

Décision n° 15-D-20 du 17 décembre 2015
relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des
communications électroniques

L'Autorité de la concurrence (section IV) ;

Vu la lettre, enregistrée le 14 avril 2008, sous le numéro 08/0041 F, par laquelle la société Bouygues Telecom a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et Orange France dans le secteur des communications électroniques à destination de la clientèle non résidentielle ;

Vu la lettre, enregistrée le 10 août 2010, sous le numéro 10/0075 F, par laquelle la Société Française de Radiotéléphone (SFR) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et Orange France dans le secteur des communications électroniques à destination de la clientèle non résidentielle ;

Vu la décision du 6 septembre 2010 par laquelle le rapporteur général adjoint a procédé à la jonction de l'instruction des affaires 08/0041 F et 10/0075 F ;

Vu l'avis n° 2013-0802 du 11 juin 2013 émis par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes ;

Vu la décision n° 14-DE-01 du 18 avril 2014 par laquelle le président de l'Autorité de la concurrence a donné acte du désistement de la société Bouygues Telecom formulé par une lettre enregistrée le 24 mars 2014 ;

Vu le procès-verbal du 6 novembre 2015 par lequel Orange a déclaré ne pas contester les griefs qui lui ont été notifiés et a demandé le bénéfice des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Vu l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce ;

Vu les décisions relatives au secret des affaires n° 10-DSA-197 du 10 septembre 2010, n° 10-DSA-198 du 17 septembre 2010, n° 12-DSA-303 et 12-DSA-304 du 6 septembre 2012, n° 12-DSA-306 du 7 septembre 2012, n° 12-DSA-311, 12-DSA-312 et 12-DSA-313 du 11 septembre 2012, n° 12-DSA-317 du 20 septembre 2012, n° 12-DSA-365 du 25 octobre 2012, n° 13-DSA-13 du 14 janvier 2013, n° 13-DSA-156 du 16 mai 2013, n° 13-DSA-185 du 19 juin 2013, n° 13-DSA-245 du 2 septembre 2013, n° 13-DSA-249 du 9 septembre 2013, n° 14-DSA-10 du 15 janvier 2014, n° 14-DSA-332 du 24 janvier 2014, n° 14-DSA-16, 14-DSA-168 et 14-DSA-173 du 31 décembre 2014, n° 15-DSA-05 du 5 janvier 2015, n° 15-

DSA-08 du 6 janvier 2015, n° 15-DSA-09 du 7 janvier 2015, n° 15-DSA-25 et 15-DSA-27 du 15 janvier 2015, n° 15-DSA-35 du 23 janvier 2015, n° 15-DSA-43 du 29 janvier 2015, n° 15-DSA-45 du 30 janvier 2015, n° 15-DSA-50 du 5 février 2015, n° 15-DSA-79 et 15-DEC-02 du 18 février 2015, n° 15-DEC-03 du 20 février 2015, n° 15-DEC-04 du 25 février 2015, n° 15-DEC-05, 15-DECR-11, 15-DECR-12 et 15-DECR-13 du 26 février 2015, n° 15-DSA-201 et 15-DSA-202 du 27 mai 2015, n° 15-DSA-328 et 15-DSA-329 du 22 septembre 2015 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Orange et SFR et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, le rapporteur général adjoint, la rapporteure générale, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Orange et SFR entendus lors des séances de l'Autorité de la concurrence des 4 et 13 novembre 2015 ;

Vu la note en délibéré déposée par SFR le 20 novembre 2015 ;

Adopte la décision suivante :

SOMMAIRE

SOMMAIRE.....	3
I. Procédure	7
A. LES SAISINES.....	7
1. LA SAISINE DE BOUYGUES TELECOM.....	7
2. LA SAISINE DE SFR.....	7
B. L'INSTRUCTION.....	8
1. LA JONCTION DE L'INSTRUCTION DES DEUX AFFAIRES.....	8
2. LES OPÉRATIONS DE VISITES ET SAISIES	8
3. LA CONSULTATION DE L'AUTORITÉ DE RÉGULATION DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES ET DES POSTES.....	8
4. LE DÉSISTEMENT DE LA SOCIÉTÉ BOUYGUES TELECOM.....	8
II. Constatations.....	9
A. LE SECTEUR	9
1. LE SECTEUR DES COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES À DESTINATION DE LA CLIENTÈLE NON RÉSIDEN TIELLE	9
a) La structure de la clientèle non résidentielle	9
b) Les besoins spécifiques de la clientèle non résidentielle	10
i) Les besoins propres à l'ensemble des services.....	10
ii) Des besoins spécifiques pour chaque type de services.....	10
c) Des offres spécifiques destinées à la clientèle non résidentielle	11
i) Des offres spécifiques par type de services	12
ii) Une commercialisation adaptée en fonction du type d'entreprise considérée ..	13
2. LES ACTEURS DU SECTEUR.....	13
a) Les entreprises présentes à la fois sur les marchés fixes et mobiles	13
i) Le groupe France Télécom - Orange.....	13
ii) SFR.....	14
iii) Bouygues Telecom.....	15
b) Les entreprises présentes uniquement soit sur le marché fixe, soit sur le marché mobile.....	15
c) Le rachat de SFR par Numericable.....	16
B. LES PRATIQUES MISES EN ŒUVRE	16
1. L'ACCÈS AUX INFORMATIONS ISSUES DE LA GESTION DE LA BOUCLE LOCALE DE CUIVRE D'ORANGE.....	16
a) Rappels sur la boucle locale de cuivre d'Orange.....	16

<i>i) Un support incontournable pour les opérateurs tiers</i>	16
<i>ii) La nécessité pour les opérateurs tiers d'accéder aux informations relatives à la boucle locale de cuivre</i>	17
<i>iii) Le traitement de la question en interne par Orange</i>	18
b) Les différences de traitement constatées	19
<i>i) La situation des opérateurs tiers</i>	19
<i>ii) La situation d'Orange</i>	23
c) Conclusion	27
2. LA POLITIQUE COMMERCIALE D'ORANGE EN MATIÈRE DE FIDÉLISATION DE LA CLIENTÈLE NON RÉSIDEN­TIELLE À TRAVERS LE PROGRAMME « CHANGER DE MOBILE »	27
a) Présentation du programme	27
b) L'évolution du programme à partir de février 2010	28
c) L'intensification du programme en fonction du contexte concurrentiel : l'exemple du lancement du second processus de portabilité des numéros mobiles en mai 2007	29
d) Conclusion	30
3. LA POLITIQUE COMMERCIALE D'ORANGE EN MATIÈRE DE FIDÉLISATION DE LA CLIENTÈLE NON RÉSIDEN­TIELLE À TRAVERS L'UTILISATION DE REMISES LIÉES À DES ENGAGEMENTS DE DURÉE ET DE VOLUME	30
a) Les remises « catalogue »	31
<i>i) Champ et période d'application</i>	31
<i>ii) La remise « privilège »</i>	31
<i>iii) La remise « parc »</i>	36
<i>iv) La complémentarité de la remise « privilège » et de la remise « parc »</i>	38
b) Les remises additionnelles hors catalogue	39
c) Conclusion	43
4. LA POLITIQUE COMMERCIALE D'ORANGE EN MATIÈRE DE SERVICES DE RÉSEAUX PRIVÉS VIRTUELS À TRAVERS UN MÉCANISME DE REMISE D'EXCLUSIVITÉ	44
a) Les réseaux privés virtuels	44
<i>i) Présentation générale</i>	44
<i>ii) Les offres d'Orange</i>	45
<i>iii) Les offres de gros nécessaires à la construction des réseaux privés virtuels</i> ...	45
<i>iv) Le comportement d'achat de la clientèle non résidentielle</i>	46
<i>v) La politique tarifaire des opérateurs sur le marché de détail</i>	48
b) Les remises pratiquées par Orange sous condition d'exclusivité	49
<i>i) Les remises pratiquées par Orange</i>	49
<i>ii) L'application d'une condition d'exclusivité à ces remises</i>	51

c) Conclusion	52
5. LA POLITIQUE TARIFAIRE D'ORANGE.....	52
a) Les études économiques produites par les saisissantes.....	52
i) <i>Les informations produites par Bouygues Telecom</i>	52
ii) <i>Les informations produites par SFR</i>	53
iii) <i>Conclusion</i>	54
b) Les éléments résultant de l'instruction	54
i) <i>Recherche d'éléments matériels</i>	54
ii) <i>Recherche d'éléments intentionnels</i>	55
iii) <i>Les scénarios de prédation avancés par Bouygues Telecom et SFR</i>	56
c) Conclusion	56
C. LES GRIEFS NOTIFIÉS.....	56
D. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE DE NON-CONTESTATION DE GRIEFS.....	58
III. Discussion	59
A. SUR LES CONSÉQUENCES DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE DE NON-CONTESTATION DE GRIEFS	59
1. LES PRINCIPES.....	59
2. APPLICATION AU CAS D'ESPÈCE.....	60
a) Sur l'existence d'un marché des services de communications mobiles à destination de la clientèle non résidentielle	60
<i>La notion de marché pertinent</i>	60
<i>La pratique décisionnelle passée</i>	61
<i>Délimitation du marché</i>	62
b) Sur la position dominante d'Orange sur ce marché.....	65
3. CONCLUSION SUR LES PRATIQUES CONSTATÉES.....	66
a) Sur le grief n° 1	66
b) Sur le grief n° 2.....	67
c) Sur le grief n° 3	67
d) Sur le grief n° 4.....	68
B. SUR LES AUTRES PRATIQUES DÉNONCÉES PAR LES SAISSANTES	68
C. SUR LA SANCTION	69
1. SUR LA GRAVITÉ DES PRATIQUES.....	70
a) Sur le caractère de gravité lié à la nature des infractions en cause.....	70
b) Sur le caractère de gravité lié à la situation d'Orange sur le secteur	70
c) Sur le caractère de gravité lié à la nature des personnes susceptibles d'être affectées par les pratiques.....	71
d) Sur le caractère de gravité lié à la nature des produits concernés.....	71

e) Sur le caractère de gravité lié aux caractéristiques objectives des infractions .	72
2. SUR L'IMPORTANCE DU DOMMAGE CAUSÉ À L'ÉCONOMIE.....	73
a) Rappel des principes.....	73
b) Appréciation du dommage à l'économie lié au grief n° 1.....	73
i) <i>Sur l'ampleur des pratiques en cause</i>	73
ii) <i>Sur les caractéristiques économiques objectives du secteur</i>	74
iii) <i>Sur les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques</i>	75
c) Appréciation du dommage à l'économie lié au grief n° 4.....	75
i) <i>Sur l'ampleur des pratiques en cause</i>	75
ii) <i>Sur les caractéristiques économiques objectives du secteur</i>	76
iii) <i>Sur les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques</i>	76
d) Appréciation du dommage à l'économie lié aux griefs n° 2 et 3	77
i) <i>Sur l'ampleur des pratiques en cause</i>	77
ii) <i>Sur les caractéristiques économiques objectives du secteur</i>	77
iii) <i>Sur les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques</i>	79
3. SUR LA RÉITÉRATION	82
4. CONCLUSION SUR LE MONTANT DE LA SANCTION.....	83
D. SUR LES INJONCTIONS	83
E. SUR L'OBLIGATION DE PUBLICATION.....	84
DÉCISION.....	88

I. Procédure

A. LES SAISINES

1. LA SAISINE DE BOUYGUES TELECOM

1. Par lettre enregistrée le 14 avril 2008 sous le numéro 08/0041 F, la société Bouygues Télécom (ci-après « Bouygues Telecom ») a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société France Télécom (ci-après « France Télécom ») et la société Orange France (ci-après « Orange France ») dans le secteur des services de communications électroniques à destination de la clientèle non résidentielle, en particulier sur le marché de la téléphonie mobile à destination de la clientèle non résidentielle.
2. Dans sa saisine, Bouygues Telecom soutient que différentes pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et Orange France, qu'elle considère être en position dominante sur le marché précédemment cité, doivent recevoir la qualification d'abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE. La société saisissante mentionne notamment, au titre de ces pratiques, le recours à des remises fidélisantes et à des remises de couplage ainsi que la mise en œuvre de prix prédateurs. Bouygues Telecom demande au Conseil de la concurrence de reconnaître l'existence de ces abus et de faire cesser les pratiques ainsi mises en œuvre.
3. Le 14 juin 2010, Bouygues Telecom a saisi de manière complémentaire l'Autorité de la concurrence de nouvelles pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et Orange France dans le secteur des services de communications électroniques à destination de la clientèle non résidentielle. La société saisissante y vise notamment la remise « privilège », considérée comme fidélisante, ainsi que des prix prédateurs pratiqués, selon elle, à l'occasion d'appels d'offres publics et privés. Bouygues Telecom demande à l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») de reconnaître l'existence de ces abus et de faire cesser les pratiques qu'elle relève à titre complémentaire.

2. LA SAISINE DE SFR

4. Par lettre enregistrée le 10 août 2010 sous le numéro 10/0075 F, la société française de radiotéléphone (ci-après « SFR ») a également saisi l'Autorité de certaines pratiques mises en œuvre dans le secteur des services de communications électroniques à destination de la clientèle non résidentielle, en particulier sur le marché de la téléphonie mobile à destination de la clientèle non résidentielle.
5. Dans sa saisine, SFR estime que les pratiques abusives qu'elle dénonce relèvent de deux catégories. En premier lieu, les sociétés France Télécom et Orange France pratiquent, selon elle, des prix prédateurs à l'occasion d'appels d'offres de clients publics et privés. En second lieu, la société saisissante considère que la remise « privilège » mise en œuvre par ces sociétés constitue une pratique de fidélisation abusive.
6. Selon SFR, ces différentes pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et Orange France, qu'elle considère en position dominante sur le marché précédemment

considéré, doivent recevoir la qualification d'abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE. À ce titre, elle demande à l'Autorité de reconnaître l'existence de ces abus et de faire cesser les pratiques ainsi mises en œuvre.

B. L'INSTRUCTION

1. LA JONCTION DE L'INSTRUCTION DES DEUX AFFAIRES

7. Par une décision du 6 septembre 2010 (cote 13311), il a été procédé à la jonction de l'instruction des deux affaires précitées.

2. LES OPERATIONS DE VISITES ET SAISIES

8. Par une ordonnance du 6 décembre 2010 (cotes 13543 et 13558), le juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris a autorisé les services de l'instruction de l'Autorité à procéder aux visites et saisies prévues par l'article L. 450-4 du code de commerce aux fins de rechercher les preuves de pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des communications électroniques à destination de la clientèle non résidentielle.
9. Sur la base de cette autorisation judiciaire, les services de l'instruction ont effectué, le 9 décembre 2010, des visites et saisies dans les locaux d'Equant France, de France Télécom, d'Orange Business Participations, d'Orange Business Services, d'Orange France et d'Orange Consulting.
10. France Télécom a saisi la cour d'appel de Paris de plusieurs recours dirigés contre l'ordonnance du 6 décembre 2010 du juge des libertés et de la détention ainsi que contre les opérations de visites et saisies réalisées le 9 décembre 2010. La cour d'appel a rejeté comme irrecevables l'ensemble de ces recours par deux ordonnances en date du 15 mai 2012.

3. LA CONSULTATION DE L'AUTORITE DE REGULATION DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES ET DES POSTES

11. En application des dispositions de l'article R. 463-9 du code de commerce, les saisines de Bouygues Telecom et de SFR ont été communiquées pour observations à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des Postes (ci-après « ARCEP »), par courrier du 15 avril 2013 (cote 24362). L'ARCEP s'est prononcée sur ces saisines par un avis en date du 11 juin 2013 (cotes 25434 à 25510).

4. LE DESISTEMENT DE LA SOCIETE BOUYGUES TELECOM

12. Aux termes d'une lettre en date du 21 mars 2014, la société Bouygues Telecom a informé le président de l'Autorité de sa décision de se désister de ses saisines.
13. Par une décision n° 14-DE-01 du 18 avril 2014, le président de l'Autorité a donné acte à la société Bouygues Telecom de son désistement, en application des dispositions de l'article

L. 462-8 du code de commerce. La décision précise que l'instruction des affaires enregistrées sous les numéros 08/0041 F et 10/0075 F, précédemment jointes, se poursuit.

II. Constatations

A. LE SECTEUR

14. Il convient de décrire le secteur des communications électroniques à destination de la clientèle non résidentielle avant d'aborder les acteurs de ce secteur.

1. LE SECTEUR DES COMMUNICATIONS ELECTRONIQUES A DESTINATION DE LA CLIENTELE NON RESIDENTIELLE

15. Les besoins des entreprises en services de communications électroniques constituent une partie importante de l'activité des opérateurs de communications électroniques. Ainsi que le relève l'ARCEP dans son avis du 11 juin 1013 rendu dans le cadre de l'instruction (p. 11), le marché à destination de la clientèle non résidentielle représentait, en 2011, « 30 % des revenus des opérateurs de communications électroniques, avec 12,1 milliards d'euros, répartis entre les services fixes (5,3 milliards), les services mobiles (3,5 milliards), le transport de données (2,1 milliards), les lignes louées (0,6 milliard) et les services à valeur ajoutée (0,6 milliard) » (cote 25484).
16. Ces services destinés aux entreprises comprennent la téléphonie fixe, la fourniture d'accès à internet, la téléphonie mobile et enfin les services de capacité qui comprennent notamment les réseaux privés d'interconnexion.
17. La clientèle non résidentielle, qui présente une structure particulière, se distingue de la clientèle résidentielle par des besoins qui lui sont propres et auxquelles les opérateurs de communications électroniques répondent par des offres spécifiques.

a) La structure de la clientèle non résidentielle

18. Dans son avis (p. 5), l'ARCEP relève que les 4,5 millions d'entreprises recensées en 2009 en France peuvent être réparties de la façon suivante (cote 25478) :
- « 94,1 % sont des professionnels ou des entreprises comptant entre 0 et 9 salariés (TPE, « très petites entreprises »), avec 2 personnes en moyenne. Elles concernent 9 000 000 personnes, soit 37 % de la masse salariale totale. La majeure partie d'entre elles sont mono-sites (pour 96 %). Les 4 % d'entreprises multisites ont un nombre moyen de sites de 2,2 ;
 - 4,6 % sont des entreprises comptant entre 10 et 49 salariés, avec 20,1 salariés en moyenne. Elles concernent 4 500 000 personnes, soit 19 % de la masse salariale totale. Une majorité d'entre elles sont mono-sites (64 %). Les entreprises multisites concernent les 36 % restants, et ont un nombre moyen de 2,8 sites ;

- 1,1 % sont des entreprises comptant entre 50 et 500 salariés, avec 118 salariés en moyenne. Elles concernent 6 000 000 salariés, soit 23 % de la masse salariale totale. La proportion d'entreprises mono-sites et multisites est équilibrée, avec respectivement 48 % et 52 %, et un nombre moyen de 6,4 sites pour les multisites ;
 - 0,1 % sont des entreprises comptant plus de 500 salariés, avec 1 155 salariés en moyenne. Elles concernent 5 000 000 salariés, soit 21 % de la masse salariale totale. La très grande majorité d'entre elles (88 %) sont multisites, avec un nombre moyen de 32,9 sites. »
19. Les opérateurs distinguent trois segments de clientèle au sein du marché des services à destination de la clientèle non résidentielle, dont la délimitation peut varier entre eux à la marge :
- le segment correspondant à l'entrée de marché qui regroupe les professionnels et les petites entreprises ;
 - le segment du milieu de marché qui regroupe les entreprises de grande et moyenne taille ;
 - et le segment du haut de marché qui regroupe les très grandes entreprises et les grandes administrations.

b) Les besoins spécifiques de la clientèle non résidentielle

i) Les besoins propres à l'ensemble des services

20. En premier lieu, les entreprises souhaitent un niveau de qualité de service plus élevé que celui généralement attendu dans le cadre résidentiel, dans la mesure notamment où toute coupure de service peut avoir un impact direct sur leur chiffre d'affaires. En effet, la qualité des accès aux communications électroniques joue un rôle majeur en termes de productivité et d'image de marque. L'ARCEP souligne ainsi, dans son avis (p. 7), que « *les entreprises ont un besoin accru en termes de qualité de service et sont disposées à payer plus cher que le grand public pour des garanties de prestations supérieures à celles proposées sur le marché du grand public* » (cote 25480).
21. En deuxième lieu, la clientèle non résidentielle exprime des besoins spécifiques en matière de commande de lignes groupées et de gestion de flotte. Les entreprises doivent pouvoir centraliser la gestion d'un ensemble de lignes auprès d'un gestionnaire qui n'est pas lui-même l'utilisateur des lignes. Selon l'ARCEP (p. 7 de l'avis), ces besoins sont caractéristiques du marché non résidentiel (cote 25479).
22. En troisième lieu et comme le relève l'ARCEP (p. 6 de l'avis), alors que les usages résidentiels sont très homogènes et peuvent donc être satisfaits au travers d'un catalogue relativement restreint d'offres, « *les usages non résidentiels, à l'inverse très variés, dépendent fortement du nombre de salariés de l'entreprise et de son secteur d'activités ; ils requièrent de ce fait une offre large et complète permettant de personnaliser les solutions* » (cote 25479).

ii) Des besoins spécifiques pour chaque type de services

23. Suivant l'avis qu'elle a rendu dans le cadre de l'instruction, l'ARCEP distingue de manière plus précise les différents besoins particuliers que la clientèle non résidentielle peut avoir en fonction du type de services de communications électroniques considéré (cotes 25480 et 25481). En matière de téléphonie fixe, « *les spécificités des besoins des clients non*

résidentiels portent aussi bien sur le réseau téléphonique commuté (RTC) (fax, monétique, alarmes, etc.) que sur les réseaux Internet Protocol (IP) (couplage téléphonie et informatique, conférence audio et vidéo, messagerie unifiée, numéro unique, etc.). En outre, dès lors que le nombre d'utilisateurs croît, l'intensité des usages amène les entreprises à se tourner vers des solutions permettant la mise en relation entre les différents postes d'un réseau téléphonique interne, ou entre ces postes et le réseau téléphonique externe au travers d'un standard téléphonique, autrement dénommé autocommutateur ou PBX".

24. L'ARCEP considère également que les accès internet dédiés au marché non résidentiel « *se distinguent des accès résidentiels par leur dimensionnement et la qualité de service associée, élément primordial pour la plupart des entreprises. Au-delà des usages basiques de consultation du web, échanges de mail, etc., l'accès à internet offre aux entreprises des outils pour le marketing (page web, réseaux sociaux), la recherche d'appels d'offres ou de partenaires, la veille, les achats, le recrutement, la télémaintenance, la vente, la logistique, les relations financières avec les partenaires et les banques, la dématérialisation des relations avec les administrations, etc. Ainsi, la multiplicité des usages potentiels de l'internet pour les entreprises en fait un service critique. Que ce soit pour l'utilisation de la téléphonie fixe sur IP, l'échange des données avec l'extérieur ou d'interconnexion des différents sites d'une entreprise via un réseau local, la demande de qualité de service peut se concrétiser par l'exigence de performances spécifiques en termes de flux (débits élevés, débits garantis, débits symétriques, priorisation de certains types de flux ou garanties de performance réseau), de mise en service et migration (délai de raccordement et respect de la data contractuelle de livraison), de disponibilité du service ou de service après-vente (multiple adduction, garantie de temps de rétablissement (GTR) ».*
25. Est ensuite relevé le besoin de la clientèle non résidentielle en matière de « *réseau d'interconnexion privée* », « *dès lors que plusieurs utilisateurs doivent partager des ressources informatiques locales et communiquer depuis des sites distants* ».
26. Enfin, en ce qui concerne la téléphonie mobile, selon l'autorité de régulation sectorielle, « *les besoins des entreprises vont des offres simples avec un interlocuteur unique et une gestion simplifiée, y compris pour la facturation et la relation client, à la gestion de flottes étendues avec des types de terminaux, d'options et de contrats différenciés, et des demandes de tarifs préférentiels pour les communications internes à la flotte de l'entreprise* ».
27. La clientèle non résidentielle présente donc des besoins spécifiques pour chacun des différents types de services de communications électroniques, qu'il s'agisse de téléphonie fixe, de téléphonie mobile, d'accès à internet, ou encore de réseaux d'interconnexion privée.

c) Des offres spécifiques destinées à la clientèle non résidentielle

28. Outre la mise en place d'un service client dédié et d'une gestion adaptée de la relation client (conseiller et espace clients entreprises, service après-vente dédié, assistance en cas de changement de collaborateur, solution d'accueil vocal, étude personnalisée de la consommation, etc.), les opérateurs de communications électroniques ont développé des offres différentes de celles proposées à la clientèle résidentielle pour répondre de manière adaptée aux besoins des entreprises.

i) Des offres spécifiques par type de services

Les services mobiles

29. Les opérateurs de téléphonie mobile proposent à leurs clients du marché entreprises des forfaits mobiles et des options spécifiques très variés. L'ARCEP (p. 8 de l'avis) en donne une liste non exhaustive : « *offres groupées, communications intra-flotte, forfaits ajustables, voix illimitée en journée, système de conférence téléphonique, système de gestion de flotte, inclusion d'appels internationaux, offres d'itinérance à des tarifs plus avantageux, transfert d'appel, système de messagerie sécurisée BlackBerry, accès en mobilité aux ressources du réseau interne de l'entreprise, renouvellement de terminal avec subvention partielle ou totale, gamme de terminaux professionnels...* » (cote 25481).
30. Les lignes des clients non résidentiels représentent environ 16 % du parc total de cartes SIM soit 10,8 millions de lignes, pour 18,2 % des revenus de la téléphonie mobile en 2011 (16,8 % en 2010) (cote 25484, p. 11 de l'avis de l'ARCEP).

Les services fixes

31. Les opérateurs proposent à leurs clients non résidentiels des produits et des services spécifiques en matière de communications fixes.
32. Les services fixes proposés aux entreprises se décomposent schématiquement de la façon suivante :
- la téléphonie fixe sur le réseau téléphonique commuté (RTC) ou sur le réseau internet (VoIP pour « *voice on internet protocol* »), soit par un lien dédié, soit par un réseau privé virtuel ;
 - les télécommunications fixes hors téléphonie, soit par la fourniture d'accès à internet, soit par la mise en place d'un réseau privé virtuel (RPV ou VPN pour « *virtual private network* »), lequel permet l'interconnexion privatisée et sécurisée des différents sites d'une entreprise.
33. S'agissant de la téléphonie fixe, la spécificité de l'offre se manifeste notamment par des services de standard téléphonique, de gestion des appels, des services vocaux interactifs, des plages de voix illimitées en journée, l'inclusion des appels internationaux ou des garanties de temps de rétablissement (p. 8 de l'avis de l'ARCEP).
34. Dans son avis (p. 13), l'ARCEP précise que le revenu de la clientèle entreprise représente 3,4 milliards d'euros hors taxes, soit 44 % du revenu du marché de la téléphonie fixe en 2011.
35. En ce qui concerne la communication de données fixe, les opérateurs proposent des services particuliers pour la clientèle non résidentielle, notamment des offres avec débit symétrique, des offres d'interconnexion entre les sites (réseau VPN), une priorisation des flux, des garanties de débit ou des garanties de temps de rétablissement (p. 8 de l'avis précité).

Les services convergents

36. D'une manière générale, les évolutions des réseaux des opérateurs et la technologie internet permettent un couplage technologique des services fixes et mobiles de plus en plus important et une certaine continuité entre les services. Les opérateurs proposent ainsi depuis quelques années des offres convergentes fixe-mobile aux entreprises.

37. Ainsi, selon l'ARCEP (p. 8 de l'avis), « *les entreprises souscrivent à des offres couplées fixes-mobiles leur permettant de centraliser leurs achats, de réaliser des économies et de bénéficier des solutions logicielles comme la téléphonie unifiée, l'informatique en nuage ou « cloud Computing », un système de facturation unique, etc.* » (cote 25481).

ii) Une commercialisation adaptée en fonction du type d'entreprise considérée

38. Comme précédemment indiqué, la clientèle non résidentielle est constituée de trois segments. Cette segmentation peut le cas échéant conduire les opérateurs de communications électroniques à mettre en place une commercialisation adaptée en fonction du type de clientèle considéré.

39. Pour les professionnels et les très petites entreprises (TPE), l'ARCEP (p. 8 de l'avis) note ainsi que « *les opérateurs fixes et mobiles ont développé des offres à mi-chemin entre les offres « entreprises » et les offres grand public* ». *Les versions Pro des offres fixes et forfaits mobiles proposent, par exemple, des plages de voix illimitée en journée et non en soirée, l'inclusion des appels internationaux vers les fixes et mobiles et/ou en itinérance, des forfaits partagés et ajustables, un service client dédié ou encore l'internet illimité avec débit supérieur, des boîtes mail professionnelles, de la GTR pour la téléphonie fixe* » (cote 25481).

40. Pour le milieu de marché, les opérateurs fixes et mobiles ont recours à des catalogues d'offres qui décrivent les différents services auxquels les clients peuvent souscrire. L'ARCEP note à cet égard que « *certaines entreprises peuvent, selon leur taille, notamment, disposer d'une certaine marge de négociation, le cas échéant en organisant une mise en concurrence des opérateurs* » (cote 25482).

41. Enfin, s'agissant du haut de marché, les opérateurs sont généralement mis en concurrence par des appels d'offres, dans lesquels sont définis plus finement les besoins des entreprises et des administrations afin d'obtenir des offres personnalisées, des tarifs adaptés mais aussi des conditions contractuelles négociées.

2. LES ACTEURS DU SECTEUR

a) Les entreprises présentes à la fois sur les marchés fixes et mobiles

42. Les opérateurs généralistes, qui interviennent d'ailleurs tant sur les marchés des offres grand public que sur celui des offres destinées spécifiquement aux entreprises, forment une grande partie de l'offre fixe et mobile.

i) Le groupe France Télécom - Orange

L'organisation du groupe

43. France Télécom est une société anonyme détenue à 67,62 % par des actionnaires institutionnels et individuels, à 13,45 % par l'État, à 13,50 % par BPI France et à 4,63 % par des salariés (0,81 % d'auto-détention) (chiffres au 31 décembre 2012). Orange France était une société anonyme filiale à 100 % de la société Orange Holding, elle-même filiale à 100 % de France Télécom.

44. France Télécom, Orange Holding et Orange France ont fusionné le 30 juin 2013. Au terme de cette opération, seule subsiste France Télécom qui a changé sa dénomination sociale pour prendre le nom d'Orange à compter du 1^{er} juillet 2013.
45. Dans la suite de la décision, le groupe France Télécom - Orange, incluant la filiale Orange France jusqu'à sa disparition, sera désigné sous le vocable « Orange ».
46. La commercialisation des produits de communications électroniques fixes auprès de la clientèle non résidentielle est assurée par Orange, principalement par le biais de sa direction des grands comptes (DGC), pour le haut de marché, et de sa direction entreprises France ainsi que de ses agences entreprises, pour le milieu de marché.

La marque Orange business services

47. Orange, à travers sa marque Orange business services (ci-après « OBS »), est l'acteur majeur du secteur des services de communications électroniques à destination de la clientèle non résidentielle, tant pour les services fixes que pour les services mobiles.
48. S'agissant des services fixes, l'Autorité a récemment indiqué, dans sa décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 relative à la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice (paragraphe 397), que *« l'opérateur historique dispose d'une position particulière sur ce marché. L'ARCEP relève qu'Orange jouit d'une réputation de fiabilité et de réactivité très importante auprès des entreprises. Grâce à la boucle locale de cuivre déployée en situation de monopole, à son réseau de fibre optique très capillaire, à son intégration verticale et à sa capacité d'investissement, Orange est l'acteur de référence sur le marché »*.
49. En ce qui concerne les services mobiles, l'ARCEP souligne de son côté que *« France Télécom-Orange est l'opérateur disposant de la couverture 2G et 3G la plus étendue. En 2012, le taux de couverture 2G et 3G s'élève respectivement à 99,9 % et 98,5 % de la population et à 97,3 % et 87,3 % de la surface du territoire. Il dispose également d'une qualité de service voix et débit data supérieure à la moyenne »* (p. 14 de l'avis, cotes 25487 et 25488).
50. Sur l'ensemble du secteur, l'ARCEP estime ainsi que *« France Télécom-Orange, en s'appuyant sur l'étendue de son infrastructure fixe et mobile, est capable de répondre aux besoins de tous les segments du marché, jusqu'aux demandes les plus complexes des grands comptes. Il le fait par le biais de sa division « Orange Business Services » (OBS). OBS intervient, à travers ses collaborateurs, conseillers et commerciaux spécialisés, de manière unifiée sur l'ensemble des produits de France Télécom-Orange »* (p. 15 de l'avis, cote 25488).

ii) SFR

51. SFR est une société anonyme qui était détenue, jusqu'au 16 juin 2011, à 56 % par le groupe Vivendi et à 44 % par le groupe Vodafone. Le 16 juin 2011, Vivendi a acquis la participation détenue par Vodafone pour devenir l'unique actionnaire de SFR. À la suite de la décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 autorisant la prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice, Vivendi a cédé sa participation à Numericable qui détient désormais 80 % de SFR.

52. Après Orange, SFR est le deuxième acteur en importance présent, à travers son entité « *SFR Business Team* », sur le secteur des communications électroniques à destination de la clientèle non résidentielle.
53. Dans son avis (p. 15), l'ARCEP relève que (cote 25488) « *SFR dispose d'un réseau fixe étendu, généralement déployé pour collecter en premier lieu le trafic des abonnés résidentiels. Il a par ailleurs déployé un réseau maillé en fibre optique couvrant les grandes agglomérations métropolitaines. Lorsque ses infrastructures sont disponibles (...), SFR est actif en tant qu'offreur sur les marchés de gros. Dans les zones sur lesquelles son réseau ne s'est pas déployé ou sur lesquelles son extension pourrait s'avérer trop coûteuse, il peut s'appuyer sur les offres de gros proposées par d'autres opérateurs (majoritairement opérateurs de RIP ou France Télécom). Le réseau mobile de SFR est légèrement moins étendu que celui de France Télécom-Orange mais couvre, néanmoins, la quasi-totalité du territoire français métropolitain. En 2G, le taux de couverture est de 99,6 % de la population et de 93,3 % de la surface du territoire. En 3G, ces pourcentages sont, respectivement, de 98,6 % et 86,4 %. En termes de qualité de service, les performances du réseau mobile de SFR sont supérieures ou égales à la moyenne selon les indicateurs mesurés. Tout comme France Télécom - Orange, l'étendue des infrastructures fixes et mobiles de SFR lui permettent d'être présent sur l'ensemble des segments de marché non résidentiel au niveau national.* »

iii) Bouygues Telecom

54. Bouygues Telecom est une société anonyme, détenue à 90,16 % par le groupe Bouygues et à 9,47 % par le groupe JC Decaux Holding, holding familiale contrôlant le groupe JC Decaux coté en bourse (chiffres au 31 décembre 2013).
55. La société Bouygues Telecom apparaît comme un des trois opérateurs mobiles historiques. Elle dispose cependant d'un réseau mobile légèrement moins maillé que celui des deux autres opérateurs, en particulier au niveau de sa couverture en 2G et 3G.
56. S'agissant des services fixes, l'ARCEP souligne que l'opérateur, « *entré récemment sur le marché fixe, n'a déployé que peu d'infrastructures optiques en propre. Pour les accès proposés sur support cuivre, Bouygues Telecom s'appuie, en revanche, sur l'infrastructure qu'il déploie afin notamment de desservir sa clientèle résidentielle. (...) Cette empreinte plus réduite, en particulier sur le fixe, a une incidence sur le positionnement de l'opérateur auprès des clients non résidentiels* » (p. 15 et 16 de l'avis, cotes 25488 et 25489).
57. L'ARCEP relève en conséquence que « *le département « Bouygues Telecom Entreprises », permettant aux clients non résidentiels d'avoir un interlocuteur unique pour leurs besoins en communications mobiles et fixes, apparaît ainsi se focaliser davantage sur les PME et les solutions mobiles que sur les grands comptes et les offres fixes spécialisées* » (p. 16 de l'avis, cote 25489).

b) Les entreprises présentes uniquement soit sur le marché fixe, soit sur le marché mobile

58. En raison de la variété, de la complexité et de l'éclatement géographique du marché non résidentiel, il existe une diversité d'acteurs sur le marché :
- des opérateurs fixes spécialisés ayant déployé des réseaux dédiés au raccordement de clients non résidentiels, comme Numéricable-Completel jusqu'il y a peu, ou d'autres

opérateurs fixes spécialisés comme Colt ou Verizon. Ces opérateurs ont déployé leur infrastructure dans les zones les plus denses et s'appuient, dans le reste du territoire, sur les produits de gros d'autres opérateurs pour compléter leurs offres ;

- des opérateurs ciblant spécifiquement le marché non résidentiel et ne disposant pas d'infrastructures en propre en France et qui sont en général des filiales françaises d'opérateurs internationaux comme BT France ou AT&T ;
- enfin de très nombreux opérateurs de petite taille (ayant des chiffres d'affaires allant jusqu'à quelques millions d'euros par an) ayant déployé très peu d'infrastructures, et qui s'appuient quasi-exclusivement sur les offres de gros activées d'autres opérateurs pour se positionner sur des marchés de niche, notamment à destination des petites entreprises. Il s'agit, principalement des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO pour « *mobile virtual network operators* »).

c) Le rachat de SFR par Numericable

59. Par sa décision n° 14-DCC-160 du 30 octobre 2014 (précitée), l'Autorité a autorisé sous conditions l'opération de prise de contrôle exclusif de SFR par le groupe Altice et sa filiale Numericable.
60. Cette opération fait de la nouvelle entité Numericable-SFR un opérateur de premier plan dans le secteur des télécommunications. L'Autorité a donc identifié un risque concurrentiel lié à la réduction du nombre d'opérateurs sur le marché des communications fixe à destination de la clientèle non résidentielle. Pour limiter ce risque, Numericable a pris des engagements devant l'Autorité pour les deux types d'accès vendus sur le marché des télécommunications fixes spécifiques aux entreprises.

B. LES PRATIQUES MISES EN ŒUVRE

1. L'ACCES AUX INFORMATIONS ISSUES DE LA GESTION DE LA BOUCLE LOCALE DE CUIVRE D'ORANGE

a) Rappels sur la boucle locale de cuivre d'Orange

i) Un support incontournable pour les opérateurs tiers

61. Le 3° ter de l'article L. 32 du code des postes et des communications électroniques définit la boucle locale comme « *l'installation qui relie le point de terminaison du réseau dans les locaux de l'abonné au répartiteur principal ou à toute autre installation équivalente d'un réseau de communications électroniques fixe ouvert au public* ».
62. Selon l'ARCEP « *on parle de sous-boucle de cuivre pour désigner les infrastructures de la boucle locale de cuivre comprises entre le sous-répartiteur et l'abonné, c'est-à-dire les tronçons de cuivre ainsi que les points de flexibilité (sous-répartiteurs, points de concentration)* » (décision n° 2014-0733 du 26 juin 2014 portant sur la définition du marché pertinent de gros des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale filaire, sur la désignation d'un opérateur exerçant une influence significative sur ce marché et sur les obligations imposées à cet opérateur sur ce marché, p. 14).

63. L'ARCEP note « *qu'Orange, l'opérateur historique, possède et opère un réseau d'accès cuivre en situation de quasi-monopole, détenant plus de 99,99 % des paires de cuivre en France, en prenant en compte l'intégralité des territoires de la métropole, des départements d'outre-mer et des collectivités d'outre-mer* » (décision n° 2014-0733 du 26 juin 2014 précitée, p. 32). La paire de cuivre du réseau téléphonique de France Télécom est le principal réseau de boucle locale (dernier maillon du réseau jusqu'à l'abonné) utilisé pour la fourniture de plus de 90 % des accès haut débit, par le biais de la technologie DSL (ADSL notamment), voire même des accès très haut débit, grâce à des solutions de réaménagement de la boucle locale qui permet de rapprocher le point d'injection du signal du client.
64. Les opérateurs qui souhaitent commercialiser, sur les marchés de détail, des services à haut débit et à très haut débit peuvent soit s'appuyer sur leur propre infrastructure de réseaux soit, selon une logique d'investissement différente, avoir recours à une boucle locale louée à un opérateur tiers.
65. Dans les faits, les opérateurs sont principalement amenés à s'appuyer sur le réseau de la boucle locale de cuivre d'Orange et à souscrire aux offres de gros qu'elle propose. L'ARCEP rappelle dans sa décision n° 2014-0733 du 26 juin 2014 (précitée) que « *sur le segment des offres d'accès aux infrastructures physiques constitutives de la boucle locale de cuivre, Orange possède ou maîtrise la quasi-totalité du réseau de boucle locale de cuivre, support des services à haut débit en DSL. Cette infrastructure ne peut être raisonnablement dupliquée par un opérateur tiers. L'accès dégroupé à la boucle locale de cuivre d'Orange est donc indispensable à l'établissement d'une concurrence pérenne sur les marchés aval du haut débit* ».
66. Les prestations de gros reposant sur le réseau de cuivre d'Orange regroupent deux catégories d'offres. Il s'agit, d'une part, des offres d'accès dites « passives » qui consistent à fournir un accès à l'infrastructure physique de la boucle locale, par le biais d'un dégroupage de lignes. Ces offres sont passives car il appartient aux opérateurs alternatifs d'activer le réseau ainsi mis en place en y impulsant un signal électronique. D'autre part, il existe des offres de gros d'accès dites « actives » (« *bitstream* », liaisons louées et services de capacité). Dans ce dernier cas, « *il s'agit pour les opérateurs bénéficiant de ce type d'offre d'avoir une ressource clé en main puisqu'ils louent un accès déjà activé par l'opérateur qui leur fournit la prestation (c'est le cas des offres de bitstream proposées par Orange sur la boucle locale cuivre)* » (avis de l'Autorité n° 14-A-06 du 15 avril 2014 relatif à une demande consultative de l'ARCEP portant sur le quatrième cycle d'analyse des marchés de gros du haut débit, du très haut débit et des services de capacités, paragraphe 11).

ii) La nécessité pour les opérateurs tiers d'accéder aux informations relatives à la boucle locale de cuivre

67. En tant que gestionnaire de la boucle locale, Orange dispose des informations sur les lignes qui la composent, contenues dans des bases de données ou applications. Orange s'appuie notamment sur une base technique, appelée « 42C », qui recense les lignes construites de bout en bout qui composent le réseau de l'opérateur historique.
68. La gestion opérationnelle de la boucle locale cuivre est assurée au sein d'Orange par plusieurs entités réparties sur le territoire dénommées « *unités d'intervention* » (« UI »). Ces unités d'intervention n'ont pas de fonction commerciale et assurent la gestion et l'exploitation technique du réseau d'Orange au niveau local. Dans le cadre de ses missions, le personnel de

ces unités accède aux différentes bases de données servant à la gestion de la boucle locale cuivre, en particulier la base 42C précitée, et alimentent ces bases en informations.

69. Les données portant sur l'éligibilité et la disponibilité d'une ligne constituent une information cruciale dans le cadre du démarchage et de la commercialisation d'un service sur le marché de détail.
70. Comme l'a indiqué le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à internet à haut débit (paragraphe 26 et 27), sur le marché de la clientèle résidentielle, il s'agit non seulement d'une « *information exclusive du détenteur de la boucle locale* », mais aussi d'une « *information indispensable pour les FAI* » qui souscrivent à des offres de gros d'accès à la boucle locale de cuivre pour fournir des services à leurs clients. Selon l'ARCEP, « *l'obligation de fourniture d'informations préalables est une condition sine qua non de l'effectivité des offres d'accès* » (décision n° 2014-0733 du 26 juin 2014, précitée, p. 77).
71. En conséquence, l'ARCEP a, dans ses décisions d'analyse de marché, imposé à Orange des obligations de transparence et de non-discrimination, notamment dans l'accès à l'information relative à la boucle locale de cuivre, en application de l'article L. 38 du code des postes et des communications électroniques. Ces obligations sont formulées dans des termes similaires qu'il s'agisse des offres de gros d'accès passif à la boucle locale cuivre (décision n° 2014-0733 du 26 juin 2014, précitée, p. 108 et 109) ou des offres de gros actives de services de capacité (décision n° 2014-0735 du 26 juin 2014, précitée, p. 68 et 69).

iii) Le traitement de la question en interne par Orange

72. Dans plusieurs documents internes recueillis au cours de l'instruction, Orange expose les principes qui s'appliquent à l'accès aux informations issues de la gestion de son réseau.
73. Un document interne (cotes 21615 à 21629) intitulé « *les risques juridiques encourus en Agence entreprises* », « *identifie les principaux risques en droit de la concurrence et droit commercial pesant sur France Télécom et les Agences* », « *précise les obligations à respecter* », « *donne un certain nombre de recommandations en la matière* » et « *illustre le propos par des exemples de situations à risque ou exemples de pratiques pouvant être reconnues comme illégales (!) par les autorités de concurrence* ».
74. En introduction, le document rappelle que « *le non-respect de ces obligations a des conséquences importantes pour France Télécom* », en particulier « *du fait de sa position dominante en tant qu'opérateur historique* » (cote 21615).
75. Le document aborde plus particulièrement la question de l'accès aux informations. Il expose notamment que certaines données, « *de par l'avantage concurrentiel que leur détention pourrait procurer, doivent être utilisées avec un encadrement strict (ex : informations relatives à la gestion de la boucle locale, informations détenues au titre des prestations de services fournies à des opérateurs tiers...)* » (cote 21616).
76. S'agissant des informations concernant la gestion de la boucle locale, le document indique (cote 21617) que « *l'accès au système d'information doit être maîtrisé, en particulier pour les applications très sensibles telles que celles relatives à la gestion de la boucle locale* ». Il est notamment recommandé de « *mettre en place un processus de gestion des habilitations au système d'information qui soit fiable (création et retrait des habilitations validées par les*

managers) » et de « s'assurer que l'attribution des droits d'accès au système d'information réponde exclusivement aux besoins du métier et des fonctions réellement exercées et que l'information ne soit accessible qu'aux seules personnes qui en ont besoin pour exercer leur métier ».

77. Le document précise par ailleurs que « France Télécom a normalement le droit d'exploiter ses propres données mais doit s'assurer, du fait de sa position dominante, que ses concurrents disposent de moyens équivalents. L'utilisation de certaines données (données réseaux notamment) peut être considérée comme un avantage concurrentiel, lesdites données pouvant constituer une facilité essentielle » (cote 21622). Il présente ensuite un exemple de pratique pouvant entraîner un risque pour France Télécom : « Utilisation des données réseaux (comme les constitutions de ligne) pour améliorer le placement des offres, alors que ces données ne sont pas disponibles pour les opérateurs tiers. C'est ainsi que le conseil de la Concurrence a fait obligation à France Télécom de permettre aux concurrents l'accès aux mêmes informations qu'elle pour l'éligibilité des lignes, ce qui s'est traduit par la mise en place du Serveur d'Éligibilité » (cote 21623).

b) Les différences de traitement constatées

i) La situation des opérateurs tiers

Les informations transmises aux opérateurs tiers

78. Afin de réaliser des choix pertinents en matière de déploiement d'équipements de réseau et d'offres commerciales, les opérateurs clients des offres de dégroupage et des offres de capacité ont besoin d'accéder à différentes informations sur l'éligibilité à des offres de gros d'Orange compte tenu de la localisation de leur client potentiel, ainsi qu'à des éléments d'informations techniques du réseau d'Orange qui dessert leur client potentiel pour formaliser correctement leur commande auprès de l'entité d'Orange chargée de la commercialisation de ces offres de gros
79. C'est pour répondre à ces besoins que l'opérateur historique a mis en place, en particulier à la suite de la décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 (précitée) du Conseil de la concurrence et en application des obligations imposées par l'ARCEP dans le cadre de la régulation sectorielle, des mécanismes d'accès des opérateurs tiers à différentes informations sur la boucle locale cuivre.
80. En premier lieu, Orange propose aux opérateurs clients de ses offres de gros des outils d'éligibilité. Selon SFR, « il s'agit d'un « Web extranet service » qui est une interface machine to machine. En rentrant le numéro de téléphone du client, on obtient les caractéristiques de la ligne physique (calibre, longueur, tronçon) en vue du dégroupage, ainsi que le NRA de rattachement. L'éligibilité peut être positive, négative ou sous condition » (cote 25519). Dans le cadre des offres de capacité, Orange met en particulier à disposition des opérateurs tiers des listes de communes qui indiquent le type de services de capacité disponibles en fonction du répartiteur ou nœud de raccordement d'abonnés (NRA) concerné.
81. En second lieu, les opérateurs tiers qui envisagent d'avoir recours à des offres de gros de dégroupage ou de services de capacité disposent d'un outil appelé SETIAR. Il s'agit d'une extraction de la base 42C qui fournit un certain nombre d'informations utiles. SFR précise « qu'il s'agit d'une base technique de référencement de tous les accès cuivre, chaque paire de cuivre étant identifiée par un numéro technique à 10 chiffres (il ne s'agit pas nécessairement

du numéro de téléphone géographique traditionnel). Cette base donne également accès aux listings des numéros actifs (« ND » ou numéro de désignation) et inactifs (« ND »). Ces derniers sont des numéros qui sont associés à une adresse donnée, mais qui sont devenus inactifs. Si la recherche aboutit à l'absence totale de ressource, il faut alors procéder à la construction d'une nouvelle ligne. Nous ignorons la durée de vie d'un numéro inactif avant son éventuelle disparition (déconstruction des accès) » (cote 25519).*

82. Pour l'ARCEP, *« l'homogénéité, la complétude et la qualité des informations contenues dans l'outil SETIAR apparaissent comme des éléments essentiels au bon fonctionnement des processus de commande d'accès »* (décision n° 2014-0733 du 26 juin 2014, précitée, pp. 61 et 62). Par exemple, dans l'hypothèse d'une commande de dégroupage total pour un abonné n'ayant pas encore d'accès, il importe en effet de savoir s'il existe une ligne inactive déjà construite de bout en bout, qu'il suffit de récupérer au niveau du répartiteur général, ou bien si la ligne n'est pas construite de bout en bout, ce qui nécessite le déplacement systématique d'un technicien mandaté par Orange, et donc suppose un délai de production plus long et la mobilisation de ressources supplémentaires.
83. C'est donc sur la base des informations principalement issues du serveur d'éligibilité et de SETIAR que les opérateurs peuvent, le cas échéant, se positionner auprès d'un client potentiel tant techniquement que sur le plan tarifaire, notamment à l'occasion d'un appel d'offres. C'est au vu de ces mêmes informations que les opérateurs tiers passent commande auprès d'Orange pour bénéficier de l'offre de gros.
84. Orange accuse réception de la commande des opérateurs sous un délai d'un jour et précise notamment si la demande est complète. Une fois la commande validée, Orange s'engage contractuellement à livrer l'offre souscrite sous un certain délai (8 jours ouvrés s'agissant de l'offre de dégroupage, cotes 25678 et 25521, 14 jours ouvrés s'agissant des offres de capacité, cote 23833). En cas de dépassement de ce délai maximal, Orange est soumis au paiement de pénalités de retard.

Les difficultés rencontrées par les opérateurs tiers

85. Au cours de l'instruction, les opérateurs ont souligné les limites de l'accès à l'information relative à la boucle locale de cuivre lors de la commande d'offre de gros auprès d'Orange.
86. S'agissant de la réception par Orange des commandes des opérateurs tiers, SFR estime que *« les règles appliquées en matière de rejet de commande sont assez opaques et il n'est pas rare que SFR ait à payer des pénalités au titre d'une « commande non conforme ». Malgré de nombreuses discussions avec France Télécom sur le sujet, notre volumétrie de rejet de commande ne baisse pas et est même assez significative »* (cote 25520).
87. Une fois la commande validée, si Orange s'engage contractuellement à livrer l'offre souscrite sous un certain délai comme précédemment exposé, certains opérateurs tiers estiment ne pas être toujours *« informés en temps réel de la livraison. Nous recevons parfois le CR OK plusieurs jours après l'intervention, ce qui ne nous permet pas d'optimiser notre planification et entraîne une perte de chiffre d'affaires »* (cote 25679).
88. Par ailleurs, les informations dont disposent les opérateurs tiers, le processus de commande ainsi que les délais de livraison qui y sont associés sont en partie théoriques. En effet, la réalisation de la commande reste soumise aux considérations de saturation du réseau. Les

opérateurs s'engagent donc auprès de leurs clients potentiels et passent commande auprès d'Orange sans avoir de vision réelle sur l'état de saturation du réseau de France Télécom.

89. Bouygues Telecom précise à cet égard que *« certaines informations qui permettraient en amont d'anticiper les problèmes ultérieurs lors du déploiement sont parfois manquantes. C'est notamment le cas des problèmes relatifs à la saturation d'une ligne. Dans le cas d'un déploiement, France Télécom vérifie les ressources techniques disponibles (paires de cuivre). Soit il existe des paires de cuivre disponibles et le déploiement peut se faire via une paire existante, soit la ligne est saturée et il n'y a plus de ressource en cuivre, auquel cas France Télécom doit procéder à des travaux dits de désaturation qui ont un impact significatif sur les délais de déploiement »* (cote 25678).
90. Jusqu'à l'expiration des délais de livraison précités, l'analyse de la commande menée en interne par Orange peut amener à révéler l'existence d'une saturation du réseau qui entraîne alors un retard par rapport à la mise à disposition effective de l'offre de gros commandée. Parfois, l'intervention du technicien d'Orange sur le site du client pour la mise en service effective du lien peut également être l'occasion de détecter un problème de saturation qui n'a pas été détecté par Orange lors de son étude de faisabilité préalable.
91. Bouygues Telecom souligne que, lorsqu'un cas de saturation est détecté, les délais de mise en œuvre des opérations de désaturation sont très longs. Dans un cas de difficulté exceptionnelle de construction, Bouygues Telecom indique que *« le délai n'est plus garanti et peut s'étendre sur plusieurs mois. En outre les opérations de désaturation sont entièrement mises en œuvre par France Télécom (qui gère notamment la relation avec les administrations), sans que nous disposions d'un calendrier précis. Ainsi, en cas de désaturation, nous sommes amenés à décaler à plusieurs reprises la date prévisionnelle de production de la ligne, ce qui entraîne une perte de confiance importante chez les clients. La saturation des lignes est un enjeu très important car les cas de saturation représentent actuellement 12 % des commandes passées et ont tendance à augmenter. Et l'impact en termes d'image sur le marché entreprise (qui présente des volumes plus faibles que le marché grand public) est extrêmement important »* (cote 25679).
92. Les opérateurs n'ont donc pas de visibilité sur les délais nécessaires à la réalisation des opérations de désaturation à effectuer sur le terrain, en particulier par les équipes des unités d'intervention locale chargées de la gestion du réseau de boucle locale. Cette période d'incertitude est d'autant plus importante qu'Orange n'est contrainte par aucun délai de livraison maximal en pareille hypothèse (cote 25522).
93. Pour Bouygues Telecom, *« l'objectif est de pouvoir informer le client le plus en amont possible et (...) de pouvoir réagir en fonction en proposant, le cas échéant, des solutions alternatives. Ce point est essentiel pour assurer une qualité de communication claire sur les jalons importants de déploiement »* (cote 25683).
94. Ces solutions alternatives ne peuvent cependant être obtenues que sur la base d'une information suffisante, ce qui ne semble pas être toujours le cas selon les opérateurs. Bouygues Telecom souligne ainsi que *« en cas de « retour KO » de la commande (impossibilité de traiter la commande suite à l'étude de faisabilité), France Télécom fournit des motifs qui ne sont pas toujours clairs sur le refus de dégrouper la ligne »* (cote 25681), (cote 25683). De la même manière, SFR souligne : *« Contrairement à France Télécom, nous ne disposons pas non plus des informations concernant la saturation du réseau de l'opérateur historique et les opérations de désaturation nécessaires pour y remédier (est-ce au niveau du*

transport, de la distribution ?). Cette information permet pourtant de savoir si on peut livrer rapidement un client ou pas » (cote 25524).

95. Les opérateurs tiers n'ont pas davantage d'information sur les coûts qui seront associés à ces opérations de désaturation. Or, les surcoûts liés à un problème de saturation ont une incidence sur le modèle économique de la proposition financière faite au client. SFR indique que « *si nous avons été retenus, nous nous sommes engagés sur un tarif qui ne peut être modifié, quels que soient les problèmes de déploiement rencontrés* » (cote 25522).
96. Les opérateurs tiers indiquent ne pas avoir la possibilité de contacter directement les équipes d'Orange chargées des opérations de désaturation, présents en particulier en unité d'intervention au niveau local, pour recueillir des éléments d'informations qui leur permettraient d'informer leur client de détail. Bouygues Telecom explique ne pas avoir « *la possibilité d'appeler un technicien de France Télécom qui aurait accès à la base 42C (base de référence qui sert à alimenter les informations contenues dans l'outil SETIAR) et qui pourrait nous renseigner en temps réel. Même payante, cette option n'existe pas. À cet égard, nous avons, au sein de nos équipes, un ancien collaborateur de France Télécom qui, en appelant des anciens collègues de France Télécom, en particulier ceux qui avaient accès à la base 42C, a pu parfois obtenir des informations plus précises et de manière plus rapide. De ces échanges informels, je comprends que les informations techniques issues de la base 42C concernant les caractéristiques de la ligne sont plus exhaustives que celles issues de l'application SETIAR* » (cotes 25683 et 25684). SFR apporte, à cet égard, les éléments suivants : « *Tandis que les équipes de France Télécom peuvent avoir un dialogue avec les unités terrain en ayant accès aux informations contenues dans la base 42C, ce n'est pas le cas des opérateurs alternatifs* » (cote 25520). SFR précise ne pas avoir « *accès de près ou de loin à ce type de hot line* » (cote 25525).
97. Par ailleurs, à propos des déménagements de site de clients, SFR souligne que les cas de déménagement « *sont toujours très délicats à traiter car on doit offrir une continuité de service, ce qui implique de pouvoir livrer le trafic du client avec certitude au bon endroit et au moment souhaité par le client. Dans le cas d'un déménagement il peut exister des problèmes de qualification des emplacements désignés par les clients. Le référencement de ces informations par France Télécom est relativement opaque. France Télécom ne fait pas d'analyse proactive sur la saturation des lignes si bien que l'information est souvent incertaine, voire fausse. Aucune procédure mise en place par France Télécom ne permet de maîtriser la bascule de la ligne au moment du déménagement du client* » (cote 25526). Bouygues Telecom souligne de son côté qu'« *il peut arriver qu'il y ait des problèmes en cas de déménagement* », en particulier pour le recensement de l'ensemble des lignes du client nécessaire à la mise en œuvre de la portabilité des numéros. Selon Bouygues Telecom, toute mauvaise évaluation du nombre d'accès lors du processus de portabilité « *aboutit inévitablement à une rupture de service sur le nouveau site* » (cote 25685).
98. En ce qui concerne la localisation des points de concentration et des paires de cuivre, Bouygues Telecom souligne ainsi que « *les positions des PC et des têtes de ligne ne sont pas disponibles dans SETIAR* » (cote 25686). SFR confirme également ne pas disposer « *d'information relative à l'emplacement physique de la tête de ligne afin de raccorder le client au plus près de son local technique* » (cote 25524) et renvoie à la problématique de la localisation des PC dans le cadre du raccordement des chantiers (cote 25527).
99. À propos des lignes de chantier, les opérateurs tiers disposent d'une information différente. Bouygues Telecom souligne que (cote 25684) « *en ville, on arrive à disposer d'informations*

précises par déduction en se fondant sur les adresses voisines. Ailleurs qu'en ville, l'adresse peut être plus floue et c'est à ce moment là que surviennent les difficultés. En particulier, dans le cas des chantiers, l'application SETIAR ne permet pas de déterminer systématiquement où se trouve le point de concentration (PC) le plus proche. Pour le savoir, nous utilisons un numéro voisin. Je pense que si nous avions un accès direct à la base 42C, nous pourrions avoir accès à ce type d'informations. De la même manière, SFR indique que « Dans le cas des chantiers, la base SETIAR ne s'avère d'aucune utilité. La commande se fait quasiment à l'aveugle » (cote 25525).

100. Enfin, s'agissant du traitement des demandes de service après vente, Bouygues Telecom indique notamment que si Orange la tient « *informée de la progression des incidents* », il s'agit « *d'une information trop succincte qui ne dit rien sur la nature du problème ni sur le délai prévisionnel de rétablissement de la ligne* » (cote 25686). De la même manière, SFR indique que « *Nous n'avons pas de visibilité sur les produits de revente et nous n'avons pas la possibilité de tester les DSLAM de France Télécom. Nous sommes donc dans l'incapacité de répondre au client lorsque ce dernier nous demande dans quel délai sera traitée sa requête* » (cote 25526).

ii) La situation d'Orange

La situation de la direction des grands comptes

101. La direction des grands comptes (DGC) est chargée de la commercialisation des services de communications électroniques fixes auprès des grandes entreprises. Un document interne de présentation de la DGC datant de 2007 (cotes 14888 à 14900) précise que cette direction s'occupe de 240 clients en France pour un chiffre d'affaires de [...] en 2006. Elle compte 1 900 salariés (1 000 dans la vente et 900 dans l'administration des ventes et le service). Il apparaît dans ce document que la DGC est organisée autour de cinq agences grands comptes structurées par secteur d'activité (banques et assurances, industrie, gouvernement et institutions, informatique, technologie et services et, enfin, commerce, transport, tourisme et média).

◆ L'accès direct à la base de données 42C jusqu'en 2010

102. Plusieurs échanges de courriers électroniques intervenus au sein de la DGC démontrent que les services de la direction ont accédé directement aux informations contenues dans la base 42C au moins jusqu'au début de l'année 2010 (cotes 24210 à 24213). Les agents qui accédaient à cette base comptaient parmi les forces de ventes chargées tant de la démarche du client que du suivi de la relation commerciale. Il s'agit plus particulièrement des conseillers clients grands comptes « service » (« CCGC service », cote 24212) qui apparaissent comme les interlocuteurs « *privilégié(s)* » des grands clients d'Orange (cote 24376).
103. L'accès à la base 42C a été supprimé au début de l'année 2010 (cote 24212). Dans le cadre des échanges de courriers électroniques précédemment évoqués, cette suppression est justifiée par des raisons de respect des règles de concurrence exposées en interne comme suit : « *Nous ne pouvons mettre à disposition 42C pour des respects de réglementation sur la concurrence. En effet en tant qu'Agence nous ne pouvons avoir accès aux données de base directement. Je comprends qu'en interne cela peut être frustrant, mais les contraintes imposées par la Direction de la Concurrence sont un des enjeux majeurs de l'entreprise que nous devons tous respecter* » (cotes 24211 et 24212).

104. Si le directeur du service client de l'agence informatique, technologie et Services (ITS) de la DGC n'est finalement « *pas surpris* » par cette suppression, il regrette qu'elle n'ait pas été anticipée (« *je pense que nous aurions dû anticiper* », cote 24211). Selon lui, cette suppression pose en effet « *de nombreuses difficultés pour l'activité quotidienne* » de ses équipes (cote 24212). Il présente ainsi, de manière non exhaustive, « *quelques cas pour lesquels l'appli 42C est utilisée par le service en agence* » pour illustrer les difficultés liées à la suppression de cet accès (cote 24210).
105. À propos des déménagements de petits sites, le même directeur énonce : « *Très souvent, le client souhaite déménager un petit site et ne connaît pas l'ensemble des lignes du site (...). Le CCGC peut alors chercher dans 42C la ligne tête et les éventuelles autres lignes du client sur le site. 42C permet également d'être vigilant sur les broches ADSL et donc d'alerter le client sur l'existence d'Orange Internet. Contrairement à une idée reçue, la plupart des clients sont incapables de lister spontanément l'ensemble des éléments à déménager, ils attendent que leur fournisseur leur apporte les éléments de parc. Pour ce type de déménagement, il n'est pas toujours possible de vendre une prestation de pilotage et, avec ou sans prestation de pilotage, il faudra bien effectuer le déménagement sur la base d'un parc fiable. Toute mauvaise qualification préalable (accès oublié) aboutit inévitablement à une escalade au moment de l'installation du client sur le nouveau site avec tous les coûts et perturbations que cela génère* ».
106. Le directeur poursuit plus particulièrement sur les « *offres de déménagement* » d'Orange incluant un pilotage, en indiquant les raisons pour lesquelles ces offres « *sont séduisantes* » mais difficiles à mettre en œuvre en l'absence d'accès à la base 42 C. D'une part, « *un client qui doit déménager établit, en amont, le budget global de son déménagement et demande à son fournisseur une estimation de la composante télécom et réseaux incluant les coûts de résiliation et de création de chacun des produits, les coûts annexes (...) et bien sûr la prestation de pilotage. (...) Pour établir le coût prévisionnel d'un déménagement, il faut disposer d'un état d'une étude exhaustive de l'existant. La fourniture de l'état de parc est incluse dans la prestation d'accompagnement de déménagement et doit être réalisée par le pilote* ». D'autre part, « *commerciallement, il est difficile de dire à un client qu'il doit souscrire à une offre de pilotage de déménagement pour savoir combien va lui coûter son déménagement (...)* ».
107. S'agissant du traitement des demandes de service après-vente gérées par les services d'assistance locaux (« les 1015 »), le même directeur expose : « *Les 1015, ne disposant pas de OCEANE, indiquent les informations liées à la signalisation directement dans 42C, infos telles que motif du défaut, intervention d'un technicien, date et heure de rétablissement, ... pour traiter une réclamation SAV, le CCGC ne dispose que de 42C pour rechercher les infos et faire, le cas échéant en fonction des commentaires contenus dans 42C, le GIFT adapté* ».
108. Enfin, en ce qui concerne la localisation des points de concentration et des paires de cuivre, le directeur indique que « *lors de la livraison d'une ligne sur une tête FT (donc sans desserte interne), le technicien ne laisse pas d'info au client sur le positionnement de la paire portant la ligne ; de la sorte, l'IP du client est dans l'impossibilité de se raccorder à notre ligne pourtant réputée en service dans notre SI [système d'information]. L'accès à 42C est alors la seule possibilité pour répondre de façon rapide et efficace au client qui revient vers l'agence.* »

◆ La mise en place d'un accès indirect à la base 42 C à partir de 2010

109. Les échanges de courriers électroniques intervenus au sein d'Orange établissent qu'un « palliatif » visant à « fournir un maximum d'infos » a été envisagé pour remédier aux difficultés causées par la suppression de cet accès (cote 24212). Plusieurs scénarios « pour permettre aux équipes service de fonctionner de façon aussi fluide et efficace que possible » sont proposés (cote 24211).
110. La première solution est envisagée par le directeur service client de l'agence ITS de la DGC en ces termes : « il faut que le CDS [centre de services] réponde en direct à toute sollicitation téléphonique de l'agence. Cela suppose que les conseillers client à l'accueil téléphonique du CDS disposent d'un accès à 42C et de la compétence pour utiliser l'appli ; à mon avis, c'est cet axe qu'il faut travailler ». De manière alternative, une seconde solution est avancée qui consisterait à « concentrer la compétence sur quelques personnes qui seront les seules à être contactées par les agences, auquel cas, ces personnes peuvent être en ADV [administration des ventes] ». Enfin, une troisième solution est écartée par le même directeur qui note qu'il faut « tout de suite éliminer l'utilisation de e-force dans cet échange d'info, le délai n'étant pas du tout compatible avec les attentes client et le type de réponse que doivent apporter les personnes du service aux clients ».
111. Par rapport aux trois cas d'utilisation de la base 42C donnés à titre d'exemple par le directeur service client, des propositions plus poussées sont avancées (cote 24210). Pour les déménagements de petits sites : « il faut permettre aux CCGC ou ASM [account service managers] de disposer en temps réel d'infos issues de 42C, donc définir un point d'entrée téléphonique au CDS ou à l'ADV voix qui auraient accès à cette appli ». Pour les deux autres cas cités : « une solution serait que le CDS prenne en charge effectivement directement le traitement de ces éléments, puisque désormais, seuls les ADV et le CDS ont le droit de disposer de 42C ».
112. Le directeur service client de l'agence ITS de la DGC a précisé au cours de son audition que la solution qui avait finalement été retenue était celle de la demande d'informations dans le cadre d'un appel téléphonique (« aujourd'hui, mes équipes appellent l'ADV » [administrateur des ventes]) et que cette solution intervenait en dehors de tout processus « clairement formalisé » (cote 24379).
113. Selon lui, l'objectif de cette solution alternative mise en place était le gain de temps (« L'idée du « palliatif » à mettre en place pour trouver une solution consiste à ce que quelqu'un de l'administration des ventes qui a accès à l'information soit en mesure de nous répondre en direct dans le cadre d'une sollicitation téléphonique, l'objectif étant de gagner du temps », cote 24378). Pour illustrer cet objectif de gain de temps, le directeur donne l'exemple suivant (cote 24378) : « dans le cadre de raccordement d'un chantier qui est au milieu de nulle part, on cherche un réseau le plus près possible pour le raccorder. Une ouverture de chantier ne peut pas se faire sans téléphone. Plus l'information relative à l'existence d'un PC (Point de Concentration) est connue rapidement, plus le client peut passer rapidement sa commande. Dans tous les cas, la commande passe par l'administration des ventes et il existe un délai administratif inhérent au traitement de la commande qui peut prendre plusieurs jours (au minimum 5 jours). En passant un coup de fil au service client, il est possible d'avoir plus rapidement l'information sur la faisabilité plus ou moins rapide de la demande du client ».

La situation des agences entreprises

114. À côté du segment de marché des grands comptes qui relève de la DGC, comme précédemment indiqué, il existe d'autres entités qui ont chacune la responsabilité de vendre auprès des autres segments de clientèle définis par Orange.
115. Parmi ces autres entités figurent les « agences entreprises » qui peuvent être présentées de la manière suivante : « *Pour les entreprises de taille inférieure se situent les agences entreprise (AE) qui traitent des clients plus petits que les GC et plus gros que les pro et les PME. Il existe une liste des clients France Télécom dont sont chargées les AE sous forme informatique et consultable en interne, mise à jour régulièrement. Un des critères de base est le nombre de salariés (limite basse : 50 salariés, limite haute : les grands comptes). Cette liste existe depuis longtemps (outil indispensable pour un vendeur). Le nombre d'AE a diminué au début des années 2000 (division par deux). Les treize AE sont organisées par zone géographique : exemples : IDF 3 AE, 1 AE Sud-Ouest, 1 AE Ouest, une AE Rhône-Alpes-Auvergne, etc. Parmi ces agences, il y en a deux présentes dans les DOM. La force commerciale de ces AE est composée d'environ [...] commerciaux* » (cote 24340).
116. Schématiquement, les agences entreprises distinguent en leur sein le département commercial, chargé de la vente des services aux clients, et le département avant-vente « *qui dispose des outils techniques permettant de tester / vérifier l'éligibilité des clients à leur demande de raccordement au réseau de données* » (cote 30603). Le directeur avant-vente de l'agence entreprise de Paris précise ainsi « *que la mission du département avant-vente est d'aider la force de vente à qualifier les besoins, à concevoir les offres et les présenter sous leur aspect technique aux clients* » (cote 30651).
117. Le personnel des départements avant-vente des agences entreprises dispose de plusieurs sources de données pour remplir ses missions. En premier lieu, le personnel du département s'appuie « *sur le site intranet AXIOME qui décrit sur le plan technique toutes les offres d'Orange à destination des entreprises* » (cote 30651). En second lieu, « *l'outil d'éligibilité utilisé par les ITC [ingénieur technico-commercial] est l'interface web "Créole". Un des avantages de Créole est de pouvoir faire des études multisites et d'être ergonomique (interface web)* » (cote 30651). Selon Orange, les membres du département avant-vente « *sont identifiés sur leur profil ITC et ont accès par conséquent à une liste d'outils prédéfinis pour le métier d'ITC. La base 42C ne fait pas partie du profil ITC* » (cote 30652).
118. Au terme de l'instruction, il apparaît que les vendeurs adressent des demandes d'éligibilité et de ressources à leurs collègues du département avant-vente, en particulier auprès des ITC (demande de ressources, demande de disponibilité). Cette information, qui est nécessaire au département commercial pour répondre aux besoins du client, peut provenir de deux sources.
119. Dans une première hypothèse, la réponse est détenue directement par le département avant-vente (les ITC) via l'application Créole. Dans ce cas, la réponse qui est donnée par les ITC au département commercial intervient dans les conditions suivantes : « *les ITC répondent aussi rapidement que possible. Pour les cas les plus simples, la réponse peut intervenir dans la journée sous réserve de la charge de travail, les cas les plus compliqués pouvant prendre plusieurs jours, voire plusieurs semaines* » (cote 30651).
120. Dans une seconde hypothèse, la réponse n'est pas détenue directement par le département avant-vente via l'application Créole. Dans ce cas, pour répondre au département commercial, les ITC sollicitent des informations auprès des unités d'interventions. Le directeur avant-vente

de l'agence entreprise de Paris indique, en ce sens, que « *pour toute offre spécifique ou pour tout besoin non disponible via Créole, le département avant-vente se retourne vers les UI (unités d'intervention). Nous leur adressons une demande de faisabilité dont les délais de réponse ne font pas l'objet d'un processus normalisé. La réponse à une demande classique prend en moyenne une dizaine de jours et parfois beaucoup plus pour les cas les plus compliqués* » et que « *les réponses des UI à nos demandes de faisabilité indiquent les coûts et les délais correspondant lorsque la solution est envisageable* » (cote 30652).

121. Il en résulte que les agences entreprises accèdent aux informations d'éligibilité et de disponibilité des lignes dans des conditions différentes de celles des opérateurs tiers, tant en termes de contenu qu'en termes de procédure. Par rapport aux opérateurs tiers, il apparaît que, dans le cadre de leurs relations commerciales, les agences entreprises bénéficient, au terme d'un processus non formalisé, d'un accès plus rapide aux informations issues de la gestion de la boucle locale. À l'inverse des opérateurs tiers, les agences entreprises sont, en particulier, assurées d'accéder à une information complète et rapide à travers un contact direct avec les unités d'intervention d'Orange, qui assurent directement sur le terrain les opérations de construction de lignes ou les opérations de désaturation de réseaux, en particulier au niveau de la boucle locale de cuivre.

c) Conclusion

122. À la différence des autres opérateurs, certains personnels de la DGC d'Orange placés en agence ont eu directement accès à la base 42C jusqu'au début de l'année 2010. À la suite de la suppression de leur accès direct à cette base, ces mêmes agents ont bénéficié d'une solution alternative leur permettant, au terme d'un processus non formalisé et générateur de gain de temps par rapport à la situation des opérateurs tiers, d'accéder à la même information qu'auparavant sur appel téléphonique auprès des agents d'Orange habilités à accéder aux données issues de la gestion de la boucle locale.
123. Au sein des agences entreprises, les équipes commerciales pouvaient, par l'intermédiaire des équipes techniques présentes en agences, obtenir ces informations, notamment auprès des unités d'intervention, dans des conditions plus favorables que celles des opérateurs tiers, tant au regard du contenu qu'en termes de processus.

2. LA POLITIQUE COMMERCIALE D'ORANGE EN MATIERE DE FIDELISATION DE LA CLIENTELE NON RESIDENTIELLE A TRAVERS LE PROGRAMME « CHANGER DE MOBILE »

a) Présentation du programme

124. Ainsi qu'en atteste un document transmis par Orange dans le cadre de l'instruction (cote 40111), le programme « changer de mobile » (programme dit « PCM ») permet au client de cumuler automatiquement des points, chaque mois, en fonction de l'ancienneté de sa ligne (voix et/ou données), du montant de sa facture mensuelle et du nombre de lignes en parc. Le client peut, en échange de ces points, bénéficier d'un prix préférentiel pour le renouvellement de son mobile, à condition qu'il réengage sa ligne (ce nouvel engagement peut être de 12 ou 24 mois).
125. Selon les explications données par les représentants d'Orange, le programme PCM permet « *d'accroître la satisfaction client en répondant à son besoin de renouvellement* » dans la

mesure où ce programme permet « d'éviter un mécanisme compliqué de résiliation / recréation » (cote 39335). Selon Orange, « cette pratique consiste à abaisser les barrières à l'entrée pour utiliser un service de communication mobile dont le référentiel est un prix de terminal subventionné. L'objectif du PCM pour le client qui souhaite rester chez son opérateur est donc d'éviter une résiliation / recréation de ligne pour bénéficier d'une subvention en acquisition de terminal » (cote 39335). Ainsi, selon les explications données par Orange en cours d'instruction, ce programme serait « un critère important du maintien de la relation avec le client dans la mesure où il se rapporte directement à l'acquisition du terminal qui est un paramètre important pour le client » (cote 39336).

126. Plusieurs documents internes démontrent qu'à travers ce programme, Orange poursuit également une politique de fidélisation de la clientèle entreprise visant, par un réengagement des clients à l'occasion d'un renouvellement de terminal, à limiter le taux de résiliation d'abonnement (lutte « anti-churn ») :
- la « lutte anti-churn » constitue « la raison d'être du programme » (cote 40007) ;
 - il s'agit de « réengager les lignes de nos clients OBS grâce au renouvellement de terminal avec le PCM » (cote 39943) ;
 - le programme PCM fait partie des « offres fidélisantes par construction (réengagement de la ligne) » (cote 39943) ;
 - il s'agit d'un outil de fidélisation permettant de réengager les clients « en préventif ou en rétention » (cote 17650).
127. Le programme « changer de mobile » a d'abord été proposé à la clientèle grand public avant d'être étendu à la clientèle entreprises (cote 39336), selon Orange, en décembre 2002 (cote 40204). Il est proposé à l'ensemble de la clientèle non résidentielle, quel que soit le segment de clientèle considéré. (cote 21550),

b) L'évolution du programme à partir de février 2010

128. Les modalités d'utilisation des points acquis par un client dans le cadre du programme PCM ont fait l'objet d'une évolution dans le temps.
129. Jusqu'en 2005, les points acquis ne pouvaient être utilisés par le client que pour bénéficier d'un prix préférentiel sur le renouvellement du mobile, à la condition qu'il réengage sa ligne. À partir de 2005, les points peuvent également être échangés pour obtenir une réduction de prix sur l'achat d'accessoires à l'occasion d'un renouvellement de terminal, toujours sous la condition d'un réengagement de ligne.
130. À partir du mois de février 2010 (cote 21553), les conditions d'utilisation des points acquis dans le cadre du programme PCM ont été à nouveau modifiées et les points acquis dans le cadre du programme PCM peuvent désormais être utilisés sans réengagement de ligne pour l'acquisition d'accessoires ou de services. Un document interne d'Orange précise ainsi que « les points PCM (...) peuvent être convertis contre (...) « une remise sur le prix d'un mobile ou une carte PC en renouvellement (réengagement 12 ou 24 mois) et/ou sur le prix d'un accessoire à tout moment (sans réengagement) », « des forfaits SMS/MMS (...) sans réengagement de la ligne » ou « du temps de communication en plus ou une remise sur la facture contre un réengagement 12 mois » (cote 41885).

c) L'intensification du programme en fonction du contexte concurrentiel : l'exemple du lancement du second processus de portabilité des numéros mobiles en mai 2007

131. La politique commerciale appliquée par Orange peut l'amener à intensifier la mise en œuvre du programme PCM en fonction du risque de départ d'abonnés vers les opérateurs concurrents, comme cela a été le cas lors de la mise en œuvre de la seconde version du processus de portabilité des numéros mobiles.
132. La portabilité ou conservation du numéro permet à tout client de changer d'opérateur tout en conservant son numéro de téléphone. Comme le précise l'ARCEP dans un communiqué du 16 mai 2007 intitulé « *portabilité des numéros mobiles* », « *cette fonctionnalité est un élément décisif pour que le consommateur bénéficie pleinement de la concurrence. Elle nécessite une mise en œuvre simple et rapide pour que les consommateurs puissent effectivement exercer leur droit* ».
133. Un nouveau processus de conservation des numéros mobiles a été lancé en mai 2007 en métropole pour permettre de porter un numéro de manière plus rapide (7 jours) et en ne s'adressant qu'à son nouvel opérateur. À l'occasion du lancement de ce processus (désigné par Orange dans différents documents internes comme la « PNM V2 »), il apparaît qu'Orange a mis en place diverses mesures de fidélisation supplémentaires.
134. Constatant que le premier processus de portabilité est « *une réalité déjà installée dans les grandes entreprises* » et que la PNM V2 présente « *une menace forte sur les TPE / PME* » en particulier dans la mesure où « *les deux principaux freins pour les TPE / PME seront levés par la PNM V2 : lourdeur du processus et délai* » (cote 17640). Orange observe que « *le marché entreprises fait face à de nombreuses pressions concurrentielles et réglementaires* », comme « *le lancement de la PNM V2* », et que cette situation appelle « *des actions marketing ciblées (pricing, fidélisation ...)* » (cote 17812).
135. Orange a défini trois « *grands axes de fidélisation* », en ciblant les clients auxquels seront octroyés des « *bonus points PCM réservés aux clients fragiles, modulables selon la valeur / l'engagement* », des « *bonus points PCM si souscription en fidélisation d'Unik, Orange Mail, BlackBerry* », ainsi que des « *marges de manœuvre tarifaires en rétention* » et en mettant en œuvre « *un dispositif d'offres réengageant les lignes* ». Parmi les trois types d'offres citées sur ce dernier point, le programme PCM apparaît en première position.
136. Orange a élaboré un plan d'actions distinguant deux scénarios. Le premier scénario consiste en la mise en place d'une « *stratégie de fidélisation plan nominal* » visant à « *sécuriser la base clients face à la PNM V2* » (cotes 17647 et 40084). Ce plan de base correspond à une situation de « *l'accroissement contrôlé de la pression concurrentielle en 2007* » (cote 17644). Ce scénario doit notamment permettre de « *renforcer l'attractivité des offres de fidélisation* », en particulier à travers des offres qui doivent « *tendre vers un prix de vente PCM = au prix d'acquisition* » (cotes 17647 et 40084). Le second scénario prévoit un « *plan de riposte fidélisation* » visant à « *intensifier et accélérer les réengagements* » (cote 17949). Ce plan de riposte correspond au « *déclenchement d'une guerre concurrentielle avec la PNM V2* » (cote 17644). Dans ce scénario, Orange prévoit d'« *accentuer l'attractivité des offres de fidélisation, en proactif et en rétention* », en particulier avec « *un prix de vente en PCM < prix acquisition pour certains clients à forte valeur avec bonus ciblés* » (cote 17949).
137. Quel que soit le scénario envisagé, la volonté d'Orange est de donner au programme « *changer de mobile* » une attractivité renforcée en alignant le prix du renouvellement de

terminal dans le cadre d'un réengagement sur son prix d'acquisition lors d'un nouvel abonnement, voire de fixer un prix de renouvellement inférieur au prix d'acquisition.

138. Examinant les effets de son plan d'action, Orange a constaté que « depuis mai 2007, la PNM V2 est mise en place et montre un bilan pour l'instant positif » (cote 42102). Elle relève en particulier « un contexte global de taux de churn sous contrôle et de ventes dynamiques ». Orange constate ainsi « des ratios en évolution favorable : le taux de PS [portabilité sortante] sur l'ensemble des résiliations baisse sensiblement [et] le volume des PE [portabilité entrante] devient supérieur au volume de PS » (cote 42102).
139. L'attention portée par Orange aux impacts du second processus de portabilité des numéros mobiles ne s'est pas limitée à 2007, année de lancement de ce nouveau processus. Elle s'est poursuivie en 2008. Dans un document intitulé « plan marketing 2008 », Orange fixe ainsi « les grands enjeux de la fidélisation en 2008 » avec, pour objectif, de « maintenir le churn sous contrôle, en dépit de la PNM V2 et de la menace sur l'engagement » (cote 42085).

d) Conclusion

140. Orange applique, au moins depuis 2002, en métropole, une politique de fidélisation de la clientèle non résidentielle à travers la mise en œuvre du programme « changer de mobile ». La mise en œuvre de ce programme s'est traduite, jusqu'au début de l'année 2010, par la possibilité pour la clientèle non résidentielle d'utiliser les points acquis uniquement dans le cadre d'un réengagement d'abonnement de 12 ou 24 mois et, à partir de cette date, par la possibilité d'utiliser les points acquis soit dans le cadre d'un réengagement soit en dehors d'un réengagement.
141. Orange a intensifié la mise en œuvre de ce programme à l'occasion de l'entrée en vigueur de la seconde version du processus de portabilité des numéros mobiles afin d'en limiter les effets sur le taux de résiliation d'abonnements (« taux de churn »).

3. LA POLITIQUE COMMERCIALE D'ORANGE EN MATIERE DE FIDELISATION DE LA CLIENTELE NON RESIDENTIELLE A TRAVERS L'UTILISATION DE REMISES LIEES A DES ENGAGEMENTS DE DUREE ET DE VOLUME

142. Dans le cadre de sa politique de fidélisation, plusieurs types de remises sont mises en œuvre par Orange sur le marché non résidentiel. Il convient de distinguer les remises dites « catalogue » qui s'appliquent à tous les segments de clientèle (petits professionnels, très petites entreprises et petites et moyennes entreprises, grands comptes, collectivités publiques) dont les niveaux sont généralement connus et définis à l'avance par des barèmes, des autres types de remises qui n'ont pas un caractère systématique et dont les niveaux peuvent différer d'un client à l'autre. Ces dernières remises sont généralement appliquées dans le cadre d'offres sur mesure formulées à l'occasion d'une procédure d'appel d'offres.

a) Les remises « catalogue »

i) Champ et période d'application

143. Les remises « privilège » et « parc » constituent des remises « catalogue », reposant sur des barèmes applicables à tous les segments de la clientèle du marché mobile non résidentiel. Dans une présentation en date du 26 octobre 2010 (cotes 32090 à 32104), Orange souligne que la remise « privilège » s'applique à tous les abonnements « mobilité entreprises » (communications mobiles), tandis que la remise « parc » s'applique à l'ensemble des offres non résidentielles (communications fixes et mobiles et accès à internet).
144. Dans cette même présentation, Orange indique que les remises « privilège » et « parc » sont cumulables entre elles et que, dans le cadre des offres sur mesure supérieures à 100 lignes, les taux des remises « parc » et « privilège » sont dépassés grâce à l'application de remises additionnelles spécifiques (cote 16741).
145. Les remises « privilège » et « parc » ont été mises en place à partir de 2003 au moins. Le document intitulé « *Plan d'action acquisition mobiles Voix PME* » daté du 11 avril 2003 (cotes 41702, 42055 à 42056, 41705 à 41706, 42059 et 41708) confirme que la remise « *privilège 24 mois* » existait à cette date. Il y est en effet précisé que, pour bénéficier des tarifs promotionnels de l'offre action PME, « *le client doit impérativement engager ses nouvelles lignes sur 24 mois en signant l'avenant de la remise privilège* » (cote 41706).
146. En ce qui concerne la remise « *privilège 36 mois* », son existence est quant à elle vérifiée depuis le mois d'avril 2004. Dans une présentation interne, datée de juin 2004 (cotes 39939 à 39947) et faisant référence à des données Orange « *à fin avril 2004* », Orange présente en effet la mise en place de l'« *action privilège* » et d'une « *remise [de] 36 mois* » (cote 39943) comme une innovation commerciale qui vient d'être créée.
147. L'existence de la remise « parc », bien qu'elle ait été probablement introduite dans le même temps que la remise « privilège », est établie par les pièces du dossier depuis le 1^{er} janvier 2005. Le document intitulé « *synthèse gratuité DME* » daté du 20 juillet 2006 (cotes 41692 à 41696) indique en effet que la remise flotte, qui est « *octroyée sur l'abonnement ou forfait du client en fonction du nombre de ses lignes en parc* » (cote 41693), a représenté, en 2005 et 2006, 55 % du montant total des remises accordées par Orange sur le marché non résidentiel (cote 41694).
148. Les remises « privilège » et « parc » sont toujours aujourd'hui appliquées par Orange.

ii) La remise « privilège »

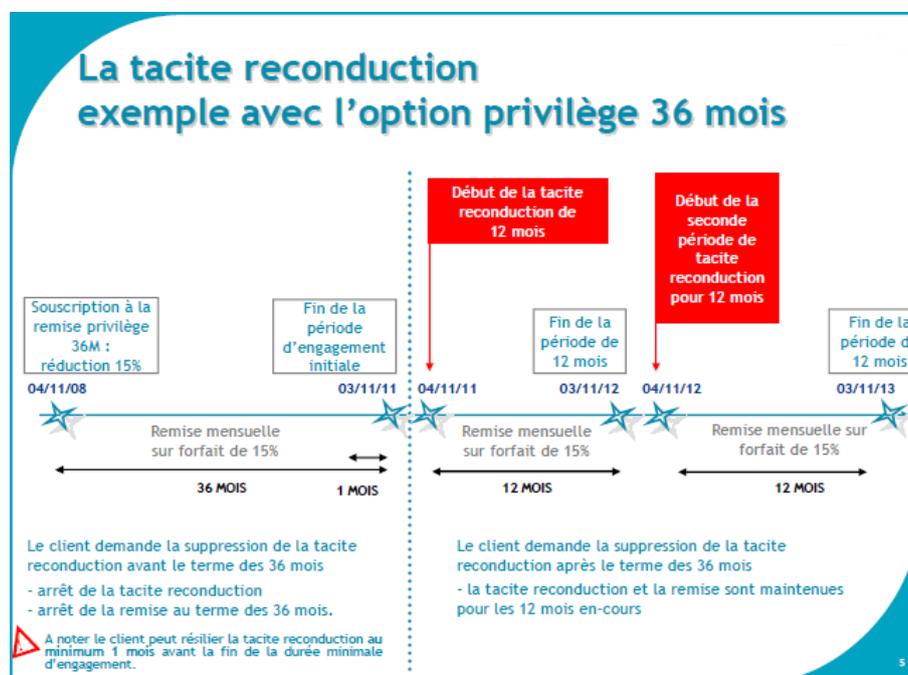
L'allongement de la durée initiale d'engagement de 12 à 24 ou 36 mois

149. Cette remise permet aux clients qui le demandent de bénéficier d'une remise de 10 ou 15 % sur le forfait mensuel en contrepartie d'un allongement de la durée d'engagement de l'abonnement, portée à 24 ou 36 mois. Le mécanisme d'octroi de la remise « privilège » est notamment prévu dans les « *conditions générales d'abonnement* » (10/0075 cotes 217 à 223), ainsi que dans les « *conditions spécifiques à la remise privilège* » d'Orange Business Services (cote 13187). L'article 2 de ces conditions spécifiques stipule qu'« *Orange France propose au client de bénéficier sur le montant des offres voix et/ou data mobilité entreprises compatibles, souscrites, d'une remise de 10 % par mois liée à un engagement minimum de 24 mois ou d'une remise de 15 % par mois liée à un engagement de 36 mois. En contrepartie de*

cette remise, le client s'engage par dérogation aux dispositions des Conditions Générales d'Abonnement intitulées 'durée' et 'résiliation', à compter de la date de signature des présentes, pour une durée minimum de 24 ou 36 mois tacitement reconductible par période de 12 mois » (cote 13187). Dans son avis (p. 26), l'ARCEP précise que « sans l'option 'remise privilège', les tarifs bruts du catalogue tarifaire (entendus sans remise) sont appliqués et l'engagement minimum du client est réduit à 12 mois » (cote 25499).

Le renouvellement automatique de l'engagement par tacite reconduction tous les 12 mois

150. L'article 3-1 des conditions spécifiques à la remise « privilège » d'Orange précise les conditions de résiliation de cette remise. Il prévoit qu'« à échéance, le client peut résilier la remise privilège par lettre recommandée avec accusé de réception, en respectant un préavis de un mois minimum. Ce délai de préavis de un mois court à compter de la période de facturation qui suit la réception de la demande de résiliation. Par ailleurs, l'arrêt de la remise privilège par le client ne saurait entraîner la résiliation de plein droit du contrat d'abonnement souscrit auprès d'Orange France. À défaut de résiliation, la remise privilège sera reconduite tacitement pour une nouvelle durée de 12 mois entraînant la reconduction du contrat d'abonnement pour 12 mois ».
151. Il résulte de ces clauses qu'à l'expiration de la période initiale d'engagement de 24 ou 36 mois, la remise « privilège » et l'engagement de durée qui y est lié sont reconduits tacitement pour 12 mois renouvelables, en l'absence de résiliation adressée par lettre recommandée avec accusé de réception par le client un mois au moins avant la date de fin d'engagement. Le mécanisme est explicité par le schéma suivant (cote 13400) :



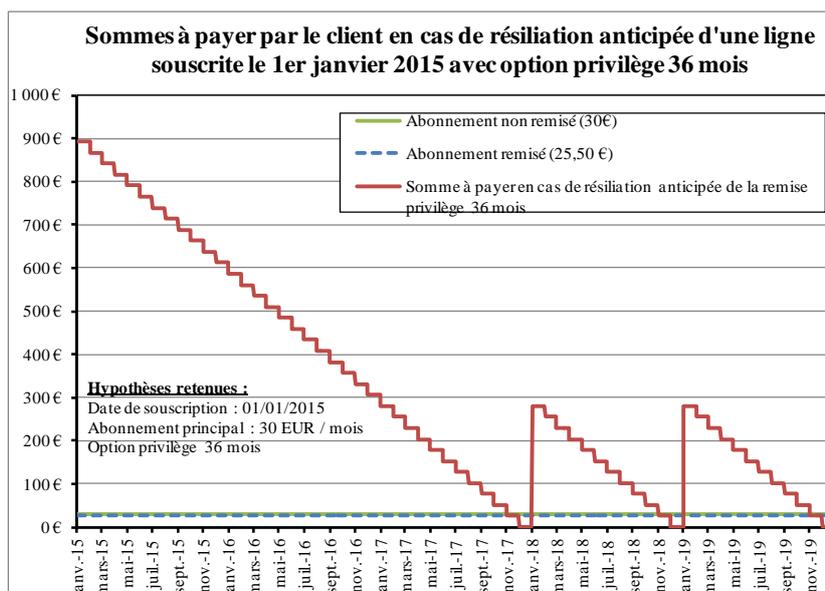
152. Le mécanisme de réengagement par tacite reconduction induit par la souscription de l'offre de remise « privilège » proposée à la clientèle non résidentielle n'entre pas dans le champ de la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du

consommateur, dite « première loi Châtel », qui oblige les opérateurs à informer en temps utile les particuliers de la possibilité qui leur est offerte de ne pas reconduire les contrats conclus avec une clause de tacite reconduite. S'agissant spécifiquement des services de communications électroniques, les dispositions de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dite « seconde loi Châtel », qui limitent à 24 mois la durée d'engagement des abonnements mobiles, prévoient que les factures adressées aux consommateurs doivent mentionner la durée d'engagement restant à courir ou la date de fin d'engagement et enfin plafonnent le montant de la somme susceptible d'être réclamée en cas de résiliation anticipée, ne sont pas applicables aux contrats d'abonnement souscrits par la clientèle non résidentielle.

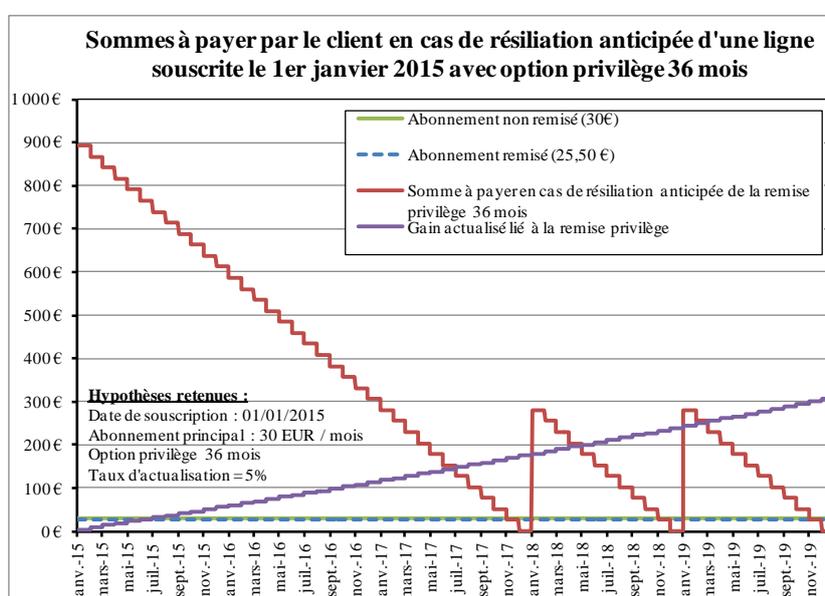
153. L'ARCEP relève que « *l'entreprise [cliente] n'a pas nécessairement une vision claire* » des dates de début et de fin d'engagement « *car (i) les actions déclenchant un réengagement (ajout de ligne, changement de terminal, changement de paramétrage de la ligne, etc.) ne sont pas toujours très clairement exposées et comprises par le client, (ii) une information sur le réengagement et une demande de confirmation ne sont pas systématiquement fournies et demandées, (iii) l'opérateur ne fournit pas toujours au client un moyen d'avoir une photographie claire de l'état d'engagement de son parc à un instant t* » (cotes 25498 à 25499).
154. Il en résulte que les clients disposent d'une fenêtre de temps réduite pour résilier sans frais leur contrat avant d'être réengagés automatiquement pour 12 mois par l'effet de la clause de reconduction tacite. Cette faculté de sortie gratuite du client est rendue d'autant plus difficile que la date de fin d'engagement n'est pas rappelée par Orange et que, dans les faits, les clients non résidentiels, qui sont titulaires de flottes composées de nombreuses lignes, méconnaissent fréquemment les dates exactes d'échéance de chacun de leurs abonnements. De fait, par le biais de la tacite reconduction, la remise « privilège » permet de rallonger d'une ou plusieurs années la période d'engagement des clients non résidentiels.

Le coût de la résiliation anticipée

155. L'article 3-2 des conditions spécifiques à la remise « privilège » d'Orange précise qu'« *il est expressément convenu entre les parties que, par dérogation aux dispositions des Conditions Générales d'Abonnement mobilité entreprises intitulées 'durée' et 'résiliation', si la durée d'engagement effective à la date de résiliation est inférieure à celle contractuellement acceptée par les parties, le client sera tenu de verser une somme égale à la différence entre le montant des abonnements dû au titre des présentes et le montant des abonnements effectivement perçus par Orange France à la date de résiliation* » (cote 13187).
156. Il en résulte qu'en cas de résiliation de l'abonnement avant la date de fin d'engagement, le client doit payer une somme correspondant au montant total des abonnements mensuels qu'il aurait dû verser jusqu'au terme de la période d'engagement prévue. À titre d'illustration, le graphique suivant indique, sur l'ensemble de la période concernée, le montant des sommes à rembourser par le client en cas de résiliation anticipée d'un abonnement mobile fixé à 30 euros par mois, souscrite le 1^{er} janvier 2015 pour une durée d'engagement de 36 mois avec la remise « privilège ».



157. Si l'on considère la remise « privilège 36 mois » pour un abonnement à 30 euros par mois souscrit le 1^{er} janvier 2015, on constate, comme le montre le graphique suivant, que le coût de la résiliation anticipée (qui correspond au total des abonnements restant à courir jusqu'à la date prévue de fin d'engagement) est la plupart du temps supérieur au gain cumulé des remises mensuelles (soit 15 % du montant des factures mensuelles) dont a bénéficié le client jusqu'à la date de résiliation.



Le foisonnement des engagements

158. Comme cela a été indiqué précédemment, la remise « privilège » est cumulable avec d'autres remises. En particulier, Orange présente la remise « privilège » aux clients non résidentiels comme un « forfait à prix préférentiel » qui peut se cumuler avec la remise « parc » et dont

l'application est automatique dès lors que le client s'engage pour une durée supérieure à 12 mois (cotes 41564 et 41568). Il apparaît en outre que la remise « privilège » pouvait se cumuler avec le programme « changer de mobile » qui a pris fin en 2010 et permettait le renouvellement de terminal à prix préférentiel en contrepartie d'un réengagement de 12 ou 24 mois.

159. Face à une multitude de dates de fin d'engagement différentes, un client peut difficilement trouver une date de changement d'opérateur lui permettant d'éviter le paiement de pénalités. Bouygues Telecom précise que « *c'est l'opérateur concurrent qui devra débrouiller l'écheveau et s'acquitter de lourdes pénalités afin de pouvoir faire migrer le client capté par Orange* » (cote 13404).
160. L'ARCEP relève dans son avis émis au cours de l'instruction que la multiplicité des lignes et des contrats « *conduit à un 'foisonnement' d'engagements ayant des dates de début et de fin différentes suivant les lignes, dont l'entreprise n'a pas nécessairement une vision claire* ». L'ARCEP ajoute que « *ce 'foisonnement' d'engagements conduit ainsi à une situation dans laquelle le client fait face à des pénalités de sortie quel que soit le moment où il choisit de changer d'opérateur, y compris au bout de plusieurs années (...)* » et précise que « *(...) si les grandes entreprises arrivent à négocier un 'co-terminus' des lignes souscrites, ce n'est que très rarement le cas pour les entreprises de bas et milieu de marché. Le nouvel opérateur est obligé de rembourser à son nouveau client les frais de résiliation (parfois très importants et/ou injustifiés) que lui applique son opérateur actuel car, contrairement au marché résidentiel, les dispositions issues de la loi Châtel et intégrées au code de la consommation – en particulier à l'article L. 121-84-6 – ne sont pas applicables au marché non résidentiel* » (cotes 25498 à 25499).

Un outil de fidélisation

161. Dans une présentation interne intitulée « *Plan d'actions fidélisation Orange clients prioritaires* » datée du 3 septembre 2004 (cotes 39939 à 39947), Orange indique que la remise « privilège », au même titre que le programme « changer de mobile », est une offre « *fidélisante par construction* » (cote 39943) et dans un document interne daté du 16 mai 2007 (cote 17642), Orange présente l'engagement comme « *un rempart à la résiliation* ». Orange indique notamment que « *le taux de churn sur lignes libres est 4 fois supérieur à celui sur lignes engagées* » et que « *pour 16 % des entreprises, la 'fin de contrat' déclenche le processus de résiliation* ».
162. Il ressort d'un document de présentation interne intitulé « *Engagement et tacite reconduction* » datée du 23 septembre 2010 (cotes 42046 et 41678 à 41679), que si la « *formule temps réel* » affiche un taux de lignes engagées avec la remise « privilège » égal à 73 %, les formules « *BTm* », « *Business Everywhere* », « *divers voix* », « *forfait entreprise* », « *forfait performance* » et « *FPM* » affichent toutes des taux de lignes engagées avec la remise « privilège » supérieurs à 90 %. Ces différents taux, qui sont reproduits dans le tableau ci-dessous (cote 41679), démontrent que la remise « privilège » fait l'objet d'une diffusion très large dans la mesure notamment où elle s'applique massivement à toutes les formules pour lesquelles elle est prévue.

	BTm	Business Everywhere	Divers voix	FFM	forfait entreprise	forfait performance	formule temps réel	FPM
Taux de lignes avec Privi	98,42%	90,54%	94,34%	98,64%	95,93%	99,41%	72,63%	99,88%
Taux de lignes sans Privi	1,58%	9,46%	5,66%	1,36%	4,07%	0,59%	27,37%	0,12%

163. Compte tenu des taux d'engagement des lignes concernées par la remise « privilège » (au moins 75 %), de l'importance des sommes à payer en cas de résiliation anticipée (notamment au regard du gain cumulé de la remise perçu par le client) et de la distribution globalement homogène des contrats tout au long de l'année, on observe qu'une majorité (au moins 60 %) des lignes non résidentielles détenues par Orange ne peuvent pas être contestées du fait de la remise « privilège ». Ce taux apparaît d'autant plus élevé que la proportion de clients souscrivant à la remise privilège 36 mois est importante.

iii) La remise « parc »

Présentation

164. La remise « parc » concerne l'ensemble des offres (fixe, mobile, internet) et tous les segments de la clientèle non résidentielle. Elle s'applique sur le montant du forfait mensuel et son montant varie principalement en fonction du nombre de lignes souscrites par le client, parfois suivant le volume de communications.
165. Cette remise s'applique aux formules suivantes : forfait entreprises, *business talk mobiles*, forfait partagé mobiles, forfait fixes et mobiles, formule temps réel, forfait performance.
166. Le catalogue prévoit le montant de ces remises jusqu'à 100 lignes, mais au-delà de 100 lignes le montant des remises semble, en apparence, ne plus varier (cote 21209) :

• **Remise Parc** (paramétrées dans le SI)

	3-9 lignes	10-29 lignes	30-49 lignes	50-99 lignes	> 100 lignes
FE, BTM, FPM, FFM	5%	6,5%	8%	10%	11%
Abo. FTR	-	-	4%	11%	19%

167. De la même manière, pour certains abonnements, le catalogue prévoit des remises liées au montant du forfait (cote 21209), mais, au-delà de 720 euros de forfait, les remises ne sont plus définies :

• **Remise Forfait** (paramétrées dans le SI)

	14,4€	36 à 144€	216 à 432 €	504 à 720 €	> 720€
FPM, FFM	-	5%	10%	15%	?

168. Le document précise toutefois qu'en pratique les ingénieurs d'affaires ont « défini leurs propres grilles prix référence pour les principales offres (FTR / BTM) vendues sur les flottes de plus de 100 lignes » (cote 21209).
169. Ainsi, en ce qui concerne les « formules temps réel » (ci-après « FTR »), qui présentent la particularité d'être composées d'un abonnement mensuel par ligne et de communications

facturées à la durée, la remise « parc » s'applique à la fois sur le prix des abonnements et sur les tarifs des communications. La grille de référence pour cette remise au-delà de 100 lignes est la suivante (cote 21209) :

tarifs en € HT	Abo FTR 24 mois	% remise parc
1 ligne	13,5	-
100 à 199 lignes	9	33%
200 à 299 lignes	8	41%
300 à 399 lignes	7,5	44%
400 à 499 lignes	6,5	52%
500 à 699 lignes	6	56%
700 à 999 lignes	5,5	59%
> 1 000 lignes	5	63%

tarifs en € HT AUPA mensuelle	Tarif mn FTR	% remise parc
1 mn	0,13	-
20k à 30k mn	0,09	31%
30k à 50k mn	0,08	38%
50k à 75k mn	0,07	46%
75k à 150k mn	0,065	50%
150k à 300k mn	0,06	54%
300k à 500k mn	0,055	58%
> 500k mn	0,05	62%

170. Par ailleurs, au-delà de 100 lignes, la remise « parc » peut être individualisée dans le cadre d'offres sur mesure et peut, par conséquent, s'écarter des grilles de référence. Il n'existe en effet aucune uniformité dans les taux de remise appliqués par Orange. Au vu des grilles contractuelles figurant au dossier¹, les taux de remise sur les communications comme sur les abonnements peuvent varier entre des valeurs allant de 20 % à 70 %.
171. Dans le cadre des offres sur mesure, il existe de nombreux exemples dans lesquels les remises (qui peuvent prendre la forme de crédits, de primes ou de subventions) sont versées aux clients en contrepartie d'un nombre minimal de lignes engagées ou sont accordées sous réserve de l'atteinte d'un volume minimum de communication ou encore sont conditionnées à la réalisation d'un chiffre d'affaires minimum. Ces exemples sont développés ci-après.

Caractéristiques

172. En premier lieu, la remise « parc » s'applique automatiquement dès lors que le client remplit les conditions d'éligibilité. Il n'a pas à présenter une demande pour bénéficier, à tout le moins, de la remise « parc » fixée dans la grille de base.

¹ cf. cotes 425 ; 426 ; 435 ; 629 ; 1301 ; 1302 ; 1303 ; 16743 ; 18995 ; 18996 ; 21209 ; 22305 ; 22306 ; 22391 ; 22392 ; 22508 ; 22509 ; 22532 ; 22918 ; 22919 ; 23387 et 23388. Les taux de remise suivent en réalité une forme en escalier. Par ailleurs, les taux de remises applicables au-delà de 1000 lignes ou 200 000 minutes ne sont pas présentés de façon à simplifier la lecture des graphiques, mais certaines grilles vont bien au-delà de ces seuils.

173. En deuxième lieu, la remise « parc » s'applique de manière globale et non par tranche. Ainsi, lorsque, du fait de l'augmentation du nombre de lignes (ou du volume de communications), le client atteint une tranche supérieure de remise, le taux de remise plus avantageux de cette tranche s'applique à l'ensemble des lignes (ou au total du volume de communications) et non pas à la seule partie des lignes (ou à la partie du volume de communications) située dans cette tranche. Par ailleurs, la remise « parc » peut avoir un effet rétroactif sur une courte période dès lors que le franchissement d'un seuil plus avantageux en fin de mois bénéficie à l'ensemble des abonnements du mois en cours.
174. En troisième lieu, il apparaît que les taux de la remise « parc » sont progressifs. Les taux augmentent donc substantiellement avec le volume de lignes ou de communications. Couplé à l'application du seul taux le plus élevé atteint par le client à l'ensemble des lignes ou au volume total de communication, cette progressivité du taux génère des effets de seuils importants. En ce qui concerne les remises appliquées aux abonnements, le dossier contient un exemple de passage de 4000 à 3999 lignes faisant passer le taux de remise global de 48.1 % à 40.7 % (cotes 22918 à 22919) un autre exemple de passage de 200 à 199 lignes faisant chuter le taux de remise de 40.7 % à 18.5 % (cotes 22305 à 22306), ou encore un cas de passage de 300 à 299 lignes qui ferait baisser le taux de remise de 55.6 % à 18.5 % (cotes 22508 à 22509).

Un effet d'approvisionnement exclusif

175. La remise « parc » conduit de nombreux clients d'Orange à s'approvisionner auprès de ce seul opérateur dans la mesure où la fragmentation du parc entre plusieurs opérateurs entraîne, par le jeu moins favorable de la remise « parc », un renchérissement du coût des abonnements et des communications fournis par Orange.
176. À titre d'illustration, les pièces de l'instruction (cote 31) font ainsi état d'une consultation lancée en 2007 par la société A. qui envisageait d'ouvrir son parc de lignes, représentant un total de 5700 lignes, toutes confiées à Orange. Bouygues Telecom a proposé une offre pour 2500 lignes. Dans sa comparaison, A. a déterminé que les 3200 lignes restant à Orange auraient eu un coût total de 2 905 k€ en cas de transfert des autres lignes à Bouygues Telecom tandis que ces mêmes lignes auraient eu un coût moindre de 2 544 k€ si A. avait confié la totalité de ses lignes à Orange (cote 622). La hausse du prix en cas de fragmentation du parc de lignes provient notamment de l'application des grilles de la remise « parc » puisque A. note que la fragmentation augmenterait le coût des « abonnements Orange résiduels » et augmenterait le coût des communications en raison de l'évolution de la « tranche barème » (cote 621).

iv) La complémentarité de la remise « privilège » et de la remise « parc »

177. Il convient de souligner à la fois la complémentarité et le caractère cumulatif de la remise « privilège » et de la remise « parc » qui sont les outils d'une même politique commerciale de fidélisation des clients non résidentiels. Cette complémentarité est mise en avant par Orange dans sa communication commerciale (cote 41568) :

La remise Privilège, un forfait à prix préférentiel pour un engagement d'au moins 24 mois

Lorsque vous vous engagez pour une durée supérieure à 12 mois, Orange Business Services vous fait bénéficier automatiquement d'une remise valable chaque mois sur le prix de votre forfait tout au long de sa vie, cumulable avec la remise parc.

durée d'engagement	montant de la remise Privilège*
24 mois	10% chaque mois sur le montant HT du forfait 12 mois choisi
36 mois	15% chaque mois sur le montant HT du forfait 12 mois choisi

*Dans les conditions décrites dans les tarifs mobilité entreprises en vigueur

La remise parc, une remise automatique selon la taille de votre parc mobile OBS

Selon le nombre de lignes mobiles et/ou le nombre d'options mobiles dont vous disposez, Orange Business Services vous fait bénéficier d'une remise automatique sur leurs montants HT, cumulable avec la remise privilège.

nombre de lignes ou d'options*	3 à 9 lignes ou options	10 à 29 lignes ou options	30 à 49 lignes ou options	50 à 99 lignes ou options	> 100 lignes ou options
montant de la remise sur le parc	5%	6,5%	8%	10%	11%

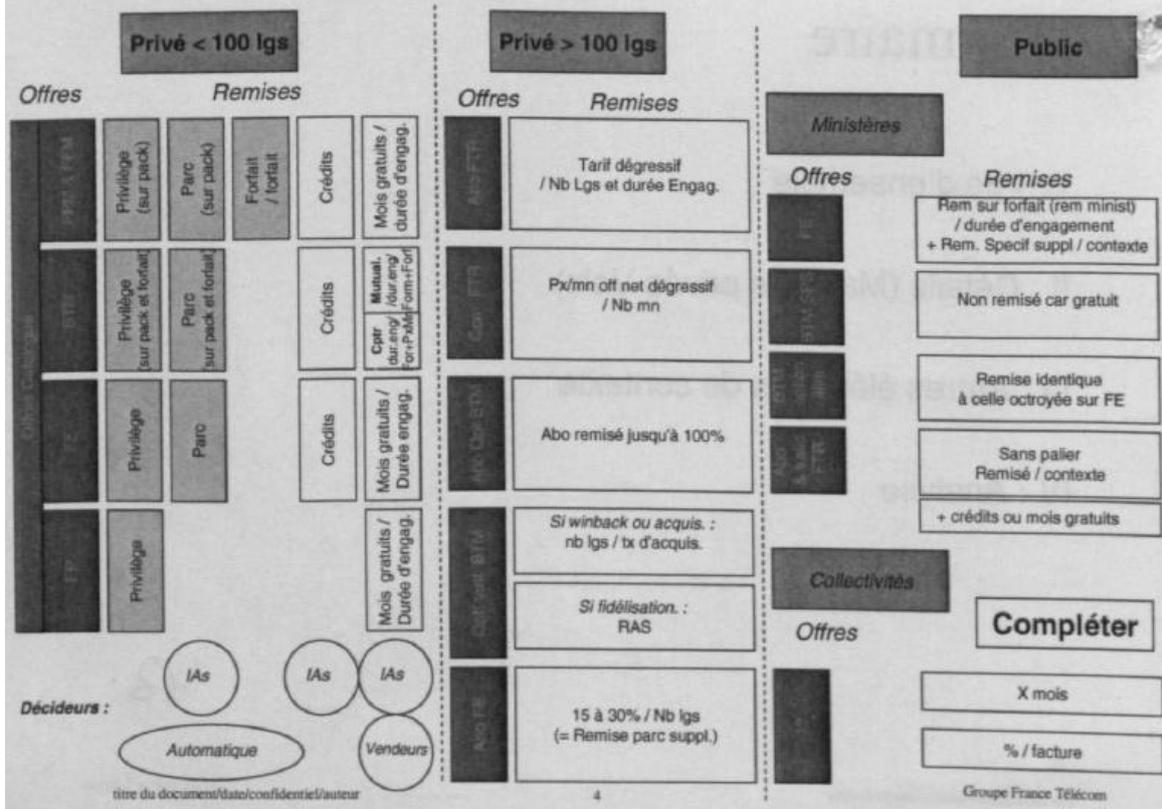
*Dans les conditions décrites dans les tarifs mobilité entreprises en vigueur

178. Portant sur la totalité du marché mobile non résidentiel, ces deux remises paraissent parfaitement complémentaires. L'une (la remise « parc ») s'applique globalement et a pour but d'attirer le maximum, voire la totalité, des lignes du client non résidentiel vers Orange, tandis que l'autre (la remise « privilège ») est appliquée ligne par ligne et a pour but de sécuriser le parc d'Orange en engageant le client dans la durée.

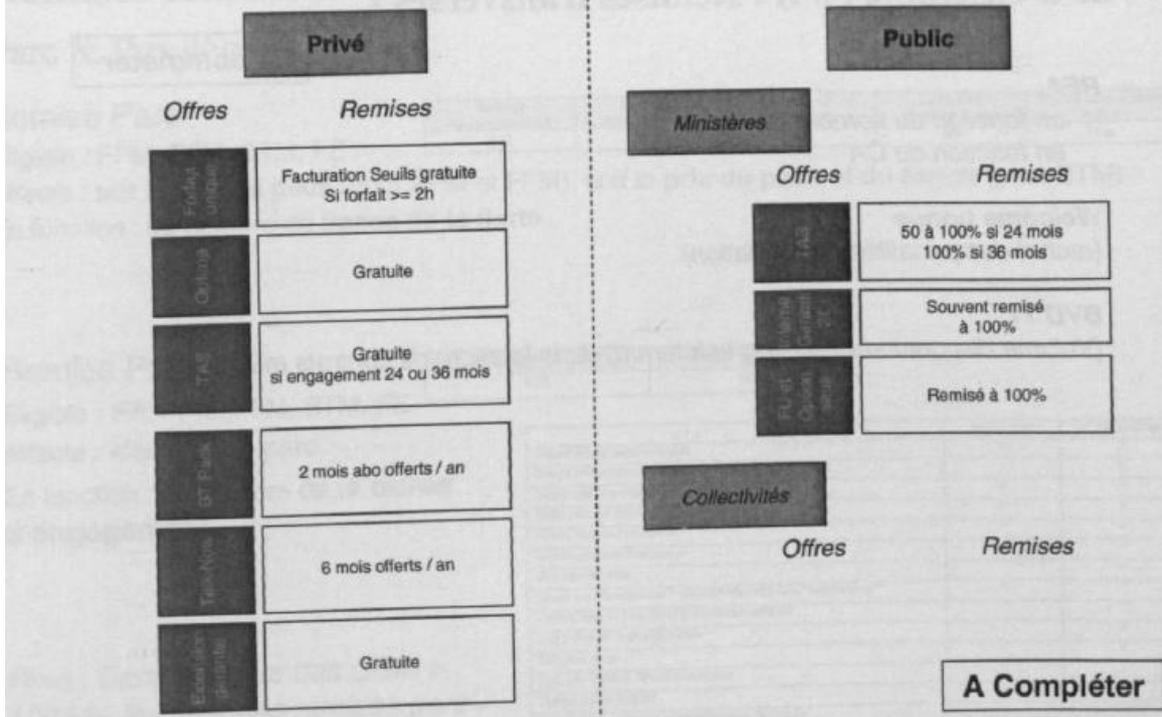
b) Les remises additionnelles hors catalogue

179. Contrairement aux remises « privilège » et « parc » décrites précédemment, les autres types de remises n'apparaissent pas dans le catalogue d'Orange, mais sont proposés uniquement au cas par cas dans le cadre d'offres sur mesure. Ces remises additionnelles concernent généralement les clients souscrivant un nombre important de lignes (supérieur à 100) et ayant lancé une procédure d'appel d'offres, à savoir notamment les grands comptes et les collectivités publiques.
180. Orange présente une vue d'ensemble de ces remises dans un document intitulé « *Panorama des Marges de manœuvre Voix* » en date du 26 octobre 2010 (cotes 16737 à 16740).

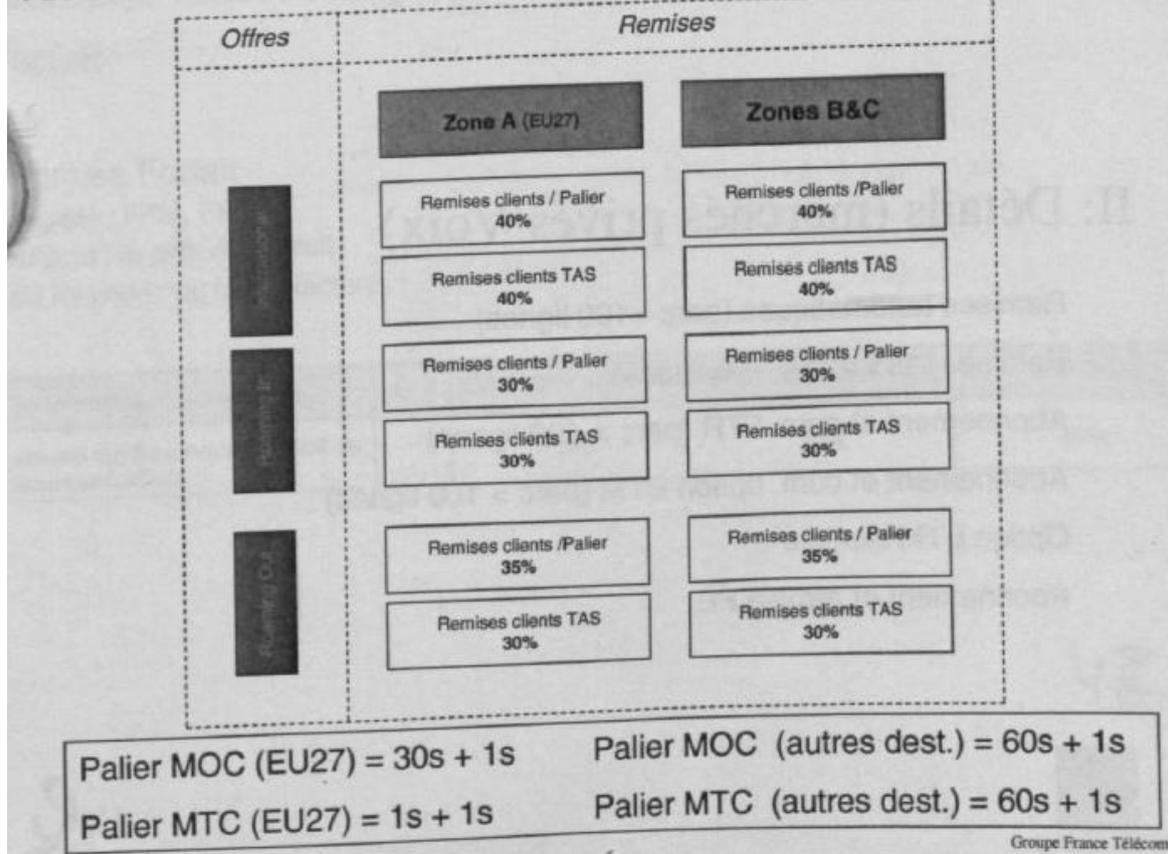
Vue d'ensemble (1/3): Voix nationale



Vue d'ensemble (2/3): Options



Vue d'ensemble (3/3): Roaming & International



Vue d'ensemble (4/4) : Remises transverses

A compléter

RFA

*en fonction du nombre de lignes
en fonction du CA*

Welcome bonus

(rachat des pénalités de résiliation)

BVD ??

(Volume discount sur roaming et internat) dans le cadre de contrats multi-pays)

181. Un autre document daté de février 2010 et intitulé « *Politique tarifaire et Valeur client* » (cotes 36574 à 36591), synthétise les différentes remises d'ajustement pouvant être activées par les forces de vente d'Orange dans le cadre de sa politique de fidélisation. Ce document précise les marges de manœuvre dont disposent les vendeurs et les ingénieurs d'affaires d'Orange (cote 21210).

Pour s'approcher de ces grilles de référence, et combler des écarts pouvant atteindre 65% vs prix catalogue (pour les plus grosses flottes), les vendeurs disposent d'un large panel de remises d'ajustement

	Description	Étendue de la remise	Éléments sur l'utilisation effective de la remise
Remises produits Vendeur + IA	Crédits IA • Remises en € attribuées à l'année et reconductibles • Acquisition et fidélisation	de 1,52€ à 120€ (23 paliers inégalement répartis)	Utilisation quasi systématiques sur les flottes de plus de 100 lignes (en moyenne 35€/an/client DCE)
	Mois gratuits vendeur + IA • Mois de forfaits offerts par année d'engagement • Acquisition et fidélisation	2 à 6 mois / an 5 à 40% de remise sur BTM compteur	Utilisation majoritaire sur le MDM (100-150 lig.) en FTR / BTM compt. (moy. ~3 mois / an vision DCE) Remplacés par les crédits
	Remises illimités IA • % de remise sur l'abo. suivant la part de la flotte en acquisition • Acquisition uniquement	Illimité Interne : 7 à 30% Orange/Fixe : 4 à 15% Tout opérateur : 15 à 40%	
Remises transverses IA	RFA (remise fin année) % de remise bas de facture en fonction du nbre de lignes et/ou du CA	entre 0 et 25% (à valider)	Utilisation limitée aux accords cadres (grands comptes, DCE HDM, clients critiques MDM)
	BVD % de remise mensuelle sur une partie des usages en fonction du nbre de pays	entre 0 et 20 % (à valider)	Utilisation limitée aux contrats multi-pays Remplacée peu à peu par RFA
	Welcome Bonus Prime d'ajustement global en fidélisation ou en acquisition (rachat des pénalités)	entre 0 et 6 mois (à valider)	

182. Le document intitulé « *Socle des OSM* » daté du 26 mars 2010 (cotes 21491 à 21497) présente quant à lui de manière détaillée les « *conditions d'engagement contractuelles* » proposées par Orange dans le cadre des offres sur mesure, ainsi que les « *conditions tarifaires au niveau du parc* » et « *au niveau des lignes* ».
183. Il apparaît, en premier lieu, que les remises proposées par Orange dans le cadre des offres sur mesure sont de nature très diverse. Elles portent non seulement sur l'abonnement principal (primes de bienvenue, mois gratuits, crédits en euros, etc.), mais également sur les options payantes éventuellement souscrites par le client (remises sur option, mois offerts, crédits sur option), le type de communications (exemple : remises « *roaming* ») ou le matériel utilisé (subvention des terminaux). Si certaines remises (remises de fin d'année, rachat des pénalités de résiliation en cas de « *winback* », c'est-à-dire de reconquête du client, remises « *pied de page* ») qui apparaissent en déduction de certaines factures sont des remises à la fois globales et ponctuelles, d'autres remises, en revanche, se présentent sous la forme d'options engageantes dont la souscription engendre l'engagement ou le réengagement sur 12, 24 ou 36 mois de la totalité du contrat (remises sur forfaits voix, remises sur SMS / MMS, remises sur options « *data* », les remises sur options « *BlackBerry* » ou « *Orange mail* », les remises sur SMS « *roaming* » et les remises sur options).
184. En second lieu, ces remises additionnelles sont cumulables entre elles et sont presque toujours associées. Leur bénéfice est subordonné à des objectifs de volume (chiffre d'affaires minimal, volume de consommation ou nombre de lignes) ou de durée d'engagement (24 ou 36 mois) que doit remplir le client. En outre, dans certains cas, l'octroi de remises fixes ou mobiles pouvait être lié à la réalisation d'objectifs appartenant à un domaine (fixe, mobile, internet)

différent de celui sur lequel porte la remise initiale. Le dossier présente une dizaine d'exemples de ce type, d'une grande variété.

185. Ainsi, le contrat de la société D. (cote 18995) prévoit que les conditions tarifaires « *s'appliquent en contrepartie d'un engagement de consommation moyenne réelle minimum de 150 000 minutes nationales mensuelles et du maintien de 90 % minimum de 1600 contrats d'abonnement voix mobilité entreprises actives pendant toute la durée du présent Avenant sur le nombre de lignes actives* ». Pour la société M. (cote 21805), une remise de fin d'année (ci-après RFA) sur le chiffre d'affaires voix et data de 20 % est accordée si le chiffre d'affaires facturé est d'au moins 960 k€ HT par an et que le parc s'élève au minimum à « *4000 lignes engagées sur 24 mois en co-terminus* » (c'est-à-dire dont la date d'échéance de fin de contrat coïncide). Pour la société C. (cote 22612), la remise de 20 € HT par ligne par an, la prime de bienvenue de 8 000 € HT et la remise de fin d'année sur le CA voix de 21 % sont subordonnées à un « *CA minimum annuel net facturé voix et data d'au moins 110 k€ HT (hors achat de terminaux et accessoires)* ». Le contrat signé par la société B. (cote 18420) prévoit quant à lui « *un avoir de 33 € HT par ligne et par semestre dans le cadre de l'atteinte d'un parc global de 2200 lignes en moyenne(...) sur la durée de l'avenant 1* ». L'opérateur indique toutefois que « *si au terme des 36 mois, Orange constate que la flotte est inférieure à 2400 lignes en moyenne sur la durée de l'avenant 1, Orange sera en droit de demander au groupe Bolloré le remboursement des avoirs susvisés* ». Pour bénéficier de ces conditions, la société B. a auparavant indiqué s'être engagée à maintenir 90 % de sa flotte mobile chez Orange sur une durée de 36 mois (cote 18443). Le contrat de la société S. prévoit quant à lui un « *sign on bonus* » (bonus à la signature) de 120 000 € HT dans le cadre d'un contrat d'une durée de 24 mois. Orange propose en outre un crédit de 30 € HT par an et par ligne pour les nouvelles et anciennes lignes de S. appliqué le 8^{ème} mois d'abonnement. Orange précise toutefois que ces « *conditions tarifaires sont basées sur la perception par Orange France d'un revenu net annuel (...) de 1600 k€ HT pour un parc de pl^{us} de 5800 lignes, de 1300 k€ HT pour un parc entre 5000 et 5799 lignes et 800 k€ HT pour un parc entre 3000 et 4900 lignes* ». Orange ajoute enfin qu'« *en cas de non-respect des conditions posées ci-dessus, [elle] facturera la différence entre le revenu moyen constaté sur un an et le revenu net annuel attendu* » (cote 18449).
186. S'agissant des crédits (exemple : mois gratuits) et primes (exemples : prime de bienvenue, remise de fin d'année) accordés sous conditions de volume ou de durée, il peut être noté que certaines de ces pratiques ont un effet similaire à celui de la remise « parc ». Un client ayant un besoin total de 1000 lignes subira une perte du crédit en confiant une partie même minime de ses volumes à la concurrence si Orange soumet l'obtention de ce crédit à l'atteinte d'un volume de 1000 lignes. Dans ces conditions, pour être attractif, le concurrent devra proposer un prix potentiellement très faible.
187. Il convient enfin de noter que l'ensemble des remises existantes (incluses ou hors catalogue) se cumule pour atteindre des montants élevés allant, selon Orange, jusqu'à 65 % (cotes 21210 et 36574 à 36591), voire 75 % (cote 24346) du prix de base.

c) Conclusion

188. La remise « privilège » permet à Orange de prolonger de 24 ou 36 mois et de renouveler automatiquement pour 12 mois, par le jeu de la tacite reconduction, la durée d'engagement des clients, afin de lutter contre le risque de résiliation d'abonnement (« *churn* »). Les clients ne peuvent résilier de manière anticipée leur contrat qu'en versant une pénalité égale au montant des abonnements mensuels restant jusqu'au terme de l'engagement.

189. En raison de son taux progressif qui s'applique globalement et non par tranche, la remise « parc » incite à un approvisionnement exclusif chez Orange. En effet, le départ d'une partie des lignes vers un autre opérateur, lorsqu'il entraîne un changement de tranche de taux, peut conduire à renchérir substantiellement l'ensemble des lignes qui restent confiées à Orange.
190. Ces deux remises sont cumulatives et constituent des outils complémentaires de fidélisation de la clientèle non résidentielle. L'une vise à engager ligne par ligne le client sur des durées significatives tandis que l'autre vise à attirer le plus grand nombre de lignes vers Orange.
191. Les remises additionnelles hors catalogue sont subordonnées à des objectifs de durée d'engagement ou de volume à atteindre. Elles concourent donc également, avec les remises « catalogue », à dissuader les clients non résidentiels d'Orange de fractionner leur parc de lignes entre plusieurs opérateurs.

4. LA POLITIQUE COMMERCIALE D'ORANGE EN MATIERE DE SERVICES DE RESEAUX PRIVES VIRTUELS A TRAVERS UN MECANISME DE REMISE D'EXCLUSIVITE

a) Les réseaux privés virtuels

i) Présentation générale

192. Les opérateurs ont mis en place des offres adaptées et différentes de celles adressées au grand public afin de répondre aux besoins de leurs clients non résidentiels en termes d'interconnexion des sites des entreprises.
193. L'ARCEP explique que les entreprises multisites ont des besoins spécifiques et qu'elles « *cherchent à rationaliser la gestion des utilisateurs et à faire des économies d'échelle* ». Ainsi, les entreprises multisites « *ont recours à un réseau privé virtuel (VPN) pour interconnecter leurs sites* ». Les entreprises utilisent le réseau VPN mis en place pour véhiculer leurs « *données fixes* » et, en ce qui concerne la téléphonie fixe, utilisent également « *ce VPN pour déporter leur standard téléphonique (PBX) sur un site central* » (cote 25482).
194. Selon l'ARCEP, « *les services d'interconnexion de sites deviennent pour ces entreprises une nécessité, et les offres généralement souscrites sont les réseaux privés virtuels. Ces réseaux permettent de mutualiser les applications et les réseaux locaux, d'accéder à l'intranet de l'entreprise, de bénéficier de solutions de voix sur IP intersites et d'utiliser des services tels que la vidéoconférence ou la gestion des flux de monétique. Afin d'interconnecter leurs réseaux locaux distants de manière privée, les entreprises multisites s'appuient sur le réseau d'un opérateur* » (cote 25482).
195. En 2013, les dépenses en services de VPN des entreprises de plus de 10 salariés s'élevaient à 2,207 milliards d'euros alors que leurs dépenses pour la fourniture d'accès à internet ne représentaient que 949 millions d'euros (cote 42095).
196. L'opérateur sur lequel s'appuie l'entreprise pour interconnecter ses différents sites s'engage à maîtriser de bout en bout la sécurité et les performances du réseau. Selon l'ARCEP, « *la sécurisation des données : stockage en data center, protection d'un point d'accès unique à l'internet, télésurveillance* » est l'un des principaux objectifs poursuivis par les entreprises multisites (cote 25482).

ii) Les offres d'Orange

197. Orange a mis en place à travers le temps différentes gammes de services VPN.
198. L'opérateur historique a mis en place en 2002 deux gammes d'offres, présentées comme centrées sur les accès et les débits, l'une à destination des petites et moyennes entreprises (les offres « *Oleane VPN* »), l'autre à destination des grandes entreprises (les offres « *Equant IP VPN* ») (cote 40448). À partir de 2008, ces offres ont été remplacées par une gamme unique d'offres intitulée « *Business VPN* ».
199. Selon Orange, le lancement des offres « *Business VPN* » poursuivait trois objectifs principaux (cote 40448), à savoir, d'une part, « *exploiter pleinement l'explosion des nouveaux usages de nos clients, et se rapprocher de l'utilisateur final* », d'autre part « *cultiver notre leadership en se distinguant par le service* » et, enfin, « *adresser plus efficacement l'ensemble du marché E (PME>GE) par une offre unifiée (se substituant à Equant IP VPN et Oléane VPN en France)* ».

iii) Les offres de gros nécessaires à la construction des réseaux privés virtuels

200. Un réseau VPN s'établit en interconnectant les différents sites distants qu'une entreprise peut avoir sur l'ensemble du territoire. Ce réseau est donc constitué d'autant de liaisons d'accès qu'il y a de sites à raccorder les uns aux autres.
201. Si certaines entreprises, en particulier les grandes entreprises, peuvent parfois construire elles-mêmes leur réseau VPN « *en achetant de la collecte (liens nus) auprès d'opérateurs* » (cote 39416), elles recourent généralement aux services des opérateurs de communications électroniques pour interconnecter leurs sites de manière sécurisée à travers la mise en place d'un réseau VPN.
202. Selon Bouygues Telecom, « *ces opérateurs (...) peuvent soit constituer leur propre réseau d'accès (notamment en fibre optique), soit (ou de manière complémentaire) utiliser des offres de gros présentes sur le marché [...]. L'opérateur bâtit ensuite sur ces liens d'accès une solution de services d'interconnexion des sites et de sécurisation d'échanges de données* » (cote 39144). En réalité, les opérateurs alternatifs sont le plus souvent contraints, afin de pouvoir répondre aux besoins des entreprises multisites, de proposer une offre composite impliquant le recours aux réseaux des autres opérateurs et particulièrement à celui de l'opérateur historique, Orange.
203. En effet, selon Bouygues Telecom (cote 39415), « *les particularités du marché de l'entreprise ne permettent pas en pratique à un opérateur alternatif d'avoir uniquement recours à son réseau en propre* ». Elle relève notamment que « *sur le marché non résidentiel, les clients sont par nature multisites. L'opérateur doit donc être en mesure de proposer ses services dans la zone géographique d'implantation du client mais également dans d'autres zones où le client est susceptible de posséder des sites. Or, il n'est pas possible de prévoir à l'avance les sites sur lesquels le client va s'implanter. La stratégie de déploiement est donc différente du marché fixe résidentiel pour lequel il est possible de déployer une zone puis de faire de la prospection commerciale sur la zone en question* ». Elle note qu'il n'est pas possible d'anticiper le déploiement de « *liens en propre sur les zones où une entreprise multisites est présente avant d'émettre son offre. En effet, le déploiement de la fibre en propre nécessite de nombreux mois, parfois plus d'un an compte tenu notamment des travaux de génie civil nécessaires et de ce que cela implique (par exemple, l'obtention d'autorisations de voirie, etc.)* ».

204. En outre, selon Bouygues Telecom, « *il n'est pas non plus envisageable de commencer un contrat avec un client en recourant à un lien d'accès d'un opérateur tiers, puis de déployer en parallèle des liens en propre afin d'effectuer ensuite une migration entre les réseaux. Compte tenu des durées relativement courtes des contrats (de 24 à 36 mois), l'opérateur n'a pas le temps d'amortir les investissements réalisés au titre de la location du réseau d'un opérateur tiers (frais de mise en service et loyers). De plus, bien souvent, le déploiement des liens en propre se termine au moment où le contrat prend fin* ».
205. De la même manière, SFR indique recourir, au-delà de la constitution de son propre réseau, à différentes offres d'Orange qui est « *un acteur incontournable pour les opérateurs alternatifs au regard des offres de gros qu'elle propose* » (cote 39490).
206. Ainsi, le recours à une offre de gros pour l'interconnexion privative et sécurisée entre les différents sites des entreprises est indispensable pour ces opérateurs.
207. Bouygues Telecom précise que les principales offres de gros auxquelles accèdent les opérateurs de services de VPN sont les offres de gros activées sur cuivre et les offres de gros activées sur fibre optique. Selon cet opérateur, les offres de gros activées sur cuivre utilisent la technologie DSL ou des liaisons louées. S'agissant des offres DSL, elles ne sont disponibles que dans les zones dites éligibles.
208. Au regard de ces éléments, il apparaît que si les opérateurs alternatifs s'appuient sur leur propre réseau pour proposer des offres d'interconnexion sécurisées de sites aux entreprises, ils ont également recours, dans une large mesure, à différentes offres de gros proposées par Orange, en particulier celles fondées sur les technologies DSL. La disponibilité des offres de gros utilisant ces technologies est subordonnée à l'éligibilité de la technologie déployée en fonction du territoire considéré.

iv) Le comportement d'achat de la clientèle non résidentielle

Le recours à un ou plusieurs opérateurs

209. Les opérateurs s'accordent à dire que les entreprises attribuent en règle générale leur réseau VPN à un seul opérateur. Selon Orange, « *il est peu fréquent qu'une entreprise partage son réseau VPN entre plusieurs opérateurs* » (cote 39008). Pour SFR, « *en règle générale, la règle est d'attribuer son réseau VPN à un seul opérateur* » (cote 39491). Selon Bouygues Telecom, « *pour un nombre important d'entreprises clientes d'offres IP-VPN, la règle semble être d'attribuer son réseau IP-VPN à un seul opérateur* » (cote 39416).
210. Néanmoins, il existe de nombreuses situations dans lesquelles le client recourt à plusieurs opérateurs pour mettre en œuvre plusieurs réseaux VPN. Bouygues Telecom précise ainsi que (cote 39416 et 39417). « *Certaines grandes entreprises peuvent mettre en place un deuxième réseau IP-VPN en réseau de secours (...) généralement confié à un autre opérateur. Certains types de clients, en particulier dans les secteurs bancaires et de l'assurance, peuvent mettre en place un ou plusieurs réseaux IP-VPN partagés entre plusieurs opérateurs, notamment en raison de leur organisation territoriale. L'existence de réseaux IP-VPN mixtes peut résulter de raisons historiques. Cela est notamment le cas suite à la fusion d'entreprises qui maintiennent les réseaux IP-VPN déjà existant fournis par des opérateurs différents mais qui dispose ensuite d'un même site central qui sera le siège social de l'entreprise résultant de la fusion* ».

211. Bouygues Telecom relève, enfin, que *« le souhait de mettre en place de réseaux IP-VPN mixtes peut (...) être motivé par une volonté de réaliser des économies de coûts en faisant jouer la concurrence. En effet, sur le marché de l'interconnexion de sites le niveau de concurrence varie selon les zones géographiques. Sur les zones éligibles, où plusieurs réseaux sont déployés, les opérateurs sont capables d'offrir des prix compétitifs. À l'inverse, sur les zones non éligibles, où les opérateurs alternatifs doivent principalement avoir recours à l'offre LPT d'Orange, ils ne sont pas capables d'offrir des prix aussi compétitifs que ceux de l'opérateur historique (qui, lui, peut offrir un tarif péréqué sur l'ensemble du territoire (...)). Ainsi, certaines entreprises peuvent avoir intérêt à faire appel, d'une part, à un opérateur alternatif pour leurs sites localisés en zones éligibles en faisant ainsi jouer la concurrence et, d'autre part, à l'opérateur historique pour les sites situés dans des zones moins bien desservies ».*
212. De son côté, SFR souligne également qu'*« il existe des cas où les sites d'une même entreprise peuvent être partagés entre plusieurs opérateurs. (...) Si les très grands comptes sont très majoritairement multi-opérateurs (avec des périmètres souvent inégaux) les plus petits sont très majoritairement mono-opérateurs »* (cote 39491).

Les barrières au changement d'opérateur

213. Que les entreprises aient recours à un ou plusieurs opérateurs pour leurs réseaux VPN, il y a lieu de relever plusieurs facteurs qui découragent le changement d'opérateur pour ce type de services.
214. En premier lieu, les barrières les plus importantes sont liées aux opérations techniques de migration du réseau VPN d'un opérateur vers un autre. Bouygues Telecom indique ainsi que *« la migration des réseaux IP-VPN entre les opérateurs peut être longue puisqu'elle est faite site par site »* (cote 39147). SFR explique ainsi que *« le changement d'opérateur occasionne une opération de migration extrêmement lourde pour le client. Généralement, il est difficile pour le client d'opérer une opération d'un seul coup (des ressources internes au client sont nécessaires afin de basculer son Système d'Information sur le nouveau réseau, elles ne permettent généralement de traiter que quelques sites par jour suivant la complexité du SI du client). De fait, les migrations interviennent le plus souvent petit à petit. »* (cote 39492). Par ailleurs, les opérations de migration ne sont pas favorisées, selon Bouygues Telecom, par le fait qu'*« il n'existe pas de mécanisme de portabilité des adresses IP publiques qui sont aujourd'hui rattachées aux opérateurs. Or le changement des adresses IP publiques peut avoir des conséquences lourdes pour l'entreprise cliente comme par exemple la nécessité de modifier tous les programmes utilisant les adresses IP publiques ou encore de mettre à jour toute la flotte d'ordinateurs de l'entreprise (sites internet, boîtiers de sécurité IPSEC, etc.) »* (cote 39147).
215. En second lieu, le changement d'opérateur peut occasionner des coûts financiers importants. Bouygues Telecom avance à cet égard deux explications. D'abord, *« le changement d'opérateur IP-VPN présente un risque de double facturation des sites »*. La synchronisation *« se traduit en général par au moins un mois ou deux de "double facturation" »* (cote 39147). Ensuite, Bouygues Telecom estime que *« le changement d'opérateur IP-VPN implique en général le raccordement simultané du site principal du client (en général le siège) par l'opérateur cédant et le nouvel opérateur pendant toute la durée de la migration. En effet, le lien principal de l'opérateur cédant doit rester en place tant qu'il reste des sites à migrer, et le lien principal du nouvel opérateur doit être opérationnel dès le premier site migré. Ainsi il y a une double source de coût pendant toute la durée de la migration »* (cote 39147).

216. De son côté, SFR explique que « *le changement d'opérateur occasionne des coûts importants qui peuvent impacter le business plan pour un opérateur alternatif. Pour qu'un client bascule, il existe généralement deux types d'investissements à consentir : des frais d'accès au service (ceux-ci sont souvent offerts pour se retrouver dans la situation financière de l'opérateur en place) et des frais de migration qui ne sont généralement facturés qu'auprès des grands comptes. Suivant la complexité de la migration client, ces frais peuvent être de l'ordre de 5 à 10 % du coût du projet* » (cote 39492). Selon le même opérateur, « *à tarification égale, une entreprise pourra choisir de rester chez Orange par souci de simplicité (moins de problème à gérer* » (cote 39492).
217. Un ancien responsable des offres produits sur le segment « *Data et IP* » d'Orange sur le marché des entreprises a indiqué dans son audition qu'il existait un « *effet d'inertie* » sur le marché qui se traduit par le fait que « *les clients ne quittent pas OBS, à moins d'une réduction significative du prix de leur service, de l'ordre de 15 à 20 %* » (cote 42026). Selon ce responsable, cet effet d'inertie est l'un des principaux facteurs qui expliquent qu'« *il était difficile pour la concurrence de s'imposer* » sur le marché (cote 42026).

v) La politique tarifaire des opérateurs sur le marché de détail

218. Si les opérateurs alternatifs construisent leurs offres VPN en grande partie sur les offres de gros proposées par Orange, une concurrence plus ou moins forte peut s'instaurer selon les territoires considérés comme l'a indiqué un ancien dirigeant d'Orange: « *il existe des zones éligibles xDSL sur lesquelles il est possible qu'une concurrence s'instaure. En effet, la densité de ces zones permet aux opérateurs tiers de fournir des services avec un meilleur taux de rentabilité. En revanche, aller chercher un client dans une zone non éligible xDSL coûte plus cher pour l'ensemble des opérateurs, y compris OBS* » (cote 42027).
219. Selon ce témoin, et malgré ces différences de coûts, « *OBS pratique une péréquation tarifaire permettant de simplifier sa politique commerciale sur l'ensemble du territoire* » (cote 42027).
220. De leur côté, les opérateurs alternatifs ont confirmé qu'il leur était difficile de mettre en place une véritable péréquation tarifaire. Bouygues Telecom explique qu'« *il est très difficile pour un opérateur alternatif de proposer un tarif péréqué sur l'ensemble du territoire* ». En effet, « *au moment de la signature du contrat avec son client pour la fourniture d'un réseau interconnecté VPN, l'opérateur alternatif doit s'engager à couvrir l'ensemble des sites de l'entreprise, y compris ses éventuels futurs nouveaux sites. Or, par définition, la localisation de ces sites n'est pas connue à l'avance. Selon l'emplacement des nouveaux sites, le coût de la prestation peut fortement varier à la hausse selon la technologie qui est disponible (afin de donner un ordre de grandeur, le coût de 2 Mbps sur le réseau propre de l'opérateur s'élève à environ 50 € ; sur le réseau d'un autre opérateur, il s'élève à environ 150 € ; et, en cas d'inéligibilité, le coût en LPT s'élève à environ 500 €). Dès lors, si l'opérateur alternatif s'engage dès le début à appliquer un tarif péréqué sur l'ensemble du territoire, il s'expose à un risque financier particulièrement important. Un opérateur tel que Bouygues Telecom n'est à l'évidence pas en mesure d'absorber un tel risque du fait de la taille limitée de son parc et des barrières à l'entrée très importantes sur le marché* » (cote 39148).
221. De la même manière, SFR souligne qu'Orange « *fait de la péréquation là où nous ne pouvons pas nous le permettre* ». Elle ajoute que « *pour les accès en fibre optique, la possibilité d'une péréquation est compliquée pour SFR (contrairement à Orange qui en fait une à notre connaissance). En effet, le niveau d'investissement marginal peut repousser très loin le ROI*

[retour sur investissement] d'un accès (plusieurs années voire dizaines d'armées) s'il n'y a pas foisonnement dans la zone couverte ».

222. Comme cela a été rappelé par un ancien salarié d'Orange, « *les télécoms correspondent à une industrie de coûts fixes où l'effet de taille est primordial* » (cote 42026). Ainsi, alors qu'un opérateur ayant une présence sur l'ensemble du territoire et un parc de clients plus important que ses concurrents pourra se permettre de mettre en place une péréquation tarifaire, à l'inverse, un opérateur entrant sur le marché priorisera ses déploiements et son action commerciale sur les zones les plus denses pour capter une partie de la clientèle grâce à une tarification plus attractive, en mettant davantage en œuvre une modulation tarifaire en fonction du territoire concerné pour pénétrer le marché.

b) Les remises pratiquées par Orange sous condition d'exclusivité

i) Les remises pratiquées par Orange

Le document tarifaire de référence

223. Ces remises sont explicitées dans un document d'Orange intitulé « *référentiels de prix et méthode de calculs des réductions de prix avant-vente* » dont il existe plusieurs versions successives (n° 8 à 19)². La version la plus ancienne figurant dans le dossier de l'instruction date du 1^{er} mars 2006 tandis que la version la plus récente date du 1^{er} juin 2013 et était encore en application à la date du 4 décembre 2014 (cote 40540). Ce document définit, « *pour les forces de ventes Orange Business Services* » (cotes 16063, 16008, 15949, 15892, 40751, 40542, 40705, 40584, 40628, 40669, 40789), la méthode de calcul des réductions de prix, en avant-vente, sur différentes lignes de produits, en particulier les services de réseaux managés (les offres « Equant IP VPN » dans les versions n° 9 à 19 ainsi que les offres « Business VPN » à partir de la version n° 12, concomitamment à l'introduction de cette nouvelle gamme d'offres à partir de 2008).
224. Ce document constitue un document de référence interne à destination des forces de vente qui ne peuvent y déroger de leur propre initiative. Il est en effet précisé que « *l'objectif de ce document est de fournir des consignes très cadrées de marges de manœuvre auprès des directeurs des agences entreprises* » qui « *n'avaient pas le droit de faire autre chose d'autre que ce qui était inscrit dans ce document* » et qui « *avaient une responsabilité particulière pour le faire appliquer* » (cote 38897).
225. Les différentes versions de ce document exposent les principes qui guident la méthode de calcul des réductions de prix en avant-vente pour les services de réseaux managés (cotes 16069, 16014, 15957, 15900, 40758, 40550, 40713, 40591, 40631, 40671, 40793), méthode

² la version numéro 8 du document en date du 01/03/2006 (cotes 29607 à 29680) ; la version numéro 9 du document en date du 15/07/2006 (cotes 29548 à 29606) ; la version numéro 10 du document en date du 01/01/2007 (cotes 29493 à 29547) ; la version numéro 11 du document en date du 01/09/2007 (cotes 29434 à 29492) ; la version numéro 12 du document en date du 16/07/2008 (cotes 29377 à 29433) ; la version numéro 13 du document en date du 17/02/2010 (cotes 40751 à 40788) ; la version numéro 14 du document en date du 15/02/2011 (cotes 40542 à 40583) ; la version numéro 15 du document en date du 16/06/2011 (cotes 40705 à 40747) ; la version numéro 16 du document en date du 04/10/2011 (cotes 40584 à 40627) ; la version numéro 17 du document en date du 01/04/2012 (cotes 40628 à 40665) ; la version numéro 18 du document en date du 01/09/2012 (cotes 40669 à 40704) et la version numéro 19 du document en date du 01/06/2013 (cotes 40789 à 40841).

qui « est basée sur des critères objectifs caractéristiques de l'affaire traitée. Elle s'applique donc sur les services éligibles à la réduction de prix et vendus dans le cadre d'un contrat (ou d'un contrat cadre et ses contrats d'adhésion) d'une durée minimum de 3 ans ». Il est en outre précisé que « le niveau du prix réduit pour un service donné est toujours borné par le prix plancher de ce service [PP] », ce prix plancher étant défini comme le « prix en dessous duquel les forces de vente n'ont pas le droit de vendre le service ». Cependant, comme l'explique un ancien responsable d'Orange, « si les forces de vente souhaitaient faire des propositions commerciales allant en deçà des niveaux de prix indiqués dans le document, elles devaient revenir vers notre entité pour regarder avec nous s'il était possible d'aller plus bas » (cote 42025).

226. Le document de référence détermine trois types de prix que sont, d'une part, « le prix catalogue » ou prix « durée indéterminée » (il s'agit du prix applicable pour un contrat ne comportant pas d'engagement de durée minimum de trois ans), d'autre part, « le prix 3 ans » (ce prix applicable pour un contrat d'une durée minimum de trois ans constitue donc une première réduction de prix par rapport au prix catalogue) et, enfin, « le prix plancher » tel que défini précédemment (cotes 16069, 16014, 15957, 15900, 40758, 40550, 40713, 40591, 40631, 40671 et 40793).

Les critères de réduction

227. Le document expose qu'un client pourra cumuler des réductions complémentaires sur la base du « prix 3 ans » en fonction de trois critères relatifs, d'une part, au nombre de sites, d'autre part, à la durée du contrat allant au-delà de trois ans et, enfin, à la souscription éventuelle de services qualifiés de « stratégiques » par Orange.
228. En ce qui concerne le premier critère, il apparaît, dans toutes les versions du document de référence, que le client peut bénéficier d'une réduction de prix supplémentaire sur le « prix 3 ans » en fonction du « nombre de sites que le client s'engage à commander à 95 % dans un délai d'un an après la signature du contrat (ou d'un contrat cadre et ses contrats d'adhésion) d'une durée minimum de 3 ans » (cotes 16071, 16016, 15959, 40760, 40551, 40714, 40592, 40632, 40672, 40794).
229. Cette réduction de prix se calcule selon une grille qui a connu l'évolution suivante :

Pour les versions 9, 10, 11 et 12 du document		À partir de la 13^{ème} version du document	
Nombre de sites	Taux de réduction	Nombre de sites	Taux de réduction
1 à 4	0 %	3 à 15	10 %
5 à 10	5 %	16 à 40	15 %
11 à 40	10 %	41 à 80	PP
> à 40	15 %	> 80	PP

230. À partir de la 17^e version du document, il convient de noter que la grille présentant le taux de réduction en fonction du nombre de sites était complétée par la mention suivante : « selon le contexte de l'affaire, le Directeur de l'Agence Entreprise pourra à titre exceptionnel déroger

à ces critères et appliquer les prix planchers quel que soit le nombre de sites » (cotes 40632, 40672, 40794).

231. Dans le cadre de l'instruction, un ancien responsable d'Orange a présenté ce type de remise au volume de la manière suivante (cote 42027) : *« En ce qui concerne la remise portant sur le nombre de sites, il y a plusieurs logiques. La première est financière. L'élaboration et la commercialisation de ce type de services entraînent un certain nombre de coûts fixes qu'il convient de répartir sur le plus grand nombre de sites possibles. Ensuite la logique commerciale vise à démarcher et à garder les clients ayant les réseaux les plus importants. Le client a dans ce cadre un intérêt, celui de confier l'ensemble de ces sites à OBS, puisqu'en retour il bénéficie d'une réduction de prix. Les taux de réduction étaient importants (jusqu'à 15 % sur la remise au volume), néanmoins nous étions capables d'aller plus loin pour les clients les plus importants ».*
232. En ce qui concerne le second critère relatif à la durée du contrat, des remises pour les contrats supérieurs à trois ans peuvent être consenties dans les versions n° 9 à 12 du document de référence. Suivant ce document (cotes 16071, 16016 et 15959), un client qui s'engage pour quatre ans bénéficiera d'une réduction supplémentaire de 2 % sur le « *prix contrat 3 ans* », celui qui s'engage pour une durée de cinq ans bénéficiera d'une réduction supplémentaire de 4 % sur le « *prix contrat 3 ans* », et ainsi de suite.
233. Un ancien responsable d'Orange a présenté cette remise de la manière suivante (cote 42027) : *« Pour la remise à la durée, il s'agit plutôt de la mise en œuvre d'une logique commerciale standard, qui vise à éviter que les forces commerciales soient amenées à renégocier chaque année les contrats et donc de répartir de manière plus optimale ses forces et ses budgets de commercialisations. La détermination des pourcentages de remise au volume n'a pas fait l'objet d'une analyse approfondie ni d'étude spécifique mais ne semble pas exagérée au vu des marges dégagées sur ces lignes de produits (plus de 50 % de marge brute en 2006 de mémoire) ».*
234. En ce qui concerne enfin le critère relatif à la souscription d'un service stratégique, le document de référence prévoit dans ses versions n° 9, 10, 11 et 12 que *« la vente à un client d'un service figurant dans la liste des services stratégiques donne droit à une réduction de prix supplémentaire de 1 % sur les prix contrat 3 ans »* (cotes 16072, 16018, 15961 et 15903).

ii) L'application d'une condition d'exclusivité à ces remises

235. À partir de la 9^e version du document intitulé *« référentiel de prix et méthode de calcul des réductions de prix en avant-vente »*, une consigne de dérogation à la mise en œuvre des remises tarifaires précitées a été introduite pour les *« cas des réseaux partagés avec un opérateur tiers »*. Cette consigne apparaît systématiquement jusqu'à la 19^e version (cotes 16070, 16015, 15958, 15901, 40759, 40552, 40715, 40593, 40633, 40673 et 40795) et est étendue à partir de la 12^e version aux clients des offres « Business VPN ».
236. La consigne est formulée de manière identique de la 9^{ème} à la 19^{ème} version du document (cotes 16070, 16015, 15958, 15901, 40759, 40552, 40715, 40593, 40633, 40673, 40795). En cas de partage de ses sites entre Orange et un autre opérateur, le client se voit appliquer *« le prix catalogue »* ou prix *« durée indéterminée »*, qui constitue le prix maximum prévu par le document tarifaire de référence. L'entreprise ne peut donc pas bénéficier du *« prix contrat 3 ans »* applicable à un contrat d'une durée minimum de trois ans. Elle ne peut pas non plus obtenir les remises supplémentaires sur le *« prix 3 ans »*, quand bien même elle répondrait aux

critères de réduction de prix (en fonction du nombre de sites, du nombre d'années d'engagement au-delà de 3 ans et du type de services souscrits).

237. Orange souhaite éviter par ces dispositions que les entreprises clientes d'offres VPN minimisent leurs coûts en bénéficiant, d'un côté, de ses tarifs péréqués dans les zones non éligibles aux offres xDSL et, de l'autre côté, des tarifs plus concurrentiels pratiqués par les opérateurs tiers dans les zones éligibles aux offres xDSL. Les différentes versions du document de référence énoncent sur ce point « *en souscrivant des accès Equant IP VPN [et Business VPN à partir de la 12^e version du document] sur des zones non éligibles au xDSL et en confiant ses sites éligibles à un autre opérateur, un client peut tirer profit de notre stratégie de péréquation tarifaire [...]. Il convient d'éviter que ces approches ne bénéficient de conditions tarifaires encore plus favorables* » (cotes 16070, 16015, 15958, 15901, 40759, 40552, 40715, 40593, 40633, 40673, 40795). Orange souhaite, en effet, éviter que la mise en œuvre de cette stratégie de diversification de la part de ces clients conduise à « *réduire considérablement [ses] marges* » (cotes 40673). Cette consigne doit avoir un « *effet dissuasif* » en incitant les clients à confier l'ensemble de ses sites à Orange pour bénéficier des remises, particulièrement lorsqu'ils disposent d'un nombre significatif de sites en zones non éligibles aux offres xDSL (cote 39008).

c) Conclusion

238. Il résulte de ce qui précède qu'Orange a, dans le cadre du document intitulé « *référentiel de prix et méthode de calcul des réductions de prix en avant-vente* », dans ses versions n° 9 à 19, appliqué une consigne à destination de ses forces de vente visant à utiliser, sans aucune réduction possible, le prix catalogue ou prix « *durée indéterminée* » (défini comme le prix de base applicable à un contrat de moins de 3 ans) applicable aux offres « Equant IP VPN » et « Business VPN » dès lors qu'une entreprise cliente commanderait à un opérateur tiers une partie des accès concernant les sites de son réseau VPN, quand bien même les conditions de son engagement en termes de durée et de quantité auprès d'Orange satisferaient aux critères d'attribution des remises définies dans son document de référence.

5. LA POLITIQUE TARIFAIRE D'ORANGE

a) Les études économiques produites par les saisissantes

i) Les informations produites par Bouygues Telecom

239. Avant son désistement, Bouygues Telecom a produit une étude économique intitulée « *tests de prédation sur différents appels d'offres publics et privés* » (cotes 11421 à 11454) afin d'établir des pratiques de prix prédateurs de la part d'Orange. L'entreprise y relève 51 cas d'appels d'offres publics et privés qui lui semblent particulièrement significatifs. Selon elle, sur les 51 appels d'offres étudiés, « *l'opérateur Orange (...) n'a jamais couvert ses coûts moyens incrémentaux* » et « *n'a de surcroît pas couvert ses coûts moyens évitables pour 38 d'entre eux* » (cote 11435). Ces différents cas sont résumés dans des tableaux figurant au dossier (cotes 13413, 13415 et 11434 à 11435) et font l'objet d'une analyse détaillée de la part de Bouygues Telecom (cotes 11455 à 13309).
240. L'entreprise conclut au terme de son analyse qu'« (...) *en se basant sur les coûts évitables, pour 20 cas de marchés publics (en branche aval) les tests de prédation sont positifs (...)* » et que « *les 51 cas étudiés par le Cabinet d'études économiques TERA Consultants illustrent*

qu'OBS pratique des prix prédateurs sur le marché des offres personnalisées de services de communications mobiles à destination de la clientèle non résidentielle ».

241. Bouygues Telecom relève par ailleurs que *« le but de la société Orange France en position dominante sur le marché des offres tarifaires personnalisées de communications destinées à la clientèle non résidentielle est clairement de pousser ses concurrents à ne plus soumissionner à certains marchés. Une fois ses concurrents évincés, la société Orange France est ensuite en mesure d'augmenter ses prix afin de récupérer les pertes supportées durant la période où elle pratiquait des prix prédateurs »* (cote 13416).
242. Il convient de noter que le test de prédation, qui consiste à comparer les coûts et les revenus des offres tarifaires personnalisées de service mobile de plusieurs appels d'offres remportés par Orange, a été réalisé sur le marché de détail, ce qui implique que *« ne sont pas pris en compte les revenus liés aux appels entrants »*, c'est-à-dire les revenus générés par les appels passés depuis un terminal d'un autre opérateur à destination d'un terminal d'un abonné d'Orange (cote 11451). En outre, les coûts étudiés ne correspondent pas nécessairement à ceux d'un opérateur efficace puisqu'il s'agit des coûts de Bouygues Telecom, qui pourrait se révéler moins efficace qu'Orange notamment. Il en résulte que le test de Bouygues Telecom tend à sous-estimer les revenus et, potentiellement, à surestimer les coûts d'Orange, ce qui conduit à un risque de conclure à tort à l'existence de prix prédateurs.

ii) Les informations produites par SFR

243. De la même manière, SFR considère dans sa saisine qu'*« Orange a abusé de sa position dominante en pratiquant des prix prédateurs »* (10/0075 F cote 262).
244. La saisissante s'est appuyée sur une étude économique présentant des tests de coûts concernant quatre cas d'appels d'offres publics et privés qui lui paraissaient particulièrement significatifs (10/0075 F cote 262) et dont l'analyse se trouve détaillée en annexe de sa saisine (10/0075 F cotes 103 à 128 et 326 à 334).
245. SFR conclut au terme de son analyse qu'*« il apparaît que pour les quatre appels d'offres examinés, les offres d'Orange sont toutes clairement prédatrices. Elles le seraient très certainement encore plus si l'ensemble des tests avait été mené avec les réponses d'Orange »*.
246. L'entreprise indique par ailleurs que *« la stratégie commerciale d'Orange qui met à l'épreuve la capacité de résistance financière de ses concurrents sur le marché de la téléphonie mobile à destination des professionnels, ne procède pas [selon elle] d'une concurrence par les mérites »* (10/0075 F cote 272).
247. Il convient de noter que l'étude produite par SFR propose trois scénarios de tests de prédation dont l'un (le scénario 1) tient compte du revenu des appels entrants et calcule le coût des appels *on net* sur la base des coûts incrémentaux. Toutefois, les coûts étudiés ne correspondent pas nécessairement à ceux d'un opérateur efficace puisqu'il s'agit des coûts de SFR, qui pourrait se révéler moins efficace qu'Orange notamment. Ensuite, si SFR dispose d'informations détaillées sur la proposition commerciale d'Orange pour un appel d'offres, il n'en va pas de même pour les autres appels d'offres étudiés pour lesquels le prix calculé correspond non pas à celui de l'offre d'Orange mais à celui de l'offre de SFR. Enfin, SFR a considéré que les coûts d'acquisition des clients devaient être amortis sur la durée du contrat et non sur la durée probable de la relation économique, généralement plus longue.

iii) Conclusion

248. Il résulte de ce qui précède que les tests présentés respectivement par Bouygues Telecom et de SFR, ne peuvent conduire à conclure à l'existence de prix prédateurs.

b) Les éléments résultant de l'instruction

i) Recherche d'éléments matériels

Les comptes d'exploitations présentés par Orange

249. Pour chaque offre mobile non résidentielle, Orange procède au préalable, sur la base de comptes d'exploitation prévisionnels, à une analyse de rentabilité visant à s'assurer que l'opérateur couvre bien ses coûts. Lors de son audition du 9 octobre 2013, le responsable du pôle « value and base management » au sein de l'unité d'affaires « Mobile Entreprises » d'Orange, a précisé les modalités de cette analyse en indiquant que « *sur les offres catalogue, (...) nous avons globalement un premium raisonnable (...). Nous veillons à ce que la marge sur coût complet (à partir de prix nets de remises) soit toujours positive, ce qui ne pose pas de problème par rapport aux offres catalogues. (...) S'agissant des offres sur mesure (OSM), nous avons un process de validation, qui est fondé sur un outil de compte d'exploitation (CEP). Les commerciaux discutent sur le terrain avec les grands comptes (GC) pour faire une OSM. Les Ingénieurs d'affaires (IA) rentrent les prix dans les CEP, qui déterminent les planchers de prix en-deçà desquels les IA ne peuvent descendre. Il existe un processus d'escalade pour la validation, si les marges ne sont pas suffisamment élevées. Mon rôle est de regarder qu'on reste raisonnable et de toute façon positifs dans tous les cas. Dans les cas les plus limites, les affaires passent en Comité OSM (COOSM), qui se prononce sur la validation des affaires remontées et s'assurent que les offres restent positives. Il arrive en effet que les « EBITDA » (notion interne d'Orange qui n'est pas en rapport avec la définition exacte de l'Ebitda) soient inférieurs à 8 %, mais toujours positifs. (...) On appliquait à l'époque les coûts complets pour les cas de fidélisation et des coûts situés entre les coûts incrémentaux et les coûts complets pour les cas de winback. Les coûts sont calculés sur la base d'hypothèses d'usage prévisionnel, qui sont demandées pour les années qui viennent (...). Par défaut, nous nous assurons de couvrir les coûts complets ou les coûts mixtes (moitié complets, moitié incrémentaux) sur les grosses flottes. Par défaut, on applique le coût complet. (...) Si cela s'avère nécessaire et justifié, on peut prendre des coûts incrémentaux sur certains postes de coûts. (...) Les CEP comprennent également un pré-test réglementaire, fondé sur les coûts réglementaires » (cotes 38849 à 38851).*

250. Les comptes d'exploitation prévisionnels utilisés et calculés par Orange, s'ils ne constituent pas un test de prédation *stricto sensu*, sont un outil de pilotage qui se fonde sur les coûts (complets et incrémentaux), ainsi que sur les revenus d'Orange. Les coûts pris en compte dans ces comptes prévisionnels sont par ailleurs surestimés par rapport aux coûts réels dans la mesure où ils ne prennent pas en compte la baisse des coûts dans le temps.

Analyse des principaux cas relevés par Bouygues Telecom et SFR

251. Orange a produit les comptes d'exploitation prévisionnels correspondant aux principaux cas soulevés dans les saisines de Bouygues Telecom et de SFR (cotes 39519 à 39520 ; 39545 à 39556 et 41187 à 41189).

252. Sur la base des comptes d'exploitation prévisionnels fournis par Orange, il y a lieu de constater que les appels d'offres les plus significatifs visés par Bouygues Telecom et de SFR

présentent tous une marge opérationnelle positive. Par ailleurs, il n'apparaît pas que ces comptes d'exploitation prévisionnels présenteraient des anomalies ou erreurs matérielles susceptibles d'affecter de manière significative les résultats présentés par Orange.

ii) Recherche d'éléments intentionnels

253. Au surplus, les éléments de l'instruction ne permettent pas de conclure à l'existence d'un plan visant à exclure ses concurrents du marché.
254. En premier lieu, Orange a mis en place des procédures et une organisation interne qui vise à s'assurer de la couverture des coûts et qui encadre de manière stricte les marges de manœuvre dont disposent à la fois les commerciaux et les ingénieurs d'affaires lorsqu'ils élaborent des offres sur mesure. Selon le niveau de remise consenti, le processus de validation suit un processus d'escalade résumé dans les documents internes saisi chez Orange portant sur l'organisation des ventes en agence entreprise (cotes 21588, 21608, 24360, 36963 à 36980). En outre, il apparaît que, lorsque des erreurs ont été commises dans l'élaboration des comptes d'exploitation prévisionnels, ces dernières font l'objet de mesures d'ajustement et de correction rapides. A titre d'exemple, dans le cas « PME Centrale - Serpol » soulevé à la fois par Bouygues Telecom et SFR, Orange a pris conscience *a posteriori* les difficultés soulevées par ce contrat et a cherché à le résilier, compte tenu notamment « *des risques réglementaires et juridiques (reproductibilité des conditions à toute société répondant aux critères définis pour PME Centrale, (...))* » posés par ce contrat (cotes 21132 à 21133). S'agissant du cas relatif aux hospices civils de Lyon, des documents internes à Orange signalent qu'une erreur aurait été faite sur la réponse à l'appel d'offres conduisant à une offre pouvant sembler déficitaire, mais qui resterait en réalité profitable (cotes 41152 à 41153). Enfin, lorsqu'en juillet 2010, Orange s'est aperçu d'une erreur de modélisation pouvant affecter l'outil de compte d'exploitation prévisionnel, les dirigeants ont incité les divers responsables en charge de l'élaboration et de la commercialisation des offres « *à la plus grande prudence pour les affaires actuellement en cours* » et de « *mettre en place (...) un plan d'action* » ayant pour objectif « *d'implémenter dès que possible un premier correctif du calcul de CA entrant et de l'EBITDA* » (cotes 38860 à 38875).
255. En second lieu, il convient de relever que, au vu des pièces de l'instruction, Orange ne souhaitait pas se lancer dans une guerre des prix avec ses deux principaux concurrents. Le document intitulé « *stratégie commerciale sur les groupements d'achat et politique tarifaire associée* » (cotes 18139 et 33497 à 33512) indique notamment que « *les scénarii budgétaires sont construits sur des ARPU stables sur l'entrée de marché, sans guerre des prix* » et que « *l'objectif est au contraire de diminuer les volumes sur le haut de marché pour limiter la guerre des prix et la contagion sur le milieu de marché (encore moins sur l'entrée de marché)* » (cote 18145). Un autre document destiné à la Division agence entreprises, daté de 2011 (cotes 32896 à 32923), indique qu'un des objectifs de la nouvelle gamme de produits proposée par Orange est de « *proposer des prix compétitifs par rapport à nos concurrents directs sans entrer dans une guerre de prix* » (cote 17549). Enfin, dans un courriel du 29 avril 2010 (cotes 19746, 41861, 19748, 41865), le directeur entreprises France d'Orange souligne qu'« *un enjeu clé du core business est la limitation de l'érosion de la valeur sur les marchés historiques. Ainsi, la maîtrise des marges sur le mobile (limiter les baisses successives à chaque renégociation de contrat, ne pas entrer dans une guerre des prix intense avec la concurrence...) ainsi que sur la data (...) sera le levier principal du maintien des revenus pour DCE* ».

iii) Les scénarios de prédation avancés par Bouygues Telecom et SFR

256. La pratique de prédation alléguée par Bouygues Telecom et SFR, loin d'être généralisée, ne pourrait se concentrer que sur un nombre limité de cas. Bouygues Télécom indique en effet que « *les résultats pour le début de l'année 2010 confirment qu'encore aujourd'hui la société Bouygues Telecom perd régulièrement des appels d'offres face au dominant Orange France, dont le taux de succès avoisine les 55 % (contre un taux de seulement 20 % pour Bouygues Telecom).* » (cote 13391). Ce taux de succès avancé par Bouygues Telecom indique à tout le moins qu'Orange ne pratique pas de tarifs ayant évincé ses concurrents pour au moins 45 % des appels d'offres. En outre, l'étude économique soumise par SFR n'entend démontrer l'existence de prix prédateurs que sur quatre appels d'offres. Parmi ces quatre appels d'offres, seuls deux auraient fait l'objet d'une tarification inférieure au coût dans le scénario central étudié par SFR.
257. Le scénario de prédation par réputation présenté par Bouygues Telecom dans son étude économique (cotes 11435 à 11443) est peu étayé. D'une part, il paraît difficile de se créer une réputation d'agressivité auprès des concurrents si un tel comportement n'est observé que sur quelques cas ponctuels. D'autre part, les concurrents ne semblent pas s'abstenir de répondre à des appels d'offres en présence d'Orange, en dépit du risque de ne pas couvrir les frais de soumission de l'offre.
258. En ce qui concerne, ensuite, le scénario consistant pour Orange à pratiquer des prix prédateurs sur les marchés mobiles pour protéger sa marge et ses parts de marché sur les marchés fixes, celui-ci impliquerait que les entreprises et les administrations qui lancent des appels d'offres fixes et mobiles attribuent le contrat de téléphonie mobile sans tenir compte des implications sur le contrat de téléphonie fixe. Cette hypothèse, si elle est souvent retenue concernant le marché de détail résidentiel, semble inadaptée sur le marché non résidentiel, en particulier s'agissant des grands comptes qui ont souvent des fonctions d'achat spécialisées dont le but est d'analyser et de comparer de manière rationnelle les différentes offres proposées en tenant compte à la fois des prix proposés sur les marchés fixes et mobiles.

c) Conclusion

259. Si la politique tarifaire pratiquée par Orange sur le marché mobile non résidentiel au travers de l'octroi de différentes remises peut dans certains cas sembler agressive, notamment sur certains appels d'offres, il ne résulte pas de l'instruction qu'Orange pratiquerait des prix ne couvrant pas ses coûts variables moyens. D'autre part, dans les cas où les prix pratiqués par Orange peuvent se révéler inférieurs à ses coûts totaux moyens, aucun élément d'intentionnalité visant à éliminer ses concurrents n'est mis en évidence par les pièces du dossier.

C. LES GRIEFS NOTIFIÉS

260. Par courrier en date du 6 mars 2015, la rapporteure générale de l'Autorité a notifié les quatre griefs suivants à la société Orange :

Grief n° 1

« Il est fait grief à la société Orange SA, d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des offres de gros d'accès à la boucle locale, en accédant, à travers les entités

d'Orange Business Services chargées de la commercialisation de services de communications électroniques auprès des grandes entreprises (la Direction grands comptes) et des moyennes entreprises (les Agences entreprises), à un périmètre d'informations issues de la gestion de la boucle locale cuivre dont ne bénéficient pas les opérateurs tiers de manière comparable et, ceci, selon des processus différenciés lui assurant un avantage compétitif indu.

Cette pratique est susceptible d'avoir un effet sur le marché des services de communications électroniques fixes à destination de la clientèle non résidentielle, en particulier sur le segment de marché des grands comptes et sur le segment de marché des entreprises en dehors du bas de marché. D'une part, en permettant à la DGC et aux Agences Entreprises de bénéficier dans le cadre de leur activité commerciale d'informations issues de la boucle locale cuivre plus complètes et de manière plus rapide, cette pratique est susceptible de protéger ou de renforcer artificiellement la position particulière d'Orange sur le marché en instaurant les bases d'une concurrence non fondée sur les mérites. D'autre part, en ne faisant pas bénéficier la communauté des opérateurs d'informations et de processus comparables, Orange contraint au moins potentiellement les opérateurs tiers dans leur conquête de clientèle et dans leur relation commerciale. La pratique est à cet égard également susceptible d'élever des barrières à l'entrée sur ce marché et, à tous le moins, susceptible de conduire à une régression de l'intensité concurrentielle sur le marché de détail.

Cette pratique, qui contrevient aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE, a été mise en œuvre, s'agissant de la Direction des grands comptes, à partir du mois de janvier 2003 et, s'agissant des Agences Entreprises, à partir de 2008. Elle est dans les deux cas encore en cours aujourd'hui. »

Grief n° 2

« Il est fait grief à la société Orange SA, d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des services de communications électroniques mobiles à destination de la clientèle non résidentielle en mettant en œuvre, à travers son programme « Changez de mobile », une pratique de fidélisation qui ne relève pas de l'exercice d'une concurrence fondée sur les mérites. Cette pratique, qui ne permettait pas à un client d'Orange, sauf à perdre la contre-valeur des points de fidélité acquis dans le cadre du programme, d'utiliser ces points que dans le cadre d'un réengagement, a non seulement constitué un instrument de base de la politique de fidélisation appliquée en métropole par Orange auprès de l'ensemble des segments de la clientèle non résidentielle, mais a aussi servi d'instrument de fidélisation plus ciblée en fonction du contexte concurrentiel, comme à l'occasion du lancement du nouveau processus de portabilité des numéros mobiles en mai 2007.

Cette pratique a été susceptible d'avoir des effets sur le marché précité. D'abord, elle était susceptible de cristalliser les parts de marché d'Orange en dissuadant le consommateur de faire jouer la concurrence au seul moment où cela lui était possible, c'est-à-dire au terme de sa période d'engagement. Cette pratique était également susceptible, en réduisant le nombre de clients potentiels, de créer artificiellement une barrière à l'entrée pour tout nouvel entrant souhaitant pénétrer le marché considéré et, à tout le moins, à conduire à une régression de l'intensité concurrentielle sur ce marché.

Cette pratique, qui contrevient aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE, a été mise en œuvre à partir du mois de décembre 2002 jusqu'au début du mois de février 2010. »

Grief n° 3

« Il est fait grief à la société Orange SA, d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché mobile non résidentiel en ayant mis en place un système de remises fidélisantes particulièrement élaboré qui consiste :

- d'une part, par la remise privilège, à engager le client dans des durées longues et à créer des barrières artificielles à la sortie, au travers notamment d'un mécanisme de réengagement par tacite reconduction ;*
- d'autre part, par un ensemble de remises additionnelles et complémentaires, à inciter le client à confier à Orange la quasi-totalité de ses lignes et de sa consommation.*

Cette pratique est susceptible d'avoir un effet sur le marché de détail des services de communications électroniques mobile à destination de la clientèle non résidentielle.

En renchérissant artificiellement les coûts de changement d'opérateur, notamment les coûts de sortie, en enfermant le client dans la durée et en le contraignant au travers d'engagements de volume ou de consommation minimale, cette pratique est susceptible de verrouiller le marché adressable et de protéger artificiellement la position d'Orange SA sur le marché de détail des services de communications électroniques mobile à destination de la clientèle non résidentielle en instaurant les bases d'une concurrence non fondée sur les mérites.

Cette pratique, qui contrevient aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE, a été mise en œuvre à compter du mois d'avril 2003 et est encore en cours aujourd'hui. »

Grief n° 4

« Il est fait grief à la société Orange SA, d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché de détail de l'interconnexion de sites à destination de la clientèle entreprise en mettant un œuvre, à l'occasion de la commercialisation de ses offres Equant IPVPN et Business VPN, un système de rabais d'exclusivité consistant à appliquer à ses clients différentes remises liées à leurs modalités d'engagement en termes de durée et de volume à la condition qu'ils ne s'approvisionnent pas sur ce marché auprès d'opérateurs tiers.

Cette pratique a eu, par sa nature même, la capacité de restreindre la concurrence tant au vu de sa capacité à lier les clients qu'au vu de sa capacité à évincer les concurrents. Il apparaît également, à titre surabondant, que cette pratique a été de nature à produire des effets dans le cadre d'une analyse des circonstances de l'espèce.

Cette pratique, qui contrevient aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE, a été mise en œuvre à partir du 15 juillet 2006 et est encore appliquée aujourd'hui. »

D. LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE DE NON-CONTESTATION DE GRIEFS

261. Aux termes du III de l'article L. 464-2 du code de commerce *« lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation (...) ».*

262. Orange, destinataire de la notification de griefs, a sollicité le bénéfice des dispositions du III de l'article L. 464-2 du code de commerce. La mise en œuvre de ces dispositions a donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal signé le 6 novembre 2015 par le représentant d'Orange et la rapporteure générale.
263. Pour tenir compte de la non-contestation des griefs, qui permet des gains procéduraux pour l'Autorité en termes de rédaction et de défense de la décision et qui constitue le gage d'un rétablissement rapide d'une situation concurrentielle saine sur le marché, la rapporteure générale, conformément à la pratique suivie dans les décisions n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 et n° 07-D-33 du 15 octobre 2007, s'est engagée à proposer que la sanction pécuniaire le cas échéant encourue par Orange n'excède pas trois cent cinquante millions d'euros. Cette démarche, mise en œuvre dans le respect des dispositions en vigueur en l'espèce, s'inspire également de l'esprit de la prochaine procédure de transaction, créée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, qui sera applicable aux affaires dans lesquelles les griefs ont été notifiés après la publication de cette loi. Cette procédure permettra en effet au rapporteur général, sur la base d'un accord avec l'entreprise mise en cause qui renonce à contester les griefs, de proposer le prononcé d'une sanction pécuniaire dans les limites d'un montant minimal et d'un montant maximal.
264. Au vu des griefs notifiés, du contexte de la demande de non-contestation de griefs, des avantages qui en résultent, de l'effet dissuasif attendu de la sanction et de l'effet correctif permis par les injonctions qui l'accompagnent, la proposition de la rapporteure générale est exempte d'erreur manifeste d'appréciation. Eu égard à sa teneur, elle justifie, dans les circonstances de l'espèce, que l'Autorité s'écarte du communiqué relatif à la non-contestation de griefs et du communiqué relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires.

III. Discussion

A. SUR LES CONSEQUENCES DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA PROCÉDURE DE NON-CONTESTATION DE GRIEFS

1. LES PRINCIPES

265. L'organisme ou l'entreprise qui choisit de solliciter le bénéfice de la mise en œuvre du III de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2015-990 précitée applicable en l'espèce, doit respecter les conditions imposées à cet égard, en ne contestant pas la réalité des griefs qui lui ont été notifiés.
266. L'intéressé doit ainsi renoncer à contester, non seulement la réalité de l'ensemble des pratiques visées par la notification des griefs, mais également la qualification qui en a été donnée au regard des dispositions du droit de l'Union et du code de commerce, ainsi que sa responsabilité dans la mise en œuvre de ces pratiques (voir, en ce sens, arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2012, Lacroix Signalisation e.a., n° 2011/01228, p. 23). Cette renonciation doit, sur l'ensemble de ces points, être expresse, complète et dépourvue d'ambiguïté (décisions n° 04-D-42 du 4 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre du marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier, paragraphe 15, n° 06-D-09 du 11 avril 2006 relative à des pratiques mises en œuvre dans le

secteur de la fabrication des portes, paragraphe 303, et n° 12-D-06 du 26 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon, paragraphe 149 ; voir également, en ce sens, décisions n° 10-D-39 du 22 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la signalisation routière verticale, paragraphes 226, 228 et 425, et n° 11-D-07 du 24 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des travaux de peinture d'infrastructures métalliques, paragraphe 113).

267. Une telle renonciation à contester les griefs suffit pour permettre à l'Autorité de considérer que l'ensemble des infractions en cause sont établies à l'égard des parties qui ont fait ce choix procédural (voir, en ce sens, arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 janvier 2010, Adecco France e.a., n° 2009/03532, p. 10, et, sur pourvoi, arrêt de la Cour de cassation du 29 mars 2011, Manpower France e.a., n° 10-12.913 ; voir également décisions n° 04-D-42, précitée, paragraphe 12, n° 11-D-07, précitée, paragraphe 113, et n° 12-D-06, précitée, paragraphe 151).

2. APPLICATION AU CAS D'ESPECE

268. Par un procès-verbal signé le 6 novembre 2014, Orange s'est engagée à ne pas contester les griefs qui lui ont été notifiés en l'espèce. En conséquence, les griefs exposés au paragraphe 260 de la présente décision et relatifs aux pratiques décrites aux paragraphes 61 à 238 sont établis à l'égard d'Orange.
269. Il est néanmoins loisible à l'Autorité, lorsqu'elle l'estime nécessaire, d'explicitier un point de droit, notamment lorsqu'il porte sur une question nouvelle susceptible de se poser dans d'autres affaires. Tel est le cas, s'agissant des griefs n° 2 et 3, de la question de l'existence d'un marché pertinent des services de communications électroniques mobiles à destination de la clientèle non résidentielle, distinct de celui de la clientèle résidentielle, et de la position d'Orange sur ce marché.

a) Sur l'existence d'un marché des services de communications mobiles à destination de la clientèle non résidentielle

La notion de marché pertinent

270. Dans sa communication n° 97/C 372/03 du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause, la Commission européenne a rappelé que le marché de produits « *comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés* ».
271. Suivant la même approche, l'Autorité a rappelé que « *le marché est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande de produits ou de services spécifiques, considérés par les acheteurs ou les utilisateurs comme substituables entre eux, mais non substituables aux autres biens et services offerts* » (voir, par exemple, la décision n° 13-D-21 du 18 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché français de la buprénorphine haut dosage commercialisée en ville, paragraphe 319).
272. Ainsi, en droit de la concurrence, « *le marché pertinent est une réalité économique qui préexiste à la décision qui le définit* » (arrêt du 27 juin 2011 de la cour d'appel de Paris, n° 2010/08945). Aussi, l'existence ou l'absence de marché pertinent ne saurait découler de

décisions antérieures mais résulte de la mise en œuvre, dans chaque cas d'espèce, d'une analyse économique qui n'est pas figée, reposant principalement sur le critère de substituabilité des produits et services du point de vue de la demande.

La pratique décisionnelle passée

273. Dès 2002, le Conseil a relevé les spécificités des offres mobiles destinées aux professionnels et réservé expressément la possibilité d'une segmentation plus fine du marché entre la clientèle résidentielle et non résidentielle (décision n° 02-D-69 du 26 novembre 2002, relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Telecom, l'union fédérale des consommateurs Que choisir et la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie, paragraphe 7). Décrivant les offres « pro », il note que « *les entreprises et les professionnels peuvent bénéficier d'un abonnement simple, d'un rabais, en fonction de la taille de la flotte, portant sur le prix de forfaits individuels, ou encore d'un forfait global utilisable par l'ensemble des usagers de l'entreprise. En outre, il existe des offres dites de convergence, groupant des fonctionnalités de téléphonie fixe et mobile. Enfin, un client grand public ne peut souscrire une offre entreprise* ».
274. En matière de fourniture d'accès à internet, le Conseil a déjà eu l'occasion de préciser que l'existence d'offres standards à destination des professionnels, distinctes de celles proposées à la clientèle résidentielle, ainsi que d'offres sur mesure pour les plus grands comptes, justifiait une segmentation plus fine des marchés concernés (décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à internet à haut débit, paragraphes 52 à 61).
275. L'Autorité a relevé, en 2009, à propos de pratiques mises en œuvre dans la zone Antille-Guyane entre 2000 et 2007, que le « *marché des services de téléphonie mobile* » « *pourrait être subdivisé en plusieurs marchés distincts selon que la clientèle adressée est résidentielle ou professionnelle* » tout en laissant la question ouverte au cas d'espèce dans la mesure où une telle segmentation n'apportait aucune information supplémentaire sur le pouvoir de marché de l'entreprise concernée et les effets sur la concurrence des pratiques (décision n° 09-D-36 du 9 décembre 2009, précitée, paragraphe 189).
276. Saisie de pratiques, mises en œuvre à partir de 2005, relatives notamment à des offres « grand public », l'Autorité a été conduite, en 2012, à retenir l'existence d'un marché pertinent des services de téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle, après une analyse détaillée de l'absence de substituabilité suffisante entre les offres destinées aux professionnels et les offres au grand public (décision n° 12-D-24 du 13 décembre 2012, précitée, paragraphes 366 à 373).
277. Elle a ultérieurement confirmé en tous points cette analyse, à propos de pratiques mises en œuvre outre-mer à partir de l'année 2000, en définissant un marché mobile de la clientèle résidentielle (décision n° 14-D-05 du 13 juin 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle à La Réunion et à Mayotte, paragraphes 121 à 124).
278. Finalement, l'existence d'un marché des services de téléphonie mobile à destination de la clientèle professionnelle a été récemment retenue par l'Autorité (décision n° 15-D-17 du 30 novembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la téléphonie mobile à destination de la clientèle non résidentielle à La Réunion et à Mayotte).

Délimitation du marché

279. Au cas présent, la question de la segmentation du marché de détail selon la nature, résidentielle ou professionnelle, de la clientèle, se pose compte tenu de la nature des offres mobiles visées par les griefs n° 2 et 3.
280. Comme l'indique l'avis de l'ARCEP, la demande exprimée par la clientèle professionnelle en matière de communications, fixes et mobiles, se distingue de celle de la clientèle résidentielle sur différents points, tels que les caractéristiques techniques et commerciales des produits et services demandés, leur prix et l'usage qu'en fait la clientèle non résidentielle.
281. Tout d'abord, la plupart des entreprises, quelle que soit leur taille, souhaitent un niveau de qualité de service plus élevé dans la mesure notamment où toute coupure de service peut avoir un impact direct sur leur chiffre d'affaires. En ce sens, la qualité des accès aux communications électroniques joue un rôle majeur pour la productivité et l'image de marque des entreprises. L'ARCEP souligne ainsi, dans son avis (p. 7), que « *la demande de qualité de service* » est « *un élément primordial pour la plupart des entreprises* » et que ces dernières « *ont un besoin accru en termes de qualité de service et sont disposées à payer plus cher que le grand public pour des garanties de prestations supérieures à celles proposées sur le marché du grand public* » (cote 25480).
282. En outre, la clientèle non résidentielle exprime des besoins spécifiques en matière de commande de lignes groupées et de gestion de parc (ou de gestion de flotte). Les entreprises doivent pouvoir centraliser la gestion d'un ensemble de lignes auprès d'un gestionnaire qui n'est pas lui-même l'utilisateur des lignes. Selon l'ARCEP (p. 7 de l'avis), ces besoins sont très spécifiques du marché non résidentiel et s'opposent à la demande unitaire résidentielle (cote 25479).
283. De plus et comme le relève l'ARCEP (p. 6 de l'avis), alors que les usages résidentiels sont très homogènes et bénéficient en conséquence d'un catalogue relativement restreint d'offres, « *les usages non résidentiels, à l'inverse très variés, dépendent fortement du nombre de salariés de l'entreprise et de son secteur d'activités ; ils requièrent de ce fait une offre large et complète permettant de personnaliser les solutions* » (cote 25479).
284. Il existe en outre des besoins spécifiques exprimés par la clientèle professionnelle en matière de communications mobiles. L'ARCEP relève qu'« *en téléphonie mobile, les besoins des entreprises vont des offres simples avec un interlocuteur unique et une gestion simplifiée, y compris pour la facturation et la relation client, à la gestion de flottes étendues avec des types de terminaux, d'options et de contrats différenciés, et des demandes de tarifs préférentiels pour les communications internes à la flotte de l'entreprise* ». L'autorité sectorielle souligne également que « *les usages des clients non résidentiels diffèrent de ceux des clients résidentiels par une place plus importante des communications vocales et la faible utilisation des SMS et des données comme moyen de communication. La consommation de données légèrement inférieure peut s'expliquer par une différence d'équipement en terminaux ou une utilisation plus axée sur l'envoi de mails. Plus précisément, le volume moyen de communications pour chaque ligne mobile non résidentielle est de 4h37 minutes, 41 SMS envoyés et de 63 mégaoctets de données, alors qu'un client « grand public » consomme un volume moyen de 2h10 de voix par mois, 220 SMS et 77 mégaoctets de données* » (p. 11 de l'avis) (cote 25484).
285. Pour répondre à ces besoins particuliers, les opérateurs de télécommunications proposent des offres et services spécifiques à destination de la clientèle professionnelle. Aux termes des

constatations faites par l'ARCEP dans l'avis qu'elle a rendu au cours de l'instruction, les opérateurs « ont développé des offres adaptées et différentes de celles adressant le grand public et utilisent des canaux de distribution distincts ». En matière de communications mobiles, ces offres consistent notamment en des « forfaits mobiles et options spécifiques : offres groupées, communications intra-flotte, forfaits ajustables, voix illimitée en journée, système de conférence téléphonique, système de gestion de flotte, inclusion d'appels internationaux, offres d'itinérance à des tarifs plus avantageux, transfert d'appel, système de messagerie sécurisée BlackBerry, accès en mobilité aux ressources du réseau interne de l'entreprise, renouvellement de terminal avec subvention partielle ou totale, gamme de terminaux professionnels,... » ainsi que « des offres convergentes fixe-mobile : facture unique, boîte de messagerie et numéro uniques,... ». À ces offres de communications mobiles s'ajoutent des services dédiés tels qu'une « gestion de la relation client adaptée, un service client dédié : conseiller et espace clients professionnels, service après-vente dédié, assistance en cas de changement de collaborateur, solution d'accueil vocal, étude personnalisée de la consommation, SMS d'information en cas de dépassement du seuil autorisé, supervision de parc et de flotte, changement de terminal ou clé 3G défectueux en 24h ».

286. Au vu des ces éléments, il apparaît que les offres mobiles destinées aux professionnels ne sont pas, du point de vue de la demande, substituables aux autres offres mobiles « grand public », compte tenu de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel elles sont destinées étant rappelé que, selon une pratique décisionnelle constante, « la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent » (rapport annuel de 2014, p. 101).
287. Du point de vue de l'offre, la substituabilité des produits et services est sans doute plus grande, ainsi qu'en atteste le fait que trois grands opérateurs soient présents sur les deux segments de clientèle. Néanmoins, ni le quatrième opérateur mobile, Free, ni les opérateurs de réseau mobile virtuel (MVNO) ne développent d'offres spécifiques pour le marché « pro ». En ce qui concerne les MVNO, « le fait de se tourner vers un nouveau segment de clientèle peut impliquer des investissements, et éventuellement la renégociation des termes du contrat signé avec l'opérateur hôte. Par ailleurs, les MVNO ne sont en général pas en mesure de répondre à la partie « services fixes » des appels d'offres des grands comptes » (décision n° 12-D-24 du 13 décembre 2012, précitée, paragraphe 369). Dans le même sens, les pièces du dossier attestent que, pour Orange, le marché « pro » présente des exigences spécifiques, en termes notamment de niveau de service, auxquelles un opérateur « grand public » n'est pas en mesure de répondre en dupliquant ses offres généralistes.
288. En l'espèce, comme l'a estimé l'ARCEP dans son avis, « il apparaît donc justifié, dans un premier temps et au vu des caractéristiques spécifiques exposées précédemment (...), de distinguer, a minima, un marché mobile résidentiel, d'une part, et un marché mobile non résidentiel, d'autre part » (cote 25490). Il est donc pertinent de délimiter un marché des services mobiles à destination de la clientèle non résidentielle.
289. Il existe néanmoins une certaine perméabilité entre les besoins en communications mobiles de la clientèle résidentielle et ceux de la clientèle des très petites entreprises, qui peuvent être assez similaires. Certains petits professionnels sont ainsi amenés à choisir des offres estampillées résidentielles (décision n° 12-D-24 du 13 décembre 2012, précitée, paragraphe 371).
290. Cependant, comme cela a déjà été indiqué, ces offres ne sont pas interchangeables puisque si les offres résidentielles peuvent être souscrites par les professionnels, l'inverse n'est pas possible, la souscription d'une offre destinée aux entreprises impliquant en principe la

communication d'un numéro SIREN attribué par l'INSEE (décision n° 12-D-24 du 13 décembre 2012, précitée, paragraphe 372).

291. Par ailleurs, si certaines offres estampillées « pro » par certains opérateurs et répondant à des éléments de demande caractéristiques d'une clientèle professionnelle sont également accessibles aux clients résidentiels gros consommateurs ne possédant pas de numéro SIREN, l'ARCEP note que « *ce phénomène demeure, toutefois, marginal* » (p. 18 de son avis).
292. En outre, selon l'avis rendu par l'ARCEP dans la présente affaire, la spécificité des besoins et des offres destinées aux professionnels apparaît dès le bas du marché. Elle note que « *les entreprises, en particulier les professionnels, les TPE et les PME, demandent également une gestion unifiée de leurs services de communications électroniques, à la fois pour réaliser des économies en centralisant leurs commandes chez un même prestataire, mais également pour bénéficier d'un interlocuteur unique, d'une gestion opérationnelle simplifiée et, de plus en plus, pour profiter des synergies entre voix et données, entre fixe et mobile* » (cote 25480).
293. Elle ajoute que, pour répondre à ces besoins spécifiques, « *pour les professionnels et les TPE, les opérateurs fixes et mobiles ont développé des offres à mi-chemin entre les offres « entreprises » et les offres grand public. Les versions Pro des offres fixes et forfaits mobiles proposent, par exemple, des plages de voix illimitée en journée et non en soirée, l'inclusion des appels internationaux vers les fixes et mobiles et/ou en itinérance, des forfaits partagés et ajustables, un service client dédié ou encore l'internet illimité avec débit supérieur, des boîtes mail professionnelles, de la GTR pour la téléphonie fixe. Ce sont des offres « catalogue », dont les tarifs sont généralement peu négociables et les conditions contractuelles imposées* » (p. 8 et 9 de l'avis, cotes 25481 et 25482).
294. Plusieurs documents internes d'Orange confirment d'ailleurs les particularités du bas du marché professionnel qui le distinguent de la clientèle résidentielle. Dans un premier document (cote 17699), Orange présente les « *attentes des pro* » qui sont de trois types. D'une part, l'attente « *d'une reconnaissance en tant que Pro* » à travers « *des offres dédiées* » et une « *relation client privilégiée : installation, distribution, web, ...* ». D'autre part, l'attente d'une « *efficacité / productivité* » à travers « *le "tout compris" : illimité, convergence* » et le « *gain de temps : messagerie + avec accès depuis mobile, site web / e.boutique (outils de gestion, paiement sécurisé en ligne), inscription annuaire pro, ...* ». Enfin, l'attente d'une « *qualité et continuité de service* » à travers la « *qualité d'offre (couverture débit 3G, ...)* et de services », un « *engagement SLAs* » et une « *assurance (vol, casse, ...)* ».
295. Dans un autre document (cote 39808), Orange souligne que « *les attentes des clients entreprises 1 à 50 présentent une forte cohérence* ». Il y est précisé que les entreprises comprenant entre 1 et 50 salariés ont « *des problématiques très spécifiques à la cible* » qui « *se traduisent par l'importance de quatre grandes valeurs autour desquelles se structurent les attentes* », à savoir la « *reconnaissance du statut et des problématiques spécifiques* », la « *simplicité* », la « *transparence / perception d'un prix juste* » et la « *qualité / continuité de service* ».
296. Au regard de ces éléments attestant d'une absence de substituabilité suffisante du point de vue de la demande, le bas du marché professionnel ne peut être intégré au marché des services mobiles à destination de la clientèle résidentielle. En revanche, eu égard à la spécificité des besoins exprimés par l'ensemble de la clientèle non résidentielle et des offres qui leur sont adressées, il convient, sous réserve d'une segmentation plus fine, de définir un marché des services mobiles à destination de la clientèle professionnelle incluant l'ensemble des entités titulaires d'un numéro SIREN.

b) Sur la position dominante d'Orange sur ce marché

297. Ainsi que le rappelle la Commission, la position dominante se définit comme « *une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs. Cette notion d'indépendance est liée au degré de pression concurrentielle exercée sur l'entreprise en question. L'existence d'une position dominante implique que cette pression concurrentielle n'est pas suffisamment efficace et, partant, que l'entreprise en cause détient un pouvoir de marché substantiel et durable. Les décisions de l'entreprise sont donc très largement insensibles aux actions et réactions des concurrents, des clients et, finalement, des consommateurs* » (communiqué du 24 février 2009 portant orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, paragraphe 10).
298. Au cas présent, à propos de parts de marché, l'ARCEP note, d'une part, qu'« *en termes de revenus, France Télécom-Orange, sur la période des saisines, a stabilisé sa part de marché en valeur, légèrement inférieure à 55 %* » et, d'autre part, que « *la part de marché en nombre de lignes d'Orange dans la téléphonie mobile non résidentielle est relativement stable depuis des années et supérieure à 50 %, quel que soit le segment du marché* » (cote 25492).
299. Les pièces du dossier, notamment des documents internes d'Orange, confirment, au fil des années, les ordres de grandeur du constat établi par l'ARCEP (pour 2005, voir les cotes 16267 et 40043 ; pour 2006, voir la cote 40079 ; pour 2007, voir la cote 17817, pour 2008, voir la cote 14177 ; entre 2006 et 2008, voir la cote 17813 ; pour 2013, voir la cote 19882). Par ailleurs, à aucun moment dans ses réponses à la notification de griefs et au rapport, Orange n'a contesté la détention de plus de 50 % des parts du marché des services mobiles à destination de la clientèle non résidentielle sur la période couverte par les pratiques examinées.
300. Au regard de ces éléments, Orange dispose, en matière de services mobiles à destination de la clientèle non résidentielle, d'une position forte sur le marché, puisque ses parts de marché s'établissent durablement au-delà de 50 %, sur tous les segments de la clientèle professionnelle. À cet égard, et comme le souligne l'ARCEP, « *il est significatif de noter que la part de marché en valeur de France Télécom-Orange est sensiblement supérieure à sa part de marché en parc, alors que celles de Bouygues Telecom sont sensiblement égales, et que la part de marché en valeur de SFR est sensiblement inférieure à sa part de marché en parc* » (cote 25492).
301. En droit, il convient de rappeler qu'une part de marché extrêmement importante constitue par elle-même, sauf circonstances exceptionnelles, une des preuves de l'existence d'une position dominante (arrêt du 13 février 1979 de la Cour de justice, n° 85/76, paragraphe 41). La Cour de justice a jugé que tel était le cas d'une part de marché de 50 % (arrêt du 3 juillet 1991 de la Cour de justice, Akzo Chemie BV, n° C-62/86, paragraphe 60, V. également, pour un rappel récent, arrêt du 6 décembre 2012 de la Cour de justice, AstraZeneca, paragraphe 176).
302. D'autres éléments permettent de caractériser la position d'Orange sur le marché. Dans l'avis qu'elle a rendu, l'ARCEP avance ainsi la « *notoriété* » d'Orange, « *sa faculté de détenir une large gamme de produits* » et « *sa facilité de coupler ces produits pour proposer des offres complètes et convergentes* » (cote 25495).

303. En ce qui concerne la notoriété d'Orange, il ne fait pas de doute qu'Orange jouit, au-delà de ses propres mérites, d'une réputation qui découle de sa situation particulière d'opérateur historique des télécommunications en France ayant bénéficié d'un monopole d'État. Dans un document interne, Orange a ainsi pleinement conscience des « *exigences accrues vis-à-vis du leader* » qu'elle représente sur le marché (cote 39680). Selon elle, Orange bénéficie « *d'un leadership principalement attribué à son ancienneté d'opérateur historique ...* ».
304. En ce qui concerne la convergence, cette tendance de marché contribue à renforcer la position d'Orange, bien que cette évolution ne permette pas la définition d'un marché global incluant les services fixes et les services mobiles. Ainsi que le souligne l'ARCEP, Orange fait partie des « *acteurs convergents présents à la fois sur les marchés fixes et mobiles* » (cote 25487). Or, comme le souligne plus particulièrement l'autorité sectorielle, « *sur le marché fixe, France Télécom-Orange jouit, auprès des entreprises, d'une réputation de fiabilité et de réactivité importante. L'opérateur, grâce à la boucle locale de cuivre déployée en situation de monopole historique, à son réseau de fibre optique très capillaire, à son intégration verticale et à sa capacité d'investissement, est un acteur incontournable du marché entreprises. Sur le marché mobile, France Télécom-Orange est l'opérateur disposant de la couverture 2G et 3G la plus étendue. En 2012, le taux de couverture 2G et 3G s'élève respectivement à 99,9 % et 98,5 % de la population et à 97,3 % et 87,3 % de la surface du territoire dispose également d'une qualité de service voix et débit data supérieure à la moyenne* ». Ainsi, selon l'ARCEP, « *France Télécom-Orange, en s'appuyant sur l'étendue de son infrastructure fixe et mobile, est capable de répondre aux besoins de tous les segments du marché, jusqu'aux demandes les plus complexes des grands comptes* » (cote 25487).
305. Comme le note l'ARCEP (cote 25495), Orange, en tant qu'acteur convergent présent sur le fixe et sur le mobile, est en relation commerciale avec une part très majoritaire des clients non résidentiels, au travers d'une force commerciale qui couvre l'ensemble de ces produits. Orange détient des parts de marché sur les services fixes bien supérieures à celles dont elle dispose sur le marché mobile (avis de l'ARCEP, cotes 25493 à 25495). Orange estimait elle-même en 2008 sa part de marché sur l'ensemble des services fixes et mobiles sur le marché autour de 70 % (cote 14177).
306. Enfin, SFR et Bouygues Telecom détiennent durablement des parts de marché significativement inférieures à celle d'Orange sur le marché des services mobiles à destination de la clientèle non résidentielle. Elles ne disposent pas d'un pouvoir comparable à celui d'Orange, qui lui ôterait sa capacité de s'abstraire, de manière suffisamment sensible, de la pression concurrentielle.
307. Au regard de l'ensemble de ces éléments, tant quantitatifs que qualitatifs, Orange doit être regardée comme disposant d'une position dominante sur le marché des services mobiles à destination de la clientèle non résidentielle.

3. CONCLUSION SUR LES PRATIQUES CONSTATEES

a) Sur le grief n° 1

308. Orange ne conteste pas avoir abusé, en violation des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE, de sa position dominante sur le marché des offres de gros d'accès à la boucle locale en métropole, en accédant, à travers les entités d'Orange business services chargées de la commercialisation de services de communications électroniques auprès des grandes entreprises (la direction grands comptes) et des moyennes

entreprises (les agences entreprises), à un périmètre d'informations issues de la gestion de la boucle locale cuivre dont ne bénéficient pas les opérateurs tiers de manière comparable et, ceci, selon des processus différenciés lui assurant un avantage compétitif indu.

309. Cette pratique est susceptible d'avoir des effets sur le marché des services de communications électroniques fixes à destination de la clientèle non résidentielle, en particulier sur le segment de marché des grands comptes et sur le segment de marché des entreprises en dehors du bas de marché. D'une part, en permettant à la direction grands comptes et aux agences Entreprises de bénéficier dans le cadre de leur activité commerciale d'informations issues de la boucle locale cuivre plus complètes et de manière plus rapide, cette pratique est susceptible de protéger ou de renforcer artificiellement la position particulière d'Orange sur le marché en instaurant les bases d'une concurrence non fondée sur les mérites. D'autre part, en ne faisant pas bénéficier la communauté des opérateurs d'informations et de processus comparables, Orange contraint au moins potentiellement les opérateurs tiers dans leur conquête de clientèle et dans leur relation commerciale. La pratique est à cet égard également susceptible d'élever des barrières à l'entrée sur ce marché et, à tous le moins, susceptible de conduire à une régression de l'intensité concurrentielle sur le marché de détail.
310. Cette pratique a été mise en œuvre, s'agissant de la direction grands comptes, à partir du mois de janvier 2003 et, s'agissant des agences entreprises, à partir de 2008. Elle est dans les deux cas encore en cours à la date de la notification du grief.

b) Sur le grief n° 2

311. Orange ne conteste pas avoir abusé, en violation des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE, de sa position dominante sur le marché métropolitain des services de communications électroniques mobiles à destination de la clientèle non résidentielle en mettant un œuvre, à travers son programme « Changez de mobile », une pratique de fidélisation qui ne relève pas de l'exercice d'une concurrence fondée sur les mérites. Cette pratique, qui ne permettait pas à un client d'Orange, sauf à perdre la contre-valeur des points de fidélité acquis dans le cadre du programme, d'utiliser ces points autrement que dans le cadre d'un réengagement, a non seulement constitué un instrument de base de la politique de fidélisation appliquée en métropole par Orange auprès de l'ensemble des segments de la clientèle non résidentielle, mais a aussi servi d'instrument de fidélisation plus ciblée en fonction du contexte concurrentiel, comme à l'occasion du lancement du nouveau processus de portabilité des numéros mobiles en mai 2007.
312. Cette pratique a été susceptible d'avoir des effets sur le marché précité. D'abord, elle était susceptible de cristalliser les parts de marché d'Orange en dissuadant le consommateur de faire jouer la concurrence au seul moment où cela lui était possible, c'est-à-dire au terme de sa période d'engagement. Cette pratique était également susceptible, en réduisant le nombre de clients potentiels, de créer artificiellement une barrière à l'entrée pour tout nouvel entrant souhaitant pénétrer le marché considéré et, à tout le moins, à conduire à une régression de l'intensité concurrentielle sur ce marché.
313. Cette pratique a été mise en œuvre à partir du mois de décembre 2002 jusqu'au début du mois de février 2010.

c) Sur le grief n° 3

314. Orange ne conteste pas avoir abusé, en violation des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE, de sa position dominante sur le marché

métropolitain des services de communications mobiles à destination de la clientèle non résidentielle en ayant mis en place un système de remises fidélisation particulièrement élaboré. D'une part, par la remise « privilège », ce système vise à engager le client dans des durées longues et à créer des barrières artificielles à la sortie, au travers notamment d'un mécanisme de réengagement par tacite reconduction. D'autre part, par le jeu d'un ensemble de remises additionnelles et complémentaires liées à des volumes de lignes, de consommation ou de chiffre d'affaires (remise « parc », remises d'objectifs, notamment), le système mis en place dissuade le client d'Orange de confier tout ou partie de ses lignes et de sa consommation à un opérateur tiers.

315. Cette pratique est susceptible d'avoir des effets sur le marché de détail des services de communications électroniques mobile à destination de la clientèle non résidentielle. En renchérissant artificiellement les coûts de changement d'opérateur, notamment les coûts de sortie, en enfermant le client dans la durée et en le contraignant au travers d'engagements de volume ou de consommation minimale, cette pratique est susceptible de verrouiller le marché adressable et de protéger artificiellement la position d'Orange sur le marché de détail des services de communications électroniques mobile à destination de la clientèle non résidentielle en instaurant les bases d'une concurrence non fondée sur les mérites.
316. Cette pratique a, été mise en œuvre à compter du mois d'avril 2003 et était encore en cours à la date de la notification du grief.

d) Sur le grief n° 4

317. Orange ne conteste pas avoir abusé, en violation des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et de l'article 102 du TFUE, de sa position dominante sur le marché métropolitain des services de détail de l'interconnexion de sites à destination de la clientèle entreprises en mettant un œuvre, à l'occasion de la commercialisation de ses offres Equant IPVPN et Business VPN, un système de rabais d'exclusivité consistant à appliquer à ses clients différentes remises liées à leurs modalités d'engagement en termes de durée et de volume à la condition qu'ils ne s'approvisionnent pas sur ce marché auprès d'opérateurs tiers.
318. Par sa nature même, cette pratique a pu avoir pour effet de restreindre la concurrence tant au vu de sa capacité à lier les clients qu'au vu de sa capacité à évincer les concurrents.
319. Elle a été mise en œuvre à partir du 15 juillet 2006 et était encore en cours à la date de la notification des griefs.

B. SUR LES AUTRES PRATIQUES DENONCEES PAR LES SAISSANTES

320. Bouygues Telecom et SFR ont dénoncé dans leur plainte des pratiques de prix prédateurs mises en œuvre par Orange, notamment à l'occasion d'appels d'offres publics et privés, sur le marché des communications mobiles à destination de la clientèle non résidentielle.
321. Au vu des constatations exposées aux paragraphes 239 à 259, il n'est pas établi qu'Orange aurait pratiqué des prix ne couvrant pas ses coûts variables moyens. D'autre part, dans les cas où les prix pratiqués par Orange peuvent se révéler inférieurs à ses coûts totaux moyens, aucun élément d'intentionnalité visant à éliminer ses concurrents n'est mis en évidence par les pièces du dossier.

322. Il en résulte que les pratiques de prix prédateurs dénoncées ne sont pas démontrées. Par conséquent, il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure au titre de ces pratiques, en application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce.

C. SUR LA SANCTION

323. Le I de l'article L. 464-2 du code de commerce et l'article 5 du règlement n° 1/2003 habilite l'Autorité à infliger une sanction pécuniaire aux entreprises et aux organismes qui se livrent à des pratiques anticoncurrentielles interdites par l'article L. 420-2 du code de commerce et l'article 102 du TFUE.

324. Par ailleurs, le troisième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce prévoit que *« les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation individuelle de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle répétition de pratiques prohibées par le [titre VI du livre IV du code de commerce]. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction »*.

325. Aux termes du quatrième alinéa du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, *« le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante »*.

326. Le III de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 précitée, qui est la version du texte applicable en l'espèce eu égard à la date de la notification des griefs, dispose que *« lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié. Lorsque l'entreprise ou l'organisme s'engage en outre à modifier son comportement pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer à l'Autorité de la concurrence d'en tenir compte également dans la fixation du montant de la sanction »*.

327. Orange a été mise en mesure de formuler des observations sur les principaux éléments de droit et de fait du dossier susceptibles, selon les services d'instruction de l'Autorité, d'influer sur la détermination de la sanction pouvant lui être imposée. La présentation de ces différents éléments par les services d'instruction ne préjuge pas de l'appréciation du collège sur les déterminants de la sanction, qui relève de sa seule délibération.

1. SUR LA GRAVITE DES PRATIQUES

328. La gravité des pratiques est appréciée de façon objective et concrète, au vu de l'ensemble des éléments pertinents du cas d'espèce. Plusieurs critères peuvent être pris en considération pour apprécier la gravité d'une pratique.
329. La cour d'appel de Paris a précisé dans un arrêt du 23 mars 2010 « gaz de Grenoble » les critères pouvant être pris en compte dans cette perspective. Ainsi la gravité d'une pratique peut être appréciée au regard notamment des méthodes utilisées par les entreprises pour mettre en œuvre la pratique, du contexte concurrentiel, de la nature des produits, des marchés concernés, et du caractère sensible de ces marchés affectant directement le consommateur ou non, du profil des victimes des pratiques, de la durée des pratiques et leur continuation au-delà de la saisine de l'Autorité.
330. Afin d'apprécier la gravité des faits au cas d'espèce, il convient d'évoquer successivement la nature des infractions en cause, la nature du secteur et des activités concernés, la nature des personnes susceptibles d'être affectées, la nature des produits concernés, et les caractéristiques concrètes de ces pratiques.

a) Sur le caractère de gravité lié à la nature des infractions en cause

331. Le grief n° 1, relatif à une discrimination dans l'accès à l'information relative à la boucle locale de cuivre, et les griefs n° 2 à 4, relatifs à des remises de fidélisation et d'exclusivité, concernent des pratiques d'éviction de la part de l'entreprise dominante qui sont considérées comme graves dans la mesure où elles ont pour effet d'empêcher l'accès et le développement des concurrents sur le marché par des moyens ne reposant pas sur une compétition par les mérites.
332. En effet, ces pratiques emportent « *un effet mécanique et automatique d'exclusion des concurrents, qui sont traditionnellement qualifiées par les autorités de concurrence et par les juridictions européenne et nationale de graves* » (voir notamment en ce sens les décisions 12-D-24 et 14-D-05, paragraphe 212). L'Autorité a également pu souligner que ce type de pratique revêtait « *un degré certain de gravité en ce qu'elle tend à élever les barrières à l'entrée et à empêcher un concurrent de se développer sur le marché en dépit de ses mérites propres* » (décision n° 14-D-02, paragraphe 358). La gravité des pratiques est donc avérée sur ce premier point.

b) Sur le caractère de gravité lié à la situation d'Orange sur le secteur

333. Il convient de souligner la responsabilité particulière d'Orange dans le secteur des communications électroniques tant sur les marchés de gros que sur les marchés de détail. Comme l'a souligné le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 05-D-59 (paragraphe 125), il apparaît que « *FT est l'opérateur historique dans le secteur des télécommunications. (...) Cette position stratégique donne à FT une responsabilité particulière sur les marchés concernés, dans le contexte général de l'ouverture du secteur des télécommunications à la concurrence et dans le cadre particulier du développement de nouvelles technologies et de nouveaux services, comme l'Internet et l'ADSL. La présence de FT sur l'ensemble des marchés de communications électroniques, tant en ce qui concerne les marchés de gros que les marchés de détail, accroît encore cette responsabilité* ».
334. S'agissant de la situation du secteur dans lequel sont plus particulièrement intervenues la pratique relative à l'accès et l'utilisation d'informations relevant de la gestion de la boucle

locale de cuivre et la pratique de remise d'exclusivité mise en œuvre par Orange sur ses offres VPN, la responsabilité d'Orange apparaît plus importante du fait de son ancien statut de monopole légal (voir, à cet égard, la décision n° 05-D-59 du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit, confirmée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 4 juillet 2006, la décision n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM, et la décision de l'Autorité n° 15-D-01 du 5 février 2015, paragraphe 245).

335. En outre, les pratiques apparaissent en l'espèce d'autant plus graves qu'elles reposent, pour certaines d'entre elles, sur l'exploitation d'infrastructures qui revêtent le caractère d'infrastructures essentielles. Tel est le cas de la pratique relative à l'accès et l'utilisation d'informations relevant de la gestion de la boucle locale cuivre. Le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion de souligner la gravité particulière de ce type de pratique en relevant que « *la discrimination opérée dans l'accès à l'information sur l'éligibilité des lignes et le processus de commande est d'une particulière gravité dans la mesure où France Télécom ne pouvait ignorer son caractère stratégique pour le marché et notamment pour le développement de la commercialisation de masse des offres des concurrents de Wanadoo* » (décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007, paragraphe 94).
336. En créant des freins artificiels à la pénétration d'acteurs concurrents sur le marché, Orange a méconnu la responsabilité particulière qui lui incombait tant sur les marchés de gros que sur les marchés de détail.

c) Sur le caractère de gravité lié à la nature des personnes susceptibles d'être affectées par les pratiques

337. La nature des personnes susceptibles d'être affectées par les pratiques mises en œuvre par Orange peut être appréhendée largement dans la mesure où les effets de ces pratiques peuvent concerner directement ou indirectement tant les opérateurs du secteur des communications électroniques que les clients finaux qui correspondent en l'espèce à l'ensemble des entreprises implantées en France, quelle que soit leur taille.
338. S'agissant de la clientèle d'entreprises, concernée par l'ensemble des pratiques ayant des effets sur les marchés de détail, s'il est vrai que les entreprises sont réputées être des consommateurs moins vulnérables que le grand public dans la mesure où elles disposent généralement de plus de ressources et d'une plus grande capacité de choix, cette différence s'estompe sur le bas du marché, composé de professionnels et de petites entreprises. Les PME, et en particulier les TPE, apparaissent donc spécialement exposées aux pratiques constatées qui sont susceptibles d'affecter leur compétitivité.
339. S'agissant des opérateurs de télécommunications concurrents, spécifiquement affectés par le grief n°1, il convient de relever, au-delà de leur situation concurrentielle sur les marchés de détails, leur lien de dépendance vis-à-vis d'Orange sur les marchés de gros.

d) Sur le caractère de gravité lié à la nature des produits concernés

340. S'agissant de la nature des produits concernés, il apparaît que les services de communications électroniques tant fixes que mobiles (téléphonie et données) constituent des prestations indispensables pour les entreprises. La qualité et le prix de ces services ont une incidence directe sur leur compétitivité. En ce sens, l'Autorité a déjà eu l'occasion de relever, dans le secteur résidentiel, que les services mobiles sont devenus « *des produits d'usage courant* » et

« représentaient ainsi une dépense quasi contrainte dans le budget des ménages » (décisions 12-D-24, paragraphe 621).

341. En l'espèce, la nature des services en cause vient renforcer la gravité concrète des infractions commises par Orange sur les marchés considérés.

e) Sur le caractère de gravité lié aux caractéristiques objectives des infractions

342. Les pratiques en cause présentent, au vu de leurs caractéristiques objectives, un degré de gravité certain.

343. D'une part, le fait qu'Orange ait combiné de manière simultanée plusieurs pratiques distinctes affectant l'ensemble des marchés fixes et mobiles à destination de la clientèle non résidentielle constitue un facteur aggravant et ce d'autant plus que le secteur connaît un mouvement de convergence des communications mobiles et fixes (téléphonie et données) par le biais d'offres globales couplant ces divers services.

344. D'autre part, les caractéristiques temporelles des infractions attestent également de leur gravité. Ces pratiques sont toutes anciennes, elles ont été mises en œuvre de manière continue sur une longue période et, pour trois d'entre elles (griefs n° 1, 3 et 4), étaient encore en cours au moment de la notification de griefs.

345. Enfin, les caractéristiques intrinsèques des pratiques et la pleine conscience qu'avait Orange de la portée de ses agissements sont de nature à caractériser la gravité des infractions.

346. Le grief n° 1 vise une pratique occulte et non formalisée d'accès privilégié des équipes commerciales d'Orange à des informations relatives à la boucle locale de cuivre détenues par l'opérateur dominant en tant que gestionnaire de cette infrastructure. Au vu des pièces du dossier (voir le paragraphe 528 de la notification des griefs), Orange n'ignorait pas le caractère prohibé d'une telle pratique au regard des règles du droit de la concurrence.

347. Les griefs n° 2 et 3 se rapportent à un système complexe de remises qui a été conçu par Orange comme un outil de rétention de la clientèle et non comme un instrument permettant de faire bénéficier les clients de gains d'efficacité découlant de leur fidélité. Plusieurs documents internes d'Orange montrent par exemple qu'elle a délibérément utilisé le programme « changer de mobile » de manière ciblée pour limiter les conséquences de l'entrée en vigueur du nouveau processus de portabilité des numéros mobiles, considéré pourtant par l'ARCEP comme un élément « décisif » d'ouverture à la concurrence (voir le point 647 de la notification des griefs).

348. En outre, la sophistication de ce système de rabais tient au fait que les différentes remises pratiquées sous diverses formes se cumulent et se complètent pour générer des effets de fidélisation renforcés. Certaines remises dépendent du volume d'affaires réalisé avec Orange (remise « parc », par exemple) et dissuadent le client de confier une partie de son parc à un opérateur tiers, tandis que d'autres remises (remise « privilège » par exemple) permettent d'engager ligne par ligne le client sur des durées significativement longues en le privant de la possibilité de faire jouer la concurrence.

349. Enfin, la pratique de remises de fidélisation présente un caractère systématique et généralisé dans la mesure où le programme « changer de mobile » et la remise « parc » s'appliquent automatiquement à tous les clients éligibles et où la quasi-totalité des lignes mobiles sont, de fait, engagées par la remise « privilège ».

350. Les caractéristiques objectives des pratiques attestent par conséquent de la gravité certaine des faits.

2. SUR L'IMPORTANCE DU DOMMAGE CAUSE A L'ECONOMIE

a) Rappel des principes

351. Le dommage causé à l'économie s'apprécie en fonction de la perturbation générale que les pratiques en cause sont de nature à engendrer pour l'économie (voir, par exemple, arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 octobre 2008, SNEF, n° 2007/18040, p. 4). Il ne se confond donc pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes de ces pratiques.
352. L'existence du dommage à l'économie ne se présume pas (arrêt de la Cour de cassation du 7 avril 2010, Orange France e.a., n° 09-12984, 09-13163 et 09-65940). L'Autorité doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de l'économie engendrée par les pratiques en cause (arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, Orange France, n° 2010/12049, p. 5, confirmé sur pourvoi par arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité, et du 26 janvier 2012, Beauté Prestige International e.a., n° 2012/23945, p. 89). Le dommage s'apprécie donc de manière objective et globale en prenant en compte l'ensemble des éléments pertinents de l'espèce. Pour autant, l'Autorité n'est pas tenue de le quantifier.
353. Pour apprécier le dommage causé à l'économie, l'Autorité tient compte, notamment, de l'ampleur de l'infraction, au vu de sa couverture géographique et de la part de marché de l'entreprise mise en cause, de ses conséquences conjoncturelles ou structurelles sur le marché, ainsi que des caractéristiques économiques pertinentes du secteur ou du marché concerné (voir, par exemple, arrêts de la cour d'appel de Paris du 30 juin 2011, précité, p. 5 et du 26 janvier 2012, précité, p. 89 ; voir également, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 2012, précité). Les effets tant avérés que potentiels de la pratique peuvent être pris en considération à ce titre (voir, en ce sens, arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 2005, Novartis Pharma, n° 04-13910).
354. Au cas d'espèce, les pratiques anticoncurrentielles ont été mises en œuvre par Orange sur des marchés distincts et sont donc susceptibles de faire l'objet d'une analyse différenciée du dommage à l'économie. Les griefs n° 2 et 3 visant tous deux des pratiques de fidélisation mises en œuvre sur le marché des services de communications mobiles non résidentiel feront cependant l'objet d'une analyse commune.
355. Malgré cette analyse différenciée, l'ampleur des pratiques, et donc du dommage qu'elles ont pu causer à l'économie, ressort également de la mise en œuvre concomitante de ces quatre abus de position dominante qui ont affecté l'ensemble du secteur des services de communications électroniques non résidentiels fixes ou mobiles pendant près de 10 années. En effet, les effets anticoncurrentiels des pratiques ont pu se renforcer mutuellement. Ainsi, le choix par un client non résidentiel d'un opérateur de téléphonie fixe peut être influencé par la relation de ce client avec son opérateur de téléphonie mobile et inversement. Ces effets de contagion sont d'autant plus importants que, comme le souligne l'ARCEP dans son avis (cote 25463), la convergence fixe-mobile est une tendance de fond du secteur.

b) Appréciation du dommage à l'économie lié au grief n° 1

i) Sur l'ampleur des pratiques en cause

356. Le grief n° 1 vise une pratique mise en œuvre au niveau national. Cependant, l'accès différencié aux informations issues de la boucle locale résultant de cette pratique ne concerne que la direction des grands comptes et les agences entreprises, lesquelles n'interviennent que

sur les segments du haut et du milieu de marché, à l'exclusion du bas de marché. Selon l'avis de l'ARCEP, en 2009, sur 4,5 millions d'entreprises et 23 500 000 de salariés et non salariés, les entreprises comptant entre 0 et 9 salariés représentent 9 000 000 de personnes, celles comptant entre 10 et 49 salariés 4 500 000 personnes, celles comptant entre 50 et 500 salariés 6 000 000 de personnes et enfin, celles de plus de 500 salariés 5 000 000 de personnes. Ainsi, les entreprises de moins de 50 salariés, qui, en tant que telles, ne sont suivies ni par la direction grands comptes ni par les agences entreprises mais par d'autres équipes commerciales non concernées par les pratiques, représentent 57,5 % des salariés et non salariés susceptibles, en première approximation, de posséder un accès fixe de services de communications électroniques destiné à la clientèle professionnelle.

357. Par ailleurs, la paire de cuivre du réseau téléphonique d'Orange est le principal réseau de boucle locale utilisé pour la fourniture de service de communications électroniques fixes à haut débit. Si les opérateurs français sont parfois amenés à déployer leurs propres éléments de réseau, l'accès à la boucle locale reste indispensable pour proposer sur les marchés de détail des services de communication électroniques. La jurisprudence nationale a ainsi reconnu le caractère essentiel de cet accès à la boucle locale cuivre de France Télécom (décision n° 05-D-59 du 7 novembre 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet haut débit, confirmée par un arrêt du 4 juillet 2006 de la cour d'appel de Paris et par un arrêt du 23 octobre 2007 de la Cour de cassation).
358. Les concurrents victimes de la pratique discriminatoire d'Orange et bénéficiant ainsi d'un moindre accès à l'information n'avaient donc pas de possibilité de substitution pour continuer à proposer leurs offres sur le marché de détail dans les mêmes conditions qu'Orange.

ii) Sur les caractéristiques économiques objectives du secteur

359. Le dommage causé par les pratiques a pu être amplifié par les déterminants du comportement des clients sur ce marché de détail. En effet, les services de communications électroniques correspondent à des dépenses quasi-contraintes dans le budget des entreprises. Dans son avis (cote 25480 et 25481), l'ARCEP rappelle ainsi qu'au-delà des usages basiques de consultation du web et d'échanges de mail, l'accès à Internet est utilisé par les entreprises pour le marketing, la recherche d'appels d'offres ou de partenaires, la veille, les achats, le recrutement, la télémaintenance, la vente, la logistique, les relations financières avec les partenaires et les banques, la dématérialisation des relations avec les administrations, etc. Dès lors, la réduction de la concurrence entraînée par le moindre accès des concurrents d'Orange aux informations dont celle-ci continuait à bénéficier a, en favorisant Orange par rapport à ses concurrents, conduit à un amoindrissement de l'intensité concurrentielle sur le marché qui a aussi pu se traduire par une élévation des prix, les services vendus par Orange étant indispensables aux clients.
360. De plus, la discrimination dans l'accès aux informations mise en œuvre par Orange a entraîné une dégradation des performances des concurrents, tant pour ce qui concerne leur démarchage commercial que la prestation finalement commercialisée, et ainsi pu contribuer à dégrader leur image de marque. Or, les entreprises sont particulièrement attentives à la qualité du service offert, toute interruption de service pouvant par exemple affecter leur activité (cf. l'avis de l'ARCEP, cote 25442). Une telle dégradation de la qualité de service des concurrents est alors d'autant plus dommageable que le marché est peu fluide en raison des réticences au changement des entreprises et de la complexité des processus de migration (cf. l'avis de l'ARCEP p. 35).

iii) Sur les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques

361. L'accès discriminatoire aux informations a procuré à Orange un avantage significatif puisque, par rapport à leurs concurrentes, les équipes d'Orange disposaient plus rapidement d'informations plus complètes, notamment pour le suivi des déménagements des clients, le traitement des réclamations, la localisation des points de concentration et de paires de cuivre, la désaturation, etc. S'il est difficile de quantifier la fréquence avec laquelle ces informations ont été utiles à Orange ou auraient été utiles à des concurrents, ces situations étaient suffisamment nombreuses pour que les équipes commerciales de la direction des grands comptes rencontrent des « *difficultés* » à la suite à la suppression de l'accès des équipes à la base 42C et insistent pour obtenir un palliatif rendu nécessaire par cette suppression.
362. Selon SFR, ce comportement discriminatoire a permis à Orange de jouir d'une situation de quasi-monopole sur les communications fixes proposées à la clientèle non résidentielle (cote 44879). Cette entreprise relève par ailleurs que sur les marchés de la *data* fixe, sa part de marché en valeur est de 10 % depuis 2008 alors que celle d'Orange demeure supérieure à 75 %. Pour SFR, la stagnation de sa part de marché est anormale au vu de l'essor du dégroupage depuis 2006 et de sa part de marché de 21 % sur le marché résidentiel non affecté par les pratiques (cote 44886).
363. La pratique visée par le grief n° 1 a effectivement pu avoir pour effet de diminuer la capacité des concurrents à animer la concurrence et à conquérir des parts de marché et peut donc contribuer à expliquer le différentiel de part de marché mentionné par SFR. L'écart entre les parts de marché de SFR sur le marché résidentiel et le marché non résidentiel est d'ailleurs d'autant plus remarquable que l'entrée de Free sur le seul marché résidentiel y a automatiquement entraîné une réduction de la part de marché de SFR. Pour autant, les éléments du dossier ne permettent pas d'établir précisément dans quelle mesure la part de marché de SFR sur le marché non résidentiel aurait été similaire à celle atteinte sur le marché résidentiel en l'absence des pratiques. Les attentes des consommateurs sur les deux marchés ne sont pas identiques et, indépendamment des pratiques, Orange dispose d'une position particulière sur le marché non résidentiel qui pourrait en partie expliquer ces différences de part de marché. De plus, selon l'ARCEP (cote 25457), sur le marché non résidentiel des données fixes, la part de marché d'Orange est plus élevée sur les segments des petites entreprises et des PME³ alors que les pratiques reprochées n'ont concerné que les grandes et moyennes entreprises.
364. Enfin, la pratique n'a pas seulement affecté les concurrents. Elle a également lésé les clients non résidentiels, soit parce qu'ils ont subi des prix supérieurs de la part d'Orange qui, déjà dominante, a vu la pression concurrentielle exercée par ses concurrents amoindrie grâce à la pratique, soit parce qu'ils ont choisi un opérateur concurrent d'Orange et ont donc bénéficié d'une prestation de services dégradée par rapport à celle dont ils auraient bénéficié en l'absence des pratiques.

c) Appréciation du dommage à l'économie lié au grief n° 4

i) Sur l'ampleur des pratiques en cause

365. Le dommage causé par les remises d'exclusivité peut être particulièrement significatif lorsqu'en l'absence des pratiques, les clients auraient été prêts à partager leurs sites entre

³ Entre 2007 et 2011 la part de marché d'Orange sur le segment des plus petites entreprises aurait ainsi oscillé entre 70 et 74 %. Elle est comprise entre 67 % et 79 % sur le segment des PME et entre 57 % et 68 % sur le segment des grandes et moyennes entreprises.

plusieurs opérateurs. Néanmoins, au cas d'espèce, les opérateurs ont tous relevé que les entreprises préfèrent généralement attribuer leur VPN à un seul opérateur, du fait, selon SFR, « de la nécessité d'avoir une unité technique » (cote 39491).

366. Néanmoins, il existe également plusieurs situations dans lesquelles une entreprise peut souhaiter partager ses sites entre plusieurs opérateurs concurrents (cotes 39416, 39417 et 39491), par exemple en raison de son organisation territoriale ou pour des raisons historiques (par exemple à la suite à une fusion d'entreprises). Le dommage causé par les pratiques visées par le grief n° 4 ne concerne donc pas l'ensemble de la clientèle d'Orange mais seulement ceux qui auraient été disposés à partager leur VPN entre plusieurs opérateurs.
367. Par ailleurs, la part de marché d'Orange sur le marché affecté est de l'ordre de 70 % au regard de plusieurs documents internes de cette dernière (Orange considérant dans ses écritures que les chiffres cités dans ces documents internes étaient surévalués et que sa part de marché s'établirait à 56 %). Si ces parts de marché sont élevées, il peut être noté qu'en 2008, environ 20 % des entreprises ont réalisé elles-mêmes l'interconnexion de leurs sites (cote 40445), atténuant ainsi marginalement l'ampleur de la pratique.

ii) Sur les caractéristiques économiques objectives du secteur

368. Les développements sur les caractéristiques économiques des marchés affectés par la pratique visée par le grief n° 1 sont en grande partie également pertinents pour l'analyse du dommage causé par la pratique visée par le grief n° 4. Les offres VPN sont ainsi essentielles pour les entreprises qui les utilisent. L'ARCEP note par exemple (cote 25482) que les services d'interconnexion de sites deviennent pour les entreprises une nécessité et que les offres généralement souscrites sont les réseaux privés virtuels. Par ailleurs, il existe également sur le marché affecté par le grief n° 4, comme sur celui affecté par le grief n° 1, des obstacles significatifs au changement d'opérateur, du fait notamment des coûts importants de migration d'un VPN d'un opérateur à un autre (cote 39147 et 39492). Les pratiques ont donc contribué à rigidifier un marché qui présentait déjà une fluidité réduite.

iii) Sur les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques

369. L'ampleur des conséquences conjoncturelles et structurelles dépend notamment des caractéristiques du système de remise mis en place et en particulier de leurs conditions d'obtention et de leurs montants.
370. En l'espèce, la condition d'exclusivité des remises visées par le grief n° 4 (une suppression des remises était déclenchée dès que l'entreprise cliente confiait un seul site à un concurrent) a pu totalement évincer des concurrents pour fournir certains clients qui, potentiellement, auraient pu partager leurs sites entre plusieurs opérateurs. L'ampleur de l'effet de ces remises dépend également de leur montant : plus elles sont élevées, plus le client est incité à confier l'intégralité de ses sites à Orange et moins les concurrents sont en mesure de compenser la perte des rabais d'exclusivité par des baisses de prix.
371. En l'espèce, il existe, selon les différentes versions du document intitulé « référentiel de prix et méthode de calcul des réductions de prix avant-vente », un prix catalogue applicable aux contrats sans engagement de durée et un « prix 3 ans » applicable aux contrats d'une durée minimum de trois ans, la différence de prix entre les deux offres étant le plus souvent supérieure à 10 %. À partir du « prix 3 ans », le client peut par ailleurs cumuler des réductions supplémentaires en fonction d'un critère relatif au nombre de sites (remise allant jusqu'à 15 %), d'un critère relatif à la durée du contrat excédant trois ans (par exemple 2 % de réduction supplémentaire pour un contrat de 3 ans, 4 % sur un contrat de 5 ans) et d'un critère

relatif à la souscription éventuelle de services « *stratégiques* » (1 %). Des prix planchers en deçà desquels les forces de ventes ne peuvent vendre le service sont également définis.

372. Au final, une entreprise qui confie un de ses sites à un opérateur tiers perd le bénéfice du « prix 3 ans » et de l'ensemble des remises précédemment décrites. La rupture de la condition d'exclusivité conduit donc à une hausse significative des prix facturés par Orange si bien que l'incitation des clients à ne recourir qu'à Orange était élevée même pour ceux initialement disposés à partager leurs sites entre plusieurs opérateurs.

d) Appréciation du dommage à l'économie lié aux griefs n° 2 et 3

i) Sur l'ampleur des pratiques en cause

373. Quels que soient la période et le segment de marché considérés, la part de marché d'Orange sur le marché mobile résidentiel s'établit entre 50 et 60 %. L'ampleur des pratiques peut cependant être éventuellement atténuée sur le segment du bas de marché dans la mesure où, comme l'avait relevé l'Autorité dans sa décision n° 12-D-24 du 13 décembre 2012 (paragraphe 371), il peut exister une certaine perméabilité entre les besoins de communications mobiles des très petites entreprises et ceux de la clientèle résidentielle.
374. Par ailleurs, les pratiques visées par les griefs n° 2 et 3 ont été quasi-généralisées au sein de la clientèle non résidentielle. Ainsi, selon des données d'Orange (cote 44193), seules 11 % des lignes des clients d'Orange étaient libres de tout engagement de durée pendant la période couverte par le grief n° 2. Enfin, les lignes non engagées sont également affectées par les pratiques dans la mesure où un client bénéficiaire du PCM sera dissuadé de faire jouer la concurrence même si ses lignes ne sont pas engagées, de crainte de perdre la contrepartie des points acquis. De même, le mécanisme de la remise parc a pu inciter les clients dont une partie des lignes était engagée auprès d'Orange à lui confier les lignes restantes ou une part significative d'entre elles.
375. C'est donc une part significative du marché qui a été affectée par les pratiques d'Orange visées par les griefs n° 2 et 3.

ii) Sur les caractéristiques économiques objectives du secteur

376. L'utilisation de mécanismes de fidélisation doit être mise en regard de l'absence de fluidité qui caractérise le marché non résidentiel. Comme les marchés fixes analysés précédemment, le marché de la téléphonie mobile pour la clientèle non résidentielle présente une fluidité réduite en raison de la réticence de cette clientèle à changer d'opérateur. L'ARCEP note ainsi (p.6) qu'au-delà des risques de coupure liés à une migration, de la complexité technique et de l'aversion au risque des clients, certaines clauses contractuelles qui sont susceptibles d'augmenter les coûts de sortie peuvent contribuer à figer le marché. Par ailleurs, la demande des clients sur ce marché est également quasi-contrainte du fait de l'importance des services de télécommunication mobile pour les entreprises.
377. Le degré de maturité du marché et l'asymétrie des parts de marché doivent faire l'objet d'une analyse plus détaillée.

Sur le degré de maturité du marché

378. Comme l'avait relevé l'Autorité dans sa décision n° 09-D-36 du 9 décembre 2009 (paragraphe 317), « *plus le marché est mature, plus les pratiques de fidélisation peuvent restreindre la concurrence. Sur un marché en phase de croissance, les clients 'à prendre' sont des consommateurs nouvellement présents sur le marché. Par conséquent, même si*

l'essentiel des consommateurs ne fait pas partie de la 'demande adressable' en raison du fait qu'ils sont engagés auprès d'un opérateur, un nouvel entrant peut, en principe, réussir à pénétrer le marché. En revanche, sur un marché mature, l'essentiel de la demande potentielle est déjà présente sur le marché. Dès lors, si ces consommateurs sont déjà engagés auprès des acteurs présents pour des périodes d'engagement longues, la pénétration d'un nouvel entrant sera rendue très difficile ». En l'espèce, l'avis de l'ARCEP indique que le marché de la téléphonie mobile non résidentiel connaît une croissance modérée sur les périodes des saisines (cote 25462).

379. À l'opposé, Orange relève, sur la base de données de l'ARCEP, un triplement du parc d'abonnés mobiles sur le marché non résidentiel entre 2008 et 2014 (cotes 44135 et 44136). Cependant, comme cela a été souligné par SFR en séance, cette croissance du marché provient principalement de la croissance du parc machine à machine (« MtoM »)⁴. L'ARCEP indique ainsi (p. 16) que le nombre de cartes SIM « entreprise » est passé de 6,7 millions en 2008 à 14,6 millions en 2013 mais que les abonnements classiques (voix et voix/data) n'ont crû que de 5,2 millions à 6,6 millions sur la même période. En revanche, le nombre de cartes « MtoM » est passé de 0,9 million à 6,9 millions sur la période⁵.
380. La croissance importante du nombre de lignes « MtoM », qui constituerait une demande adressable par les concurrents, n'est pas en mesure de compenser les effets négatifs des programmes de fidélisation mis en place par Orange, ni de remettre en cause le caractère mature du marché. En effet, le marché « MtoM » ne génère que de faibles revenus et est donc peu attractif : selon l'ARCEP, en 2014, la vente de plus de 7 millions de cartes SIM MtoM commercialisées en France n'a représenté qu'un chiffre d'affaires de 88 millions d'euros⁶, à comparer au chiffre d'affaires de l'ensemble des services mobiles aux entreprises d'environ 2.88 milliards d'euros en 2013⁷.
381. S'agissant de la période antérieure à 2008⁸, l'ARCEP indique que le nombre de cartes SIM « entreprises » est passé de 5.1 millions en 2003 à 7.6 millions en 2007, soit une progression de près de 50 %⁹, qui est pour une large part indépendante de la croissance du nombre de lignes « MtoM »¹⁰. Cependant, ces évolutions sont mesurées en nombre de lignes, et non en nombre d'entreprises clientes. Or, le système de fidélisation mis en place par Orange est susceptible de conduire au verrouillage des nouvelles lignes créées par un client existant d'Orange (par exemple parce qu'en confiant les nouvelles lignes créées à Orange, le client bénéficie d'une hausse de la remise « parc »). Les concurrents n'étaient donc pas nécessairement susceptibles de bénéficier de l'accroissement du nombre de lignes des clients existants. L'atténuation du dommage invoquée par Orange du fait de la croissance du marché est donc à relativiser.

⁴ Ces cartes « MtoM » correspondent aux cartes utilisées pour la communication d'équipements distants. Ces cartes sont par exemple utilisées pour le traçage des objets et outils de travail (flottes de véhicules, machines...) ou à des fins d'actualisation des données ou d'identification et de surveillance (alarmes, interventions à distance...). Cf. <http://www.arcep.fr/index.php?id=12894>.

⁵ <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/observatoire/marc-an2013/marche-entreprise-2013-janv2015.pdf>.

⁶ <http://www.arcep.fr/index.php?id=12877#c92617>.

⁷ <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/observatoire/marc-an2013/marche-entreprise-2013-janv2015.pdf> p.16.

⁸ <http://www.arcep.fr/fileadmin/reprise/observatoire/marc-an2008/obs-march-an2008-def.pdf> p.57.

⁹ Les nombres d'abonnés antérieurement à 2008 n'est pas cohérent avec celui postérieurement à 2008 en raison d'une modification du périmètre utilisé par l'ARCEP.

¹⁰ Il n'existait en 2007 que 0,487 million d'abonnements MtoM (cf. le document de l'ARCEP cité *supra*).

Sur les asymétries de parts de marché

382. Dans sa décision n° 09-D-36 précitée, l'Autorité avait également noté (§ 316) que « *s'agissant de la structure du marché, il est à noter que lorsque celui-ci est caractérisé par de fortes asymétries de parts de marché et notamment par la présence d'opérateurs de petite taille n'ayant pas atteint la taille critique, les pratiques de fidélisation seront plus aptes à empêcher le développement de ces opérateurs, voire de provoquer leur sortie du marché* ».
383. Au cas d'espèce, le marché mobile non résidentiel métropolitain ne présente pas le même degré d'asymétrie des parts de marché que le marché considéré dans la décision n° 09-D-36 et sur lequel la part de marché d'Orange avait pu atteindre jusqu'à 83 %. La part de marché d'Orange sur le marché de la téléphonie mobile non résidentielle en métropole s'établit en effet entre 50 et 60 % et celle de SFR s'établit autour de 30 %. Si cette asymétrie reste très significative, le risque d'éviction des concurrents est moindre par rapport au contexte envisagé dans la décision n° 09-D-36, d'autant que les concurrents d'Orange sur le marché de la téléphonie mobile non résidentielle peuvent mutualiser une partie de leurs coûts grâce à leur activité sur le marché de la téléphonie mobile résidentielle.

iii) Sur les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques

384. S'agissant de la remise « privilège », les engagements de durée associés se limitaient à deux ou trois ans avec une prévalence des engagements de deux ans. Si la fluidité du marché a donc été limitée, la plupart des contrats pouvaient faire l'objet d'une remise en concurrence tous les deux ans. Toutefois, la présence d'une clause de reconduction tacite, le chevauchement des engagements combiné à la remise parc ou encore la mise en œuvre du programme « changer de mobile » ont pu prolonger les effets de ces engagements, notamment pour les clients de petite taille, moins à même d'optimiser la gestion de leurs contrats.
385. L'ARCEP dans son avis, considère en effet que « *l'effet de [la] cette clause « privilège », cumulée ou non avec d'autres remises telles que le programme « changer de mobile » [...], apparaît avoir pour effet de réduire de façon significative la capacité du client à changer d'opérateur, dans des proportions dépassant la simple notion de durée d'engagement, et par là-même contribue à dégrader la fluidité du marché et la capacité de concurrents à jouir d'une concurrence loyale* » (cote 25500) (...) « *notamment en créant des barrières artificielles au processus de changement d'opérateur. Or, dans le contexte spécifique des marchés non résidentiels, pour lesquels les migrations restent des processus complexes et perçus comme à risque, leur impact concurrentiel peut être significatif eu égard à l'attachement des clients à la continuité et à la qualité du service* » (cote 255008).
386. S'agissant de la remise « parc », ses effets anticoncurrentiels sont conditionnés à l'existence d'une fraction non contestable des volumes d'un client par les concurrents d'Orange, due aux engagements de durée également mis en œuvre par Orange au travers de la remise « privilège ». Ainsi, pour un client dont une partie des lignes reste engagée auprès d'Orange, notamment du fait de la tacite reconduction incluse dans son contrat, confier d'autres lignes libres d'engagement à un concurrent entraîne une réduction des remises octroyées sur les lignes toujours engagées auprès d'Orange.
387. Les effets de la remise « parc » sont également différenciés selon qu'elle s'applique à des offres catalogue, destinées aux petits clients, ou hors catalogue, destinées aux clients de plus grande taille.
388. La progressivité des remises « parc » sur les offres catalogue est en effet moindre que pour les offres hors catalogue. De plus, pour ces offres catalogue, les seuils de remise ne sont pas individualisés. L'effet de ces remises en est atténué et, dans son étude économique, Orange

montre que le désavantage tarifaire subi par les concurrents d'Orange n'a vraisemblablement été que de faible ampleur. De fait, le nombre de lignes confiées par chaque client à Orange ne présente pas de « pic » particulier au niveau des seuils des grilles de remise, comme on aurait pu s'y attendre si les clients ne confiaient aux concurrents qu'un nombre de lignes leur permettant de ne pas franchir un seuil dans cette grille de façon à continuer à bénéficier des remises maximales.

389. À l'inverse, s'agissant des clients du haut de marché bénéficiaires d'offres hors catalogue, les remises rétroactives sont individualisées et présentent une forte progressivité. Un client confiant une fraction limitée de ses lignes à un concurrent peut donc être pénalisé par une baisse importante des remises accordées par Orange sur les lignes qui, du fait des engagements de durée, lui restent confiées. Dans certains cas, cependant, des options de co-terminus souscrites par ces clients du haut de marché ont pu leur permettre de résilier l'ensemble de leurs lignes sans paiement de pénalité. S'il est difficile de quantifier la proportion de ces clients bénéficiant de telles options de co-terminus sur l'ensemble de la période couverte par le grief n° 3, celle-ci ne serait cependant pas négligeable, à tout le moins à la fin de ladite période (cf. l'avis de l'ARCEP, cote 25499).
390. Enfin, il convient de relever que la remise « parc » ne s'applique pas à toutes les composantes du prix payé par les clients (les communications internationales, par exemple), ce qui est également de nature à en atténuer l'impact concurrentiel par rapport à une remise qui aurait porté sur l'ensemble des prestations payées par les clients.
391. S'agissant enfin du programme « changer de mobile » (PCM), son intensité a été variable dans le temps. En particulier, la valorisation des points s'est accrue lors de la mise en place de la nouvelle procédure de portabilité des numéros mobiles (PNMV2) en mai 2007. Or, plusieurs documents internes d'Orange attestent qu'Orange considérait la PNMV2 comme susceptible d'accroître la mobilité des clients. Orange note ainsi que la PNM V2 est « *une réalité déjà installée dans les grandes entreprises* » et que la PNM V2 présente « *une menace forte sur les TPE / PME* », en particulier dans la mesure où « *les deux principaux freins pour les TPE / PME seront levés par la PNM V2 : lourdeur du processus et délai* » (cote 17640). Dans un autre document interne, Orange estime également que « *le marché entreprises fait face à de nombreuses pressions concurrentielles et réglementaires* », comme « *le lancement de la PNM V2* », et que cette situation appelle « *des actions marketing ciblées (pricing, fidélisation ...)* » (cote 17812). De plus, Orange s'est aussi appuyée sur « *les enseignements de la PNM en Europe sur le marché Entreprise* » présentés dans un document interne (cote 40084) selon lequel il existe « *un effet accélérateur sur le churn au lancement de la PNM* » même s'il existe « *une érosion sur la durée* ». Ainsi, le lancement de la PNMV2 aurait effectivement pu renforcer la concurrence entre opérateurs. Cependant, au final, Orange constatait que « *depuis mai 2007, la PNM V2 est mise en place et montre un bilan pour l'instant positif pour Orange* » (cote 42102) ainsi qu'« *un contexte global de taux de churn sous contrôle et de ventes dynamiques* ». Les pratiques ont donc bien eu pour effet de limiter l'impact de l'entrée en vigueur de la nouvelle portabilité des numéros mobiles.
392. Pour sa part, Orange considère que les durées d'engagement associées au PCM n'ont pas pu avoir d'effet sensible sur le marché (cote 44195). Elle relève à cet égard que peu de résiliations seraient survenues dans le mois suivant la fin de la période d'engagement, que la possibilité d'utiliser le PCM sans réengagement, à partir de février 2010, n'aurait pas non plus entraîné un accroissement de son utilisation par les clients, et enfin, que les taux de résiliation des lignes seraient également restés stables après cette date.
393. Mais le PCM n'est pas le seul programme de fidélisation mis en place par Orange, si bien qu'il est difficile d'évaluer les effets respectifs de ces différentes pratiques. Dans ce contexte,

comme l'a rappelé la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 4 juillet 2013 précité, « *il est difficile de mesurer les effets précis de l'offre de fidélisation, en les isolant des effets produits par les autres pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par Orange* ». Surtout, un document interne d'Orange relève que le taux de *churn* sur les lignes libres est quatre fois supérieur à celui constaté sur les lignes engagées (cote 40088), si bien que le programme PCM, en incitant au réengagement de ses clients et en limitant ainsi la mobilité de ses clients, a bien conduit à diminuer la fluidité du marché.

394. La limitation de la fluidité du marché entraînée par la combinaison de ces différents mécanismes a eu un impact négatif direct sur les clients engagés en les empêchant de profiter, pendant la durée de leur engagement, de prix inférieurs auprès de concurrents ou d'offres mieux adaptées à leurs besoins. C'est notamment le cas des nombreux clients qui se sont retrouvés enfermés par le mécanisme de reconduction tacite de la remise privilège (voir cotes 225 et 227, 43573 et 43574). Elle a également été susceptible d'affaiblir les concurrents qui se sont vus obligés de rembourser les frais de résiliation de certains clients de façon à pouvoir concurrencer Orange.
395. SFR considère que les pratiques ont eu un impact direct sur sa part de marché pendant la période des pratiques : selon ses estimations internes, celle-ci aurait rapidement augmenté de 2001 à 2003 (passant de 28 à 34 %) avant de stagner puis de diminuer fortement à partir de 2008 (passant de 36 % à 32 % en 2014 - cote 44883).
396. Cependant, si cette évolution de la part de marché de SFR peut en partie s'expliquer par les pratiques mises en œuvre par Orange, elle ne fournit cependant qu'une estimation très imparfaite de leur impact. En particulier, les données communiquées par l'ARCEP dans son avis (cote 25454) montrent qu'une partie de la baisse de part de marché de SFR, au moins entre 2008 et 2011, peut aussi s'expliquer par la montée en puissance de Bouygues Telecom (dont la part de marché augmente d'environ 15 % à environ 20 % aussi bien en volume qu'en valeur entre 2008 et 2011), dont la croissance a cependant pu être ralentie par les pratiques.
397. SFR considère par ailleurs que le fait que la part de marché en valeur d'Orange soit supérieure à sa part de marché en volume (l'inverse étant vrai pour SFR) témoignerait de l'effet des pratiques dans le sens où pour maintenir sa part de marché, SFR aurait été obligée de consentir des efforts financiers importants. Cependant, d'autres facteurs sont susceptibles d'impacter la différence entre les parts de marché en valeur et celles en volume, comme, par exemple, une stratégie de montée en valeur mise en œuvre par Orange.
398. Enfin, comme le relève SFR, les pratiques ont non seulement ralenti la pénétration d'opérateurs existants comme elle-même ou Bouygues Telecom mais aussi certainement découragé d'autres entrants pourtant présents sur le marché résidentiel. Mais l'entrée sur ce marché était également rendue difficile par d'autres facteurs. En effet, le principal entrant potentiel sur le marché de la téléphonie mobile non résidentiel aurait été Free. Or, il apparaît que les actifs dont disposait Free sur le marché grand public (notamment l'image de marque, la base de clients ADSL, la maîtrise des canaux de distribution) n'étaient pas immédiatement transposables au marché mobile non résidentiel compte tenu des spécificités du marché entreprises. Dans ce contexte, les pratiques mises en œuvre par Orange se sont donc ajoutées aux autres obstacles à l'entrée sans qu'il soit pour autant possible de considérer qu'en l'absence de ces pratiques, Free ou d'autres concurrents auraient effectivement pénétré ce marché.

3. SUR LA REITERATION

399. Au cas présent, plusieurs précédents constats d'infraction peuvent être valablement pris en compte pour caractériser la réitération. Pour s'en tenir aux plus récents :
- par une décision n° 97-D-53 du 1^{er} juillet 1997, le Conseil de la concurrence a également sanctionné France Télécom ainsi qu'une de ses filiales pour des pratiques d'éviction mises en œuvre sur le marché des transmissions de données ;
 - dans son arrêt du 29 juin 1999, la cour d'appel de Paris a jugé que France Télécom avait abusé de sa position dominante sur le marché de la liste des abonnés au téléphone en mettant en œuvre des pratiques de différenciations tarifaires sur le marché des fichiers de prospection ;
 - aux termes d'une décision n° 01-D-46 du 13 juillet 2001, le Conseil a sanctionné France Télécom pour avoir mis en œuvre une pratique de ciseaux tarifaires sur le marché des appels fixes vers les mobiles pour les clients « grands comptes » ;
 - par une décision n° 05-D-59 en date du 7 novembre 2005, France Télécom a également été sanctionnée pour avoir mis en œuvre une pratique restrictive dans l'accès des opérateurs tiers à la boucle locale et à ses prolongements dans le secteur de l'internet haut débit ;
 - France Télécom a de nouveau été sanctionnée pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de la boucle locale, par une décision n° 07-D-33 en date du 15 octobre 2007 ;
 - Enfin, l'Autorité a sanctionné Orange Caraïbe et France Télécom, dans sa décision n° 09-D-36 du 9 décembre 2009, pour avoir mis en œuvre différentes pratiques d'éviction sur les marchés de services de communications mobiles dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane ;
400. Ces différentes infractions sont toutes devenues définitives à la date de la présente décision. Elles sont intervenues avant la cessation des pratiques en cause et sont, pour celles qui précèdent les périodes d'infraction, antérieures de moins de 15 ans au commencement des pratiques. Elles ont le même objet et le même effet que celles sanctionnées au cas présent puisqu'elles consistent toutes en des pratiques d'éviction mises en œuvre par l'opérateur dominant dans le secteur des télécommunications et ayant pour objet ou pour effet d'élever des barrières à l'entrée sur les marchés et d'empêcher le développement de la concurrence par des moyens ne reposant pas sur une compétition par les mérites.
401. Au surplus, parmi ces différentes décisions, certaines infractions portent sur le même type de pratiques que celles en cause dans la présente affaire, à savoir des pratiques de discrimination des opérateurs tiers dans l'accès à l'infrastructure essentielle que constitue la boucle locale de cuivre (décision n° 05-D-59 du 7 novembre 2005 précitée) ou des pratiques de remises de fidélisation abusive (décision n° 97-D-53 du 1^{er} juillet 1997, précitée, s'agissant d'une remise rétroactive de nature à freiner le jeu de la concurrence sur le marché et la décision n° 09-D-36 du 9 décembre 2009, sanctionnant le programme « changer de mobile » mis en œuvre dans la zone Antilles-Guyane sur le marché résidentiel).
402. Au cas présent, les pratiques abusives en cause ont perduré pendant de nombreuses années depuis 2002-2003 en dépit des multiples constats d'infraction au droit de la concurrence intervenus peu de temps avant et tout au long de la période de mise en œuvre de ces pratiques. Cette situation démontre la propension d'Orange à s'affranchir des règles de concurrence malgré les rappels successifs du Conseil puis de l'Autorité.

403. Il est vrai qu'à la suite de la décision n° 09-D-36 du 9 décembre 2009 qui a sanctionné le programme « changer de mobile » mis en œuvre sur le marché résidentiel, Orange a mis fin, dès 2010, à ce même programme sur le marché des services mobiles à destination de la clientèle non résidentielle. Cependant, en dépit de ce constat d'infraction, Orange a continué, après 2009, à mettre en œuvre d'autres remises (notamment la remise « privilège ») ayant des effets similaires de fidélisation abusive de la clientèle non résidentielle.
404. La situation de réitération est par conséquent caractérisée.

4. CONCLUSION SUR LE MONTANT DE LA SANCTION

405. Pour tenir compte de la non-contestation des griefs, qui permet des gains procéduraux pour l'Autorité en termes de rédaction et de défense de la décision et qui constitue le gage d'un rétablissement rapide d'une situation concurrentielle saine sur le marché, la rapporteure générale a proposé que la sanction pécuniaire le cas échéant encourue par Orange n'excède pas trois cent cinquante millions d'euros.
406. Ce montant maximal proposé par la rapporteure générale n'excède pas le plafond légal de la sanction. Il permet, dans les circonstances de l'espèce, en complément des injonctions qui seront imposées pour redresser et prévenir les pratiques reprochées toujours en cours, le prononcé d'une sanction à la fois dissuasive et proportionnée, qui tient compte des critères légaux d'individualisation de la sanction et tire les conséquences de la procédure de non-contestation des griefs mise en œuvre. Il y a lieu, par conséquent, d'imposer à Orange une sanction pécuniaire d'un montant de trois cent cinquante millions d'euros.

D. SUR LES INJONCTIONS

407. Le I de l'article L. 464-2 du code de commerce habilite l'Autorité, non seulement à ordonner aux entreprises ou aux organismes ayant mis en place une pratique anticoncurrentielle d'y mettre fin dans un délai déterminé, mais aussi à leur imposer des conditions particulières. Ces injonctions visent à s'assurer que l'entreprise sanctionnée modifiera son comportement pour l'avenir afin de faire cesser l'atteinte portée à la concurrence. Elles doivent être proportionnées au regard de l'objectif ainsi poursuivi.
408. Au cas présent, si la pratique visée par le grief n° 2 a cessé depuis février 2010, les griefs n° 1, 3 et 4 concernent des pratiques qui sont toujours en cours. Il y a donc lieu d'enjoindre à Orange de prendre les mesures nécessaires pour faire cesser ces infractions et de permettre le rétablissement effectif de la situation concurrentielle sur les marchés affectés par les pratiques.
409. À cette fin, en ce qui concerne la pratique visée par le grief n° 1, il est enjoint à Orange de mettre en place un dispositif garantissant la fourniture aux opérateurs des informations de la boucle locale cuivre issues des mêmes sources, dans les mêmes délais, selon les conditions, et à un niveau identique de fiabilité et de performance que ceux dont bénéficient ses propres services commerciaux. Ce dispositif devra garantir l'impossibilité pour les équipes commerciales d'Orange d'accéder dans des conditions plus favorables aux informations et modalités de commande relatives à la boucle locale cuivre. À cette fin, Orange communiquera à l'Autorité de la concurrence dans un délai de deux mois une description des étapes de mise en œuvre de ce dispositif qui devra être opérationnel et effectif dans un délai ne dépassant pas

dix-huit mois. Orange communiquera à l'ARCEP les modalités opérationnelles et techniques de ce nouveau dispositif et transmettra, dès la publication de la présente décision, une description détaillée des processus d'accès aux informations relatives à la boucle locale ainsi qu'un accès aux outils et plateformes « web opérateur » via lesquels il est possible pour les opérateurs de consulter les informations d'éligibilité et de réaliser les commandes sur les produits concernés. Orange autorisera l'ARCEP et ses services à obtenir lorsqu'ils le demandent toute information concernant les conditions d'accès aux informations relatives à l'accès à la boucle locale par les services commerciaux d'Orange. À compter de la notification de la présente décision, Orange mettra en œuvre toute mesure transitoire permettant d'améliorer les conditions dans lesquelles les opérateurs accèdent aux informations en les rapprochant le plus possible de celles de ses équipes commerciales.

410. Orange informera les opérateurs tant des évolutions transitoires que des modalités opérationnelles et techniques du nouveau dispositif, notamment dans le cadre des échanges multilatéraux menés sous l'égide de l'ARCEP.
411. À l'issue d'une période de 24 mois à compter de la présente décision, Orange présentera aux services de l'Autorité de la concurrence un rapport détaillant la mise en place du nouveau dispositif.
412. En ce qui concerne la pratique visée par le grief n° 3, il est enjoint à Orange de prendre toutes mesures utiles pour faire cesser la pratique concernée et de s'abstenir à l'avenir de mettre en œuvre des pratiques ayant un objet ou des effets équivalents. Sans préjudice de la mise en œuvre des autres mesures nécessaires pour faire cesser l'infraction, Orange devra, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision :
- modifier les modalités de calcul des frais de résiliation liés à la souscription de la remise « privilège » afin qu'au-delà de la période initiale d'engagement de 24 ou 36 mois, ces frais n'excèdent pas le remboursement des contreparties objectives, par exemple la subvention du renouvellement du terminal, et proposer la modification des contrats en cours à cette fin ;
 - assurer, à tout moment, une information claire de ses clients sur les dates de fin d'engagement de leurs lignes ;
 - permettre aux clients de connaître aisément le montant des frais de résiliation de l'ensemble de leurs lignes.
413. En ce qui concerne le grief n° 4, il est enjoint à Orange de ne plus pratiquer la remise d'exclusivité en cause et de s'abstenir de mettre en œuvre toute pratique ayant un objet ou un effet équivalent.

E. SUR L'OBLIGATION DE PUBLICATION

414. Aux termes du I de l'article L. 464-2 du code de commerce, « *l'Autorité de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise [...]. Les frais sont supportés par la personne intéressée* ».
415. En l'espèce, afin d'informer la clientèle non résidentielle de la présente décision et de les inciter à la vigilance vis-à-vis des pratiques sanctionnées au titre d'abus de position dominante, il y a lieu d'ordonner à Orange de faire publier, à ses frais, dans les éditions papier

des journaux « *Le Figaro* », et « *Challenges* », le résumé de la présente décision figurant au paragraphe suivant.

416. « *Saisie par Bouygues Telecom, qui s'est ultérieurement désistée, puis par SFR, l'Autorité de la concurrence vient de rendre une décision dans laquelle elle sanctionne Orange à hauteur de 350 millions d'euros pour avoir mis en œuvre, dans plusieurs marchés de communications électroniques, notamment à destination des entreprises, quatre séries de pratiques anticoncurrentielles, dont certaines sont toujours en cours. La décision impose également à Orange une série d'injonctions destinées à rétablir immédiatement le fonctionnement effectif de la concurrence.*

La discrimination dans l'accès aux informations relatives à la gestion de la boucle locale de cuivre

Orange possède un réseau d'accès en cuivre déployé au temps du monopole historique. Cette boucle locale de cuivre, qui correspond au dernier maillon du réseau de télécommunication allant du répartiteur jusqu'au domicile de l'abonné, est utilisée par les opérateurs du secteur pour fournir la majorité des accès haut débit et très haut débit. Ne disposant pas d'une infrastructure équivalente à celle d'Orange, qui couvre 98 % de la population française, les opérateurs concurrents qui souhaitent commercialiser ce type de services sur les marchés de détail sont contraints de s'appuyer sur cette boucle locale historique et de souscrire aux offres de gros d'accès proposés par Orange.

En tant que gestionnaire technique du réseau, Orange dispose, au travers notamment de la base de données « 42C », de l'ensemble des informations relatives à la boucle locale de cuivre. Il a été établi que, depuis plusieurs années, les services commerciaux d'Orange, chargés de la clientèle du milieu et du haut du marché entreprises, accèdent, pour les besoins de leur activité, à un périmètre d'informations plus complet et selon des processus plus rapides que les opérateurs tiers, facilitant ainsi, en termes de délais et de qualité de services, la commercialisation de leurs offres auprès de la clientèle entreprises.

Cette discrimination, toujours en cours, dans l'accès à des informations techniques indispensables pour commercialiser des services fixes sur le marché de détail, a été de nature à défavoriser les opérateurs tiers dans la conquête et la gestion de la clientèle et à élever des barrières à l'entrée sur le marché de détail.

La fidélisation abusive de la clientèle par la mise en œuvre du programme « changer de mobile » sur le marché entreprises

Au moins à partir de 2002, Orange a mis en œuvre le programme « changer de mobile » à destination de la clientèle entreprises. Ce programme permettait au client de cumuler automatiquement des points, chaque mois, en fonction de l'ancienneté de la ligne, du montant de la facture annuelle et du nombre de lignes en parc. Jusqu'en 2010, le client ne pouvait utiliser ses points de fidélité qu'à la condition de réengager sa ligne auprès d'Orange, pour 12 ou 24 mois.

Cette pratique a été de nature à cristalliser les parts de marché au profit d'Orange, opérateur dominant, en dissuadant le consommateur de choisir un opérateur tiers, au risque de perdre ses points de fidélité. Le client ne pouvait donc faire jouer la concurrence au seul moment où cela lui était possible, c'est-à-dire au terme de sa période d'engagement.

La fidélisation abusive de la clientèle par la mise en place d'un système de remises sur le marché mobile entreprises

Au moins à partir de 2003, Orange a mis en œuvre un ensemble de remises de fidélisation sur le marché mobile entreprises. La remise « privilège », centrale dans le système de fidélisation

mis en place par Orange, permet de rallonger les durées d'engagement des clients de 12 à 24 ou 36 mois et de renouveler automatiquement l'engagement par tacite reconduite tous les 12 mois. Elle prévoit en outre le paiement de pénalités de sortie anticipée d'un montant souvent dissuasif et génère un effet de foisonnement des engagements, qui prennent tous fin à des dates différentes, gênant ainsi toute velléité de changer d'opérateur.

Cette remise contre engagement de durée s'accompagne d'un ensemble de remises additionnelles et complémentaires liées au volume, qui ont pour effet d'inciter le client à confier l'ensemble des lignes de son parc à Orange. Tel est notamment le cas de la remise « parc » qui est une remise « catalogue » liée au volume de lignes souscrite par le client dont le taux est progressif, particulièrement au-delà de 100 lignes, et s'applique globalement et non par tranche de lignes. Par l'effet de ces remises, le départ d'une partie des lignes vers un autre opérateur est de nature à renchérir l'ensemble des lignes qui restent confiées à Orange.

En renchérissant artificiellement les coûts de changement d'opérateurs, en enfermant le client dans la durée et en le contraignant au travers d'engagement de volume, cette pratique, qui est toujours en cours, a été de nature à verrouiller le marché et à protéger la position dominante d'Orange sur le marché des services de communications mobiles destinés aux professionnels et aux entreprises.

La fidélisation abusive de la clientèle par la mise en œuvre d'une remise d'exclusivité sur les offres de réseaux privés virtuels destinées aux entreprises

Les services de réseau privé virtuel (VPN) proposés par les opérateurs répondent aux besoins d'interconnexion privatisée et sécurisée des entreprises implantées sur plusieurs sites géographiques.

Orange a mis en place un ensemble de remises sur ses offres VPN, en particulier « Equant IP VPN » et « Business VPN », tout en donnant pour consigne à ses forces de vente de n'en faire bénéficier les clients qu'à la condition qu'ils ne confient aucun raccordement de leurs sites aux opérateurs tiers, se réservant ainsi l'exclusivité du parc de l'entreprise.

Ce mécanisme de rabais d'exclusivité pratiqué au moins depuis 2006, et jusqu'en juillet 2015, par Orange, opérateur dominant sur le marché, a eu pour effet de restreindre la concurrence tant au vu de sa capacité à lier les clients que de sa capacité à évincer les concurrents.

Une sanction pécuniaire dissuasive et proportionnée qui s'accompagne d'injonctions permettant d'améliorer le fonctionnement concurrentiel des marchés entreprises

L'Autorité a considéré que ces pratiques d'éviction constituaient des abus de position dominante, prohibés par le droit européen et le droit national de la concurrence. Venant d'un opérateur historique qui gère toujours l'infrastructure essentielle qu'est la boucle locale, ces comportements sont d'autant plus graves qu'elles ont été mis en œuvre sur une très longue période, jusqu'à aujourd'hui pour les plus importantes, et sur la quasi-totalité des marchés de télécommunications offerts aux entreprises. Orange a par ailleurs plusieurs fois été condamnée dans le passé pour des pratiques similaires.

Les différentes pratiques constatées ont causé un dommage certain à l'économie, en entravant la capacité des opérateurs tiers à faire concurrence à Orange, et donc à proposer aux entreprises, pour qui les services de télécommunications sont de plus en plus indispensables, des offres alternatives qui peuvent être plus compétitives en prix, en qualité ou en innovation.

Pour l'ensemble des pratiques correspondant aux griefs notifiés, qu'Orange n'a pas contestés, l'Autorité a prononcé une sanction d'un montant total de trois cent cinquante millions d'euros.

L'Autorité a décidé d'assortir cette sanction, dont le montant présente un caractère à la fois proportionné et dissuasif, de plusieurs injonctions destinées à permettre le rétablissement effectif et immédiat de la situation concurrentielle sur les marchés affectés par les pratiques. L'Autorité a donc ordonné à Orange de :

- *Mettre en place dans un délai de 18 mois un dispositif garantissant la fourniture aux opérateurs des informations de la boucle locale cuivre issues des mêmes sources, dans les mêmes délais, selon les conditions, et à un niveau identique de fiabilité et de performance que ceux dont bénéficient ses propres services commerciaux. D'ici là, Orange mettra en œuvre toute mesure transitoire permettant d'améliorer les conditions dans lesquelles les opérateurs accèdent aux informations en les rapprochant le plus possible de celles de ses équipes commerciales.*
- *Prendre toutes les mesures nécessaires utiles pour faire cesser les pratiques de remises de fidélisation sur le marché mobile entreprises et de s'abstenir à l'avenir de mettre en œuvre des pratiques ayant un objet ou des effets équivalents. Orange devra notamment dans un délai de trois mois : - modifier les modalités de calcul des frais de résiliation liés à la souscription de la remise « privilège » afin qu'au-delà de la période initiale d'engagement de 24 ou 36 mois, ces frais n'excèdent pas le remboursement des contreparties objectives, par exemple la subvention du renouvellement du terminal, et proposer à ses clients la modification des contrats en cours à cette fin ; - assurer, à tout moment, une information claire de ses clients sur les dates de fin d'engagement de leurs lignes ; - permettre aux clients de connaître aisément le montant des frais de résiliation de l'ensemble de leurs lignes.*
- *Cesser de pratiquer la remise d'exclusivité sur ses offres de réseau privé virtuel et s'abstenir de mettre en œuvre toute pratique équivalente.*

Orange a choisi de coopérer avec l'Autorité de la concurrence : elle ne conteste pas les pratiques ni leur caractère anticoncurrentiel, ni enfin l'issue donnée à l'affaire, qu'il s'agisse de la sanction pécuniaire ou des injonctions destinées à rétablir immédiatement un fonctionnement concurrentiel du marché.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi qu'Orange a enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ainsi que celles de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en mettant en œuvre les pratiques visées par les quatre griefs exposés au paragraphe 260.

Article 2 : L'Autorité de la concurrence considère, sur la base des informations dont elle dispose, que les conditions d'une interdiction au titre des articles 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article L. 420-2 du code de commerce ne sont pas réunies à l'égard des autres pratiques dénoncées par les saisines. Il n'y a donc pas lieu de poursuivre la procédure en ce qui concerne ces pratiques.

Article 3 : Au titre des pratiques visées à l'article 1^{er}, il est infligé à Orange une sanction pécuniaire d'un montant de 350 000 000 euros.

Article 4 : Il est ordonné à Orange de se conformer en tous points aux injonctions prévues aux paragraphes 409 à 413 de la présente décision.

Article 5 : Orange fera publier à ses frais le texte figurant au paragraphe 416 de la présente décision dans les journaux « *Le Figaro* » et « *Challenges* », en respectant la mise en forme. Cette publication interviendra dans un encadré en caractères noirs sur fond blanc de hauteur au moins égale à trois millimètres sous le titre suivant, en caractère gras de même taille : « Décision de l'Autorité de la concurrence n° 15-D-20 du 17 décembre 2015 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des communications électroniques ». Ce titre sera suivi du lien vers le texte intégral de la décision sur le site internet de l'Autorité de la concurrence. Orange adressera, sous pli recommandé, au bureau de la procédure, copie de cette publication, dès sa parution et au plus tard le 17 février 2016.

La secrétaire de séance,

La vice-présidente,

Claire Villeval

Élisabeth Flury-Hérard