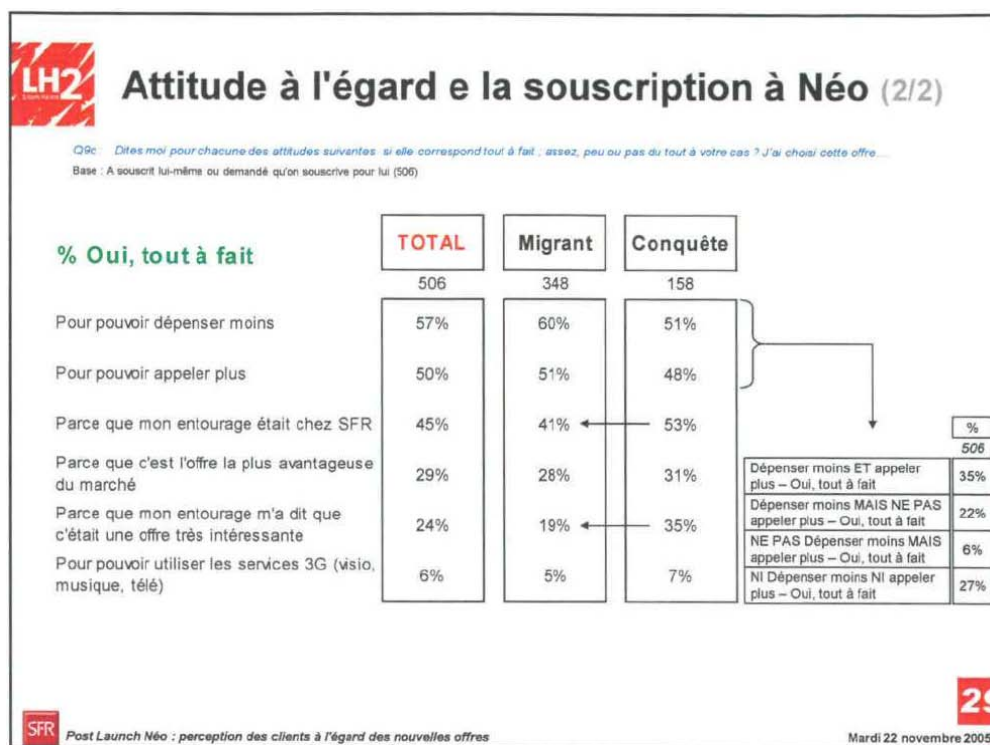
S'agissant des abonnés aux offres de SFR

249. Une étude réalisée par LH2 pour SFR en novembre 2005 montre que la composante d'abondance *on net* des offres constitue également le critère de choix le plus important pour les clients de cet opérateur (cotes 13521 - VC 13487 et 13522 - VC 13488) :





Cette même étude montre par ailleurs que la détention d'une offre sur le même réseau que son entourage est un critère de choix déterminant pour le consommateur²⁸ :

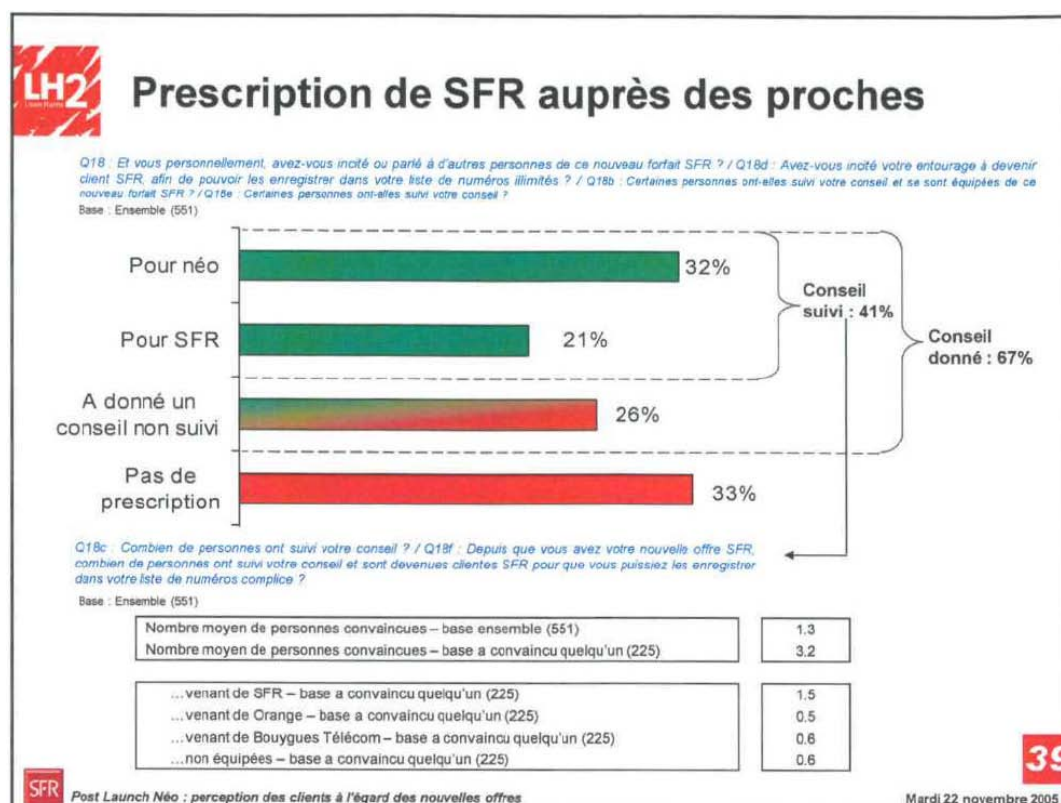


250. Ces résultats témoignent de la différence de comportement entre les « migrants », c'est-à-dire les souscripteurs déjà clients de SFR et les « conquêtes », c'est-à-dire les souscripteurs auparavant abonnés auprès d'un opérateur concurrent. 41% des migrants déclarent avoir choisi une offre d'abondance « parce que [leur] entourage était chez SFR », alors que 53% des nouveaux clients déclarent avoir choisi une offre d'abondance

²⁸ Dans l'étude réalisée par LH2 pour SFR, le sigle « Néo » désigne les offres d'abondance *on net*, aussi appelées « NG4 ».

pour la même raison. Ceci indique l'effet de la composante d'abondance *on net* sur la conquête de nouveaux clients.

251. Par ailleurs, cette étude met en évidence l'importance de la prescription exercée par les abonnés aux offres d'abondance *on net* auprès de leur entourage. Les clients étaient notamment interrogés quant aux actions menées à l'égard de leurs proches afin que ces derniers les rejoignent sur le réseau de SFR dans le but de pouvoir les ajouter à la liste des numéros favoris (cote 13528). Il ressort de cette étude qu'en moyenne, 67% des abonnés à une offre disposant d'une composante d'appels en illimité vers des numéros favoris recommande aux personnes de son entourage de rejoindre SFR afin de pouvoir les inscrire dans leur liste de numéros favoris.



252. Les résultats de l'étude mettent en évidence l'efficacité de cette recommandation auprès des proches : dans 41% des cas, le conseil est suivi d'effet, soit par le biais d'une souscription à une offre de SFR quelconque, soit par le biais d'une souscription à la même offre que celle de l'abonné initial, c'est-à-dire à une offre d'abondance *on net*.
253. Enfin, un client disposant d'une offre d'abondance *on net* parvient à convaincre en moyenne 1,3 proche de souscrire à la même offre. Si l'on ne prend en compte que les clients qui sont parvenus à convaincre au moins un proche, le nombre moyen de proches convaincus s'élève à 3,2, dont 1,5 étaient déjà clients de SFR et ont souscrit à la même offre que l'abonné prescripteur initial, et 1,7 étaient abonnés auprès d'un autre opérateur.
254. Un effet de conquête des membres d'un même cercle de proches engendré par les offres *on net* avait déjà été identifié par SFR dans une étude de 2004 (cote 13175 et s.) et relayé en interne par le biais d'une note de mai 2004 (cotes 11146 et s.). Cette note, qui portait sur « l'Avantage famille » (appels en illimité entre cinq personnes habitant à la même adresse ou disposant d'un lien de parenté direct), présentait les conclusions suivantes (cote 11147) :

- « Une notion de « communauté d'opérateur » déjà installée...
 - o Dans 53% des cas, SFR est le seul opérateur de la famille
 - o Mixité de 2 opérateurs dans 44% des cas (Orange le plus souvent)
 - o Une minorité de tri-opérateur au sein du foyer
- => Un comportement de regroupement d'opérateur déjà établi, qui peut être favorable à une option intra-SFR ».

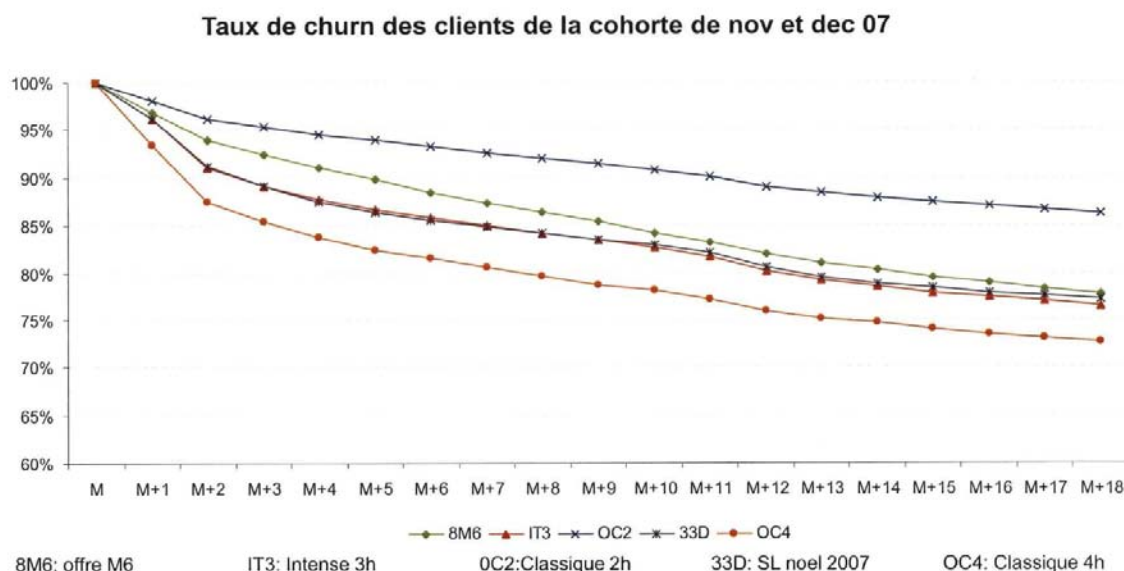
f) La fidélisation des clients

255. Le taux de « churn », c'est-à-dire le taux de résiliation mensuel, observé pour les clients disposant d'une offre avec composante d'appels *on net* illimités est moins élevé que celui des clients disposant d'offres sans composante d'abondance. Il convient de rappeler, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, que cet indicateur ne mesure qu'imparfaitement la fidélité des abonnés à leur opérateur, dès lors qu'il comprend non seulement les résiliations des clients qui changent d'opérateur, mais également les résiliations de certains clients qui choisissent une nouvelle offre du même opérateur (phénomène de « disconnect – reconnect », résiliations d'office...).
256. En ce qui concerne Orange, des études réalisées sur les forfaits ZAP pour des clients détenteurs de l'option « 3 numéros KDO » montrent qu'après six mois, le taux de « churn » des clients disposant de l'option s'élève à 5,5% contre 6,5% pour ceux qui ne disposent pas de l'option (cote 18117).
257. Le taux de « churn » après 18 mois est quasiment nul pour les clients des offres Classique d'Orange utilisant leur option « 3 numéros KDO » (inférieur à 5%), et de l'ordre de 58% pour ceux qui ne l'utilisent pas, ainsi que l'illustre le graphique suivant :



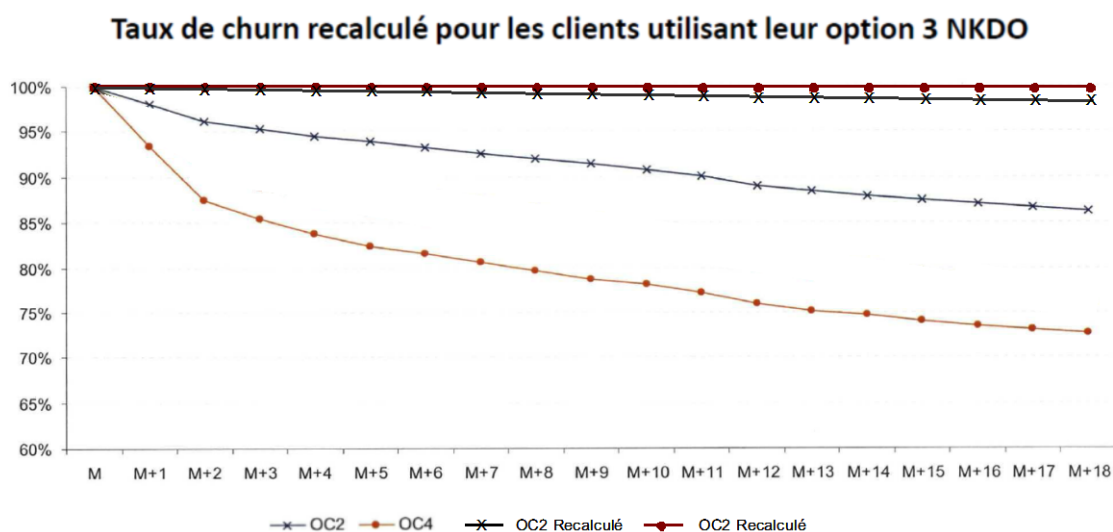
Source : Orange, cote 18166 (M = mois)

258. Le graphique suivant présente le taux de « *churn* » moyen des abonnés à cinq offres d'Orange, parmi lesquelles les offres Orange Classique 2 heures et 4 heures comportant une composante d'abondance *on net*. Pour ces dernières offres, le taux de « *churn* » est un taux global, comprenant les clients ayant activé un ou plusieurs numéros favoris comme ceux qui n'en n'ont activé aucun.



Source : Orange, cote 18164 (M = mois)

259. Une comparaison entre les taux de « *churn* » des abonnés aux offres Orange Classique 2 heures et 4 heures utilisant réellement la composante d'abondance de leur forfait (c'est-à-dire ayant activé un ou plusieurs numéros favoris) et celui des abonnés moyens peut être déduite des deux graphiques précédents. Le taux de « *churn* » des abonnés aux offres Orange Classique 4 h ayant effectivement activé au moins un numéro favori est d'environ 3% à 18 mois. S'agissant des offres Orange Classique 2 heures, ce taux est obtenu en prenant pour hypothèse que le taux de « *churn* » des clients n'ayant pas activé de numéro favori est le même pour les deux offres (58% à 18 mois) et que 20% des clients n'ont pas activé de numéro favori (ce qui correspond à la moyenne pour la gamme - cote 38130 et 38131). Il s'élève à 1,7% à 18 mois, contre 13% en moyenne pour l'ensemble des abonnés aux offres Orange Classique 2h.
260. Ces résultats montrent que le taux de « *churn* » des clients des offres d'Orange Classique 2 heures et 4 heures utilisant réellement la composante d'abondance *on net* de leurs forfaits est très nettement inférieur à celui de l'ensemble des clients de ces offres, ayant ou non activé leurs numéros favoris :



Source : données d'Orange, calculs de l'Autorité (M = mois)

261. Le taux de « churn » des clients des offres Orange Classique 2h utilisant effectivement la composante d'abondance de leur offre, soit 0,1% par mois, est seize fois inférieur à celui de l'ensemble des clients d'Orange, qui s'est élevé en décembre 2007 à 1,6% (cote VC 31 134). Le taux de « churn » des clients des offres Orange Classique 4 heures utilisant effectivement la composante d'abondance de leur offre, soit 0,2% par mois, est quant à lui neuf fois inférieur au taux de « churn » mensuel moyen des clients d'Orange.
262. Ainsi, l'observation du taux de « churn » indique que les offres d'abondance *on net* ont un effet fidélisant auprès de la clientèle.

g) Conclusion

263. Les éléments présentés ci-dessus montrent que le lancement des offres d'abondance *on net* d'Orange et de SFR s'est traduit par plusieurs effets concrets sur le marché. Une distorsion des flux de trafic *on net* et *off net* de ces deux opérateurs a été observée, les appels *on net* connaissant une brusque accélération, à l'inverse des appels *off net*, alors qu'un tel phénomène n'était pas observé pour Bouygues Télécom, qui n'a pas lancé d'offres d'abondance *on net*. Par ailleurs, une augmentation de la part des appels destinés aux principaux correspondants, susceptibles d'être inscrits sur la liste des numéros favoris pouvant faire l'objet de communications illimitées, a été observée pour les souscripteurs des offres d'abondance. Parallèlement, le nombre de proches de ces souscripteurs abonnés auprès du même opérateur s'est accru, ce qui s'explique notamment par l'importance représentée par la composante d'abondance *on net* dans les motivations d'abonnement des consommateurs. Enfin, les clients des offres d'abondance *on net* connaissent un taux de résiliation plus faible que les abonnés moyens des opérateurs, ce qui tend à indiquer un effet de fidélisation des offres en cause.

D. LES GRIEFS NOTIFIÉS

264. Les pratiques qui viennent d'être exposées ont fait l'objet de deux notifications successives de griefs, par courriers du 13 mars 2008 et du 5 août 2011.

1. LES GRIEFS NOTIFIÉS LE 13 MARS 2008

265. Par courrier du 13 mars 2008, le rapporteur général a notifié à France Télécom et Orange les griefs suivants :

« Il est reproché à la société Orange et à la société France Télécom d'avoir pratiqué, pour la gamme « Orange Intense », lancée en octobre 2005, des tarifs tels qu'ils ne pouvaient, entre février 2006 et juin 2007, être répliqués par un opérateur concurrent compte tenu de la charge facturée par Orange pour la terminaison des appels vers son réseau.

Il est reproché à la société Orange et à la société France Télécom d'avoir pratiqué pour la gamme « Orange classique », lancée en octobre 2005, des tarifs tels qu'ils ne pouvaient, entre février 2006 et juin 2007, être répliqués par un opérateur concurrent compte tenu de la charge facturée par Orange pour la terminaison des appels vers son réseau.

Il est reproché à la société Orange et à la société France Télécom d'avoir pratiqué pour la gamme « M6 mobile by Orange », lancée en juin 2005, des tarifs tels qu'ils ne pouvaient, entre juin 2005 et juin 2007, être répliqués par un opérateur concurrent compte tenu de la charge facturée par Orange pour la terminaison des appels vers son réseau.

Ces pratiques, qui ont pour objet et sont susceptibles d'avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de détail de la téléphonie mobile, constituent des abus de la position dominante occupée par la société Orange sur le marché de la terminaison des appels sur son réseau mobile. Elles sont prohibées par les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE ».

266. Par courrier du 13 mars 2008, le rapporteur général a notifié à SFR le grief suivant :

« Il est reproché à la société SFR d'avoir pratiqué, pour la gamme « SFR Essentiel » lancée en mars 2005, des tarifs tels qu'ils ne pouvaient pas, de mai 2005 à juin 2007, être répliqués par un opérateur concurrent compte tenu de la charge facturée par SFR pour la terminaison des appels vers son réseau.

Cette pratique, qui a pour objet et est susceptible d'avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de détail de la téléphonie mobile, constitue un abus de la position dominante occupée par SFR sur le marché de la terminaison des appels sur son réseau mobile. Elle est prohibée par les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE ».

2. LES GRIEFS NOTIFIÉS LE 5 AOÛT 2011

267. Par courrier du 5 août 2011, le rapporteur général a notifié à France Télécom et Orange le grief suivant :

« Il est fait grief aux sociétés Orange France et France Télécom SA d'avoir abusé de la position dominante détenue sur le marché de gros de la terminaison d'appel sur le réseau mobile, en mettant en œuvre une pratique de différenciation tarifaire abusive entre les appels on net et les appels off net, notamment dans le cadre des offres Orange Classique, Orange Intense, y compris pour les offres réservées aux étudiants, Orange Pro, M6 Mobile et l'option 3 Numéros KDO en combinaison des autres offres d'Orange auxquelles cette option pouvait être associée.

Cette pratique de différenciation tarifaire, qui n'a pas de justification économique objective, a pour effet de fausser et de restreindre la concurrence sur le marché de détail de la téléphonie mobile en France métropolitaine à destination de la clientèle résidentielle. Elle a été mise en œuvre à partir de 2005 et continue de produire ses effets à travers les clients des offres concernées. Cette pratique contrevient aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du traité de fonctionnement de l'Union européenne ».

268. Par courrier du 5 août 2011, le rapporteur général a notifié à SFR le grief suivant :

« Il est fait grief à la société SFR d'avoir abusé de la position dominante détenue sur le marché de gros de la terminaison d'appel sur le réseau mobile, en mettant en œuvre une pratique de différenciation tarifaire abusive entre les appels on net et les appels off net, notamment dans le cadre des offres SFR essentiel et SFR Évolution Pro, souscrites seules ou avec la « Solution lycéen/étudiants ».

Cette pratique de différenciation tarifaire, qui n'a pas de justification économique objective, a pour effet de fausser et de restreindre la concurrence sur le marché de détail de la téléphonie mobile en France métropolitaine à destination de la clientèle résidentielle. Elle a été mise en œuvre à partir de 2005 et continue de produire ses effets à travers les clients des offres concernées. Cette pratique contrevient aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du traité de fonctionnement de l'Union européenne ».

II. Discussion

269. Seront successivement abordés ci-après :

- la procédure (A) ;
- le droit applicable (B) ;
- le bien-fondé des griefs notifiés (C) ;
- l'imputabilité des pratiques (D) ;
- les sanctions (E) ;
- les mesures à enjoindre aux entreprises mises en cause (F) ;
- l'obligation de publication (G).

A. SUR LA PROCÉDURE

270. Seront examinés ci-après les arguments de France Télécom, d'Orange et de SFR relatifs à la durée de la procédure (1) et au respect du principe du contradictoire (2). Les critiques visant spécifiquement l'instruction des griefs notifiés le 13 mars 2008 ne seront pas examinées, dès lors que ces griefs ne sont pas retenus par l'Autorité de la concurrence, ainsi qu'il sera exposé ci-après.

1. SUR LA DURÉE DE LA PROCÉDURE

Arguments des parties

271. France Télécom et Orange soutiennent que la durée de la procédure a excédé le délai raisonnable prescrit par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette durée aurait selon elles créé une insécurité juridique relativement aux offres d'abondance *on net* commercialisées par Orange depuis cinq ans. Elles font valoir que cette durée ne s'explique pas par la complexité de l'affaire, s'agissant de pratiques publiques, connues et transparentes, mais par les erreurs des services d'instruction, qui ont donné lieu à une décision de renvoi à l'instruction. Par ailleurs, elles soutiennent que la durée de la procédure a porté atteinte à leurs droits de la défense de manière irrémédiable, dans la mesure où elles ne disposaient plus des données qui leur auraient permis d'assurer utilement leur défense dans le cadre de l'instruction du grief de différenciation tarifaire notifié après la décision de renvoi du 15 mai 2009.

Le droit applicable

272. Aux termes d'une jurisprudence constante, le délai raisonnable prescrit par l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la « CEDH ») doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de l'affaire. La sanction qui s'attache à la violation par l'Autorité de la concurrence de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable n'est pas l'annulation de la procédure mais la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi, sous réserve, toutefois, que le délai écoulé durant la phase d'instruction, en ce compris la phase non contradictoire, devant l'Autorité n'ait pas causé à chacune des entreprises, formulant un grief à cet égard, une atteinte personnelle, effective et irrémédiable à son droit de se défendre (voir les arrêts de la Cour de cassation du 23 novembre 2010, Beauté Prestige International, de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2012, Beauté Prestige International et du 11 octobre 2012 Entreprise H. Chevalier Nord, page 30).
273. En ce qui concerne l'appréciation du caractère raisonnable de la durée de la procédure au regard de l'ampleur et de la complexité de l'affaire en cause, la Cour d'appel de Paris a précisé que « *nonobstant les exigences de rapidité de la vie des affaires, l'application des règles de fond de droit de la concurrence exige toujours une lourde mise en œuvre des normes de la légalité économique largement indéterminées, nécessitant pour leur application technique l'élaboration de critères précis passant par une appréciation des effets économiques des pratiques contestées et requérant une analyse économique en profondeur des marchés concernés* » (arrêt du 26 janvier 2012, précité).
274. Par ailleurs, en ce qui concerne les atteintes alléguées à la possibilité pour les entreprises de se défendre utilement contre les griefs notifiés compte tenu de la durée de la procédure, la Cour a précisé que « *la réalité d'une telle violation s'apprécie nécessairement à l'aune*

du devoir général de prudence incombant à chaque opérateur économique qui se doit de veiller à la bonne conservation de ses livres et archives comme de tous éléments permettant de retracer la licéité de ses pratiques en cas d'actions judiciaire ou administrative » (même arrêt).

275. S'agissant plus particulièrement de la question de la conservation des preuves, la Cour de cassation a jugé que les entreprises incriminées par l'Autorité de la concurrence « *sont responsables de la déperdition éventuelle des preuves qu'elles entendaient faire valoir tant que la prescription (...) n'était pas acquise* » (Com., 12 janvier 1999, Bull. IV n° 9). En vertu d'un devoir général de prudence, il incombe en effet aux entreprises mises en cause de conserver toute preuve de nature à établir la licéité de leurs pratiques jusqu'à la fin de la prescription fixée par l'article L. 462-7 du code de commerce, dont le délai a été porté de trois à cinq ans par l'ordonnance du 4 novembre 2004 (arrêts de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2012 et de la Cour d'appel de Paris du 12 octobre 2012 précités, page 32).
276. Pour apprécier si le principe du délai raisonnable a été respecté en l'espèce, il convient donc d'examiner dans un premier temps si la durée de la procédure peut être considérée comme excessive compte tenu des circonstances de l'espèce, et, le cas échéant, d'examiner dans un second temps s'il est établi que la durée de la procédure a privé Orange et France Télécom de la possibilité de se défendre utilement contre les griefs qui leur étaient reprochés.

Appréciation de l'Autorité

277. En l'espèce, Bouygues Télécom a saisi le Conseil de la concurrence des pratiques en litige le 10 octobre 2006. La première notification de griefs est intervenue le 13 mars 2008, soit moins de 18 mois après la saisine. Une décision de l'Autorité de renvoyer l'affaire à l'instruction a ensuite été adoptée le 15 mai 2009. C'est dans ces circonstances que la seconde notification de griefs a été transmise aux parties le 5 août 2011, soit 2 ans et 3 mois après la décision de renvoi. Ainsi, cette seconde notification de griefs a été adoptée moins de 5 ans après la saisine.
278. En premier lieu, en ce qui concerne l'appréciation de la durée de la procédure, celle-ci n'apparaît pas excessive au regard des circonstances de l'espèce, compte tenu de l'ampleur des pratiques en cause et de la complexité du dossier.
279. En effet, les pratiques qui ont fait l'objet de la notification de griefs du 13 mars 2008 visent l'ensemble des forfaits des gammes Intense, Classique et M6 Mobile by Orange commercialisés par Orange entre 2005 et 2007 et l'ensemble des forfaits de la gamme Essentiel commercialisés par SFR au cours de la même période. Le nombre d'offres visées par la notification de griefs du 5 août 2011 est plus étendu puisqu'il comprend, outre les offres précédentes, l'ensemble des forfaits de la gamme Pro et l'option « 3 numéros KDO » commercialisés par Orange ainsi que l'ensemble des forfaits de la gamme Pro commercialisés par SFR, qui ont fait l'objet d'un examen depuis la date de leur commercialisation, en avril 2005 s'agissant des forfaits d'Orange et en mars 2005 s'agissant des forfaits de SFR, jusqu'à la date de la notification des griefs.
280. Le nombre d'offres visées par la notification des griefs a ainsi multiplié les travaux de recherche de chiffres ainsi que les calculs économiques qui ont dû être effectués afin de traiter l'ensemble des données communiquées. Contrairement à ce que soutiennent les mises en cause, la plupart des données utilisées ne présentent pas un caractère public, s'agissant notamment des données relatives à la part du trafic d'abondance *on net* dans le trafic *on net* ou dans le trafic total, de la structure des communications des abonnés des différents opérateurs, à destination notamment de leurs principaux correspondants, ou

encore des comportements des consommateurs, s'agissant notamment de la motivation d'abonnement aux offres en cause.

281. Par ailleurs, l'appréciation des effets des pratiques sur la concurrence a nécessité une analyse approfondie du fonctionnement du secteur de la téléphonie mobile et des études économiques poussées, tout particulièrement en ce qui concerne certaines offres à « effet club ».
282. En second lieu et en tout état de cause, France Télécom et Orange ne sauraient se prévaloir d'une déperdition de preuves à la date de la seconde notification de griefs ni plus généralement d'une atteinte à leur droit de se défendre.
283. En effet, la saisine de Bouygues Télécom visait non seulement des pratiques de ciseau tarifaire, qui ont fait l'objet de la notification de griefs du 13 mars 2008, mais aussi, une pratique de « discrimination tarifaire » en ce que l'écart entre les prix *on net* et *off net* ne reflétait pas l'écart entre les terminaisons d'appel d'Orange et de SFR, d'une part, et de Bouygues Télécom, d'autre part. Ainsi, la circonstance que les pratiques de différenciation tarifaire n'aient initialement pas fait l'objet d'un grief lors de la notification du 13 mars 2008 ne faisait pas obstacle à des poursuites ultérieures, en particulier dans l'hypothèse d'un renvoi à l'instruction tel qu'il s'est produit en l'espèce. En effet, seul le collège de l'Autorité est compétent pour se prononcer au fond sur la qualification des pratiques dont il est saisi. Dans ces conditions, il appartenait aux opérateurs de redoubler de prudence et de conserver toute preuve de nature à éclairer l'Autorité sur les pratiques dénoncées jusqu'à l'expiration du délai de prescription, et notamment jusqu'à la fin de la procédure ouverte devant le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence.
284. Au demeurant, les données utiles à la défense des mises en cause en ce qui concerne le grief de différenciation tarifaire notifié le 5 août 2011 sont, contrairement à ce que soutiennent France Télécom et Orange, pour la plupart les mêmes que celles servant à l'appréciation des pratiques de ciseau tarifaire visées par la notification de griefs du 13 mars 2008. Ainsi, à supposer que les mises en cause aient effectivement détruit certaines données alors qu'elles savaient, dès 2007, l'Autorité saisie des offres d'abondance *on net*, cette circonstance ne résulterait pas de la longueur prétendument excessive de la procédure, mais d'un défaut de prudence de leur part.
285. A cet égard, si France Télécom et Orange font valoir qu'elles ne pouvaient conserver de données permettant d'identifier les destinataires des appels sortants pendant une durée supérieure à un an, rien ne s'opposait à ce qu'elles conservent des données relatives au trafic sortant à caractère anonyme. En effet, le I de l'article L. 34-1 du code des postes et télécommunications électroniques prévoit que « *les opérateurs de communications électroniques, et notamment les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne, effacent ou rendent anonyme toute donnée relative au trafic* » (soulignement ajouté).
286. Il résulte de tout ce qui précède que la durée de la procédure, qui n'apparaît pas déraisonnable, n'a pas porté atteinte aux droits de la défense, contrairement à ce qui est allégué.

2. SUR LE RESPECT DU PRINCIPE DU CONTRADICTOIRE

a) Sur l'articulation des griefs notifiés le 13 mars 2008 et le 5 août 2011

Arguments des parties

287. France Télécom et Orange soutiennent que la succession de rapports dans la présente affaire a conduit à une rupture du principe d'égalité des armes dès lors que ceux-ci seraient contradictoires, le rapport du 4 août 2008 ayant selon elles écarté tout grief de « discrimination tarifaire » alors que le rapport du 25 avril 2012 propose de maintenir le grief de différenciation tarifaire notifié le 5 août 2011. Elles font par ailleurs valoir que le rapport du 25 avril 2012 leur aurait été illégalement notifié dès lors qu'un rapport complémentaire avait déjà été notifié le 12 avril 2012, qui aurait eu pour conséquence de dessaisir *de jure* les services d'instruction.
288. SFR estime ne pas être en mesure de comprendre clairement les griefs qui lui sont reprochés à l'issue de la procédure dans la mesure où la pratique de ciseau tarifaire et la pratique de différenciation tarifaire ont fait l'objet de deux notifications et de deux rapports séparés, sans que les relations réciproques entre les deux griefs n'aient été débattues. La question de la répliquabilité par Bouygues Télécom des offres d'Orange et de SFR n'aurait pas fait l'objet d'un complément d'instruction en ce qui concerne le grief de ciseau tarifaire et aurait été insuffisamment traitée en ce qui concerne le grief de différenciation tarifaire.

Le droit applicable

289. Aux termes de l'article L. 463-2 du code de commerce : « *le rapporteur ou un rapporteur général adjoint par lui désigné notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du gouvernement, qui peuvent consulter le dossier sous réserve des dispositions de l'article L. 463-4 et présenter leurs observations dans un délai de deux mois (...) Le rapport est ensuite notifié aux parties, au commissaire du gouvernement et aux ministres intéressés* ». Aux termes de l'article R. 463-11 du même code : « *Le rapport soumet à la décision de l'Autorité de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés* ».
290. Il ne résulte pas de ces dispositions, pas plus que d'aucune autre règle ou principe jurisprudentiel, que l'envoi du rapport prévu par l'article L. 463-2 du code de commerce aurait pour effet de dessaisir le rapporteur de l'instruction du dossier.
291. Il résulte par ailleurs d'une jurisprudence constante que l'Autorité de la concurrence n'est pas liée par les appréciations du rapporteur et doit statuer sur la totalité des griefs notifiés (arrêts de la Cour d'appel de Paris du 19 juin 2007, Philips France, non cassé sur ce point et du 11 octobre 2012 précité, p. 39). Ainsi, il n'appartient pas au rapporteur d'écarter ou d'annuler de lui-même une notification de griefs à laquelle il a procédé et une notification de griefs complémentaire n'a pas vocation à annuler et remplacer la notification initiale, mais seulement à s'y ajouter. Dans ce cadre, il appartient à l'Autorité de vérifier que les parties n'ont pu se méprendre sur l'accusation portée contre elles (arrêts de la cour d'appel de Paris du 24 juin 2008, France Travaux, p. 18, confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 13 octobre 2009, n° M 08-17.269, p. 39).

Appréciation de l'Autorité

292. La notification de griefs du 13 mars 2008 a dénoncé des pratiques de ciseau tarifaire mises en œuvre par Orange et SFR. Par sa décision du 15 mai 2009 précitée, l'Autorité a sursis à statuer dans la mesure où, d'une part, un complément d'instruction paraissait utile sur l'existence, ou non, de pratiques de différenciation tarifaire excessive dénoncées par

Bouygues Télécom, aucun grief n'ayant été notifié sur ce point, et, d'autre part, les éléments figurant au dossier ne permettaient pas de l'éclairer sur l'existence d'un effet de ciseau tarifaire subsidiaire à celle, plus vaste, de mécanismes de différenciation anticoncurrentielle. A la suite de ce renvoi et d'une instruction complémentaire, les services d'instruction ont adressé le 5 août 2011 aux entreprises une seconde notification de griefs, portant sur des pratiques de différenciation tarifaire. Cette dernière indique clairement faire suite à la décision n° 09-S-03 du 15 mai 2009. Elle n'avait pas vocation à annuler la notification de griefs du 13 mars 2008.

293. Conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus, l'Autorité doit donc statuer sur la totalité des griefs notifiés, à savoir les griefs de ciseau tarifaire notifiés le 13 mars 2008 et les griefs de différenciation tarifaire notifiés le 5 août 2011. La circonstance que la notification de griefs du 13 mars 2008, dont l'analyse avait été maintenue par le rapporteur dans son rapport du 4 août 2008, ait écarté tout grief de « discrimination tarifaire » est, à l'évidence, sans incidence sur cette obligation ni sur la régularité du grief de différenciation tarifaire notifié le 5 août 2011. Il appartient à l'Autorité de procéder à sa propre analyse des griefs notifiés, sur le fondement des éléments soumis au débat contradictoire, sans être liée par les appréciations successives des rapporteurs en l'espèce.
294. Par ailleurs, contrairement à ce que soutient France Télécom, il résulte de la jurisprudence précitée que le rapport du 12 avril 2012 ne pouvait avoir pour effet d'écarter ou d'annuler le grief de différenciation tarifaire notifié le 5 août 2011, seul le collège de l'Autorité de la concurrence étant compétent pour se prononcer sur les griefs régulièrement notifiés.
295. Au demeurant, le rapport du 12 avril 2012 n'a pu conduire les entreprises mises en cause à se méprendre sur la portée des accusations portées contre elles. En effet, il rappelle les griefs notifiés le 13 mars 2008 et indique qu'il « *complète [le rapport] en date du 4 août 2008 en ce qu'il concerne les éléments nécessaires à la détermination des sanctions relatives au grief notifié le 13 mars 2008* ». Il précise qu'il vise « *à signaler aux parties concernées les principaux éléments de droit et de fait susceptibles d'influer, de leur point de vue, sur la détermination de la sanction par le collège, et de leur permettre de présenter des observations à cet égard, dans la mesure où ces éléments n'avaient pas été évoqués dans le rapport du 4 août 2008* ». Enfin, il précise n'avoir « *pas pour objet de répondre aux écritures des parties relatives tant au rapport daté du 4 août 2008 qu'à celles relatives à la notification de griefs datée du 5 août 2011* » (point 1).
296. Il résulte clairement de ces explications que le rapport du 12 avril 2012 avait uniquement pour objet de compléter le rapport du 4 août 2008 afin de le mettre en conformité avec les exigences résultant des paragraphes 17 et 18 du communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, publié postérieurement. Par ailleurs, il rappelle sans ambiguïté ne pas valoir renonciation des griefs notifiés le 5 août 2011. Ainsi que le souligne le conseiller auditeur dans son rapport du 9 juillet 2012, « *les sociétés ne peuvent prétendre s'être mépris sur le sens de ce rapport ni lui faire produire des effets d'une portée que la loi ne lui reconnaît pas* » (rapport, p. 7).
297. Les services d'instruction n'étaient en outre pas tenus, contrairement à ce que soutient SFR, d'analyser les « relations réciproques » entre les griefs de ciseau tarifaire et les griefs de différenciation tarifaire soumis à l'appréciation de l'Autorité, s'agissant de griefs distincts, dont la mise en évidence fait l'objet de démonstrations séparées.
298. Il résulte de ce qui précède que les entreprises, qui ont bénéficié du délai de deux mois prévu par l'article L. 463-2 du code de commerce, pour présenter des mémoires en réponse au rapport du 12 avril 2012 comme à celui du 25 avril 2012, ne sauraient se plaindre d'une méconnaissance de leur droit de se défendre contre les griefs notifiés.

299. Enfin, en ce qui concerne la question de la possibilité pour les petits opérateurs de répliquer aux offres d'Orange et de SFR par le lancement de leurs propres offres d'abondance, il convient de relever que cette contestation porte en réalité, non sur la régularité de la procédure, mais sur l'analyse du bien-fondé des griefs. Elle fera donc l'objet d'un examen au fond par l'Autorité.

b) En ce qui concerne l'absence de notification modificative

300. France Télécom et Orange font valoir que la notification de griefs du 5 août 2011 contenait des erreurs matérielles qui auraient dû donner lieu à une notification de griefs modificative, dont l'absence les a privées de la possibilité de bénéficier du délai de deux mois prévu par l'article L. 463-2 du code de commerce pour présenter leurs observations.
301. Aux termes d'une jurisprudence constante, la notification de griefs doit « *contenir un exposé des griefs libellé dans des termes suffisamment clairs, fussent-ils sommaires, pour permettre aux intéressés de prendre effectivement connaissance des comportements qui leur sont reprochés (...)* ; le principe de la contradiction et les droits de la défense sont respectés lorsque la décision ne met pas à la charge des intéressés des infractions différentes de celles visées dans les notifications de griefs et ne retient que des faits sur lesquels ils ont eu l'occasion de s'expliquer » (arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 septembre 2006, société Hôtel Le Bristol SA). Ainsi, il n'y a lieu d'adresser une notification de griefs complémentaire que lorsque les services d'instruction de l'Autorité envisagent de dénoncer une pratique qui n'avait pas été visée dans la notification de griefs initiale.
302. Au cas d'espèce, la notification de griefs du 5 août 2011 contenait une analyse approfondie des pratiques en cause et un exposé clair des griefs notifiés, qui ont permis aux entreprises de prendre connaissance des comportements qui leur étaient reprochés, et de s'en expliquer. Les mises en cause ont ainsi pu, dans le délai de deux mois qui leur était imparti conformément aux dispositions de l'article L. 463-2 du code de commerce, contester dans le détail la matérialité des faits relevés par les services d'instruction, la qualification qui leur a été attribuée et l'imputation qui en a été faite.
303. Si les services d'instruction ont signalé aux parties, par un courriel du 28 septembre 2011, l'existence d'erreurs de plume figurant dans la notification de griefs, ces éléments n'emportaient aucune modification de l'étendue et de la qualification des griefs notifiés, ni des éléments de preuve utilisés pour fonder l'analyse des pratiques en litige. En effet, les rectifications signalées dans le courriel portaient sur des éléments factuels mineurs tels qu'une interversion de graphiques, l'absence de suppression d'un graphique qui aurait dû l'être ou encore le décalage d'un an dans l'abscisse d'un autre graphique. Ces éléments n'étaient pas de nature à nuire à la compréhension par les mises en cause des griefs qui leur avaient été notifiés le 5 août 2011. Il n'y avait donc pas lieu de procéder à une notification de griefs complémentaire.

c) En ce qui concerne l'absence de restitution de pièces communiquées par France Télécom - Orange

304. France Télécom et Orange dénoncent la « rétention » par les services d'instruction de l'Autorité de documents intitulés « annexes 13 bis et 14 bis », comprenant les « Tableaux de bord Marketing », ainsi que les « Reportings Trafics et usages Mobiles » établis par l'entreprise. Elles soutiennent que ces documents comporteraient des éléments étrangers au champ matériel de l'instruction et que l'impératif de loyauté devant présider à la

recherche de la preuve en application de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales aurait ainsi été violé.

305. Conformément aux dispositions de l'article L. 450-3 du code de commerce, les rapporteurs des services d'instruction de l'Autorité peuvent, dans le cadre de leurs pouvoirs d'enquête *« demander la communication des livres, factures et autres documents professionnels »* aux entreprises. La jurisprudence leur impose seulement de porter à la connaissance de l'entreprise l'objet de leur enquête (arrêt de la Cour de cassation du 14 janvier 2003, n° 01-00.518).
306. Au cas d'espèce, les documents en litige ont fait l'objet de demandes de communication formulées dans le cadre des auditions des représentants de France Télécom et d'Orange des 27 janvier 2010, 24 février 2010 et 1^{er} mars 2010. Les procès-verbaux de ces auditions exposent clairement l'objet de l'instruction, à savoir l'examen de l'affaire enregistrée sous le numéro 06/0070F relative à la saisine de Bouygues Télécom à l'encontre de pratiques mises en œuvre par Orange et SFR dans le secteur de la téléphonie mobile à la suite du renvoi à l'instruction décidé par l'Autorité le 15 mai 2009.
307. Si les mises en cause font valoir que ces documents comportaient des éléments étrangers au champ de l'instruction, il ressort au contraire de leur analyse qu'ils étaient en rapport avec l'objet de l'enquête. France Télécom et Orange l'ont d'ailleurs elles-mêmes reconnu dans leurs observations adressées au conseiller auditeur : *« les documents précités sont des synthèses récapitulant des données commerciales concernant l'activité et la stratégie d'Orange en matière de services de téléphonie mobile et contiennent des informations qui portent non seulement sur les appels en net mais aussi sur l'activité plus large des services voix et plus généralement sur l'ensemble des offres, produits et services commercialisés par Orange »*.
308. Enfin, il n'est pas contesté que l'ensemble de ces documents a fait l'objet d'une protection au titre du secret des affaires, conformément à la demande des mises en cause, à l'exception d'une pièce (cote 39362). Aucun de ces documents n'a été utilisé pour fonder les griefs notifiés, la notification du 5 août 2011 n'en faisant pas mention. Dans ces conditions, l'absence de restitution des documents en cause à ce stade de la procédure ne saurait caractériser une quelconque atteinte à l'exercice des droits de la défense de France Télécom et d'Orange.
309. Il résulte de ce qui précède que ni la demande de communication des documents en cause, ni l'absence de restitution de ces derniers à ce stade n'ont porté atteinte aux droits de la défense des mises en cause. Dans son rapport du 9 juillet 2012, le conseiller auditeur conclut également dans ce sens : *« il apparaît que le rapporteur a exercé son droit de communication dans le respect des exigences légales et que la conservation des documents remis pendant le temps de l'instruction n'a pas porté atteinte aux droits de la défense et ne déroge pas au principe de loyauté »* (rapport, p. 4).

B. SUR LE DROIT APPLICABLE

a) Sur l'applicabilité du droit de la concurrence

Arguments des parties

310. France Télécom et Orange soutiennent que la problématique de la différenciation tarifaire relève d'un débat de régulation sectorielle, mise en œuvre par l'ARCEP, et non d'un débat

concurrentiel. Elles font valoir que les effets des offres d'abondance *on net* sur la situation de Bouygues Télécom ont entièrement été compensés par le maintien au profit de cet opérateur d'une charge de terminaison d'appel supérieure à celle de ses concurrents. La régulation asymétrique aurait elle-même contribué au développement des offres d'abondance *on net*.

Le droit applicable

311. Aux termes d'une jurisprudence constante, l'article 102 TFUE ne vise que des comportements anticoncurrentiels qui ont été adoptés par les entreprises de leur propre initiative. Si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui lui-même élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, l'article 102 TFUE n'est pas d'application. En revanche, l'article 102 TFUE demeure applicable s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises (arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne du 11 novembre 1997, *Commission et France/Ladbroke Racing*, C-359/95 P et C-379/95 P, Rec. p. I-6265, points 33-34 et du 17 février 2011, *C-52/09, TeliaSonera Sverige AB/Commission*, non encore publié au Recueil, points 49-50).
312. Ainsi, la Cour de justice a jugé que, si une loi nationale se limite à inciter ou à faciliter l'adoption, par les entreprises, de comportements anticoncurrentiels autonomes, ceux-ci demeurent justiciables des articles 101 et 102 TFUE (arrêt du 16 décembre 1975, *Suiker Unie e.a./Commission*, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, points 36 à 73).
313. Il s'ensuit que la seule circonstance, à la supposer établie, qu'une entreprise ait pu être incitée, par les interventions d'une autorité réglementaire nationale, à maintenir en application des pratiques tarifaires conduisant à la compression des marges de ses concurrents au moins aussi efficaces ne saurait, en tant que telle, en rien éliminer sa responsabilité au titre de l'article 102 TFUE (arrêt du 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom/Commission*, C-280/08 P, Rec. p. I-9555, point 84, s'agissant de l'intervention de l'autorité de régulation et des télécommunications allemande). La Cour de justice a précisé que, nonobstant de telles interventions, si une entreprise en position dominante verticalement intégrée dispose d'une marge de manœuvre pour modifier même seulement ses prix de détail, une pratique de compression des marges peut, pour ce seul motif, lui être imputée (arrêts *Deutsche Telekom/Commission*, précité, point 85, et, dans le même sens, *TeliaSonera*, précité, point 50).
314. La Cour de justice a encore précisé qu'était sans incidence à cet égard la circonstance selon laquelle la régulation effectuée par l'autorité réglementaire avait pour objet d'ouvrir les marchés concernés à la concurrence, les règles relatives à la concurrence prévues par le traité complétant à cet égard, par l'exercice d'un contrôle *ex post*, le cadre réglementaire adopté par le législateur de l'Union en vue de réguler *ex ante* les marchés des télécommunications (arrêt *Deutsche Telekom*, précité, point 92).
315. Compte tenu de la logique qui la fonde, cette jurisprudence est applicable, non seulement aux pratiques de compression de marges se traduisant par un effet de ciseau tarifaire, mais, plus largement, à l'ensemble des pratiques tarifaires mises en œuvre par des entreprises sur le marché. Elle s'applique donc notamment dans le cas de la mise en œuvre de pratiques de différenciation tarifaire.

Appréciation de l'Autorité

316. Au cas d'espèce, il n'est pas contesté qu'Orange et SFR disposaient, au cours de la période en cause, d'une large marge de manœuvre pour modifier leurs prix de détail sur le marché de la téléphonie mobile accessible à une clientèle résidentielle. En effet, la régulation tarifaire mise en œuvre par l'ARCEP ne concernait que les marchés amont de terminaison d'appel des trois opérateurs de téléphonie mobile.
317. France Télécom et Orange se bornent, par les arguments précités, à faire valoir le caractère « incitatif » de l'intervention de l'ARCEP, qui aurait poussé Orange à développer des offres d'abondance *on net* et en aurait compensé les effets sur la situation de Bouygues Télécom. De telles circonstances, à les supposer même établies, ne privaient toutefois nullement Orange de la possibilité de modifier ses prix de détail, et partant, d'adopter un comportement anticoncurrentiel autonome justiciable des articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce.
318. En tout état de cause, il convient de souligner que la régulation mise en œuvre par l'ARCEP sur les marchés amont se bornait à fixer des plafonds tarifaires et laissait donc aux opérateurs la possibilité de facturer à leurs concurrents un prix de gros de la terminaison d'appel inférieur à ces plafonds. Ainsi, Orange, comme SFR disposaient également d'une marge de manœuvre pour fixer leurs prix sur le marché de gros.
319. Les arguments de France Télécom et d'Orange ne sont, par suite, pas de nature à écarter l'application des articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce. Ils seront examinés, s'il y a lieu, dans le cadre de l'appréciation de la sanction appliquée aux entreprises.

b) Sur l'applicabilité des règles de concurrence de l'Union

320. L'ensemble des griefs notifiés l'ont été sur le fondement des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 CE, devenu article 102 TFUE depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 2009, du traité de Lisbonne.

Arguments des parties

321. France Télécom et Orange contestent l'application de l'article 102 TFUE dès lors que selon elles, le commerce entre Etats membres n'est ni affecté de manière sensible ni susceptible de l'être ou de l'avoir été.

Rappel des principes

322. L'article 102 TFUE dispose qu' « *est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ».
323. La jurisprudence de l'Union comme celle des juridictions internes rappelle, comme communication de la Commission européenne portant lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité (JO 2004, C 101, p. 81), que trois éléments doivent être démontrés pour établir que des pratiques sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres : l'existence d'échanges entre Etats membres portant sur les produits ou les services en cause, l'existence de pratiques susceptibles d'affecter ces échanges et le caractère sensible de cette possible affectation.

324. La circonstance que des abus de position dominante ne soient commis que sur le territoire d'un seul Etat membre ne fait pas obstacle à ce que les deux premières conditions soient remplies. La Cour de justice a ainsi jugé que, lorsque le détenteur d'une position dominante barre l'accès au marché à des concurrents, il est indifférent que ce comportement n'ait lieu que sur le territoire d'un seul Etat membre, dès lors qu'il est susceptible d'avoir des répercussions sur les courants commerciaux et sur la concurrence dans le marché unique (arrêt du 9 novembre 1981, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, 322/81, Rec. p. 3461, point 103).
325. La Commission européenne a quant à elle indiqué, dans les lignes directrices précitées, que *« lorsqu'une entreprise qui occupe une position dominante couvrant l'ensemble d'un Etat membre constitue une entrave abusive à l'entrée, le commerce entre Etats membres peut normalement être affecté »* (point 93).
326. Enfin, la Cour de cassation a jugé dans un arrêt *France Télécom* du 31 janvier 2012 que les termes « susceptibles d'affecter » énoncés par les articles 101 et 102 TFUE *« supposent que l'accord ou la pratique abusive en cause permette, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres, sans que soit exigée la constatation d'un effet réalisé sur le commerce intracommunautaire »* (Cass. com. 31 janvier 2012, n° 10-25.772, 10.-25.775 et 10-25.882, page 6).
327. Concernant le troisième élément, à savoir le caractère sensible de cette affectation, les lignes directrices de la Commission précitées indiquent que, lors de cette appréciation, *« il faut également tenir compte du fait que la présence de l'entreprise dominante couvrant l'ensemble d'un Etat membre est susceptible de rendre la pénétration du marché plus difficile. Toute pratique abusive qui rend plus difficile l'entrée sur le marché national doit donc être considérée comme affectant sensiblement le commerce »* (point 96).
328. Aux termes de l'arrêt précité, la Cour de cassation a en outre jugé, s'agissant de pratiques commises sur une partie seulement d'un Etat membre, que : *« le caractère sensible de l'affectation directe ou indirecte, potentielle ou actuelle, du commerce intracommunautaire résulte d'un ensemble de critères, parmi lesquels la nature des pratiques, la nature des produits concernés et la position de marché des entreprises en cause »* (page 6). Cette approche vaut à plus forte raison pour les pratiques concernant l'ensemble d'un Etat membre (voir, s'agissant de pratiques abusives, les arrêts du Tribunal de l'Union européenne du 8 octobre 1996, *Compagnie maritime belge transports e.a./Commission*, T-24/93, T-25/93, T-26/93 et T-28/93, Rec. p. II-1201, points 203 et *Irish Sugar plc/Commission*, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 170).

Appréciation par l'Autorité

329. Les pratiques en cause en l'espèce sont de toute évidence susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres, pour les raisons qui seront détaillées ci-dessous.
330. L'existence d'une affectation sensible du commerce entre Etats membres a été mise en évidence par la Commission européenne dans le cas de pratiques mises en œuvre sur le seul territoire d'un Etat membre par des opérateurs de télécommunications dominants et qui avaient pour effet d'élever des barrières à l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché. Il en est ainsi de pratiques tarifaires mises en œuvre par l'opérateur de télécommunications dominant en Espagne (décision de la Commission du 4 juillet 2007 COMP/38.784, confirmée par l'arrêt du Tribunal de l'Union européenne du 29 mars 2012,

T-336/07, Telefonica SA/Commission, non encore publié au Rec.), en Allemagne (décision de la Commission 2003/707/CE, du 21 mai 2003, confirmée par les arrêts du Tribunal du 10 avril 2008, Deutsche Telekom/Commission, T-271/03, Rec. p. II-477, et de la Cour du 14 octobre 2010, Deutsche Telekom/Commission, C-280/08 P, Rec. p. I-9555), ou encore en Pologne (décision du 22 juin 2011, COMP/39.525 – Telekomunikacja Polska).

331. Dans le cas d'espèce, les pratiques dénoncées ont une dimension nationale, puisqu'elles affectent le territoire de la France métropolitaine, qui représente une partie substantielle du marché de l'Union. Il s'agit en effet de pratiques commises dans le cadre de la fourniture de services de communications de téléphonie mobile sur l'ensemble du territoire national et les entreprises qui sont susceptibles d'être lésées par les pratiques identifiées ont une activité d'envergure au moins européenne. De plus, les services en cause font l'objet d'échanges entre Etats membres.
332. Les pratiques en litige, constitutives d'un ciseau et d'une différenciation tarifaires, sont en outre susceptibles d'avoir entravé l'entrée et l'expansion des acteurs sur le marché national de la téléphonie mobile de détail. Elles sont ainsi de nature à affaiblir, voire à évincer, des concurrents sur les marchés pertinents identifiés et à rendre plus difficile, voire impossible, l'entrée de nouveaux concurrents, comme certains MVNOs ou d'autres opérateurs pouvant avoir une activité d'envergure européenne.
333. Enfin, les pratiques en litige ont été mises en œuvre par les deux plus importants opérateurs de téléphonie mobile de détail, disposant - en plus d'un monopole sur le marché de gros de leur terminaison d'appel respective - de parts sur le marché de détail des offres « grand public » s'élevant en moyenne entre 2005 et 2010 à 41% pour Orange et 37% pour SFR en valeur, et à 45% pour Orange et 34% pour SFR en volume.
334. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les pratiques en cause sont susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre États membres. Ces dernières doivent par conséquent être analysées au regard des règles de concurrence tant internes que de l'Union.

C. SUR LE BIEN-FONDÉ DES GRIEFS

335. Après avoir défini les marchés pertinents et présenté la position d'Orange et de SFR sur les marchés en cause (1), l'Autorité examinera successivement les pratiques visées par la notification de griefs du 5 août 2011 (2), puis celles visées par les griefs notifiés le 13 mars 2008 (3). La seconde notification de griefs vise en effet des pratiques plus étendues que celles qui ont fait l'objet de la première notification, aussi bien dans le temps qu'en ce qui concerne le périmètre des offres de téléphonie mobile concernées.

1. SUR LES MARCHÉS PERTINENTS ET LA POSITION D'ORANGE ET DE SFR SUR CES MARCHÉS

336. Dans son rapport annuel pour l'année 2011, l'Autorité rappelle que : « *le marché est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services spécifiques, considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux, mais non substituables aux autres biens et services offerts* » (page 107).

337. S'agissant du secteur des communications électroniques, la Commission européenne opère une distinction entre deux principaux types de marchés pertinents à considérer²⁹ : il s'agit, d'une part, des marchés de détail correspondant à des services fournis aux utilisateurs finals, et d'autre part, des marchés de gros correspondant à l'accès pour les opérateurs aux installations nécessaires à la fourniture de ces services et produits aux utilisateurs finals.
338. Conformément à la pratique décisionnelle constante, tant de l'Autorité que de l'ARCEP, il y a lieu d'opérer en l'espèce une distinction entre le marché de services de téléphonie mobile fournis aux consommateurs (marché de détail), et le marché de prestations de la terminaison d'appel vocal mobile offertes aux opérateurs de réseaux (marché de gros).

a) Sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal mobile

Sur le marché de produits ou de services

339. Le Conseil de la concurrence a déjà relevé que les trois marchés amont de terminaison d'appel correspondant aux trois réseaux GSM en service constituent des marchés pertinents³⁰.
340. Il convient de vérifier si cette définition demeure pertinente au cours de la période en litige en examinant l'existence de prestations substituables à la terminaison d'appel vocal mobile, (i) du point de vue de l'opérateur de l'appelant et donc du demandeur et (ii) du point de vue de l'opérateur de l'appelé et donc de l'offreur.

En ce qui concerne la substituabilité du point de vue des demandeurs

341. Plusieurs prestations peuvent être examinées pour l'analyse de la substituabilité du point de vue de la demande :
- les offres utilisant différentes technologies d'acheminement de trafic, telles que l'UMTS et le GSM ;
 - les offres de « hérissons », équipements permettant notamment de convertir des appels fixe-vers-mobile en appels mobile-vers-mobile ;
 - les offres d'interconnexion d'un opérateur de transit couplant la prestation de transit à la prestation de terminaison d'appel ;
 - les offres d'interconnexion d'un autre opérateur mobile.
342. Ces offres ont également été examinées par l'ARCEP dans le cadre de sa dernière analyse de marché de la terminaison d'appel mobile en date du 2 novembre 2010³¹.

²⁹ Recommandation de la Commission européenne 2007/879/CE du 17 décembre 2007 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, notifiée sous le numéro C(2007) 5406.

³⁰ Avis n° [08-A-16](#), du 30 juillet 2003, relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur le marché français de la téléphonie mobile, paragraphe 130, et décision n° [04-D-48](#), du 14 octobre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR, Cegetel et Bouygues Télécom, paragraphe 158.

³¹ Décision de l'ARCEP n° 2010-1149 du 2 novembre 2010 portant sur la détermination des marchés pertinents relatifs à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français en métropole et outre-mer, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre pour la période 2011-2013.

343. S'agissant des offres de terminaison d'appel reposant sur des technologies d'acheminement de trafic différentes, et notamment l'UMTS et le GSM, une substituabilité peut être constatée, du point de vue de la demande, entre ces prestations. En effet, une augmentation sensible et durable du tarif associé à l'une de ces offres, entraînerait vraisemblablement l'utilisation par les opérateurs des appelants des offres reposant sur les autres technologies disponibles. Par conséquent, il y a lieu de considérer que le marché pertinent doit inclure l'ensemble des offres d'interconnexion vocale, quelle que soit la technologie utilisée pour l'acheminement du trafic.
344. S'agissant des « hérissons », l'Autorité de la concurrence considère que ceux-ci n'exercent pas une pression concurrentielle suffisante pour être inclus dans le marché pertinent de la terminaison des appels³². De même, l'ARCEP considère de manière constante³³ qu'ils ne constituent pas des substituts à la terminaison d'appel vocal mobile. Ces équipements ont surtout été utilisés durant le régime du « *bill and keep* ». En effet, ils permettaient aux opérateurs de téléphonie fixe de bénéficier de l'absence de facturation de la terminaison d'appel entre les opérateurs de téléphonie mobile, dans la mesure où les appels fixe-vers-mobile étaient traités comme des appels mobile-vers-mobile, ou même comme des appels *on net*. La fin du régime du « *bill and keep* » et, de manière plus générale, la baisse régulière des tarifs de la terminaison d'appel mobile ont très largement réduit l'intérêt de tels équipements si bien qu'il ont quasiment disparu aujourd'hui.
345. S'agissant des prestations composites, qui couplent une terminaison d'appel mobile à une prestation de transit, et les offres d'interconnexion d'autres opérateurs mobiles, celles-ci doivent être écartées du marché pertinent. En effet, seul l'opérateur mobile du réseau concerné peut terminer les appels vers ses propres abonnés. Dans le premier cas, l'opérateur fournissant la prestation composite devra donc nécessairement acheter des minutes de terminaison d'appel à l'opérateur de l'appelé. Dans le second cas, les communications à destination d'un client A ne sont pas substituables aux communications à destination d'un client B.
346. Une augmentation légère et durable du tarif de terminaison d'appel n'est donc pas susceptible de modifier, dans une mesure appréciable, le comportement de l'opérateur de l'appelant dans ses modalités d'interconnexion avec l'opérateur de l'appelé.
347. Néanmoins, il convient d'examiner, en deuxième lieu, si une telle évolution des prix, qui se répercuterait sur les tarifs de détail, serait de nature à modifier le comportement de l'appelant lui-même, celui-ci se tournant vers d'éventuelles prestations de substitution.
348. Les évolutions techniques récentes rendent aujourd'hui possible d'établir une communication vocale à destination d'un terminal mobile de plusieurs manières, par exemple en s'appuyant sur des antennes Wifi et sur un terminal mobile compatible, ou encore en utilisant des logiciels de voix sur IP, ces deux possibilités n'étant d'ailleurs pas

³² Avis n° [07-A-01](#) du 1er février 2007 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles des sociétés Outremer Telecom et St Martin & St Barthélemy Tel Cell dans la zone Antilles Guyane et décision n° [09-D-36](#) du 9 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, point 213.

³³ Décision de l'ARCEP n° 2010-1149 précitée, décision de l'ARCEP n° 2007-0810 du 4 octobre 2007 portant sur la détermination des marchés pertinents relatifs à la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français en métropole, la désignation d'opérateurs exerçant une influence significative sur ces marchés et les obligations imposées à ce titre pour la période 2008-2010.

exclusives l'une de l'autre. Il convient également de s'interroger sur le degré de substituabilité entre une communication vocale et un message textuel (SMS, MMS, courriel, messagerie instantanée...).

349. S'agissant des communications vocales en Wifi, celles-ci n'offrent pas la même souplesse que les technologies radio GSM et UMTS. En effet, elles s'accompagnent souvent d'une nette dégradation de la qualité de service. Par ailleurs, elles ne permettent pas de communiquer en mobilité puisque, d'une part, le maillage du territoire en points d'accès Wifi est insuffisant et que, d'autre part, cette technologie n'offre pas de fonction de « *handover* » (c'est-à-dire la capacité du réseau à maintenir une communication au cours d'un trajet, alors même que le terminal passe d'une cellule à une autre) comme le permettent le GSM et l'UMTS. Or, la mobilité, c'est-à-dire la capacité à être joint à tout instant, quelle que soit la position de l'appelé, est l'une des fonctionnalités les plus importantes du service mobile. Pour cette raison, il ne peut également pas être considéré qu'un appel à destination d'un poste fixe puisse être un substitut à un appel à destination d'un terminal mobile.
350. S'agissant des communications vocales sur IP, utilisant un accès Internet mobile, il convient tout d'abord de rappeler que celles-ci ne peuvent être envisagées comme substituts aux communications vocales mobiles que dans la mesure où l'appelé dispose d'une connexion permanente à Internet. Aujourd'hui, la substitution n'est donc possible que dans un nombre de cas restreint. Par ailleurs, force est de constater que, si les applications de voix sur IP existent et sont largement diffusées sur les réseaux fixes, les opérateurs mobiles en interdisent souvent l'utilisation, par des moyens techniques ou contractuels. Les communications en voix sur IP ne peuvent donc être considérées valablement comme des prestations substituables à une communication vocale mobile.
351. Enfin, s'agissant des messages textuels, du fait de leur nature même, ils ne peuvent être regardés comme des services substituables aux communications vocales.

En ce qui concerne la substituabilité du point de vue des offreurs

352. Dans le système actuel, l'opérateur de terminaison est le seul acteur susceptible de localiser la personne appelée, identifiée par un numéro mobile, et de terminer l'appel vers ce numéro mobile. Un opérateur en place ou un nouvel entrant n'est pas en mesure, en cas d'augmentation des prix de la terminaison d'appel vocal mobile par un opérateur, d'offrir ce service de terminaison. Il ne semble donc pas qu'il y ait de substitution envisageable du côté de l'offre. L'ARCEP a également conclu en ce sens dans sa décision n° 2010-1149 précitée (point II.2.4).

Conclusion sur le marché de produits

353. Il ressort de l'analyse à laquelle il a été procédé ci-dessus qu'il n'existe pas aujourd'hui de produit de substitution au service de terminaison d'appel vocal mobile. Ainsi, le marché de produits pertinent est, pour chacun des opérateurs mobiles, le marché de la terminaison d'appel vocal vers ses numéros mobiles, comprenant l'ensemble des offres de terminaison d'appel vocal à destination de numéros mobiles ouverts à l'interconnexion sur son réseau.

Sur les marchés géographiques

354. Selon les lignes directrices de la Commission européenne 2002/C165/03 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, « *dans le secteur des communications électroniques, la portée géographique du marché pertinent est*

traditionnellement déterminée par référence à deux critères principaux : le territoire couvert par un réseau et l'existence d'instruments juridiques » (point 59).

355. Compte tenu de l'existence d'un système d'autorisations nécessaires à l'utilisation de fréquences mobiles et de la couverture géographique des différents réseaux, il y a lieu de considérer que les marchés géographiques pertinents correspondent à la France métropolitaine.

Conclusion sur les marchés de gros pertinents

356. Compte tenu de ce qui précède, il convient, pour apprécier la position des entreprises mises en cause, de retenir deux marchés de gros pertinents pour la France métropolitaine :
- le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur le réseau d'Orange ; et
 - le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur le réseau de SFR.

Sur la position d'Orange et de SFR sur ces marchés

357. De manière constante, le Conseil puis l'Autorité de la concurrence ont considéré que chaque opérateur de réseau est en position dominante sur le marché de gros de sa propre terminaison d'appel³⁴. La Commission européenne, mais également l'ARCEP et ses homologues européens ont, eux aussi, conclu de façon répétée dans le même sens.
358. Dans son avis n° [10-A-17](#) du 29 juillet 2010³⁵, l'Autorité de la concurrence considère ainsi « *que chaque opérateur dispose d'un monopole sur son propre réseau et qu'aucun contre-pouvoir d'acheteur ne vient contrebalancer ce pouvoir de marché* » (point 20).
359. De même, l'ARCEP estime dans sa décision n° 2010-1149 précitée qu' « *en l'absence de régulation de la charge de terminaison d'appel vocal mobile, chaque opérateur mobile de terminaison (...) peut agir indépendamment des autres acheteurs sur le marché de sa terminaison d'appel vocal mobile et que le système, dans lequel les clients ne sont pas directement facturés pour les appels qu'ils reçoivent, n'incite pas ces opérateurs à maintenir des tarifs raisonnables de terminaison d'appel vocal mobile* » (page 32).
360. Il résulte de ce qui précède, et il n'est d'ailleurs pas contesté, qu'Orange et SFR détiennent une position de monopole sur le marché de gros métropolitain de la terminaison d'appel vocal à destination des numéros mobiles ouverts à l'interconnexion sur leurs réseaux respectifs.
361. Par ailleurs, si Orange et France Télécom reprochent aux services d'instruction de l'Autorité de n'avoir pas tenu compte, au stade de l'analyse des marchés pertinents, de la position dominante détenue par Bouygues Télécom sur le marché de la terminaison d'appel vocal vers ses propres numéros mobiles, un tel argument est sans objet en ce qui concerne la définition des marchés pertinents. S'agissant en l'espèce de l'appréciation, au regard des

³⁴ Décision n° [04-D-48](#) du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom, points 158 et suivants, confirmée sur ce point par l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 27 janvier 2011, SFR SA, p. 11 ; Avis n° [07-A-05](#) du 19 juin 2007 relatif à une demande d'avis de l'ARCEP dans le cadre de la procédure d'analyse du marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles, points 12 et suivants ; Décision n° [09-D-15](#) du 2 avril 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société SFR concernant diverses pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom sur les marchés de la téléphonie mobile et de l'Internet haut débit (offre « Unik »), point 40.

³⁵ Avis n° [10-A-17](#) du 29 juillet 2010 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en application de l'article L. 37-1 du code des postes et des communications électroniques, portant sur l'analyse des marchés de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en métropole et en Outre-mer.

articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce, de pratiques résultant de la commercialisation par Orange et SFR d'offres d'abondance *on net*, et par conséquent uniquement reprochées à ces deux opérateurs, l'Autorité est seulement tenue de définir les marchés sur lesquels ces deux opérateurs détiennent une position dominante. La structure et le fonctionnement de l'ensemble des marchés et les positions et obligations respectives des différents acteurs seront pris en compte dans le cadre de la qualification des pratiques, notamment aux fins d'apprécier la possibilité pour les concurrents d'Orange et de SFR de répliquer aux offres d'abondance en litige.

b) Sur le marché de détail des services de téléphonie mobile

Sur le marché de produits ou de services

362. Les marchés de détail de la téléphonie mobile ont fait l'objet de nombreuses analyses des autorités de concurrence européenne et nationale.

En ce qui concerne la délimitation suivant les offres proposées

363. La Commission européenne, dans la note explicative annexée à sa recommandation relative à la réglementation *ex ante* du secteur des communications électroniques du 17 décembre 2007, précitée, indique que :

- une distinction générale doit être établie entre les marchés de téléphonie fixe et les marchés de téléphonie mobile dans la mesure où il ne peut être établi que la tarification des services mobiles exerce systématiquement une contrainte sur les tarifs de services fixes ;
- les offres mobiles sont commercialisées sous la forme de bouquets (« *bundles* ») incluant un grand nombre de services (accès au réseau, y compris à l'étranger, communications vocales nationales et internationales, SMS, MMS, échanges de données, etc.). Ces services pourraient être commercialisés séparément, mais ceci impliquerait que les consommateurs utilisent plusieurs cartes SIM ou plusieurs terminaux mobiles. En outre, la substituabilité de l'offre est très importante entre ces services. La Commission conclut que « *le marché pertinent devrait inclure un bouquet de produits qui constituent autant de services non substituables entre eux* » ;
- les offres prépayées et post-payées peuvent également être considérées comme faisant partie d'un même marché : « *la substituabilité tant du côté de l'offre que du côté de la demande semble être importante, en particulier s'agissant du passage des offres prépayées vers les offres post-payées* ».

364. Cette analyse correspond aux conclusions exposées dans la décision de concentration de la Commission européenne dans l'affaire de T-Mobile Austria/tele.ring du 26 avril 2006 (COMP/M.3916), qui indique que les offres fondées sur les réseaux 2G et sur les réseaux 3G devaient, au cas d'espèce, être considérées comme appartenant au même marché.

365. De même, l'Autorité de la concurrence a rappelé, dans sa décision n° 09-D-36 précitée que la téléphonie mobile constituait un marché distinct des services de téléphonie fixe (point 188).

En ce qui concerne la délimitation suivant la clientèle

366. Dans sa décision n° [09-D-36](#) précitée, l'Autorité a indiqué que « *le marché des services de téléphonie mobile pourrait être subdivisé en plusieurs marchés distincts selon que la*

clientèle adressée est résidentielle ou professionnelle » (point 189). Cependant, conformément à la pratique des Autorités de concurrence tant nationales que de l'Union européenne, la question a été laissée ouverte dans la mesure où une telle segmentation n'aurait apporté aucune information supplémentaire sur le pouvoir de marché dont disposait l'entreprise concernée et sur les effets sur la concurrence des pratiques examinées.

367. La question de la segmentation du marché de détail de la téléphonie mobile selon la nature de la clientèle, résidentielle ou professionnelle, se pose toutefois au cas d'espèce, compte tenu de la commercialisation de certaines des offres visées par les notifications de griefs auprès des deux types de clientèle.
368. Les besoins en téléphonie mobile des entreprises peuvent être couverts par un très grand nombre d'offres, depuis celles qui s'adressent généralement à la clientèle résidentielle, jusqu'aux offres sur mesure négociées par les plus grandes entreprises dans le cadre d'appels d'offres. D'une manière générale, les opérateurs distinguent, au sein de la clientèle des entreprises :
- le segment des « pros » ou « SHOH », qui regroupe les très petites entreprises, artisans ou entreprises unipersonnelles ;
 - le segment des « grands comptes », qui regroupe les plus grandes entreprises qui achètent des offres sur mesure, couvrant le plus souvent des besoins de téléphonie fixe et mobile et, éventuellement, des produits convergents. Ces offres sont en général négociées par le biais d'appels d'offres ;
 - le segment des « entreprises », constitué par les entreprises de taille intermédiaire, et utilisant le plus souvent des offres de type « flotte ».
369. Du point de vue de l'offre, les investissements consentis dans le réseau de téléphonie mobile permettent en principe de satisfaire la demande émanant de ces trois segments de clientèle, de sorte qu'il peut exister une certaine substituabilité entre les offres qui leur sont destinées. Celle-ci paraît cependant limitée en ce qui concerne les MVNO. En effet, pour ces opérateurs, le fait de se tourner vers un nouveau segment de clientèle peut impliquer des investissements, et éventuellement la renégociation des termes du contrat signé avec l'opérateur hôte. Par ailleurs, les MVNO ne sont en général pas en mesure de répondre sur la partie « services fixes » des appels d'offres des grands comptes.
370. Du point de vue de la demande, s'il apparaît que les besoins des petites entreprises et des grands comptes sont très différents, il existe néanmoins une certaine continuité de besoins des professionnels, à laquelle les opérateurs mobiles répondent par un large éventail de propositions, allant de la juxtaposition d'offres de type résidentiel à la conception et à la mise en œuvre d'offres adaptées aux besoins spécifiques de telle ou telle entreprise.
371. Il existe par ailleurs une certaine perméabilité entre les besoins en communications mobiles de la clientèle résidentielle et ceux de la clientèle des très petites entreprises, qui peuvent être assez similaires. Certains professionnels sont ainsi amenés à choisir des offres estampillées résidentielles, alors que les plus gros consommateurs résidentiels peuvent choisir des offres estampillées « Pro ».
372. Cette substituabilité n'est cependant pas complètement symétrique, puisque si les offres résidentielles peuvent être souscrites par les professionnels, l'inverse n'est pas possible, la souscription d'une offre destinée aux entreprises impliquant la communication d'un numéro SIREN.

373. Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'existence d'un marché professionnel spécifique, qui exclurait tout ou partie des offres résidentielles, il est ainsi possible de délimiter un marché de détail spécifiquement résidentiel, qui comprend toutes les offres accessibles à cette clientèle, et en particulier les offres prépayées, ainsi que les forfaits bloqués et non bloqués. Les offres estampillées « Pro » font également partie de ce marché dès lors que leur souscription n'est pas subordonnée à la présentation d'un numéro SIREN.

Sur les marchés géographiques

374. De même que pour les marchés de gros, il convient, compte tenu du système d'octroi d'autorisations d'utilisation de fréquences et conformément à la pratique décisionnelle de l'Autorité³⁶, de limiter le marché pertinent à la France métropolitaine. Les départements, régions et collectivités d'outre-mer possèdent en effet des particularités qui amènent à les distinguer de la métropole (éloignement géographique et isolement des îles ; caractéristiques météorologiques, environnementales et sociologiques ; pénétration et démarrage spécifiques de l'activité mobile ; cadre réglementaire en matière d'octroi de licences d'autorisation des fréquences GSM, etc.).
375. Il n'est par ailleurs pas pertinent de procéder à une segmentation plus fine pour le territoire métropolitain dans la mesure où la nature des services de téléphonie mobile y est homogène, où les concurrents sont les mêmes, et où les préférences des consommateurs, ne différant que marginalement en fonction des services offerts, sont similaires dans toutes les régions françaises métropolitaines.

Conclusion sur le marché de détail pertinent

376. Compte tenu de l'analyse qui précède, le marché pertinent est celui du marché de détail de la téléphonie mobile, accessible à une clientèle résidentielle, en France métropolitaine.
377. Si Orange et France Télécom prétendent que l'analyse des effets des pratiques en cause aurait été menée sur le marché global de la téléphonie mobile et non sur le marché des services de téléphonie mobile à destination d'une clientèle résidentielle, un tel argument a trait non à la définition des marchés pertinents mais à la qualification des pratiques en litige. Il conviendra donc de l'examiner uniquement au stade de l'analyse du caractère abusif ou non des pratiques.
378. Par ailleurs, il convient de relever qu'aucun des opérateurs présents sur le marché de détail métropolitain des offres accessibles à une clientèle résidentielle ne pouvait, au cours de la période en litige, être considéré comme détenant seul une position dominante.

2. SUR LES GRIEFS DE DIFFÉRENCIATION TARIFAIRE

379. Le lancement des offres d'abondance *on net* d'Orange et de SFR au début de l'année 2005 coïncide avec la fin du régime du « *bill and keep* » dans le cadre duquel les opérateurs de téléphonie mobile ne se facturaient pas entre eux la prestation de terminaison des appels

³⁶ Décision n° 09-DCC-35 du 6 août 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de la société Cinq sur Cinq par la Société SFR (point 28 et s.) ; décision n° 09-DCC-65 du 30 novembre 2009 relative à la prise de contrôle exclusif de Tele2 Mobile par Omer Telecom Limited (point 13).

mobiles sur leurs réseaux. Depuis 2005, les appels *off net* à destination des abonnés d'un opérateur mobile concurrent donnent lieu au versement par l'opérateur de l'appelant d'une charge de terminaison d'appel au profit de l'opérateur de l'appelé. Au contraire, les appels *on net* à destination des abonnés du même opérateur mobile ne donnent lieu pour ce dernier à aucun transfert financier en direction de ses concurrents, la prestation de terminaison d'appel faisant l'objet d'une autofourniture en interne.

380. Dans ces conditions, des stratégies d'élévation des coûts des concurrents jouant sur les « effets de club » à l'œuvre sur le marché de détail sont devenues possibles. En effet, en privilégiant les appels *on net* au détriment des appels *off net*, alors que les petits opérateurs ne disposaient pas d'un parc d'abonnés suffisant pour mettre en œuvre une stratégie identique, les opérateurs de grande taille étaient désormais susceptibles d'obtenir une réduction des charges de terminaison d'appel qu'ils devaient verser à leurs concurrents et une augmentation des recettes de terminaison d'appel qu'ils leur facturaient. Avec la fin du régime du « *bill and keep* », la mise en œuvre d'une différenciation entre appels *on net* et *off net* était donc susceptible de peser sur la capacité financière des plus petits opérateurs et d'affaiblir leur capacité à animer la concurrence sur le marché.
381. Les offres lancées par Orange et SFR en 2005 traduisent une différenciation de nature tarifaire, sur le marché de détail, entre les appels *on net* et *off net* puisqu'elles réservent un avantage d'abondance aux seuls appels *on net*. Il résulte de l'observation du marché, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, que le lancement de ces offres a eu pour conséquence d'entraîner une modification des flux de trafic des deux opérateurs au bénéfice des appels *on net* et de favoriser le regroupement et la fidélisation des groupes de proches abonnés auprès d'eux. Il convient ainsi de vérifier si la mise en œuvre de ces pratiques a résulté d'une concurrence par les mérites ou s'explique au contraire par un abus de position dominante commis en violation des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE.
382. Après avoir exposé les éléments permettant d'apprécier le caractère abusif ou non d'une pratique de différenciation entre appels *on net* et appels *off net* émanant d'un opérateur de téléphonie mobile dominant (a), l'Autorité examinera les éléments permettant d'établir l'existence d'une pratique de différenciation tarifaire mise en œuvre par Orange et SFR (b), les éventuelles atteintes à la concurrence en résultant sur le marché de détail de la téléphonie mobile accessible à une clientèle résidentielle (c), les arguments présentés par les entreprises mises en cause pour justifier leurs comportements (e) et le lien entre les pratiques mises en œuvre sur le marché de détail et la position dominante détenue par les opérateurs en amont (f).

a) Sur le caractère abusif d'une différenciation entre appels *on net* et appels *off net*

383. Après avoir rappelé les principes jurisprudentiels applicables s'agissant de pratiques tarifaires abusives mises en œuvre par des entreprises dominantes (i), la pratique décisionnelle de l'Autorité en matière de différenciation tarifaire sera exposée ci-après (ii).

Les principes jurisprudentiels

384. Aux termes de la jurisprudence constante des juridictions de l'Union, « *la notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des*

prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence » (arrêt de la Cour de justice du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461).

385. S'agissant de la nature des pratiques susceptibles d'être qualifiées d'abusives, l'article 102, second alinéa, sous a), TFUE interdit explicitement le fait pour une entreprise dominante d'imposer de façon directe ou indirecte des prix non équitables. Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, la liste des pratiques abusives figurant à cet article n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le droit de l'Union (arrêts de la Cour de justice du 21 février 1973, Europemballage et Continental Can/Commission, 6/72, Rec. p. 215, point 26 et TeliaSonera Sverige AB/Commission précité, point 26).
386. S'agissant de l'effet anticoncurrentiel des pratiques, il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice que l'article 102 TFUE doit être interprété comme visant non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte au jeu de la concurrence (arrêts précités Telia Sonera, point 104 et Deutsche Telekom, point 176).
387. L'article 102 TFUE interdit ainsi à une entreprise en position dominante de se livrer à des pratiques tarifaires tendant à produire des effets d'éviction pour ses concurrents aussi efficaces, actuels ou potentiels, c'est-à-dire des pratiques qui sont à même de rendre plus difficile, voire impossible, l'accès au marché de ces derniers, en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut donc être considérée comme légitime (voir, en ce sens, les arrêts de la Cour de justice du 9 novembre 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, point 73, et Deutsche Telekom, précité, point 175).
388. Toutefois, l'entreprise mise en cause peut faire valoir que ses pratiques étaient économiquement justifiées. Dans ce cadre, il lui appartient de démontrer le bien-fondé d'une éventuelle justification objective et d'avancer, à cet égard, des arguments et des éléments de preuve convaincants (voir les arrêts de la Cour de justice du 15 mars 2007, British Airways/Commission, C-95/04 P, Rec. p. I-2331, point 69 et 86, et du Tribunal du 9 septembre 2009, Clearstream/Commission, T-301/04, Rec. p. II- 3155, point 185).

La pratique décisionnelle de l'Autorité et la jurisprudence de la cour d'appel de Paris

389. Au cours des dernières années, les trois opérateurs de téléphonie mobile intégrés (Orange, SFR et Bouygues Télécom) ont tous dénoncé tour à tour la mise en œuvre, par leurs concurrents, de pratiques de différenciation tarifaire entre appels *on net* et appels *off net*, qu'ils considéraient unanimement comme abusives. Ces saisines ont ainsi donné lieu à de nombreuses décisions du Conseil, puis de l'Autorité de la concurrence examinant la conformité de telles pratiques au regard des dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 CE, devenu 102 TFUE.
390. Dans sa décision n° [02-D-69](#) du 26 novembre 2002 relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom, l'Union fédérale des consommateurs Que Choisir et la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie, le Conseil de la concurrence a exposé que la politique de différenciation tarifaire mise en place par Orange sous la forme d'une augmentation des prix des appels destinés aux lignes mobiles des opérateurs concurrents était susceptible d'être constitutive

d'un abus de position dominante. Dans cette affaire, Orange a alors annoncé qu'elle renonçait volontairement à l'application de toute différenciation tarifaire.

391. Dans sa décision n° [09-D-15](#) du 2 avril 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société SFR concernant diverses pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom sur les marchés de la téléphonie mobile et de l'Internet haut débit (offre « Unik »), l'Autorité de la concurrence a souligné que les offres de téléphonie mobile limitant la possibilité de passer des appels de façon illimitée aux seuls appels *on net* se traduisent de fait par une différenciation tarifaire entre le prix des appels *on net* et celui des appels *off net*, le prix des premiers étant moins élevé que celui des seconds. Elle a précisé qu'une telle différenciation pouvait être justifiée par l'existence de niveaux de charges de terminaison d'appel différents.
392. Dans sa saisine, SFR estimait que l'offre d'abondance *on net* de France Télécom générerait des « *effets de club artificiels* » qui ne pouvaient être endigués par les opérateurs ayant une plus faible part de marché que par des offres *cross net* (c'est-à-dire permettant des appels illimités vers tous les réseaux) beaucoup plus coûteuses. L'Autorité a identifié plusieurs effets susceptibles de découler des pratiques dénoncées, à savoir la distorsion des flux d'appels au détriment des opérateurs concurrents, et sur un marché sur lequel les parts détenues par les différents opérateurs sont asymétriques, un renforcement des « *effets de club* » encourageant les consommateurs à s'abonner auprès de l'opérateur du réseau le plus vaste. Elle a estimé qu'une telle pratique pourrait, sans empêcher les concurrents du marché aval aussi efficaces de proposer leurs services de manière rentable, avoir pour effet d'élever sensiblement leurs coûts pour les affaiblir et diminuer ainsi la pression concurrentielle qu'ils sont susceptibles d'exercer sur le marché. Dans cette décision rendue au stade des mesures conservatoires, l'Autorité avait conclu qu'il ne pouvait donc pas être exclu que l'offre d'abondance « Unik » de France Télécom constitue un abus de la position dominante détenue par Orange sur le marché de sa terminaison d'appel.
393. L'Autorité a suivi la même analyse dans sa décision n° [09-MC-02](#) du 16 septembre 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Orange Réunion, Orange Mayotte et Outremer Télécom concernant des pratiques mises en œuvre par la société SRR dans le secteur de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte. Dans sa saisine, Orange faisait valoir que la pratique de différenciation « *consistant à développer artificiellement l'attractivité communautaire* » du réseau de sa concurrente SRR, « *dans des conditions incitant des consommateurs à se détourner de la concurrence alors même qu'ils ne coordonnent pas spontanément leurs choix* » serait abusive, et « *génèrerait des effets de club artificiels* ».
394. Dans sa décision n° [09-D-36](#) du 9 décembre 2009 précitée, l'Autorité de la concurrence a retenu l'existence d'un abus de la position dominante d'Orange Caraïbe sur le marché de sa terminaison d'appel à raison d'une pratique de différenciation tarifaire entre les appels *on net* et les appels *off net*, mise en œuvre sur le marché de détail de la téléphonie mobile dans la zone Antilles-Guyane. Elle a relevé que cette pratique avait eu pour effet de conforter la position d'Orange Caraïbe en rendant artificiellement plus difficile l'accès et le développement d'entreprises concurrentes. Trois types d'effets anticoncurrentiels ont été identifiés, à savoir le renforcement d'un effet de réseau ou « effet de club » confortant la position dominante d'Orange Caraïbe sur le marché de détail, une dégradation de l'image de son concurrent Bouygues Télécom Caraïbe et, enfin un effet négatif sur les revenus et la marge des opérateurs concurrents.
395. L'analyse de l'Autorité relative au grief de différenciation tarifaire a été confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 23 septembre 2010, cassé par la Cour de cassation par

un arrêt du 31 janvier 2012 uniquement en ce qu'il avait écarté à tort l'application du droit communautaire à l'espèce.

396. Dans la même affaire, la cour d'appel de Paris avait précédemment confirmé l'analyse suivie par le Conseil de la concurrence dans sa décision rendue au stade des mesures conservatoires, en soulignant que « *cette pratique de discrimination tarifaire non justifiée par une différence objective de situation, appliquée par un opérateur en position dominante, est de nature à renforcer ce dernier par un effet de réseau, ou « effet de club », dans la mesure où les clients sont incités à restreindre le volume des appels destinés à l'opérateur concurrent et, lors du premier achat ou d'un renouvellement, à tenir compte du réseau auquel appartiennent leurs principaux correspondants ; qu'il en est d'autant plus ainsi lorsqu'une telle pratique est observée sur un marché étroit (moins d'un million de clients potentiels), ne comportant que deux acteurs aux positions fortement asymétriques* » (arrêt du 28 janvier 2005 et décision n° [04-MC-02](#) du 9 décembre 2004 du Conseil de la concurrence relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom).

Conclusion

397. Il résulte ainsi de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle que, pour démontrer le caractère abusif d'une pratique de différenciation tarifaire entre appels *on net* et appels *off net* mise en œuvre par un opérateur de téléphonie mobile dominant sur le marché de sa terminaison d'appel mobile, il convient de rechercher si une telle pratique tend à porter atteinte au jeu de la concurrence, par exemple sous la forme d'un renforcement, avéré ou potentiel, des effets « club » ou l'élévation des coûts des opérateurs concurrents, puis, dans l'affirmative et si l'entreprise concernée le soutient, si son comportement est économiquement justifié, par exemple par une différence entre les coûts de ces deux types d'appel.

b) Sur la mise en évidence de pratiques de différenciation tarifaire

398. Après avoir analysé les pratiques de différenciation entre appels *on net* et *off net* mises en œuvre par Orange et SFR (i), l'Autorité examinera ci-après l'ampleur des différences de prix pratiqués au regard des différences de coûts entre les deux types d'appels invoquées par les entreprises (ii).

Sur la démonstration d'un traitement différencié entre appels on net et off net

Arguments des parties

399. France Télécom et Orange soutiennent que le tarif unique du forfait, qui rémunère un ensemble indissociable de prestations, exclut par nature toute différenciation tarifaire, à la différence notamment des pratiques examinées par l'Autorité dans ses décisions précitées n° [09-D-15](#), SRR, et n° [09-D-36](#), Orange Caraïbe. Elles font valoir qu'il est impossible de déterminer *ex post* le prix des communications *on net* illimitées comprises dans les plages d'abondance.
400. SFR soutient qu'il n'existe pas de différenciation tarifaire *on net* / *off net*, les prix et les coûts de ces deux types d'appel n'étant pas observables et les minutes d'abondance et les minutes comprises dans le forfait constituant deux produits distincts et non substituables. Elle fait valoir que les pratiques visées correspondent à une discrimination dans le choix du

fournisseur amont pour construire l'offre, qui n'aurait pas été étudiée par les services d'instruction.

401. Bouygues Télécom soutient qu'il existe bien deux tarifs différents pratiqués par Orange et par SFR pour les appels *on net* et les appels *off net*.

Appréciation de l'Autorité

402. Pour établir l'existence d'un traitement différencié entre appels *on net* et *off net* de nature, s'il tend à restreindre la concurrence sur le marché, à constituer un abus de position dominante mis en œuvre par les opérateurs de téléphonie mobile, il suffit de constater que les plages d'abondance des offres visées par les notifications de griefs sont réservées aux appels *on net*, à l'exclusion des appels *off net*. En effet, les appels *off net* donnent toujours lieu à un décompte du forfait, alors que les appels *on net* ne sont décomptés du forfait que lorsqu'ils sont passés en dehors des plages d'abondance. Les appels *on net* ne donnent lieu à aucun décompte ni aucune facturation supplémentaire lorsqu'ils sont destinés aux numéros favoris ou effectués au cours des plages horaires illimitées. Il en résulte, en moyenne et toutes communications confondues, que le prix des appels *on net* est moins élevé que celui des appels *off net*. Ce seul constat suffit donc à caractériser l'existence d'une différence objective de prix entre les deux types d'appel.
403. Ainsi, il n'est pas nécessaire de mesurer précisément les différences de prix entre les appels *on net* et les appels *off net* résultant des offres visées par les notifications de griefs aux fins d'établir l'existence d'une différenciation tarifaire. Partant, les arguments des mises en cause relatifs à l'indissociabilité des prestations couvertes par le tarif unique des forfaits de téléphonie mobile et de l'impossibilité de déterminer *ex post* le prix des communications *on net* illimitées sont inopérants.
404. A cet égard, SFR n'est pas fondée à soutenir que la différence de traitement entre appels *on net* et appels *off net* ne permet pas de caractériser l'existence d'une différenciation de nature tarifaire, visée par la notification de griefs du 5 août 2008. SFR reconnaît en effet l'existence d'une « *discrimination dans le choix du fournisseur amont pour construire l'offre* », les prestations de terminaison d'appel des communications illimitées, intrants nécessaires pour la fourniture des offres d'abondance, étant fournies uniquement par l'opérateur de l'appelant à l'exclusion des opérateurs concurrents. De fait, cette discrimination se traduit nécessairement par une différence de tarif entre les appels à destination des différents réseaux. Ainsi, le fait de réserver les plages d'abondance des forfaits de téléphonie mobile aux seuls appels *on net* implique nécessairement la possibilité pour les abonnés d'effectuer des appels *on net* à des conditions tarifaires plus favorables, en moyenne et toutes communications confondues, que celles de leurs appels *off net*.
405. En l'espèce, l'évaluation des écarts de prix effectuée par les services d'instruction de l'Autorité et exposée ci-dessus (points 115 et s.) permet cependant d'apprécier l'ampleur de la différence de traitement réservée aux deux types d'appels.
406. L'existence d'un traitement différencié entre appels *on net* et appels *off net* étant ainsi établie du fait de la structure même de ces offres, c'est donc uniquement aux fins d'une appréciation de l'importance concrète de la pratique que seront examinées les critiques d'ordre méthodologique avancées par les parties mises en cause sur ce point.

Sur l'appréciation des différences de prix et de coûts des appels on net et off net

407. France Télécom, Orange et SFR critiquent la méthode mise en œuvre par les services d'instruction de l'Autorité pour déterminer les écarts de prix et de coûts entre appels *on net*

et appels *off net*. Elles font valoir que l'application de cette méthode aboutirait à constater des prix discriminatoires même dans le cas d'une offre d'abondance *cross net* permettant des appels illimités à destination de l'ensemble des réseaux de téléphonie mobile.

408. Les arguments des parties relatifs à la détermination des écarts de prix entre appels *on net* et *off net* (i), puis à celle des écarts de coûts entre ces appels (ii) seront examinés ci-après. Il ressort de cet examen que, quelles que soient les hypothèses retenues, l'écart des prix excède l'écart des coûts entre les deux types d'appel (iii).

Sur les écarts de prix entre appels on net et appels off net

♦ Arguments des parties

409. France Télécom, Orange et SFR soutiennent que l'hypothèse d'un prix nul des minutes d'abondance *on net* au motif du caractère illimité de l'offre est contraire à la pratique décisionnelle de l'Autorité et que le prix du forfait de téléphonie mobile rémunère aussi bien les minutes forfaitaires que les minutes illimitées. France Télécom et Orange soutiennent pour leur part que les consommations en illimité sont stables quelle que soit la durée du forfait et que leur valorisation devrait par suite être décorrélée du prix implicite des minutes décomptées du forfait. Elles soutiennent que ne pouvaient être retenues que des données incrémentales, et non des données moyennes. Elles considèrent, par ailleurs, que le montant de la subvention des terminaux devrait être déduit du prix des minutes décomptées et font valoir que les forfaits en cause ne sont généralement pas intégralement consommés par les abonnés.
410. Bouygues Télécom soutient que le prix des appels *on net* passés en abondance fait l'objet d'une valorisation différente du prix des appels inclus dans le forfait dès lors que les premiers sont facturés à un prix marginal nul quelle que soit leur fréquence et leur durée alors que les seconds sont décomptés du forfait. Elle fait valoir qu'il faudrait allouer une quote-part fixe du forfait comprise entre 15 et 22 euros pour annuler l'existence d'une différenciation tarifaire excessive entre appels *on net* et *off net*, hypothèse invraisemblable car représentant 83 à 125% du montant de la part fixe.

♦ Appréciation de l'Autorité

411. Le calcul de la différence de prix entre appels *on net* et appels *off net* présenté dans la partie constatations ci-dessus (points 115 et s.), tel qu'il ressort de la notification de griefs adressée aux mises en cause, retient un prix nul s'agissant des appels *on net* passés dans le créneau d'abondance des forfaits.
412. Les mises en causes invoquent la décision n° [04-D-10](#) du 1^{er} avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC Ciné-Cité mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma, dans laquelle le Conseil de la concurrence avait considéré que le prix d'une offre de prestation de services à caractère illimité devait être calculé non en fonction d'un quantum de consommation virtuellement illimité mais en fonction de la consommation effective moyenne constatée *ex post* des clients ayant accepté cette offre.
413. Toutefois, l'imputation d'une quote-part du prix du forfait aux appels *on net* en illimité ne modifie pas la conclusion de la notification des griefs.
414. En effet, une différence de prix entre les appels *on net* et les appels *off net* peut être constatée non seulement lorsqu'aucune quote-part du prix du forfait n'est imputée aux appels décomptés du forfait mais également lorsqu'une quote-part de 4 euros TTC est imputée aux appels *on net* illimités. Le montant de 4 euros correspond au prix payé par les

clients Orange pour activer l'option « 3 numéros KDO », en sus du prix payé pour leur forfait.

415. Les tableaux ci-dessous³⁷ présentent les résultats obtenus sur la base de ces hypothèses, le prix de 4 euros TTC étant divisé successivement par les volumes de minutes *on net* d'abondance pour chaque offre et chaque godet d'heure.

Offres Orange Classique

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Classique octobre 2005	11,5	16,0	2,5	4,3	11,7
Gamme Orange Classique janvier 2007	11,4	15,9	2,5	4,3	11,6
Gamme Orange Classique juin 2007	10,2	14,3	2,5	4,1	10,2

Offres Orange Intense

S'agissant des forfaits souscrits par les clients ayant opté pour le bonus « 3 numéros KDO » :

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Intense octobre 2005	12,3	17,2	1,679428029	4,8	12,4
Gamme Orange Intense janvier 2007	11,8	16,4	1,679428029	4,6	11,8

S'agissant des forfaits souscrits par les clients ayant opté pour les bonus en plages horaires :

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Intense octobre 2005	12,3	17,2	1,7	5,6	11,6
Gamme Orange Intense janvier 2007	11,8	16,4	1,7	5,4	11,0

Offres Orange Pro

S'agissant des forfaits souscrits par les clients ayant opté pour les bonus en plages horaires :

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Pro (SWE)	11,1	15,5	2,8	7,2	8,3

S'agissant des forfaits souscrits par les clients ayant opté pour le bonus « 3 numéros KDO » :

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme Orange Pro	11,1	15,5	2,2	6,9	8,6

Offres M6 Mobile

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
M6 Mobile novembre 2005 et mars 2006	16,7	23,2	2,8	6,9	16,4
M6 Mobile octobre 2006 (pour 60 et 80 min)	16,7	23,2	2,8	6,9	16,4
M6 Mobile octobre 2006 (pour 100 et 120 min)	12,5	17,4	2,8	5,7	11,7
M6 Mobile mars 2008	13,9	19,4	2,8	6,1	13,3

³⁷ Tableau présentant les résultats des calculs de l'Autorité effectués sur la base des données présentées dans la partie « constatations » de la présente décision.

Offres SFR Essentiel

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme SFR essentiel avril 2005	11,0	15,4	2,50	5,1	10,3
Gamme SFR essentiel avril 2006	11,0	15,3	2,50	5,1	10,3
Gamme SFR essentiel octobre 2006	11,0	15,3	2,50	5,1	10,2
Gamme SFR essentiel 2008	10,2	14,2	2,50	4,8	9,4
Gamme SFR essentiel mi-2008	9,0	12,5	2,50	4,5	8,0
Gamme SFR essentiel Juin 2009	10,2	14,2	2,50	4,8	9,4

Offres SFR Evolution Pro

	Prix heure/mois (€TTC/h)	Prix minute correspondant (c€HT/min)	Prix minute abondance (c€HT/min)	Prix moyen On net (c€HT/min)	Différence de prix (cts€/min)
Gamme SFR evolution Pro avril 2005	11,0	15,3	2,0	6,0	9,3
Gamme SFR evolution Pro octobre 2005	12,2	17,0	2,0	6,5	10,5
Gamme SFR evolution Pro juillet 2006	12,1	16,8	2,0	6,4	10,4
Gamme SFR evolution Pro mars 2010	10,5	14,6	2,0	5,8	8,9

416. France Télécom et Orange font valoir que le prix de l'option « 3 numéros KDO » n'est pas représentatif. SFR soutient quant à elle que le prix de cette option, commercialisée par Orange, ne peut pas servir de base à l'estimation du prix d'une composante de ses propres offres. Le tarif de l'option « 3 numéros KDO » correspond toutefois probablement à la borne supérieure du prix des composantes illimitées des autres forfaits visés par la notification de griefs. En effet, la souscription de l'option relevant d'une démarche volontaire, il peut être considéré qu'elle correspond à un usage réel et relativement intensif des minutes d'abondance. En revanche, lorsque la composante illimitée est incluse dans le forfait, elle n'est pas nécessairement utilisée par l'abonné, ou peut l'être relativement moins que dans le cadre de la souscription d'une option. C'est pourquoi une prestation optionnelle est généralement tarifée à un prix plus élevé que lorsqu'elle est incluse dans le forfait.
417. En tout état de cause, il convient de relever qu'une différence de prix entre appels *on net* et appels *off net* serait observée, même dans l'hypothèse extrême d'imputation aux appels *on net* en illimité de la totalité de la partie fixe du prix du forfait, telle qu'elle ressort des calculs effectués ci-dessus.
418. Le tableau ci-dessous³⁸ montre que le prix qu'il conviendrait d'allouer aux appels illimités *on net* pour que la différence de prix entre appels *on net* et *off net* soit égale à l'écart entre les charges de terminaison d'appel facturées par les opérateurs sur le marché de gros excède la part fixe des forfaits en cause :

	Part fixe de l'offre	Part fixe nécessaire pour justifier la différence de TA	Ratio
Gamme Orange Classique octobre 2005	15	24	158%
Gamme Orange Classique janvier 2007	15,5	23	153%
Gamme Orange Classique juin 2007	18	21	115%
Gamme Orange Intense octobre 2005	19	36	193%
Gamme Orange Intense janvier 2007	20,8	35	169%
Gamme Orange Pro octobre 2005	22	20	93%
M6 Mobile Novembre 2005	7,9	32	403%
M6 Mobile octobre 2006 (pour 60 et 80 min)	7,9	32	408%
M6 Mobile octobre 2006 (pour 100 et 120 min)	9,9	26	270%
M6 Mobile mars 2008	7,9	32	408%

³⁸ Tableau présentant les résultats des calculs de l'Autorité effectués sur la base des données présentées dans la partie « constatations » de la présente décision.

	Part fixe de l'offre	Part fixe nécessaire pour justifier la différence de TA	Ratio
Gamme SFR essentiel avril 2005	15	35	235%
Gamme SFR essentiel avril 2006	15	35	238%
Gamme SFR essentiel octobre 2006	15	33	220%
Gamme SFR essentiel 2008	18,4	30	164%
Gamme SFR essentiel mi-2008	19,6	26	134%
Gamme SFR essentiel Juin 2009	18,4	30	166%
Gamme SFR evolution Pro avril 2005	20	40	203%
Gamme SFR evolution Pro octobre 2005	14,4	45,4	316%
Gamme SFR evolution Pro juillet 2006	16,4	45	278%
Gamme SFR evolution Pro mars 2010	19,6	37	190%

Sur les écarts de coûts entre appels on net et appels off net

♦ Arguments des parties

419. S'agissant de l'appréciation du coût des minutes *on net*, France Télécom et Orange soutiennent qu'il convient de prendre en compte, non pas la charge de terminaison d'appel facturée aux opérateurs tiers, mais le coût réel de cette prestation autoconsommée en interne. Elles considèrent qu'il conviendrait à tout le moins de prendre en compte l'écart entre les tarifs de terminaison d'appel des opérateurs qui se serait élevé à 1,7 centime d'euros en 2006. Par ailleurs, elles font valoir que la différence des coûts techniques entre les appels *on net* et *off net*, liés à la structure d'acheminement des appels, au profil horaire et à la durée des appels ainsi qu'à l'achat de prestations de BPN, se serait élevé à 1,20 centime d'euros. Elles soutiennent que les coûts commerciaux et administratifs devraient être alloués proportionnellement à cet écart, conduisant à une différence de coûts supplémentaire entre les deux types d'appel de 1,94 centime d'euros.
420. Bouygues Télécom rétorque que l'argumentation d'Orange équivaut à considérer que l'opérateur opère une discrimination entre la charge de terminaison d'appel qu'il facture à ses concurrents et celle qu'il fait supporter à sa propre branche aval, alors qu'il est soumis à une obligation réglementaire de non-discrimination. S'agissant de la différence de coûts techniques alléguée, elle indique qu'Orange a soutenu au contraire que le trafic *off net* ne coûtait pas plus cher à un opérateur mobile que le trafic *on net* dans le cadre du recours pour excès de pouvoir déposé devant le Conseil d'Etat contre la décision de l'ARCEP du 2 décembre 2008. Elle fait valoir qu'en tout état de cause, ces différences sont minimes par rapport aux écarts de prix constatés entre les deux types d'appels.

♦ Appréciation de l'Autorité

421. A titre préalable, il convient de noter que l'appréciation de l'écart de coûts entre les appels *on net* et *off net* relève de l'examen des justifications objectives des pratiques de différenciation susceptibles d'être invoquées par les entreprises mises en cause. Contrairement à ce que soutiennent France Télécom et Orange, il appartenait donc normalement aux entreprises d'invoquer une telle justification et d'en démontrer le bien-fondé par des éléments de preuve convaincants (voir la jurisprudence citée au point 388 ci-dessus). Dans son arrêt *Clearstream/Commission* précité, le Tribunal a ainsi jugé qu'il revenait à l'entreprise en cause de démontrer que l'application de prix différents à l'égard de partenaires commerciaux pour la fourniture de prestations équivalentes était justifiée par une différence des coûts réels supportés pour fournir ces prestations (points 185 à 188 de l'arrêt).
422. S'agissant, en premier lieu, de la détermination du coût des appels *on net*, celle-ci doit être effectuée en prenant en compte les tarifs de terminaison d'appel facturés aux opérateurs concurrents sur le marché de gros dès lors qu'ainsi qu'il a été exposé ci-dessus (points 31

et s.), la régulation sectorielle mise en œuvre par l'ARCEP impose aux opérateurs une obligation de non-discrimination dans la fourniture des prestations de terminaison d'appel, entre les services qu'ils fournissent aux tiers et ceux qu'ils se fournissent à eux-mêmes. Ainsi, l'opérateur a l'obligation de se facturer à lui-même un prix de cession interne de la terminaison d'appel, à hauteur du tarif appliqué aux opérateurs tiers.

423. Ainsi que l'expose l'ARCEP dans son avis rendu au Conseil de la concurrence le 15 mars 2007 dans le cadre de la présente procédure, l'obligation de séparation comptable imposée par le régulateur « *permet d'identifier un prix de transfert interne que l'opérateur, tenu à une obligation de non-discrimination, doit se facturer lorsqu'il s'auto-fournit une terminaison d'appel (dans le cas d'une communication on net). Ce prix de transfert interne correspond au prix de la terminaison d'appel de l'opérateur, minoré des coûts évités (coûts de commercialisation des prestations de terminaison d'appel à des opérateurs tiers). En pratique, il est donc très proche de la charge de terminaison d'appel pratiquée par l'opérateur. (...) le coût encouru par un opérateur pour la fourniture d'un appel on net prend en compte le prix de transfert interne relatif à la prestation de terminaison d'appel sur son réseau* » (cote 1812).
424. A cet égard, il convient de souligner que, contrairement à ce que soutiennent France Télécom et Orange, l'obligation de non-discrimination résultant de la régulation sectorielle n'a pas pour seul objectif de contrôler l'absence de pratiques de ciseau tarifaire sur le marché de détail de la téléphonie mobile. Cette obligation de non-discrimination vise, de manière générale, à garantir que les entreprises puissantes sur le marché ne faussent pas la concurrence, notamment lorsqu'il s'agit d'entreprises intégrées verticalement qui fournissent des services à des entreprises concurrentes sur le marché aval (point 31).
425. Dans le même sens, l'Autorité a rappelé, dans sa décision n° 09-D-36 précitée, que « *l'entreprise ne peut valablement invoquer l'existence de coûts de transfert internes, pour la terminaison des appels on net, qui seraient inférieurs à la charge de terminaison facturée aux concurrents. (...) la prestation de terminaison d'appel revêt, au regard du droit de la concurrence, le caractère d'une « facilité essentielle », de sorte que les conditions d'accès à cette prestation doivent être transparentes, objectives, non discriminatoires et permettre aux compétiteurs d'exercer une concurrence effective* » (point 388 de la décision).
426. Ainsi, pour apprécier le coût des appels *on net*, l'Autorité ne saurait, contrairement à ce que réclament France Télécom et Orange, retenir les coûts de production réels encourus par les opérateurs en amont pour fournir ces prestations, inférieurs aux tarifs de terminaison d'appel pratiqués à l'égard des tiers.
427. La différence de coût de terminaison d'appel entre appels *on net* et *off net* correspond donc à la différence entre les charges de terminaison d'appel facturées par les opérateurs concernés sur le marché de gros.
428. Cette différence peut être déterminée selon deux méthodes différentes, dont les résultats ont été exposés dans la partie « constatations » ci-dessus (point 190 ci-dessus). La première identifie la différence moyenne des charges de terminaison d'appel encourues par chacun des deux opérateurs, pondérée par les flux de trafic sortants. Les tarifs de terminaison d'appel sont ainsi pondérés par les volumes de trafic sortant à destination de SFR et Bouygues Télécom respectivement en ce qui concerne Orange et à destination d'Orange et de Bouygues Télécom respectivement en ce qui concerne SFR. Cette différence s'élève, au cours de la période en litige entre 0,14 et 0,77 centimes d'euros en moyenne selon les différentes offres concernées. La seconde méthode considère séparément les écarts des tarifs de terminaison d'appel facturés par les différents opérateurs. La différence est nulle

entre les appels *on net* des clients d'Orange et leurs appels *off net* à destination de SFR (et réciproquement) alors que la différence entre les appels *on net* des clients de ces deux opérateurs et leurs appels *off net* à destination de Bouygues Télécom était comprise au cours de la période en litige entre 1,5 et 2,95 centimes d'euros.

429. L'Autorité considère qu'il convient de prendre en compte la moyenne pondérée par les flux de trafic des écarts de terminaison d'appel, conformément à la méthode suivie dans ses décisions n° [09-MC-02](#) précitée et n° [12-D-05](#) du 24 janvier 2012 relative au respect par la société SRR de l'injonction prononcée par la décision n° [09-MC-02](#). Cette méthode est en effet plus pertinente dans la mesure où les clients des offres incriminées ne perçoivent aucune différence de tarif selon le réseau de destination de leurs appels *off net*. Ainsi, un client de SFR par exemple, n'encourait au cours de la période en litige aucune différence de prix selon que son appel était destiné à un abonné d'Orange ou de Bouygues Télécom, alors même que ces deux opérateurs pratiquaient des tarifs de terminaison d'appel différents. Les destinations *off net* ne pouvant donc être considérées sur le plan tarifaire comme des prestations différentes, il convient donc d'examiner le coût de celles-ci comme une moyenne pondérée par les flux de trafic et non pas isolément. L'Autorité constate en outre que les entreprises mises en cause ne se sont pas exprimées sur ce point.
430. S'agissant, en deuxième lieu, des différences de coûts techniques et de coûts commerciaux et administratifs invoquées par France Télécom et Orange, l'Autorité constate que leur prise en compte, même à la supposer pertinente, ne parviendrait pas à justifier l'ampleur des différences de prix entre les appels *on net* et *off net* mise en évidence ci-dessus. L'écart de prix entre les deux types d'appel excéderait toujours l'écart des coûts invoqués par les mises en cause, quelle que soit l'offre d'Orange ou de SFR considérée, et quelle que soit la période considérée. Il n'est donc pas nécessaire pour l'Autorité de se prononcer sur le bien-fondé de la prise en compte de chacun des écarts de coûts allégués par les mises en cause.
431. A titre subsidiaire néanmoins, l'Autorité constate que si de nombreuses hypothèses allant dans le sens d'une justification des écarts de coûts ont été avancées par les mises en cause, des arguments en sens contraire, qui peuvent pourtant être déterminants, ont été passés sous silence. Il s'agit à titre d'exemple des modalités d'acheminement des appels mobiles, qui conduisent l'opérateur de l'appelant à supporter davantage de coûts pour les appels *on net* que pour les appels *off net*, dans la mesure où les appels « sont livrés au plus proche de l'appelant ». Si le plus souvent l'appelant et l'appelé se trouvent dans la même zone si bien qu'il n'existe pas de différence de coûts selon la destination de l'appel, il reste que, lorsque l'appelé se situe dans une zone différente de celle de l'appelant, l'opérateur de l'appelant devra en cas d'appel *on net* assurer l'ensemble de la communication (un départ d'appel, une terminaison d'appel et l'utilisation du réseau longue distance) alors que dans le cas d'un appel *off net*, seul le départ d'appel engendre des coûts pour l'opérateur de l'appelant, celui-ci économisant l'utilisation du réseau longue distance.

♦ Conclusion sur la comparaison entre écarts de prix et de coûts des appels *on net* et *off net*

432. Il résulte de ce qui précède que, quelles que soient les hypothèses retenues, l'écart entre les prix des appels *on net* et *off net* résultant de la commercialisation des offres d'abondance d'Orange et de SFR excède l'écart des coûts entre les deux types d'appel.

c) Sur les atteintes à la concurrence résultant des pratiques

433. Après avoir rappelé le standard de preuve applicable (i), l'Autorité établira que les pratiques en cause tendent à produire deux types d'effets anticoncurrentiels par le biais d'un renforcement des « *effets de club* » à l'œuvre sur ce marché : d'une part, des effets sur la fluidité du marché, par l'amplification artificielle de l'effet « tribu », correspondant à la propension des groupes de proches à s'abonner auprès d'un même opérateur, suivie d'un verrouillage de la clientèle (ii) et, d'autre part, l'affaiblissement de la structure de la concurrence résultant de l'élévation des coûts subis par les plus petits opérateurs pour faire face à l'effet « statistique », correspondant à l'attractivité croissante des offres d'abondance *on net* selon la taille des parcs des opérateurs (ii).

Sur le standard de preuve applicable

Arguments des parties

434. France Télécom et Orange soutiennent qu'une qualification de « *discrimination tarifaire* » serait soumise à un standard de preuve particulièrement élevé du fait de la simple possibilité d'effets pro-concurrentiels liés à une telle pratique. France Télécom, Orange et SFR avancent qu'aucun effet d'éviction concret à l'égard des concurrents n'a été caractérisé au cas d'espèce, en l'absence notamment de toute éviction constatée à l'égard de Bouygues Télécom. Elles font notamment valoir qu'il n'aurait pas été démontré que les pratiques en cause auraient affecté la capacité d'investissement de Bouygues Télécom, l'auraient empêché d'obtenir davantage de fréquences ou auraient rendu plus difficile son entrée sur le marché du téléphone fixe.
435. Par ailleurs, elles soutiennent que l'analyse du renforcement de l'effet « tribu » menée par les services d'instruction de l'Autorité repose sur de simples présomptions. En particulier, les données propres à SFR ne lui seraient pas opposables.

Le droit applicable

436. Aux fins de l'établissement d'une violation de l'article 102 TFUE, il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante a eu un effet anticoncurrentiel concret sur les marchés concernés. Il suffit de démontrer qu'il tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, qu'il est de nature à ou susceptible d'avoir un tel effet. Par conséquent, lorsqu'une entreprise en position dominante met effectivement en œuvre une pratique générant un effet d'éviction de ses concurrents, la circonstance que le résultat escompté n'est pas atteint ne suffit pas à écarter l'application de l'article 102 TFUE (arrêts de la Cour de justice *TeliaSonera*, précité, points 61 à 65, et du Tribunal du 17 décembre 2003, *British Airways/Commission*, T-219/99, Rec. p. II-5917 ; points 293-294, 297).
437. S'agissant par exemple d'une pratique de discrimination de partenaires commerciaux, la Cour de justice a précisé que rien ne s'opposait à ce qu'elle puisse être considérée comme abusive dès l'instant où le comportement de l'entreprise dominante tendait à conduire à une distorsion de concurrence entre ces partenaires commerciaux. Dans une telle situation, il ne saurait être exigé que soit apportée en outre la preuve d'une détérioration effective quantifiable de la position concurrentielle des partenaires commerciaux pris individuellement (arrêt du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04, Rec. p. I-2331, point 145). Il se peut, en effet, que les intéressés parviennent à limiter l'incidence concrète de cet abus, en mobilisant à cette fin des moyens qui auraient pu l'être à d'autres fins en son absence. Par exemple, même si un concurrent aussi efficace que

l'opérateur dominant parvient, au prix d'efforts redoublés, à se maintenir sur le marché en dépit de pratiques tendant à l'en évincer ou à l'y discipliner, il n'en reste pas moins que ces pratiques ont entravé ou rendu plus difficile son développement sur ce marché, au détriment des bénéfices que les consommateurs auraient pu obtenir si cela n'avait pas été le cas.

438. Cette jurisprudence est évidemment applicable dans le cas d'une pratique tarifaire mise en œuvre sur un marché de détail comme celui de l'espèce.

Appréciation de l'Autorité

439. Conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus, il n'est pas nécessaire de démontrer que les pratiques visées par la notification de griefs ont eu un effet anticoncurrentiel concret sur les marchés concernés. Il suffit de démontrer l'existence d'un effet anticoncurrentiel au moins potentiel. Ainsi, l'Autorité n'est nullement tenue d'apporter la preuve d'une détérioration effective quantifiable de la position concurrentielle des opérateurs de téléphonie mobile concurrents, et notamment, de Bouygues Télécom, qui peut avoir été plus ou moins efficacement contrée ou circonscrite sans que cela n'ôte en rien leur caractère abusif aux pratiques en cause.
440. Par ailleurs, contrairement à ce que soutiennent France Télécom et Orange, il ne résulte nullement de la jurisprudence que la démonstration d'une pratique abusive de différenciation tarifaire imposerait, du fait de possibles effets pro-concurrentiels, l'application d'un standard de preuve plus élevé que celui utilisé pour d'autres pratiques susceptibles d'être qualifiées d'abus de position dominante. Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, c'est à l'entreprise dominante qu'il appartient de démontrer que ses pratiques, bien qu'elles tendent à porter atteinte à la concurrence, sont économiquement justifiées, par exemple par des gains d'efficacité substantiels. Dans ce cadre, la jurisprudence impose également de déterminer si l'effet anticoncurrentiel qui résulte de la pratique peut être contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également au consommateur. Si l'effet d'éviction de la pratique est sans rapport avec les avantages pour le marché et les consommateurs ou s'il va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ces avantages, la pratique doit être considérée comme abusive (arrêt de la Cour de justice *British Airways* précité, point 86). Les arguments présentés à ce titre par les mises en cause seront donc analysés ultérieurement.
441. Enfin, la démonstration du caractère abusif de la différenciation tarifaire mise en œuvre par Orange, telle qu'elle sera effectuée par l'Autorité ci-après, résulte de l'analyse de la nature des pratiques mises en œuvre par l'entreprise et des effets anticoncurrentiels susceptibles d'en découler ainsi que de l'examen des données propres à Orange communiquées par cet opérateur. Il y a donc lieu d'écarter l'argument présenté par France Télécom et Orange à ce titre.

Sur les effets sur la fluidité du marché et sur l'élévation des barrières à l'entrée

442. Les pratiques de différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* mises en œuvre par Orange et SFR sont de nature à produire des effets anticoncurrentiels sur le marché de détail de la téléphonie mobile, en amplifiant artificiellement l'effet « tribu », c'est-à-dire le regroupement des groupes de proches auprès d'un même opérateur (i), puis en verrouillant durablement les tribus chez cet opérateur, élevant ainsi des barrières à l'entrée des opérateurs concurrents sur le marché (ii).
443. Il sera exposé ci-dessous que les pratiques en litige étaient non seulement susceptibles de produire de tels effets anticoncurrentiels, ce qui suffit, ainsi qu'il vient d'être exposé, pour

établir la violation des articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce, mais également que les données empiriques présentes au dossier confirment que ces effets ont pu être concrètement observés sur le marché.

Sur l'amplification artificielle de l'effet « tribu »

♦ Arguments des parties

444. France Télécom, Orange et SFR soutiennent que les offres *on net* illimité n'ont pas d'impact mesurable sur le nombre de tribus d'un opérateur, le nombre de foyers mono-opérateur de Bouygues Télécom ayant augmenté sur la période, de même que celui de SFR, alors qu'il a diminué pour Orange. Sur ce point, France Télécom et Orange font valoir que les effets de prescription et de tribu ne jouent pas un rôle important lors du choix de l'opérateur et un rôle minime dans la résiliation des offres.
445. Par ailleurs, France Télécom et Orange soutiennent qu'un simple écart de prix entre appels *on net* et *off net* ne saurait, en lui-même, produire des effets anticoncurrentiels en favorisant la migration de clients des opérateurs concurrents vers l'opérateur qui pratique la différenciation. Elles soutiennent que, pour que de tels effets puissent être attribués à une telle pratique, il est nécessaire d'établir que les offres sont commercialisées à un prix suffisamment bas pour être attractives mais aussi suffisamment élevé pour que la souscription résulte de l'existence d'une différenciation et non simplement du plus faible niveau de prix (note du cabinet MAPP du 22 juin 2012 produite par France Télécom et Orange en réponse à la notification de griefs).
446. Bouygues Télécom soutient au contraire que les offres *on net* augmentent la recommandation des consommateurs qu'ils font de leur opérateur auprès de leurs proches. Elle fait valoir que l'observation de l'évolution des parts de marché au sein des foyers mono-opérateur conduit à des conclusions toutes autres que celles d'Orange et de SFR, alors qu'au demeurant, l'effet tribu ne saurait être cantonné au foyer. Enfin, elle soutient que le niveau des prix ne doit pas être pris en compte dans le test de la différenciation tarifaire excessive, et qu'en outre, les prix des offres de SFR et d'Orange n'étaient pas plus attractifs que ceux des offres de Bouygues Télécom.

♦ Appréciation de l'Autorité

447. La différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* mise en œuvre par Orange et SFR est de nature à renforcer l'incitation des groupes de proches à s'abonner auprès d'un même opérateur (i). Un tel regroupement a d'ailleurs été observé à la suite du lancement des offres, ce phénomène étant attribuable, au moins en partie, à la composante d'abondance *on net* des offres en cause (ii).
- (i) La différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* est de nature à renforcer l'incitation des « tribus » à se regrouper auprès d'un même opérateur
448. Ainsi qu'il a été exposé dans la partie constatations, le marché de détail de la téléphonie mobile à destination d'une clientèle résidentielle se caractérise par un effet de prescription, particulièrement important au sein des foyers, qui favorise la constitution de « tribus » de proches, abonnés auprès du même opérateur (points 201 et s. ci-dessus). L'effet « tribu » désigne ainsi cette propension naturelle des proches à s'abonner auprès du même opérateur.
449. La différenciation entre les appels *on net* et les appels *off net* a pour effet de renforcer l'effet « tribu » bien au-delà du mécanisme naturel de prescription. En effet, les abonnés ayant souscrit des offres d'abondance *on net* ont une forte incitation financière à

recommander à leurs proches de migrer sur le même réseau, afin de les joindre via des appels *on net* non décomptés dans leur forfait, après les avoir inscrits dans leur liste de numéros favoris (dans le cas des options « 3 numéros illimités ») et réciproquement.

450. Les offres d'abondance *on net* peuvent ainsi inciter des individus qui n'auraient pas changé d'opérateur du seul fait de la prescription exercée naturellement par leur entourage à rejoindre l'opérateur de leurs proches, soit pour bénéficier à leur tour des avantages financiers liés à ces offres, soit pour que leurs proches, déjà abonnés à une offre d'abondance *on net*, puissent davantage tirer parti des avantages de leur forfait en leur donnant la possibilité de les appeler en illimité.
451. Le déploiement massif d'offres d'abondance *on net* tend donc à amplifier le phénomène de constitution de tribus d'interlocuteurs privilégiés abonnés auprès d'un même opérateur.
452. Il ressort des études internes de SFR que le lancement des offres d'abondance *on net* avait précisément pour objectif de renforcer la tendance au regroupement des proches auprès d'un même opérateur résultant du mécanisme naturel de prescription. Une note interne diffusée en mai 2004, qui précède de quelques mois le lancement des premières offres *on net* illimitées SFR Essentiel en mars 2005, souligne ainsi l'existence d'un comportement de « *regroupement d'opérateur déjà établi, qui peut être favorable à une option intra-SFR* » (cf. point 254 ci-dessus). Le lancement des forfaits SFR Essentiel a donc été motivé par un objectif de « *conserver et de conquérir des familles* », notamment face à la concurrence d'Orange, ainsi que le reconnaît d'ailleurs SFR dans ses observations au rapport. SFR explique que, dans le cas des offres d'abondance *on net*, chaque nouveau souscripteur devient un « *fondateur de tribu* », qui attire de nouveaux clients vers le réseau, permettant à l'opérateur d'obtenir un abaissement des coûts de recrutement des nouveaux clients (p. 26 des observations au rapport du 25 avril 2012).
453. Dans le même sens, l'ARCEP expose, dans son avis du 15 mars 2007 précité, que les offres d'abondance *on net*, en permettant aux clients de communiquer à un prix à la minute plus faible vers leurs principaux correspondants du moment, constituent « *des vecteurs privilégiés pour conquérir ou conserver des clients sur les segments de marchés les plus fluides et donc ayant les coûts d'acquisition les plus faibles* » (cote 1807).
454. A cet égard, les arguments des mises en cause selon lesquels la composante d'abondance *on net* n'aurait pas d'impact sur le choix de l'opérateur et que la souscription de ces offres pourrait s'expliquer par un niveau de prix attractif ne peuvent être retenus.
455. En effet, l'attractivité du niveau de prix global des forfaits en cause ne saurait être appréciée de manière distincte de l'existence d'une composante d'abondance *on net*, qui représente un avantage tarifaire important pour les abonnés dans la mesure où elle leur permet d'appeler leurs proches de manière illimitée sans que ces appels ne soient décomptés du forfait. Par ailleurs, Bouygues Télécom fait valoir, sans être contredite, que les prix de ses offres n'étaient pas moins attractifs que ceux des offres de SFR et d'Orange au cours de la période en litige.
456. Ainsi, les offres d'abondance *on net* commercialisées par Orange et SFR à partir de 2005 étaient de nature à favoriser artificiellement la conquête et la fidélisation des « tribus » de proches.
- (ii) Les indicateurs du regroupement effectif des « tribus » consécutif au lancement des offres d'abondance *on net* d'Orange et SFR
457. L'observation du comportement des abonnés aux offres d'abondance *on net* tend à indiquer que ces offres ont réellement eu pour effet d'amplifier le regroupement des tribus auprès

du même opérateur. Même si, ainsi qu'il a été précisé ci-dessus, la caractérisation des effets réels n'est pas nécessaire pour établir l'existence d'une différenciation abusive, qui peut être démontrée par l'existence d'effets purement potentiels, il est intéressant d'en faire état.

458. Les éléments présents au dossier montrent tout d'abord la réalité du phénomène de regroupement des tribus auprès de SFR comme d'Orange.
459. S'agissant de SFR, il ressort de l'étude menée par cette entreprise en mai 2006 que le nombre moyen de « proches », défini comme le nombre de correspondants avec lesquels un abonné a au moins cinq contacts par mois, également abonnés auprès de SFR a augmenté de 39% après le lancement des offres d'abondance *on net*, passant de 1,8 sur 3,5 proches à 2,5 sur 3,7 proches. Ainsi, la part des proches abonnés auprès du même opérateur s'est renforcée de manière très significative, passant de la moitié aux deux tiers des proches (points 240 et s.), alors même que le nombre de proches n'augmente que très légèrement.
460. Cet effet de conquête des « tribus » est également observé en ce qui concerne les abonnés des offres d'abondance *on net* d'Orange. En effet, la progression continue entre 2006 et 2010 du taux d'activation des numéros favoris, c'est-à-dire des numéros pouvant faire l'objet d'appels illimités, traduit le regroupement progressif des proches auprès d'Orange après le lancement des offres d'abondance *on net* de cet opérateur. Le taux d'activation des trois « numéros KDO » des clients des offres Classique est ainsi passé de 59 % en février 2006 à 79% au deuxième trimestre de l'année 2008, pour se stabiliser ensuite à ce niveau. S'agissant des clients des offres Intense, ce taux est passé de 64% en février 2006 à 88% au deuxième trimestre 2008, pour se stabiliser ensuite à ce niveau (points 244 et s.). La progression de l'activation des numéros favoris jusqu'en 2008 traduit la vitesse avec laquelle les proches des clients des offres d'abondance *on net* d'Orange abonnés auprès d'un opérateur tiers quittent progressivement celui-ci pour rejoindre, sur le réseau d'Orange, les tribus en cours de formation. La stabilisation des activations après 2008 traduit quant à elle la stabilité du regroupement des « tribus » auprès de l'opérateur. Une fois achevé, le processus de constitution des tribus apparaît donc très difficilement réversible.
461. Sur ce point, France Télécom et Orange ne sauraient faire valoir que l'augmentation du taux d'activation des numéros KDO ne serait pas attribuable au regroupement des tribus mais à un effet d'apprentissage et au changement de composition de la population concernée par les offres. En effet, l'effet d'apprentissage ne peut être que limité dès lors que les clients sont invités, lors de la souscription de l'offre, à déclarer leurs numéros favoris. L'absence d'activation immédiate de ces trois numéros indique donc, soit que le client ne connaît pas l'identité de l'opérateur de tous ses proches, ce qui est rarement vérifié, soit que ses proches ne sont pas tous abonnés auprès du même opérateur. Dans ce dernier cas, la progression de l'activation des numéros favoris traduit bien le processus de regroupement des tribus auprès du même opérateur. Par ailleurs, s'agissant de l'évolution de la composition du parc d'abonnés aux offres d'abondance *on net*, les résiliations faisant suite à une erreur de choix lors de la souscription des offres, invoquées par les mises en cause, ne sauraient expliquer ni l'ampleur ni la progressivité du phénomène observé, alors même que la composante d'abondance *on net* constitue un puissant moteur d'abonnement, ainsi qu'il est exposé ci-dessous.
462. Les études qualitatives menées par les opérateurs montrent ensuite que le regroupement des tribus est bien attribuable à la composante d'abondance *on net* des offres d'Orange et de SFR.

463. En effet, il résulte clairement de l'étude réalisée par Synovate pour Orange en 2006 en ce qui concerne le comportement des abonnés aux offres Classique, Intense et Pro, tout comme de l'étude réalisée par LH2 pour SFR en 2005 en ce qui concerne le comportement des abonnés aux offres SFR Essentiel que la composante d'abondance *on net* de ces offres constitue un très puissant moteur d'abonnement (points 246 et s. ci-dessus).
464. S'agissant des offres Classique, Intense et Pro d'Orange, l'étude réalisée par Synovate fait apparaître que la composante d'abondance *on net* constitue le principal moteur d'abonnement des clients, loin devant le prix de ces offres. Ainsi, l'option « trois numéros Orange illimités » constitue le premier critère de choix de l'offre pour 30% des clients des offres Classique, pour 35% des clients des offres Intense et pour 22% des clients des offres Pro. En comparaison, le prix du forfait ne constitue le premier critère de choix que pour 10% des clients des offres Classique, 14% des clients des offres Intense et 8% des clients des offres Pro.
465. De même, s'agissant des clients de SFR, l'étude par LH2 réalisée pour l'opérateur fait apparaître que 52% des clients des offres Essentiel citent spontanément l'avantage « appels illimités vers vos numéros » comme raison de leur souscription à l'offre, alors que 24% seulement citent spontanément le prix du forfait. Parmi une liste de diverses caractéristiques des forfaits citées par le sondeur, l'avantage lié aux appels illimités *on net* est mis en avant comme ayant fortement compté dans le choix de l'offre par 78% des personnes sondées, loin devant le prix du forfait, choisi par 51% des sondés.
466. Cette même étude montre par ailleurs que la composante d'abondance *on net* des offres de SFR a favorisé la conquête d'individus dont les proches étaient déjà abonnés auprès de l'opérateur. En effet, 53% des clients auparavant abonnés auprès d'un opérateur concurrent déclarent avoir choisi un forfait Essentiel parce que leur entourage était déjà abonné auprès de SFR, contre 41% seulement des clients qui étaient déjà abonnés auprès de SFR.
467. Ces résultats s'expliquent par l'importance et l'efficacité de la prescription exercée par les abonnés aux offres d'abondance *on net* auprès de leur entourage, également mise en évidence par l'étude LH2. Ainsi, 67% des clients des offres d'abondance *on net* ont recommandé à leurs proches de les rejoindre auprès de SFR afin de pouvoir les ajouter à leur liste de numéros favoris, ce conseil étant suivi d'effet dans près des deux tiers des cas.
468. Il ressort de ce qui précède que les abonnés aux offres d'abondance *on net* ont recommandé à leurs proches de les rejoindre auprès du même opérateur, non pas uniquement en raison de la qualité du réseau ou du niveau de prix des forfaits, mais aussi afin que ces proches puissent être inscrits sur leurs listes de numéros favoris pouvant être appelés de manière illimitée. La différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* a donc eu pour effet d'amplifier artificiellement l'effet « tribu » de regroupement des groupes de proches auprès du même opérateur.
469. Contrairement aux affirmations des mises en cause, les études relatives à l'évolution du nombre des foyers mono-opérateur au cours de la période qui a suivi le lancement des offres d'abondance *on net* ne remettent nullement en cause cette conclusion. En effet, les résultats des deux études³⁹ dont se prévalent chacune des mises en cause étant contradictoires, notamment en ce qui concerne l'évolution du nombre de foyers mono-opérateur d'Orange et de SFR après 2005, aucune conclusion définitive ne peut en être

³⁹ Etude Datanova-eResearch pour Orange, cotes VNC 42331, VC 40370; étude Novatris versée au dossier par Bouygues Télécom et invoquée par SFR dans ses observations en défense, cotes 9208, 9314, 9317 et 9516.

tirée. Les éléments présentés aux points 457 à 467 ci-dessus apparaissent au contraire plus significatifs quant aux effets attribuables aux offres d'abondance *on net*. En effet, ces éléments, issus de l'analyse du comportement des abonnés aux offres d'abondance *on net*, permettent d'observer plus directement les effets propres de ces offres sur la constitution des « tribus », y compris au-delà du seul cercle familial.

Sur le verrouillage des clients et l'élévation des barrières à l'entrée

♦ Arguments des parties

470. Selon France Télécom et Orange, aucun accroissement des coûts de sortie lié aux offres d'abondance *on net* n'aurait été démontré. L'analyse par les services d'instruction de l'Autorité du taux de « *churn* » des offres d'abondance d'Orange reposerait sur une erreur d'interprétation dès lors que cet indicateur inclut non seulement les résiliations mais également les migrations vers une autre offre du même opérateur. Selon SFR, le taux de « *churn* » des offres d'abondance *on net* en 2007 serait supérieur à celui des autres forfaits. Par ailleurs, France Télécom et Orange font valoir que les pratiques n'ont pas érigé de barrière à l'entrée sur le marché des MVNOs ou de Free, ni de barrières à l'expansion de Bouygues Télécom.
471. Bouygues Télécom fait valoir que les études marketing des opérateurs, corroborées par les analyses du taux de « *churn* » des abonnés démontrent que les offres *on net* fidélisent les individus mais également les tribus, du fait de l'augmentation des coûts de sortie.

♦ Appréciation de l'Autorité

472. La différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* mise en œuvre par Orange et SFR tend à verrouiller les groupes de proches auprès d'un même opérateur (i). Un tel effet de verrouillage a d'ailleurs été observé concrètement à la suite du lancement de ces offres (ii).
- (i) La différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* tend à verrouiller les tribus auprès d'un même opérateur
473. Les offres d'abondance *on net* sont de nature à créer un effet de verrouillage des clients dès lors qu'elles ont pour effet d'élever les coûts de sortie subis par les abonnés souhaitant changer d'opérateur.
474. Une fois les « tribus » regroupées au sein d'un même opérateur, aussi bien du fait du mécanisme de prescription naturelle que de l'amplification artificielle de l'effet « tribu » résultant de l'incitation au regroupement créée par les offres d'abondance *on net*, le changement d'opérateur de tout ou partie de leurs membres induit en effet des coûts de sortie supérieurs aux coûts encourus en l'absence de différenciation entre les appels *on net* et les appels *off net*.
475. Pour un individu considéré isolément tout d'abord, un changement d'opérateur induit deux types de surcoûts.
476. En premier lieu, le changement d'opérateur lui impose de renoncer au bénéfice des appels en illimité à destination de ses principaux correspondants, dès lors que ces derniers demeurent clients de l'ancien opérateur. Sauf si l'individu opte pour une offre d'abondance *cross net*, permettant de passer des appels en illimité à destination de l'ensemble des réseaux, il devra donc choisir soit de moins appeler ses proches, soit de souscrire à un forfait assorti d'un temps de communication plus important, généralement plus coûteux.
477. Ainsi que l'expose l'ARCEP, dans sa décision du 2 novembre 2010 : « une fois qu'un « club » est formé et qu'un consommateur est client du même opérateur que ses

correspondants les plus fréquents, le changement d'opérateur est pour lui d'autant plus coûteux qu'il lui ferait perdre le bénéfice des tarifs préférentiels offerts pour les appels on net vers ces correspondants »⁴⁰.

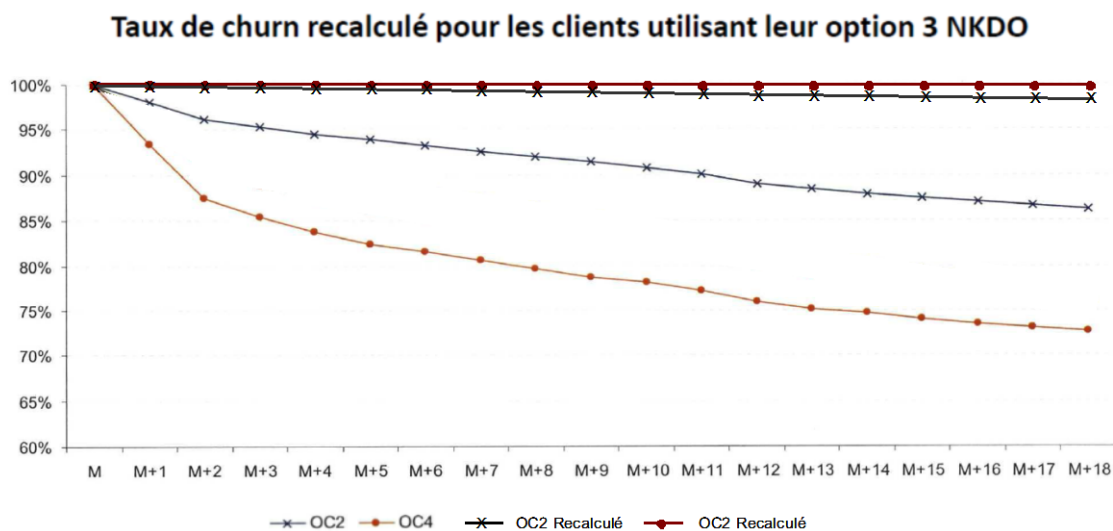
478. En second lieu, un changement d'opérateur induit également une élévation sensible des dépenses pour les proches de l'individu disposant d'une offre d'abondance *on net* chez l'opérateur initial. Ce surcoût est observé quel que soit le forfait choisi par le membre de la « tribu » changeant d'opérateur, et donc, même si ce dernier dispose d'une offre d'abondance *cross net*. En effet, les appels des autres membres de la « tribu » à destination de leur proche changeant d'opérateur, auparavant *on net*, deviennent des appels *off net* décomptés du temps de communication de leur forfait, alors même qu'ils peuvent représenter près de la moitié des appels émis par certains membres du groupe.
479. Par ailleurs, certains membres d'une « tribu » disposent d'offres prépayées ou de comptes bloqués. Or, l'augmentation des coûts de sortie résultant de la souscription aux offres d'abondance *on net* pèse particulièrement sur ces offres du bas de marché. En effet, comme le montrent les études réalisées par les opérateurs, les offres d'abondance *on net* amplifient les pratiques dites de rappel ou « *call back* », c'est-à-dire faisant en sorte (par SMS, ou en raccrochant après la première sonnerie) que l'interlocuteur que l'on cherche à joindre initie l'appel. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, le fait, pour le client d'une offre prépayée d'Orange, d'être choisi comme numéro favori par un client à une offre d'abondance *on net* du même opérateur, entraîne l'augmentation de plus de 42% du volume des appels reçus, ainsi qu'une baisse du montant de la facture, égale en moyenne à 3,36 euros par mois et par client pour les offres « Mobicarte » et à 0,50 euros par mois et par client pour les forfaits « Zap » (points 237 et s.). Par suite, pour les abonnés à ces offres, la migration d'un proche abonné à une offre d'abondance *on net* d'Orange vers un nouvel opérateur entraîne à la fois une hausse du prix de leurs communications et une baisse du volume de celles-ci.
480. Ainsi, la différenciation tarifaire entre les appels *on net* et *off net* tend à faire obstacle au changement d'opérateur des membres d'une « tribu » déjà constituée auprès d'un opérateur.
481. Outre l'effet de verrouillage des membres individuels des « tribus », la différenciation entre appels *on net* et *off net* est susceptible d'aggraver la difficulté pour un opérateur de conquérir des « tribus » entières. Cette difficulté résulte notamment de la disparité des dates d'échéance des contrats et des durées d'engagement des membres du groupe. Ainsi, les coûts de sortie pour l'ensemble d'une tribu souhaitant conserver les avantages de l'abondance auprès d'un opérateur concurrent incluent les frais de résiliation anticipée des membres du groupe dont la période d'engagement n'est pas achevée à la date du changement d'opérateur. En étant contraints de changer d'opérateur au même moment afin de pouvoir profiter de l'abondance chez un nouvel opérateur, les différents membres de la tribu s'exposent à des frais de résiliation plus importants que s'ils pouvaient choisir séparément et individuellement la date de résiliation de leur offre.
482. Il résulte de ce qui précède que les pratiques de différenciation tarifaire entre les appels *on net* et *off net* mises en œuvre par Orange et SFR sont de nature à créer un effet de verrouillage des « tribus » auprès du même opérateur en élevant les coûts de changement d'opérateur pour les membres du groupe. Ces coûts de sortie très importants tendent à restreindre la fluidité du marché et à élever les coûts d'acquisition des opérateurs qui

⁴⁰ Décision n° 2010-1149, citée par Bouygues Télécom dans ses observations au rapport.

souhaitent conquérir des clients, ce qui renforce les barrières à l'entrée du marché de la téléphonie mobile résidentielle.

- (ii) L'observation des comportements des abonnés aux offres d'abondance *on net* d'Orange et SFR met en évidence l'effet de verrouillage concret des pratiques

483. Deux types de données indiquent que l'effet de verrouillage découlant des pratiques mises en œuvre par Orange et SFR s'est concrétisé sur le marché : la plus faible propension des clients des offres d'abondance *on net* à changer d'opérateur, d'une part, et la stabilité des numéros favoris activés bénéficiant de l'offre illimitée, d'autre part.
484. En premier lieu, l'observation des taux de « *churn* » des abonnés aux différentes offres d'Orange et de SFR, c'est-à-dire le taux de résiliation par rapport au parc d'abonnés permet de mettre en évidence la fidélité plus grande à leur opérateur des abonnés à des offres d'abondance *on net* par rapport à celle des clients ne disposant pas d'offre d'abondance.
485. Une analyse effectuée sur la base des éléments communiqués par Orange présentés dans la partie « constatations » ci-dessus (points 255 et s.), fait apparaître que le taux de « *churn* » des abonnés aux offres Classique 2 heures et 4 heures utilisant réellement la composante d'abondance de leur forfait (c'est-à-dire ayant activé un ou plusieurs numéros favoris) est très faible par rapport à celui de l'ensemble des abonnés à ces offres, ayant ou non activé leurs numéros favoris. Les résultats de cette comparaison sont reproduits dans le graphique ci-dessous :



Source : données d'Orange, calculs de l'Autorité

486. Il résulte de ce graphique que le taux de « *churn* » des clients des offres Classique 2 heures utilisant effectivement la composante d'abondance de leur offre est seize fois inférieur à celui de l'ensemble des clients d'Orange, celui des clients des offres Classique 4 heures utilisant effectivement la composante d'abondance de leur offre étant quant à lui neuf fois inférieur au taux de « *churn* » mensuel moyen des clients d'Orange.

487. Ce taux de « *churn* » réduit, qui peut s'expliquer par la difficulté des clients à changer d'opérateur du fait des coûts de sortie élevés résultant de la souscription d'offres d'abondance *on net*, constitue ainsi un indicateur de l'effet de verrouillage concret des pratiques de différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* mises en œuvre par Orange.
488. Il est vrai, ainsi qu'il a été souligné ci-dessus (point 70), et comme le soutiennent France Télécom et Orange, que le taux de « *churn* » ne constitue qu'un indicateur imparfait pour appréhender le degré de fidélisation des abonnés à une offre ou à un opérateur de téléphonie mobile. En effet, ce taux prend en compte l'ensemble des résiliations d'abonnement, et inclut aussi bien les clients qui changent réellement d'opérateur que les clients qui résilient leur contrat pour en conclure un autre avec le même opérateur (phénomène de « *disconnect - reconnect* »). Or, ce phénomène est quantitativement très important⁴¹. Toutefois, ce biais conduit, d'une manière générale, à considérer que la fidélité à l'opérateur est en réalité supérieure à ce que laisse penser la seule indication du taux de « *churn* ». Cette observation s'applique tout aussi bien s'agissant de la fidélisation des clients des offres *on net* que celle des clients d'offres sans composante d'abondance et ne remet donc pas en cause la faiblesse relative du taux de « *churn* » des premiers par rapport aux seconds. Par ailleurs, si France Télécom et Orange font valoir que l'indicateur le plus approprié pour mesurer l'effet de fidélisation des pratiques serait le taux de résiliation dans les mois suivant la fin de la période d'engagement, elles n'apportent aucun élément chiffré permettant d'étudier l'évolution de cet indicateur selon les différents types d'offres commercialisées et selon le type d'abonnés (ayant activé les « numéros KDO » ou non) au cours de la période en litige.
489. Par ailleurs, si SFR indique que le taux de « *churn* » des clients de ses offres d'abondance *on net* en 2007 serait supérieur à celui des clients des autres forfaits, les chiffres communiqués par la mise en cause ne distinguent pas les résiliations effectuées par les clients utilisant réellement la composante d'abondance de leur forfait (c'est-à-dire ayant activé un ou plusieurs numéros favoris) et celles qui sont effectuées par les clients n'utilisant pas la composante d'abondance de leur forfait. Or, ainsi qu'il vient d'être exposé s'agissant d'Orange, le taux de « *churn* » des premiers est très faible par rapport à celui des abonnés aux offres dépourvues de composante d'abondance *on net* et il n'existe aucune raison de penser que les clients de SFR se comporteraient de manière différente de ceux d'Orange à cet égard.
490. En second lieu, l'observation de l'évolution du taux d'activation des numéros favoris bénéficiant de l'offre illimitée par les clients d'Orange permet de constater leur très grande stabilité dans le temps, après une première phase de progression continue. Ainsi qu'il a déjà été exposé ci-dessus, la stabilisation des activations après 2008 traduit la stabilité du regroupement des « tribus » auprès de l'opérateur. Une fois achevé, le processus de constitution des tribus apparaît donc quasi irréversible.

Conclusion sur les effets sur la fluidité du marché

491. Il résulte de ce qui précède que la mise en œuvre par Orange et SFR de pratiques de différenciation tarifaire entre les appels *on net* et *off net*, sous la forme d'offres d'abondance *on net*, tend à produire des effets anticoncurrentiels sur le marché de détail de la téléphonie mobile.

⁴¹ Voir l'étude d'Orange « reporting nouveaux clients de janvier 2006 », cotes 25352 et s.

492. Ces offres sont de nature à amplifier artificiellement, au bénéfice d'Orange et de SFR, l'un des effets de club à l'œuvre sur le marché, à savoir l'effet « tribu », qui se traduit par la propension des groupes de proches à se regrouper auprès d'un même opérateur, en incitant les consommateurs à changer d'opérateur pour rejoindre celui de leurs proches.
493. Par ailleurs, une fois les « tribus » constituées, ces pratiques tendent à verrouiller celles-ci auprès de l'opérateur, du fait de l'augmentation des coûts de sortie encourus par les abonnés aux offres d'abondance qui souhaitent souscrire une nouvelle offre auprès d'un opérateur concurrent. Ainsi, la différenciation entre appels *on net* et *off net* a pour effet de dégrader la fluidité du marché de détail, en rendant plus difficile la migration des clients vers un autre opérateur en place, et d'élever les barrières à l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché.
494. L'instruction a montré que ces effets s'étaient effectivement concrétisés sur le marché après le lancement des offres d'abondance d'Orange et de SFR en 2005, la composante d'abondance constituant le principal moteur d'abonnement des clients des offres en cause et la fidélité de ces clients à leur opérateur étant très sensiblement supérieure à celle des clients d'offres sans composante d'abondance.

Sur l'affaiblissement de la concurrence émanant des plus petits opérateurs

495. Les pratiques de différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* mises en œuvre par Orange et SFR sont également de nature à produire des effets anticoncurrentiels sur le marché de détail de la téléphonie mobile en affaiblissant la concurrence émanant des plus petits opérateurs, du fait du renforcement de l'effet de club « statistique » bénéficiant aux opérateurs disposant d'un parc important de clients (i) et de la distorsion des flux de trafic qui se traduit par une perte de recettes de terminaison d'appel des concurrents (ii).
496. Une pratique de différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* peut ainsi avoir pour effet, sans nécessairement les empêcher de proposer leurs services de manière rentable, d'élever sensiblement les coûts des concurrents et de diminuer la pression concurrentielle qu'ils sont susceptibles d'exercer sur le marché de détail de la téléphonie mobile. Le cadre d'analyse d'une telle stratégie d'élévation des coûts des concurrents a fait l'objet de développements de la littérature économique⁴².
497. A cet égard, il convient de souligner que, dans un marché caractérisé par la présence d'essentiellement trois opérateurs, la mise en œuvre, par les deux principaux d'entre eux, de pratiques ayant pour effet de dégrader la situation concurrentielle du troisième, qui est également le plus petit et donc le plus susceptible de chercher à dynamiser le marché, tend à modifier la structure de la concurrence sur ce marché, au-delà de la situation particulière de cet opérateur. La présence de cet opérateur, plus petit mais en mesure d'opérer efficacement sur le marché, revêt donc un intérêt pour l'animation de la concurrence et pour les consommateurs susceptibles d'en retirer les bénéfices tangibles.

Sur le renforcement de l'effet de club « statistique » au bénéfice d'Orange et de SFR

♦ Arguments des parties

498. France Télécom, Orange et SFR soutiennent qu'aucun effet « boule de neige » n'aurait été démontré au détriment de Bouygues Télécom, notamment entre le lancement des offres en

⁴² Salop, S. et Scheffman, „*Raising Rival's Costs*” *American Economic Review*". Papers and Proceedings, 73, 267-271 ; Krattenmaker, T. et Salop, S., „*Anticompetitive Exclusion: Raising Rival's Costs to Achieve Power over Price*”, 96 *Yale Law Journal*. 209, 242 (1986).

litige et celui des offres « Neo ». A cet égard, SFR fait valoir qu'elle n'a subi aucun effet « boule de neige » au bénéfice d'Orange, plus gros opérateur français du marché et que l'effet « tribu » serait « 10 millions de fois plus puissant » que l'effet de réseau qui bénéficie au plus gros opérateur.

499. France Télécom, Orange et SFR ajoutent que Bouygues Télécom était en mesure de répliquer par le lancement de ses propres offres *on net* illimitées. SFR fait valoir que l'échec des offres d'abondance *on net* de Bouygues Télécom, lancées concomitamment à l'offre « Neo », s'explique par sa décision de ne pas les promouvoir. Selon les mises en cause, le lancement d'offres d'abondance *cross net* par cet opérateur résulterait d'une stratégie commerciale délibérée, axée sur la conquête de clients premium. Elle ne pourrait être considérée comme une réplique au sens du droit de la concurrence, mais comme une offre différenciante. En outre, le déséquilibre des flux d'interconnexion inhérent aux offres *cross net* ne remettrait pas en cause leur rentabilité globale. France Télécom et Orange font également valoir que les effets des pratiques vis-à-vis de Bouygues Télécom auraient été intégralement compensés par la régulation asymétrique *ex ante* des charges de terminaison d'appel au profit de cet opérateur.
500. Par ailleurs, France Télécom et Orange soutiennent que l'estimation par les services d'instruction de l'excédent de charges de terminaison d'appel versé par Bouygues Télécom du fait de la commercialisation de l'offre « Neo », évalué à 560 millions d'euros, repose sur une situation contrefactuelle incohérente avec celle qui a été adoptée pour le calcul de la rétention de trafic *off net*. Après correction, cet excédent s'élèverait à 53 millions d'euros environ. Elles critiquent également la cohérence des données utilisées et l'absence de prise en compte du caractère réciproque du trafic mobile et de l'effet des offres *on net* de SFR sur le trafic *off net* d'Orange. SFR soutient qu'il aurait également dû être tenu compte des recettes additionnelles tirées par Bouygues Télécom de son offre « Neo ».
501. Bouygues Télécom soutient quant à elle que les offres *on net* d'Orange et SFR engendrent bien un effet « tribu » et un effet statistique, qui se cumulent et entraînent un effet « boule de neige ». Selon elle, seule la mise en œuvre d'une riposte *cross net* a pu permettre d'en limiter l'impact. Les offres *on net* d'Orange et SFR auraient notamment affaibli Bouygues Télécom sur le segment des petits forfaits.
502. Bouygues Télécom soutient par ailleurs que, quelles que soient les méthodes utilisées pour l'évaluer, la détérioration de son solde d'interconnexion correspond à un dommage considérable, évalué à 435 millions d'euros entre 2005 et 2009, qui n'a pas été compensé par la régulation asymétrique des terminaisons d'appel. De manière générale, Bouygues Télécom soutient que les pratiques en cause ont affecté sa rentabilité financière, l'ont cantonnée à une part de marché inférieure à 20%, ont entravé sa capacité à animer le marché et dégradé son image.

◆ Appréciation de l'Autorité

503. Il sera exposé ci-après que la différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* est de nature à renforcer artificiellement l'effet « statistique » au bénéfice des plus gros opérateurs sur le marché de détail de la téléphonie mobile résidentielle (i). Le lancement de leurs propres offres d'abondance *on net* par les plus petits opérateurs n'est pas susceptible de les protéger de l'effet d'éviction résultant des pratiques (ii). La nécessité de répliquer par la commercialisation d'offres comprenant une composante d'abondance *cross net* (iii), qui entraîne une élévation des coûts, est susceptible d'affaiblir la capacité des petits opérateurs à animer la concurrence sur le marché (iv).

(i) La différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* est de nature à renforcer l'effet de club « statistique » au bénéfice des grands opérateurs

504. Outre le renforcement de l'effet « tribu », analysé ci-dessus, la mise en œuvre de pratiques de différenciation tarifaires entre appels *on net* et *off net* est susceptible d'amplifier un autre effet de club, plus général, à savoir l'effet « statistique », lié aux parts de marché des opérateurs. En effet, entre des offres d'abondance *on net* similaires proposées par les différents opérateurs du marché de détail de la téléphonie mobile, le client est mécaniquement incité à choisir, toutes choses étant égales par ailleurs, l'offre de l'opérateur qui dispose de la part de marché la plus importante. C'est ainsi qu'il maximisera ses chances de trouver des interlocuteurs abonnés auprès du même opérateur que le sien, et, partant, de bénéficier de la possibilité de passer un maximum d'appels illimités en utilisant la composante d'abondance *on net* de son forfait.
505. L'effet de club statistique est d'autant plus puissant qu'il revêt un caractère à la fois dynamique et cumulatif : on parle alors d'effet « boule de neige ». Plus un opérateur parvient à en tirer parti, en généralisant les offres *on net* en particulier, et plus sa part de marché sera accrue au détriment des opérateurs de taille plus modeste. Ce renforcement des parts de marché joue en retour en renforçant l'attractivité du réseau de l'opérateur et ainsi de suite. En l'absence d'autres effets ou de réponse stratégique adéquate des petits opérateurs, cet effet de réseau est susceptible de conduire à l'éviction de ces derniers.
506. Dans son avis précité du 15 mars 2007, l'ARCEP expose dans le même sens que *« le potentiel d'attractivité d'une offre d'abondance (...) est directement fonction de la probabilité d'avoir des correspondants principaux sur le réseau en cause, cette dernière étant en rapport avec la part de marché de cet opérateur. Ainsi, toute chose égale par ailleurs, le consommateur souscrira dans les faits une telle offre auprès de l'acteur ayant la part de marché la plus forte. Dans un marché présentant une forte dissymétrie en termes de parts de marché, comme le marché français, le potentiel d'attractivité de ces offres est donc particulièrement contrasté et contribue ainsi à une dynamique commerciale favorable aux plus gros opérateurs »* (cote 1808).
507. L'existence d'un tel effet de réseau se rattachant à des pratiques de différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* a déjà été mise en évidence par la pratique décisionnelle. Dans sa décision précitée n° [02-D-36](#), le Conseil de la concurrence a ainsi exposé, s'agissant de pratiques de différenciation entre tarifs *on net* et tarifs *off net* envisagée par Orange, que celle-ci *« pouvait influencer sur le choix des clients lors du premier achat ou d'un renouvellement, dans la mesure où ils seront désormais susceptibles de tenir compte des réseaux auxquels appartiennent leurs principaux correspondants. Selon le Conseil, ces effets sont de nature (...) à favoriser le plus grand des parcs, les clients valorisant la possibilité d'appeler et d'être appelés par le plus grand nombre possible de correspondants »* (paragraphe 25). Dans sa décision précitée n° [09-D-36](#), l'Autorité a précisé que *« l'importance du renforcement de l'effet de club dépend de deux éléments : d'une part, l'asymétrie des parts de marché entre les opérateurs et, d'autre part, l'importance de la différenciation tarifaire entre les appels on net et les appels off net »* (paragraphe 344).
508. Cette analyse a été approuvée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt précité du 28 janvier 2005, qui rappelle qu'une pratique de différenciation tarifaire dépourvue de justification objective est *« de nature à renforcer [un opérateur en position dominante] par un effet de réseau, ou « effet de club », dans la mesure où les clients sont incités à restreindre le volume des appels destinés à l'opérateur concurrent et, lors du premier*

achat ou d'un renouvellement, à tenir compte du réseau auquel appartiennent leurs principaux correspondants ».

509. L'effet de club statistique coexiste avec l'effet « tribu » précédemment décrit. Ainsi, lors de la souscription d'une offre de téléphonie mobile, le client est sensible à l'effet statistique et sera enclin à choisir un grand réseau afin de multiplier ses chances de profiter des offres d'abondance *on net*, mais il est également sensible à l'effet « tribu » qui l'incitera à rejoindre l'opérateur de sa tribu, pour peu que celui-ci propose des offres d'abondance. Chaque individu est affecté par ces deux effets dans des proportions qui lui sont propres.
510. A cet égard, SFR n'est pas fondé à soutenir que l'effet « tribu » l'emporterait nettement sur l'effet de club statistique. L'étude à laquelle se réfère SFR⁴³ est en effet fondée sur l'observation du marché britannique, caractérisé au cours de la période de référence par la présence de quatre opérateurs se partageant le marché en parts quasi égales. Dans une telle configuration de marché, la sensibilité des clients à la taille respective du parc d'abonnés des différents opérateurs, et, partant, l'effet statistique, est à l'évidence extrêmement faible. Ainsi, si les conclusions qualitatives de l'étude, relatives à la coexistence de l'effet statistique et de l'effet tribu, sont exactes, ses conclusions quantitatives, relatives à l'importance respective de ces deux effets, ne peuvent nullement être transposées au marché français de la téléphonie mobile, caractérisé par l'asymétrie des parts de marché des opérateurs.
511. De manière générale, il peut être considéré que l'effet statistique est d'autant plus important par rapport à l'effet « tribu » que l'asymétrie des parts de marché des opérateurs est importante. En 2005, au moment du lancement des offres d'abondance *on net*, Orange détenait 47% des parts du marché de la téléphonie mobile « grand public » (en parc), et SFR 36%. Bouygues Télécom ne détenait quant à lui qu'une part de marché de 17%. Ainsi, compte tenu de l'existence d'une importante asymétrie dans les parts de marché des opérateurs de téléphonie mobile en France métropolitaine au cours de la période en cause, la différenciation tarifaire entre les appels *on net* et *off net* mise en œuvre par Orange et SFR était de nature à renforcer significativement l'effet de réseau au profit de ces deux opérateurs, qui possédaient les parcs d'abonnés les plus importants.
- (ii) Les petits opérateurs du marché n'étaient pas en mesure de répliquer efficacement par le lancement de leurs propres offres d'abondance *on net*
512. Le caractère dynamique et cumulatif de l'effet de club statistique explique que le lancement de leurs propres offres d'abondance *on net* ne soit pas de nature à permettre aux plus petits opérateurs du marché de détail de la téléphonie mobile de se protéger efficacement de l'effet d'éviction résultant de la commercialisation des offres d'abondance *on net* par les plus gros opérateurs.
513. En effet, les petits opérateurs, compte tenu de la taille plus réduite de leur parc de clients, et, partant, de la plus faible probabilité que les interlocuteurs privilégiés de leurs abonnés se trouvent sur le même réseau, ne peuvent s'appuyer sur un effet de club statistique, contrairement à SFR et plus encore à Orange, pour inciter de nouveaux clients à souscrire des offres d'abondance *on net* sur leur réseau.
514. Ainsi que le relève l'Autorité de la concurrence dans sa décision n° 09-D-36 précitée, l'écart dans la taille des réseaux « *prive le plus petit de moyens de réplique : même en*

⁴³ L. Benzoni, P. Geoffron, "A collection of essays on competition and regulation with asymmetries in mobile markets", Quantifica Publishing, p. 21.

pratiquant une différenciation élevée entre ses tarifs on net et off net, le petit réseau ne peut proposer des tarifs on net plus attractifs en les finançant par les revenus tirés des terminaisons d'appel » (paragraphe 346).

515. Cette conclusion est confirmée par les résultats de l'étude économique de N. Curien sur la différenciation tarifaire *on net / off net* parue le 4 juin 2012⁴⁴, dont l'ensemble des parties se sont prévaluées, chacune pour leur propre compte, lors de la séance devant l'Autorité. Aux termes de ce document de travail, dont le modèle a été calibré numériquement à partir des données du marché mobile français en 2003, « *des baisses tarifaires on net simultanément pratiquées par tous les opérateurs font subir au plus petit d'entre eux (en termes de parc d'abonnés) une perte de profit par abonné significativement supérieure aux pertes supportées par les plus gros opérateurs. Le plus petit opérateur est ainsi exposé à une éviction du marché* ». Ceci confirme donc l'absence de pertinence, pour le plus petit opérateur du marché, d'une réplique « à l'identique » aux offres *on net* lancées par les plus grands opérateurs.
516. L'absence de possibilité de répliquer efficacement aux offres d'abondance *on net* d'Orange et SFR par le biais du lancement d'offres similaires est illustrée par le cas de Bouygues Télécom.
517. L'attractivité limitée des offres d'abondance *on net* qui étaient susceptibles d'être proposées par Bouygues Télécom s'explique par la faible taille de son parc d'abonnés, ce que confirment de nombreuses études marketing produites par la saisissante. Ainsi, une étude qualitative réalisée en 2006 fait apparaître que, si les offres d'abondance *on net* sont perçues comme attractives par les usagers de la téléphonie mobile, « *lorsque le nom de l'opérateur – Bouygues Télécom – est découvert, le concept est rejeté : l'image d'un nombre trop restreint d'abonnés (...) minore considérablement le potentiel de l'illimité* »⁴⁵. Le déficit de promotion commerciale des offres d'abondance *on net* lancées par Bouygues Télécom en 2006, invoqué par SFR, n'est pas nature à remettre en cause ces conclusions.
518. Si la commercialisation de ses propres offres *on net* par Bouygues Télécom aurait pu lui permettre, ainsi que le fait valoir SFR, de tirer parti de l'effet « tribu » en attirant de nouveaux clients dont les proches étaient déjà abonnés auprès de cet opérateur, elle ne pouvait la protéger de l'effet de club statistique lié à l'asymétrie des parcs d'abonnés, le pouvoir d'attraction des offres *on net* de Bouygues Télécom s'exerçant sur un plus petit nombre de « tribus » que celui des offres *on net* d'Orange et de SFR.
519. Selon l'étude précitée invoquée par SFR, « *10 millions d'abonnés à un réseau ont un impact similaire sur le choix d'un consommateur que celui de la souscription d'un seul de ses proches au même réseau* », ce qui indique que l'appartenance de trois proches au même réseau aurait un impact similaire à 30 millions d'abonnés sur ce réseau. Il ne saurait en être déduit que le lancement par Bouygues Télécom d'une offre d'abondance vers 3 numéros *on net* aurait pu compenser la faible taille de son réseau, dès lors que ses clients n'avaient le plus souvent pas de deuxième « proche » également abonné auprès de cet opérateur, et, a fortiori, pas de troisième « proche » non plus.
520. Si la taille de Bouygues Télécom, troisième opérateur du marché français avec une part de marché en parc d'environ 17% au cours de la période en cause, ne lui permettait pas de répliquer efficacement aux offres d'Orange et de SFR par le biais du lancement de ses

⁴⁴ N. Curien, « *Différenciation tarifaire on net / off net : nouvelle approche théorique et modèle de simulation* », 4 juin 2012, document de travail publié sur le site internet de l'ARCEP.

⁴⁵ Etude qualitative réalisée par l'institut KALEE en juillet 2006.

propres offres *on net*, il s'en déduit que les offres en litige étaient, a fortiori, non répliquables par les plus petits opérateurs du marché de détail, à savoir les opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNOs), dont la part de marché cumulée ne dépassait pas 3% au cours de la période en cause.

521. Il en est de même, à plus forte raison, de potentiels nouveaux entrants sur le marché de détail de la téléphonie mobile. En effet, dans la phase de lancement de leur activité, les nouveaux acteurs du marché ne sont pas en mesure de proposer des offres d'abondance *on net*, compte tenu de leur très faible nombre de clients, mais se doivent de proposer des offres d'abondance *cross net*.

(iii) La nécessité d'une réponse par des offres comportant une composante d'abondance *cross net*

522. Dès lors qu'une réplique « à l'identique » ne pouvait pas protéger les petits opérateurs de l'effet d'éviction généré par les offres d'abondance des plus gros opérateurs, seule une réplique par le biais d'offres comprenant une composante d'abondance *cross net*, permettant de passer certains appels en illimité à destination de l'ensemble des réseaux, était susceptible de constituer une réponse pertinente à la généralisation des offres *on net* d'Orange et de SFR. En effet, pour un nouveau client qui n'a pas de préférence a priori pour un réseau ou pour un autre, le niveau d'attractivité d'une offre *cross net* chez un opérateur qui dispose d'une petite base de clientèle peut être au moins équivalent à celui d'une offre *on net* chez un opérateur qui dispose d'une vaste base de clientèle, toutes choses égales par ailleurs. Les offres *cross net* permettent donc aux opérateurs de s'abstraire des contraintes de parts de marché et d'endiguer le caractère cumulatif de l'effet de club statistique.

523. L'ARCEP expose dans le même sens qu'un opérateur de taille réduite confronté à l'avènement des offres d'abondance de plus gros opérateurs « *ne peut les répliquer de manière pertinente qu'en proposant des communications illimitées vers tous les opérateurs (on net et off net)* » (cote 1813).

524. Cette conclusion ressort également des constatations effectuées par le Conseil d'Etat dans sa décision précitée du 24 juillet 2009, statuant sur la décision de l'ARCEP du 4 octobre 2007, qui a exposé la « *nécessité pour [Bouygues Télécom] de développer des offres illimitées en direction de tous les réseaux afin de résister au développement par ses concurrents d'offres illimitées sur leur propre réseau, favorisé par la taille plus importante de leur parc* ».

525. Bouygues Télécom indique que le lancement le 1^{er} mars 2006 de ses offres d'abondance *cross net* « Neo » constituait avant tout pour elle une réponse au lancement des offres d'abondance *on net* d'Orange et de SFR. Ces offres ont permis à Bouygues Télécom, dans les faits, d'endiguer l'effet de perte cumulative de part de marché attaché aux offres *on net* de ses principaux concurrents.

526. Ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, lorsqu'une entreprise en position dominante met en œuvre une pratique générant un effet d'éviction de ses concurrents, la circonstance que le résultat escompté n'est pas atteint ne permet nullement d'écarter l'application des articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce. Ainsi, la circonstance que la différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* mise en œuvre par Orange et SFR n'ait pas conduit à l'éviction effective des opérateurs concurrents sur le marché de détail, et notamment de Bouygues Télécom, ne remet pas en cause le caractère abusif des pratiques.

527. Par ailleurs, contrairement à ce que soutiennent les parties, il est indifférent de déterminer si « Neo » constituait la seule réponse possible pour Bouygues Télécom au lancement des

offres *on net* d'Orange et de SFR. Il suffit en effet, pour caractériser l'effet potentiel d'éviction découlant des pratiques en litige, de constater l'impossibilité pour les petits opérateurs, y compris d'ailleurs pour les MVNOs, de répliquer par une offre d'abondance *on net* « à l'identique ». Dès lors qu'une réponse pertinente impliquait nécessairement la commercialisation d'une offre comportant une composante d'abondance *cross net*, celle-ci était de nature à augmenter le trafic *off net* sortant des petits opérateurs, et, partant, à augmenter les charges de terminaison d'appel versées aux plus gros opérateurs. Une telle élévation des coûts est susceptible d'affaiblir les opérateurs disposant d'une plus petite surface financière, voire, à terme, de les évincer du marché.

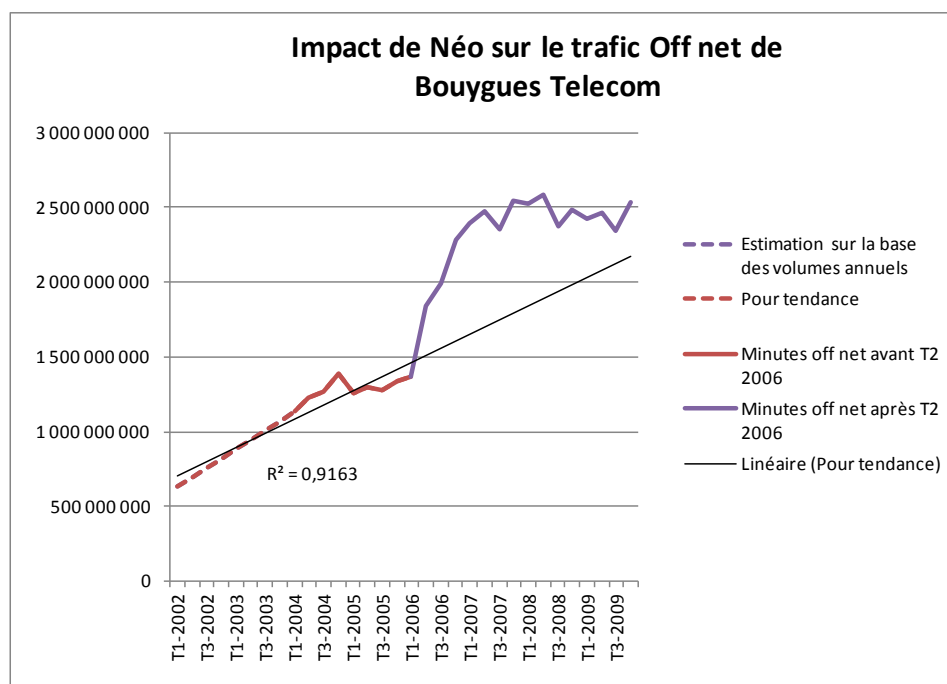
(iv) L'élévation des coûts qui en résulte est de nature à affaiblir la situation concurrentielle des plus petits opérateurs

528. S'il est de nature à endiguer l'effet de club statistique auquel le lancement d'offres d'abondance *on net* par les plus gros opérateurs les expose, le développement d'offres d'abondance *cross net* par les plus petits opérateurs a cependant pour conséquence d'élever sensiblement leurs coûts, du fait de l'augmentation des charges de terminaison d'appel payées aux autres opérateurs lors de l'émission d'appels *off net* par leurs abonnés. Cette élévation des coûts est susceptible de peser sur leur capacité à animer la concurrence sur le marché de détail de la téléphonie mobile, notamment s'agissant d'opérateurs qui disposent d'une surface financière moins importante que les opérateurs mettant en œuvre les pratiques de différenciation tarifaire litigieuses.
529. Ainsi que le souligne l'ARCEP dans son avis précité, la commercialisation d'une offre d'abondance *cross net* « *présente en première analyse un risque de distorsion concurrentielle vis-à-vis d'un opérateur de taille réduite* » dès lors que la commercialisation d'offres illimitées vers tous les opérateurs « *entraîne, à l'échelle de cette offre, de fortes dépenses de terminaison pour la majorité des appels sortants car ils correspondent à des appels off net (...)* Il apparaît ainsi que la non-répliquabilité des offres d'abondance *on net* défavorise les opérateurs dont les parcs sont significativement les plus faibles en générant une dynamique renforçant les parcs des opérateurs plus importants, ou a minima en gelant les parts de marché de ces derniers » (cote 1813).
530. Les pratiques de différenciation tarifaire mises en œuvre par Orange et SFR étaient donc de nature à peser sur la capacité des plus petits opérateurs en place à investir pour se maintenir ou développer leur activité sur le marché de détail. Or, dans un secteur capitalistique comme celui des télécommunications, la concurrence ne peut s'installer que si un nombre suffisant d'acteurs sont en situation d'investir de manière significative. Les investissements étant coûteux et en grande partie irrécupérables⁴⁶, la décision d'un acteur donné d'investir pour introduire de nouvelles capacités sur le marché modifie le comportement de tous les autres acteurs. En particulier, la décision d'investissement d'un nouvel entrant ou d'un petit opérateur rend moins crédible son éviction rapide et contraint les acteurs en place à exercer une concurrence durable.
531. Ainsi, les pratiques de différenciation tarifaires mises en œuvre par Orange et SFR étaient susceptibles de dégrader la situation concurrentielle des plus petits opérateurs en place, et notamment de Bouygues Télécom troisième opérateur du marché, et d'affaiblir leur

⁴⁶ Par exemple, le droit d'usage des bandes de fréquences est coûteux, comme l'ont montré les récentes procédures d'attribution dans les bandes 2,1 GHz puis 800 MHz et 2,6 GHz. Or, la possibilité d'utiliser des fréquences est essentielle pour écouler un trafic significatif et offrir des débits satisfaisants. Le déploiement des infrastructures de couverture et de capacité requiert également des investissements importants, dont la rentabilité n'est que de long terme.

capacité à animer la concurrence. Elles étaient donc de nature à maintenir un *statu quo* concurrentiel sur le marché de détail de la téléphonie mobile, au détriment des consommateurs.

532. Par ailleurs, l'ampleur du déficit financier lié à la nécessité, pour un nouvel entrant sur le marché, de commercialiser des offres d'abondance *cross net* afin de rivaliser avec les offres d'abondance *on net* des opérateurs en place Orange et SFR et de conquérir des clients risquait également de décourager l'entrée sur le marché de détail de la téléphonie mobile.
533. Ce phénomène d'élévation des coûts des concurrents a pu être observé sur le marché à la suite du lancement des offres d'abondance *on net* d'Orange et de SFR. La commercialisation des offres *cross net* « Neo » de Bouygues Télécom a en effet conduit à une élévation des charges de terminaison d'appel versées par cet opérateur à ses concurrents.
534. Les données communiquées par Bouygues Télécom relatives aux volumes de trafic *off net* générées par ses offres accessibles à la clientèle résidentielle permettent de donner un ordre de grandeur de l'augmentation des dépenses de terminaison d'appel liées à la commercialisation des offres « Neo »⁴⁷.
535. Le graphique ci-dessous retrace l'évolution du trafic *off net* résidentiel total de Bouygues Télécom :

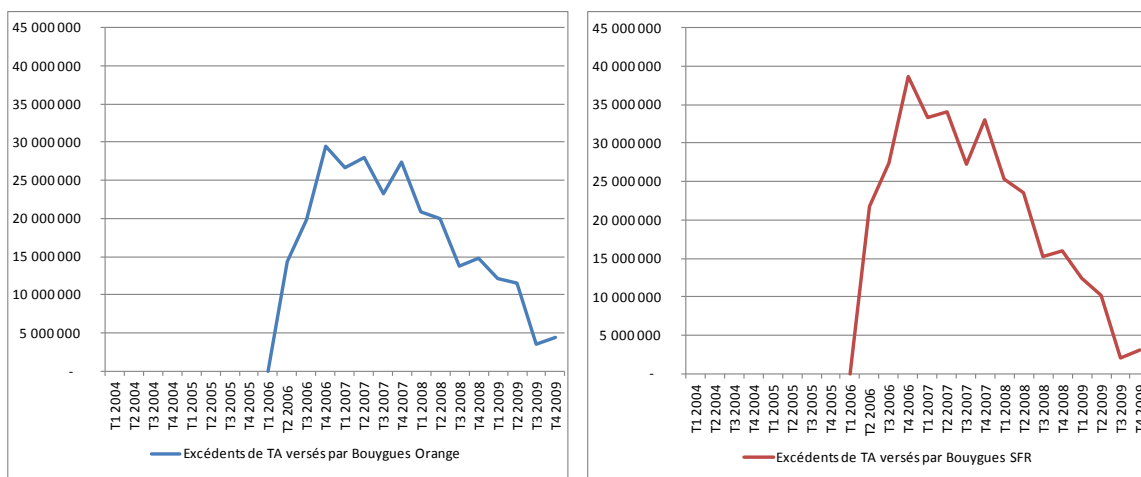


Source : données de Bouygues Télécom, calculs de l'Autorité

536. Il ressort de ces graphiques que la mise sur le marché des offres « Neo » a conduit à une augmentation sensible du trafic *off net* de Bouygues Télécom entre le second trimestre 2006 et la fin de l'année 2009, de près de 3,8 milliards de minutes vis-à-vis d'Orange et de près de 4,5 milliards de minutes vis-à-vis de SFR.

⁴⁷ Cote 45 037. L'opérateur précise qu'à l'exception des minutes *off net* issues de hériçons pirates, minutes qu'il n'est pas en mesure d'identifier, les volumes de trafic résidentiel communiqués ne comportent aucune minute issue de hériçons. L'opérateur n'a pas été en mesure de communiquer des chiffres trimestriels pour 2002 et 2003. Les graphiques sont donc établis sur la base d'une division par quatre des volumes annuels.

537. Compte tenu des charges de terminaison d'appel facturées par les opérateurs de téléphonie mobile, au cours de cette période, cette augmentation du trafic *off net* correspond à une augmentation des charges de terminaison d'appel versées à Orange de près de 270 millions d'euros et de 323 millions d'euros s'agissant des charges versées à SFR, soit près de 593 millions d'euros au total. Les graphiques ci-dessous retracent l'évolution des charges de terminaison d'appel versées par Bouygues Télécom à Orange et à SFR.



Source : données de Bouygues Télécom, calculs de l'Autorité

538. Il convient de souligner que l'augmentation des dépenses de terminaison d'appel ainsi mises en évidence n'est pas nécessairement attribuable dans son entier à la commercialisation des offres *on net* d'Orange et de SFR. Ainsi que le font valoir les entreprises mises en cause, elle est également susceptible de s'expliquer, pour partie, par la stratégie commerciale propre suivie par Bouygues Télécom. Dans sa décision du 24 juillet 2009 précitée, le Conseil d'Etat avait constaté en ce sens que le déficit du solde d'interconnexion de Bouygues Télécom n'était que partiellement subi, du fait de la nécessité de développer des offres d'abondance *cross net* en réplique aux offres d'abondance *on net* de ses concurrents, mais qu'il résultait également « *des choix effectués par cette société au sein du système de tarification existant* ».
539. Cependant, il est indéniable que l'élévation des coûts subis par Bouygues Télécom résulte pour partie de la mise en œuvre des pratiques litigieuses, dès lors qu'il était nécessaire pour cet opérateur d'y répliquer par la commercialisation d'une offre disposant d'une composante d'abondance *cross net*, de nature à augmenter son trafic *off net* sortant, et, partant, les charges de terminaison d'appel versées à Orange et SFR.
540. A cet égard, il convient également de rappeler qu'il n'appartient pas à l'Autorité de la concurrence d'évaluer le préjudice subi par un opérateur du fait de la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles par d'autres acteurs du marché. Conformément à la jurisprudence précitée, il lui appartient uniquement de démontrer l'existence d'un effet anticoncurrentiel, au moins potentiel, résultant des pratiques en cause.
541. Par ailleurs, ainsi qu'il a déjà été exposé, Orange et SFR ne peuvent utilement faire valoir que la détérioration du solde d'interconnexion de Bouygues Télécom aurait été partiellement compensée par la régulation sectorielle mise en place par l'ARCEP. En effet, le fait que l'action du régulateur sectoriel ait atténué les effets des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par Orange et SFR ne saurait les exonérer de leur responsabilité dans la commission des pratiques.

542. Au demeurant, cette compensation n'a été que partielle, la régulation sectorielle n'ayant compensé, dans un premier temps, que les asymétries de coûts entre les opérateurs, et non les asymétries de trafic. Ce n'est qu'à partir du 1^{er} janvier 2008 que le régulateur sectoriel a pris en compte la détérioration du solde d'interconnexion due à la commercialisation par Bouygues Télécom d'offres *cross net* en réplique aux offres *on net* d'Orange et de SFR (voir, sur ce point, la décision de l'ARCEP n° 07-0810 du 4 octobre 2007).

Sur la distorsion des flux de trafic au détriment des appels off net

♦ Arguments des parties

543. Outre les critiques méthodologiques relatives à l'évaluation de l'ampleur de la distorsion de flux de trafic dont l'Autorité a tenu compte dans le cadre des calculs exposés dans la partie constatations ci-dessus (points 224 et s. ci-dessus) France Télécom et Orange font valoir que le manque à gagner de Bouygues Télécom lié à la baisse de la terminaison d'appel entrante serait compensé par une baisse de terminaison d'appel sortante, du fait de la migration des clients concernés. SFR soutient, en s'appuyant sur une étude interne de 2006, que ses clients n'ont pas reporté leurs appels sortants *off net* à destination de Bouygues Télécom vers des appels *on net*. La baisse des revenus entrants de Bouygues Télécom ne serait pas imputable aux offres de SFR. Cette dernière fait en outre valoir que les offres d'abondance *on net* ont pour effet de libérer du temps disponible pour les appels *off net* dans la mesure où les appels *on net* illimités ne sont plus décomptés du forfait.
544. Bouygues Télécom soutient au contraire que la rétention de trafic sortant *off net* d'Orange et de SFR constitue, en elle-même un effet anticoncurrentiel des pratiques. Elle indique qu'Orange a reconnu, dans le cadre du contentieux devant le Conseil d'Etat contre la décision de l'ARCEP précitée n° 08-1176, que l'augmentation du trafic *on net* était une conséquence naturelle du développement des offres d'abondance *on net*. S'agissant de la « libération du forfait » permise par ces offres, celle-ci ne serait que temporaire du fait d'un effet de descente de gamme. Bouygues Télécom fait par ailleurs valoir que le manque à gagner financier résultant de la rétention de trafic *off net* affaiblit la capacité concurrentielle de l'opérateur qui en est victime. Elle évalue à 837 millions d'euros les recettes non perçues du fait de cette rétention, correspondant à près de 12 milliards de minutes entre 2005 et 2009.

♦ Appréciation de l'Autorité

- (i) La distorsion des flux de trafic est la conséquence de la mise en œuvre de pratiques de différenciation tarifaires entre appels *on net* et *off net*

545. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus (points 214 et s.), les flux d'appels *on net* d'Orange et de SFR ont sensiblement augmenté à partir de 2005, au détriment des flux d'appels *off net*. La distorsion des flux de trafic se traduit, pour ces deux opérateurs, par une rétention de trafic *off net* observée à partir de l'année 2005.
546. Contrairement à ce que soutiennent les parties, cette évolution est une conséquence de l'amplification de l'effet « tribu » résultant des pratiques de différenciation tarifaire mises en œuvre par Orange et SFR. Il est ainsi significatif qu'une telle évolution n'ait pas été observée dans le cas de Bouygues Télécom, qui, à l'inverse de ses deux concurrents, n'a que marginalement commercialisé des offres d'abondance *on net*.
547. La substitution observée de minutes *on net* à des minutes *off net* traduit le fait que les offres *on net*, générant un fort effet de club, conduisent les consommateurs à changer d'opérateur pour rejoindre celui de leurs proches. Les abonnés continuent ainsi à

communiquer avec leurs interlocuteurs proches, mais ces communications ne sont désormais plus *off net* mais *on net*. Il convient de préciser que cette substitution des appels *on net* aux appels *off net* et vers les fixes ne s'est naturellement pas faite dans un rapport de un pour un puisque les appels d'abondance *on net* n'étaient plus décomptés du forfait.

548. France Télécom et Orange reconnaissent d'ailleurs que les offres d'abondance *on net*, lancées dans le contexte de la sortie du régime du « *bill and keep* » qui s'est traduite par la facturation de charges de terminaison d'appel pour l'acheminement des appels *off net* par les opérateurs concurrents, répondent à une incitation objective et rationnelle des opérateurs de « *réduire leur trafic off net pour limiter les transferts financiers vers ses concurrents* » (p. 56 des observations au rapport). Elles sont donc particulièrement mal fondées à soutenir que les offres *on net* d'Orange n'ont pas pour effet de créer une distorsion de flux de trafic au détriment de ses concurrents.
549. De même, SFR n'est pas fondé à soutenir que les offres d'abondance *on net* ne seraient pas à l'origine d'une baisse du trafic *off net* au motif que ces offres permettent de libérer du temps disponible pour les appels *off net*, une partie des appels *on net* n'étant plus décomptée du forfait. Cette affirmation est en effet contredite par l'observation de l'évolution des flux de trafic *off net* de cet opérateur, présentée ci-dessus, qui fait nettement apparaître l'existence d'une telle baisse après le lancement des offres Essentiel en mars 2005. Par ailleurs, la « libération du forfait » invoquée par SFR ne saurait être que temporaire, dès lors que les abonnés, constatant qu'une part importante de leurs communications n'est plus décomptée de leur forfait, sont rationnellement incités à choisir un forfait disposant d'un temps de communication moins long, et, partant, moins coûteux. SFR indique d'ailleurs que la facture moyenne des clients de ses offres d'abondance *on net* aurait diminué, ce qui ne peut s'expliquer que par ce phénomène de descente en gamme.
550. Il ressort par ailleurs clairement des données de l'instruction que la distorsion des flux de trafic *on net* et *off net* est attribuable aux pratiques de différenciation tarifaire mises en œuvre par Orange et SFR.
551. En effet, les offres *on net* accroissent la concentration du trafic à l'intérieur des « tribus ». Ainsi, la structure des appels des clients des offres *on net* de SFR et d'Orange se distingue nettement de celle du parc global des abonnés de ces opérateurs et se caractérise par une intensification de la part du trafic à destination du principal interlocuteur de l'abonné. Ainsi, 52% du trafic sortant, en volume, des clients des offres SFR Essentiel sont destinés à leur premier interlocuteur, contre 42,8% pour le parc total des clients de cet opérateur. De même 46% du trafic sortant, en volume, des clients des offres d'abondance *on net* d'Orange sont destinés à leur principal interlocuteur, contre 41% pour le parc total des clients de cet opérateur. De manière générale, les trois numéros les plus appelés par les abonnés à une offre d'abondance *on net* concentrent davantage de trafic sortant que les trois numéros les plus appelés des abonnés moyens de ces opérateurs. Pour SFR, ces trois numéros représentent, en volume, 75,7% du trafic des abonnés aux offres *on net* contre 66,7% du trafic des abonnés moyens. Pour Orange, ils représentent 69% du trafic des abonnés aux offres *on net* contre 65% du trafic des abonnés moyens (points 232 et s.).
552. Par ailleurs, la part du trafic destiné aux trois numéros favoris, c'est-à-dire les trois numéros pouvant être appelés en illimité dans le cadre des offres d'abondance *on net* d'Orange et de SFR, a continué à augmenter entre 2008 et 2010 par rapport à la part du trafic vers les trois numéros les plus appelés pour l'ensemble du parc d'abonnés de ces deux opérateurs (point 236 ci-dessus). Bien que la période d'observation soit brève, il apparaît ainsi que, dans une structure de communications sortantes, et notamment de communications *on net* très stable, les correspondants privilégiés ont continué à se joindre

de plus en plus par le biais de leur option illimitée, en délaissant toujours davantage les autres types de communications, vers les téléphones fixes comme vers les opérateurs mobiles tiers.

(ii) La distorsion des flux de trafic *on net* / *off net* est de nature à générer un effet d'éviction au détriment des plus petits opérateurs

553. Ainsi que le font valoir France Télécom et Orange, la résiliation de son abonnement par le client d'un opérateur A pour rejoindre les membres de sa « tribu » abonnés auprès d'un opérateur B se traduit à la fois par la disparition des appels sortants émis par cet abonné à destination de clients d'autres opérateurs mais également par la disparition des appels entrants reçus par cet abonné émanant des réseaux d'opérateurs concurrents. Elle a donc pour résultat mécanique d'entraîner une diminution des recettes de terminaison d'appel encaissées par l'opérateur A sur ses appels *off net* entrants, mais aussi une baisse des charges de terminaison d'appel qui lui étaient facturées par l'opérateur B sur ses appels *off net* sortants.
554. Cependant, la baisse des versements de terminaison d'appel ne compense vraisemblablement pas entièrement la perte des recettes de terminaison d'appel liée à la migration des clients résultant de l'amplification artificielle de l'effet tribu. En effet, les souscripteurs des offres d'abondance *on net* qui attirent de nouveaux clients vers le réseau de leur opérateur (les « fondateurs de tribu » selon l'expression de SFR) appellent généralement davantage les membres de leur « tribu », et notamment ceux qui disposent d'un forfait d'entrée de gamme ou d'un forfait prépayé, qu'ils n'en reçoivent d'appels. C'est notamment ce qui a été décrit s'agissant des clients des offres « Mobicarte » et « Zap » d'Orange, qui recourent aux pratiques dites de rappel ou « *call back* », c'est-à-dire faisant en sorte (par SMS, ou en raccrochant après la première sonnerie) que l'interlocuteur que l'on cherche à joindre initie l'appel.
555. Ainsi, la distorsion des flux de trafic résultant de la commercialisation des offres d'abondance *on net* d'Orange et de SFR est bien de nature à se traduire par une dégradation du solde d'interconnexion des autres opérateurs⁴⁸. De la même manière que l'élévation des coûts résultant de la nécessité de répliquer par la commercialisation d'une offre avec une composante d'abondance *cross net*, cette perte de recettes est susceptible d'entraîner un affaiblissement du plus petit opérateur à animer la concurrence sur le marché.
556. Il convient par ailleurs de relever que, à supposer même que puisse être admis l'argument de France Télécom et d'Orange selon lequel la distorsion des flux de trafic *on net* et *off net* ne se traduirait pas nécessairement par une dégradation du solde d'interconnexion des concurrents, il n'en demeurerait pas moins que la rétention de trafic *off net* qui a été constatée sur le marché traduit la perte de clients subie par les concurrents d'Orange et de SFR du fait de la commercialisation de leurs offres d'abondance *on net*. Elle confirme donc que les pratiques mises en œuvre par ces opérateurs ont pour effet d'amplifier l'effet « tribu » existant naturellement sur le marché de détail de la téléphonie mobile en incitant les clients des autres opérateurs à rejoindre les autres membres de leur « tribu » auprès d'Orange ou de SFR.

⁴⁸ Le solde d'interconnexion d'un opérateur de téléphonie mobile désigne la différence entre les charges d'interconnexion payées aux concurrents, au titre du trafic sortant à destination de leurs réseaux respectifs, et les revenus d'interconnexion perçus auprès de ces concurrents, au titre du trafic entrant sur son propre réseau.

Conclusion sur l'élévation des coûts des concurrents

557. Il résulte de ce qui précède que les pratiques de différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* mises en œuvre par Orange et SFR ont eu pour effet d'élever les coûts de leurs concurrents, ce qui est de nature à affaiblir la pression concurrentielle susceptible d'être exercée par ces derniers sur le marché de détail de la téléphonie mobile.
558. Cette situation contraste avec les avantages que les opérateurs dominants retirent de leur stratégie. En effet, selon la littérature économique, et comme l'expliquent notamment Krattenmaker et Salop⁴⁹, pour apprécier l'impact sur la concurrence d'un comportement qui entraîne une élévation des coûts des concurrents, il faut s'intéresser aussi au gain que peut en retirer l'entreprise à l'origine de cette stratégie. En l'espèce, les avantages que retirent Orange et SFR de l'élévation des coûts des autres opérateurs de téléphonie mobile sont multiples.
559. Tout d'abord, les offres d'abondance *on net* entraînent un verrouillage de la clientèle en augmentant les coûts de changement d'opérateur de ces derniers (cf. supra, point 472 et s.). Les abonnés ayant ainsi une incitation plus forte à ne pas changer d'opérateur, les opérateurs qui commercialisent les offres d'abondance *on net* peuvent réduire les dépenses et efforts qu'ils consentent pour conserver leur clientèle. Cette situation contraste fortement avec celle des opérateurs concurrents qui, pour acquérir des clients, sont amenés à compenser, au moins partiellement, les coûts de sortie de leurs prospects, ce qui a pour conséquence directe d'augmenter leurs coûts d'acquisition et donc de limiter la pression concurrentielle qu'ils peuvent exercer sur le marché de détail.
560. Par ailleurs, il a été démontré précédemment que, pour proposer une offre attractive qui puisse efficacement concurrencer les offres d'abondance *on net* d'Orange et de SFR, les opérateurs de moindre taille devaient proposer une offre comprenant une composante d'abondance *cross net*. Or, une telle offre a nécessairement pour conséquence une augmentation du trafic *off net* sortant de l'opérateur qui la commercialise. Cela entraîne non seulement des surcoûts de terminaison d'appel pour cet opérateur, mais aussi un surcroît de recettes de terminaison d'appel pour les opérateurs de grande taille qui proposent une offre d'abondance *on net*.
561. Dès lors, il est manifeste que les offres d'abondance *on net* présentent plusieurs sources d'intérêt pour les opérateurs de grande taille qui les proposent : limiter la pression concurrentielle que peuvent exercer leurs compétiteurs, dont les coûts d'acquisition sont artificiellement renforcés et les soldes d'interconnexion dégradés, réduire leurs propres coûts, notamment de conservation de clients, et enfin augmenter leurs propres recettes, en particulier via l'augmentation des revenus de terminaison d'appel résultant des offres comportant une composante d'abondance *cross net* que doivent proposer les plus petits opérateurs pour concurrencer leurs offres.
562. Cette asymétrie entre les différents acteurs du marché illustre les déséquilibres concurrentiels qui résultent des pratiques décrites ci-dessus et les effets d'éviction qu'elles tendent à produire sur le marché de détail de la téléphonie mobile.

d) Sur les justifications objectives et les gains d'efficience

563. Il a déjà été exposé ci-dessus (point 421) que les pratiques de différenciation tarifaire mises en œuvre par Orange et SFR n'étaient pas objectivement justifiées par une différence entre

⁴⁹ Article précité, note 51.

le coût des appels *on net* et *off net*. Seront examinées ci-après les autres arguments invoqués par les entreprises mises en cause pour justifier leurs pratiques, relatifs à l'existence de gains d'efficacité allégués.

Arguments des parties

564. France Télécom, Orange et SFR soutiennent que les offres d'abondance *on net* sont bénéfiques pour les consommateurs dès lors qu'il en résulte un accroissement du temps de communication et qu'elles libèrent les usages *off net* du forfait. SFR fait valoir que les souscripteurs de ces offres ont vu leur facture baisser de 7 euros en moyenne, 80% des clients ayant migré vers ces offres ayant vu leur facture baisser. En outre, SFR soutient que ces offres ont conduit à l'établissement d'un nouveau standard du marché, à savoir des offres intégrant une composante d'abondance *cross net*.
565. Bouygues Télécom fait valoir au contraire qu'une baisse de prix ne constitue pas un gain d'efficacité au sens de la communication de la Commission européenne sur l'article 102 TFUE, que les offres en cause ne sont pas aussi attractives que le prétendent les mises en cause, et que le bilan concurrentiel de ces offres est négatif. Elle rappelle que l'analyse économique confirme que les offres d'abondance *cross net* sont moins restrictives pour la concurrence que les offres d'abondance *on net*.

Le droit applicable

566. L'entreprise dominante, mise en cause sur le fondement des articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce, peut faire valoir que ses pratiques sont économiquement justifiées. Dans ce cadre, il lui appartient de démontrer le bien-fondé d'une éventuelle justification objective et d'avancer, à cet égard, des arguments et des éléments de preuve convaincants (voir les arrêts de la Cour de justice du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04 P, Rec. p. I-2331, point 69 et du Tribunal du 9 septembre 2009, *Clearstream/Commission*, T-301/04, Rec. p. II- 3155, point 185). La Cour de justice précise ainsi qu'il appartient à l'entreprise occupant une position dominante de démontrer que les gains d'efficacité susceptibles de résulter du comportement considéré neutralisent les effets préjudiciables probables sur le jeu de la concurrence et les intérêts des consommateurs sur les marchés affectés, que ces gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce audit comportement, que ce dernier est indispensable à la réalisation de ceux-ci et qu'il n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle (arrêt du 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, C-209/10, non encore publié au Rec., point 42).
567. Dans sa communication du 24 février 2009 relative aux orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, qui constitue pour l'Autorité un guide d'analyse utile, la Commission européenne expose ainsi que l'entreprise peut « *démontrer soit que son comportement est objectivement nécessaire, soit qu'il produit des gains d'efficacité substantiels qui l'emportent sur les effets anticoncurrentiels produits sur les consommateurs. Dans ce contexte, la Commission examinera si le comportement en cause est indispensable et proportionné à l'objectif prétendument poursuivi par l'entreprise dominante* » (point 28). A cet effet, la Commission exige de l'entreprise dominante qu'elle démontre, avec un degré de probabilité suffisant et sur la base de preuves vérifiables, que les conditions cumulatives suivantes sont remplies : (i) les gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce au comportement considéré ; (ii) le comportement est indispensable à la réalisation des gains d'efficacité ; (iii) les gains d'efficacité susceptibles d'être produits l'emportent sur les effets préjudiciables sur la concurrence et le bien-être

des consommateurs et (iv) le comportement n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources de concurrence actuelle ou potentielle. S'agissant plus particulièrement de la deuxième condition relative au caractère indispensable du comportement à la réalisation des gains d'efficacité, la Commission précise qu'« *il ne doit pas y avoir d'autres pratiques moins anticoncurrentielles que le comportement considéré capables de produire les mêmes gains d'efficacité* » (point 30).

Appréciation de l'Autorité

568. En premier lieu, s'il est vrai que les offres d'abondance *on net* ont pu produire une certaine expansion des usages du forfait de téléphonie mobile au bénéfice des consommateurs en leur permettant d'appeler un petit nombre de proches de manière illimitée sans que ces communications ne soient décomptées de leur forfait, et, partant, sans coût supplémentaire – avantages dont l'existence et l'étendue ne sont cependant pas démontrées selon les exigences énoncées par la jurisprudence et précisées par la communication de la Commission européenne précitée –, la différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* n'était toutefois pas indispensable et proportionnée à l'objectif prétendument poursuivi.
569. En effet, la mise en œuvre d'autres pratiques tarifaires, et notamment le lancement d'offres d'abondance *cross net*, était susceptible de produire les mêmes effets bénéfiques pour les consommateurs sans emporter les effets anticoncurrentiels qui résultent des offres d'abondance *on net*.
570. Ainsi, si SFR fait valoir que la souscription à une offre *on net* a permis de faire baisser le prix de la facture de ses abonnés, économie liée, ainsi qu'il a été exposé plus haut, au phénomène de descente en gamme, il était tout à fait loisible pour l'opérateur d'accorder à ses clients une baisse de facture équivalente sans appliquer une différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net*, au moyen d'offres comportant une composante d'abondance *cross net*. Ceci est également vrai pour Orange.
571. Au demeurant, il convient également de relever que les entreprises mises en cause n'ont nullement démontré, ni même allégué, que les gains évoqués l'emporteraient sur les effets préjudiciables des offres d'abondance *on net* sur la concurrence et le bien-être des consommateurs.
572. L'étude économique précitée de N. Curien sur la différenciation tarifaire *on net / off net* parue le 4 juin 2012, invoquée par Bouygues Télécom, confirme cette analyse. Il résulte en effet de celle-ci que « *des baisses tarifaires all-net (en on-net et en off-net), simultanément pratiquées par tous les opérateurs, augmentent davantage le bien-être collectif, c'est-à-dire la somme des profits des opérateurs et des surplus des consommateurs, que des baisses simultanées d'amplitude équivalente, mais restreintes à la seule direction du trafic on-net* ». En ce qui concerne plus particulièrement le marché français en 2004, l'étude conclut que « *si les trois opérateurs avaient pratiqué des baisses all-net, l'accroissement du surplus collectif aurait été supérieur d'environ 70%, au bénéfice de tous les acteurs du marché, en particulier les clients du plus petit opérateur* ».
573. Ainsi, la pratique de différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* n'était pas indispensable à la réalisation des gains d'efficacité invoqués, relatifs à l'amélioration du contenu et à la baisse du coût des offres de téléphonie mobile à destination des consommateurs, dont il n'est en tout état de cause pas démontré qu'ils neutraliseraient les effets anticoncurrentiels résultant d'une telle pratique.
574. En second lieu, s'agissant de l'argument de SFR relatif à l'établissement d'un nouveau standard du marché, l'entreprise ne démontre en rien que la commercialisation d'offres

d'abondance *on net* devait nécessairement précéder celle d'offres d'abondance *cross net*. Au contraire, les offres *cross net*, plus avantageuses pour les consommateurs, auraient pu se généraliser bien plus tôt dans un contexte d'équilibre des trafics entre les opérateurs. L'entreprise a préféré développer des offres *on net* qui ont, ainsi qu'il a été exposé plus haut, créé une distorsion entre les flux de trafic *on net* et *off net*, de nature à élever le coût de la commercialisation des offres *cross net*, et ont exposé l'opérateur les commercialisant à subir un déficit d'interconnexion structurel. Dans ces conditions, les gains d'efficacité invoqués ne sauraient être considérés comme ayant été réalisés grâce aux pratiques tarifaires en litige.

575. Il résulte de ce qui précède que les mises en cause ne démontrent pas que les pratiques de différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* qu'elles ont mises en œuvre étaient objectivement justifiées ou produisaient des gains d'efficacité substantiels neutralisant les effets anticoncurrentiels en résultant.

e) Sur le lien entre les positions dominantes d'Orange et SFR et le caractère abusif des pratiques

Arguments des parties

576. France Télécom et Orange font valoir qu'il appartient à l'Autorité de prouver un lien de causalité entre la position dominante et les pratiques reprochées, cette exigence étant particulièrement forte lorsque, comme en l'espèce, la pratique abusive est mise en œuvre sur un autre marché que le marché dominé. Elles soutiennent que ce lien n'est pas établi en l'espèce dès lors que les tarifs pratiqués par Orange sur le marché de détail lui permettent, une fois sa propre terminaison d'appel intégrée dans ses coûts, de réaliser une marge importante. La différenciation tarifaire ne trouverait donc pas son origine dans la position dominante d'Orange sur le marché de gros. Elles font valoir subsidiairement que la situation dénoncée ne résulte pas du monopole d'Orange sur les services de terminaison d'appel sur son réseau mais de la juxtaposition des monopoles des concurrents sur le marché, aucun opérateur n'ayant intérêt à baisser le niveau de sa charge de terminaison d'appel sous le plafond fixé par l'ARCEP.
577. Bouygues Télécom soutient au contraire qu'il existe une connexité naturelle et étroite entre le marché de gros de la terminaison d'appel et le marché de détail de la téléphonie mobile. Elle fait valoir que c'est parce que les opérateurs sont en monopole sur leur terminaison d'appel et qu'ils ont la capacité de fixer leur tarif de gros à un niveau supérieur à leurs coûts réels qu'ils peuvent mettre en œuvre des offres *on net* internalisant la marge générée sur le marché de la terminaison d'appel et leur évitant de verser des charges de terminaison d'appel à leurs concurrents.

Le droit applicable

578. Ainsi que l'expose la Cour de justice, peuvent être qualifiés d'abusifs certains comportements sur des marchés autres que les marchés dominés et qui ont des effets soit sur ces derniers, soit sur les marchés non dominés eux-mêmes. En effet, si l'application de l'article 102 TFUE présuppose l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif, qui n'est normalement pas présent lorsqu'un comportement sur un marché distinct du marché dominé produit des effets sur ce même marché, il n'en demeure pas moins que, s'agissant de marchés distincts, mais connexes, des circonstances particulières peuvent justifier une application de l'article 102 TFUE à un comportement constaté sur le marché connexe, non dominé, et produisant des effets sur ce

même marché (arrêt TeliaSonera, précité, points 84 à 86 ; voir également les arrêts du 3 octobre 1985, CBEM, 311/84, Rec. p. 3261, point 26, et Tetra Pak/Commission, C-333/94 P, Rec. p. I-5951, points 24 à 27). La Cour de cassation a fait application de cette jurisprudence dans son arrêt Glaxosmithkline du 17 mars 2009 (E 08-14.503).

579. La Cour de justice a jugé que de telles circonstances particulières peuvent exister lorsque les comportements d'une entreprise verticalement intégrée en position dominante sur un marché en amont consistent à essayer d'évincer les concurrents au moins aussi efficaces sur le marché en aval, notamment par la compression des marges de ceux-ci. De tels comportements sont en effet susceptibles, en raison notamment des liens étroits entre les marchés concernés, d'avoir pour effet d'affaiblir la concurrence sur le marché en aval. Au demeurant, dans une telle situation, en l'absence de toute autre justification économique objective, de tels comportements ne peuvent s'expliquer que par l'intention de l'entreprise dominante d'empêcher le développement de la concurrence sur le marché en aval et de renforcer sa position, ou même de conquérir une position dominante, sur celui-ci par le recours à des moyens différents de ses mérites propres (arrêt TeliaSonera précité, points 87-88).

Appréciation par l'Autorité

580. Contrairement à ce que laissent entendre France Télécom et Orange, la démonstration d'un abus de position dominante résultant de la mise en œuvre de pratiques de différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* n'est nullement subordonnée à la détention d'une position dominante à la fois sur le marché amont de la terminaison d'appel vocal mobile et sur le marché aval des services de détail. Conformément à la jurisprudence exposée ci-dessus, il suffit de démontrer l'existence de liens étroits entre les marchés en cause et de circonstances particulières justifiant l'application des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE.
581. En premier lieu, en ce qui concerne la connexité des marchés en cause, la terminaison d'appel constitue, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, une prestation technique intermédiaire nécessaire à la réalisation d'un appel depuis le réseau de l'appelant vers le réseau de l'appelé. Les marchés amont de la terminaison d'appel vocal mobile sur le réseau des opérateurs intégrés et le marché de détail de la téléphonie mobile accessible à une clientèle résidentielle constituent donc des marchés connexes, au sens de la jurisprudence précitée. La cour d'appel de Paris a jugé en ce sens que les marchés amont de terminaison d'appel d'Orange, SFR et Bouygues Télécom et le marché aval des services d'acheminement du trafic « fixe vers mobile » des entreprises constituaient des marchés connexes (arrêt du 27 janvier 2011, Société française du radiotéléphone – SFR SA, 2010/08945, p. 11).
582. En second lieu, il existe au cas d'espèce des circonstances particulières justifiant l'application des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE.
583. En effet, Orange et SFR sont toutes deux des entreprises verticalement intégrées opérant sur le marché de détail de la téléphonie mobile. Elles détiennent une position de monopole sur les marchés amont de leurs terminaisons d'appel respectives. Cette situation permet aux opérateurs de facturer aux autres opérateurs un prix de terminaison d'appel supra-concurrentiel en s'alignant sur les tarifs maximum fixés par l'ARCEP, qui étaient, au cours de la période en cause, significativement supérieurs aux coûts réels encourus par les opérateurs pour fournir la prestation de terminaison d'appel.
584. S'il existait des prestations substituables à la terminaison d'appel, remplaçant les opérateurs dans une situation de concurrence en amont, les prix de terminaison d'appel convergeraient au contraire vers les coûts, de sorte qu'il n'y aurait aucune possibilité pour les opérateurs

de pratiquer vis-à-vis de leurs concurrents des prix significativement et durablement supérieurs aux coûts encourus. Dans cette situation, les opérateurs de petite taille pourraient commercialiser des offres d'abondance *cross net* en supportant des coûts de terminaison d'appel limités, proches des coûts encourus en interne pour terminer les appels *on net*. Les opérateurs de plus grande taille n'auraient alors pas intérêt à commercialiser des offres d'abondance *on net* car ces offres seraient moins attractives, toutes choses égales par ailleurs, que celles des opérateurs de petite taille qui pratiqueraient des offres d'abondance *cross net*.

585. Ainsi, en l'absence de position dominante en amont, qui permet aux opérateurs de facturer un prix de terminaison d'appel supra-concurrentiel, les pratiques en cause ne seraient pas susceptibles d'élever significativement les coûts des concurrentes de plus petite taille ni d'entraîner un effet d'éviction sur le marché de détail. C'est donc en raison de la position dominante détenue par Orange et SFR sur le marché de la terminaison d'appel, combinée à leurs parts de marché significatives sur le marché de détail de la téléphonie mobile, que les pratiques de différenciation tarifaire mises en œuvre par ces opérateurs sont susceptibles d'affaiblir la concurrence sur le marché de détail en évinçant ou en affaiblissant les concurrents au moins aussi efficaces sur ce marché.
586. Par conséquent, le caractère abusif de la pratique de différenciation tarifaire mise en œuvre par Orange et SFR sur le marché de détail de la téléphonie mobile ne dépend pas, contrairement à ce que soutiennent les parties mises en cause, de l'existence d'une position dominante de ces entreprises sur ce dernier marché. La capacité à mettre en œuvre de telles pratiques d'éviction découle uniquement de la situation de monopole que détient l'opérateur sur la prestation de terminaison des appels sur son réseau, associée à une part de marché significative sur le marché de détail.
587. La détention d'une position dominante sur le marché de détail, comme c'était le cas dans la décision n° 09-D-36 précitée, est uniquement de nature à aggraver les effets d'une pratique de différenciation abusive, celle-ci étant alors susceptible de conduire à un renforcement de la position dominante de l'opérateur en aval. Ainsi que l'avait souligné l'Autorité dans cette décision : *« la circonstance que [l'] opérateur détient également une position dominante sur le marché aval – celui de la fourniture des services aux consommateurs finaux – est de nature à renforcer les effets de cet abus : la différenciation tarifaire peut aussi être l'un des leviers d'une stratégie visant à évincer ou discipliner les concurrents sur le marché aval, d'autant plus efficacement que cette position est forte »* (point 336).
588. Il résulte de ce qui précède que le lien entre les pratiques de différenciation tarifaire mises en œuvre par Orange et SFR sur le marché de détail de la téléphonie mobile et la position dominante détenues par ces opérateurs sur les marchés amont de leurs terminaisons d'appels respectives est établi.

f) Conclusion sur l'abus de position dominante

589. Il résulte de tout ce qui précède que les pratiques de différenciation entre appels *on net* et *off net* mises en œuvre par Orange et SFR au travers de la commercialisation d'offres d'abondance *on net* constituent des abus de la position dominante détenue par ces opérateurs sur les marchés de leurs terminaisons d'appel respectives, contraires aux dispositions des articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce.
590. Ces pratiques ont été mises en œuvre à partir de mars 2005 s'agissant de SFR, et avril 2005 s'agissant d'Orange, dates auxquelles les offres d'abondance *on net* ont été respectivement commercialisées par les deux opérateurs. Elles étaient encore en cours à la date de la

notification de griefs du 5 août 2011, dès lors que les offres d'abondance *on net* visées par la notification de griefs comptaient encore des abonnés à cette date.

591. Ces pratiques sont de nature à porter atteinte au jeu de la concurrence sur le marché de détail de la téléphonie mobile, en ce qu'elles tendent à renforcer plusieurs effets de club à l'œuvre sur ce marché. En effet, elles amplifient l'effet « tribu », correspondant à la propension des proches à se regrouper auprès d'un même opérateur, et, une fois celles-ci constituées, verrouillent les tribus auprès de cet opérateur. Ceci a pour effet de restreindre la fluidité du marché en entravant les changements entre les opérateurs en place et d'élever des barrières à l'entrée de nouveaux concurrents. Par ailleurs, les offres d'abondance *on net* tendent à renforcer l'effet de « réseau » lié à la taille du parc d'abonnés des opérateurs, obligeant les concurrents de petite taille à répliquer au moyen d'offres comportant une composante d'abondance *cross net*. Or, les offres *cross net* entraînent une dégradation du solde d'interconnexion des petits opérateurs, ce qui a pour effet d'élever leurs coûts et d'affaiblir leur capacité à animer la concurrence sur le marché.
592. Les entreprises mises en cause n'ont par ailleurs pas démontré que ces pratiques étaient objectivement justifiées ou indispensables à la réalisation de gains d'efficacité l'emportant sur leurs effets anticoncurrentiels et retransmis aux consommateurs.

3. SUR LES GRIEFS DE CISEAU TARIFAIRE

593. Par lettre en date du 13 mars 2008, les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence ont notifié à France Télécom et Orange ainsi qu'à SFR des griefs d'abus des positions dominantes détenues par ces opérateurs sur les marchés de la terminaison des appels sur leurs réseaux mobiles respectifs, contraires aux articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE. Ces griefs recouvrent les pratiques tarifaires mises en œuvre par Orange, d'une part, pour les gammes « Orange Classique » entre février 2006 et juin 2007 et « M6 Mobile by Orange » entre juin 2005 et juin 2007 et par SFR, d'autre part, pour la gamme « SFR Essentiel » entre mai 2005 et juin 2007.
594. Les griefs notifiés le 13 mars 2008 portent donc sur une partie seulement des offres qui viennent d'être analysées, et visent des pratiques d'une durée inférieure à la période couverte par la notification de griefs du 5 août 2011. Dès lors que ces faits ont déjà été qualifiés au regard des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE, il est inutile de rechercher s'ils peuvent recevoir une seconde qualification au titre des mêmes dispositions.
595. Il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de retenir les griefs notifiés le 13 mars 2008 à l'encontre des sociétés France Télécom, Orange et SFR.

D. SUR L'IMPUTABILITÉ DES PRATIQUES EN CAUSE

a) Rappel des principes

596. Il résulte d'une jurisprudence constante que les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE visent les infractions commises par des entreprises.

597. La jurisprudence a précisé que la notion d'entreprise doit être comprise comme désignant une unité économique, même si, du point de vue juridique, celle-ci est constituée de plusieurs personnes physiques ou morales. C'est cette entité économique qui doit, lorsqu'elle enfreint les règles de concurrence, répondre de cette infraction, conformément au principe de responsabilité personnelle (voir, notamment les arrêts de la Cour de justice du 10 septembre 2009, *Akzo Nobel e.a./Commission*, C-97/08 P, et de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, *Lacroix Signalisation e.a.*, n° 2011/01228, p. 18 et 20).
598. Ainsi, au sein d'un groupe de sociétés, le comportement d'une filiale peut être imputé à la société mère notamment lorsque, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, cette filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché, mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société mère, eu égard en particulier aux liens économiques, organisationnels et juridiques qui unissent ces deux entités juridiques (arrêts *Akzo Nobel e.a./Commission*, précité, point 58, et *Lacroix Signalisation e.a.*, précité, pp. 18 et 19).
599. Dans le cas particulier où une société mère détient, directement ou indirectement par le biais d'une société interposée, la totalité ou la quasi-totalité du capital de sa filiale auteur d'un comportement infractionnel, il existe une présomption selon laquelle cette société mère exerce une influence déterminante sur le comportement de sa filiale. Dans cette hypothèse, il suffit pour l'autorité de concurrence de rapporter la preuve de cette détention capitalistique pour imputer le comportement de la filiale auteur des pratiques à la société mère. Il est possible à la société mère de renverser cette présomption en apportant des éléments de preuve susceptibles de démontrer que sa filiale détermine de façon autonome sa ligne d'action sur le marché. Si la présomption n'est pas renversée, l'Autorité de concurrence sera en mesure de tenir la société mère pour solidairement responsable pour le paiement de la sanction infligée à sa filiale (*Akzo Nobel e.a./Commission*, précité, points 60 et 61, et *Lacroix Signalisation e.a.*, précité, p. 19-20).

b) Application en l'espèce

600. Le grief d'abus de différenciation tarifaire a été notifié aux sociétés Orange France, en tant qu'auteur des pratiques, et France Télécom, en sa qualité de société mère. Au cours de la période en litige, Orange France était la filiale à 100% d'Orange SA, elle-même détenue à 100% par la société France Télécom.
601. En vertu des règles d'imputabilité exposées plus haut, il convient d'imputer les pratiques à la société Orange France en tant qu'auteur des pratiques ainsi qu'à la société France Télécom en sa qualité de société mère pour le comportement infractionnel de sa filiale. Sur ce dernier point, France Télécom n'a pas contesté sa responsabilité ni, partant, fait valoir d'arguments visant à renverser la présomption d'imputabilité rappelée ci-dessus.

E. SUR LES SANCTIONS

602. Le I de l'article L. 464-2 du code de commerce et l'article 5 du règlement n° 1/2003 habilite l'Autorité à imposer des sanctions pécuniaires aux entreprises et aux organismes qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles interdites par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ainsi que 101 et 102 TFUE.

603. Aux termes du quatrième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce « (s)i le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante ».
604. Par ailleurs, le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que « les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation individuelle de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le (titre VI du livre IV du code de commerce). Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction ».
605. En l'espèce, l'Autorité appréciera ces critères légaux selon les modalités pratiques décrites dans son communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.
606. France Télécom, Orange et SFR ont été mis en mesure de formuler des observations sur les principaux éléments de droit et de fait du dossier susceptibles, selon les services d'instruction, d'influer sur la détermination de la sanction pouvant lui être imposée. La présentation de ces différents éléments par les services d'instruction ne préjuge pas de l'appréciation du collège sur les déterminants de la sanction, qui relève de sa seule délibération.

1. SUR LA VALEUR DES VENTES

607. Le montant pertinent de la valeur des ventes réalisées par chacune des entreprises mises en cause des services en relation avec les infractions commises pourra être utilement retenu comme assiette de leurs sanctions respectives.
608. Certes, le code de commerce, en ne se référant pas au chiffre d'affaires lié au secteur ou au marché en cause, mais uniquement au chiffre d'affaires mondial consolidé ou combiné, n'impose pas à l'Autorité de procéder de la sorte (arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1997, Société française de transports Gondrand frères, n° 95-16378). Pour autant, ce paramètre constitue généralement une référence appropriée et objective permettant de proportionner au cas par cas l'assiette de la sanction à la réalité économique de l'infraction en cause, et plus précisément à son ampleur ainsi qu'au poids relatif sur le secteur concerné de chacune des entreprises qui y a participé (voir, en ce sens, arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, Entreprise H. Chevalier Nord e.a., n° 2011/03298, p. 72 ; voir également arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, pp. 37 et 38), comme cela ressort aussi de la jurisprudence constante des juridictions de l'Union (arrêts de la Cour de justice du 7 juin 1983, Musique diffusion française/Commission, 100/80, Rec. p. 1825, points 119 à 121, du 3 septembre 2009, Papierfabrik August Koehler e.a./Commission, C-322/07 P, C-327/07 P et C-338/07 P, Rec. p. I-7191, point 114).
609. Le marché de détail retenu au cas d'espèce est celui des services de téléphonie mobile à destination d'une clientèle résidentielle en France métropolitaine (point 376 ci-dessus),

dans la mesure où c'est sur ce marché qu'ont été appréhendés les effets actuels ou potentiels des pratiques faisant l'objet de la notification des griefs. Toutefois, ne sont concernées par les pratiques mises en cause que les offres d'abondance *on net* commercialisées par Orange et SFR au cours de la période. En outre, une partie de ces offres est en réalité souscrite par une clientèle professionnelle et n'a donc pas à être incluse dans les ventes affectées. Pour chacune des deux entreprises mises en cause, ne seront donc prises en considération que les ventes des offres d'abondance *on net* réalisées auprès de la clientèle des particuliers.

610. Les données présentes au dossier ne permettent pas de déterminer avec certitude la part des ventes issues de la commercialisation des offres d'abondance *on net* auprès de la clientèle résidentielle dans le chiffre d'affaires total issu de la commercialisation des offres en cause. Dans ces conditions et au vu des éléments communiqués par Orange, il sera appliqué un abattement, favorable aux parties, de 20% sur la valeur des ventes de l'ensemble des offres en cause, à l'exception des offres d'Orange et de SFR labellisées « Pro », pour lesquelles l'abattement sera porté à 50% du chiffre d'affaires issu de la commercialisation des offres en cause.
611. Par ailleurs, le dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction ne constitue manifestement pas une référence représentative au cas d'espèce, dès lors que les offres d'abondance *on net* en litige ont cessé d'être commercialisées par SFR en mars 2008 et par Orange en avril 2008. Si certains abonnés ont conservé l'offre souscrite, le montant de la valeur des ventes résultant de ces abonnements a significativement chuté par rapport aux années 2006 à 2008, correspondant à la période pendant laquelle ces offres constituaient le standard du marché.
612. Dans ces circonstances, sera retenue la moyenne de la valeur des ventes réalisées par chacune des entreprises en cause au cours des années 2006 et 2007, qui correspondent aux exercices comptables complets de la période de commission des pratiques pendant laquelle les offres d'abondance *on net* constituaient le standard du marché.
613. Au vu des considérations qui précèdent, le tableau ci-dessous récapitule les valeurs des ventes servant d'assiette à la sanction individuelle de chacune des entreprises en cause :

Valeur des ventes (en euros)

Entreprise	Valeur des ventes
Orange	1 423 266 000
SFR	1 194 700 000

2. SUR LA DÉTERMINATION DU MONTANT DE BASE

614. En application du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, le montant de base de la sanction imposée à chacune des entreprises en cause sera déterminé en fonction de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, critères qui se rapportent tous deux aux pratiques constatées. Les appréciations de l'Autorité à cet égard trouveront une traduction chiffrée dans le choix d'une proportion de la valeur des ventes retenue pour chaque entreprise en cause, démarche qui, comme indiqué plus haut, permettra de proportionner l'assiette de la sanction à la réalité économique des infractions, d'une part, et au poids relatif sur le secteur concerné de chacun des participants, d'autre

part. L'Autorité procèdera ensuite à l'appréciation de la situation de chaque entreprise et sa contribution personnelle aux pratiques (arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, précité, p. 68).

615. La durée des pratiques, qui constitue un facteur pertinent pour apprécier tant la gravité des faits (arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, Orange France, n° 11-22144) que l'importance du dommage causé à l'économie (arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2011, Lafarge ciments e.a., n° 10-17482 et 10-17791), fera l'objet d'une prise en compte sous ces deux angles selon les modalités pratiques décrites dans le communiqué du 16 mai 2011 précité.

a) Sur la proportion de la valeur des ventes

Sur la gravité des faits

Arguments des parties

616. France Télécom et Orange soutiennent que les pratiques ne seraient pas graves en soi dès lors qu'elles ne relèvent pas de la catégorie des pratiques par nature injustifiables. Elles prétendent qu'il ne pourrait être estimé que les pratiques créent une dynamique d'exclusion sans que ne soit démontré leur impact concret sur l'intensité de la concurrence. Elles invoquent, par ailleurs, l'absence de précédent et le caractère bénéfique des offres en cause pour le consommateur.
617. SFR indique que sa position dominante sur le marché amont de la terminaison d'appel résulte d'une définition très constructive du marché concerné. Elle fait valoir qu'aucun élément du dossier ne permet de penser qu'elle aurait recherché un quelconque effet anticoncurrentiel en commercialisant les offres en cause. Elle soutient que les pratiques sont intervenues sur un marché dynamique et concurrentiel et qu'aucun affaiblissement de Bouygues Télécom ne leur serait imputable.

Appréciation de l'Autorité

618. L'Autorité apprécie la gravité des faits de façon objective et concrète, au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce. La nature concrète des infractions en cause et la nature des produits concernés seront ici prises en compte. Ces éléments étant communs aux deux infractions commises respectivement par l'entreprise formée par Orange France et France Télécom, d'une part, et par SFR, d'autre part, elles feront l'objet d'une analyse unique.
619. S'agissant tout d'abord de la nature des infractions en cause, appréhendées dans le contexte concret dans lequel elles sont intervenues, les pratiques de différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* mises en œuvre par Orange et SFR étaient, ainsi qu'il a été exposé dans les développements relatifs à la qualification des pratiques, de nature à limiter la fluidité du marché de détail de la téléphonie mobile et à élever les coûts des concurrents, affaiblissant ainsi la concurrence émanant des opérateurs de plus petite taille et renforçant les barrières à l'entrée sur le marché. Elles étaient susceptibles d'exposer, à terme, les plus petits opérateurs à une éviction du marché.
620. Il convient toutefois de souligner que les pratiques de différenciation tarifaire n'ont pas nécessairement pour effet d'empêcher les concurrentes des entreprises en cause de proposer leurs services de manière rentable. Tout en revêtant un caractère de gravité certain, elles se distinguent donc de pratiques d'exclusion emportant un effet mécanique et automatique d'exclusion des concurrents, qui sont traditionnellement qualifiées par les

autorités de concurrence et par les juridictions européenne et nationale de graves, voire très graves lorsqu'elles sont mises en œuvre par une entreprise en situation de quasi-monopole (voir, s'agissant de pratiques de compression des marges aboutissant à la constatation d'une marge négative, les décisions précitées de la Commission européenne du 21 mai 2003, confirmée par les arrêts précités du Tribunal de l'Union du 10 avril 2008, *Deutsche Telekom/Commission*, point 310 et de la Cour de justice du 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom/Commission*, point 275, et du 4 juillet 2007, confirmée par l'arrêt précité du Tribunal de l'Union du 29 mars 2012, *Telefonica SA/Commission*, points 382 et s., ainsi que la décision de l'Autorité de la concurrence n° 09-D-36 précitée, point 448).

621. S'agissant ensuite de la nature des produits concernés, il convient de relever que, compte tenu du taux de pénétration des téléphones mobiles en France métropolitaine au cours de la période en cause, qui est passé de 70% en 2005 à près de 100% en 2010 (voir point 51 ci-dessus), ces produits, sans être des biens de première nécessité, sont devenus des produits d'usage courant. Au cours de la période considérée, c'est-à-dire depuis 2005 et jusqu'à ce jour, les services de téléphonie mobile représentaient ainsi une dépense quasi contrainte dans le budget des ménages. Cet élément est de nature à renforcer la gravité concrète des infractions commises.
622. Les arguments invoqués par les mises en cause pour nier la gravité de leurs pratiques ne sont pas de nature à remettre en cause ces appréciations.
623. En premier lieu, France Télécom et Orange ne peuvent valablement se prévaloir d'une absence de précédent en matière de différenciation tarifaire. En effet, le Conseil de la concurrence avait affirmé dès 2002 qu'une pratique de différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* était susceptible d'être constitutive d'un abus de position dominante contraire aux dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 CE, devenu 102 TFUE (décision n° 02-D-69 du 26 novembre 2002 précitée). Cette analyse a été constamment confirmée par la suite, notamment dans le cadre de la décision n° 04-MC-02 du 9 décembre 2004 précitée, prise au stade des mesures conservatoires, et entièrement confirmée par l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 janvier 2005, intervenu quelques semaines avant le lancement des offres d'abondance *on net* en litige.
624. En deuxième lieu, contrairement à ce que soutiennent les entreprises mises en cause, l'analyse des effets concrets des pratiques ne relève pas de l'appréciation de la gravité des faits, mais de celle de l'importance du dommage causé à l'économie, dont elle ne constitue du reste qu'une composante.
625. En troisième lieu, France Télécom et Orange ne sont pas fondées à soutenir que les pratiques seraient bénéfiques pour le consommateur dès lors que, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus (points 568 et s.), il n'a pas été démontré qu'elles seraient objectivement justifiées ou qu'elles produiraient des gains d'efficacité substantiels neutralisant les effets anticoncurrentiels en résultant.
626. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, les pratiques de différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* mises en œuvre par Orange et SFR peuvent être regardées comme revêtant un caractère certain de gravité, même si elles sont moins graves que des pratiques conduisant à l'exclusion mécanique des concurrents du marché.

Sur l'importance du dommage causé à l'économie

Arguments des parties

627. France Télécom et Orange font valoir qu'il ne peut être considéré que l'ensemble du marché résidentiel métropolitain a été affecté dès lors que les offres prépayées, les forfaits bloqués et l'ensemble des forfaits n'incluant pas d'abondance *on net* n'étaient pas concernés par les pratiques. SFR fait valoir pour sa part que le marché affecté par les pratiques est bien le marché de détail de la téléphonie mobile accessible à une clientèle résidentielle.
628. Par ailleurs, selon France Télécom et Orange, aucun dommage à l'économie ne pourrait être démontré compte tenu de la croissance des parts de marché des opérateurs concurrents, de l'absence d'effet de conquête et de verrouillage des offres en cause, de l'absence d'affaiblissement de la situation concurrentielle de Bouygues Télécom. Elles soutiennent que la régulation asymétrique des tarifs de terminaison d'appel par l'ARCEP a compensé les effets pour cet opérateur des offres d'abondance *on net* en litige. SFR allègue pour sa part que les offres en cause auraient induit une dynamique concurrentielle en donnant naissance à des produits plus performants, avec la commercialisation des offres *cross net*. Elle fait valoir qu'il n'est pas démontré qu'elles auraient privé Bouygues Télécom de ressources et qu'il convient également de tenir compte des effets positifs des pratiques pour les consommateurs, et notamment de la réduction de la facture mensuelle des abonnés.
629. Bouygues Télécom soutient au contraire que l'importance du dommage à l'économie résulte de l'ampleur des infractions, les offres concernées constituant le cœur de gamme des opérateurs en cause et ayant affecté les segments du marché des offres postpayées comme des offres prépayées. Elle indique que les parts de marché cumulées des deux opérateurs atteignaient 80% au cours de la période en litige. Elle indique par ailleurs que la taille du marché affecté est particulièrement importante, le volume des services d'interconnexion atteignant 53,9 milliards de minutes, soit 2,1 milliards d'euros au quatrième trimestre 2011, le parc d'abonnés étant quant à lui passé de 48 millions en 2005 à 68,5 millions de clients en 2011 et les revenus des services mobile de 4,1 milliards à 4,7 milliards d'euros au cours de la même période. Elle soutient que les offres en cause ont eu un effet important sur l'acquisition et la fidélisation des clients, qu'elles ont conduit à un affaiblissement sensible et irréversible de sa situation concurrentielle et qu'elles ont constitué des freins au dynamisme et à l'innovation sur le marché.

Appréciation de l'Autorité

630. Le critère légal de l'importance du dommage causé à l'économie ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes des pratiques en cause, mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale qu'elles sont de nature à engendrer pour l'économie (voir, par exemple, arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 octobre 2008, SNEF, n° 2007/18040, p. 4).
631. L'Autorité, qui n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause (arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, Orange France, n° 2010/12049, p. 5, qui a fait l'objet d'un pourvoi rejeté par arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité, et du 26 janvier 2012, Beauté Prestige International e.a., n° 2012/23945, p. 89). L'existence du dommage à l'économie ne saurait

donc être présumée (arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2010, Orange France e.a., n° 09-12984, 09-13163 et 09-65940).

632. En se fondant sur une jurisprudence établie, l'Autorité tient notamment compte, pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, de l'ampleur de l'infraction, telle que caractérisée, entre autres, par sa couverture géographique ou par la part de marché cumulée des participants sur le secteur ou le marché concerné, de sa durée, de ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que des caractéristiques économiques pertinentes du secteur ou du marché concerné (voir, par exemple, arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, précité, p. 5 et du 26 janvier 2012, précité, p. 89 ; voir également, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité). Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910).
633. Pour une infraction donnée, il est de jurisprudence constante que l'importance du dommage causé à l'économie s'apprécie de façon globale, c'est-à-dire au regard de l'action cumulée de tous les participants à cette infraction, sans qu'il soit besoin d'identifier la part imputable à chacun d'entre eux pris séparément (arrêts de la Cour de cassation du 18 février 2004, CERP e.a., n° 02-11754, et de la cour d'appel de Paris du 17 septembre 2008, Coopérative agricole L'ardéchoise, n° 2007/10371, p. 6).
634. Lorsque, comme en l'espèce, l'Autorité examine dans une seule et même décision deux abus de position dominante de même nature, mais mis en œuvre par des opérateurs différents, elle apprécie, en principe, de manière séparée l'importance du dommage causé par chacune de ces infractions. Au cas d'espèce, la différence entre l'importance du dommage causé par l'infraction commise par Orange et celle commise par SFR est principalement fonction de la différence entre les parts de marché de chacun des deux opérateurs. En effet, l'incidence de l'effet de verrouillage de la clientèle résultant de l'amplification de l'effet « tribu », et, surtout, de l'effet de club statistique est d'autant plus grande que le parc d'abonnés de l'opérateur est important. Cependant, la part de marché de SFR, certes plus faible que celle d'Orange (36% contre 47% en parc en 2005), était très élevée au cours de la période en cause. En conséquence, l'amplification de l'effet « tribu » et de l'effet de club statistique résultant des pratiques mises en œuvre par SFR n'apparaît pas significativement plus faible que pour Orange. En outre, cette différence entre les parts de marché des opérateurs et, plus généralement de poids économique des deux infractions, est déjà prise en compte à suffisance de droit au niveau de la valeur des ventes retenue comme assiette de leur sanction respective. Les autres éléments d'appréciation de l'importance du dommage causé à l'économie, présentés ci-après, sont communs à chacune des deux infractions commises par les entreprises.

♦ En ce qui concerne l'ampleur des pratiques

635. Les pratiques ont affecté le fonctionnement du marché de détail de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine, dont le chiffre d'affaires était, en 2007, dernière année complète de commercialisation des offres *on net* en litige, d'environ 15 milliards d'euros. Contrairement à ce que soutiennent France Télécom et Orange, l'ensemble du marché de la clientèle résidentielle a bien été concerné par les pratiques, et non la seule clientèle des offres d'abondance *on net* en litige. En effet, le verrouillage de la clientèle résultant de la mise en œuvre des pratiques s'est étendu aux interlocuteurs des clients des offres *on net*, dont certains disposaient d'offres prépayées ou de comptes bloqués. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus (point 479), ceci a notamment été mis en évidence par l'observation des conséquences pour les clients des forfaits « Zap » et « Mobicarte » d'Orange choisis comme numéros favoris par un proche abonné à une offre

d'abondance de cet opérateur, qui ont connu une baisse significative du volume de leurs appels sortants et une hausse parallèle du volume de leurs appels entrants.

636. Au cours de la période de commercialisation de ces offres, entre 2005 et 2008, les parts de marché en parc d'Orange et SFR s'élevaient respectivement à 45 % et 35 % en moyenne et leurs parts de marché en valeur à 41 % et 38 % en moyenne⁵⁰.
637. Par ailleurs, les pratiques ont affecté le cœur des offres postpayées d'Orange et de SFR entre le premier trimestre 2005 et le premier trimestre 2008, principal vecteur de conquête et de fidélisation des abonnés. Au cours de cette période, la clientèle résidentielle d'Orange et de SFR souhaitant souscrire un forfait postpayé n'avait pas d'autre choix que les offres d'abondance *on net* proposées par ces opérateurs. L'importance de la valeur des ventes issue de leur commercialisation dans le chiffre d'affaires réalisé dans ce secteur reflète le caractère essentiel des forfaits d'abondance *on net* dans l'offre de téléphonie mobile des deux opérateurs au cours de la période en cause. Le chiffre d'affaires d'Orange issu de la commercialisation des offres *on net* litigieuses s'élevait en 2007 à 43% de son chiffre d'affaires issu de la vente de services de téléphonie mobile à destination d'une clientèle résidentielle. Le chiffre d'affaires réalisé la même année par SFR à raison de la commercialisation des offres *on net* litigieuses s'élevait à 34% de son chiffre d'affaires issu de la vente de services de téléphonie mobile à destination d'une clientèle résidentielle.
638. Même en tenant compte du fait que certaines de ces offres étaient souscrites par une clientèle professionnelle, ce qui a d'ores et déjà donné lieu à l'application par l'Autorité d'un abattement forfaitaire au stade de la définition de la valeur des ventes des entreprises retenues comme assiette de leurs sanctions respectives, la proportion du chiffre d'affaires lié à la commercialisation des offres en cause auprès de la clientèle résidentielle demeure une part importante du chiffre d'affaires réalisé par ces sociétés.

♦ En ce qui concerne les caractéristiques économiques du secteur

639. Afin d'apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité s'attache à prendre en compte les caractéristiques économiques objectives du secteur en cause, dans la mesure où ces dernières sont de nature à influencer sur les conséquences conjoncturelles ou structurelles des pratiques.
640. Trois caractéristiques du marché de la téléphonie mobile résidentiel au cours de la période en cause sont de nature à avoir accru le dommage causé à l'économie par la mise en œuvre des pratiques d'Orange et de SFR.
641. En premier lieu, les pratiques ont été mises en œuvre sur un marché qui pouvait alors être qualifié de peu dynamique, ainsi qu'il a été exposé dans la partie relative aux « constatations » ci-dessus (point 63). C'est ainsi que la Commission européenne, dans ses rapports annuels sur le marché unique européen des services de communications électroniques, a conclu que le marché français de la téléphonie mobile se caractérisait par son dynamisme limité⁵¹. Un niveau élevé des prix de détail et une stabilité des parts de marché des trois opérateurs de réseau qui se partageaient l'essentiel du marché ont pu notamment être observés. Dans ce contexte, les infractions, qui se traduisaient par un important verrouillage de la clientèle, ont eu pour effet d'accroître encore la rigidité d'un marché déjà caractérisé par la faible intensité de la concurrence qui s'y exerçait.

⁵⁰ Source : exploitation des réponses des opérateurs aux questionnaires adressés par les services d'instruction de l'Autorité.

⁵¹ Progress Report on the Single European Electronic Communications Market 2008 et 2009 des 24 mars 2009 et 25 août 2010 précités.

642. Par ailleurs, des pratiques conduisant à l'élévation des coûts des concurrents de petite taille, qui nuisent à la capacité de ces derniers à exercer une pression concurrentielle sur le marché, sont particulièrement dommageables dès lors que qu'ils sont précisément les mieux à même d'animer la concurrence dans le contexte d'un marché peu concurrentiel.
643. En deuxième lieu, il a été relevé que le marché de la téléphonie mobile résidentiel était devenu principalement un marché de renouvellement (changement d'opérateur et/ou de terminal) et non plus un marché de primo-accédants (point 64). Toute pratique emportant un accroissement des coûts de sortie de la clientèle est dans un tel contexte d'autant plus à même d'accroître le dommage causé à l'économie qu'elle porte atteinte au principal facteur de fluidité du marché en nuisant significativement à la capacité des opérateurs de conquérir les abonnés de leurs concurrents.
644. En troisième lieu, le marché était également caractérisé par l'importance et l'augmentation constante du parc d'abonnés sous engagement, passé de 73% au quatrième trimestre 2005 à 80% au deuxième trimestre 2008 (point 67). Cette circonstance, qui conduit à élever les coûts de changement d'opérateur pour les abonnés, a pour conséquence de réduire sensiblement le caractère « contestable » du marché, en augmentant les coûts d'acquisition encourus par les opérateurs souhaitant conquérir les abonnés de leurs concurrents. Elle renforce donc encore la difficulté pour les opérateurs de conquérir des « tribus » entières, et donc l'ampleur du verrouillage induit par les offres d'abondance *on net*.
645. Par ailleurs, le fait de proposer aux consommateurs des communications illimitées *on net* vers des numéros favoris ou sur des plages horaires a eu pour conséquence une augmentation notable des communications vers ces numéros ou plus généralement vers le réseau propre de l'opérateur (points 232 et s.), ce qui témoigne d'une sensibilité réelle des consommateurs aux prix des communications. Dans un tel contexte de sensibilité aux prix, les offres *on net* ont vu leur attractivité et donc leur pouvoir de conquête renforcés. Les consommateurs attirés par ces offres ont ensuite subi l'effet de verrouillage précédemment décrit.

♦ En ce qui concerne les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques

646. Les conséquences des pratiques sur l'intensité de la concurrence sur le marché de détail de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle et sur les consommateurs ont, pour la plupart, déjà été présentées dans la partie « qualifications » ci-dessus.
647. En premier lieu, les offres d'abondance *on net* ont eu pour conséquence de nuire à la fluidité du marché, en favorisant le regroupement des proches auprès d'un même opérateur, puis en dissuadant les membres de ces groupes de choisir un autre opérateur, même si ce dernier commercialise des offres aussi attractives, voire plus attractives, telles que des offres d'abondance *cross net*.
648. En effet, changer d'opérateur pour un abonné entraîne des conséquences négatives pour les membres de son entourage restés fidèles à l'opérateur d'origine, en leur faisant perdre la possibilité de l'appeler en profitant de l'éventuelle composante d'abondance *on net* des différentes offres souscrites par les membres du groupe. Ainsi, un abonné qui souhaite changer d'opérateur sans faire perdre à son entourage le bénéfice de l'abondance doit changer de réseau en même temps que les autres membres de sa « tribu », ce qui induit le plus souvent d'importants coûts de sortie, du fait de la disparité des dates d'échéance des contrats et des durées d'engagement des membres du groupe.

649. Ce verrouillage est d'autant plus important qu'il concerne tant les membres de la tribu qui disposent d'une offre d'abondance *on net* que ceux qui n'ont pas souscrit une telle offre mais dont certains des proches l'ont fait. En effet, en changeant d'opérateur, un abonné qui disposerait d'un forfait bloqué, d'une offre prépayée ou encore d'une autre offre sans abondance *on net* prive ses proches qui bénéficient d'une offre d'abondance *on net* de la possibilité de le joindre en bénéficiant de leur avantage tarifaire. Les pratiques de différenciation en litige ont donc conduit à une augmentation sensible des coûts de sortie auxquels sont exposés les consommateurs pour résilier leurs offres.
650. Cet effet de verrouillage de la clientèle accentue les contraintes auxquelles font déjà face les abonnés pour changer d'opérateur, notamment en termes d'engagement. Les pratiques ont donc pour conséquence de nuire à la capacité des consommateurs de faire jouer la concurrence entre les opérateurs et donc de profiter d'offres attractives des opérateurs concurrents. L'importance de cet effet de verrouillage est illustrée par la faiblesse du taux de résiliation des clients utilisant la composante d'abondance *on net* de leur forfait par rapport à celui de l'ensemble de la clientèle des opérateurs, ce qui témoigne de la difficulté éprouvée par ces clients pour changer d'opérateur (points 484 et s.). Il a notamment été observé que le taux de « *churn* » des clients des offres Classique 2 heures utilisant effectivement la composante d'abondance de leur offre est seize fois inférieur à celui de l'ensemble des clients d'Orange, celui des clients des offres Classique 4 heures utilisant effectivement la composante d'abondance de leur offre étant quant à lui neuf fois inférieur au taux de « *churn* » mensuel moyen des clients d'Orange.
651. Par ailleurs, il convient de relever que cette moindre capacité des consommateurs à faire jouer la concurrence a aussi diminué pour Orange et SFR l'intensité des efforts nécessaires pour conserver leur clientèle abonnée aux offres d'abondance *on net*. A cet égard, la commercialisation des offres d'abondance *on net* a eu pour conséquence probable de retarder la commercialisation d'offres *cross net* par Orange et SFR, offres plus avantageuses, car moins contraintes en termes d'usages, pour le consommateur.
652. En deuxième lieu, les pratiques de différenciation en litige ont contribué à affaiblir la capacité des opérateurs de plus petite taille à animer la concurrence, créant ainsi un dommage pour l'ensemble des clients sur le marché.
653. Les petits opérateurs ont tout d'abord dû faire face à une élévation de leurs coûts d'acquisition de clientèle, afin de compenser l'augmentation des coûts de sortie encourus par les clients des abonnés aux offres *on net* d'Orange et de SFR.
654. Ensuite, en ce qui concerne Bouygues Télécom, celui-ci a fait le choix de commercialiser l'offre d'abondance *cross net* « Neo » en 2006 afin de proposer aux consommateurs une offre aussi attractive, voire plus attractive, que les offres d'abondance *on net* d'Orange et de SFR. Cette offre comprenait une composante d'abondance *cross net*, élément nécessaire d'attractivité compte tenu du différentiel de parc d'abonnés entre Bouygues Télécom d'une part, SFR et Orange d'autre part. Ainsi que cela a été décrit précédemment (voir point 533 et s. ci-dessus), ce choix de Bouygues Télécom a dégradé son solde d'interconnexion de près de 600 millions d'euros, du fait de l'augmentation de son trafic sortant *off net*, correspondant à une augmentation des charges de terminaison d'appel versées à Orange de près de 270 millions d'euros et de 323 millions d'euros s'agissant des charges versées à SFR. Certes, l'augmentation des dépenses de terminaison d'appel ainsi mises en évidence n'est pas, ainsi qu'il a déjà été souligné, nécessairement attribuable dans son entier à la commercialisation des offres *on net* d'Orange et de SFR, mais relève pour partie d'un choix commercial de Bouygues Télécom. Il n'en demeure pas moins, même s'il n'est pas possible de quantifier précisément la part de déficit subi du fait de la mise en œuvre des

pratiques de différenciation, qu'il résulte pour partie de la mise en œuvre de ces pratiques et était de nature à peser fortement sur la marge de l'opérateur. L'élévation des coûts subie par Bouygues Télécom, qui était au moment des faits le plus petit opérateur du marché et le mieux à même d'y animer la concurrence, a donc dégradé significativement son aptitude à concurrencer efficacement Orange et SFR.

655. Par ailleurs, les pratiques en litige ont également engendré une rétention du trafic *off net* d'Orange et de SFR au détriment de leurs concurrents. Malgré la baisse parallèle des flux de trafic *off net* des opérateurs concurrents liée à la migration de leurs clients vers Orange et SFR, il a été démontré que la rétention de trafic *off net* liée à la mise en œuvre des pratiques de différenciation était bien de nature à se traduire par une dégradation du solde d'interconnexion des autres opérateurs, même s'il est impossible d'en quantifier précisément l'ampleur (point 554 ci-dessus). Cette perte de recettes subie par les opérateurs concurrents, et notamment par Bouygues Télécom, a donc également pesé sur leur capacité à animer la concurrence sur le marché.
656. Certes, la détérioration du solde d'interconnexion de Bouygues Télécom a fait l'objet d'une compensation partielle par l'ARCEP à partir du 1er janvier 2008, dans la mesure où celle-ci était subie par l'opérateur du fait de la nécessité pour lui de commercialiser des offres *cross net* en réplique aux offres *on net* d'Orange et de SFR. Cette compensation a pris la forme du maintien de l'asymétrie tarifaire entre les plafonds de terminaison d'appel imposés aux trois opérateurs (décisions de l'ARCEP n° 07-0810 du 4 octobre 2007 et du Conseil d'Etat du 24 juillet 2009 précitées). Il n'en résulte pas pour autant que cette compensation a atténué l'importance du dommage causé à l'économie dans son ensemble. En effet, elle n'a limité que très tardivement, et de manière partielle, l'effet d'élévation des coûts auquel Bouygues Télécom a dû faire face. Elle a été appliquée après le 1^{er} janvier 2008, près de deux ans après le début de la commercialisation des offres « Neo », et peu avant le lancement des offres *cross net* d'Orange et de SFR. Elle n'a donc pas prévenu l'affaiblissement de la situation concurrentielle de Bouygues Télécom entre 2005 et 2008, période pendant laquelle les offres d'abondance *on net* en litige constituaient le standard du marché et étaient donc les plus à mêmes de distordre la concurrence sur celui-ci. En outre, l'asymétrie tarifaire s'est nécessairement traduite par un surcroît de charges de terminaison d'appel versées par Orange et SFR à leur concurrent, de nature à peser à son tour sur la formation des prix de détail des offres de ces opérateurs.
657. Enfin, en ce qui concerne les MVNOs, ces derniers n'ont pu proposer que tardivement des offres d'abondance, du fait du niveau de la tarification des appels par les opérateurs hôtes. Cette circonstance a obéré leur développement auprès de la frange de clientèle qui valorisait l'abondance, alors même que celle-ci constituait le cœur de l'offre de services postpayés des opérateurs de réseau. Cela a conduit à limiter l'intensité concurrentielle sur ce segment de marché et a plus globalement nui à la compétitivité des MVNOs qui, parce que leurs volumes d'abonnés et de trafic se sont trouvés réduits, n'ont pu négocier avec leur opérateur hôte des conditions d'hébergement aussi avantageuses qu'elles l'auraient pu en l'absence de mise en œuvre des pratiques.
658. En dernier lieu, pour les mêmes raisons qu'exposées précédemment pour l'appréciation de la gravité des pratiques (point 625), il convient d'écarter l'argument des mises en cause selon lequel les pratiques de différenciation seraient bénéfiques pour le consommateur dès lors qu'Orange et SFR n'ont pas démontré l'existence et l'étendue de ces avantages au moyen d'éléments de preuve répondant aux exigences énoncées par la jurisprudence.
659. A cet égard, même si, ainsi que l'indique SFR, une réduction de la facture payée par les abonnés à ses offres d'abondance *on net* - réduction dont elle ne justifie au demeurant pas

le montant - avait en effet pu être constatée, celle-ci résulterait d'un effet de descente en gamme qui n'est attribuable qu'au fait que ces offres comportaient une composante d'abondance, mais pas à celui que l'avantage tarifaire en résultant était réservé aux seuls appels *on net*. En effet, les offres d'abondance, qu'elles soient *on net* ou *cross net*, permettent aux abonnés de libérer les usages de leur forfait, et de souscrire une offre disposant d'un temps de communication moins long, et partant moins coûteuse, sans pour autant restreindre la durée de leurs appels puisqu'une partie de ceux-ci peuvent désormais être effectués dans le créneau d'abondance. Au contraire, les pratiques en litige, en restreignant l'avantage de l'abondance aux seuls appels *on net*, n'ont pu que limiter la possibilité pour les consommateurs de profiter de la composante d'abondance de leur forfait. En effet, cette restriction limite le champ des correspondants pouvant être joints par les consommateurs « en illimité », sans que les appels correspondants ne donnent lieu à un décompte du forfait. Une offre d'abondance *cross net* aurait au contraire permis un effet de descente en gamme plus important tout en évitant aux abonnés l'effet de verrouillage précédemment décrit.

660. Toutefois, certains éléments sont de nature à tempérer l'importance du dommage causé à l'économie au cas d'espèce.
661. En effet, les parts de marché des opérateurs concurrents d'Orange et de SFR n'ont pas baissé au cours de la période des pratiques. La part de marché en parc de Bouygues Télécom sur le marché des offres « grand public » à destination d'une clientèle résidentielle est passée de 17% en 2005 à 18% en 2006 pour se stabiliser à ce niveau jusqu'en 2010. Quant aux MVNOs, leur part de marché cumulée a augmenté continûment pendant la période de commercialisation des offres litigieuses, passant de 0% en 2005 à 4% en 2008 et 7% en 2010. Ainsi, si la mise en œuvre des pratiques litigieuses a limité la pression concurrentielle que pouvaient exercer les opérateurs concurrents, ainsi que leur capacité à attirer les abonnés des offres d'abondance d'Orange et de SFR, elle ne s'est toutefois traduite par aucune éviction effective d'un concurrent sur le marché.
662. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, le dommage causé à l'économie par les pratiques de différenciation tarifaire entre appels *on net* et *off net* mises en œuvre par Orange et SFR est certain, dans la mesure où elles ont conduit à un important verrouillage de la clientèle et à un affaiblissement de la concurrence émanant des petits opérateurs. Le fait que le principal de ces plus petits concurrents soit néanmoins parvenu, grâce à ses propres mérites, à se maintenir sur le marché de détail des services de téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle conduit cependant à en tempérer l'importance.

Conclusion sur la proportion de la valeur des ventes

663. Compte tenu de l'appréciation qui vient d'être faite, pour chacune des deux infractions en litige, de la gravité des faits et de l'importance du dommage causé à l'économie, l'Autorité retiendra, pour déterminer le montant de base de la sanction infligée à chacune des entreprises mises en cause, une proportion de 5 % de la valeur de ses ventes liées à la commercialisation des offres d'abondance *on net*, telle que déterminée au point 613 ci-dessus.

b) Sur la durée de participation

664. Comme indiqué précédemment, la durée de l'infraction est un facteur qu'il convient de prendre en compte dans le cadre de l'appréciation tant de la gravité des faits que de

l'importance du dommage causé à l'économie. En effet, plus une infraction est longue, plus l'atteinte qu'elle porte au jeu de la concurrence et la perturbation qu'elle entraîne pour le fonctionnement du secteur ou du marché en cause, et plus généralement pour l'économie, peuvent être substantielles et persistantes. La jurisprudence de l'Union sur ce point relève d'ailleurs que : « *Si une entente fixe l'état du marché au moment où elle est conclue, sa longue durée peut en rigidifier les structures (...). Le retour à l'état de libre concurrence sera d'autant plus difficile et long que la durée de l'entente aura elle-même été longue* » (arrêt de la Cour de justice du 8 décembre 2011, KME Germany e.a./Commission, C-389/10 P, non encore publié au Rec., point 75).

665. Au cas d'espèce, l'infraction reprochée à SFR a débuté en mars 2005, avec la commercialisation des offres en litige, et était toujours en cours à la date de la notification de griefs dès lors que certains abonnés avaient conservé leur abonnement aux offres en cause, même si celles-ci avaient cessé d'être commercialisées en mars 2008. L'infraction reprochée à Orange a, quant à elle, débuté en avril 2005 avec la commercialisation des offres en litige et était toujours en cours à la date de la notification de griefs dès lors que certains abonnés avaient conservé leur abonnement aux offres en cause, même si celles-ci avaient pour l'essentiel⁵² cessé d'être commercialisées en avril 2008.
666. Pour autant, la prise en compte de leur durée selon les modalités prévues par le communiqué du 16 mai 2011 précité paraît inadaptée au cas d'espèce. En effet, les offres d'abondance *on net* ont d'abord revêtu un caractère structurant pour le marché entre leur lancement en 2005 et le début de l'année 2008, période pendant laquelle elles représentaient le cœur de l'offre postpayée des deux opérateurs à destination de la clientèle résidentielle et le principal vecteur de conquête et de fidélisation de leurs abonnés. Elles ont ensuite été supplantées par les offres d'abondance *cross net*, commercialisées massivement par Orange à partir d'avril 2008, et par SFR à partir de mars 2008.
667. Eu égard à ce changement majeur de situation, l'Autorité estime qu'il convient de prendre en compte la seule durée pendant laquelle les offres d'abondance *on net* constituaient le cœur de l'offre postpayée des deux entreprises en cause et le standard du marché, soit trois ans pour chacune des entreprises (de mars 2005 à mars 2008 pour SFR et d'avril 2005 à avril 2008 pour Orange).
668. Le tableau ci-dessous récapitule la durée des infractions imputables à chacune des entreprises en cause et le facteur multiplicateur correspondant :

Entreprise	Durée individuelle de participation	Coefficient multiplicateur applicable
Orange	3 ans	2
SFR	3 ans	2

c) Conclusion sur la détermination du montant de base

669. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que, eu égard à la gravité des faits et à l'importance du dommage causé à l'économie par les pratiques en cause, le montant de

⁵² A l'exception des offres « 3 numéros KDO », commercialisées jusqu'en septembre 2010, et « M6 Mobile by Orange » jusqu'en octobre 2011.

base de la sanction pécuniaire déterminé en proportion des ventes liées à la commercialisation des offres d'abondance *on net* en relation avec les infractions commises par chacune des entreprises en cause, d'une part, et de sa durée individuelle de participation aux pratiques, d'autre part, est le suivant :

Entreprise	Montant de base (en euros)
Orange	142 326 000
SFR	119 470 000

3. SUR LA PRISE EN COMPTE DES CIRCONSTANCES PROPRES À CHAQUE ENTREPRISE

670. L'Autorité s'est ensuite engagée à adapter les montants de base retenus ci-dessus au regard du critère légal tenant à la situation individuelle de chacune des parties en cause, qu'il s'agisse d'organismes ou d'entreprises, appartenant le cas échéant à des groupes plus larges.
671. A cette fin et en fonction des éléments propres à chaque cas d'espèce, elle peut prendre en considération différentes circonstances atténuantes ou aggravantes caractérisant le comportement de chaque entreprise dans le cadre de sa participation à l'infraction, ainsi que d'autres éléments objectifs pertinents relatifs à sa situation individuelle. Cette prise en considération peut conduire à ajuster la sanction tant à la hausse qu'à la baisse.

a) Sur la puissance économique des entreprises mises en cause et des groupes auxquels elles appartiennent

672. L'appréciation de la situation individuelle peut conduire à prendre en considération l'envergure de l'entreprise en cause ou du groupe auquel elle appartient (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 28 avril 2004, Colas Midi-Méditerranée e.a., n° 02-15203).
673. De fait, la circonstance qu'une entreprise ait, au-delà des seuls produits ou services en relation avec l'infraction, un périmètre d'activités significatif ou dispose d'une puissance financière importante, peut justifier que la sanction qui lui est infligée, en considération d'une infraction donnée, soit plus élevée que si tel n'était pas le cas, afin d'assurer le caractère à la fois dissuasif et proportionnée de la sanction pécuniaire (arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012, précité, p. 71). A cet égard, la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de préciser que l'efficacité de la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles requiert que la sanction pécuniaire soit effectivement dissuasive, au regard de la situation financière propre à chaque entreprise au moment où elle est sanctionnée (arrêt de la Cour de cassation du 18 septembre 2012, Séphora e.a., n° 12-14401, 12-14584, 12-14595, 12-14597, 12-14598, 12-14624, 12-14625 et 12-14632 et 12-14648).
674. Il peut y avoir également lieu de tenir compte du fait que cette entreprise appartient à un groupe qui dispose lui-même d'une taille ou de ressources globales importantes (arrêts de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, p. 32, et du 11 octobre 2012, précité, p. 71).
675. En l'espèce, l'Autorité prendra en considération le fait que les entreprises mises en cause sont ou appartiennent à des groupes d'envergure mondiale, au sein duquel elles consolident

leurs comptes. Ces groupes disposent de ressources financières très importantes et déploient des activités qui s'étendent bien au-delà des seuls services en cause dans la présente affaire. Le groupe France Télécom auquel appartient la société Orange France a réalisé un chiffre d'affaires consolidé au niveau mondial de 45,3 milliards d'euros en 2011. La valeur des ventes retenue comme assiette de la sanction d'Orange et de France Télécom ne représente ainsi que 3,1% du chiffre d'affaires total du groupe. Le groupe Vivendi auquel appartient la société SFR a réalisé pour sa part un chiffre d'affaires consolidé au niveau mondial de 28,8 milliards d'euros en 2011. La valeur des ventes retenue comme assiette de la sanction de SFR ne représente ainsi que 4,1% du chiffre d'affaires total du groupe Vivendi.

676. Eu égard à ce qui précède, le montant de base des sanctions pécuniaires infligées à chacune des mises en cause doit être augmenté de 10 %.

b) Sur la réitération

677. La réitération, qui est visée de façon autonome par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, constitue une circonstance aggravante que l'Autorité peut prendre en compte en augmentant le montant de la sanction de manière à lui permettre d'apporter une réponse proportionnée, en termes de répression et de dissuasion, à la propension de l'entreprise ou de l'organisme de s'affranchir des règles de concurrence (voir, en ce sens, décision n° [07-D-33](#) du Conseil du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, paragraphe 112). La jurisprudence de l'Union est dans le même sens (arrêt de la Cour de justice du 8 février 2007, Groupe Danone/Commission, C-3/06 P, Rec. p. I-1331, point 47).

678. Il est possible de retenir la réitération lorsque quatre conditions sont réunies :

- une précédente infraction aux règles de concurrence doit avoir été constatée avant la fin de la commission des nouvelles pratiques ;
- ces dernières doivent être identiques ou similaires, par leur objet ou leur effet, à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction ;
- ce dernier doit être devenu définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur les nouvelles pratiques ;
- le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début des nouvelles pratiques doit être pris en compte pour appeler une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2011, Manpower France e.a., n° 10-12913 et 10-13686 ; voir également pour le rappel des quatre conditions la décision n° 07-D-33, précitée, paragraphes 116 à 126).

Sur l'existence d'un constat antérieur d'infraction

679. La mise en œuvre par France Télécom de pratiques contraires au droit de la concurrence, a déjà fait l'objet de cinq constats d'infraction :

- la décision du Conseil de la concurrence n° [94-D-21](#) du 22 mars 1994 a constaté la participation de France Télécom à une entente anticoncurrentielle visant à l'exclusion des concurrents sur le marché de la publicité insérée dans les annuaires téléphoniques ;

- la décision du Conseil de la concurrence n° [97-D-53](#) du 1^{er} juillet 1997 a constaté un abus de position dominante correspondant à l'octroi à une filiale du groupe France Télécom d'avantages de nature à évincer ses concurrents sur le marché des transmissions de données ;
- l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 juin 1999 a constaté un abus de position dominante correspondant à une pratique de discrimination par les prix mise en œuvre sur le marché de la liste des abonnés au téléphone ;
- la décision du Conseil de la concurrence n° [01-D-46](#) du 13 juillet 2001 a constaté un abus de position dominante correspondant à une pratique de ciseau tarifaire mise en œuvre dans le cadre d'une offre sur mesure proposée à la société Renault ;
- la décision du Conseil de la concurrence n° [05-D-59](#) du 7 novembre 2005 a constaté un abus de position dominante correspondant à des pratiques de refus d'accès mises en œuvre dans le secteur de l'Internet haut débit ;
- la décision du Conseil de la concurrence n° [07-D-33](#) du 15 octobre 2007 a constaté trois abus de position dominante correspondant à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit.

680. Les décisions du Conseil de la concurrence n° 94-D-21, n° 97-D-53 et n° 01-D-46 ainsi que l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 juin 1999 sont tous antérieurs à la date à laquelle Orange a débuté la mise en œuvre de leurs pratiques de différenciation tarifaire abusive. Ils peuvent donc être pleinement retenus, du point de vue temporel, dans le cadre de la réitération retenue à l'encontre de France Télécom au cas d'espèce.
681. Les décisions du Conseil de la concurrence n° [05-D-59](#) et n° 07-D-33 ont quant à elles été adoptées postérieurement au lancement des offres d'abondance *on net* en litige. Cependant, la circonstance que les pratiques en cause aient débuté avant tout ou partie de précédents constats d'infraction ne suffit pas à priver l'Autorité de la possibilité de prendre en compte ces constats pour retenir la réitération, lorsque les pratiques se sont poursuivies de manière continue après ces premiers constats (arrêts de la cour d'appel de Paris du 28 janvier 2009, EPSE joué club e.a., n° 2008/00255, p. 20, confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2010, précité, et du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, p. 33).
682. Les juridictions de l'Union suivent une analyse similaire. Elles ont ainsi considéré que la Commission européenne avait à bon droit retenu la récidive dans le cas d'une entreprise ayant continué de participer à l'entente en cause pendant plus de quatre ans après la décision adoptée dans une précédente affaire (arrêt du Tribunal du 8 juillet 2008, Lafarge/Commission, T-54/03, Rec. p. II-120, points 738 et 739, confirmé par arrêt de la Cour de justice du 17 juin 2010, Lafarge/Commission, C-413/08 P, Rec. p. I-05361, point 91).
683. Ainsi, les décisions n° 05-D-59 et n° 07-D-33 peuvent également être prises en compte dans le cadre de la réitération retenue à l'encontre de France Télécom au cas d'espèce, bien que la pratique en cause dans la présente décision ait débuté avant l'adoption de ces décisions, dès lors que la pratique de différenciation tarifaire s'est poursuivie de manière continue après ces deux constats d'infraction et était encore en cours à la date de la notification de griefs.

Sur le caractère définitif, à la date de la présente décision, du constat d'infraction

684. Les décisions ou arrêts précités sont devenus définitifs :

- la décision n° 94-D-21 a été confirmée, s'agissant de la qualification des pratiques, par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 18 janvier 1995 ;
- la décision n° 97-D-53 a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 19 mai 1998 ;
- l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 juin 1999 est devenu définitif ;
- la décision n° 01-D-46 n'a pas fait l'objet de recours dans les délais légaux ;
- la décision n° 05-D-59 a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 juillet 2006, qui a fait l'objet d'un pourvoi rejeté par la Cour de cassation le 23 octobre 2007 ;
- la décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 n'a pas fait l'objet de recours.

685. Ce point n'est pas contesté par la mise en cause.

Sur l'identité ou la similitude des pratiques

686. France Télécom soutient que les décisions et arrêts précités ne peuvent être retenus au titre de la réitération eu égard à l'absence d'identité des pratiques en cause dans la présente affaire.
687. La réitération a pour objet d'appréhender les cas dans lesquels un organisme ou une entreprise précédemment sanctionné pour avoir enfreint les règles de concurrence viole de nouveau ces règles. Pour qu'elle puisse être prise en compte, il suffit que les pratiques en cause soient identiques ou similaires par leur objet, critère qui renvoie pour l'essentiel à la base légale utilisée pour les qualifier, ou en raison de leurs effets, critère qui s'attache davantage à la finalité du comportement poursuivi. Il n'est donc pas nécessaire de procéder à une analyse des circonstances précises dans lesquelles les premières pratiques sanctionnées avaient été mises en œuvre. Ainsi, et contrairement à ce que soutiennent les entreprises mises en cause, des pratiques d'entente et des comportements unilatéraux peuvent rechercher le même effet d'éviction à l'égard de concurrents sur un marché, sans pour autant relever du même régime de prohibition (voir, en ce sens, arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France e.a., n° 2009/03532, p. 20, confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2011, précité ; voir, également, décision n° 07-D-33, précitée, paragraphe 122).
688. En l'espèce, les décisions du Conseil de la concurrence n° [94-D-21](#), n° [97-D-53](#), n° [01-D-46](#) et n° [05-D-39](#) ainsi que l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 juin 1999 précités ont sanctionné des pratiques qui avaient toutes pour objet ou pour effet de permettre à un opérateur dominant de limiter l'accès au marché à des nouveaux entrants et d'entraver leur développement par la construction ou le maintien de barrières à l'entrée artificielles, des remises abusives ou des pratiques de ciseau tarifaire. Même si les marchés affectés sont différents, les infractions déjà constatées visaient le même type de restriction de concurrence que celui qui a été constaté dans la présente affaire, à savoir l'affaiblissement de la capacité des opérateurs concurrents à exercer une pression concurrentielle sur le marché, confortant ou renforçant ainsi la position du groupe France Télécom sur les différents marchés sur lesquels il exerce ses activités.
689. Dès lors, la réitération sera retenue au cas d'espèce au regard de l'ensemble des constats antérieurs d'infraction précités.

Sur le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et les pratiques en cause

690. France Télécom soutient que la décision n° 94-D-21 ne pourrait être retenue à son encontre dès lors qu'un délai supérieur à quinze ans s'est écoulé depuis ce constat d'infraction.
691. Le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début de la nouvelle pratique est pris en compte pour apporter une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné à s'affranchir des règles de concurrence.
692. Dans son communiqué du 16 mai 2011 précité, l'Autorité a indiqué qu'elle n'entendait pas opposer la réitération à une entreprise ou à un organisme lorsque le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début de la nouvelle pratique est supérieur à 15 ans (paragraphe 51). Le délai à prendre en compte n'est donc pas, ainsi que le prétendent les mises en cause, le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et la date de la décision de l'Autorité, mais le délai écoulé entre le premier constat et la date de commission des nouvelles pratiques, quand il n'y a que deux pratiques anticoncurrentielles à prendre en considération.
693. Or, au cas d'espèce, le délai écoulé entre l'adoption de la décision n° [94-D-41](#) et le début de l'infraction, à savoir avril 2005, est inférieur à quinze ans.
694. En outre, six constats antérieurs d'infraction, intervenus entre 1994 et 2007, peuvent être retenus à l'encontre de France Télécom au cas d'espèce, ce qui témoigne d'une forte propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de la concurrence.

Conclusion sur la réitération

695. Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de considérer que France Télécom se trouve dans une situation de réitération justifiant, dans les circonstances de l'espèce, une majoration de 50 % de sa sanction. Cette majoration sera en conséquence imposée à France Télécom seule à hauteur de 39 140 000 euros.
696. La détermination du taux de majoration de 50%, qui avait également été retenu à l'encontre de France Télécom au titre de la réitération dans les décisions précitées n° 07-D-33 et n° 09-D-36, n'est pas le reflet arithmétique du nombre de constats d'infraction antérieurs, mais résulte d'une appréciation globale par l'Autorité, qui témoignent, au vu de l'ensemble des éléments rappelés ci-dessus, de la forte propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de la concurrence.
697. Conformément au point 52 du communiqué du 16 mai 2011 précité, cette majoration sera appliquée au montant intermédiaire de la sanction pécuniaire, tel qu'il résulte de l'individualisation du montant de base obtenue après avoir pris en considération de l'ensemble des éléments propres à la situation individuelle de chaque entreprise, y compris la circonstance atténuante décrite ci-après.

c) Sur les circonstances atténuantes invoquées par les mises en cause

698. France Télécom et Orange soutiennent que le « *caractère innovant* » du test de discrimination tarifaire et l'absence de tout précédent devrait être retenu comme circonstance atténuante en l'espèce. Dans le même sens, SFR prétend qu'elle n'était pas en mesure de détecter à l'avance la nature infractionnelle de ses offres. Un tel argument, qui manque en fait, doit être écarté pour les raisons qui ont déjà été exposées plus haut, s'agissant de l'appréciation de la gravité des pratiques (cf. point 623).

699. France Télécom et Orange font par ailleurs valoir que l'affaire en litige a fait l'objet d'un long complément d'instruction, alors qu'aucun grief de différenciation tarifaire ne leur avait été initialement notifié lors de la notification de griefs du 13 mars 2008. Il résulte toutefois d'une jurisprudence constante que « *la durée de la procédure ne constitue pas [un] motif de réduction de la sanction pécuniaire, dont les critères de détermination doivent être recherchés, en application des dispositions de l'article L. 464-2 du code de commerce, au regard de la gravité des faits, de l'importance du dommage causé à l'économie, de la situation individuelle des entreprises* », ainsi, s'il y a lieu, qu'au regard de la situation du groupe auquel elles appartiennent et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le titre IV du code de commerce (arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 octobre 2012 précité, p. 66- voir aussi les arrêts du 14 janvier 2003, SA Bouygues, du 30 janvier 2007, Le Foll et du 29 janvier 2008, Le Goff Confort). Par suite, l'argument des mises en cause ne peut qu'être écarté.
700. Enfin, SFR soutient n'avoir rien gagné financièrement de la commission des pratiques en litige, alors qu'elle aurait été « *potentiellement victime* » des pratiques mises en œuvre par Orange. Toutefois, selon la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, la circonstance qu'une entreprise n'a pas tiré profit de l'infraction n'est pas de nature à atténuer la sanction encourue (arrêts du 16 septembre 2010, Raffalli, et du 11 octobre 2012 précité, p. 71). Par suite, l'argument de SFR ne saurait être retenu.

d) Sur l'existence d'une circonstance atténuante au cas d'espèce

701. Ainsi qu'il a été exposé ci-dessus, les pratiques mises en œuvre par Orange et SFR s'inscrivent dans le contexte très particulier de la fin du régime du « *bill and keep* », dans le cadre duquel les opérateurs de téléphonie mobile ne se facturaient pas entre eux la prestation de terminaison d'appel. Depuis la fin de ce régime en 2005, les appels *off net* à destination des abonnés d'un opérateur mobile concurrent donnent lieu au versement par l'opérateur de l'appelant d'une charge de terminaison d'appel au profit de l'opérateur de l'appelé. Au contraire, les appels *on net* à destination des abonnés du même opérateur mobile ne donnent lieu pour ce dernier à aucun transfert financier en direction de ses concurrents, la prestation de terminaison d'appel faisant l'objet d'une autofourniture en interne.
702. Or, à la date de la fin du régime du « *bill and keep* », le niveau des charges de terminaison d'appel excédait sensiblement le coût de production interne de cette prestation. Dans ce contexte, le passage à une facturation des prestations de terminaison d'appel entre les opérateurs de téléphonie mobile était susceptible de se traduire par l'apparition d'un intérêt financier pour l'opérateur à privilégier les appels *on net* au détriment des appels *off net*.
703. L'existence d'un tel intérêt financier a été reconnu par l'ARCEP, notamment dans sa décision précitée n° 2007-0810 du 4 octobre 2007 : « *la conjugaison d'une pratique de terminaison d'appel vocal mobile élevée et la sortie du bill and keep pour les opérateurs mobiles métropolitains fin 2004 expliquent l'intérêt, pour des opérateurs de réseau disposant d'un parc pertinent pour ce besoin, à commercialiser et promouvoir ces offres on net sur le marché de détail* » (p. 32) ; « *dès lors que les opérateurs se facturent entre eux une terminaison d'appel, un opérateur a un intérêt économique immédiat à inciter ses clients à pratiquer des appels on net* » (p. 33).
704. Afin d'éviter de fausser la concurrence sur le marché, la fin du régime du « *bill and keep* » s'est certes accompagnée par la définition par l'ARCEP de nouvelles conditions de la régulation *ex ante* des marchés de terminaison d'appel, imposant notamment un

plafonnement des tarifs de terminaison d'appel afin d'obtenir une orientation progressive de ceux-ci vers les coûts pertinents. Il convient de rappeler à cet égard, ainsi qu'il a été exposé plus haut (points 584 et s.), qu'en l'absence de possibilité pour les opérateurs de facturer un prix de terminaison d'appel supérieur aux coûts, les offres d'abondance *on net* des plus grands opérateurs n'auraient pas été susceptibles d'élever significativement les coûts des concurrents de plus petite taille. En effet, si les tarifs de terminaison d'appel sont orientés vers les coûts, les opérateurs de petite taille peuvent commercialiser des offres d'abondance *cross net* plus attractives, en supportant des coûts de terminaison d'appel limités, proches des coûts encourus en interne pour terminer leurs appels *on net*. De même, l'ARCEP soulignait, dans sa décision n° 2007-0810 précitée, que le déséquilibre des flux de trafic induit par les offres d'abondance *on net* n'introduit un biais concurrentiel sur le marché de détail que parce que la prestation de gros de terminaison d'appel mobile n'est pas tarifée au niveau des coûts tels qu'internalisés par les opérateurs lorsqu'ils composent leurs offres tarifaires de détail (c'est-à-dire les coûts de production réels de ces prestations - p. 87 et s.).

705. Toutefois, la baisse des plafonds régulés de tarifs de terminaison d'appel a revêtu un caractère progressif, en raison notamment de l'ampleur des écarts existant initialement entre les tarifs et les coûts et du processus d'harmonisation européenne alors en cours (cf. décision de l'ARCEP n° 2007-0810 précitée, p. 93). Ainsi, du fait du caractère progressif de l'orientation des tarifs vers le niveau de coûts pertinent, l'incitation économique des opérateurs disposant d'un parc d'abonnés significatif à promouvoir des offres *on net* n'a pas été éliminée immédiatement, dès la fin du régime du « *bill and keep* ». Partant, cette situation a créé pour les opérateurs de téléphonie mobile un intérêt économique transitoire à inciter leurs clients à passer des appels *on net*. Cette configuration ne remet en rien en cause l'existence d'une infraction, dès lors que ce sont bien les opérateurs qui, alors qu'ils n'y étaient nullement contraints, ont mis en œuvre de leur propre chef un comportement anticoncurrentiel (cf. points 316 et s. ci-dessus). Il n'en reste pas moins justifié d'en tenir compte dans le cadre de la détermination des sanctions, le comportement individuel de chacun des opérateurs en cause ne pouvant être regardé comme présentant, compte tenu de ce contexte particulier, le même degré de gravité que s'il n'en avait pas été ainsi. Ceci est vrai en particulier au début de la période considérée, pendant laquelle les plafonds de tarifs de terminaison d'appel étaient bien supérieurs aux coûts de référence (cf. point 46 ci-dessus). Cette période est d'ailleurs celle pendant laquelle les offres d'abondance *on net* constituaient le standard du marché.
706. Eu égard à ce qui précède, le montant de base des sanctions pécuniaires infligées à chacune des mises en cause sera diminué de 50 %.

e) Sur la vérification du maximum applicable

707. Le chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes le plus élevé connu réalisé par le groupe France Télécom, qui consolide le chiffre d'affaires de la société Orange France, était de 53,5 milliards d'euros en 2008. Le montant maximum de la sanction s'élève à 5,35 milliards d'euros en ce qui la concerne. Ce montant est supérieur au montant déterminé conformément aux éléments exposés ci-dessus.
708. Le chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes le plus élevé connu réalisé par le groupe Vivendi, qui consolide le chiffre d'affaires de la société SFR, était de 28,8 milliards d'euros en 2011. Le montant maximum de la sanction s'élève à 2,88 milliards d'euros en ce qui la concerne. Ce montant est supérieur au montant déterminé conformément aux éléments exposés ci-dessus.

4. SUR LE MONTANT FINAL DES SANCTIONS

709. Eu égard à l'ensemble des éléments décrits plus haut, il y a lieu d'imposer les sanctions suivantes à chacune des entreprises :

Entreprise	Sanction finale
Orange France, conjointement et solidairement avec France Télécom	117 419 000
SFR	65 708 000

F. SUR LES MESURES À ENJOINDRE AUX ENTREPRISES MISES EN CAUSE

710. Aux termes du I de l'art L. 464-2 du code de commerce : « *L'Autorité de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières* ».
711. Les sanctions pécuniaires imposées ne visent les pratiques mises en œuvre par Orange et SFR que pour la seule période de commercialisation des offres, entre le premier trimestre 2005 et le premier trimestre 2008. Cependant, les pratiques de différenciation tarifaire abusive entre appels *on net* et *off net* constatées par la présente décision sont toujours en cours dès lors que certains abonnés ont conservé leur abonnement aux offres d'abondance *on net* en litige, malgré la fin de leur commercialisation en 2008. Il convient donc d'enjoindre aux entreprises mises en cause de prendre toutes mesures utiles pour mettre fin à ces infractions.
712. Par ailleurs, les entreprises mises en cause devront porter à la connaissance des abonnés aux offres *on net* visées par la présente décision, par courrier, le fait qu'ils disposent de la faculté de résilier leur abonnement sans indemnité et à tout moment, eu égard au constat d'infraction au droit de la concurrence effectué par l'Autorité de la concurrence.
713. Les entreprises mises en cause devront soumettre pour approbation à l'Autorité de la concurrence le contenu de la communication prévue par le point précédent au plus tard le 15 janvier 2013, puis rendre compte de l'exécution des mesures décrites ci-dessus auprès de l'Autorité de la concurrence au plus tard le 30 mars 2013.

G. SUR L'OBLIGATION DE PUBLICATION

714. Aux termes du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, « *l'Autorité de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise (...) Les frais sont supportés par la personne intéressée* ».
715. En l'espèce, afin d'informer les consommateurs de la présente décision et de les inciter à la vigilance vis-à-vis des pratiques condamnées au titre d'abus de position dominante par la présente décision, il y a lieu d'ordonner aux mises en cause de faire publier à leurs frais, au

prorata des sanctions prononcées, la publication dans les éditions papier d'« Aujourd'hui en France » et du « Parisien » du résumé de la présente décision figurant au point suivant.

716. **« Obligation de publication imposée par l'Autorité de la concurrence**

Saisie par la société Bouygues Télécom, l'Autorité de la concurrence a rendu le 13 décembre 2012 une décision par laquelle elle sanctionne les sociétés France Télécom, Orange France et SFR à un montant total de 183,127 millions d'euros pour avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles sur le marché de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine. Orange et SFR ont abusé de la position dominante que chacun d'eux détient sur les marchés de leur terminaison d'appel respective (c'est-à-dire sur la prestation d'interconnexion qu'ils offrent aux autres opérateurs pour « terminer » les appels sur leurs réseaux) en mettant en œuvre des pratiques de différenciation tarifaire excessive entre les appels « on net » (passés sur leur propre réseau) et les appels « off net » (à destination d'un réseau concurrent).

La différenciation entre les appels on net et off net mise en œuvre par Orange et SFR a freiné le développement de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile

A partir de 2005, Orange et SFR, qui détenaient respectivement 47% et 36% des parts du marché de la téléphonie mobile « grand public », ont commercialisé des offres d'abondance « on net », permettant à leurs clients d'appeler des interlocuteurs abonnés auprès du même opérateur « en illimité », c'est-à-dire pour un prix forfaitaire indépendant du nombre et de la durée des appels. Ces offres se traduisent par une différenciation tarifaire entre les appels « on net » et les appels « off net », l'avantage de l'abondance étant réservé aux seuls appels « on net ». Ces pratiques sont de nature à porter atteinte au jeu de la concurrence sur le marché de détail de la téléphonie mobile, en ce qu'elles tendent à renforcer plusieurs effets de club à l'œuvre sur ce marché au détriment des plus petits opérateurs du marché.

La différenciation entre appels « on net » et « off net » a tout d'abord amplifié artificiellement l'effet « tribu », c'est-à-dire la propension des proches à se regrouper auprès d'un même opérateur, en incitant les consommateurs à changer d'opérateur pour rejoindre celui de leurs proches. La souscription d'une offre d'abondance « on net » d'Orange ou de SFR incitait l'abonné à recommander à ses proches, et tout particulièrement aux membres de son foyer, de le rejoindre auprès de son opérateur, afin de pouvoir tirer parti de la composante d'abondance de son forfait en les appelant gratuitement « en illimité ». Cette incitation était d'autant plus forte que d'une manière générale, 70% des communications d'un abonné sont destinées à ses trois interlocuteurs favoris. Une fois les « tribus » regroupées, elles se sont trouvées durablement « verrouillées » auprès de leur opérateur, du fait de l'augmentation des coûts de sortie encourus par les abonnés aux offres d'abondance « on net » comme par leurs proches qui souhaitaient souscrire une nouvelle offre auprès d'un opérateur concurrent. En effet, la différenciation entre appels « on net » et « off net » décourage tout changement d'opérateur ayant pour conséquence de faire perdre à l'abonné ou à ses proches fidèles à l'opérateur d'origine la possibilité d'appeler et d'être appelé « en illimité ». Ainsi, les pratiques mises en œuvre par Orange et SFR ont eu pour effet de dégrader la fluidité du marché de détail, en rendant plus difficile la migration des clients vers un autre opérateur en place, et d'élever les barrières à l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché.

Par ailleurs, la différenciation entre appels « on net » et « off net » était de nature à renforcer l'effet « de réseau » lié à la taille du parc d'abonnés des opérateurs. En effet, le

consommateur est incité à choisir, toutes choses étant égales par ailleurs, l'offre d'abondance « on net » de l'opérateur qui dispose de la part de marché la plus importante, afin de maximiser ses chances de trouver des interlocuteurs abonnés auprès du même opérateur que le sien, et, partant, de tirer davantage profit de la composante d'abondance « on net » de son forfait. En l'absence de réponse adéquate, le lancement des offres d'abondance « on net » aurait pu se traduire par la migration progressive de la clientèle vers les opérateurs disposant des parcs d'abonnés les plus importants, et par l'éviction des plus petits opérateurs du marché. Le troisième opérateur du marché, Bouygues Télécom, ne disposant pas d'un parc d'abonnés suffisant pour commercialiser avec succès ses propres offres d'abondance « on net » s'est donc vu contraint de commercialiser des offres d'abondance « cross net », permettant à ses clients d'appeler des interlocuteurs « en illimité », même s'ils étaient abonnés auprès d'un réseau concurrent. Or de telles offres ont eu pour effet d'élever significativement les coûts de Bouygues Télécom et d'affaiblir sa capacité à animer la concurrence sur le marché. La nécessité de répliquer au lancement des offres d'abondance « on net » par le lancement d'offres d'abondance « cross net » s'est en effet traduit pour Bouygues Télécom par l'augmentation des appels passés par ses abonnés vers les réseaux concurrents, et, partant, des charges de terminaison d'appel qu'elle devait verser à Orange et SFR pour rémunérer les appels terminés sur les réseaux respectifs de ces deux opérateurs.

Dès lors qu'elles dégradaient la situation concurrentielle des plus petits opérateurs, les plus susceptibles de chercher à dynamiser le marché, les pratiques mises en œuvre par les deux principaux acteurs du marché tendaient ainsi à modifier la structure de la concurrence en diminuant la pression concurrentielle qui s'exerçait sur Orange et SFR sur le marché de détail de la téléphonie mobile.

Orange et SFR n'ont pas démontré que la différenciation tarifaire entre les appels « on net » et « off net » était objectivement justifiée, par exemple par une différence entre les coûts encourus pour fournir les deux types d'appel. Elles n'ont pas non plus démontré qu'elle serait indispensable à la réalisation de gains d'efficience l'emportant sur ses effets anticoncurrentiels et retransmis aux consommateurs, dès lors notamment que les deux opérateurs auraient pu commercialiser des offres d'abondance « cross net », ne donnant lieu à aucune différenciation entre les deux types d'appels.

Des sanctions proportionnées à la gravité des faits, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation d'Orange et de SFR

Pour la détermination des sanctions, l'Autorité de la concurrence s'est appuyée sur la méthode précisée dans son communiqué du 16 mai 2011, dans le respect du principe de proportionnalité et des critères définis par le code de commerce.

L'Autorité a pris en considération le caractère certain de gravité des faits, s'agissant de pratiques tarifaires abusives tendant à affaiblir, voire à exposer les concurrents de plus petite taille à une éviction du marché de détail de la téléphonie mobile en élevant significativement leurs coûts. Elle a cependant tenu compte de l'importance modérée du dommage causé à l'économie en l'espèce, la société Bouygues Télécom ayant notamment été en mesure de se maintenir sur le marché au moyen de la commercialisation d'offres d'abondance cross net.

L'Autorité a également pris en compte les éléments propres au comportement et à la situation individuelle de chaque entreprise, notamment le fait que chacune d'elles était ou

appartenait à un groupe de dimension mondiale, possédait des activités diversifiées et disposait de ressources très importantes. Le montant de la sanction imposée à France Télécom intègre une majoration de 50 % due à la réitération, en raison de six infractions au droit de la concurrence similaires déjà commises par l'entreprise au cours des quinze dernières années. Par ailleurs, l'Autorité a retenu, à l'égard des deux opérateurs, l'existence d'une circonstance atténuante : la progressivité de la baisse des plafonds de tarifs de terminaison d'appel imposés par la régulation sectorielle a créé en effet un intérêt économique transitoire des opérateurs à inciter leurs clients à passer des appels « on net ». A ce titre, l'Autorité a diminué le montant des sanctions imposées aux deux entreprises de 50%.

L'Autorité a en conséquence infligé les sanctions pécuniaires suivantes :

- 117 419 000 euros aux sociétés Orange France et France Télécom, se répartissant comme suit : 78 279 000 euros infligés conjointement et solidairement aux sociétés Orange France et France Télécom, et 39 140 000 euros infligés à la société France Télécom ;*
- 65 708 000 millions d'euros à la société SFR.*

Le texte intégral de la décision de l'Autorité de la concurrence est disponible sur le site : www.autoritedelaconcurrence.fr ».

DÉCISION

Article 1er : Il est établi que la société Orange France, en tant qu'auteur des pratiques, et la société France Télécom, en sa qualité de société mère de la société Orange France, ont enfreint les dispositions de l'article 102 TFUE et l'article L. 420-2 du code de commerce en mettant en œuvre, depuis avril 2005, une différenciation tarifaire abusive entre les appels *on net* vers le réseau d'Orange, et les appels *off net* à destination des réseaux concurrents.

Article 2 : Il est établi que la société Société Française du Radiotéléphone - SFR a enfreint les dispositions de l'article 102 TFUE et l'article L. 420-2 du code de commerce en mettant en œuvre, depuis avril 2005, une différenciation tarifaire abusive entre les appels *on net* vers son propre réseau, et les appels *off net* à destination des réseaux concurrents.

Article 3 : Eu égard aux infractions visées aux articles 1^{er} et 2, sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- 117 419 000 euros aux sociétés Orange France et France Télécom, se répartissant comme suit : 78 279 000 euros infligés conjointement et solidairement aux sociétés Orange France et France Télécom et 39 140 000 euros infligés à la société France Télécom ;
- 65 708 000 euros à la société Société Française du Radiotéléphone - SFR.

Article 4 : Il est enjoint aux sociétés Orange France et SFR de prendre toutes mesures utiles pour mettre fin aux infractions visées aux articles 1^{er} et 2 et de s'abstenir à l'avenir de mettre en œuvre des pratiques ayant un objet ou un effet équivalent. Il est également enjoint à ces sociétés de porter à la connaissance des abonnés aux offres *on net* visées par la présente décision qu'ils disposent de la faculté de résilier leur abonnement sans indemnité et à tout moment, eu égard au constat d'infraction au droit de la concurrence effectué par l'Autorité de la concurrence. Les sociétés Orange France et SFR devront soumettre pour approbation à l'Autorité de la concurrence le contenu de la communication prévue par le point précédent au plus tard le 15 janvier 2013, puis rendre compte de l'exécution des mesures décrites ci-dessus auprès de l'Autorité de la concurrence au plus tard le 30 mars 2013.

Article 5 : Les personnes morales visées à l'article 3 feront publier à leurs frais, au prorata des sanctions prononcées, le texte figurant au point 716 de la présente décision dans les éditions papier d'« *Aujourd'hui en France* » et du « *Parisien* », en respectant la mise en forme. Cette publication interviendra dans un encadré en caractères noirs sur fond blanc de hauteur au moins égale à trois millimètres sous le titre suivant, en caractère gras de même taille : « *Décision de l'Autorité de la concurrence n° 12-D-24 du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine* ». Elle pourra être suivie de la mention selon laquelle la décision a fait l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris si de tels recours sont exercés. Les personnes morales concernées adresseront, sous pli recommandé, au bureau de la procédure, copie de ces publications, dès leur parution et au plus tard le 30 mars 2013.

Délibéré sur le rapport oral de M. Sylvain Moll, rapporteur, et l'intervention de Mme Virginie Beaumeunier, rapporteure générale, par M. Bruno Lasserre, président, président de séance, et Mmes Françoise Aubert et Elisabeth Flüry-Hérard, vice-présidentes, Mmes Reine-Claude Mader-Saussaye et Pierrette Pinot ainsi que MM. Yves Brissy et Noël Diricq, membres.

La secrétaire de séance,
Caroline Orsel-Sébès

Le président,
Bruno Lasserre

© Autorité de la concurrence

LEXIQUE

Appel on net : communication entre deux clients d'un même réseau.

Appel off net : communication entre deux clients de réseaux concurrents.

Churn (taux de *churn*) : part des clients résiliant leur abonnement chaque mois.

Effet de club (ou effet de réseau) : mécanisme d'externalité positive qui prévoit que l'utilité d'un bien ou d'un service pour un consommateur dépend du nombre des autres utilisateurs. Dans le secteur des télécommunications, les effets de club peuvent prendre deux formes, celle d'un effet statistique ou celle d'un effet tribu. La première traduit le fait que l'usage du réseau d'un opérateur de téléphonie suscite pour le consommateur une satisfaction croissante avec le nombre d'abonnés de ce réseau, indépendamment de l'identité des nouveaux abonnés, et la seconde que cette satisfaction est d'autant plus importante que l'abonné supplémentaire du réseau est un proche du consommateur.

Effet statistique : effet de club lié aux parts de marché respectives des opérateurs. Cet effet se traduit par l'incitation du consommateur à choisir, toutes choses étant égales par ailleurs, l'offre d'abondance *on net* de l'opérateur qui dispose de la part de marché la plus importante, afin de maximiser ses chances de trouver des interlocuteurs abonnés auprès du même opérateur que le sien, et, partant, de tirer davantage profit de la composante d'abondance *on net* de son forfait. L'effet de club statistique est d'autant plus puissant qu'il revêt un caractère à la fois dynamique et cumulatif : on parle alors d'effet « boule de neige ».

Effet tribu : effet de club lié à la propension naturelle des proches à s'abonner auprès du même opérateur. Cet effet s'explique par le mécanisme de prescription à l'œuvre sur le marché de détail de la téléphonie mobile à destination d'une clientèle résidentielle, particulièrement important au sein des foyers, qui favorise la constitution de « tribus » de proches, abonnés auprès du même opérateur.

Hérisson : solution d'arbitrage permettant de contourner l'interconnexion auprès des opérateurs mobiles, par le recours à des équipements pourvus de carte SIM, permettant de transformer des appels fixe vers mobile en appels mobile vers mobile.

MVNO (Mobile Virtual Network Operator) : opérateur mobile virtuel. A la différence des opérateurs mobiles de réseau (en métropole : Orange France, SFR, Bouygues Télécom), les MVNOs ne disposent pas de ressources en fréquences. Pour fournir le service mobile au client final, ils utilisent le réseau radio d'un opérateur mobile de réseau.

Offre d'abondance : offre de téléphonie mobile permettant d'appeler des interlocuteurs pour un prix forfaitaire indépendant du nombre et de la durée des appels. Ces offres sont généralement restreintes à quelques numéros ou ne sont utilisables que sur des plages horaires bien définies (les « plages d'abondance »).

Offre d'abondance on net (ou offres *on net* illimité) : offres dont la composante d'abondance est limitée aux appels *on net*. Certaines offres d'abondance *on net* portent sur l'ensemble des clients d'un même opérateur ; d'autres sont restreintes à un certain nombre de clients d'un même opérateur.

Offre d'abondance cross net (ou offres *cross net* illimité, ou offres d'abondance *all net*) : offres dont la composante d'abondance vise des appels à destination de tous les réseaux de téléphonie mobile métropolitains.

Solde d'interconnexion : différence entre les charges d'interconnexion payées par un opérateur de téléphonie mobile à ses concurrents, au titre du trafic sortant à destination de leurs réseaux respectifs, et les revenus d'interconnexion perçus auprès des concurrents, au titre du trafic entrant sur son propre réseau.

Terminaison d'appel : prestation d'interconnexion offerte par tout opérateur aux autres opérateurs, fixes ou mobiles.

Annexe :

Méthodologie suivie par l'Autorité pour l'évaluation des distorsions de flux de trafic

717. La description de l'évolution des flux de trafic *on net*, *off net* et vers les téléphones fixes et l'évaluation des distorsions de flux de trafic constatés à la suite du lancement des offres d'abondance *on net* d'Orange et de SFR, a fait l'objet d'un débat contradictoire fourni entre les services de l'Autorité et les entreprises mises en cause tout au long de la procédure, notamment en ce qui concerne le traitement des données utilisées pour y procéder. L'objet de la présente annexe est de présenter la méthodologie suivie dans la décision de l'Autorité, dont les résultats sont présentés aux points 215. et s., en précisant les modalités selon lesquelles les observations des entreprises ont été prises en compte.

a) Les principales étapes du débat contradictoire

718. Pour décrire les évolutions de flux de trafic et évaluer les conséquences financières des distorsions de flux de trafic pour Bouygues Télécom, les services d'instruction de l'Autorité ont utilisé, au stade de la notification de griefs du 5 août 2011, les données publiques issues de l'Observatoire des marchés de l'ARCEP.

Observations des parties en réponse à la notification de griefs

719. Les entreprises mises en cause ont critiqué les modalités d'exploitation de ces données dans leurs observations à la notification de griefs.
720. SFR, France Télécom et Orange ont fait valoir que les données utilisées pour établir les courbes d'évolution des flux de trafic seraient antérieures à la fin du régime du « *bill and keep* ». Selon les mises en cause, la fin du régime du « *bill and keep* » aurait entraîné une migration des parcs de hérissons, autrefois *cross net*, qui auraient alors été remplacés par des hérissons *on net*. Cette migration expliquerait l'inflexion des flux de trafic observée après 2005, avec une hausse du trafic *on net* et une baisse du trafic *off net*. Les entreprises ont fait valoir que la baisse du trafic *on net* observée en 2009 serait attribuable à la disparition des hérissons *on net*.
721. France Télécom et Orange ont également indiqué que les données de l'ARCEP utilisées incluaient la clientèle des entreprises, alors que le marché de détail retenu pour analyser les pratiques était limité au marché des offres destinées à une clientèle résidentielle. Elles ont indiqué que la prise en compte de la clientèle professionnelle aboutirait à une surestimation des volumes de trafic *on net*.

Prise en compte des observations des parties

722. Pour évaluer l'effet des offres d'abondance *on net* sur l'évolution des flux de trafic, et notamment sur le trafic *off net*, il convient en effet d'utiliser, dans la mesure du possible, des données correspondant au seul marché des offres accessibles à une clientèle résidentielle et de gommer l'impact des hérissons sur les flux de trafic.
723. Cependant, les données publiques issues de l'Observatoire des marchés de l'ARCEP concernent le trafic total de chaque opérateur, en distinguant les volumes de trafic *on net* et de trafic *off net*. Elles ne permettent en revanche pas d'identifier la part du trafic résidentiel dans ce trafic total, ni celle issue des trafics de hérisson. Des demandes de renseignements ont donc été adressées à Orange et SFR par les services de l'Autorité pour obtenir des

informations détaillées permettant d'identifier les volumes de trafic résidentiel, non résidentiel et les trafics de hérißon. Une nouvelle évaluation des évolutions de flux de trafic a été effectuée au stade du rapport du 25 avril 2012 sur le fondement des données communiquées par les opérateurs.

L'utilisation des données communiquées par les parties

724. En ce qui concerne la distinction des trafics émanant respectivement de la clientèle résidentielle et de la clientèle des entreprises, Orange et SFR ont indiqué ne pouvoir être en mesure d'identifier clairement que les seules données relatives aux offres de flotte utilisées par les entreprises. Faute d'éléments plus précis, le trafic hors flottes est donc utilisé par l'Autorité dans sa décision pour évaluer le trafic résidentiel.
725. En ce qui concerne les hérißons, il convient de rappeler que ceux-ci étaient, pour l'essentiel, exploités de manière commerciale et connue des opérateurs mobiles, sur la base d'abonnements spécifiques. Il existait également des hérißons dits « pirates », utilisant des offres de détail des opérateurs mobiles sans que ceux-ci n'en soient informés.
726. Les données communiquées par Orange et SFR en réponse à la notification de griefs⁵³ permettent d'identifier le trafic issu des hérißons exploités de manière commerciale mais pas celui des hérißons pirates. Les hérißons pirates n'apparaissent néanmoins pas avoir représenté une part significative du trafic de hérißon global. Il est en outre vraisemblable que ces hérißons pirates utilisaient des abonnements professionnels, qui présentaient des tarifs à la minute nettement plus avantageux que ceux des offres résidentielles, de sorte qu'ils n'ont eu qu'un effet très limité sur l'évolution du trafic *off net* résidentiel. Si SFR a fait valoir qu'une certaine quantité de trafic hérißon proviendrait d'offres résidentielles, l'entreprise n'a apporté aucun élément de justification concret à cet égard. Enfin, par définition, les opérateurs mobiles ne maîtrisent pas les hérißons pirates et il n'y a donc pas de raison de penser que les opérateurs aient été en mesure de faire migrer ces hérißons d'offres *cross net* vers des offres *on net*, de sorte que l'évolution du trafic *off net* ne paraît pas avoir pu être modifiée par ces hérißons pirates.
727. Orange a indiqué ne pas être en mesure de distinguer le trafic *on net* du trafic *off net* dans le trafic global des hérißons, ni de fournir de données antérieures au second trimestre de l'année 2005. Cette seconde limite est particulièrement importante car au 1^{er} janvier 2005 le régime du « *bill and keep* » a laissé place à un régime de facturation standard entre les opérateurs mobiles, avec pour conséquence de faire disparaître l'intérêt de détenir des hérißons *cross net* (générant beaucoup de trafic *off net*), seuls les hérißons *on net* conservant un intérêt. Les données communiquées par Orange ne permettent donc pas de mettre en évidence le processus de migration évoqué par les opérateurs.
728. SFR a indiqué être uniquement en mesure d'indiquer qu'en 2006, le trafic des hérißons utilisant des offres résidentielle s'établissait à près de 45 millions de minutes par mois, sans toutefois pouvoir distinguer les parts respectives du trafic *on net* et *off net* dans ce trafic global.

Observations des parties en réponse au rapport

729. Les entreprises mises en cause ont émis de nouvelles objections concernant l'exploitation des données de trafic dans leurs observations au rapport.

⁵³ Cotes 42768, 44969, 42762, 42763, 42760 et 42761.

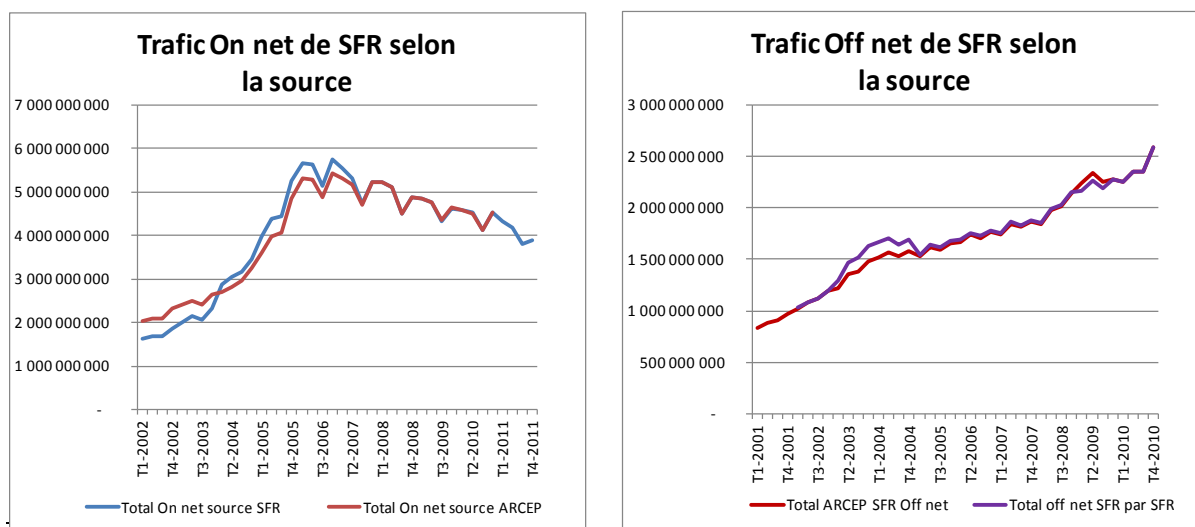
730. France Télécom et Orange ont indiqué qu'il convenait également de retirer du trafic total issu des données de l'ARCEP le trafic *off net* issu des hérissons Coriolis⁵⁴. Coriolis étant alors une société de commercialisation de services (SCS), son trafic était inclus dans le trafic total déclaré par Orange auprès de l'ARCEP. Leur prise en compte conduirait à abaisser la tendance du seul trafic résidentiel et à la rapprocher du trafic effectif.
731. SFR a indiqué pour sa part qu'il convenait de prendre en compte d'autres facteurs de nature à expliquer l'évolution du trafic *off net*, et notamment l'évolution du parc des clients résidentiels.
732. Il y a lieu, ainsi que le font valoir France Télécom et Orange, de prendre en compte le trafic des hérissons Coriolis, celui-ci n'étant pas comptabilisé, selon les mises en cause, dans les volumes de trafic non résidentiel précédemment communiqués aux services de l'Autorité. Il convient également de prendre en compte l'évolution du parc des clients non résidentiels pour apprécier les effets des offres d'abondance *on net* sur les flux de trafic. Les données communiquées par les mises en cause concernant l'évolution étant incomplètes sur ce point, il est nécessaire d'estimer les données manquantes.

b) Evaluation des flux de trafic résidentiel *on net* et *off net* d'Orange et de SFR

733. La méthodologie suivie par l'Autorité pour évaluer les flux de trafic résidentiel *on net* et *off net* d'Orange et de SFR est explicitée ci-après.

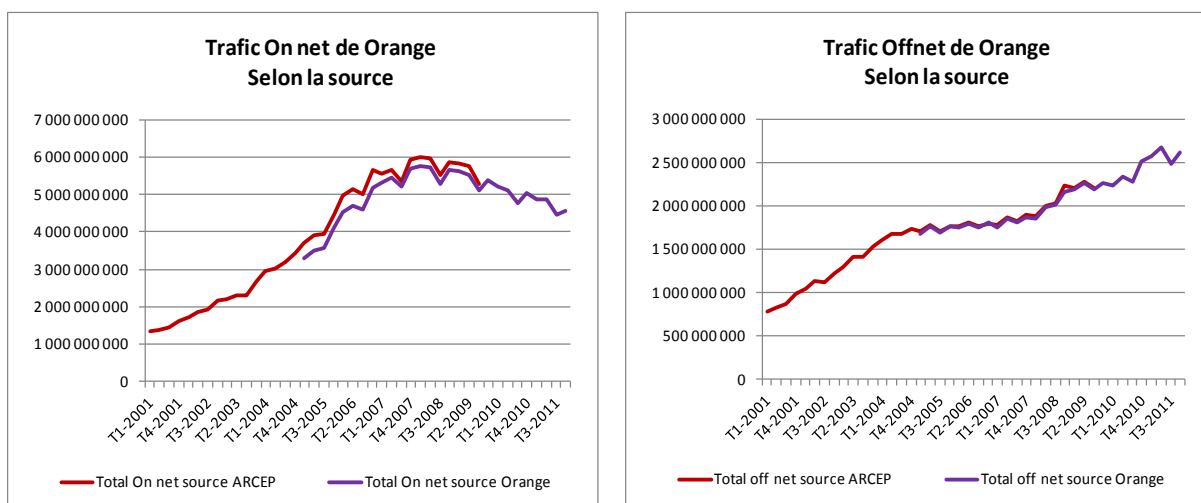
Les incohérences entre les données communiquées par les parties et les données de l'ARCEP

734. La confrontation des données communiquées par les mises en cause avec les données publiques issues de l'Observatoire des marchés de l'ARCEP met en évidence d'importantes incohérences.
735. Les tableaux ci-dessous présentent l'évolution des flux de trafic *on net* et *off net* de SFR comprenant les trafics issus de la clientèle résidentielle et de la clientèle professionnelle. Les courbes bleues sont obtenues à partir des données communiquées par SFR et correspondent à la somme des trafics résidentiel et non résidentiel pour chaque type d'appel. Les courbes rouges retracent les données officielles de l'Observatoire des marchés de l'ARCEP (trafic *on net* total et trafic *off net* total).



⁵⁴ Les volumes de trafic issu des hérissons Coriolis figurent à la cote VC 48376.

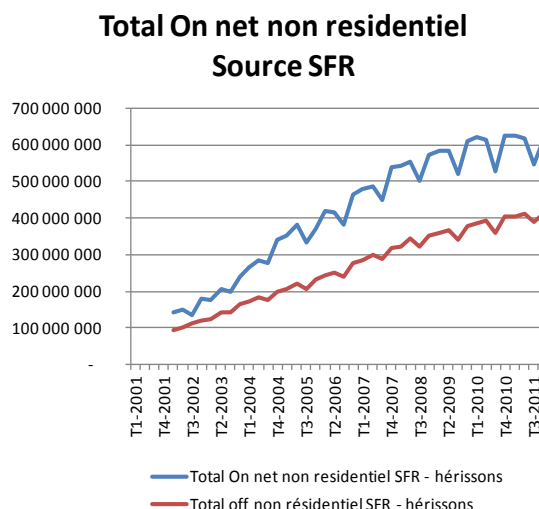
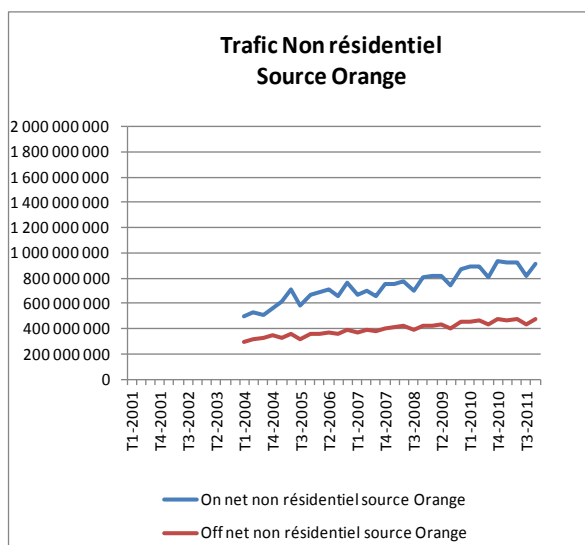
736. S'agissant du trafic total *on net*, bien que les données communiquées par l'opérateur et les données officielles de l'ARCEP soient identiques entre 2007 et 2011, il n'en est pas de même s'agissant de la période antérieure à 2007. Les chiffres communiqués par SFR sont tantôt inférieurs (avant 2004) et tantôt supérieurs (entre 2004 et 2007) aux chiffres officiels, les différences pouvant être extrêmement importantes. Il en est de même s'agissant du trafic total *off net*. Les chiffres communiqués par SFR sont supérieurs aux chiffres de l'ARCEP, en particulier entre 2002 et 2005. Or il s'agit précisément des années au cours desquelles le trafic de hériçon *cross net* importe particulièrement pour déterminer le montant de la rétention de trafic *off net* de SFR vis-à-vis Bouygues Télécom.
737. Les tableaux ci-dessous présentent l'évolution des flux de trafic *on net* et *off net* d'Orange comprenant les trafics issus de la clientèle résidentielle et de la clientèle professionnelle. Les courbes bleues sont obtenues à partir des données communiquées par Orange (en prenant en compte le trafic des hériçons Coriolis) et correspondent à la somme des trafics résidentiel et non résidentiel pour chaque type d'appel. Les courbes rouges retracent les données officielles de l'Observatoire des marchés de l'ARCEP (trafic *on net* total et trafic *off net* total).



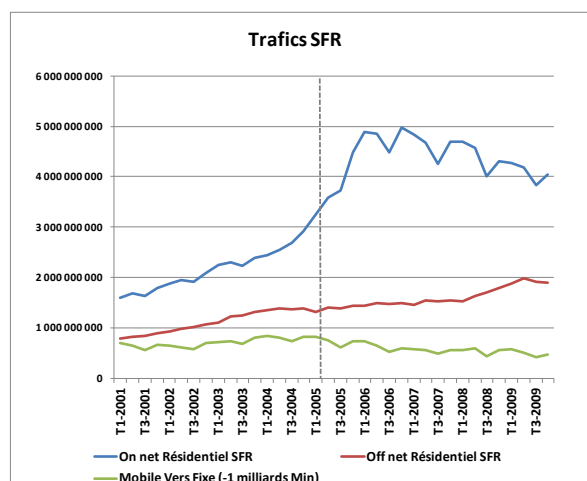
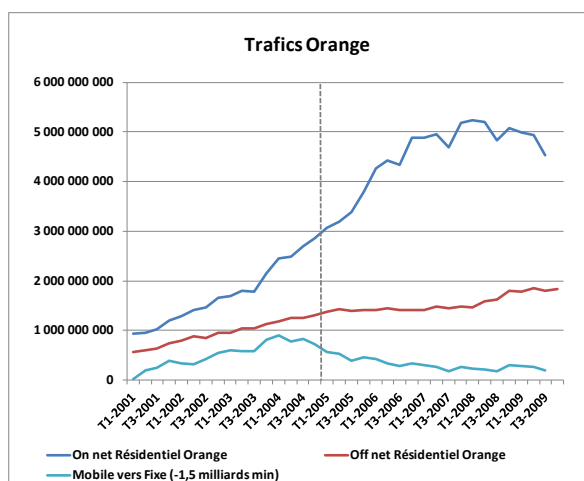
738. Des discordances entre les données communiquées par l'opérateur et les données de l'ARCEP apparaissent donc d'agissant du trafic *on net*.

Les données retenues par l'Autorité

739. Compte tenu des incohérences présentées ci-dessus, l'Autorité a privilégié les données de l'ARCEP, dont la fiabilité ne peut être contestée, de préférence à celles des mises en cause.
740. Les données communiquées par les mises en cause ont été utilisées pour (i) déterminer la part du trafic résidentiel dans les trafics *on net* et *off net* et (ii) prendre en compte le trafic issu des hériçons. S'agissant de la prise en compte des hériçons, les volumes de trafic non résidentiel ont été corrigés dans le cas de SFR, alors que dans le cas d'Orange, le trafic total a été corrigé.
741. L'observation des données communiquées tant par Orange que par SFR met en évidence un comportement très homogène des trafics non résidentiels, *on net* et *off net*, des deux opérateurs :



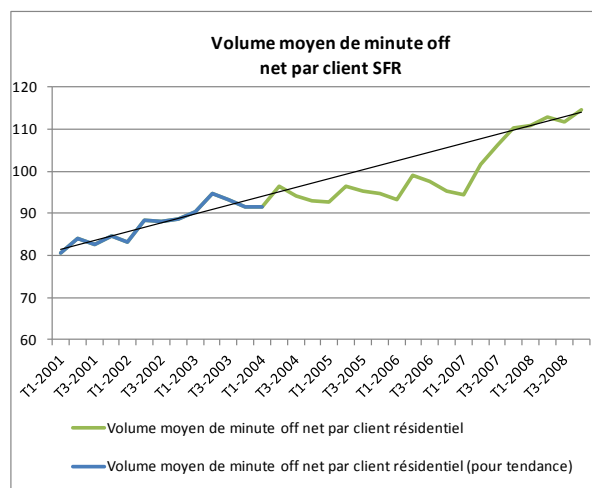
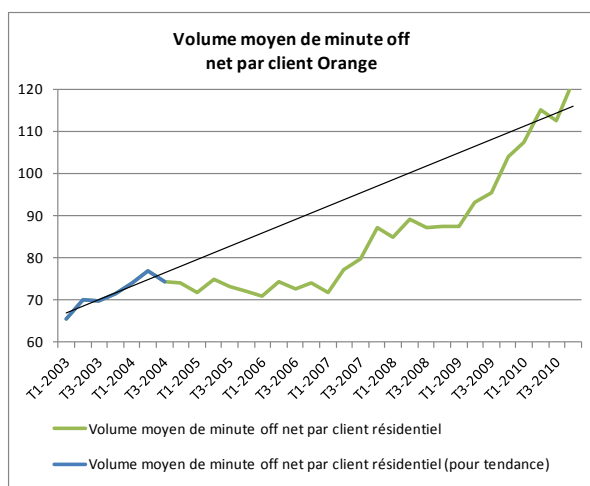
742. Ce comportement très homogène des trafics non résidentiels justifie que les volumes de trafic résidentiels soient évalués par différence avec les volumes de trafic total issus de l'Observatoire des marchés de l'ARCEP. Il permet également de procéder à l'évaluation des volumes de trafic résidentiel dès 2001.
743. Les volumes de trafic résidentiel ainsi déterminés sont présentés aux points 219 et 221 de la décision. Ils ont également été utilisés par l'Autorité pour procéder à l'évaluation de la rétention de trafic *off net* d'Orange et de SFR vis-à-vis de Bouygues Télécom.
744. Les graphiques suivants présentent l'évolution, entre 2001 et 2009, des flux de trafic *on net* et *off net* émanant de la clientèle résidentielle d'Orange et de SFR, déterminés conformément à la méthodologie exposée ci-dessus, ainsi que l'évolution du trafic des deux opérateurs à destination des téléphones fixes :



c) Evaluation de la rétention de trafic *off net* d'Orange et de SFR

745. L'évaluation de la rétention de trafic *off net* des deux opérateurs vis-à-vis de Bouygues Télécom présentée aux points 227 et 229 de la décision a été effectuée en tenant compte

des observations de SFR relatives à la prise en compte de l'évolution du parc des clients résidentiels au cours de la période en cause. Bien qu'en augmentation, le parc des clients résidentiels d'Orange comme celui de SFR a tendance à s'accroître moins vite au cours du temps. La situation de référence a donc été établie en considérant non plus le trafic *off net* résidentiel mais le nombre moyen de minutes *off net* émis par les clients de chacun des opérateurs. L'écart entre la tendance observée avant la généralisation des offres *on net* et l'évolution effective du nombre moyen de minutes *off net*, permet de déterminer la rétention de trafic *off net*.



746. Le montant des recettes de terminaison d'appel non perçu par les opérateurs concurrents du fait de la rétention de trafic *off net* ainsi observée est déterminée en multipliant cet écart de tendance par le nombre de clients en parc de chacun des deux opérateurs, puis par les montants des tarifs de terminaison d'appel appliqués par les opérateurs au cours de la période en cause. Le montant des recettes de terminaison d'appel non perçu par Bouygues Télécom du fait de la rétention de trafic *off net* d'Orange et de SFR peut être déterminé sur la base des flux de trafic bilatéraux entre opérateurs⁵⁵.
747. La rétention de trafic *off net* d'Orange vis-à-vis de ses deux concurrents peut ainsi être évaluée à près 340 millions d'euros entre 2005 et 2009, dont 140 millions d'euros vis-à-vis de Bouygues Télécom. La rétention de trafic *off net* de SFR vis-à-vis de ses deux concurrents peut quant à elle être évaluée à près 110 millions d'euros entre 2005 et 2009, dont 42 millions d'euros vis-à-vis de Bouygues Télécom.

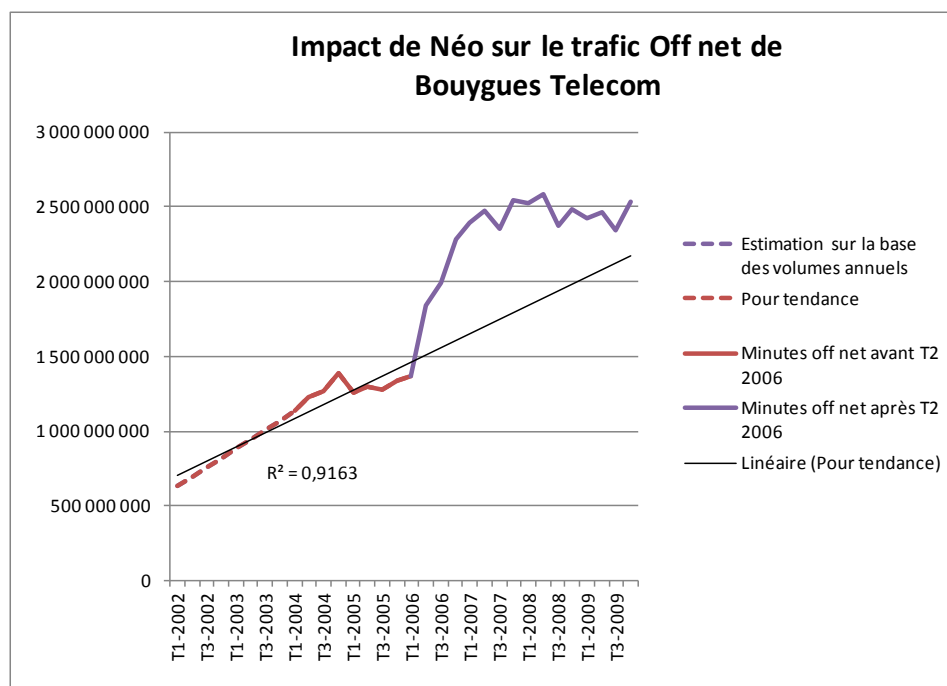
d) L'évolution du trafic *off net* de Bouygues Télécom à la suite du lancement des offres *cross net* « Neo »

748. L'augmentation des dépenses de terminaison d'appel liées à la commercialisation des offres « Neo » de Bouygues Télécom présentée au point 535 de la décision a été évaluée à partir des données communiquées par l'opérateur relatives aux volumes de trafic *off net* générés par ses offres accessibles à la clientèle résidentielle, par comparaison entre le trafic *off net* effectivement enregistré et la tendance observée entre 2002 et 2006.

⁵⁵ Cotes 39372 à 39374

749. Cette évaluation ne tient pas compte d'un éventuel tassement dans le rythme de recrutement des abonnés de Bouygues Télécom, contrairement à celle qui a été effectuée pour l'estimation de la rétention de trafic *off net* d'Orange et SFR. La méthode mise en œuvre est donc relativement conservatrice et les résultats obtenus sont favorables aux entreprises mises en cause.

750. Les résultats sont présentés dans le graphique ci-dessous :



751. La mise sur le marché des offres « Neo » a conduit à une augmentation sensible du trafic *off net* de Bouygues Télécom entre le second trimestre 2006 et la fin de l'année 2009, de près de 3,8 milliards de minutes vis-à-vis d'Orange et de près de 4,5 milliards de minutes vis-à-vis de SFR. Compte tenu des charges de terminaison d'appel facturées par les opérateurs de téléphonie mobile au cours de cette période, cette augmentation du trafic *off net* correspond à une augmentation des charges de terminaison d'appel versées à Orange de près de 270 millions d'euros et de 323 millions d'euros s'agissant des charges versées à SFR, soit près de 593 millions d'euros au total.