



**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 (commission permanente),

Vu la lettre, enregistrée le 5 décembre 2008 sous les numéros 08/111 F et 08/112 M, par laquelle la société SFR a saisi le Conseil de la concurrence de 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) qu'elle estime anticoncurrentielles et a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce ;

Vu les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne ;

Vu le livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ;

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 2009-0059 adopté par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) le 27 janvier 2009 sur le fondement des dispositions de l'article R. 463-9 du Code de commerce ;

Vu les observations présentées par les sociétés France Télécom et SFR ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 09-DSADEC-10, 09-DSADEC-12, 09-DSADEC-13, 09-DSADEC-20 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société SFR et du groupe France Télécom entendus lors de la séance du 4 mars 2009 ;

Les représentants de l'ARCEP entendus lors de la séance du 4 mars 2009 sur le fondement de l'article L. 463-7 alinéa 2 du Code de commerce ;

Adopte la décision suivante :

## I. Constatations

### A. LA SAISINE

1. Par lettre enregistrée le 5 décembre 2008, la société SFR a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom concernant l'offre Unik proposée par Orange qu'elle estime contraires aux articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du Traité CE. En outre, sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce, la société SFR a demandé au Conseil de la concurrence de prononcer des mesures conservatoires visant à faire cesser l'offre promotionnelle '*Unik pendant douze mois à un euro*'.
2. La société SFR considère que le groupe France Télécom est dominant sur les marchés de détail de l'accès à Internet à haut débit et de la téléphonie mobile ainsi que sur le marché de gros de la terminaison d'appel à destination du réseau mobile d'Orange. Selon SFR, le groupe France Télécom abuserait de cette puissance de marché en proposant une offre incitant « *ses clients à ne satisfaire leurs besoins en service d'Internet haut débit et de téléphonie mobile qu'auprès de lui, et in fine en les empêchant de s'approvisionner auprès des concurrents* ». Le groupe France Télécom bénéficierait d'un double effet de club grâce à sa forte position sur ces deux marchés lui permettant de « *faire jouer à plein les effets de levier entre ces deux marchés, dont seul Orange est en mesure de bénéficier* ». Par ailleurs, l'offre Unik serait abusive en ce qu'elle proposerait des appels illimités vers les fixes et les seuls mobiles Orange. SFR estime qu'une telle offre d'abondance '*on net*' génère des « *effets club artificiels* » qui ne peuvent être endigués par les opérateurs ayant une plus faible part de marché que par des offres "*cross net*" (tous réseaux) beaucoup plus coûteuses. Enfin, SFR estime que l'option Unik pendant douze mois à un euro génère pour les concurrents d'Orange un effet de ciseau entre, d'une part, le tarif de terminaison d'appel sur le réseau Orange, et d'autre part, le tarif de détail particulièrement bas de cette offre, effet susceptible de contribuer à l'éviction de ses concurrents sur le marché des services de téléphonie mobile.

### B. LE SECTEUR

#### 1. ÉVOLUTION DU SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

3. Le secteur des services de téléphonie fixe et mobile à la clientèle résidentielle est caractérisé par un rythme rapide d'innovations, technologiques et commerciales. L'offre '*Unik*' d'Orange s'inscrit dans ce mouvement avec deux caractéristiques essentielles : d'une part, il s'agit d'une offre de convergence fixe/mobile ; d'autre part, elle fait partie des offres d'abondance mobiles '*on net*'.

#### *Le développement d'offres de convergence*

4. Le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion de souligner que « *le caractère intégré de certains opérateurs, présents à la fois sur les marchés de la téléphonie fixe et sur ceux de la téléphonie mobile, favorise en effet le développement de ces offres de convergence tendant à l'optimisation de l'utilisation des réseaux et des boucles locales* » (avis n° [07-A-05](#) du 19 juin 2007, point 9).
5. Dans l'avis qu'elle a rendu au Conseil pour la présente affaire, l'ARCEP expose que « *depuis 2003-2004, les opérateurs télécoms développent et lancent commercialement des*

*offres unissant des services fixes et mobiles, dénommées 'offres de convergence fixe-mobile' permettant à un abonné de téléphoner depuis son mobile en substituant à la boucle locale radio de l'opérateur mobile une boucle locale WiFi d'un réseau fixe. [...] De manière plus générale, la diffusion des offres donnant la possibilité de passer des appels sur réseau fixe depuis un terminal mobile permettent aux opérateurs de réseaux mobiles de répondre aux offres de voix sur Internet (VoIP, VLB) depuis des 'box' ».*

6. Il convient de distinguer les offres reposant sur une convergence technique de celles ne présentant qu'un lien commercial. Ainsi, si l'option '*Unik*' d'Orange permet d'acheminer des appels mobiles par des réseaux fixes et réalise une convergence technique, en revanche, l'option '*Happy Zone*' de SFR propose une tarification avantageuse pour les appels depuis la zone du domicile mais achemine l'ensemble des appels par les seuls réseaux mobiles (GSM/3G). Comme le souligne l'ARCEP dans son avis, « *à ce jour, l'offre Unik semble être la seule offre représentative d'une véritable convergence technique et commerciale, et bénéficiant d'une base client significative* ».
7. Par ailleurs, certains opérateurs d'accès à Internet ont proposé des forfaits d'appel à destination des mobiles dans leurs offres multiservices à haut débit (offres "*tripleplay*") afin de répondre à une appétence grandissante des consommateurs pour les appels émis depuis le domicile vers les mobiles. En effet, il ressort de différentes études qu'entre 25 et 30 % des appels passés depuis un terminal mobile le sont depuis le domicile du consommateur. Ainsi, par exemple, Alice (Free) propose un service "*tripleplay*" classique à 29,95 €/mois avec la possibilité de choisir une formule comprenant en outre un forfait de quatre heures d'appels vers les mobiles gratuitement pendant les douze premiers mois puis facturé 10 €/mois. Bouygues Télécom a lancé, à la fin du mois d'octobre 2008, une offre d'accès Internet multiservices avec sa '*B.box*' comprenant un forfait d'appels vers les mobiles.

#### ***Le développement des offres mobiles d'abondance 'on net'***

8. Les offres d'abondance '*on net*' sont apparues dès la fin de l'année 1999 avec la gamme des forfaits Millenium proposée par Bouygues Télécom offrant des appels illimités vers les fixes métropolitains et les mobiles de son réseau le week-end. SFR a répliqué très rapidement avec un forfait « *soir et week-end gratuit* » offrant des appels illimités vers les fixes métropolitains et les mobiles de son réseau, le soir à partir de 22 h et le week-end. Orange n'a proposé que plus tard, en 2003, des forfaits « *Infini* » offrant des appels illimités vers les fixes métropolitains et les mobiles de son réseau le soir à partir de 22 h et le week-end.
9. Ces offres ont longtemps été réservées aux 100 000 ou 200 000 premiers souscripteurs et n'occupaient pas une place centrale dans la gamme commerciale des opérateurs. En revanche, la fin du système appelé « *Bill & Keep* », dans lequel les opérateurs mobiles ne se facturaient pas entre eux la terminaison des appels sur leurs réseaux respectifs, à la fin de l'année 2004, a coïncidé avec l'émergence dans le cœur des offres des deux principaux opérateurs d'offres illimitées pour les appels '*on net*', et notamment d'offres de type « *trois numéros 'on net' illimités* ». En effet, dès lors que les opérateurs se facturent entre eux une terminaison d'appels, les opérateurs ont un intérêt économique immédiat à inciter leurs clients à pratiquer des appels '*on net*', dont le coût de court terme pour l'opérateur est très faible, et non des appels '*off net*', dont le coût est égal à la charge de terminaison d'appels de l'opérateur de destination. En revanche, Bouygues Télécom a choisi de répliquer par des offres illimitées vers tous les numéros, quel que soit l'opérateur de destination (appels '*cross net*' ou '*all net*'), en les limitant dans le temps, estimant que sa faible part de marché rendait ses offres '*on net*' peu attractives comparées à celles de ses concurrents. Ces offres

'cross net' ont réussi à attirer des clients à fort usage et fort ARPU (*Average Revenue Per User*, revenu moyen par abonné).

## 2. LA FORTE POSITION DU GROUPE FRANCE TÉLÉCOM SUR LES MARCHÉS DE DÉTAIL DES SERVICES DE TÉLÉPHONIE MOBILE ET DE L'ACCÈS À INTERNET À HAUT DÉBIT

10. Les trois principaux opérateurs mobiles sont aujourd'hui présents sur le marché des services d'accès à Internet à haut débit. Néanmoins, Bouygues Telecom ne bénéficie que d'une très faible part de marché, ayant lancé ses services d'accès à Internet à la fin du mois d'octobre 2008. Le tableau suivant reprend les différentes parts de marché des opérateurs calculées en parc de clients actifs sur le marché résidentiel.

Opérateur	Orange	SFR Neuf	Free	Bouygues Tel.	Numéricâble
Pdm marché services de téléphonie mobile	42 à 45%	33 à 35%	/	16 à 19%	/
Pdm marché accès à Internet à haut débit	46 à 51 %	19 à 23 %	23 à 27 %	< 3%	4 à 8 %

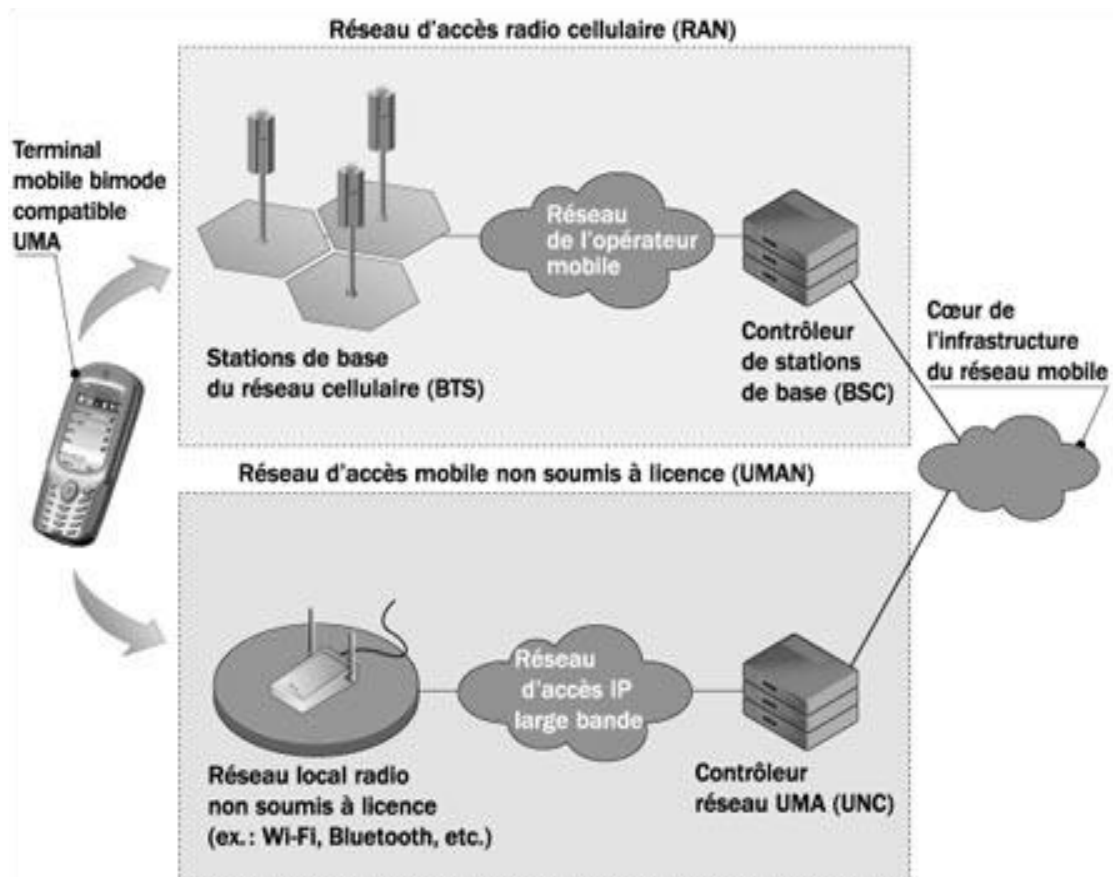
L'offre 'Unik' d'Orange

## 3. ASPECTS TECHNIQUES DE L'OFFRE UNIK

11. L'offre Unik permet de passer des appels depuis un terminal mobile (spécifique) en utilisant tantôt la boucle locale fixe (via un WiFi puis Internet), tantôt les boucles locales radios GSM/3G classiques.
12. Lorsque l'utilisateur Unik est dans la zone de réception WiFi (connexion locale sans fil d'une portée de quelques dizaines de mètres maximum) d'une Livebox identifiée ou d'un *hot spot* Orange (connexion à Internet dans un lieu public), le terminal mobile Unik le détecte et 'encapsule' les appels mobiles dans une couche UMA (*Unlicensed Mobile Access*) pour les faire transiter par Internet (flux en mode IP) vers le cœur de réseau d'Orange. Comme l'ont indiqué les représentants du groupe France Télécom lors de leur audition, « l'appel passé depuis un terminal spécifique compatible UMA appairé à une Livebox ou un hot spot Orange WiFi Access dans leur zone de couverture WiFi respective est dirigé vers cette Livebox ou ce hot spot au lieu d'emprunter la boucle locale GSM via la BTS la plus proche [...]. Il s'agit donc d'un appel mobile, qui ne mobilise pas la boucle locale mobile pour le départ d'appel mais le WiFi puis un flux IP ». Au sein du groupe France Télécom, Orange France SA (mobile) a conclu un accord avec France Télécom SA (Orange Internet) précisant les modalités et la rémunération de la prise en charge des flux UMA des terminaux Unik par les Livebox.
13. L'utilisation de cette fonctionnalité convergente d'Unik exige la détention d'un terminal spécifique qui soit non seulement capable de se connecter aux réseaux mobiles (GSM, 3G), mais aussi capable de gérer les flux UMA qui seront transportés par WiFi jusqu'à la Livebox puis en protocole IP sur Internet. A ce jour, Orange propose huit terminaux compatibles Unik sur une gamme d'une cinquantaine de terminaux. Entre le 13 novembre et le 15 décembre 2008, les ventes de terminaux Unik ont représenté moins de 6 % du total de terminaux distribués par Orange durant cette période.
14. Pour que le terminal Unik puisse passer les appels en UMA via le WiFi d'une Livebox, il est nécessaire que la clé Wep (clé d'identification, *Wired Equivalent Privacy*, composée de

25 caractères propres) de la Livebox en question ait été préalablement enregistrée dans le terminal par l'abonné. Il est possible d'enregistrer plusieurs (en général, une dizaine) clés Wep de différentes Livebox dans chaque terminal. Par ailleurs, le terminal peut aussi passer des appels en UMA lorsqu'il a détecté et s'est connecté à l'un des 30 000 *hot spot* WiFi publics d'Orange.

15. A la différence de la VoIP (Voix en protocole IP, par Internet), les flux UMA sont entièrement gérés par l'opérateur mobile qui n'utilise le WiFi et la box Internet que comme vecteur de transport : les plateformes de l'opérateur haut débit ne sont pas mobilisées. L'appel demeure un appel mobile qui est simplement 'encapsulé' dans un flux UMA qui va être orienté vers le cœur de réseau de l'opérateur mobile et sera alors traité comme tous les autres appels mobiles (GSM/3G). Par ailleurs, les flux UMA peuvent offrir davantage de qualité (priorisation des flux) et de sécurité que la VoIP. Enfin, à la différence de la VoIP, la technologie UMA permet de poursuivre une conversation alors même que l'utilisateur sort de la zone WiFi à laquelle il était connecté par un basculement automatique et sans coupure des flux vers les réseaux mobiles GSM/3G (*handover*).
16. L'utilisation de la technologie UMA fait transiter une partie des flux des appels mobiles par les réseaux fixes ce qui, d'une part, réduit les coûts de ces appels et, d'autre part, décharge les réseaux mobiles d'une partie du trafic diminuant ainsi les risques de saturation de ces derniers. Enfin, cette technologie permet d'offrir une meilleure qualité d'utilisation des services de téléphonie mobile pour les abonnés ne bénéficiant pas d'une bonne réception des réseaux mobiles à leur domicile (murs épais, zones blanches, ...).
17. Les appels entrants vers un terminal Unik passent aussi en flux UMA si l'abonné est dans la zone WiFi d'une Livebox d'un *hot spot* Orange. Ces appels entrants sont considérés comme des appels mobiles et Orange facture une terminaison d'appel mobile à l'opérateur de l'appelant.
18. Comme le souligne l'ARCEP, l'offre Unik « *constitue une innovation en termes de produits et de services pour l'utilisateur final, résultant d'un investissement et d'une prise de risque technologique tenant à une architecture reposant sur un standard technique, l'UMA, encore émergent lors de son adoption par Orange en 2006* ».



#### 4. ASPECTS COMMERCIAUX DE L'OFFRE UNIK

##### a) Les différentes options Unik

19. 'Unik' est une option proposée par Orange en complément de certains forfaits pour mobiles. Le principe de l'offre Unik d'Orange est d'offrir une tarification avantageuse lorsque les appels sont passés en flux UMA (via une Livebox ou un *hot spot* Orange). Pour bénéficier de la tarification Unik avantageuse, il convient que l'appel ait été commencé en mode UMA (peu importe qu'il se poursuive ensuite en mode GSM/3G). Lorsque l'appel est passé en mode GSM/3G, le client utilise son forfait mobile classique, lorsque l'appel est passé en mode UMA, le client bénéficie de certains appels illimités (selon l'option choisie).
20. Orange a lancé l'offre Unik le 5 octobre 2006. A vocation expérimentale, cette première offre était limitée à 100 000 souscriptions et comportait deux versions :
- une option « appels illimités vers les fixes métropolitains » pour les appels en mode UMA, pour un prix de 10 €/mois ;
  - une option « appels illimités vers les fixes métropolitains et les mobiles Orange » (dénommée 'FixOr') pour les appels en mode UMA, pour un prix de 22 €/mois.
21. Par la suite, Orange a fait évoluer l'offre Unik en baissant le prix de l'option « appels illimités vers les fixes métropolitains » à 5 €/mois au lieu de 10 €/mois et l'option « appels illimités vers les fixes métropolitains et les mobiles Orange » (FixOr) à 12 €/mois au lieu de 22 €/mois. Orange a complété la gamme Unik par une troisième option « appels illimités vers les fixes nationaux et internationaux et les mobiles Orange » à 20 €/mois. Par ailleurs, Orange a proposé une option Unik Fixor pour les forfaits bloqués ZAP (ciblant les jeunes) mais avec de l'illimité seulement de 16 h à 20 h. Enfin, Orange a rajouté le Surf sur Internet en illimité en flux UMA sur l'Internet mobile.

*Extrait de la brochure commerciale Unik d'Orange du 02/10/08 :*

forfaits bloqués Zap, l'illimité <sup>(1)</sup> de 16h à 20h, 7j/7 vers	tous les forfaits, y compris M6 mobile et Zap, l'illimité <sup>(1)</sup> 24h/24 et 7j/7 vers	tous les forfaits non bloqués, l'illimité <sup>(1)</sup> 24h/24 et 7j/7 vers	tous les forfaits non bloqués, l'illimité <sup>(1)</sup> 24h/24 et 7j/7 vers
mobiles Orange*	mobiles Orange*	mobiles Orange*	mobiles Orange*
+ fixes*	+ fixes*	+ fixes*	+ fixes*
+ surf <sup>(2)</sup>	+ surf <sup>(2)</sup>	+ surf <sup>(2)</sup>	+ surf <sup>(2)</sup>
4€/mois	5€/mois	12€/mois	20€/mois

22. Orange a par ailleurs proposé une offre appelée 'Net & Unik' pour les clients mobiles d'Orange qui souhaitent bénéficier dans le même temps d'un accès à Internet. Elle inclut un accès à Internet à haut débit sans abonnement téléphonique, la TV sur le mobile (plus de 60 chaînes incluses) ainsi que l'option 'Unik FixOr' (appels illimités vers les mobiles

Orange et les fixes métropolitains, en UMA). Cette offre est proposée à 39,90 € par mois en complément d'un forfait mobile Orange.

23. A la fin de l'année 2008, environ 300 000 clients Orange avaient opté pour Unik dont près de [0-500 000]<sup>1</sup> ayant souscrit une option Unik avec une composante d'appels illimités vers tous les mobiles Orange. A cette même date, Orange avait commercialisé moins de 30 000 offres Net & Unik.

**b) L'offre promotionnelle pour la période de Noël 2008 : 'Unik FixOr' pendant un an pour 1 €**

24. Du 13 novembre 2008 au 14 janvier 2009, Orange a lancé des offres spécifiques destinées à conquérir de nouveaux clients pour la période des fêtes de fin d'année. Ainsi, pour les nouveaux abonnés (souscription d'un nouveau contrat), Orange offrait au client de choisir un cadeau (pour un euro) parmi cinq propositions : un an de SMS et de MMS illimités vers tous les opérateurs, un an de TV illimitée sur leur mobile, un an de GPS, un an de musique à télécharger sur leur mobile, un an de l'option 'Unik FixOr'. Ces cadeaux ont été aussi proposés aux clients Orange qui montaient en gamme vers un forfait Origami et qui se réengageaient pour une période de 12 mois.
25. L'option 'Unik FixOr' a été choisie comme cadeau par moins de [0-5]<sup>2</sup> % des clients Orange bénéficiaires d'un cadeau.

## II. Discussion

### A. SUR L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

26. L'article 82 du Traité CE 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. »*. Comme le soulignent les lignes directrices de la Commission européenne relatives à la notion d'affectation du commerce (2004/C 101/07), *« 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. En général, ce comportement abusif rendra plus difficile aux concurrents d'autres pays membres la pénétration sur le marché, auquel cas les courants d'échanges sont susceptibles d'être affectés. »* (§ 93).
27. En l'espèce, les pratiques dénoncées par la saisine, si elles étaient avérées, pourraient être de nature à élever des barrières à l'entrée sur les marchés français de services de téléphonie mobile et d'accès à Internet à haut débit et à décourager les investissements en France de grands acteurs européens du secteur. Dès lors, en l'état de l'instruction, les pratiques dénoncées par la saisine sont susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire et

---

<sup>1</sup> Couvert par le secret des affaires

<sup>2</sup> Couvert par le secret des affaires

leur éventuel examen devra être conduit à l'aune de l'article 82 du Traité CE, concomitamment à l'article L. 420-2 du Code de commerce.

## **B. SUR LES PRATIQUES DÉNONCÉES**

28. L'article L. 464-1 du Code de commerce énonce que « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* ». Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 462-8 du Code de commerce.

### **1. SUR LA POSITION DU GROUPE FRANCE TÉLÉCOM SUR LES MARCHÉS CONCERNÉS**

#### ***Sur le marché des services d'accès à Internet à haut débit***

29. Dans sa saisine, SFR soutient que France Télécom détient une position dominante sur le marché de l'accès à Internet à haut débit non seulement en raison de sa part de marché « *proche de 50 %* » par rapport à celle d'environ 20 % de ses principaux concurrents (Free et SFR) mais aussi « *de la disproportion des moyens financiers entre Orange et ses concurrents, ainsi que de son statut d'ancien opérateur historique* ». SFR souligne par ailleurs que, malgré des prix sensiblement plus élevés que les autres opérateurs, Orange réussit à augmenter sa part de marché, déjà beaucoup plus élevée que celle de ses concurrents, ce qui caractérise sa capacité à s'abstraire des contraintes d'une concurrence effective.
30. Dans ses observations, France Télécom expose que les investissements du groupe pour proposer des services d'ADSL et de télévision sur l'ensemble du territoire, que les autres opérateurs ont fait le choix de ne pas réaliser, la conduit, dans la plupart des zones rurales à être le seul fournisseur d'accès Internet (FAI) présent mais qu'« *en revanche, dans les zones urbaines denses, France Télécom ne conquiert qu'une faible minorité du parc ADSL* ». France Télécom en conclut que « *le marché de l'accès aux offres multiservices ADSL se caractérise donc par une concurrence fluide et des concurrents puissants, maîtres de leur stratégie de développement. Là où ils choisissent d'être présents, ils ne sont manifestement pas entravés par une quelconque capacité de France Télécom à s'abstraire de leur concurrence* ». Par ailleurs, France Télécom explique qu'en raison d'une péréquation tarifaire nationale, « *France Télécom applique effectivement des tarifs plus élevés que ceux de ses concurrents dans les zones denses* » et que « *cet écart tarifaire reçoit bien dans ces zones une sanction immédiate de la clientèle puisque France Télécom y dispose de positions beaucoup plus faibles que sur le reste du territoire* ».
31. Comme le Conseil de la concurrence l'a déjà exposé, « *la délimitation des marchés pertinents peut varier au fil du temps, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution, du côté de la demande ou de l'offre se modifient. C'est le cas du secteur des télécommunications dans lesquels les évolutions technologiques et commerciales sont rapides* » (décision n° [04-D-48](#) du 14 octobre 2004, point 169). Cette analyse est confirmée s'agissant des marchés du haut débit. Alors que sur la période 2001-2002, le Conseil de la concurrence identifiait un marché des offres d'accès à l'Internet haut débit (décision n° [07-D-33](#)), il a été conduit plus récemment à estimer qu'il n'était pas exclu « *qu'il existe un marché de l'accès haut débit aux offres multiservices des opérateurs ADSL, constitué par les offres combinant un accès haut débit à Internet, des services de téléphonie et de télévision sur IP, et incluant sans doute dans un*



*futur proche la téléphonie mobile* » (décision n° [08-D-10](#) statuant sur une demande de mesures conservatoires).

32. Comme l'illustre l'offre Unik mise en cause dans la présente affaire, les évolutions technologiques et commerciales évoquées ci-dessus se poursuivent à un rythme rapide et pourraient remettre en cause les délimitations précédemment retenues par le Conseil. A ce stade de l'instruction, cette question peut toutefois être laissée ouverte.
33. De la même façon, la forte position de France Télécom sur les offres multiservices d'accès haut débit à Internet invite à mener une instruction approfondie pour apprécier dans quelle mesure l'opérateur historique est effectivement en mesure de s'abstraire de la contrainte concurrentielle des autres opérateurs du marché.

#### ***Sur le marché des services de téléphonie mobile***

34. SFR considère dans sa saisine qu'Orange occupe une position dominante sur le marché de détail de la téléphonie mobile, notamment en raison d'une part de marché de 43,8 % contre 34 % pour SFR et 17,4 % pour Bouygues Télécom à la fin de l'année 2007.
35. Dans ses observations, le groupe France Télécom fait valoir que « *la part de marché en valeur (hors MVNO) d'Orange doit être légèrement inférieure à 40 %, approximativement à égalité avec celle de SFR, tandis que Bouygues se situerait à environ 20 %* » et que « *SFR et Orange réalisent sur le marché des chiffres d'affaires comparables et appartiennent tous deux à des groupes puissants* ». Elle souligne par ailleurs qu'« *Orange et SFR sont entrés sur le marché de détail de la téléphonie mobile en même temps en 1991 et qu'il n'y a donc sur ce marché aucun opérateur historique* ».
36. Si le Conseil de la concurrence a, jusqu'à présent, identifié un marché des services de téléphonie mobile distinct du marché des services de téléphonie fixe, il a également souligné que « *la frontière entre les services de téléphonie mobile et les services de téléphonie fixe devient de plus en plus poreuse, d'une part, du fait du développement d'offres de convergence, d'autre part, en raison du lancement d'offres purement mobiles concurrençant directement les offres fixes* » (avis n° [07-A-05](#) du 19 juin 2007). La présente affaire met bien en exergue les interactions de plus en plus étroites entre les marchés de téléphonie fixe et mobile, puisque l'option Unik permet à des appels mobiles de transiter par une boucle locale fixe et concurrence directement certaines offres de communication des opérateurs fixes. La question de la délimitation des marchés pertinents pour l'appréciation de la puissance de marché de France Télécom en matière d'offres de téléphonie mobile devra tenir donc compte de l'apparition de ce type d'offres. A ce stade de l'instruction, cette question peut cependant être laissée ouverte.
37. Sur le marché tel que délimité jusqu'à présent, le Conseil n'a pas considéré qu'Orange détenait une position dominante. En effet, bien qu'une part de marché inférieure à 50 % ne soit pas un obstacle pour caractériser une position dominante, particulièrement lorsque l'entreprise en cause appartient à un grand groupe de dimension internationale, présent sur de nombreux marchés du secteur, la présence sur le marché de SFR, qui dispose d'atouts concurrentiels comparables, rend peu probable la détention par Orange d'une position lui permettant de s'abstraire de la pression de ses concurrents.

#### ***Sur le marché de la terminaison des appels sur son réseau***

38. Dans sa saisine, SFR estime qu'Orange jouit d'une position dominante sur le marché de sa propre terminaison d'appel.

39. Dans ses observations, le groupe France Télécom expose que « *dès lors que de tels marchés pertinents de terminaison d'appel [mobile] sont reconnus, il apparaît pour l'heure difficile d'échapper à la dominance* ». Néanmoins, France Télécom observe que « *SFR est elle-même en position dominante sur le marché de sa propre terminaison d'appel et qu'une telle dominance lui crée les mêmes obligations qu'Orange* ».
40. Dans la décision n° [04-D-48](#) du 14 octobre 2004 (points 158 et s.), le Conseil a estimé que sont pertinents les trois marchés amont de terminaison des appels correspondant aux trois réseaux GSM en service. Chacun des trois opérateurs, en monopole sur la terminaison d'appel sur son propre réseau, est donc en position dominante sur ce marché. Cette position a été réaffirmée dans les avis du Conseil n° [04-A-17](#) du 14 octobre 2004 et n° [07-A-05](#) du 19 juillet 2007, rendus à l'ARCEP dans le cadre de l'analyse des marchés de terminaison d'appel sur les réseaux mobiles. A ce stade, aucun élément du dossier n'invite à reconsidérer ces analyses.

## **2. SUR L'EFFET DE LEVIER GÉNÉRÉ PAR L'OFFRE UNIK ENTRE LE MARCHÉ DES ACCÈS INTERNET HAUT DÉBIT ET LE MARCHÉ DES SERVICES DE TÉLÉPHONIE MOBILE**

41. Dans sa saisine, SFR fait valoir que le groupe France Télécom utilise ses fortes parts de marché sur les marchés de la téléphonie mobile et de l'accès à Internet à haut débit pour fidéliser le client au sein du seul 'réseau Orange' : « *il y a une pratique fidélisante lorsqu'un opérateur historique incite ses clients actuels et potentiels, directement ou indirectement, au moyen d'une offre à 1 euro, à ne satisfaire leurs besoins en service d'accès Internet haut débit et de téléphonie mobile de détail qu'auprès de lui, et in fine, en les empêchant de s'approvisionner auprès des concurrents* ». SFR souligne que « *la forte position d'Orange sur ces deux marchés combinée à cette offre convergente entre ces derniers lui permet de faire jouer à plein les effets de levier entre ces deux marchés, dont seul Orange est en mesure de bénéficier* ».
42. France Télécom considère, en réponse, qu'un tel effet ne peut être constaté en l'absence de position dominante sur le marché de l'accès aux offres multiservices haut débit et de lien de connexité entre les deux marchés. Il affirme qu'en tout état de cause, les sociétés de son groupe « *ont mené une démarche d'interopérabilité préalablement au lancement d'Unik, auprès de tout opérateur haut débit susceptible d'être intéressé par l'offre Unik d'Orange, et auprès de tout opérateur mobile susceptible de vouloir développer sa propre offre UMA via une Livebox* ».
43. Toutefois, les liens entre les différents marchés des communications électroniques et singulièrement entre le marché des offres multiservices à haut débit, d'une part, et le marché des services de téléphonie mobile, d'autre part, sont de plus en plus étroits, notamment en raison de l'émergence d'offres globales permettant de répondre à l'ensemble des besoins du consommateur en services de communications électroniques. L'entrée de Bouygues Télécom (opérateur mobile) sur le marché des offres multiservices à haut débit à l'automne dernier, ainsi que la candidature du groupe Iliad/Free (opérateur internet) à l'acquisition d'une licence d'opérateur mobile soulignent cette tendance marquée du secteur. Dès lors, et à ce stade de l'instruction, il ne peut être exclu que les liens de connexité entre le marché des offres multiservices à haut débit, d'une part, et le marché des services de téléphonie mobile, d'autre part, soient suffisants pour qu'un opérateur puisse s'appuyer sur sa position dominante sur l'un de ces marchés pour fausser la concurrence sur l'autre. France Télécom pourrait ainsi utiliser sa forte position sur le marché des offres multiservices à haut débit, si elle était caractéristique d'une position dominante, pour conférer un avantage anticoncurrentiel à sa filiale mobile Orange.

44. Néanmoins, la commercialisation d'offres dites « de convergence », associant des services mobiles et des services d'accès à Internet, ne constitue pas, en elle-même, un usage abusif d'une position dominante. De telles offres, particulièrement lorsqu'elles reposent sur une innovation technologique, peuvent en effet contribuer à créer des gains d'efficacité susceptibles de bénéficier aux consommateurs finaux. En l'espèce, la technologie UMA permet d'utiliser les boucles locales fixes moins encombrées et offre aux utilisateurs une grande souplesse de déplacement et la possibilité de choisir le mode de communication le moins onéreux sans couper leurs appels.
45. De plus, il ressort du dossier que France Télécom a proposé, en octobre 2005, aux opérateurs mobiles concurrents de les mettre en mesure de commercialiser des offres comparables via les *Livebox*. Orange a également proposé aux opérateurs d'accès à Internet à haut débit de rendre compatible leur propre « *box* » avec les terminaux Unik. Des discussions se sont engagées sur cette base avec SFR. Après différents échanges et une réunion entre les deux opérateurs à la fin de l'été 2006, ces discussions se sont espacées à partir du mois d'octobre 2006 concomitamment au lancement par SFR de l'option 'Happy Zone' reposant sur une convergence mobile/téléphonie sur Internet purement commerciale. Au mois de mai 2008, une réunion bilatérale entre SFR et France Télécom a clos ces échanges autour du dossier UMA.
46. L'initiative du groupe France Télécom de solliciter, préalablement au lancement de l'offre Unik, les opérateurs tiers pour envisager d'éventuels partenariats permettant une interopérabilité notamment entre le parc de Livebox et les flux UMA des terminaux d'autres opérateurs qu'Orange, souligne, a priori, l'absence de volonté du groupe France Télécom d'user de sa forte position sur le marché de l'accès à Internet à haut débit pour conférer un avantage à sa filiale mobile. Comme l'indique l'ARCEP dans son avis, « *ces démarches semblent traduire une absence de volonté de discrimination technique d'Orange* ». Il est donc peu probable, à ce stade de l'instruction, que le lancement de l'offre Unik puisse être considéré comme un abus du seul fait qu'elle couple prestations de téléphonie mobile et d'accès à Internet à haut débit. Il conviendra seulement, dans l'analyse de « *l'effet de levier* » que dénonce SFR, de vérifier les conditions concrètes dans lesquelles l'offre d'interopérabilité mentionnée ci-dessus a été proposée aux concurrents. La saisissante a, en effet, souligné en séance le manque de clarté de ces propositions.

### **3. SUR L'EFFET CLUB ARTIFICIEL ET L'EFFET DE CISEAU TARIFAIRE LIÉS AUX APPELS 'ON NET' ILLIMITÉS COMPRIS DANS L'OFFRE MISE EN CAUSE**

47. Dans sa saisine, SFR expose qu'« *en proposant des appels illimités vers tous les numéros Orange, l'objectif d'Orange est de maximiser les appels vers les abonnés de son propre réseau, et plus particulièrement de renforcer l'effet club, tout en verrouillant son parc d'abonnés. Ces effets club artificiels conjugués à la discrimination tarifaire sur laquelle ils reposent sont particulièrement nuisibles pour les autres opérateurs mobiles et Internet présents sur le marché* ». SFR précise, par ailleurs, que « *la seule réplique commercialement satisfaisante consisterait donc pour un opérateur concurrent d'Orange à proposer une offre illimitée vers au moins 42 % des abonnés mobiles, ce qui le contraindrait à ajouter à son propre réseau un accès à d'autres réseaux sur lesquels il devrait payer une terminaison d'appel* ». Selon SFR, l'offre promotionnelle de l'option Unik FixOr pendant 12 mois à un euro « *conduit à un effet de ciseau important, de l'ordre de cinq euros par mois et par client* ».

48. SFR expose, par ailleurs, qu'« *un opérateur qui entend répliquer à l'offre Unik 1 euro se trouvera dans une situation proprement incroyable : d'une part, il se heurtera [...] à un ciseau tarifaire de la part d'Orange ; mais, d'autre part, il engendrera lui-même un effet de ciseau auquel se heurteront ses concurrents s'ils essaient de proposer des appels illimités off net vers son propre réseau* ». SFR précise qu'elle se conforme à la décision Ténor (décision n° [04-D-48](#) du 14 octobre 2004, point 212) dans laquelle elle avait été invitée par le Conseil, si elle estimait qu'un concurrent mettait en œuvre une pratique de ciseau tarifaire, à « *saisir les autorités concurrentes [...] plutôt que d'y répondre par sa propre pratique d'un effet de ciseau [...]* ».
49. Dans ses observations, le groupe France Télécom fait valoir que « *les offres de type 'appels illimités vers tous numéros Orange' demeurent bien des offres qui s'adressent à des clubs restreints quoique peut-être supérieurs à trois correspondants (famille plus nombreuse, cercle restreint d'amis...)*. [...] *La question de la reproductibilité de telles offres est ainsi indépendante de la taille du parc de l'opérateur qui la porte* » en soulignant que les usages des abonnés à des offres '*illimitées vers trois numéros Orange*' étaient sensiblement similaires à ceux des abonnés à des offres '*illimitées vers tous les mobiles Orange*'. Par ailleurs, France Télécom soutient que les différenciations tarifaires sont parfaitement justifiées lorsqu'elles reposent sur l'existence de critères objectifs. Or, selon France Télécom, « *il n'est pas douteux que la terminaison d'un appel on net sur son propre réseau coûte moins cher à l'opérateur de ce réseau que le tarif de la terminaison d'un appel 'off net'*. Il convient en effet de bien distinguer coûts et tarifs de terminaison d'appel ». France Télécom poursuit en précisant que « *les opérateurs mobiles ne se paient pas leur tarif de terminaison d'appel à eux mêmes pour leurs appels 'on net'*. Aussi, ce n'est pas parce que deux opérateurs, SFR et Orange en l'occurrence, ont le même tarif de terminaison d'appel, qu'en termes de coûts un appel on net ne coûte pas systématiquement moins cher à l'opérateur qu'un appel 'off net' ». Au final, pour le groupe France Télécom, ces offres d'abondance '*on net*' ne génèrent aucun effet club particulier et permettent de restituer aux consommateurs l'écart entre les coûts incrémentaux de ces appels '*on net*' et leur propre tarif de terminaison d'appel.
50. Concernant les allégations relatives à la pratique de ciseau tarifaire, le groupe France Télécom souligne que « *le test de ciseau ne peut être réalisé que par référence à une pratique qui a persisté dans le temps et qui met en cause les équilibres de marché* », ce qui ne serait pas le cas en l'espèce puisque l'offre promotionnelle 'Unik à un euro' n'a duré que trois mois et n'a été souscrite que par quelques milliers d'abonnés. Contestant la méthodologie suggérée dans la saisine, le groupe France Télécom expose que l'offre promotionnelle 'Unik à un euro' ne met pas en œuvre de ciseau tarifaire et n'a pu avoir aucun effet sur le marché.
51. 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. Cette différenciation tarifaire peut être justifiée par l'existence de niveaux de charges de terminaison d'appel différents. Actuellement, les opérateurs de téléphonie mobile se facturent entre eux une terminaison d'appel de 6,5 cts pour Orange et SFR et de 8,5 cts pour Bouygues Telecom. La différenciation peut toutefois excéder celles des charges de terminaison d'appel. En tout état de cause, les offres d'Orange incluent les appels vers le réseau SFR dans les appels '*off-net*', alors que la charge de terminaison d'appel des deux opérateurs est la même.

52. Comme le confirment les observations d'Orange, les opérateurs mobiles justifient cette différenciation par le fait que la terminaison des appels sur leur propre réseau représente pour eux un coût très faible, représenté par l'amortissement à long terme des coûts fixes liés au déploiement et à l'entretien de leur réseau, alors que les appels vers les réseaux tiers se traduisent par le paiement des charges de terminaison d'appel à leurs concurrents. Plus la différence entre les coûts réels de terminaison d'appel et les charges de terminaison d'appel que se facturent entre eux les opérateurs est grande, plus les opérateurs ont intérêt à encourager leurs abonnés à concentrer leurs appels sur les appels 'on net', afin de minimiser les transferts financiers vers leurs concurrents. Des prix moins élevés pour les appels 'on net' se traduisent donc par une distorsion des flux d'appels.
53. Sur un marché sur lequel les parts détenues par les différents opérateurs sont asymétriques, cette différenciation peut de plus renforcer les « effets club », c'est-à-dire encourager les consommateurs à s'abonner auprès de l'opérateur du réseau le plus vaste. Cet effet avait déjà été envisagé par le Conseil de la concurrence, notamment dans la décision [02-D-69](#) du 26 novembre 2002 (point 25) : « *la différenciation tarifaire peut 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. Ces effets sont de nature à limiter l'interopérabilité des réseaux et donc 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. Cet effet devrait être d'autant plus important que Orange France détient une part de marché beaucoup plus élevée que celle de chacun de ses deux concurrents* ». De la même façon, l'ARCEP estime dans l'avis rendu dans la présente affaire que « *lorsque les parts de marché sont asymétriques (comme c'est le cas notamment en métropole), l'effet club crée au contraire un handicap pour les plus petits opérateurs, enfermant ces derniers dans un 'cercle vicieux' qui découle directement de la position dominante des opérateurs sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal [...]* ».
54. L'ARCEP tente d'ailleurs de prévenir un tel comportement en imposant aux opérateurs une obligation de non discrimination (décision n° 2007-0810 fixant le principe et les modalités de la régulation ex ante des prestations de terminaison d'appel des opérateurs mobiles) : « *l'application d'une obligation de non-discrimination permet de garantir que les entreprises puissantes sur un marché de gros ne faussent pas la concurrence sur un marché de détail, 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. [...] L'obligation de non discrimination vise principalement dans ce cas à éviter que les opérateurs mobiles n'augmentent leurs charges vis-à-vis d'opérateurs acheteurs dont le pouvoir de négociation serait moindre, ou qu'ils n'avantagent leurs propres unités d'affaires, leurs partenaires ou leurs filiales en concurrence avec les autres acheteurs de terminaison d'appel vocal. De telles pratiques auraient pour effet de fausser le jeu de la concurrence entre les opérateurs sur les marchés de détail. [...] Ainsi, un opérateur puissant n'est pas autorisé à pratiquer des conditions artificiellement différenciées, notamment lorsque la prestation d'interconnexion fournie est la même [...]* ». Le développement des offres d'abondance 'on net' peut faire douter de la réalité de la mise en œuvre de cette obligation par les opérateurs qui ne peuvent, en tout cas, comme le fait France Télécom dans ses observations (paragraphe 49), invoquer le fait que la différenciation repose sur l'existence d'un critère objectif.
55. Comme cela a déjà été précisé ci-dessus, les offres d'abondance 'on net' se développent en raison de l'existence d'une marge élevée entre leurs coûts réels de terminaison et les charges de terminaison d'appel. Or, ces charges de terminaison d'appel sont des prix sur

lesquels aucune pression concurrentielle ne s'exerce, chaque opérateur de téléphonie mobile détenant un monopole sur le marché de la terminaison des appels sur son réseau. A ce titre, ces charges de terminaison d'appel sont d'ailleurs plafonnées par le régulateur sectoriel. Si l'effet club généré par les offres d'abondance '*on net*' était confirmé, il pourrait donc être analysé comme l'exercice du pouvoir de marché par les opérateurs sur le marché de leur terminaison d'appel.

56. 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. Comme l'a souligné une partie de la littérature économique, une telle pratique peut permettre à l'opérateur dominant sur le marché amont de conforter, voire de renforcer, sa position sur le marché aval<sup>3</sup>.
57. Il ne peut donc être exclu, à ce stade de l'instruction, que l'offre 'Unik' dénoncée par SFR, en obligeant les opérateurs victimes d'un effet club à répliquer par des offres « cross net », et donc à acheter des volumes de terminaison d'appel plus élevés à leurs concurrents, soit de nature à fausser le jeu de la concurrence sur le marché des services de téléphonie mobile et à constituer un abus de la position dominante détenue par Orange sur le marché de sa terminaison d'appel.
58. Les offres d'abondance 'on net' pourraient également aller jusqu'à générer un effet de ciseau tarifaire, dans la mesure où l'espace économique entre la terminaison d'appel facturée par l'opérateur et le prix de détail résultant de ses offres d'abondance 'on net' serait réduit au point de ne plus permettre à ses concurrents de couvrir les autres coûts liés à la production de ces appels. La Cour de cassation a récemment souligné qu'« *une pratique de 'ciseau tarifaire' a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes ; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du 'ciseau tarifaire' leurs sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval* » (arrêt du 3 mars 2009). 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. Dans le cas de marchés intégrés, l'opérateur dominant, et a fortiori monopolistique, sur le marché amont bénéficie du pouvoir de récupérer le coût de cette stratégie grâce aux profits qu'il réalise sur la prestation amont.
59. Pour établir une pratique de ciseau tarifaire, le test du 'concurrent hypothétique aussi efficace' a été retenu par les autorités de concurrence tant nationales que communautaires et validé par les juridictions. Récemment, le TPICE a précisé que « *le caractère abusif des pratiques tarifaires d'une entreprise dominante est en principe déterminé par référence à sa propre situation et, partant, par référence à ses propres tarifs et coûts, et non par référence à la situation des concurrents actuels ou potentiels* » (arrêt du 10 avril 2008, Affaire T-271/03, point 188). Le Tribunal en a conclu que « *dès lors qu'il y a lieu d'examiner si la requérante elle-même ou une entreprise aussi efficace qu'elle, aurait été en mesure de proposer ses services aux abonnés autrement qu'à perte, de tels tarifs afférents à des prestations intermédiaires internes, l'argument de la requérante selon lequel ses concurrents ne cherchent pas à reproduire sa propre structure de clientèle et peuvent tirer des recettes supplémentaires provenant de produits novateurs qu'eux seuls offrent sur le marché [...] est inopérant* » (Ibidem, point 194).

---

<sup>3</sup> Salop et Scheffman, "Raising rivals' cost" (AER (1983), 73 : 267-271) ; Salop et Krattenmaker, "Anticompetitive exclusion : Raising rivals' cost to achieve power over price" (Yale Law Journal (1986), 96 : 209-293).



60. En l'espèce, le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion (avis n° [05-A-10](#), point 26) de qualifier les terminaisons d'appel de « *facilité essentielle* » qui « *permet d'imposer aux opérateurs de boucle locale de terminer les appels à des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires* ». Toutefois, le périmètre des coûts et des revenus à prendre en compte dans un test de ciseau tarifaire pose de nombreuses questions méthodologiques qui ne peuvent trouver une réponse suffisamment étayée à ce stade de l'instruction. Dès lors, même si les tests menés par l'instruction au terme d'une analyse *prima facie* semblent conclure à l'absence de pratique de ciseau tarifaire, une analyse au fond est nécessaire.

### C. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

61. Dans sa saisine, SFR demande que le Conseil :

« - oblige Orange à fixer, si possible, au plus tard le 20 décembre 2008 le prix de l'Offre Unik 1 euro à un niveau ne comportant aucun risque d'effet de ciseau, quelle que soit la technique de calcul retenue de façon à permettre à ses concurrents de répliquer sans courir aucun risque de sanction ;

- oblige Orange à rendre, si possible, le 20 décembre 2008 au plus tard les offres Unik 1 euro non-discriminatoires, en permettant aux nouveaux abonnés Unik, lorsqu'ils utilisent le mode Wi-Fi, d'appeler tous les réseaux mobiles dans les mêmes conditions ;

- obliger Orange à annuler les offres Unik 1 € ayant été souscrites par les abonnés, si possible, avant le 20 décembre 2008 ;

- interdire à Orange de proposer des offres similaires dans le futur. ».

62. Au terme de l'article L. 464-1 du Code de commerce, « *le Conseil de la concurrence peut [...] prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante [...]. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* ».
63. Dans une précédente affaire (décision n° [00-MC-06](#) du 18 mai 2000), le Conseil de la concurrence a estimé que des mesures conservatoires qui interviendraient trop tard pour redresser une situation ne sont plus nécessaires et ne peuvent, par conséquent, être accordées. En l'espèce, la société SFR a saisi le Conseil de la concurrence le 5 décembre 2008 à propos de l'offre promotionnelle d'Unik à 1 € dont la commercialisation a été lancée le 13 novembre 2008 et s'est achevée le 14 janvier 2009. L'offre 'Unik à un euro' n'étant plus commercialisée depuis le 14 janvier 2009, il n'existe plus de nécessité de prononcer des mesures conservatoires visant à modifier ou à faire cesser cette offre temporaire. Dans ses observations, la société SFR reconnaît d'ailleurs qu'elle « *a bien conscience qu'une partie des mesures conservatoires qu'elle avait demandées dans sa plainte sont devenues obsolètes [...]* ».
64. Néanmoins, la société SFR maintient, dans ses observations, sa demande de mesures conservatoires, notamment pour que le Conseil de la concurrence « *interdise à Orange France de proposer, dans le futur, des offres similaires, à savoir des offres 'on-net tous numéros illimités' quasi-gratuites et prenne toute mesure nécessaire afin d'assurer une concurrence effective sur les marchés de la téléphonie mobile et de l'Internet* ».



65. Dans ses écritures, le groupe France Télécom soutient que « *le Conseil n'intervient, en matière contentieuse, que pour sanctionner un comportement passé qu'il estime contraire aux règles de concurrence. Corrélativement, son pouvoir d'injonction ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour remédier aux conséquences de la pratique qu'il a préalablement jugée restrictive de concurrence* » et que dès lors, « *le Conseil ne saurait prononcer le type de mesures générales et indéterminées sollicitées* ». France Télécom expose qu'au-delà des limites des compétences d'attribution du Conseil, les pratiques dénoncées n'ont pu en aucune manière porter une atteinte grave et immédiate au secteur des télécommunications et aux intérêts des consommateurs, notamment parce « *qu'aucune commercialisation d'offres similaires n'est envisagée à court ou moyen terme* ».
66. Dans plusieurs rapports annuels (rapport annuel 1998, p. XII, rapport annuel 2007, p. 47), le Conseil de la concurrence a souligné que « *s'il importe que, dans certains cas, le Conseil puisse intervenir en 'gelant' une situation afin d'éviter qu'une pratique très vraisemblablement anticoncurrentielle porte une atteinte immédiate et difficilement réversible, ou même irréversible, au mécanisme concurrentiel, il n'en reste pas moins que l'utilisation de cette faculté d'intervention doit rester strictement limitée* ». En effet, les mesures conservatoires que peut prononcer l'Autorité de la concurrence ne visent pas à prévenir un risque de perturbation potentielle du jeu concurrentiel mais ont vocation à répondre à une atteinte existante, grave et immédiate par des mesures d'urgence nécessaires pour éviter des conséquences difficilement réversibles et préserver ainsi la pleine effectivité de l'application du droit de la concurrence dans l'attente de la décision au fond.
67. Si la régulation *ex ante* mise en œuvre par les autorités sectorielles a vocation à fixer des règles censées éviter la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, les autorités de concurrence ne sanctionnent qu'*ex post* de telles pratiques passées ou existantes. Les mesures conservatoires prononcées par l'Autorité de la concurrence ne visent pas à encadrer de manière générale le comportement des opérateurs mais à faire face à une atteinte grave et immédiate résultant de la mise en œuvre d'une pratique spécifique mise en œuvre à un moment et sur un marché précis, dans des circonstances particulières.
68. En l'espèce, il ressort des pièces du dossier que l'option Unik FixOr (qui offre des appels illimités vers l'ensemble des fixes métropolitains et les seuls mobiles du réseau Orange) n'a été souscrite que par moins de [0-500 000]<sup>4</sup> clients à la fin de l'année 2008 et qu'à la même période, l'offre promotionnelle à un euro, dénoncée dans la saisine, n'a été choisie que par moins de [0-5 000]<sup>5</sup> abonnés. Ces chiffres sont à mettre en perspective par rapport au parc de 58 millions de lignes mobiles en France au quatrième trimestre 2008 (Observatoire des marchés de l'ARCEP). Dès lors, eu égard au très faible nombre d'abonnés concernés par l'offre dénoncée ainsi qu'à l'absence de toute dynamique commerciale de celle-ci, aucune atteinte grave et immédiate au secteur des communications électroniques, à l'intérêt des consommateurs ou à la situation de la société SFR, auteur de la saisine, ne peut être constatée. La seule circonstance que, si une offre similaire venait à être de nouveau proposée, elle risquerait de porter une atteinte grave et immédiate au secteur notamment, n'est pas suffisante pour envisager le prononcé de mesures conservatoires à ce stade. En conséquence, la demande de mesures conservatoires présentée par la société SFR doit être rejetée.

---

<sup>4</sup> Couvert par le secret des affaires

<sup>5</sup> Couvert par le secret des affaires

## DÉCISION

**Article 1** : La demande de mesures conservatoires présentée par la société SFR, enregistrée sous le numéro 08/0112 M, est rejetée.

**Article 2** : Il y a lieu de poursuivre l'instruction de l'affaire au fond enregistrée sous le n° 08/0111F.

Délibéré sur le rapport oral de M. Antoine Darodes de Tailly, par M. Bruno Lasserre, président, président de séance, Mme Françoise Aubert, vice-présidente, Mme Pierrette Pinot, membre.

La secrétaire de séance,  
Véronique Letrado

Le président,  
Bruno Lasserre

---

© Autorité de la concurrence