

**Décision n° 14-D-10 du 25 septembre 2014
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des réseaux
et des services de communications mobiles**

L'Autorité de la concurrence (Section V),

Vu les lettres enregistrées le 29 avril 2014, sous les numéros 14/0041F et 14/0042 M, par lesquelles la société Orange a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés SFR et Bouygues Télécom dans le secteur de la téléphonie mobile 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 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ;

Vu le livre IV du code de commerce modifié ;

Vu l'avis n° 2014-0657 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 10 juin 2014 rendu sur le fondement des dispositions de l'article R. 463-9 du code de commerce ;

Vu les observations présentées par Orange, SFR et Bouygues Télécom ;

Vu les décisions de secret d'affaires n° 14-DSA-159, 14-DSA-160, 14-DSA-162, 14-DSA-169, 14-DSA-172, 14-DSA-174, 14-DSA-210, 14-DSA-214 et 14-DSADEC-03 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Orange, SFR et Bouygues Télécom, entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 17 septembre 2014 ;

Adopte la décision suivante :

SOMMAIRE

I. Constatations	3
A. LA SAISINE.....	3
B. LE SECTEUR CONCERNÉ.....	3
1. PRÉSENTATION DU SECTEUR DE LA TÉLÉPHONIE MOBILE	3
<i>Les réseaux 2 et 3G.....</i>	<i>3</i>
<i>Les réseaux 4G.....</i>	<i>3</i>
<i>La dynamique concurrentielle du secteur</i>	<i>6</i>
C. LE PARTAGE DES RÉSEAUX MOBILES.....	6
1. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	6
2. TYPOLOGIE DES ACCORDS DE PARTAGE.....	7
a) Les différents cas de partage	7
b) Le niveau d'implication des opérateurs participant à un accord de partage	8
c) Les exemples de mutualisation en Europe	8
3. L'ACCORD DE MUTUALISATION CONCLU ENTRE SFR ET BOUYGUES TÉLÉCOM	9
a) L'étendue de l'accord	10
b) Les modalités de mutualisation prévues dans le cadre de l'accord.....	11
<i>Les solutions de partage retenues pour le réseau mutualisé cible.....</i>	<i>11</i>
<i>La prestation temporaire d'itinérance 4G</i>	<i>12</i>
c) Les caractéristiques temporelles de l'accord de mutualisation.....	14
<i>Le calendrier de mise en œuvre</i>	<i>14</i>
<i>Le caractère réversible de l'accord</i>	<i>14</i>
D. LES PRATIQUES DÉNONCÉES AU FOND	15
E. LES MESURES CONSERVATOIRES DEMANDÉES	16
II. Discussion.....	17
A. SUR LA PROCÉDURE.....	17
B. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES.....	17
1. LA POSITION DE LA PLAIGNANTE	18
2. L'EXISTENCE D'UNE ATTEINTE GRAVE ET IMMÉDIATE.....	19
<i>En ce qui concerne la mutualisation des réseaux</i>	<i>19</i>
<i>En ce qui concerne la prestation temporaire d'itinérance 4G.....</i>	<i>20</i>
<i>Conclusion</i>	<i>20</i>
DÉCISION.....	21

I. Constatations

A. LA SAISINE

1. Par lettre du 29 avril 2014, enregistrée sous le numéro 14/0041 F, l'Autorité de la concurrence a été saisie par la société Orange de pratiques mises en œuvre par les sociétés SFR et Bouygues Télécom dans le secteur de la téléphonie mobile. Dans sa saisine, Orange dénonce, sur le fondement des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE, l'accord de partage de réseaux d'accès mobiles conclu le 31 janvier 2014 entre les opérateurs précités. Cette saisine est assortie d'une demande de mesures conservatoires introduite le même jour et enregistrée sous le numéro 14/0042 M.

B. LE SECTEUR CONCERNÉ

1. PRÉSENTATION DU SECTEUR DE LA TÉLÉPHONIE MOBILE

2. Le secteur de la téléphonie mobile compte différents types d'acteurs : les opérateurs de réseau, d'une part, qui ont acquis un droit d'exploitation de fréquences et les opérateurs virtuels (MVNO), d'autre part, qui s'appuient sur les réseaux des précédents pour fournir des services mobiles sur le marché de détail. Le marché mobile métropolitain compte quatre opérateurs de réseau : Orange, SFR, Bouygues Télécom et Free Mobile. Alors que Free mobile est entré sur le marché en 2012, Orange, SFR et Bouygues Télécom ont débuté leur activité mobile dans les années 1990.

Les réseaux 2 et 3G

3. Pour les réseaux GSM, dits « 2G », Orange, SFR et Bouygues Télécom disposent de fréquences dans les bandes 900 et 1800 MHz utilisables pour le déploiement de leurs réseaux. De son côté, Free Mobile bénéficie d'un droit à l'itinérance 2G jusqu'en 2016, qu'il exerce sur le réseau d'Orange.
4. Pour les réseaux UMTS, dits « 3G », les 4 opérateurs disposent de fréquences dans les bandes 900 et 2100 MHz utilisables pour le déploiement de leurs réseaux. Free Mobile a conclu un accord d'itinérance transitoire 3G avec Orange sur la base d'un accord commercial qui ne l'exonère pas de ses obligations de déploiement de son propre réseau.
5. Aujourd'hui, les trois opérateurs disposant de fréquences 2G assurent chacun une couverture de la population supérieure à 99 % en 2G, et entre 96 % et 99 % pour la 3G. Free Mobile, qui est dans une phase de déploiement, a pour obligation de couvrir 75 % de la population en 3G au 12 janvier 2015.

Les réseaux 4G

6. Le déploiement des réseaux 4G a été véritablement lancé en 2013 et les opérateurs disposent de différentes ressources en fréquences pour le réaliser, avec une situation particulière pour Bouygues Télécom. En effet, par une décision du 4 avril 2013, l'ARCEP a autorisé la société Bouygues Télécom à réutiliser la bande 1800 MHz pour d'autres technologies que le GSM à compter du 1er octobre 2013, sous réserve que cette société restitue des fréquences selon un calendrier précis.

7. Par une décision du 18 juin 2014, le Conseil d'État statuant au contentieux a rejeté le recours de la société Orange contre cette autorisation, en considérant que « l'ARCEP a pris les mesures appropriées afin que soient respectés le principe d'égalité entre opérateurs et les conditions d'une concurrence effective », en application du cadre réglementaire relatif à l'introduction de la neutralité technologique dans les autorisations d'utilisation de fréquences.
8. La situation des fréquences pour la 4G est présentée ainsi par l'ARCEP dans son avis :
- « les 4 opérateurs disposent de fréquences dans la bande 2,6 GHz, utilisables avec toute technologie et actuellement utilisées en LTE ;
 - Orange, SFR et Bouygues Telecom disposent également de fréquences dans la bande 800 MHz, utilisables avec toute technologie ; Free Mobile dispose d'un droit à accéder en itinérance au réseau 800 MHz de SFR dans la « zone de déploiement prioritaire », qui n'a pas encore été mis en œuvre ;
 - Bouygues Telecom a également la possibilité d'exploiter ses fréquences de la bande 1800 MHz avec n'importe quelle technologie, lui permettant ainsi d'émettre un service LTE dans cette bande ; Orange et SFR n'ont pas encore demandé à profiter de cette possibilité pour les fréquences dont ils disposent dans la bande 1800 MHz ; quant à Free Mobile, il n'est, à ce jour, pas titulaire de fréquences 1800 MHz, mais peut d'ores et déjà demander l'attribution des fréquences aujourd'hui disponibles et qui lui sont réservées en application du dispositif prévu par l'Autorité dans le cadre de l'introduction de la neutralité technologique en bande 1800 MHz ».
9. Les opérateurs sont soumis à des obligations de déploiement prévues par leur licence 4G dans les bandes 800 MHz et 2,6 GHz. La zone de déploiement prioritaire (ou ZDP), définie par l'ARCEP en annexe des décisions d'autorisations d'utilisation de fréquences de la bande 800 MHz, correspond à 18 % de la population métropolitaine et 63 % de la surface du territoire. Ces zones comprennent les territoires les moins denses, dont les zones blanches.
10. L'ARCEP vérifiera le respect par les opérateurs des obligations de déploiement figurant dans leurs autorisations. La première échéance, portant sur 25 % de la population, intervient le 11 octobre 2015. Ces obligations peuvent se résumer comme suit (source ARCEP) :

% de la population	11/10/15	17/01/17	11/10/19	17/01/22	11/10/23	17/01/24	17/01/27
Dans la ZDP		40% (*)		90% (*)			97,7% (*) (**)
Dans chaque département						90% (*)	95% (*)
Sur l'ensemble du territoire	25%		60%		75%	98% (*)	99,6% (*)

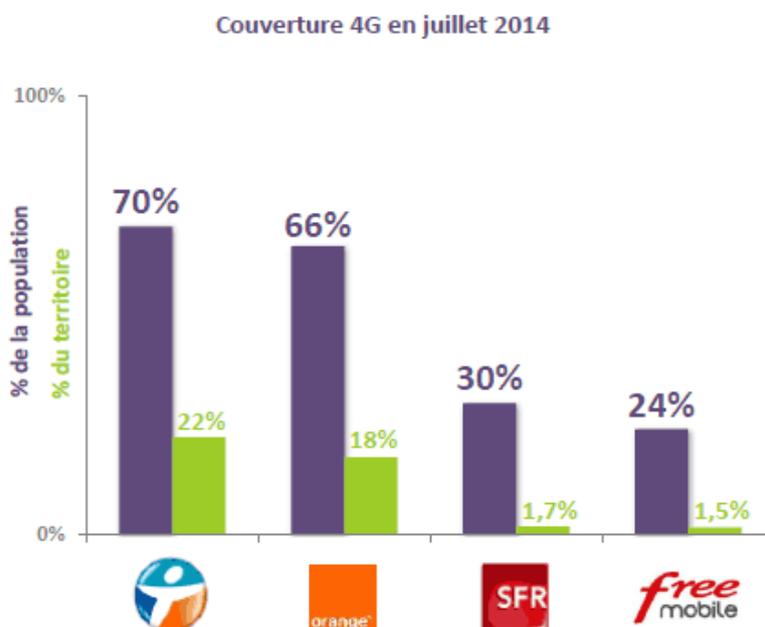
(*) Obligation non applicable à Free Mobile, qui n'a pas de fréquences 800 MHz

(**) Obligation qui ne figure pas dans les autorisations mais qui résulte mécaniquement de l'obligation de couvrir 99,6% de la population métropolitaine

11. Ces obligations de couverture 4G répondent à des conditions de mise en œuvre strictement encadrées. D'une part, les titulaires de fréquences 800 MHz ne peuvent satisfaire à leur obligation de couverture dans la zone de déploiement prioritaire que par l'utilisation des fréquences de la bande 800 MHz qui leur sont attribuées. D'autre part, les obligations de

déploiement national et départemental d'un réseau à très haut débit mobile peuvent être satisfaites par l'utilisation de toutes fréquences dont les opérateurs seraient titulaires.

12. Par ailleurs, l'ARCEP considère que l'itinérance dont pourrait bénéficier un opérateur ne lui permet pas de remplir ses obligations de déploiement et qu'il appartient à l'opérateur de réseau mobile qui bénéficie d'une éventuelle itinérance de déployer son réseau propre afin d'atteindre ses obligations de déploiement (avis n° 2012-1627 de l'ARCEP du 20 décembre 2012).
13. L'ARCEP considère, en revanche, qu'une obligation de couverture peut être satisfaite par l'intermédiaire d'une mutualisation des réseaux, sous réserve que les déploiements interviennent avec « *une utilisation effective des fréquences des opérateurs prenant part au partage : parce que les fréquences de chaque opérateur sont mises en œuvre sur chacun des sites, la mutualisation contribue à l'atteinte des échéances figurant dans les obligations de couverture* » (avis n° 2012-1627 de l'ARCEP du 20 décembre 2012).
14. Aujourd'hui, les déploiements des opérateurs sont très différents. L'ARCEP a publié le 10 juillet 2014 une analyse des cartes de couverture 2G/3G/4G des opérateurs de réseau mobile qui montre pour la 4G une nette avance de déploiement pour Bouygues Télécom et Orange par rapport à SFR et Free Mobile, aussi bien en couverture de la population, avec un rapport du simple au double, qu'en couverture du territoire avec un rapport de un à dix :



15. Au 31 janvier 2014, Bouygues Télécom annonçait une couverture 4G de 63 % de la population et précisait que son réseau 4G a été « *déployé essentiellement dans des zones denses* ».
16. De son côté, Orange souligne s'être « *résolument investie dans cette course, en enchérissant tout d'abord pour un patrimoine optimal de fréquences 4G, en déployant activement ensuite son réseau 4G au prix d'un effort d'investissements sans précédent* » alors que « *SFR et FREE sont loin derrière, leur retard de couverture reflétant leurs efforts limités d'investissements* ».

La dynamique concurrentielle du secteur

17. Le marché de la téléphonie mobile a été marqué, à partir de 2012, par l'arrivée d'un quatrième opérateur mobile qui a ouvert une période de forte concurrence par les prix. Les offres de Free Mobile, commercialisées à l'origine uniquement sur internet, sans engagement et sans terminal subventionné, ont provoqué une rupture tarifaire et ont amené les autres opérateurs à développer leurs propres offres à bas prix puis à aligner progressivement les tarifs de ces nouvelles offres sur ceux du dernier entrant sur le marché. Ces évolutions ont conduit à une simplification des gammes chez la plupart des opérateurs, à une baisse des prix et à une augmentation de la fluidité du marché.
18. On constate, dans le même temps, un fort développement des flux d'échange de données, notamment pour la navigation sur internet, le téléchargement d'applications ou la consommation de vidéos sur mobiles, ces nouveaux usages étant favorisés par la commercialisation de plus en plus large des terminaux de type *smartphones*. Le volume des données consommées a ainsi été multiplié par trois entre 2010 et 2012 et la demande de débit des usagers ne cesse d'augmenter. Pour faire face à ces évolutions, les premières offres exploitant les débits plus importants offerts par les réseaux mobiles 4G ont été lancées par SFR et Orange France fin 2012.
19. C'est dans ce cadre concurrentiel redynamisé par l'arrivée de Free Mobile et par le déploiement de la 4G, au moment où les opérateurs doivent aussi investir massivement dans le développement du très haut débit fixe, que l'accord de mutualisation entre SFR et Bouygues Télécom a vu le jour. Cet accord s'inscrit aussi dans un mouvement de reconfiguration importante du marché qui s'est accéléré avec l'annonce, le 5 avril 2014, par le groupe Vivendi de sa décision de céder SFR au groupe Numéricâble, d'autres hypothèses de nouvelles consolidations du marché étant évoquées dans la presse.

C. LE PARTAGE DES RÉSEAUX MOBILES

1. CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES

20. Comme le rappelait l'Autorité de la concurrence dans son avis n° 13-A-08 (§5), la concurrence par les infrastructures¹ constitue le cœur des politiques d'ouverture à la concurrence dans le secteur des communications électroniques en Europe et particulièrement en France. La concurrence par les infrastructures a ainsi été, dans le secteur des communications électroniques, le modèle privilégié de façon constante jusqu'à aujourd'hui, même si une concurrence par les services² a pu être promue de manière accessoire et complémentaire (avis précité, §3).

¹ La concurrence par les infrastructures consiste pour chaque opérateur de réseau à construire et posséder sa propre infrastructure de télécommunications.

² La concurrence par les services repose en aval sur l'usage de ressources déjà en place, accessibles sur un marché de gros.

21. Si ce modèle de concurrence reste la référence, il peut faire l'objet d'aménagements à l'heure où tous les opérateurs sont amenés à investir massivement dans les réseaux de quatrième génération. C'est ainsi que l'Autorité a souligné dans son avis n° [13-A-08](#) (§11) qu' « *une mutualisation mesurée n'est pas incompatible avec les objectifs inhérents au modèle de concurrence par les infrastructures, tout en permettant de limiter la duplication de certaines parties de réseau qui pourrait s'avérer inefficace* ».
22. D'ailleurs, le cadre réglementaire prévoit des incitations et des obligations de partage d'infrastructures sur une partie des zones les moins denses du territoire, contribuant directement à l'aménagement numérique du territoire. Plusieurs dispositifs, qu'ils soient d'initiative publique ou privée, existent dans les zones les moins denses et apparaissent, selon l'ARCEP, « *de nature à renforcer la concurrence dans les zones les moins denses et à apporter des gains aux consommateurs* ». L'ARCEP rappelle qu'au-delà de ces dispositifs, le partage d'infrastructures passives est encouragé d'une manière générale sur tout le territoire, notamment par les articles L. 45-9 et suivants et D. 98-6-1 du CPCE.

2. TYPOLOGIE DES ACCORDS DE PARTAGE

a) Les différents cas de partage

23. Le partage des réseaux peut être limité aux seuls éléments passifs du réseau. Dans cette hypothèse, le partage consiste en la mutualisation de sites entre opérateurs, c'est-à-dire en l'utilisation commune par les partenaires de tout ou partie des éléments passifs d'infrastructure tels que les pylônes ou les toits-terrasses, les « feeders » (câbles coaxiaux qui relient les antennes aux stations de base), les locaux, l'environnement technique des équipements réseaux (électricité, climatisation, le génie civil, et les servitudes). La mutualisation passive peut aussi donner lieu au partage du système antenneaire.
24. Dans le cadre d'un partage des éléments passifs, chaque opérateur déploie, sur chaque site utilisé en commun, ses propres équipements actifs et ses propres antennes et utilise ses propres fréquences.
25. Mais le partage des réseaux peut aussi être étendu aux éléments actifs. Dans ce cas, les opérateurs peuvent utiliser en commun un seul réseau d'accès radioélectrique (« RAN sharing », pour Radio Access Network), à savoir non seulement les sites et les antennes, mais également les équipements actifs correspondant aux stations de base (BTS ou node-B), aux contrôleurs de stations de base (RNC) et aux liens de transmission associés, reliant les stations de bases à leur contrôleur. Les opérateurs raccordent ensuite leur cœur de réseau à chacun des RNC concernés par l'accord de RAN sharing.
26. La mutualisation active des réseaux peut intervenir sans mutualisation de fréquences. La modalité technique du MORAN (RAN multi-opérateur) permet ainsi, sur un même équipement actif, d'allumer deux blocs de fréquences différents, utilisés chacun séparément par un opérateur.
27. Le partage des réseaux peut enfin concerner les fréquences elles-mêmes qui sont alors exploitées en commun. Dans ce cas, la mise en commun des fréquences s'appuie sur un accord de RAN sharing plus engageant puisqu'il consiste à mettre en commun les fréquences des différents partenaires de l'accord, en vue de leur exploitation combinée. Cette solution de mutualisation, dite aussi « MOCN » permet, sur un même équipement actif, que deux opérateurs utilisent conjointement un même bloc de fréquences, avec émission de leurs codes réseaux respectifs.

b) Le niveau d'implication des opérateurs participant à un accord de partage

28. Il est possible de distinguer deux formes de partage en fonction du degré d'implication de chaque opérateur.
29. La première forme de partage est symétrique, chaque opérateur étant sur un pied d'égalité et contribuant à la ressource commune : il s'agit des accords de mutualisation. La seconde est asymétrique, un opérateur produisant pour le compte d'un autre : on parle alors d'itinérance ou de « *roaming* ».
30. Comme l'avait souligné l'Autorité dans son avis n° 13-A-08 (§ 42), « *hormis le cas des zones blanches, où l'itinérance croisée (réciproque) s'approche d'un accord de mutualisation (chaque opérateur construit ou acquiert une partie des sites et accueille les autres en itinérance), l'itinérance est une modalité de partage de réseau sensiblement différente de la mutualisation. En effet, l'itinérance est essentiellement asymétrique : l'un des partenaires, l'opérateur d'accueil, apporte l'ensemble des actifs, réseau et fréquences, alors que le second, l'opérateur accueilli, fait le choix de recourir à cette modalité précisément parce qu'il ne dispose pas d'un tel patrimoine, au moins temporairement. De plus, les accords d'itinérance sont réversibles et peuvent donc rester temporaires, contrairement aux accords de mutualisation qui s'inscrivent par nature dans des perspectives de long terme* ».

c) Les exemples de mutualisation en Europe

31. Les différentes formes de partage de réseaux, qui viennent d'être présentées, font d'ores et déjà l'objet d'accords entre certains opérateurs à l'étranger. Ces accords de mutualisation ont pris des formes diverses, notamment en ce qui concerne le périmètre géographique, l'étendue des technologies déployées en commun (2G, 3G ou 4G) et le degré de mutualisation. Quelques exemples de mutualisation peuvent ici être rappelés.
32. La Suède compte, depuis 2001, plusieurs accords de mutualisation, couvrant des périmètres et des technologies différents, si bien que chaque opérateur mobile suédois possède au moins un accord de mutualisation :

Mutualisation d'équipements passifs	Tous (4 opérateurs) - 3 accords de JV: - 1 accord 3G - 1 accord 2G/3G - 1 accord 2/3G/4G Accords commerciaux examinés par l'Autorité de concurrence
Mutualisation d'équipements actifs sans mise en commun des fréquences	Hi3G et Telenor : 1 accord (JV) commercial examiné par l'Autorité de concurrence.
Mutualisation d'équipements actifs avec mise en commun des fréquences	Tous : - 2 accords (JV) eNodeB communs ; - 1 accord BTS et eNodeB communs.
Itinérance nationale	Tous. Par extension, dans la mesure où les accords de mutualisation sont des JV, les parties prenantes sont donc à la fois fournisseurs et clients.

33. Au Danemark, Telenor et Telia Sonera mutualisent depuis 2012 l'intégralité de leurs réseaux d'accès 2G/3G/4G :

Mutualisation d'équipements passifs	TDC, Hi3G, Telia et Telenor : Partage d'antennes et poteaux, obligation réglementaire
Mutualisation d'équipements actifs sans mise en commun des fréquences	Telia / Telenor : Accord commercial. Prêt de fréquences possible, Accord approuvé par l'Autorité de concurrence avec des engagements.
Mutualisation d'équipements actifs avec mise en commun des fréquences	
Itinérance nationale	Hi3G/TDC : Accord commercial.

34. Au Royaume-Uni, il existe deux accords concurrents, d'une part entre H3G et EE, d'autre part entre Vodafone et O2. Il en est de même en Irlande, entre d'une part Vodafone et H3G, et d'autre part O2 et Eircom).

Mutualisation d'équipements passifs	Vodafone/O2 : Accord commercial (JV)
Mutualisation d'équipements actifs sans mise en commun des fréquences	Vodafone/O2 : Accord commercial (JV) de RANsharing avec un partage du pays en deux zones. H3G/EE : Accord commercial Réseau 3G unique sans partage de fréquence.
Itinérance nationale	H3G/Orange : Accord commercial d'itinérance 2G. Par ailleurs, H3G bénéficiait historiquement d'un droit d'itinérance sur le réseau de O2.

35. Comme le rappelle l'ARCEP dans son avis, le groupe Orange est concerné par au moins deux accords de mutualisation déjà opérationnels en Europe :

- « un accord de mutualisation des réseaux 3 G sans mutualisation de fréquences en Espagne signé en 2006 entre Vodafone et Orange (puis étendu à la 2G) et destiné à accélérer la couverture 3G dans les villes de moins de 25.000 habitants ;
- un accord de mutualisation des réseaux 3 G au niveau national, signé en Pologne entre TPK (filiale d'Orange) et PTC (filiale de T-Mobile) et portant sur la création d'une société commune (« joint-venture ») détenue à 50/50 par les parties ».

3. L'ACCORD DE MUTUALISATION CONCLU ENTRE SFR ET BOUYGUES TÉLÉCOM

36. Les opérateurs Bouygues Télécom et SFR ont annoncé par un communiqué de presse en juillet 2013 vouloir entamer des négociations exclusives afin d'aboutir à un accord de mutualisation d'une partie de leurs réseaux mobiles, comparable à des dispositifs du même type déjà mis en œuvre dans d'autres pays européens. Les deux opérateurs ont ensuite annoncé, le 31 janvier 2014, avoir signé un accord prévu pour une durée initiale de vingt ans qui pourra être renouvelée par périodes successives de vingt ans.

37. L'accord prévoit le déploiement d'un réseau mobile partagé de 11 500 sites sur une zone mutualisée correspondant à 57 % de la population. La zone mutualisée est découpée en deux, SFR et Bouygues Télécom se partageant la responsabilité du déploiement du réseau selon le territoire.
38. S'agissant du marché de détail, l'ARCEP note que l'accord « *comprend des stipulations en vue d'améliorer la couverture et la qualité de service* ». SFR note à cet égard que l'accord vise à « *proposer une qualité de service très performante à des consommateurs de plus en plus exigeants* ». De son côté, Bouygues Télécom indique que l'accord vise à *lui permettre d'offrir à ses clients, dans les zones moins denses du territoire, une meilleure couverture ainsi qu'une meilleure qualité de service, en optimisant le maillage du réseau partagé. L'accord assurera ainsi, selon Bouygues Télécom, « une densification du réseau permettant une augmentation de la qualité et des débits offerts qui bénéficiera au consommateur ».*

a) L'étendue de l'accord

39. Comme précédemment indiqué, l'accord conclu entre SFR et Bouygues Télécom consiste en une mutualisation de réseaux sur un périmètre géographique correspondant à 57 % de la population couvrant les zones les moins denses du territoire. Bouygues Télécom et SFR ont annoncé que ce périmètre géographique était divisé entre les deux opérateurs de la manière suivante :



Figure 17 - Carte simplifiée des zones opérées par SFR (en rouge) et Bouygues Telecom (en bleu), rendue publique par les parties en février 2014. Les zones en gris sont exclues du projet.

40. Ainsi, SFR est l'opérateur leader sur la zone en rouge sur la carte et, à ce titre, déploie et exploite le réseau mutualisé, Bouygues Télécom étant l'opérateur accueilli sur cette zone. Inversement, Bouygues Télécom est l'opérateur leader sur la zone en bleu sur la carte, SFR étant l'opérateur accueilli sur cette zone.
41. Les zones grises (parties non concernées par l'accord), qui couvrent 43 % de la population, concernent les agglomérations de plus de 200 000 habitants et les zones du programme zones blanches. Orange souligne que les zones blanches représentent environ 16,6 % du territoire pour 1,6 % de la population et estime que SFR et Bouygues Télécom conserveraient un déploiement propre sur seulement environ 3,5 % du territoire, soit les zones denses.

42. Orange note que « la zone mutualisée va bien au-delà de la ZDP [zone de déploiement prioritaire], réputée recouvrir les zones les moins denses du territoire et correspondre aux zones les moins rentables et les moins bien couvertes, dans lesquelles la mutualisation est réglementairement imposée ou encouragée ».
43. Ces données, qui peuvent donner lieu à des estimations légèrement différentes selon les acteurs dans le cadre de l'instruction, peuvent être présentées dans le tableau suivant :

	Zones blanches (non concernées par l'accord)	Périmètre de l'accord de mutualisation	Zones denses (non concernées par l'accord)
Pourcentage du territoire concerné	environ 16,3%	environ 80,2%	environ 3,5%
	<p>ZDP-4G (63%)</p> <p>dont 16,3% en zones blanches dont 46,7% dans le périmètre de l'accord</p> <p>L'accord porte sur environ 33,5% du territoire en dehors de la ZDP-4G</p>		
Pourcentage de la population concernée	environ 1,6%	environ 57%	environ 41,4%
	<p>ZDP-4G (18%)</p> <p>dont 1,6% en zones blanches dont 16,4% dans le périmètre de l'accord</p> <p>L'accord porte sur environ 40,6% de la population en dehors de la ZDP-4G</p>		

44. La question de la part exacte de la population couverte par l'accord doit toutefois être relativisée, car la population n'est pas représentative du marché, le trafic sur les réseaux et le chiffre d'affaires étant plus importants en zone dense. Les parties à l'accord confirment à cet égard que les zones denses représentent une large part de leur activité, aussi bien en termes de pourcentage de chiffre d'affaires réalisé que de pourcentage de capital immobilisé au titre du réseau mobile. SFR indique ainsi que plus de la moitié de son chiffre d'affaires mobile est exclu de l'accord.

b) Les modalités de mutualisation prévues dans le cadre de l'accord

Les solutions de partage retenues pour le réseau mutualisé cible

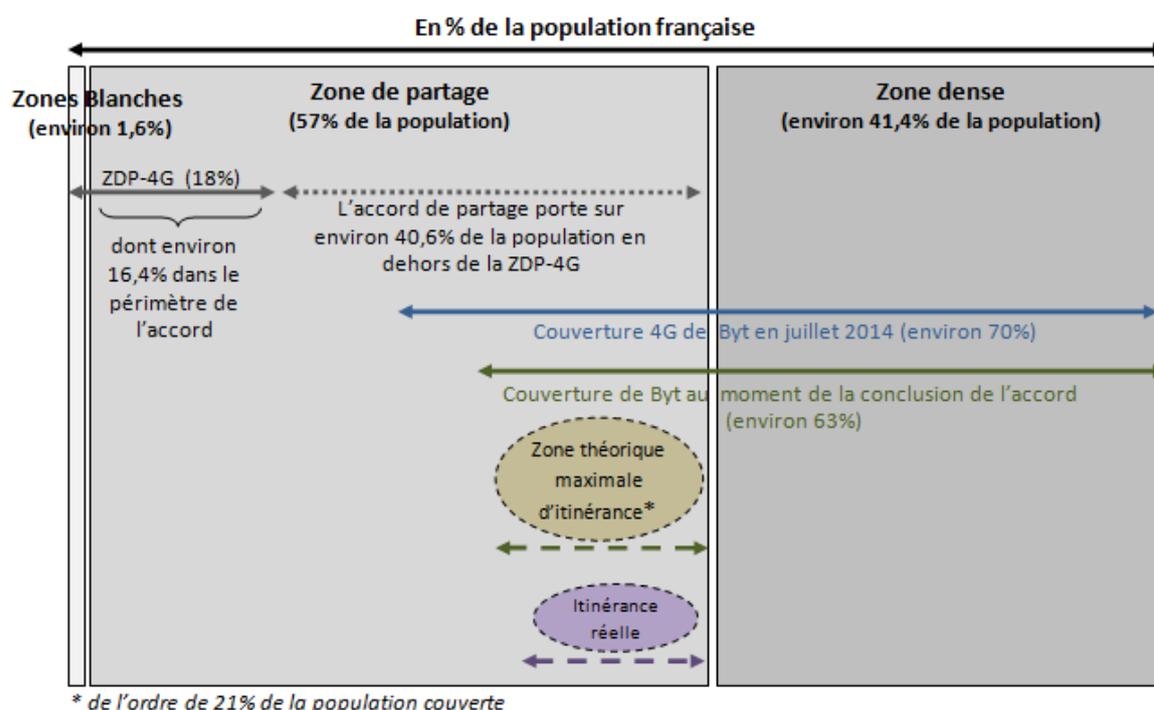
45. Comme cela ressort d'éléments rendus publics par les deux opérateurs ou de leurs écritures produites dans le cadre de la procédure, l'accord de partage repose sur la mise en œuvre de plusieurs solutions de mutualisation.
46. En premier lieu, l'accord prévoit la création d'une société commune *ad hoc* dénommée « Infracos », dont le capital est réparti à 50/50 entre les deux opérateurs : c'est à cette société que SFR et Bouygues Télécom vont céder leurs infrastructures passives, à l'exception des pylônes, et les droits d'occupation du sol (baux) en vue de lui confier la gestion patrimoniale des sites faisant partie du réseau cible.

47. S'agissant des sites redondants non sélectionnés au titre du réseau cible ou non intégrés à la réserve foncière et, par conséquent, voués au démantèlement, SFR indique qu'Infracos pourra « proposer à tout tiers intéressé de lui céder le titre d'occupation desdits sites. Et c'est uniquement dans l'hypothèse où le site n'est pas cédé qu'Infracos procède au démantèlement du site ». SFR souligne que « lorsque la liste des sites à démanteler sera établie, il est envisagé que Infracos la fasse parvenir aux autres opérateurs afin que ceux-ci puissent se porter candidat à leur reprise ». Bouygues Télécom confirme que « les sites non sélectionnés et non sauvegardés au titre de la réserve foncière seront proposés aux tiers, notamment à Free ». De la même manière, SFR indique « que les sites abandonnés lors de la mise en œuvre de l'accord de mutualisation seront systématiquement proposés à Orange et Free Mobile ».
48. En deuxième lieu, la mutualisation passive précitée est complétée par la mise en œuvre d'une mutualisation active sans mise en commun de fréquences. Le découpage du territoire entre les deux opérateurs s'accompagne de la mise en place d'une prestation de « RAN Sharing » que se rendront de manière réciproque SFR et Bouygues Télécom à partir de leurs équipements télécoms actifs déployés sur la zone dont ils ont respectivement la responsabilité. Sur sa zone de responsabilité, l'opérateur leader assurera le déploiement, l'exploitation et la maintenance de ses équipements télécoms actifs, dont il restera propriétaire, et délivrera à l'autre un service de RAN Sharing en 2G, 3G et 4G.
49. En dernier lieu, l'accord prévoit une modalité de partage intégrant une mutualisation de fréquences dans les zones rurales (plusieurs sites de la zone B - cf. supra). Il s'agit d'une mutualisation des fréquences 800MHz qui, si elle était décidée, devrait être mise en place conformément aux autorisations d'utilisation de fréquences de SFR et de Bouygues Télécom. En séance, les parties à l'accord ont précisé que cette mutualisation de fréquences ne pourrait intervenir sur les sites concernés que dans une deuxième phase, pas avant 2016 et qu'ils « soumettront donc en temps voulu leur demande à l'ARCEP » puisqu'un tel partage des fréquences doit être soumis son approbation préalable, en application des règles de domanialité publique. A ce jour, l'ARCEP confirme n'avoir été saisie d'aucune demande d'approbation préalable de mutualisation de fréquences des parties à l'accord.

La prestation temporaire d'itinérance 4G

50. Les parties à l'accord reconnaissent dans leurs écritures la mise en place, dans le cadre de l'accord de mutualisation, d'une itinérance 4G temporaire fournie par Bouygues Télécom à SFR et le justifient par des nécessités pratiques.
51. Le déploiement du réseau mutualisé n'intervenant que de manière progressive, il est prévu que cette itinérance intervienne à compter de septembre 2014, le temps de la mise en place du réseau mutualisé cible 4G et prenne fin au 31 décembre 2016, soit une durée d'environ deux ans et demi. SFR souligne ainsi que « la prestation d'itinérance prendra progressivement fin, site par site, au fur et à mesure que les sites de SFR et Bouygues Telecom, compatibles pour accueillir les deux opérateurs en mutualisation, seront déployés » (cote 3204). En cas de retard de déploiement du réseau cible 4G, l'extinction progressive de la prestation d'itinérance pourra toutefois intervenir au-delà du calendrier précité pour les sites concernés par ce retard.
52. Par ailleurs, les éléments du dossier montrent que la prestation d'itinérance ne porte que sur la zone de partage et ne concerne pas les zones les plus denses qui sont exclues de l'accord de mutualisation.

53. En outre, il apparaît que l'itinérance fournie par Bouygues Télécom ne peut en pratique concerner qu'une partie de la zone de partage pour deux raisons. La première est que le réseau 4G de Bouygues Télécom ne couvrait qu'environ 63 % du périmètre de l'accord au moment de sa signature. L'extension de ce périmètre par des investissements futurs n'étant pas prévue par l'accord, la prestation d'itinérance dont va bénéficier temporairement SFR sera nécessairement cantonnée à une partie de la zone de partage. La seconde est que SFR n'a choisi qu'une partie des sites de Bouygues Télécom éligibles à la 4G sur la zone de partage à la date de signature de l'accord et, qu'ainsi, la part de la population réellement concernée par l'accord d'itinérance temporaire sera nécessairement inférieure au pourcentage théorique estimé à environ 21 % de la population totale.
54. Comme le montre schématiquement l'illustration suivante, tant le périmètre maximal théorique de l'itinérance dont pouvait bénéficier SFR au regard de la couverture 4G de Bouygues Télécom au 31 janvier 2014 que, *a fortiori*, le périmètre réel de la prestation retenu *in fine* par SFR présentent un caractère limité.



La justification d'une prestation d'itinérance temporaire

55. La prestation d'itinérance fait partie intégrante de l'accord de mutualisation dont elle constitue une des annexes. La justification de cette prestation, exposée lors de la séance par les parties à l'accord, serait leur volonté d'éviter des investissements inutiles qui auraient été rendus obsolètes par le déploiement du réseau mutualisé.
56. SFR et Bouygues Télécom ont ainsi indiqué avoir préféré geler leurs déploiements 4G dans la zone mutualisée dès la fin 2013, pour attendre d'être capables de déployer directement des équipements compatibles avec l'accueil de leur partenaire dans cette zone, économisant ainsi les coûts de construction et démantèlement de sites non compatibles.
57. La prestation d'itinérance viendrait ainsi compenser certains effets liés à cette décision de différer le déploiement de certains sites pendant la mise en place de la mutualisation. Les autres bénéfices attendus de l'accord, optimisation des coûts et de la qualité de service

notamment, ne seront atteignables qu'avec le déploiement des sites mutualisés. Dans cette logique, l'itinérance a vocation à s'éteindre au fur et à mesure du déploiement de ces nouveaux sites, et qui doit intervenir selon le calendrier avancé avant fin 2016.

58. Par ailleurs, SFR et Bouygues Télécom ont confirmé que l'itinérance était proposée unilatéralement par la seconde à la première dans le contrat. Il ressort de cet élément que la prestation ne serait que la conséquence objective du fait que la couverture 4G de SFR est incluse dans la couverture 4G de Bouygues Télécom : il n'existerait ainsi pas ou quasiment pas de zone dans laquelle SFR serait susceptible de fournir une prestation d'itinérance 4G à Bouygues Télécom lui permettant d'améliorer elle aussi sa couverture. Cette prestation, qui n'est pas essentielle à l'accord lui-même, est néanmoins avantageuse car elle permet d'éviter de déployer des sites qui auraient dû être démantelés, tout en minimisant autant qu'il était possible le retard de déploiement.

c) Les caractéristiques temporelles de l'accord de mutualisation

Le calendrier de mise en œuvre

59. SFR et Bouygues Télécom soulignent que l'accord de partage fera l'objet d'une mise en œuvre progressive et suppose, en pratique, la réalisation de plusieurs étapes, dont la constitution d'une entreprise commune chargée de la gestion des sites mutualisés et la cession à cette société des droits d'occupations du sol et des infrastructures passives.
60. S'agissant du déploiement du réseau cible, l'accord de mutualisation définit deux zones qui obéissent à un calendrier de déploiement distinct. La zone A, qui correspond aux zones les moins rurales de la zone de partage, fera l'objet d'un déploiement progressif d'un nombre de sites compris entre 7000 et 8000 unités. La zone B, qui correspond aux zones les plus rurales de la zone de partage, verra les sites cibles déployés en deux étapes : l'étape concernant les déploiements du RAN Sharing 2G/3G devrait intervenir de manière progressive d'ici la fin de l'année 2016 et concerner environ 3000 unités et l'étape concernant la 4G (800 MHz) et la mise en place progressive du MOCN (800 MHz) sur environ 900 sites cibles devrait intervenir dans un second temps, à partir de 2016.
61. Le mécanisme de partage de responsabilité précédemment évoqué (chaque opérateur a la responsabilité de zones géographiques sur lesquelles il sera opérateur leader et délivrera à l'autre un service de RAN Sharing) s'applique aussi bien sur la zone A que sur la zone B. SFR précise à cet égard que « *les zones de catégorie A et B ont été réparties entre SFR et Bouygues Telecom selon un découpage techniquement cohérent, à savoir des plaques de sites homogènes, et de manière à refléter l'équilibre actuel en termes de parc de sites* ».
62. Dans tous les cas, l'accord devrait aboutir à la finalisation du réseau mutualisé cible à la fin de l'année 2017 avec un achèvement complet en 2020 et au-delà. Bouygues Télécom souligne ainsi, d'une part, que « *l'accord de Ran-Sharing prendra plusieurs années à être mis en œuvre et ne produira pas d'effets, en termes de couverture, avant [SDA : 15 à 30 mois]* » et, d'autre part, que « *compte tenu du grand nombre de sites faisant partie du réseau cible, le déploiement du réseau partagé s'étalera [SDA : sur 24 à 48 mois]* ».

Le caractère réversible de l'accord

63. Au vu de la durée initiale de l'accord, de 20 ans, SFR précise qu'il existe, « *en cas de résiliation de l'accord de partage, des dispositions relatives à la réversibilité de l'accord [...] pour permettre à chaque opérateur d'assurer la continuité de la fourniture de son service à ses clients* ».

64. Selon SFR, les parties à l'accord « *ont érigé le principe de réversibilité de leurs accords comme un principe fondamental de leur partenariat* ». Les mécanismes essentiels attachés au principe de réversibilité ont donc été intégrés à l'accord, non seulement en ce qui concerne l'exécution de la prestation de Ran Sharing, mais également en ce qui concerne la gestion des sites mutualisés, dont la propriété a été dévolue à la société commune qui a vocation à gérer ce patrimoine, y compris en cas de fin anticipée de la prestation de Ran Sharing. De la même manière, Bouygues Télécom indique qu'« *en cas de non-exécution d'une obligation essentielle du contrat donnant lieu à une fin anticipée, les parties auront la possibilité de retrouver leur indépendance, l'Accord prévoyant en particulier la création d'une structure commune chargée de la gestion des sites, ou encore la possibilité de mettre un terme à la mutualisation par plaque géographique* ».
65. Bouygues Télécom précise à cet égard que les sites mis en commun « *devaient être choisis, autant que faire se peut, en fonction de leur capacité à héberger au moins deux équipements actifs, afin de faciliter la réversibilité de l'Accord* ». En cas de fin anticipée de l'accord, il existe donc un mécanisme de « *colocalisation* » des deux opérateurs sur les sites mis en commun dans le cadre de l'accord (ces sites restant gérés par la société commune) afin de leur permettre de poursuivre leur activité en toute indépendance. Bouygues Télécom souligne ainsi que « *le processus de réversibilité permet aux parties d'organiser leur fonctionnement en tant qu'opérateur "stand alone" au terme du contrat* ».
66. Un plan de réversibilité plus détaillé concernant la sortie de la prestation de RAN Sharing est toutefois prévu par l'accord mais il n'a pas encore pu être signé. SFR et Bouygues Télécom ont indiqué, lors de la séance, que les discussions relatives à ce plan suivaient leur cours et qu'elles espéraient le finaliser à l'automne 2014. Le débat oral a ainsi confirmé que les modalités précises de la réversibilité devaient encore être arrêtées.

D. LES PRATIQUES DÉNONCÉES AU FOND

67. Dans sa saisine, Orange indique que l'accord de mutualisation concerne, en amont, le marché du déploiement et de la fourniture des réseaux d'accès mobiles sur le territoire métropolitain (2G, 3G et 4G) et le marché de gros sous-jacent des infrastructures passives et actives nécessaires au déploiement et à la fourniture de ces réseaux et, en aval, le marché de détail de la téléphonie mobile. Elle considère que cet accord constitue une entente horizontale entre entreprises concurrentes sur les marchés concernés, qu'il affecte sensiblement la structure de la concurrence sur ces marchés, notamment par son ampleur, et qu'à ce titre il est contraire aux dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce et 101 du TFUE.
68. Tout d'abord, le saisissant considère, d'une part, que cet accord restreint abusivement la concurrence entre ces parties par une mutualisation manifestement excessive dans son champ géographique et opérationnel et, d'autre part, qu'il est de nature à fausser structurellement la concurrence sur le marché en permettant des échanges d'informations sensibles entre SFR et Bouygues Télécom, en leur permettant de dégager de la mutualisation des gains non reproductibles par un partenariat concurrent.
69. S'agissant plus particulièrement de l'itinérance 4G dont va bénéficier SFR, Orange considère qu'elle procure « *un avantage manifestement abusif en venant effacer son déficit de déploiement 4G* » et qu'elle restreint et fausse gravement la concurrence en tendant à égaliser la couverture de SFR et de Bouygues Télécom dans la 4G sur une partie

substantielle du territoire, privant ainsi Bouygues Télécom et Orange de leur avance et avantage concurrentiel de déploiement 4G par rapport à SFR.

E. LES MESURES CONSERVATOIRES DEMANDÉES

70. Accessoirement à sa saisine au fond, Orange demande à l'Autorité de la concurrence de prononcer des mesures conservatoires et d'enjoindre à SFR et Bouygues Télécom :

« Dans l'attente, d'une part, d'un communiqué officiel de l'ARCEP approuvant l'Accord sans réserve ni condition, d'autre part, de la décision à intervenir de l'Autorité concernant l'opération de concentration entre SFR et NUMERICABLE :

- de suspendre toute mise en œuvre de l'Accord ;*
- de suspendre, en particulier : (i) toute opération d'apports ou de transfert à la société commune ad-hoc appelée à « gérer le patrimoine des sites radio mis en commun » ; (ii) toute opération de mutualisation des infrastructures passives, comprenant notamment les démontages, les reconfigurations et les nouvelles constructions de sites ; (iii) toute opération de mutualisation des équipements actifs et de prestation réciproque de RAN-sharing ;*
- de suspendre ou s'abstenir de mettre en œuvre toute forme quelconque de mise à disposition de SFR de la couverture 4G de BOUYGUES TELECOM et tout partage de fréquences 4G ;*
- de rétablir à l'état initial toute opération juridique, technique ou commerciale précédemment réalisée dans le cadre et pour la mise en œuvre de l'Accord ;*
- de suspendre toute clause et toute forme quelconque d'exclusivité réciproque de mutualisation ;*
- de suspendre toute clause, pénalité ou condition ayant pour objet ou pour effet, directement ou indirectement, d'empêcher une partie de sortir de tout ou partie de l'Accord.*

En tout état de cause dans l'attente de la décision au fond ;

- de limiter et circonscrire aux zones identifiées par l'ARCEP comme étant de déploiement prioritaire (ZDP) le champ de la mutualisation passive et active de leurs réseaux d'accès mobiles ;*
- de suspendre ou s'abstenir de mettre en œuvre toute forme quelconque de mise à disposition de SFR de la couverture 4G de BOUYGUES TELECOM et tout partage de fréquences 4G ;*
- de suspendre toute clause et s'abstenir de toute forme quelconque d'exclusivité réciproque de mutualisation ;*
- de suspendre toute clause, pénalité ou condition ayant pour objet ou pour effet, directement ou indirectement, d'empêcher une partie de sortir de tout ou partie de l'Accord. »*

II. Discussion

A. SUR LA PROCÉDURE

71. Dans ses observations du 7 juillet 2014, Orange fait valoir qu'un certain nombre d'éléments du dossier ayant fait l'objet d'un classement au titre du secret des affaires, à savoir l'intégralité de l'accord litigieux, ainsi qu'une partie substantielle des observations et des réponses de SFR et de Bouygues Télécom au questionnaire d'instruction, apparaissent selon elles nécessaires « *à l'instruction et à l'examen des faits et atteintes dénoncés, à l'exercice du débat contradictoire et des droits de la requérante, et aux prérogatives mêmes du Collège dans la présente procédure* ». Elle reproche au rapporteur de lui avoir répondu à tort, dans un courrier du 3 juillet 2014, que « *ses préoccupations étaient irrecevables au regard des articles L. 463-4 et R. 463-15 du code de commerce, en excipant l'arrêt rendu par la Cour le 24 juin dernier sur le recours formé contre la décision 12-DSA-44* ».
72. Aux termes du premier alinéa de l'article R. 463-15 du code de commerce, le rapporteur peut demander le déclassé de pièces confidentielles lorsqu'il considère qu'elles sont « *nécessaires à l'exercice des droits de la défense d'une ou plusieurs parties ou que celles-ci doivent en prendre connaissance pour les besoins du débat devant l'Autorité* ». Cette possibilité de déclassé de pièces confidentielles ouverte aux services d'instruction ne doit pas être confondue avec celle prévue au deuxième alinéa du même article qui n'est ouverte qu'aux parties mises en cause pour assurer leur défense.
73. C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris a jugé, dans un arrêt du 24 juin 2014 statuant sur le recours formé contre la décision n° 12-DSA-441 relative au secret des affaires, qu'il résulte des articles L. 463-4 et R. 463-15 du code de commerce que « *seule la partie mise en cause peut demander au rapporteur la communication ou la consultation de la version confidentielle d'une pièce qu'elle estime nécessaire à l'exercice de ses droits et qu'une telle faculté n'est pas ouverte à la partie qui a saisi l'Autorité* ». Elle a aussi jugé, dans le même arrêt, que la partie saisissante « *n'est pas davantage recevable à contester la décision par laquelle le rapporteur [...] a classé en pièces confidentielles des documents [...] et n'a ordonné la communication aux autres parties à la procédure que de la version non confidentielle et du résumé des dits documents.* ».
74. Orange, étant la partie saisissante, n'est fondée à demander la levée de la confidentialité de certaines pièces ni au titre des besoins du débat ni au titre des droits de la défense.

B. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

75. L'article L. 464-1 du code de commerce dispose : « *L'Autorité de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, 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 des consommateurs ou à l'entreprise plaignante.* ».

76. Pour déterminer si les pratiques dénoncées par Orange permettent de prononcer des mesures conservatoires, il convient d'apprécier le caractère grave et immédiat de l'atteinte qui serait portée par ces pratiques. La gravité et l'immédiateté de l'atteinte étant deux critères cumulatifs, aucune mesure conservatoire ne peut être prononcée si un seul des deux n'est pas rempli.

1. LA POSITION DE LA PLAIGNANTE

77. Orange soutient que l'accord conclu entre SFR et Bouygues Télécom porterait une atteinte grave et immédiate, à l'économie générale, au secteur, aux consommateurs et à elle-même, en se fondant tout d'abord sur un communiqué de presse de l'ARCEP, du 31 janvier 2014, qui indique que certaines conditions doivent être remplies pour que cet accord soit accueilli favorablement et précise : *« Tout d'abord, les opérateurs doivent rester autonomes les uns des autres, en matière stratégique et commerciale. Il convient ensuite de s'assurer que l'accord n'aura pas pour effet d'évincer certains concurrents du marché. Enfin, l'accord doit conduire à améliorer les services apportés aux utilisateurs, en matière de couverture et de qualité de service. Ces progrès devront en particulier pouvoir être mesurables et vérifiables au cours du temps. Dans les prochaines semaines, l'ARCEP, en relation étroite avec l'Autorité de la concurrence, va étudier l'accord de façon approfondie, afin de vérifier que ces différentes conditions sont bien remplies ».*
78. Orange considère, au vu de ce passage, qu'il existe *« un doute sérieux et officiel »* sur l'accord de mutualisation en cause.
79. Plus précisément, l'accord de mutualisation conclu entre SFR et Bouygues Télécom créerait, selon Orange, une *« situation d'interdépendance stratégique, financière et technique »* entre les deux sociétés et l'atteinte grave portée au secteur résulterait ainsi de *« l'ampleur de la mutualisation prévue entre SFR et BTEL [...] qui restreint et fausse gravement la concurrence par les infrastructures entre les opérateurs de réseaux sur une partie substantielle et manifestement excessive (au-delà de la ZDP) du territoire ».*
80. En outre, Orange considère que *« la nécessité et l'urgence à intervenir sont d'autant plus manifestes que le lancement de la mise en œuvre de l'accord litigieux repose sur des opérations lourdes et immédiatement structurantes et que la mise en œuvre de l'accord prospère en irréversibilité au fur et à mesure de l'avancement de son processus ».* Orange souligne plus particulièrement que *« le coût exorbitant de la réversibilité »* qui existerait, selon elle, pour Bouygues Télécom rendrait l'accord en pratique irréversible, ce qui aurait des effets structurants sur le secteur.
81. Orange estime, enfin, que l'atteinte grave à ses propres intérêts découlerait plus particulièrement de la prestation temporaire d'itinérance 4G accordée à SFR par Bouygues Télécom. Pour Orange, il ne s'agirait pas d'un risque d'exclusion du marché mais d'un *« risque de perte, assurée et irréversible, de son propre avantage actuel et significatif de couverture, de différenciation et de compétitivité dans la concurrence par les infrastructures avec son principal concurrent SFR sur le marché stratégique du THD mobile, acquis par ses seuls mérites. Cet avantage par les mérites sur SFR a une très forte valeur pour ORANGE et sur le marché ».* S'agissant de l'urgence, Orange estime que l'itinérance, *« étant prévue à compter de septembre 2014 pour une durée de deux ans »* est à l'évidence de nature à causer une atteinte immédiate et irréversible si elle n'est pas suspendue, d'autant qu'un retard de déploiement du réseau cible pourrait conduire à une prolongation de la prestation d'itinérance au-delà de la durée annoncée.

2. L'EXISTENCE D'UNE ATTEINTE GRAVE ET IMMÉDIATE

82. Il convient d'examiner successivement le risque d'atteinte grave et immédiate que pourrait entraîner chacun des deux volets de l'accord en cause : l'accord principal de mutualisation des réseaux mobiles et la prestation temporaire d'itinérance 4G. En effet, bien que le second soit matériellement annexé au premier, il ne peut être considéré comme une restriction accessoire à l'accord principal, au sens de la jurisprudence, puisque, comme l'ont reconnu les cocontractants lors de la séance, la nécessité à leurs yeux de cet accord complémentaire n'est apparue que tardivement dans la négociation : l'itinérance a été principalement justifiée par la recherche d'une optimisation des investissements de SFR.

En ce qui concerne la mutualisation des réseaux

83. Contrairement à ce que soutient Orange, le communiqué de presse de l'ARCEP n'exprime pas un « *doute sérieux et officiel* » sur l'accord de mutualisation puisque le paragraphe, présenté comme élément à charge, qui commence par la phrase « *Il convient toutefois de vérifier concrètement que plusieurs conditions sont remplies* », vient compléter une première appréciation générale selon laquelle : « *L'ARCEP accueille favorablement cet accord et rappelle que le principe de la mutualisation des réseaux mobiles est encouragé, sous certaines conditions* ».
84. La nécessité de vérifier que certaines conditions sont remplies ne préjuge pas du résultat de ces vérifications. Force est de constater que, depuis la publication de ce communiqué en janvier 2014, les vérifications auxquelles l'ARCEP a procédé et qui nourrissent l'avis qu'elle a transmis à l'Autorité le 10 juin 2014, ne l'ont pas conduite à remettre en cause son appréciation favorable initiale. Le communiqué de presse de l'ARCEP du 31 janvier 2014 ne peut donc être retenu comme une preuve de l'existence d'une atteinte grave et immédiate au secteur, aux consommateurs ou au saisisant.
85. En outre, aucun élément du dossier ne vient étayer l'affirmation selon laquelle d'autres vérifications urgentes nécessiteraient la suspension immédiate d'un accord dont la mise en œuvre concrète sera très progressive.
86. En effet, il ressort des éléments du dossier que la mutualisation interviendra selon un calendrier s'étendant sur plusieurs années avec un objectif de finalisation du réseau cible d'ici 2020. Le saisisant reconnaît d'ailleurs lui-même, dans ses écritures, que l'accord n'a reçu aucun commencement d'exécution depuis son annonce en janvier dernier et que les premières opérations de mutualisation des sites sont programmées au mieux pour la fin 2014. Ainsi, une éventuelle atteinte grave ne produirait d'effets concrets que dans plusieurs mois ou plusieurs années selon un calendrier non compatible avec les conditions d'octroi de mesures conservatoires.
87. Enfin, la saisisante, tout en soutenant que l'irréversibilité de l'accord gagnera en intensité à mesure de sa mise en œuvre et qu'il convient donc de prévenir immédiatement cette irréversibilité, n'apporte aucun élément permettant de fixer le moment à partir duquel le déploiement des sites partagés présenterait un niveau d'irréversibilité tel que sa demande de mesures conservatoires en deviendrait justifiée.
88. Il n'est donc pas établi que la mise en œuvre de l'accord de mutualisation créerait une atteinte grave et immédiate qu'il faudrait prévenir par des mesures d'urgence.

En ce qui concerne la prestation temporaire d'itinérance 4G

89. La prestation d'itinérance 4G au profit de SFR est prévue pour être mise en œuvre entre le 1^{er} septembre 2014 et le 31 décembre 2016 en liaison avec le lancement de la mutualisation dont elle est un accompagnement technique transitoire. Même si ce calendrier souffre d'un certain retard, la mise en œuvre de l'itinérance est potentiellement immédiate.
90. Néanmoins, ce caractère d'immédiateté ne crée pas en lui-même une situation d'urgence. En effet, la prestation d'itinérance, qui connaîtra différentes phases de déploiement et d'extinction, n'est pas irréversible et pourra être interrompue à tout moment sans créer de difficultés insurmontables à l'opérateur qui en bénéficie. Ses effets sur le marché de gros ne sont donc pas susceptibles de créer un dommage grave et immédiat.
91. Mais Orange considère qu'il faut surtout prendre en compte ses effets sur le marché de détail et que l'urgence résulte du dommage commercial dont elle pourrait immédiatement souffrir du fait de l'avantage indûment reçu par SFR grâce à l'itinérance 4G.
92. Toutefois, ce caractère d'urgence présumé sur le marché de détail doit être analysé au regard de l'importance des effets concrets que la mise en œuvre de l'itinérance 4G est susceptible de produire. Or, il ressort des éléments du dossier qu'elle ne portera que sur certaines parties de la zone de partage des sites, ne concernera pas les zones très denses qui sont les principaux marchés sur lesquels la concurrence se développe, et ne devrait concerner qu'environ 20 % de la population. En outre, ce pourcentage théorique de couverture est, en fait, un maximum qui ne sera pas nécessairement utilisée en totalité.
93. Ainsi, et quand bien même les usages de la 4G seraient en croissance, rien ne démontre que le fait pour SFR de bénéficier d'une meilleure couverture sur une partie de la zone moyennement dense se traduirait automatiquement par des mouvements immédiats et importants de clientèle sur le marché de détail. Dans sa décision du 18 juin 2014 déjà citée, le Conseil d'État a ainsi estimé, s'agissant de la possibilité donnée à Bouygues Télécom de bénéficier rapidement d'une couverture 4G en raison du déploiement d'un réseau mobile à très haut débit sur la bande 1800Mhz, « *que le risque d'une migration rapide et massive de clients des opérateurs de télécommunications mobiles à destination des offres proposées par la société Bouygues Télécom (...) n'est, en tout état de cause, pas établi* ».
94. Enfin, Orange mentionne le « *risque de perte, assurée et irréversible, de son propre avantage actuel et significatif de couverture, de différenciation et de compétitivité dans la concurrence par les infrastructures avec son principal concurrent SFR sur le marché stratégique du THD mobile* », cet avantage ayant « *une très forte valeur pour ORANGE* », sans toutefois expliquer en quoi la perte d'un avantage concurrentiel constituerait un dommage grave et immédiat, ni fournir aucun élément concret permettant de quantifier les conséquences dommageables de cette prestation sur son activité.
95. Au regard de ces éléments, l'accord d'itinérance en cause n'est pas susceptible de porter une atteinte grave et immédiate au secteur, aux consommateurs ou à la société plaignante.

Conclusion

96. Eu égard à l'ensemble des considérations qui précèdent, aucune atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur, aux consommateurs ou à la saisissante ne peut être caractérisée, ni en ce qui concerne la partie de l'accord relative à la mutualisation des réseaux, ni en ce qui concerne celle portant sur la prestation transitoire d'itinérance 4G qui lui est associée.
97. En l'absence d'atteinte grave et immédiate à l'un des intérêts visés par l'article L. 464-1 du code de commerce, il y a donc lieu de rejeter la demande de mesures conservatoires.

DÉCISION

Article unique: La demande de mesures conservatoires présentée par la société Orange, enregistrée sous le numéro 14/0042 M, est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M. Franck Bertrand, rapporteur, et l'intervention de M. Nicolas Deffieux, rapporteur général adjoint, par M. Thierry Dahan, vice-président, président de séance, Mme Laurence Idot, Mme Pierrette Pinot et M. Philippe Choné, membres.

La secrétaire de séance,
Béatrice Déry-Rosot

Le président,
Thierry Dahan

© Autorité de la concurrence