



**Décision 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 et par l'Association des opérateurs
de services de télécommunications**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

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 certaines pratiques de la société France Télécom qu'elles estiment anticoncurrentielles et ont sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société France Télécom, par l'AFOPT et par l'AOST ;

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 les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société France Télécom, de l'AFOPT et de l'AOST, entendus ;

Après en avoir délibéré hors de la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Sur la saisine au fond

Considérant que l'AFOPT, association régie par la loi de 1901 qui regroupe les entreprises Société française de radiotéléphonie (SFR), Bouygues Télécom, Société française de transmission de données par radio (TDR), Infomobile, Société réunionnaise du radiotéléphone, Colt télécommunications France, Cégétel Entreprises et 9 Télécom, et l'AOST, association régie par la loi de 1901 qui regroupe 9 Telecom Entreprises, BT France, Cegetel entreprises, Esprit Telecom, Facicom international, Siris, AT&T, Cable & Wireless, Completel, Eurotunnel Telecom, RSL Com Viatel et Worldcom, ont, par lettre du 15 janvier 1999, saisi le Conseil de la concurrence de l'opération commerciale lancée par France Télécom le 15 janvier 1999, offrant à tout nouveau souscripteur de forfaits Ola ou Loft, commercialisés par France Télécom Mobiles, six mois d'abonnement gratuit à l'option " Primaliste Longue Distance ", commercialisée par France Télécom sur ses abonnements de téléphonie fixe ; qu'elles soutiennent que cette opération commerciale serait contraire aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de l'article 86 du traité de Rome puisque France Télécom abuserait ainsi de sa position dominante sur le marché de la téléphonie fixe en vue de fidéliser ses abonnés au service téléphonique fixe et de gagner massivement de nouveaux abonnés à son service téléphonique mobile ;

Considérant que, le 15 janvier dernier, France Télécom a lancé une offre tarifaire promotionnelle valable jusqu'au 30 avril prochain, dans le cadre de laquelle la souscription d'un abonnement Ola ou Loft du service mobile Itinériss de France Télécom Mobiles donne droit à un abonnement gratuit de six mois à l'option tarifaire du service de téléphonie fixe de France Télécom, dénommée " Primaliste Longue Distance " ; que cette option, commercialisée au prix de 15 F par mois, consiste dans l'octroi 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 des six correspondants représentant chaque

bimestre le plus fort trafic ; que si la personne qui souscrit un abonnement Ola ou Loft est déjà abonnée à une option tarifaire non cumulable avec Primaliste Longue Distance, elle peut offrir les six mois d'abonnement gratuit à cette option à la personne de son choix ;

Considérant que France Télécom a soumis, le 5 août 1998, la décision n° 98123 E, relative à l'option tarifaire Primaliste Longue Distance, à l'homologation du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du secrétaire d'Etat à l'industrie en se fondant sur les dispositions de l'article 17 de son cahier des charges, approuvé par le décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996 ; que cette décision tarifaire a fait l'objet d'un avis défavorable de l'Autorité de régulation des télécommunications, le 16 septembre 1998 ; qu'elle a été homologuée tacitement, le 16 octobre 1998 ;

Considérant que, par lettre du 19 novembre 1998, France Télécom a annoncé la mise en place de cette promotion tarifaire aux autres opérateurs de téléphonie mobile et leur a proposé la possibilité d'offrir à leurs propres clients six mois d'abonnement gratuit à l'option tarifaire Primaliste Longue Distance ; que les clients de SFR et de Bouygues Télécom intéressés par cette offre auraient été invités à adresser une demande à une plate-forme gérée par un prestataire externe, qui l'aurait transmise aux agences France Télécom ; que le coût de cette plate-forme aurait été partagé entre France Télécom Mobiles, SFR et Bouygues Télécom ; que 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 ;

Considérant que SFR a décliné cette offre, au motif 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 ; que Bouygues Télécom a également refusé en soutenant que l'opération commerciale comportait de sérieux risques de restriction de la concurrence ;

Considérant que les parties saisissantes font valoir que l'opération commerciale décrite ci-dessus constitue une tentative d'ériger une barrière à l'entrée sur le marché de la téléphonie fixe longue distance afin de restreindre le jeu de la concurrence sur ce marché sur lequel il a été mis fin au monopole de France Télécom depuis le 1^{er} janvier 1998 ; qu'elles rapprochent cette pratique des nombreux obstacles que France Télécom aurait opposés à ses nouveaux concurrents, notamment en multipliant les options tarifaires ; qu'elles font, de plus, valoir qu'il est impossible à un concurrent sur le marché de la téléphonie mobile d'offrir une offre similaire, compte tenu d'une part, de l'importance de la part de marché de France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe, et, d'autre part, de la convergence d'intérêts qui existe naturellement entre France Télécom et France Télécom Mobiles, qui appartiennent à la même entité juridique ; qu'elles prétendent que, sur le marché de la téléphonie mobile, le jeu de la concurrence est déjà faussé par la commercialisation par France Télécom Mobiles d'une grande partie des abonnements à Itinériss par l'intermédiaire des agences de France Télécom, situation qui s'analyserait selon elles comme l'exploitation par France Télécom de sa position dominante sur le marché de la téléphonie fixe dans le but de capter une part importante du marché de la téléphonie mobile ;

Considérant que l'offre en cause concerne, d'une part, les services de téléphonie mobile avec les abonnements Ola ou Loft d'Itinériss et, d'autre part, les services de téléphonie fixe longue distance avec l'option tarifaire " Primaliste Longue Distance " ; que le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion, dans ses avis n° 97-A-19 du 24 septembre 1997 et n° 98-A-19 du 25 novembre 1998, de distinguer ces deux marchés, en considérant que " *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* " ;

Considérant que 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 ; qu'à la date du 1^{er} février 1999, 54 opérateurs avaient obtenu une licence délivrée en application des articles L. 33-1 ou L. 34-1 du code des postes et télécommunications permettant d'établir et d'exploiter des réseaux de téléphonie fixe (art. L. 33.1) et

de fournir des services de téléphonie fixe (art. L. 34.1) ; que cependant, compte tenu des difficultés d'accès à la boucle locale, France Télécom demeure de fait en situation de quasi monopole sur les communications locales ; que l'effort de pénétration du marché par les nouveaux opérateurs s'est donc porté sur les communications dites " longue distance ", par opposition aux communications locales, mais qu'un abonné au téléphone ayant choisi un nouvel opérateur pour l'acheminement de ses communications longue distance doit rester abonné à France Télécom pour l'acheminement de ses communications locales ; qu'au terme d'un an d'ouverture du marché, la pénétration de celui-ci par les nouveaux opérateurs reste faible, France Télécom ayant estimé, en décembre 1998, sa part de marché à 94,9 % pour la téléphonie fixe longue distance ;

Considérant que le marché de la téléphonie mobile représentait 11 210 100 abonnés au 30 décembre 1998 ; qu'à cette date, trois opérateurs se partageaient ce marché : France Télécom Mobiles, avec 49,5 % du marché, SFR, avec 37,9 % et Bouygues Télécom avec 12,5 % ; que l'importance des parts de marché détenues par France Télécom, d'une part, et par SFR, d'autre part, rend difficile pour l'un d'eux, du fait de sa seule position sur ce marché, de s'abstraire de la concurrence de l'autre ; que ce marché, en forte croissance, est animé par une vive concurrence qui se traduit par de brusques variations, dans un sens ou dans l'autre, des parts de marché détenues par les trois opérateurs de téléphonie mobile ; qu'à ce stade de la procédure, il n'est pas établi que France Télécom occupe une position dominante sur le marché de la téléphonie mobile ;

Considérant que dans son avis n° 99-145, l'ART souligne que l'une des évolutions actuelles sur le marché des télécommunications est caractérisée par l'apparition de nouvelles offres dites de convergence fixe-mobile, qui associent de plus en plus étroitement les services fixes et mobiles proposés par les opérateurs, comme, par exemple, la possibilité pour l'abonné de recevoir une facture unique pour ses communications fixes et mobiles, ou l'offre d'un numéro unique, en remplacement de ses deux numéros fixe et mobile, ou encore l'attribution d'une messagerie vocale unique ;

Considérant qu'il n'est pas établi que l'offre promotionnelle associant six mois d'abonnement gratuit à l'option tarifaire Primaliste Longue Distance à toute nouvelle souscription d'un abonnement aux forfaits Ola et Loft puisse s'analyser comme un service combinant l'utilisation du téléphone fixe et du téléphone mobile ou soit justifiée par des considérations techniques ; qu'il ne peut être exclu en conséquence qu'il s'agisse d'une offre tarifaire purement commerciale, qui lierait artificiellement deux services offerts sur deux marchés voisins mais distincts ;

Considérant que, antérieurement au lancement de cette opération commerciale, France Télécom proposait déjà aux abonnés de ses services de téléphonie fixe une option tarifaire dénommée Primaliste qui permettait, pour un supplément de 15 F TTC par mois, de bénéficier d'une réduction de 20 % sur le coût des appels vers les six numéros les plus utilisés et qui était valable pour les communications locales, de voisinage, nationales et internationales ; qu'en excluant les communications locales de la nouvelle option tarifaire Primaliste Longue Distance offerte gratuitement pendant six mois pour toute souscription d'un abonnement à un forfait Loft ou Ola d'Itinérís, il n'est pas exclu que France Télécom ait limité cette promotion tarifaire à ce qui serait nécessaire pour concurrencer les offres comparables des nouveaux opérateurs de téléphonie fixe ;

Considérant que la part de marché de France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe longue distance est telle qu'il est probable qu'un nouvel abonné à un forfait Ola ou Loft d'Itinérís soit déjà abonné aux services de téléphonie fixe longue distance de France Télécom ; que, dans ces conditions, l'offre tarifaire dénoncée par les parties saisissantes apparaît d'autant plus attractive que ce nouvel abonné n'a pas à changer d'opérateur pour en bénéficier ; que cette offre tarifaire permettrait donc à France Télécom de s'appuyer sur sa position sur le marché de la téléphonie fixe pour promouvoir ses ventes de forfaits mobiles Ola et Loft ;

Considérant que France Télécom soutient dans ses observations que l'offre commerciale concernée constitue une réponse particulièrement mesurée à une offre similaire offerte pendant une grande partie de l'année 1998 par Cégétel aux abonnés SFR ; qu'elle produit des dépliants montrant que SFR proposait à tous ses abonnés quatre mois d'abonnement gratuit au " 7 " de Cégétel et quatre heures de communication gratuites en France métropolitaine ; qu'elle fait également état du lancement, fin 1998, d'une seconde offre de Cégétel, proposant aux nouveaux abonnés SFR des tarifs spéciaux sur des forfaits de communications sur le " 7 " ; qu'elle prétend que la saisine de l'AFOPT et de l'AOST

doit être analysée comme une action pilotée par Cégétel et visant à lui interdire d'exploiter les possibilités offertes par la convergence fixe-mobile ;

Mais considérant qu'il résulte d'une jurisprudence constante (CJCE, affaire C 18/88, 13 décembre 1991 et Akzo, 3 juillet 1991 ; cour d'appel de Paris, Labinal/Mors, 1^{ère} chambre, section concurrence, 19 mai 1993 ; Conseil de la concurrence, France Télécom et ODA, décision n° 96-D-10 du 20 février 1996 et Lilly France, décision n° 96-D-12 du 5 mars 1996) que si une entreprise disposant d'une position dominante et confrontée à l'arrivée d'un concurrent est en droit de défendre ou de développer sa part de marché, encore doit-elle demeurer dans les limites d'un comportement compétitif normal et d'une concurrence légitime ; que le fait pour l'entreprise disposant d'une telle position de tenter de limiter l'accès du marché sur lequel elle est en position dominante, ou d'un autre marché, en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites revêt un caractère abusif ;

Considérant, par suite, qu'il n'est pas exclu, en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, que la proposition de France Télécom consistant à offrir six mois d'abonnement gratuit à l'option tarifaire Primaliste Longue Distance à tout souscripteur d'un forfait Ola ou Loft d'Itinérís, puisse constituer une remise de couplage et être contraire aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance de 1986, ainsi qu'à celles de l'article 86 du traité de Rome dès lors qu'un abus de position dominante de l'opérateur historique sur le marché de la téléphonie fixe et sur le marché de la téléphonie mobile pourrait être de nature à affecter le commerce entre Etats membres compte tenu de la concurrence potentielle d'opérateurs originaires d'autres pays de la Communauté ;

Sur la demande de mesures conservatoires

Considérant que les parties saisissantes ont, sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, présenté une demande de mesures conservatoires tendant à ce que "*le Conseil prononce la suspension de l'offre de France Télécom jusqu'à ce qu'il ait statué sur le fond*" ; que l'urgence est, selon elles, commandée par le fait que l'offre incriminée est lancée depuis le 15 janvier et qu'il convient de faire cesser le dommage grave et immédiat que constitueraient les milliers d'abonnements aux forfaits Ola et Loft qui seraient souscrits chaque jour dans les conditions abusives qu'elles dénoncent ; que ce nouvel obstacle à l'émergence d'offres alternatives à celle de France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe serait imposé aux nouveaux opérateurs à un moment particulièrement délicat puisque, un an après l'ouverture du marché, les entreprises concernées sont redevables envers leurs investisseurs d'un premier bilan de leurs tentatives de pénétration du marché ; qu'elles soutiennent encore que, sur le marché de la téléphonie mobile, une atteinte grave et immédiate serait portée aux concurrents de France Télécom compte tenu du caractère stratégique que revêtirait l'acquisition d'un nouvel abonné, captif pour au moins douze mois et qui resterait généralement fidèle à l'opérateur ainsi choisi ; qu'elles invoquent la situation déjà difficile de Bouygues Télécom, qui a terminé l'exercice 1997 avec une perte de plus de 1,2 milliard de francs et a annoncé 2 milliards de francs de pertes pour 1998 ; qu'elles dénoncent enfin l'avantage concurrentiel important que conférerait à France Télécom, dans la perspective d'une convergence téléphone fixe/téléphone mobile, le fichier croisé abonnés fixes/abonnés mobiles que cette opération commerciale permettra de constituer, alors que ce type de données serait impossible à collecter pour les autres opérateurs ;

Considérant qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, des mesures conservatoires " ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur concerné, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante " ;

Considérant en premier lieu que l'offre concernée a été lancée le 15 janvier 1999 et doit prendre fin le 30 avril 1999 et qu'il s'agit donc d'une opération limitée dans le temps ; que le lancement de cette opération n'a été accompagné d'aucune campagne de publicité dans les médias ; que France Télécom assure que le bénéfice de l'option n'est acquise qu'aux acquéreurs de mobiles qui renvoient le coupon correspondant ; que les premiers résultats présentés au Conseil par France Télécom font apparaître que seuls 4,4 % des nouveaux abonnés à Loft et Ola ont, au 15 février 1999, renvoyé le coupon indiquant leur numéro de téléphone fixe dans le but de bénéficier de l'offre Primaliste Longue Distance ; que si, les délais de retour du coupon expirant le 15 mai 1999, la proportion de

bénéficiaires est susceptible d'être plus élevée, le premier résultat constaté montre que l'attractivité de l'offre est restée très en-deçà des estimations avancées par les auteurs de la saisine ;

Considérant en second lieu que si, selon les documents produits en séance, la part relative des ventes de mobiles de France Télécom a enregistré une progression d'un peu plus de deux points entre janvier et février 1999 après une baisse de plus de sept points entre avril et décembre 1998, ce constat est limité à un mois et l'évolution n'est pas d'une ampleur telle qu'elle puisse être considérée comme le signe certain d'un retournement durable ; qu'en tout état de cause l'impact de l'offre promotionnelle sur les ventes de forfaits de téléphones mobiles ne peut être isolé, en l'absence d'autres éléments d'analyse, des autres facteurs explicatifs de l'évolution des ventes de mobiles ;

Considérant enfin que les résultats négatifs dont fait état Bouygues Télécom pour 1997 et 1998 concernent des exercices antérieurs au lancement de l'offre promotionnelle qui fait l'objet de la saisine et ne peuvent être imputés à cette offre ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les éléments produits au dossier ne démontrent pas une atteinte grave et immédiate au secteur intéressé ni aux entreprises concurrentes de France Télécom sur les marchés du téléphone fixe et du téléphone mobile ;

Considérant, au surplus, que les représentants de France Télécom se sont engagés en séance à ne pas prolonger ou renouveler l'offre promotionnelle en cause et à ne pas amplifier la publicité qui est actuellement faite ;

Considérant, par suite, que la demande de mesures conservatoires présentée par l'AFOPT et par l'AOST doit être rejetée,

Décide

Article unique.

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 235 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Mouy, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,

La présidente,

Sylvie Grando

Marie-Dominique Hagelsteen