



Décision n°04-D-22 du 21 juin 2004
relative à la saisine de l'Association française des opérateurs privés
en télécommunications (AFOPT) et de l'Association des opérateurs
de services de télécommunications (AOST) portant
sur la commercialisation par France Télécom du tarif promotionnel
"Primaliste longue distance"

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 15 janvier 1999 sous les numéros F 1114 et M 235, par laquelle l'association française des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT) et l'association des opérateurs de services de télécommunications (AOST) ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société France Télécom qu'elles estiment anticoncurrentielles et ont sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié et le décret 2002-689 du 30 avril 2002, fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu l'article 82 du Traité instituant la Communauté Européenne ;

Vu l'avis n° 99-145 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications le 12 février 1999, à la demande du Conseil, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et des télécommunications ;

Vu la décision du Conseil de la concurrence n° [99-MC-04](#) du 10 mars 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'association française des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT) et par l'association des opérateurs de services de télécommunications (AOST) ;

Vu les observations présentées par l'AFOPT et l'AOST, France Télécom, France Télécom Mobiles (Orange France) et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés France Télécom et France Télécom Mobiles (Orange France), de l'AFOPT et de l'AOST, entendus lors de la séance du 23 mars 2004 ;

Adopte la décision suivante fondée sur les constatations (I) et sur les motifs ci-après exposés (II) ;

I. Constatations

1. L'association française des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT) et l'association des opérateurs de services de télécommunications (AOST) ont, par lettre enregistrée le 15 janvier 1999, saisi le Conseil de la concurrence, en application de l'article 11 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, du lancement par France Télécom le 15 janvier 1999 d'une offre tarifaire promotionnelle, valable jusqu'au 30 avril 1999, aux termes de laquelle tout nouveau souscripteur à un abonnement Ola ou Loft du service mobile Itinériss de France Télécom pouvait bénéficier d'un abonnement gratuit de six mois à une nouvelle option tarifaire du service de téléphonie fixe de France Télécom.
2. Les saisissants font grief à France Télécom de pratiquer à travers cette offre une remise de couplage qui aurait pour effet d'empêcher ou de freiner l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché de la téléphonie longue distance et d'évincer ses concurrents sur le marché de la téléphonie mobile.
3. Cette saisine était assortie d'une demande de mesures conservatoires qui a été rejetée par le Conseil dans une décision n° [99-MC-04](#) du 10 mars 1999.

A. LE SECTEUR CONCERNÉ

4. La loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 portant réglementation des télécommunications a mis fin au monopole de France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe en ouvrant ce marché à la concurrence à compter du 1^{er} janvier 1998.
5. A compter de cette date, les consommateurs ont ainsi eu la possibilité de choisir l'opérateur de leur choix, pour les communications fixes longue distance et internationales, en composant un préfixe. La possibilité de choisir un opérateur pour ces mêmes communications grâce à la présélection n'a été ouverte que le 1^{er} janvier 2000.
6. Les appels locaux ont été ouverts à la concurrence à compter du 1^{er} janvier 2002, date à laquelle le consommateur a pu choisir l'opérateur de son choix pour les appels locaux en application de la décision en date du 18 juillet 2001 de l'Autorité de régulation des télécommunications qui a défini les conditions de suppression du tri des appels locaux.
7. Sur le territoire métropolitain, l'offre de téléphonie mobile émane des trois opérateurs qui ont été autorisés à établir et exploiter un réseau GSM : les sociétés France Télécom et Société Française du Radiotéléphone (SFR), auxquelles une autorisation a été délivrée en 1991, et la société Bouygues Télécom, dont l'autorisation date de 1994.

B. LES ENTREPRISES

1. FRANCE TÉLÉCOM

8. La loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 a transformé France Télécom, exploitant public et opérateur historique, en une entreprise nationale dont l'État détient directement plus de la moitié du capital social. Aux termes de cette loi, France Télécom, qui a adopté le statut de

société anonyme à compter du 31 décembre 1996, est l'opérateur public chargé du service universel et à ce titre soumise à certaines obligations de service public.

9. Au moment de la saisine, les activités mobile de France Télécom étaient exercées, dans l'entreprise, au sein d'une division dénommée "*France Télécom Mobiles*". Cette division est devenue une filiale de France Télécom le 23 août 2000, c'est-à-dire postérieurement aux faits en cause. France Télécom Mobiles a pris le nom "*d'Orange France*" en juin 2001.

2. L'AFOPT

10. L'association française des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT), régie par la loi de 1901, regroupe un certain nombre d'opérateurs de télécommunications au nombre desquels figurent la Société française de radiotéléphonie (SFR), Bouygues Télécom, la société française de transmission de données radio (TDR), Infomobile, la société réunionnaise du radiotéléphone, Colt télécommunications France, Cégétel entreprises et 9 Télécom.

3. L'AOST

11. L'association des opérateurs de services de télécommunications (AOST), également régie par la loi de 1901, regroupe les opérateurs de services au nombre desquels figurent 9 Télécom Entreprise, BT France, Cegetel entreprise, Esprit Télécom, Facilicom international, Siris, AT&T, Cable&Wireless, Complétel, Eurotunnel Télécom, RSL Com Viatel et Worldcom.
12. L'AFOPT et l'AOST ont fusionné, le 12 juillet 2001, pour former l'association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications (AFORS).

C. LES PRATIQUES EN CAUSE : L'OFFRE PROMOTIONNELLE LANCÉE PAR FRANCE TÉLÉCOM À DESTINATION DES NOUVEAUX SOUSCRIPTEURS D'ABONNEMENTS ITINÉRIS DU 15 JANVIER AU 30 AVRIL 1999.

1. L'OFFRE PROMOTIONNELLE EN CAUSE

13. France Télécom a lancé, le 15 janvier 1999, une offre tarifaire promotionnelle, valable jusqu'au 30 avril suivant, aux termes de laquelle la souscription d'un abonnement Ola ou Loft du service mobile Itinériss de France Télécom Mobiles donnait droit à un abonnement gratuit de 6 mois à une nouvelle option tarifaire du service téléphonique fixe de France Télécom. Cette option, dénommée "*Primaliste Longue Distance*", permettait de bénéficier d'une réduction de 20 % sur le prix des communications de voisinage, nationales et internationales, au départ de la ligne fixe de l'abonné, à destination de six numéros représentant chaque bimestre le plus fort trafic. Si la personne souscrivant un abonnement Ola ou Loft était déjà abonnée à une option tarifaire du service fixe de France Télécom, il lui était possible d'offrir les six mois d'abonnement gratuits à "*Primaliste Longue Distance*" à la personne de son choix.
14. La formule d'abonnement Ola du service mobile Itinériss est destinée au grand public. Il s'agissait d'une offre incluant un terminal mobile, un abonnement et des forfaits de

communications 1, 2 ou 4 heures. La formule Loft s'adressait aux entreprises et ne comprenait pas de terminal. Elle se déclinait en forfaits de 2 ou 4 heures et en un abonnement sans forfait (Déclit).

15. La mise en œuvre de cette offre a fait l'objet d'un protocole d'accord, conclu le 31 août 1998, entre la division marketing de la branche grand public et la division France Télécom Mobiles. Il prévoyait notamment que le coût de l'option tarifaire offerte sur les abonnements de téléphonie fixe pendant six mois serait pris en charge par France Télécom Mobiles.
16. Préalablement à sa mise en œuvre, la nouvelle option tarifaire "*Primaliste Longue Distance*", a fait l'objet d'une décision tarifaire n° 98123 E présentée à l'homologation tarifaire du ministre de l'économie le 5 août 1998, après avis de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART). Son prix a été fixé à 15 francs TTC par mois.

2. L'HOMOLOGATION DE CETTE OFFRE

17. La procédure d'homologation des tarifs de France Télécom est prévue au 5° de l'article L. 36-7 du code des postes et des télécommunications et à l'article 17 du cahier des charges de France Télécom, approuvé par le décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996.
18. La procédure d'homologation tarifaire s'exerce, d'une part, sur les tarifs du service universel et, d'autre part, sur les tarifs pour lesquels il n'existe pas de concurrence sur le marché.
19. Ces tarifs sont homologués par le Ministre, après avis public de l'Autorité de régulation des télécommunications. L'homologation peut être tacite, conformément à l'article 17.2 du cahier des charges de France Télécom approuvé par [décret n° 96-1225](#) du 27 décembre 1996.
20. L'Autorité de régulation des télécommunications, saisie pour avis de la décision tarifaire de France Télécom n° 98 123 E relative à l'option tarifaire "*Primaliste longue distance*", a rendu un avis défavorable ([avis n° 98-779 du 16 septembre 1998](#)). Dans cet avis, l'Autorité relevait que la nouvelle option n'offrait pas par elle-même d'intérêt pour le consommateur puisqu'elle était moins intéressante que l'option "*Primaliste*" Automatique» qui préexistait, les communications locales étant exclues de l'assiette de réduction Primaliste Longue distance alors que l'option "*Primaliste Automatique*" prenait en compte l'ensemble des communications.
21. Elle considérait de plus que, même s'il était prévu que les six mois d'option gratuits puissent être offerts par les concurrents de France Télécom sur le marché de la téléphonie mobile, cette disposition était théorique eu égard à l'absence d'opportunité qu'elle présentait pour un opérateur mobile concurrent "*Même si rien n'empêche en théorie un opérateur concurrent de faire une offre similaire à ses propres clients, soit que le concurrent dispose lui-même d'une infrastructure longue distance, soit qu'il soit en mesure de passer un accord avec un autre opérateur disposant d'une telle infrastructure, il n'apparaît pas que le marché de la longue distance soit suffisamment établi pour que cette offre, qui s'appuie sur le réseau longue distance de France Télécom, ne soit pas de nature à donner un avantage indu à France Télécom dans son activité mobile*". Selon l'Autorité de régulation des télécommunications, l'offre présentait "*un risque d'abus de position dominante de France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe longue distance*". Elle soulignait les effets anticoncurrentiels potentiels de l'offre sur le marché de la téléphonie fixe longue distance, les 6 mois d'option gratuits pouvant s'analyser comme une prime

offerte aux clients de France Télécom qui renonceraient à s'abonner auprès d'un opérateur entrant pour l'acheminement de leurs communications longue distance.

22. Elle relevait par ailleurs que si le protocole signé le 31 août 1998 entre la division marketing de la branche grand public de France Télécom et la division France Télécom Mobiles *"prévoit que la possibilité d'accorder les six mois d'abonnement gratuits est ouverte, dans des conditions identiques à tout autre opérateur qui en ferait la demande à France Télécom"*, *"cette non exclusivité de l'offre est une condition nécessaire à l'exercice d'une concurrence loyale entre les opérateurs mobiles"*. *"Cette disposition restera toutefois purement théorique, eu égard à l'absence d'opportunité qu'elle présente pour un opérateur mobile concurrent"*. Elle ajoutait que *"De plus, France Télécom n'a fait aucune démarche auprès de ses concurrents mobiles SFR et Bouygues Télécom en vue de la mise en œuvre effective de cette disposition par ces opérateurs"*. Elle notait que si, d'un point de vue comptable, les six mois d'abonnement à l'option ainsi accordés au client étaient pris en charge par France Télécom Mobiles, il ne s'agissait pas toutefois d'une prise en charge financière réelle, France Télécom Mobiles étant dépourvue de personnalité juridique au sein de France Télécom.
23. Nonobstant l'avis défavorable de l'Autorité, cette décision tarifaire a été homologuée tacitement le 16 octobre 1998, en l'absence de réponse formelle du ministre compétent dans le délai de deux mois imparti.

3. LA PROPOSITION DE FRANCE TÉLÉCOM D'ÉTENDRE CETTE OFFRE PROMOTIONNELLE AUX AUTRES OPÉRATEURS DE TÉLÉPHONIE MOBILE

24. France Télécom, par lettre du 19 novembre 1998, a proposé aux deux autres opérateurs de téléphonie mobile, Bouygues Télécom et SFR, de participer à cette offre en proposant à leurs propres clients le service *"Primaliste Longue Distance"* de France Télécom. Les clients de SFR et de Bouygues Télécom qui seraient intéressés par cette offre auraient été alors invités à adresser une demande à une plate forme gérée par un prestataire externe, qui l'aurait transmise aux agences France Télécom. Le coût de cette plate-forme aurait été partagé entre les trois opérateurs mobiles et les six mois d'abonnement gratuit à *"Primaliste Longue Distance"* auraient été facturés à SFR et à Bouygues Télécom pour ce qui concerne leurs abonnés respectifs.
25. SFR a décliné l'offre par courrier en date du 3 décembre 1998, considérant qu'il n'était pas dans son intérêt de participer à une opération dont l'effet serait de fidéliser les abonnés de France Télécom, et qu'il n'avait pas été associé aux phases préparatoires du projet. SFR a écrit à cette occasion que *"l'offre que France Télécom se propose de mettre sur le marché via Itinériss, présente, ainsi que l'Autorité de régulation des télécommunications l'a noté dans son avis, un risque d'entrave à la concurrence sur le marché de la téléphonie fixe et sur le marché de la téléphonie mobile. La proposition de nous associer à votre projet, en l'état, ne saurait faire disparaître les griefs d'entrave à la concurrence et il n'est pas dans l'intention de SFR de commercialiser une offre entravant l'exercice d'une concurrence loyale entre les opérateurs"*.
26. Bouygues Télécom a également refusé l'offre de France Télécom, par courrier en date du 3 décembre 1998, compte tenu de l'absence d'information sur les conditions techniques et financières applicables à cette plate-forme et au motif que *"ce service comporte, à notre avis, à plusieurs égards, de sérieux risques de restriction de concurrence, tant sur le marché de la téléphonie fixe longue distance que sur le marché de la téléphonie mobile,*

ainsi que l'a d'ailleurs relevé l'Autorité de régulation des télécommunications dans son [avis n° 98-779 du 16 septembre 1998](#)".

27. Afin de respecter l'obligation faite à France Télécom de proposer également cette promotion en offre payante, l'option tarifaire, homologuée tacitement par le ministre, a été inscrite au catalogue de France Télécom au moment du lancement de l'offre fixé au 15 janvier 1999, au tarif de 15 francs TTC par mois, jusqu'à ce qu'elle soit retirée par France Télécom le 30 avril 1999.

D. LE GRIEF NOTIFIÉ

28. Sur la base des constatations qui précèdent, le grief suivant a été notifié à France Télécom le 6 décembre 2000 : *"En lançant l'offre «tarifaire longue distance», grâce à laquelle tout souscripteur d'un abonnement Loft ou Ola de son service de téléphonie mobile Itinériss pouvait bénéficier de six mois de gratuité de l'option tarifaire de son service de téléphonie fixe, "Primaliste Longue Distance", France Télécom a abusé de sa position dominante sur le marché de la téléphonie fixe et contrevenu aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 (devenu l'article L. 420-2 du code de commerce) ainsi qu'à celles de l'article 82 du traité de Rome. Un grief est donc notifié à France Télécom de ce chef".*
29. Dans son rapport notifié à France Télécom le 20 novembre 2003, le rapporteur a maintenu ce grief.

II. Discussion

A. SUR LA PROCÉDURE

1. SUR LA COMPÉTENCE DU CONSEIL

30. France Télécom soutient que le Conseil n'est pas compétent pour se prononcer sur la légalité d'une offre soumise, en application de la réglementation sectorielle des télécommunications, à une décision ministérielle d'homologation tarifaire.
31. Toutefois, l'approbation par le Ministre compétent de l'offre tarifaire de France Télécom n'a pas pour effet de lui conférer le caractère d'un acte administratif. Dans la décision n° [98-MC-03](#) du 19 mai 1998 (BOCCRF du 18 juin 1999), le Conseil, se fondant sur la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 18 juin 1954, *Sieur Basseix*) et du Tribunal des conflits (TC, 12 juin 1961, *Sieur Rolland c/SNCF*), a ainsi estimé que *"si l'homologation ministérielle constitue une décision de nature administrative susceptible de recours devant la juridiction administrative, elle n'a pas pour effet de conférer aux décisions prises par une personne de droit privé, dans ses relations avec les clients dans le secteur concurrentiel, le caractère d'acte administratif"*.
32. Par ailleurs, ainsi que l'a rappelé la Commission dans sa décision n° 2003/707/CE du 21 mai 2003 relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE

(affaire COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 Deutsche Telekom AG) "*l'applicabilité des règles de concurrence n'est pas exclue, dès lors que les dispositions sectorielles concernées laissent aux entreprises qui y sont soumises la possibilité d'un comportement autonome susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence*". Dans cette affaire, qui concernait une pratique de prix non équitables reprochée à Deutsche Telekom, alors que ces tarifs étaient soumis à l'homologation de la RegTP, autorité de régulation des télécommunications allemande, conformément aux dispositions allemande en matière de régulation tarifaire, la Commission a estimé que "*bien que les tarifs, de l'accès aux réseaux locaux soient en partie régulés par la RegTP, la présente décision porte sur les prix non équitables dont Deutsche Telekom est directement responsable, parce qu'elle les a fixés sur la base de décisions commerciales autonomes*".

33. Dès lors, le Conseil est compétent pour examiner les pratiques tarifaires découlant de l'offre en cause.

2. SUR LE DESTINATAIRE DE LA NOTIFICATION DE GRIEFS

34. Les sociétés France Télécom et France Télécom Mobiles, devenue Orange France, soutiennent que l'offre en cause n'était pas une offre de France Télécom, mais une offre de France Télécom Mobiles et qu'il appartenait à France Télécom Mobiles, entité autonome au sein du groupe France Télécom de répondre seule au grief notifié à France Télécom.
35. Conformément aux principes dégagés par le Tribunal de première instance des communautés, "*lorsque l'existence d'une infraction est établie, il convient de déterminer la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise au moment où l'infraction a été commise, afin qu'elle réponde de celle-ci*" (*Enichem Anic Spa c/ Commission des Communautés Européennes*, aff. T-6/89, 17 décembre 1991 et *All Weather Sports Benelux BV*, aff. T-38/92, 28 avril 1994).
36. En l'espèce, France Télécom et France Télécom Mobiles constituaient, au moment des faits, une seule et même entreprise. Les activités mobile de France Télécom étaient alors exercées au sein de France Télécom sous la marque Itinériss, au sein d'une division dénommée "*France Télécom Mobiles*", dépourvue de toute personnalité morale et qui n'est devenue une filiale de l'entreprise que le 23 août 2000, soit postérieurement aux faits en cause.
37. La mise en œuvre du critère de l'autonomie peut, certes, conduire à exonérer une société de la responsabilité qu'elle est susceptible d'encourir du fait des pratiques imputables à ses démembrements, structures locales ou filiales. Encore convient-il de rappeler que la Cour de cassation, dans plusieurs arrêts (notamment *Entreprise Industrielle* du 3 mai 1995, *Colas* du 4 juin 1996, *Spie Batignolles* et *GTIE* du 14 mars 1997, les deux derniers ayant été rendus en assemblée plénière), a d'une part précisé que la charge de la preuve reposait sur la structure qui invoque cette cause d'exonération, et d'autre part, posé les principes permettant d'apprécier le degré d'autonomie des structures locales. Ainsi, pour constituer une entreprise apte à assumer les conséquences de ses agissements au regard du droit de la concurrence, la structure locale doit disposer d'une autonomie lui permettant de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique et de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège social.
38. Dans le cas d'espèce, France Télécom estime que France Télécom Mobiles constituait bien une entreprise autonome au sens du droit de la concurrence, comme en attesteraient l'obligation de séparation comptable prévue aux articles 13.4 et 18 de son cahier des

charges, la liberté tarifaire de France Télécom Mobiles ainsi que les conditions propres d'exploitation et la liberté en matière de distribution dont elle bénéficie.

39. Cependant, la séparation comptable entre les diverses activités de l'opérateur historique a été imposée afin de garantir une allocation sincère et transparente des coûts entre les activités sous monopole et les activités en concurrence et de permettre un contrôle du respect par ce même opérateur des règles de concurrence, mais ne garantit pas l'autonomie de la politique commerciale des divisions concernées. De même, le contrôle tarifaire ex-ante des tarifs de l'opérateur historique a pour objet de vérifier le caractère abordable des prix du service universel et la loyauté de la concurrence, dans un contexte de passage de situation de monopole à celui d'une ouverture progressive à la concurrence. Le fait que les tarifs des communications mobiles ne soient pas soumis à homologation s'explique par les conditions de concurrence différentes qui prévalent sur le marchés des télécommunications mobiles et non par l'autonomie de la division concernée. Enfin, le fait que les activités fixes et mobiles fassent l'objet d'autorisations distinctes ne démontre pas que les titulaires de ces autorisations sont autonomes alors que rien n'interdit à une même personne d'être titulaire de plusieurs autorisations (le cahier des charges de France Télécom évoque lui-même "*les activités pour lesquelles il [l'opérateur] dispose d'une autorisation autre*").
40. Par ailleurs, comme l'a indiqué le Conseil dans sa décision n° 95-D-66, "*une entité économique ne constitue une entreprise que si ses organes dirigeants sont à même de déterminer librement une stratégie industrielle, financière et commerciale pleinement autonome*". (Décisions n° [98-D-26](#), [99-D-57](#), CA Paris, 19 janvier 1999, 2 mars 1999). Or, France Télécom et France Télécom Mobiles n'ont apporté aucun élément de nature à démontrer que les organes dirigeants de France Télécom Mobiles étaient libres de déterminer leur stratégie industrielle, financière et commerciale. Conformément à la loi n° 90-658 du 2 juillet 1990, France Télécom SA est dirigée par un conseil d'administration dont le président est chargé de mettre en œuvre la politique, conformément aux orientations définies par le conseil. Le président du conseil d'administration de France Télécom assume, sous sa responsabilité, la direction générale de France Télécom SA et la représente dans ses rapports avec les tiers. Il est assisté d'un comité exécutif, organe de direction qui réunit le président, assisté notamment des directeurs de divisions. Ce comité exécutif prend les décisions qui concernent l'ensemble du groupe et la maison mère.
41. D'ailleurs, les modalités du partage des responsabilités entre France Télécom et France Télécom Mobiles dans la mise en œuvre de l'offre mise en cause, illustrent l'absence d'autonomie de cette division. L'article 7 du protocole d'accord conclu à cette intention entre les deux entités prévoit que "*France Télécom reste seule propriétaire de la base clientèle bénéficiaire de l'offre Primaliste Longue Distance ... l'usage de cette base par France Télécom Mobiles, pour ses besoins propres, devra faire l'objet d'un accord préalable de Division Marketing de la Branche Grand Public de France Télécom*". Le même article prévoit également : "*France Télécom Mobiles se porte fort du respect par ses distributeurs de l'obligation de n'utiliser pour la promotion de Primaliste Longue Distance que les supports et les documentations validés au préalable par la Division Marketing de la Branche Grand Public de France Télécom*" *La Division Marketing de la Branche Grand Public de France Télécom se réserve la faculté de vérifier sur les points de vente si ces conditions sont respectées et d'interdire, sans délai la poursuite de la commercialisation de l'offre à ceux qui contreviendraient à ses engagements*". Le responsable Marketing de France Télécom a, de fait, reconnu avoir donné son accord préalablement à la commercialisation de l'offre par France Télécom Mobiles.

42. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la division de téléphonie mobile de France Télécom n'était pas une entité autonome, à l'époque des faits, et qu'il n'y avait donc pas lieu de lui notifier le grief rappelé au paragraphe 28 ci-dessus.

B. SUR L'ANALYSE ET LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES FAITS

1. SUR L'ANALYSE DES MARCHÉS PERTINENTS

43. Deux types de services de télécommunications sont concernés par l'offre en cause : le service de téléphonie mobile avec les abonnements Ola ou Loft d'Itinérís offerts à la vente et les services de téléphonie fixe longue distance avec l'option tarifaire "*Primaliste Longue Distance*".
44. A l'époque des faits, ces services, continuaient d'être offerts sur des marchés distincts, sur lesquels les conditions de concurrence ne pouvaient être considérées comme équivalentes en raison, notamment, du fait de l'existence de contraintes réglementaires différentes et de l'ouverture récente du marché de la téléphonie fixe à la concurrence.
45. Le nombre d'abonnés à un service de téléphonie mobile s'élevait à 6,95 millions de personnes au 30 avril 1998 et à 12,9 millions au 30 avril 1999, soit respectivement 11,9 % et 22,2 % de la population française. Cette croissance rapide n'a pas eu pour conséquence un recul du nombre d'abonnés à un service de téléphonie fixe, qui a continué à progresser légèrement, passant de 34 millions de personnes en 1998 à 34,3 millions en 1999, soit environ 57 % de la population française. Ces chiffres tendent à montrer que les abonnés à une ligne téléphonie fixe n'avaient pas pour pratique de résilier leur abonnement au profit de la téléphonie mobile. Seuls 10 à 15 % des abonnés du service mobile n'avaient pas de téléphonie fixe.
46. L'écart de prix qui subsistait entre la téléphonie fixe et la téléphonie mobile explique la faible substituabilité entre ces deux types de services, le coût de l'utilisation d'un portable restant encore sensiblement supérieur à celui d'une ligne fixe à l'époque des faits. L'Autorité de régulation des télécommunications a estimé qu'en 1999, le prix moyen d'une communication acheminée par France Télécom était de 28 centimes de francs pour une communication locale et de 70 centimes de francs pour une communication nationale, alors que le prix à la minute le plus faible des services mobiles offerts par France Télécom était de 91,7 centimes de francs la minute (forfait Itinérís 15 heures par mois avec engagement sur 24 mois pour 825 francs par mois)
47. Au regard de l'ensemble de ces éléments, l'appréciation portée par le Conseil de la concurrence dans son avis n° [98-A-19](#) en date du 25 novembre 1998 peut être en l'espèce, reprise : "*même s'il est envisageable à terme qu'une plus grande diffusion de la téléphonie mobile conduise à un système unique de télécommunications englobant différents marchés aujourd'hui distincts, il n'est pas possible, dans la situation actuelle, de considérer qu'il existe un seul et unique marché. En effet, même si le marché de la téléphonie mobile a connu au cours de l'année écoulée une croissance importante (...) la plupart des utilisateurs n'ont pas pour pratique de résilier leur abonnement au réseau de téléphonie fixe au profit d'un abonnement pour la téléphonie mobile. De plus la différence de prix sensible qui subsiste entre un abonnement et des communications sur réseau fixe et sur réseau mobile est un élément qui contribue à distinguer deux marchés*".

48. La position de France Télécom sur les marchés pertinents doit donc être appréciée, d'une part, sur le marché de la téléphonie fixe, d'autre part sur le marché de la téléphonie mobile.

Sur la position de France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe

49. France Télécom soutient que l'ouverture à la concurrence des marchés de la téléphonie fixe à partir du 1^{er} janvier 1998 l'a obligée à ajuster ses offres ou ses prix sur ceux de la concurrence et qu'il en résulte qu'elle a perdu sa position dominante et la capacité de s'abstraire de la concurrence.
50. Cependant, si l'ouverture à la concurrence du marché de la téléphonie fixe, libéralisé à compter du 1^{er} janvier 1998 s'est effectivement traduite pour France Télécom par des pertes de parts de marché, l'opérateur n'en avait pas moins gardé au moment des faits, des parts de marché prépondérantes sur l'ensemble du marché de la téléphonie fixe, quel que soit le segment considéré.
51. Comme l'indique elle-même France Télécom dans son rapport annuel 1998, p. 36 *"jusqu'au mois de février 1998, France Télécom a été l'unique fournisseur de services de téléphonie fixe en France. Sur ce marché, comme dans la plupart des autres domaines d'activité, elle occupe depuis cette date une position de premier rang. France Télécom, qui dispose de l'un des réseaux les plus technologiquement avancés au monde, et possède le réseau de distribution le plus étendu au niveau national, bénéficie d'une réputation de qualité qui constitue un réel avantage dans ce nouvel environnement concurrentiel"*.
52. Que ce soit en termes de volume (minutes de trafic départ), de valeur (chiffres d'affaires), de lignes d'abonnés, ou de nombre de clients, France Télécom détenait en 1998 et au moment des faits, des parts de marchés supérieures à 90 %. *"En ce qui concerne le marché de détail de la téléphonie fixe, la mesure du nombre d'abonnés, du nombre de minutes de trafic au départ des réseaux et du chiffre d'affaires pour les années 1998 et 1999 conduit à constater que la part de marché de France Télécom est supérieure à 90 %"* (Décision n° 99-767 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 15 septembre 1999 établissant pour 2000 la liste des opérateurs exerçant une influence significative sur un marché des télécommunications).
53. En décembre 1998, France Télécom estimait sa part de marché de la téléphonie longue distance à 94,9 %. En 1998 Cegetel, le deuxième opérateur de téléphonie fixe longue distance a activé 600 000 lignes pour son service téléphonique longue distance sur un total de 34 millions de lignes téléphonique en France (source rapport annuel 1998 de France Télécom et de Cegetel). Le nombre d'abonnés ayant choisi un opérateur autre que France Télécom s'élevait à 859 168 fin 1998 et à 2 964 098 fin 1999.
54. Au cours de leur audition le 17 février 2000, les représentants de France Télécom ont indiqué que *"sur le marché de la téléphonie fixe, France Télécom estime sa part de marché à 95 % fin 1998 et à 81 % fin 1999"*. Ils ont ajouté, par ailleurs, que *"sur le marché de la téléphonie mobile, France Télécom confirme les chiffres publiés par l'ART dans son observatoire de la téléphonie mobile"*.
55. En ce qui concerne le segment de la boucle locale, l'opérateur France Télécom détenait en 1998 un monopole de fait, l'accès des opérateurs de réseaux ouverts au public à la boucle locale n'ayant été mis en place qu'à compter du 1^{er} janvier 2001. A partir de cette date, tout abonné a pu choisir l'opérateur téléphonique de son choix pour passer ses appels téléphoniques locaux (c'est-à-dire à l'intérieur du même département).

56. France Télécom détenait donc, au moment des faits, une position largement dominante sur le segment de la téléphonie fixe longue distance comme sur l'ensemble du marché de la téléphonie fixe.

Sur la position de France Télécom sur le marché de la téléphonie mobile

57. Le marché de la téléphonie mobile se caractérise depuis 1997 par une croissance très rapide. Le nombre d'abonnés entre 1994 et 1998 a été quasiment multiplié par deux chaque année pour atteindre plus de 34 % fin 1999. Cet essor a été, notamment, soutenu par les innovations marketing des opérateurs qui ont conduit à simplifier l'offre d'achat par la généralisation des offres sous forme de packs, produits intégrant un terminal et un forfait et facilitant les procédures d'abonnement, ainsi que par le développement des formules de cartes prépayées qui ne présentent pas les contraintes de l'abonnement.
58. Au 1^{er} janvier 1998, 5,8 millions de personnes étaient abonnées à un service de téléphonie mobile en France, ce qui représentait un taux de pénétration de 10 %. Au 31 décembre 1998, au moment des faits, le parc de mobiles français atteignait 11 210 100 d'abonnés soit 19,2 % de taux de pénétration. Les parcs de France Télécom, Cegetel-SFR et Bouygues Télécom se situaient respectivement à 5,5 millions, 4,2 millions et 1,4 millions, contre 3 millions, 2,1 millions et 500 000 un an plus tôt (source : ART).
59. Au 31 décembre 1998, France Télécom Mobiles détenait 49,5 % du parc des radiotéléphones et de 45,8 % des nouveaux abonnements de l'année 1998. En un an, sa part de marché a baissé de 3,5 points, principalement au bénéfice de Bouygues Télécom. Ce troisième opérateur, en attirant 16,7 % des nouveaux clients en 1998, a, de fait, sensiblement accru sa part de marché qui est passée de 8,7 % à fin décembre 1997 à 12,5 % à fin décembre 1998, à mesure que sa couverture géographique progressait. De son côté, Cegetel-SFR a maintenu sa part de marché aux alentours de 38 %.
60. L'analyse de l'évolution du marché montre que France Télécom Mobiles ne pouvait, à l'époque des faits, avoir un comportement indépendant des autres opérateurs. En premier lieu, sa part de marché en termes d'abonnés n'a cessé de décliner depuis la mise en place des réseaux GSM. En second lieu, le jeu de la concurrence sur ce marché s'est manifesté par une baisse importante du prix de revient d'un mobile pour les utilisateurs sous l'effet conjugué de la baisse des prix des communications, de la mise en place des nouvelles formules d'abonnement ou de prépayé et de l'apparition des packs comprenant un terminal au prix subventionné par l'opérateur. Or, France Télécom n'a pas toujours été l'opérateur qui a initié ces innovations commerciales et a parfois été obligée de s'aligner sur les propositions de ses concurrents. Ainsi, France Télécom a lancé les premières cartes prépayées mais c'est Bouygues Télécom qui a, le premier, proposé des forfaits comprenant abonnement et communications.
61. En conséquence, il ne peut être considéré que France Télécom occupait au moment des faits une position dominante sur le marché de la téléphonie mobile.

Sur la qualification de la pratique

62. France Télécom soutient que son offre n'était qu'une riposte, particulièrement mesurée et raisonnable, aux offres lancées par SFR à partir de la fin de l'année 1997. Elle explique que SFR a proposé, à cette époque, à l'ensemble de ses abonnés, des conditions d'abonnement avantageuses au "7" de Cegetel, tout abonné de SFR qui souscrivait aux services de Cegetel bénéficiant de 4 mois d'abonnement gratuit et de 3 heures de communications longue distance nationale. Elle expose également que l'offre de SFR a été reconduite à plusieurs reprises, une première fois jusqu'au 30 juin 1998, puis une

deuxième fois jusqu'au 30 novembre 1998. En août 1998, SFR aurait, de plus, annoncé par courrier à ses distributeurs « le lancement commercial en distribution à 01 09 98 d'une offre préférentielle du "7" adressée aux abonnés SFR direct. Enfin, SFR aurait à la fin de l'année 1998, annoncé à ses abonnés le lancement de 3 forfaits nationaux sur le "7" pour lesquels ils bénéficieraient d'un tarif privilégié. Elle dénonce aussi le fait que Cegetel/SFR, qui "*entend interdire à France Télécom ce qu'elle fait elle-même*", a intégré la dimension réglementaire dans ses stratégies de différenciation et d'investissement en expliquant, dans une plaquette destinée à un séminaire Cegetel, que les "*offres couplées [sont] interdites à France Télécom (fixe/mobile)*" ».

63. France Télécom fait valoir qu'il était parfaitement légitime pour France Télécom Mobiles, opérateur non dominant, de réagir face à cette offre de SFR. Elle souligne que son offre n'était proposée qu'aux seuls nouveaux abonnés d'Itinériss alors que l'offre de SFR concernait tous les abonnés de SFR, et que l'avantage offert était particulièrement faible, se limitant à 90 F. Elle précise aussi que France Télécom Mobiles a retenu, pour le lancement de cette offre, la technique marketing la moins agressive qui soit, les nouveaux abonnés devant, pour en bénéficier, renvoyer un coupon réponse et que cette technique a entraîné un taux de retour particulièrement faible, à savoir 7 % environ. De façon générale, elle fait valoir que son offre a été lancée avec des moyens publicitaires tout à fait limités. France Télécom rappelle aussi qu'elle a proposé aux opérateurs concurrents, SFR et Bouygues, de les mettre en mesure de faire la même offre mais qu'ils ont refusé cette proposition sans même en discuter les termes.
64. France Télécom conteste encore le caractère fidélisant de l'offre, alors que celle-ci laisse intacte la possibilité pour les clients de s'adresser à tout moment à n'importe quel concurrent et n'est subordonnée à aucune espèce d'engagement. Elle réfute également la qualification de « remise de couplage » attribuée par le rapport à cette offre. Elle fait valoir, enfin, que l'offre n'a eu aucun effet sensible ni sur le marché de la téléphonie mobile ni sur celui de la téléphonie fixe. Selon elle, les ventes brutes d'abonnements LOFT et OLA sur les 4 premiers mois de l'année de 1999 à 2002 démontrent clairement cette absence d'effet sensible puisqu'elles ont représenté seulement 21,2 % des ventes brutes de l'année 1999 contre 22,8 % en 1998, 25,6 % en 2000, 29,1 % en 2001 et 34 % en 2002. Sur le marché de la téléphonie fixe, elle rappelle que seuls 47 028 coupons au forfait Primaliste longue distance ont été retournés, alors que le nombre d'abonnés ayant choisi un opérateur tiers pour l'acheminement de leurs communications longue distance est passé de 859 168, fin 1998, à 2 964 098 fin 1999.
65. La position dominante occupée par France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe ne saurait justifier que le lancement d'offres couplant des services de téléphonie fixe et mobile lui soient a priori et par principe interdites alors qu'elles seraient autorisées aux concurrents dès lors que ces derniers seraient en mesure d'offrir ce type de services. La Commission européenne a estimé qu'une entreprise en position dominante est en droit de se défendre et de développer sa part de marché lorsqu'elle est confrontée à l'arrivée d'un concurrent, pourvu qu'elle le fasse dans les limites d'un comportement loyal et légitime (Arrêt Akzo Chemie BV/Commission, appliqué en droit interne par CA Paris, 19 mai 1993 et sur pourvoi, Cass Com, 14 février 1995, n° 93-18.178. Bull.civ. IV, n° 48, p. 42). Le tribunal de première instance des communautés a de même rappelé que "*selon une jurisprudence constante, l'existence d'une position dominante ne prive pas une entreprise placée dans cette position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont menacés, et si cette entreprise à la faculté, dans une mesure propre, d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts*". (TPICE, 8 octobre 1996, Compagnie maritime Belge, Rec. II-1201).

66. Au cas d'espèce, Cegetel avait proposé aux seuls abonnés de téléphonie mobile SFR, (2 231 600 au 31 décembre 1997, soit 38 % de part de marché) des conditions préférentielles d'accès au nouveau service fixe du "7" lancé le 1^{er} février 1998 dans les régions d'Ile de France, Rhône-Auvergne et Nord-Pas-de-Calais avant d'être étendu à l'ensemble du territoire en mai 1998. Tout abonné de SFR qui souscrivait au service de Cegetel bénéficiait de quatre mois d'abonnement gratuit au 7 de Cegetel (10 francs d'abonnement par mois) et 2 heures de communications gratuites en France métropolitaine (avec 1 heure supplémentaire si souscription avant le 31/12/1997). Cette offre, valable dans un premier temps jusqu'au 30 juin 1998, a été prolongée jusqu'au 30 novembre 1998. France Télécom a évalué à 163 francs (24,85 euros), l'avantage tarifaire ainsi offert, soit 4 fois 10 francs pour les 4 mois d'abonnement gratuits et 123,75 francs pour 3 heures de communications gratuites, la meilleure offre de Cegetel disponible à l'époque étant un forfait de 4 heures de communications à 165 francs, soit 41,25 francs l'heure. Cegetel n'a apporté aucun élément venant contredire cette analyse.
67. La pratique dénoncée par la saisine consiste en une remise sur un abonnement au téléphone fixe, marché sur lequel France Télécom occupait, à l'époque des faits, une position largement dominante, offerte à l'occasion de la souscription d'un abonnement de téléphonie mobile, marché concurrentiel. Le Conseil a considéré à de nombreuses reprises que *"la pratique qui a consisté pour cette entreprise détenant une position dominante sur un marché, à offrir une prime à ceux de ces clients qui pouvaient être tentés de devenir clients d'entreprises concurrentes sur un autre marché, est prohibée par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986"* (voir notamment les décisions 96-D-10, du 20 février 1996, relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom et par l'Office d'annonce (ODA) et 96-D-12, du 5 mars 1996, relative aux pratiques mises en œuvre par la société Lilly France). S'agissant plus spécifiquement du secteur des télécommunications, le Conseil a relevé, dans un avis 00-A-26 que *"le couplage, dans une même offre tarifaire, de services fournis aujourd'hui en situation de quasi monopole, l'abonnement et les communications locales, et de services en concurrence, les communications nationales, peut constituer une atteinte au développement de la concurrence, en permettant à France Télécom de limiter artificiellement le libre exercice de cette concurrence sur le marché des communications longues distances"*.
68. Cependant, le caractère peu attractif de la remise consistant en six mois d'abonnement gratuit à l'option Primaliste Longue Distance, ses modalités d'octroi et l'absence de publicité accompagnant cette option n'étaient pas susceptibles de conférer à l'offre de France Télécom un quelconque effet anticoncurrentiel sur un marché. Le prix de l'option Primaliste Longue Distance, inscrite au catalogue de France Télécom, était en effet de 15 francs par mois, et l'avantage offert étant limité à 90 francs au total. Afin de bénéficier de la remise, le nouvel abonné à un forfait Loft ou Ola devait retourner le coupon-réponse qu'il a reçu par courrier quelque temps après la souscription de son abonnement. L'option n'a fait l'objet d'aucune campagne de promotion, hormis une publicité sur les lieux de vente. De plus, l'offre n'a été offerte que pendant une période très limitée, entre le 15 janvier et le 30 avril 1999, et n'a pas été prolongée.
69. Au cours de cette période, 620 220 forfaits Loft ou Ola d'Itinériss bénéficiant de l'offre promotionnelle ont été souscrits. Parmi les souscripteurs, seuls 47 028 clients ont renvoyé leur coupon, et bénéficié, pour eux-mêmes ou le tiers désigné par eux, de la souscription gratuite à l'option tarifaire "Primaliste Longue Distance".
70. Ce chiffre doit être mis en regard du nombre total d'utilisateurs qui, au cours de la période de validité de l'offre, ont souscrit à un service de téléphonie mobile. *"Avec 443 200 clients*

net supplémentaires, le marché du radiotéléphone maintient une forte progression, et retrouve sensiblement le même niveau de performance qu'au mois de janvier (440 600). Au 30 avril 1999, le parc français de radiotéléphone frôle le cap des 13 millions avec 12 932 600 clients. En l'espace de 4 mois, le marché a gagné plus de 1,7 million de clients nets" (ART, Observatoire des mobiles).

71. Le chiffre de 47 028 clients doit être mis également en regard du nombre total d'utilisateurs qui, en 1998, première année d'ouverture à la concurrence pour les communications fixes longue distance, ont choisi un opérateur entrant, soit 859 168 fin 1998. Ce nombre est passé à 2 964 098 fin 1999. Ainsi, nonobstant le lancement de cette offre au cours du début de l'année 1999, le nombre de client ayant choisi un opérateur tiers pour leurs communications fixes longue distance a crû de plus de 2 millions au profit des opérateurs alternatifs.
72. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il n'est pas établi que l'offre Primaliste Longue Distance ait eu un objet anticoncurrentiel ou ait pu avoir un tel effet. Dès lors, il n'est pas établi que France Télécom a mis en œuvre une pratique entrant dans le champ des dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité de Rome.

DÉCISION

Article unique : Il n'est pas établi que la société France Télécom a enfreint les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité de Rome.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Poulain, par M. Jenny, vice-président, Mme Behar-Touchais, MM Flichy, Gauron, Lasserre, Robin, membres.

La secrétaire de séance,
Christine Charron

Le vice-président,
Frédéric Jenny