

**Décision n° 2014-0192**  
**de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes**  
**en date du 13 février 2014**  
**se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant**  
**les sociétés Oméa Telecom et Orange**

**DOCUMENT NON CONFIDENTIEL**

Les passages relevant d'un secret protégé par la loi ont été remplacés par la mention [...].

Vu la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, modifiée (directive « accès ») ;

Vu la directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, modifiée (directive « cadre ») ;

Vu le code des postes et des communications électroniques (ci-après CPCE), notamment ses articles L. 36-8 et R. 11-1 ;

Vu l'arrêté du 23 février 2010 relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 2,1 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un système mobile de troisième génération ;

Vu l'arrêté du 14 juin 2011 relatif aux modalités et aux conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans les bandes 800 MHz et 2,6 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un système mobile terrestre ;

Vu la décision n° 2010-0199 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 11 février 2010 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 2,1 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public ;

Vu la décision n° 2010-0634 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 8 juin 2010 autorisant la société Orange France (ci-après Orange) à utiliser des fréquences pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public ;

Vu la décision n° 2011-0598 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 31 mai 2011 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de

fréquences dans la bande 2,6 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public ;

Vu la décision n° 2011-0600 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 31 mai 2011 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 800 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public ;

Vu la décision n° 2011-1170 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 11 octobre 2011 autorisant Orange à utiliser des fréquences dans la bande 2,6 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public ;

Vu la décision n° 2012-0038 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes en date du 17 janvier 2012 autorisant Orange à utiliser des fréquences dans la bande 800 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public ;

Vu le règlement intérieur de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après l'Autorité), modifié par la décision n° 2012-1351 de l'Autorité en date du 6 novembre 2012.

- **Vu la demande de règlement de différend enregistrée à l'Autorité le 16 octobre 2013, présentée par la société Oméa Télécom (ci-après Oméa), société anonyme au capital de 1 026 396 euros, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Nanterre sous le numéro 495 028 987, dont le siège social est situé 12, rue Belgrand, à Levallois-Perret (92300), représentée [...] et assistée par le cabinet Magenta, société d'avocats. Oméa demande à l'Autorité :**

A. *« De constater la formalisation du différend sur l'ensemble de [ses] demandes » ;*

B. *« S'agissant des tarifs des usages nationaux voix, SMS et data 2G/3G (et du trafic light voix vers l'international), [d']enjoindre à Orange, dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision de règlement de différend à intervenir, de :*

- *B.1. : Appliquer aux trafics light et full une structure tarifaire fondée uniquement sur un tarif par usage (voix, SMS, data), à l'exclusion de tout système de droit fixe, de fee, d'options tarifaires ou de minimum de facturation ;*
- *B.2. : Appliquer à compter du 23 avril 2012, dans le cadre de la structure tarifaire mentionnée au point B.1, les tarifs maxima suivants et procéder aux remboursements qui s'imposent en conséquence pour les trafics light et full » : [...] / minute (avec facturation à la seconde) pour la voix sortante ; [...] / minute (avec facturation à la seconde) pour la voix entrante ; [...] / SMS pour les SMS sortants ; [...] pour les SMS entrants et [...] pour la data 2G/3G ;*
- *B.3. : Dans l'hypothèse où l'Autorité considérerait justifiée l'application d'une tarification incluant une composante fixe pour la tarification des usages visés au point B.2, (quod non) appliquer à compter du 23 avril 2012 les tarifs maxima suivants pour les trafics Light et Full » : [...] € HT par carte SIM active en début de mois pour la composante fixe ; [...] € HT / minute (avec facturation à la*

seconde) pour la voix sortante ; [...] € HT / minute (avec facturation à la seconde) pour la voix entrante ; [...] € HT / SMS pour les SMS sortants ; [...] pour les SMS entrants et [...] pour la data 2G/3G.

- C. « *S'agissant des tarifs data 4G, enjoindre à Orange, dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision de règlement de différend à intervenir, de proposer à Oméa une offre d'accueil 4G dont la tarification devra être fondée uniquement sur un tarif par usage, à l'exclusion de tout système de droit fixe, de fee, d'options tarifaires ou de minimum de facturation, et dont le tarif par usage devra être au maximum* » de [...].

*« Dans l'hypothèse où l'Autorité considérerait justifiée l'application d'une tarification incluant une composante fixe (quod non), enjoindre à Orange, dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision de règlement de différend à intervenir, de proposer à Oméa une offre d'accueil 4G fondée sur une structure tarifaire comportant une part fixe, avec l'application, des tarifs maxima suivants » : « [...] par carte SIM active en début de mois pour tous les usages (y compris data 4G) » s'agissant de la composante fixe 2G/3G/4G ; « [...] par Mbit par seconde et par mois (débit crête) » pour la data 4G.*

- D. « *Enjoindre à Orange, dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision de règlement de différend à intervenir, de pérenniser l'application de [...] tant que les clients demeureront hébergés par Oméa sur l'architecture résultant des contrats light et ce dans la limite d'une durée de trois ans à compter de la décision à intervenir* » ;
- E. « *Enjoindre à Orange, dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision de règlement de différend à intervenir, de fournir gratuitement à Oméa l'information « LAC » permettant aux clients d'Oméa sur un réseau tiers d'accéder aux zones blanches 2G d'Orange* » ;
- F. « *Enjoindre à Orange, dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision de règlement de différend à intervenir, d'appliquer au trafic réalisé par les clients d'Oméa sur le réseau Orange à destination et en provenance des zones blanches 2G les mêmes tarifs que ceux mentionnés au point B.2, et ce à compter du 23 octobre 2012* ».
- G. « *Enjoindre à Orange, dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision de règlement de différend à intervenir, d'appliquer au trafic échangé avec les utilisateurs des réseaux fixe et mobile d'Orange les mêmes modalités de [...] que celles appliquées aux autres trafics en application de l'article 2.3 de l'accord cadre, et ce à compter du 19 juillet 2013* ».

**Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes**, Oméa soutient, d'une part, que l'Autorité est compétente pour connaître du différend et, ce aux dates demandées, et, d'autre part, que le différend est formalisé, Orange ayant refusé de faire droit à chacune de ses demandes.

**Sur le fond**, Oméa soutient qu'Orange est tenue aux obligations de transparence et d'objectivité prévues par l'article D. 99-10 du CPCE et aux obligations prévues par les engagements relatifs à l'accueil de MVNO, inscrits dans ses autorisations d'utilisation de fréquences 3G de 2010 et 4G de 2011-2012, « engagements 4G » qu'elle estime être entrés en

vigueur lorsque Orange a commencé à mener des expérimentations sur ses fréquences 4G en juin 2012.

Oméa soutient également que chacune de ses demandes est indispensable et justifiée au regard des objectifs de régulation fixés à l'article L.32-1 du CPCE, notamment l'exercice d'une concurrence effective et loyale au bénéfice des utilisateurs, l'innovation et la compétitivité dans le secteur des communications électroniques, et la promotion d'une concurrence fondée sur les infrastructures. Pour chacune de ses demandes, Oméa fait valoir qu'elles sont proportionnées « *au regard des éventuelles contraintes que leur mise en œuvre fait peser sur Orange* ».

**S'agissant de la demande B1** relative à une tarification fondée sur les seuls usages constatés, Oméa soutient notamment que le minimum de facturation de [...] d'euros de chiffre d'affaires sur deux ans, le système de montant fixe ouvrant droit à des tarifs préférentiels dans la limite de certains volumes, le mécanisme d'options tarifaires et le *fee* mensuel par ligne de [...] au titre de la data full-MVNO doivent être supprimés au motif que ces mécanismes sont inéquitables, injustifiés au regard des coûts sous-jacents d'Orange (en violation de l'article D. 99-10 du CPCE) et contreviennent, d'une part, à l'« engagement 3G » (compte tenu de leur effet fidélisant et de la restriction qu'ils entraînent à l'autonomie commerciale d'Oméa sur le marché de détail) et, d'autre part, à l'« engagement 4G » (en raison du manquement à l'obligation d'accueil de MVNO à des conditions économiques raisonnables et compatibles avec l'exercice d'une concurrence effective et loyale sur les marchés de gros et de détail).

**S'agissant des demandes B.2 et B.3** relatives aux tarifs par usage de la voix, des SMS et de la data (hors 4G) intra-métropolitains, Oméa soutient notamment que les tarifs de gros appliqués ou proposés par Orange :

- d'une part, sont extrêmement élevés par rapport aux coûts qu'elle supporte,
- d'autre part, comme le démontre le rapport Progressus, ne permettent pas à Oméa de répliquer, dans des conditions de rentabilité normales, les offres de cœur de marché, et suscitent donc un important effet de ciseau tarifaire,
- enfin, permettent à Orange de réaliser un niveau de marges « *démesuré et inéquitable au regard de la répartition des rôles respectifs des deux opérateurs dans la création de valeur* ».

Oméa en conclut que les pratiques tarifaires d'Orange méconnaissent les obligations prévues par l'article D. 99-10 du CPCE et par les engagements 3G et 4G inscrits dans les autorisations d'Orange.

**S'agissant de la demande C**, relative à la fixation de tarifs *maxima* pour la data 4G dans le cadre d'une tarification uniquement fondée sur un tarif à l'usage ou, à titre subsidiaire, dans le cadre d'une structure tarifaire incluant une composante fixe, Oméa soutient que les droits d'accès au réseau 4G proposés par Orange sont exorbitants, constituent une barrière à l'entrée, sont disproportionnés par rapport aux tarifs pratiqués par Orange sur le marché de détail et sont injustifiés au regard des investissements que devra réaliser Oméa pour développer un service 4G. Elle en conclut que les conditions économiques d'accès au réseau 4G proposées par Orange sont déraisonnables, en méconnaissance de l'« engagement 4G » et sont incohérentes au regard des coûts sous-jacents d'Orange, en violation de l'article D. 99-10 du CPCE.

**S'agissant de la demande D**, Oméa soutient que la pérennisation, dans la limite de trois ans, de l'application de [...] en attendant que ses clients actuellement hébergés sur l'architecture light-MVNO soient transférés sur l'architecture full-MVNO, est indispensable au regard du coût de migration de ses clients de l'architecture light vers l'architecture full-MVNO et des conséquences économiques qui résulteraient d'un [...]. Oméa fait valoir que l'application de [...], de même que l'application d'un tarif dérogatoire pour les appels voix vers l'international, matérialisent une violation des engagements 3G et 4G d'Orange ainsi que du principe d'objectivité des tarifs de gros résultant de l'article D. 99-10 du CPCE.

**S'agissant de la demande E**, relative à l'accès aux zones blanches 2G d'Orange pour les clients hébergés sur d'autres réseaux, Oméa constate que ses clients hébergés sur un réseau autre que celui d'Orange n'ont pas accès au réseau 2G d'Orange dans les zones blanches, ce qui contrevient aux obligations d'Orange résultant de sa licence 2G et de la convention 2G conclue avec les autres opérateurs de réseaux et conduit à une discrimination « *dans des circonstances analogues, dans le traitement des opérateurs* » (les clients des autres opérateurs de réseaux pouvant, eux, accéder aux zones blanches 2G d'Orange).

**S'agissant de la demande F**, relative à la suppression des tarifs spécifiques voix / SMS / data pour accéder aux zones blanches 2G d'Orange, Oméa soutient qu'ils sont [...] supérieurs aux tarifs appliqués aujourd'hui par Orange hors de ces zones, en violation des « engagements 4G », de l'article D.99-10 du CPCE.

**S'agissant de la demande G**, tendant à intégrer les trafics light MVNO en provenance et à destination du groupe Orange (fixe et mobile) au [...] tel qu'appliqué au trafic à l'origine et à destination des autres opérateurs de réseau, Oméa évalue à [...] d'euros l'impact de l'absence de [...], ce qui contribue, selon elle, au caractère inéquitable des tarifs pratiqués par Orange. Oméa soutient également que ce [...] est disproportionné et injustifié.

- **Vu le courrier électronique du 18 octobre 2013, par lequel Oméa a transmis à l'Autorité une pièce complémentaire n°44 à sa saisine, ainsi qu'un bordereau des pièces jointes, corrigé ;**
- **Vu le courrier du 18 octobre 2013, par lequel le directeur des affaires juridiques de l'Autorité a transmis aux parties le calendrier prévisionnel de dépôt des mémoires et a désigné les rapporteurs ;**
- **Vu les observations en défense enregistrées à l'Autorité le 19 décembre 2013, présentées par la société Orange, société anonyme au capital de 10 595 541 532 Euros, immatriculée au registre du commerce et des sociétés de Paris sous le numéro 380 129 866, dont le siège social est situé 78, rue Olivier de Serres, à Paris (75015) et, représentée par [...]. Orange demande à l'Autorité de rejeter l'ensemble des demandes d'Oméa et formule des demandes reconventionnelles tendant à :**
  - « *enjoindre à Oméa de respecter pour 2013 les dispositions contractuelles résultant de l'avenant 2 du contrat full-MVNO librement acceptées, c'est-à-dire le versement des parts fixes définitivement acquises et l'application rétroactive pour 2013 des [...] conformément à l'accord-cadre du 13 avril 2012 modifié par avenant le 25 avril 2013 en l'absence d'une montée en charge effective du trafic mobile sur l'architecture full-MVNO d'Orange ;*

- enjoindre à Oméa de respecter pour 2014 une [...] tenant compte de la répartition réelle du trafic d'Oméa Télécom sur la base des propositions tarifaires faites par Orange ;
- déclarer raisonnables les conditions tarifaires pour la 4G proposées par Orange ».

**Sur la recevabilité de la saisine,** Orange soutient que :

- les demandes d'Oméa sont irrecevables dans leur ensemble dès lors qu'elles ne peuvent « s'inscrire dans l'exécution d'une convention d'accès », Oméa ayant « choisi(...) de suspendre unilatéralement l'exécution de la convention avec Orange avant même de saisir le régulateur » en refusant de payer le montant fixe prévu par cette convention ;
- la demande d'Oméa d'évolution des tarifs pour les usages voix, SMS et data 2G/3G hors zones blanches est irrecevable pour la période antérieure au 19 juillet 2013 car, avant cette date, il n'existait, sur ce point, aucun litige matérialisé de manière suffisamment précise et circonstanciée.

**Sur la recevabilité de ses demandes reconventionnelles,** Orange soutient qu'elles présentent un lien suffisant avec la demande initiale et remplissent les critères énoncés à l'article L. 36-8 du CPCE.

**Sur le fond,** Orange soutient que les demandes d'Oméa ne sont pas légitimes.

Orange considère, en premier lieu, que les demandes d'Oméa conduisent à une dénaturation des obligations réglementaires d'Orange.

Orange soutient, en deuxième lieu, que le modèle de tarification full-MVNO comportant une part fixe a librement été négocié et accepté par les parties, est très favorable pour Oméa et est conforme aux obligations réglementaires d'Orange. Il ne saurait donc être remis en cause pour 2012 et 2013.

Orange soutient, en troisième lieu, que les prétentions tarifaires d'Oméa sont injustifiées, et déraisonnables et qu'y faire droit conduirait à une distorsion de concurrence sur le marché de détail à son détriment. A cet égard, Orange s'appuie notamment sur les résultats du « *test de viabilité des MVNO* » qu'elle a établi pour s'assurer du respect de son engagement économique renforcé au regard des prix de détail qu'elle pratique. Pour Orange, ce test montre qu'Oméa dispose d'un espace économique positif lui permettant de développer des offres viables sur le marché de détail et que les tarifs demandés par Oméa contraindraient Orange à vendre en dessous de ses coûts complets, ce qui entrainerait par voie de conséquence une distorsion de concurrence sur le marché de détail au détriment de l'opérateur hôte et remettrait en cause les anticipations faites dans le cadre des procédures d'attributions des fréquences 4G. Orange ajoute que les tarifs 2014 qu'elle a proposés à Oméa ont principalement été établis en fonction du souhait d'Oméa d'une tarification à l'usage, sans part fixe ni engagement de volume et, sur la base des meilleures estimations d'Orange. Plus spécifiquement sur les tarifs d'accès à la 4G, Orange fait valoir que sa proposition, « *tout en étant fondée sur la structure des coûts de la 4G d'Orange, accorde néanmoins des conditions économiques de la 4G plus favorables à Oméa que celles supportées par Orange elle-même* » et que, en tout état de cause, l'analyse d'Oméa est fondée sur une comparaison erronée entre les tarifs de gros proposés par Orange et les prix de détail pratiqués, alors que ceux-ci ne reflètent pas le niveau actuel des coûts de la 4G.

Orange soutient, en quatrième lieu, que [...] est, d'une part, conforme à son « engagement 4G » qui implique une cohérence des tarifs de gros proposés à chaque type de partenaire MVNO, light ou full, compte tenu de leur apport différent à la création de valeur et, d'autre part, cohérente au regard des coûts sous-jacents supportés par Orange, qui sont distincts selon que le trafic des clients du MVNO utilise l'architecture light ou full-MVNO. Orange fait valoir que la [...] est rendue nécessaire en 2014 au regard du faible développement du parc clients d'Oméa sur l'architecture full-MVNO et que, par conséquent, il n'est pas justifié de pérenniser le dispositif prévu par l'accord-cadre conclu entre les parties prévoyant l'application jusqu'à fin 2013, [...].

En cinquième lieu, sur l'accès aux zones blanches 2G, Orange soutient n'avoir jamais refusé de fournir gratuitement à Oméa les codes « LAC » demandés, bien que, selon elle, il n'existe aucune obligation à sa charge de fournir l'accès à la boucle locale radio de son réseau au MVNO lorsqu'il est accueilli sur le réseau mobile d'un opérateur tiers. Néanmoins, Orange indique que la fourniture des codes « LAC » est insuffisante pour permettre aux clients d'Oméa hébergés sur le réseau d'un opérateur tiers d'accéder aux zones blanches 2G d'Orange, sauf à réaliser des investissements importants et procéder à une refonte profonde de l'ingénierie de réseau d'Orange. Pour cette raison, Orange précise qu'elle a proposé des solutions alternatives à Oméa qui les a rejetées.

Orange soutient, en sixième lieu, que la demande d'Oméa d'un tarif unique entre les zones blanches et le reste du territoire reviendrait à nier les coûts supplémentaires supportés par Orange pour assurer la couverture des zones blanches 2G.

Orange soutient, en septième et dernier lieu, que la demande d'Oméa portant sur l'application au trafic échangé avec les utilisateurs des réseaux fixe et mobile d'Orange [...] que celles appliquées aux autres trafics n'est pas fondée au regard des obligations réglementaires d'Orange. Orange fait également valoir que le périmètre [...] prévu par le contrat, a librement été négocié et accepté par les parties et que faire droit à la demande d'Oméa conduirait à un bouleversement de l'équilibre financier du contrat et à une distorsion de concurrence sur le marché de détail.

- **Vu le mémoire en réplique enregistré à l'Autorité le 4 décembre 2013, présenté par Oméa, par lequel elle maintient ses demandes.**

**Oméa persiste dans ses conclusions et moyens et conclut à l'irrecevabilité des demandes reconventionnelles d'Orange** aux motifs, d'une part, que la demande aux fins d'injonction d'exécution des clauses est « *de nature purement contractuelle(...) sans lien avec la fixation de conditions tarifaires équitables* » et n'a fait l'objet d'aucun échec des négociations ; d'autre part, que les demandes tendant à ce que l'Autorité reconnaisse le caractère légitime des tarifs proposés par Orange pour 2014 relèvent de demandes de constat, non recevables dans le cadre d'un règlement de différend.

**Sur le fond**, Oméa maintient l'argumentation développée dans ses précédentes écritures.

Oméa ajoute en particulier que :

- sur les tarifs des usages nationaux voix, SMS et data hors 4G, les arguments soulevés par Orange doivent être écartés, en particulier, quant à la pertinence et la légitimité du droit fixe ; Oméa fait également valoir que le test de viabilité proposé par Orange se fonde sur

des hypothèses non pertinentes ; elle confirme notamment que ses demandes tarifaires conduisent à un partage équitable de la valeur entre les parties ;

- sur les tarifs 4G, la méthode de valorisation de la data 4G par Orange est critiquable, car elle ne prend pas en compte l'économie que son « engagement 4G » lui a permis d'effectuer lors de l'attribution des licences 4G ; Oméa considère que l'offre d'Orange s'apparente à une offre de co-investissement de la 4G qui est inéquitable et assortie de tarifs élevés et injustifiés, en méconnaissance de l' « engagement 4G ». Elle observe, par ailleurs, que Orange ne justifie pas que le niveau de ses prix de détail sur la 4G serait inférieur aux coûts qu'elle supporte ;
  - sur la pérennisation de l'application de [...], Oméa Télécom souligne que sa stratégie est de maximiser les abonnés sur sa structure full-MVNO afin de rentabiliser les investissements qu'elle a réalisés et de faire migrer progressivement ses clients light sur le full dès qu'elle en a l'occasion. Elle ajoute que si elle n'a pas réalisé la montée en charge de ses clients sur la structure full « qu'elle appelait pourtant de ses vœux », c'est en raison des « *tarifs inéquitables* » pratiqués par Orange ;
  - sur l'accès aux zones blanches 2G d'Orange pour les clients d'Oméa Télécom hébergés sur d'autres réseaux, les solutions alternatives proposées par Orange « *ne sont pas praticables* » ; Orange n'apporte aucun élément concret permettant de justifier le montant des investissements qu'elle estime requis pour faire évoluer son réseau afin de répondre à la demande d'Oméa.
- **Vu le mémoire en duplicata enregistré le 18 décembre 2013, présenté par Orange, par lequel elle persiste dans ses conclusions et moyens ;** elle ajoute en particulier que :
    - ses demandes reconventionnelles, qui sont justifiées, répondent aux conditions de compétence et de recevabilité prévues par l'article L. 36-8 du CPCE dès lors que sa demande d'injonction relative aux tarifs 2013 est en lien avec les conditions équitables de l'accès sur lesquelles l'Autorité est pleinement compétente pour statuer ; les demandes portant sur les tarifs 2014 visent à permettre l'évolution des conditions tarifaires des accords conclus entre Orange et Oméa, et ne traduisent pas une demande de constat ; chacune de ses demandes a fait l'objet d'un échec des négociations ;
    - les textes en vigueur ne permettent pas d'exiger la production par Orange de ses coûts dans la procédure, et la communication de telles données méconnaîtrait le secret des affaires.
  - **Vu le courrier du 18 décembre 2013, par lequel le directeur des affaires juridiques de l'Autorité a transmis un questionnaire aux parties.**
  - **Vu les réponses d'Oméa au questionnaire, enregistrées à l'Autorité le 14 janvier 2014,** par lesquelles Oméa formule notamment « *une demande additionnelle tendant à ce que l'Autorité enjoigne à la société Orange de lui fournir, dans un délai d'un mois à compter de la décision à intervenir, et sans surcoûts, l'accès aux débits H+* ».
  - **Vu les réponses d'Orange au questionnaire, enregistrées à l'Autorité le 14 janvier 2014.**

- **Vu le courrier du 16 janvier 2014, par lequel Oméa et Orange ont été invitées à participer à une audience devant le collège de l’Autorité en date du 4 février 2014, et informées que la clôture d’instruction de la présente affaire était fixée au lundi 27 janvier 2014 à 12 heures.**
- **Vu le courrier du 27 janvier 2014 par lequel Orange a présenté des observations en réponse à la demande d’Oméa formulée dans le cadre de sa réponse au questionnaire.** Après avoir noté le caractère tardif de cette demande, Orange soutient qu’une telle demande n’est pas recevable dès lors qu’il n’a existé aucune discussion entre les parties sur ce point.
- **Vu le courrier du 27 janvier 2014 par lequel Oméa a transmis trois pièces complémentaires en ce qui concerne le refus par Orange de faire droit à la demande d’Oméa d’accès aux débits H+.**
- **Vu le courrier du 27 janvier 2014 d’Orange,** par lequel elle soutient que ces pièces ont été produites à expiration du délai de clôture de l’instruction, et souligne, si elles étaient retenues dans le cadre de la procédure, que les trois nouvelles pièces confirment qu’Oméa n’a jamais discuté de la fourniture d’un accès, sans surcoûts, aux débits data H+, et que le prétendu refus d’Orange établi par ces pièces serait postérieur à la demande additionnelle du 14 janvier 2014.
- **Vu les autres pièces du dossier.**

**Après avoir entendu le 4 février 2014, lors de l’audience devant le collège de l’Autorité (composé de M. Jean-Ludovic Silicani, président, Mmes Françoise Benhamou et Marie-Laure Denis et MM. Daniel-Georges Courtois et Jacques Stern, membres de l’Autorité) :**

- le rapport de Mme Elisabeth Suel, présentant les conclusions et les moyens des parties ;
- les observations de Maître [...], M.M. [...] pour la société Oméa Télécom ;
- les observations de MM. [...] et Mme [...] pour la société Orange ;

En présence de :

- Maître [...], MM. [...], pour la société Oméa Télécom ;
- Mmes [...] et M. [...], pour la société Orange ;
- M. Benoit Loutrel, directeur général, Mme Racha Sahly et M. David Le Chenadec, rapporteurs, et Mmes Isabelle Caron, Gaëlle Nguyen et Natacha Dubois, MM. Rémi Stefanini, Olivier Corolleur, Guillaume Mellier et Christian Guénod, agents de l’Autorité ;

## **Sur la publicité de l'audience**

L'article 15 du règlement intérieur susvisé prévoit : « *L'audience est publique, sauf demande conjointe de toutes les parties. Si cette demande n'est pas conjointe, le collège de l'Autorité en délibère* ».

La société Orange a demandé, par un courrier du 29 janvier 2014, que l'audience se déroule à huis clos. Par courrier du 30 janvier 2014, Oméa a indiqué ne pas s'opposer à la publicité de l'audience. Lors de l'audience, les parties ont indiqué ne pas s'opposer à sa publicité. En conséquence, l'audience a été publique.

Le collège de l'Autorité (composé de M. Jean-Ludovic Silicani, président, Mmes Françoise Benhamou et Marie-Laure Denis et MM. Daniel-Georges Courtois et Jacques Stern, membres de l'Autorité) en ayant délibéré le 13 février 2014, hors la présence des rapporteurs et des agents de l'Autorité, adopte la présente décision.

## Sommaire

<b>1</b>	<b>Contexte .....</b>	<b>14</b>
1.1	Les acteurs du marché mobile métropolitain .....	14
1.2	Les relations contractuelles entre Oméa et Orange .....	15
<b>2</b>	<b>Sur la compétence de l’Autorité et la recevabilité des demandes .....</b>	<b>16</b>
2.1	Sur la compétence de l’Autorité et la recevabilité des demandes d’Oméa .....	16
2.1.1	Sur la compétence de l’Autorité pour connaître des conclusions d’Oméa, nonobstant l’inexécution par celle-ci de la clause de la convention d’accès relative au paiement des droits fixes pour 2013 .....	16
2.1.2	Sur la détermination de la date de début de la période couverte par le différend s’agissant des demandes d’Oméa relatives aux conditions tarifaires de la prestation d’accès aux réseaux 2G et 3G d’Orange, hors zones blanches .....	17
2.1.3	Sur l’absence d’échec des négociations concernant la demande d’Oméa relative au tarif appliqué au trafic light MVNO pour la voix à destination de l’international .....	18
2.1.4	Sur l’absence d’échec des négociations concernant la demande additionnelle d’Oméa d’accéder, sans surcoût, aux débits « H+ » .....	19
2.2	Sur la compétence de l’Autorité et la recevabilité des demandes reconventionnelles d’Orange .....	20
2.2.1	Sur les conclusions d’Orange aux fins d’injonction d’exécution des clauses contractuelles de la convention d’accès .....	20
2.2.2	Sur les conclusions d’Orange tendant à la constatation du caractère légitime pour 2014, d’une part, d’une facturation comprenant [...] et, d’autre part, de la proposition tarifaire d’Orange s’agissant de l’accès à son réseau 4G .....	21
<b>3</b>	<b>Sur le fond .....</b>	<b>23</b>
3.1	Contenu et portée du cadre juridique applicable .....	23
3.1.1	Absence de régulation <i>ex ante</i> du marché de gros de l’accueil des MVNO .....	23
3.1.2	Portée de l’article D. 99-10 du CPCE .....	24
3.1.3	Champ d’application des engagements d’accueil de MVNO .....	25
3.1.4	Portée des engagements d’accueil de MVNO .....	27
3.1.4.1	Portée de l’« engagement 3G » .....	27
3.1.4.2	Portée de l’« engagement 4G » .....	29

**3.2 Demandes d'Oméa relatives aux conditions tarifaires d'Orange appliquées aux offres de gros 2G/3G pour 2013, hors réseau zones blanches ..... 30**

3.2.1	Appréciation des conditions tarifaires appliquées aux offres de gros 2G/3G pour 2013 au regard de l' « engagement 3G ».....	31
3.2.1.1	Appréciation des conditions tarifaires au regard de leur éventuel effet fidélisant .....	31
a)	Sur le minimum de facturation.....	31
b)	Sur le montant fixe ouvrant droit à des tarifs préférentiels.....	32
c)	Sur la redevance mensuelle par carte SIM au titre de la consommation de données par les clients « full-MVNO ».....	33
3.2.1.2	Appréciation des conditions tarifaires au regard d'une éventuelle restriction portée à l'autonomie commerciale d'Oméa.....	33
a)	Sur les options tarifaires.....	33
b)	Sur la redevance mensuelle par carte SIM au titre de la consommation de données par les clients « full-MVNO ».....	34
3.2.1.3	Pertinence d'un « test de ciseau tarifaire » ou de « répliquabilité » pour apprécier, au regard de l' « engagement 3G », les conditions tarifaires appliquées .....	34
3.2.2	Appréciation des conditions tarifaires au regard de la situation concurrentielle sur les marchés de détail et de gros de l'accueil de MVNO.....	35
3.2.3	Appréciation du mécanisme de [...] au regard de la différence de traitement entre opérateurs.....	40
3.2.4	Conclusion sur les conditions tarifaires appliquées aux offres de gros 2G/3G pour 2013	41

**3.3 Demandes d'Oméa relatives aux conditions tarifaires proposées par Orange pour les offres de gros 2G/3G pour 2014, hors réseau zones blanches ..... 41**

3.3.1	Appréciation des conditions tarifaires proposées pour les offres de gros 2G/3G pour 2014 au regard de l' « engagement 3G ».....	42
3.3.1.1	Appréciation des conditions tarifaires [...] et de l'extension du mécanisme de [...] au [...] en provenance et à destination du groupe Orange .....	42
3.3.1.2	Pertinence d'un « test de ciseau tarifaire » ou de « répliquabilité » pour apprécier les conditions tarifaires proposées au regard de l' « engagement 3G » .....	43
3.3.2	Appréciation des conditions tarifaires au regard de la situation concurrentielle sur les marchés de détail et de gros de l'accueil de MVNO.....	43
3.3.3	Conclusion sur les conditions tarifaires proposées pour les offres de gros 2G/3G pour 2014 .....	44

**3.4 Demandes d'Oméa relatives aux conditions tarifaires proposées par Orange pour les offres de gros 2G/3G/4G pour 2014, hors réseau zones blanches ..... 44**

3.4.1	Appréciation des conditions tarifaires proposées pour les offres de gros 2G/3G/4G pour 2014 au regard des engagements 3G et 4G .....	46
3.4.1.1	Appréciation des conditions tarifaires [...] et de l'extension du mécanisme de [...] pour le [...] au trafic en provenance et à destination du groupe Orange .....	46
3.4.1.2	Appréciation des composantes fixes des offres 2G/3G/4G pour 2014.....	46
a)	Sur la demande d'une offre d'accueil incluant uniquement des tarifs à l'usage .....	47
b)	Sur la demande subsidiaire de tarifs incluant une redevance par carte SIM active, mais sans droit d'accès fixe au réseau .....	47
c)	Sur la granularité des droits d'accès fixes au réseau, par tranches de clients .....	48

d)	Sur l'effet des composantes fixes sur l'autonomie commerciale d'Oméa .....	49
e)	Conclusion concernant les composantes fixes des offres 2G/3G/4G pour 2014 .....	50
3.4.1.3	Appréciation du niveau tarifaire général proposé par Orange pour les offres de gros 2G/3G/4G pour 2014 .....	50
a)	Sur les tarifs à l'usage .....	51
b)	Sur les tarifs d'accès au réseau 4G .....	52
c)	Conclusion sur l'appréciation du niveau tarifaire général proposé par Orange pour les offres de gros 2G/3G/4G pour 2014 au regard des engagements 3G et 4G .....	53
3.4.1.4	Sur la demande d'une offre 2G/3G/4G en light MVNO .....	53
3.4.2	Appréciation des conditions tarifaires au regard de la situation concurrentielle sur les marchés de détail et de gros de l'accueil de MVNO .....	54
3.4.3	Conclusion sur les conditions tarifaires proposées pour les offres de gros 2G/3G/4G pour 2014.....	54

<b>3.5</b>	<b>Demandes d'Oméa relatives aux conditions d'accès au réseau zones blanches 2G d'Orange .....</b>	<b>54</b>
------------	--	-----------

3.5.1	Contexte du déploiement et du fonctionnement du réseau 2G mutualisé issu du programme de résorption des zones blanches .....	55
3.5.2	Appréciation des conditions d'accès des clients des full-MVNO, hébergés sur le réseau de plusieurs opérateurs hôtes, aux différents réseaux des zones blanches .....	56
3.5.2.1	Contexte de la demande d'Oméa .....	56
3.5.2.2	Analyse et position de l'Autorité.....	57
3.5.3	Appréciation des conditions tarifaires d'accès aux réseaux zones blanches .....	58
3.5.3.1	Contexte de la demande d'Oméa .....	58
3.5.3.2	Analyse et position de l'Autorité pour les clients light MVNO .....	58
3.5.3.3	Analyse et position de l'Autorité pour les clients full-MVNO .....	59

<b>3.6</b>	<b>Sur le délai d'injonction .....</b>	<b>60</b>
------------	--	-----------

# 1 Contexte

## 1.1 Les acteurs du marché mobile métropolitain

Le marché mobile métropolitain comprend d'un côté les opérateurs de réseau et, de l'autre, les opérateurs dits virtuels. L'existence d'économies d'échelle prononcées ainsi que la rareté des ressources en fréquences font que le nombre d'opérateurs de réseau est limité. Quatre opérateurs de réseau se sont vu attribuer en métropole des fréquences afin de déployer leur réseau mobile : Orange, SFR, Bouygues Telecom, et, depuis 2010, Free Mobile (ce dernier a ouvert commercialement son réseau mobile début 2012).

Orange est ainsi autorisée à utiliser les fréquences dans les bandes 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2,1 GHz et 2,6 GHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public sur l'ensemble du territoire métropolitain.

Les opérateurs mobiles virtuels (MVNO) ont fait leur entrée sur le marché mobile métropolitain dès 2004. Ils fournissent et commercialisent sur le marché de détail des services mobiles sans posséder d'infrastructures radio en propre. Ils doivent ainsi conclure des accords d'accès avec les opérateurs de réseau, dits « opérateurs hôtes ». Les MVNO utilisent totalement ou partiellement le réseau d'un ou plusieurs opérateurs hôtes. On distingue ainsi les « light-MVNO » et les « full-MVNO ».

Le modèle « light-MVNO » est le plus représentatif des MVNO actuellement présents sur le marché. Il se caractérise par le fait que le MVNO gère peu de plateformes techniques et achète à son opérateur hôte des prestations d'accès et des appels de bout en bout, incluant le départ, l'acheminement et la terminaison d'appel. La société Oméa Télécom, alors Omer Télécom, a été parmi les premières à lancer une activité de MVNO en France, en 2004, sous la marque « Breizh Mobile », sur le réseau d'Orange.

Un opérateur « full-MVNO » possède des éléments de cœur de réseau. Il n'achète auprès de son opérateur hôte que des demi-appels (émission ou réception) et gère lui-même ses interconnexions. Contrairement aux opérateurs « light-MVNO », les opérateurs « full-MVNO » fixent leurs tarifs de terminaison d'appel (voix et SMS) et génèrent ainsi des revenus sur les marchés de gros correspondants. Oméa, sous la marque « Virgin Mobile », a été l'un des premiers « full-MVNO » en France (lancement en juin 2011 sur le réseau de SFR).

Le marché de l'accueil des MVNO ne fait pas partie de la liste des marchés pertinents identifiés par la Commission européenne. Au plan national, les conditions de gros de l'accès et du départ d'appel mobile ne font l'objet d'aucune régulation *ex ante* de l'Autorité, en application des articles L. 37-1 et suivants du CPCE.

Dans le cadre de plusieurs procédures d'attribution de fréquences, Orange a toutefois souscrit des engagements relatifs à l'accueil d'opérateurs mobiles virtuels sur son réseau, qui sont inscrits dans les cahiers des charges annexés aux décisions d'autorisation qui lui ont été délivrées à l'issue de ces procédures :

- l'autorisation d'utilisation des fréquences résiduelles de la bande 2,1 GHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile de troisième génération ouvert au public<sup>1</sup> ;
- les autorisations d'utilisation de fréquences dans les bandes 2,6 GHz et 800 MHz pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public dit de quatrième génération<sup>2</sup>.

L'Autorité analysera par la suite (cf. partie 3.1) le champ d'application ainsi que la portée de ces engagements.

## 1.2 Les relations contractuelles entre Oméa et Orange

Oméa et Orange sont principalement liées par deux contrats light MVNO et un contrat full-MVNO. Leur relation remonte à 2004 et est caractérisée par plusieurs étapes reflétant le développement d'Oméa sur le marché :

- en juillet 2004, Oméa (alors Omer Telecom) souscrit un contrat light MVNO avec Orange ;
- en avril 2005, la société Tele2 Mobile conclut un contrat light MVNO avec Orange ;
- en avril 2010, la société Omer Télécom absorbe la société Tele2 Mobile et deviendra en mars 2013 Oméa Télécom ;
- le 13 avril 2012, Oméa conclut un contrat basé sur une architecture full-MVNO avec Orange ; ce contrat a notamment été modifié par un avenant signé par les parties le 25 avril 2013 ;
- le 13 avril 2012, Oméa signe avec Orange un accord-cadre (ci-après « l'accord-cadre »), en vigueur jusqu'au 31 décembre 2013, qui prévoit l'application, [...] ; cet accord-cadre a notamment été modifié par un avenant signé par les parties le 25 avril 2013 ;
- des dispositifs exceptionnels d'accompagnement ont également été souscrits par Oméa avec Orange qui introduisent des mécanismes tarifaires dérogatoires aux conditions des contrats light et full.

---

<sup>1</sup> Décision de l'Autorité n° 2010-0634 du 8 juin 2010 autorisant la société Orange France à utiliser des fréquences pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public.

<sup>2</sup> Décision de l'Autorité n° 2011-1170 du 11 octobre 2011 autorisant la société Orange France à utiliser des fréquences dans la bande 2,6 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public ; décision n° 2012-0038 de l'Autorité en date du 17 janvier 2012 autorisant la société Orange France à utiliser des fréquences dans la bande 800 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public.

Sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE, Oméa a saisi l'Autorité d'une demande de règlement de différend relatif, d'une part, à l'exécution de la convention d'accès MVNO aux réseaux de deuxième et troisième générations d'Orange (réseaux 2G et 3G) et, d'autre part, à la conclusion d'une convention d'accès MVNO au réseau de quatrième génération d'Orange (réseau 4G).

Les faits reprochés par Oméa à Orange concernent l'ensemble des conditions contractuelles émanant des contrats light et full-MVNO, ainsi que de l'accord-cadre conclu le 13 avril 2012.

## **2 Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes**

Sont examinées dans cette partie les demandes pour lesquelles la compétence de l'Autorité et la recevabilité des conclusions des parties sont contestées.

### **2.1 Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes d'Oméa**

#### **2.1.1 Sur la compétence de l'Autorité pour connaître des conclusions d'Oméa, nonobstant l'inexécution par celle-ci de la clause de la convention d'accès relative au paiement des droits fixes pour 2013**

Orange soutient que les demandes d'Oméa sont « *irrecevables* » dans leur ensemble dès lors qu'elles ne peuvent « *s'inscrire dans l'exécution d'une convention d'accès* », Oméa ayant « *choisi(...) de suspendre unilatéralement l'exécution de la convention avec Orange avant même de saisir le régulateur* » en refusant de payer le montant fixe prévu par cette convention.

En application des dispositions de l'article L. 36-8, I du CPCE, l'Autorité peut être saisie par l'une ou l'autre des parties « *en cas de refus d'accès ou d'interconnexion, d'échec des négociations commerciales ou de désaccord sur la conclusion ou l'exécution d'une convention d'interconnexion ou d'accès à un réseau de communications électroniques* ».

Il résulte de ces dispositions que l'Autorité est compétente pour se prononcer, en règlement de différend, sur un désaccord entre les parties portant sur l'exécution d'une convention d'accès ou d'interconnexion. Dès lors, la circonstance qu'Oméa n'a pas exécuté la clause du contrat relative au paiement des droits fixes pour l'année 2013 ne fait pas obstacle à la compétence de l'Autorité, sur le fondement de l'article L.36-8 du CPCE, pour examiner les demandes de cette société.

**La fin de non-recevoir opposée par Orange est donc écartée.**

## 2.1.2 Sur la détermination de la date de début de la période couverte par le différend s'agissant des demandes d'Oméa relatives aux conditions tarifaires de la prestation d'accès aux réseaux 2G et 3G d'Orange, hors zones blanches

Oméa estime que le point de départ de la période litigieuse déterminant la compétence *ratione temporis* de l'Autorité pour se prononcer sur ses demandes d'évolution des conditions tarifaires de la prestation d'accès aux réseaux 2G et 3G d'Orange, en dehors des zones blanches (demandes B.2 et B.3), doit être fixé au 23 avril 2012, date à laquelle Oméa soutient avoir émis des réserves sur les conditions tarifaires du contrat full-MVNO signé le 13 avril 2012.

Orange considère, quant à elle, irrecevables ces demandes pour la période antérieure au 19 juillet 2013.

L'article L. 36-8 du CPCE ne prévoit pas que l'Autorité puisse être saisie en règlement de différend de questions portant sur des droits et obligations qui n'ont jamais été contestés. En effet, si l'arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 2010<sup>3</sup> juge que cet article impose à l'Autorité de prendre en compte « l'ensemble de la période couverte par le différend », il n'implique pas, en tout état de cause, de prendre en compte une période durant laquelle l'opérateur demandeur n'aurait élevé aucune contestation sur les droits et obligations prévus contractuellement. La période couverte par le différend débute à compter de la première contestation formellement élevée par le demandeur sur les droits et obligations prévus contractuellement<sup>4</sup>.

En l'espèce, et à supposer même que le courrier d'Oméa en date du 26 avril 2012, comme celui du 24 septembre 2012, puissent s'analyser comme des réserves émises sur les conditions tarifaires prévues par le contrat full-MVNO signé le 13 avril 2012, la demande de renégociation des conditions tarifaires que ces courriers contiennent a abouti à la signature, par les deux parties, le 25 avril 2013, des avenants au contrat full-MVNO et à l'accord-cadre.

Or aucune pièce du dossier ne permet d'établir qu'Oméa aurait émis des réserves sur ces avenants tarifaires avant son courrier du 19 juillet 2013.

Ce n'est ainsi que par ce courrier du 19 juillet 2013, adressé en recommandé avec accusé de réception à Orange, qu'Oméa conteste les conditions tarifaires prévues par le contrat full-MVNO et l'accord-cadre, telles que modifiées par les avenants précités, et formalise des demandes précises, d'une part, de suppression des options tarifaires, parts fixes, minimum de facturation et, d'autre part, d'évolution des niveaux tarifaires des usages voix, SMS et données 2G et 3G.

**Il résulte de ce qui précède que les demandes B.2 et B.3 d'Oméa relatives à l'évolution des conditions tarifaires de la prestation d'accès aux réseaux 2G et 3G d'Orange, en dehors des zones blanches, ne sont recevables qu'en tant qu'elles portent sur une période débutant le 19 juillet 2013.**

<sup>3</sup> Cour de cassation, ch. com., 14 décembre 2010, n° 09-67.371

<sup>4</sup> Décision de l'Autorité n° 2012-0365 en date du 20 mars 2012, se prononçant sur une demande de règlement de différend opposant les sociétés Dauphin Telecom et France Telecom.

En dehors de la demande relative au tarif appliqué au trafic light MVNO pour la voix à destination de l'international, sur laquelle, comme il sera vu dans la partie 2.1.3 ci-après, l'échec des négociations n'est pas établi, la compétence *ratione temporis* de l'Autorité pour se prononcer sur les autres demandes d'Oméa est établie et n'est, au demeurant, pas contestée par la société Orange.

### **2.1.3 Sur l'absence d'échec des négociations concernant la demande d'Oméa relative au tarif appliqué au trafic light MVNO pour la voix à destination de l'international**

Oméa demande à ce que le dispositif prévu par [...], c'est-à-dire [...], s'étende au trafic light MVNO pour la voix vers l'international et que soit ainsi appliqué à ce trafic le même tarif que celui prévu pour l'usage voix sortante nationale [...].

Mais l'échec des négociations sur cette demande n'est pas établi. En effet, il ne ressort d'aucune pièce du dossier qu'Oméa aurait formalisé auprès d'Orange une demande tendant à l'application, au trafic light MVNO pour la voix vers l'international, du même tarif que celui appliqué à l'usage voix sortante nationale [...].

**Il résulte de ce qui précède que cette demande n'est pas recevable, en l'absence d'échec des négociations entre les parties.**

L'Autorité relève néanmoins que, en application des engagements d'accueil MVNO souscrits par Orange dans le cadre de la procédure d'attribution des fréquences résiduelles de la bande 2,1 GHz pour établir et exploiter un réseau 3G et inscrits dans le cahier des charges annexé à la décision d'autorisation n° 2010-0634 du 8 juin 2010 qui lui a été délivrée à l'issue de la procédure, Orange est notamment tenue de « *propose[r], sur l'ensemble de son réseau radioélectrique mobile ouvert au public en France métropolitaine, un accueil d'opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO)* » qui ne restreigne pas, « *sans justification objective, l'autonomie commerciale des MVNO sur le marché de détail* ».

Le tarif appliqué en 2013 par Orange pour l'usage voix sortante nationale a été de [...] euros par minute, [...] en application du contrat light-MVNO, le tarif d'une communication voix sortante nationale varie de [...] à [...] selon la volumétrie, soit un tarif inférieur à celui appliqué pour la voix sortante internationale (soit [...]). Or la prestation fournie par Orange pour une communication voix vers l'international couvre un périmètre matériel plus restreint que celui de la prestation fournie pour une communication voix nationale. La terminaison du trafic reste dans le premier cas à la charge d'Oméa, alors que dans le second cas la prestation couvre un appel de bout en bout, incluant la terminaison de l'appel.

L'Autorité entend ainsi souligner que le tarif pratiqué pour les communications voix vers l'international du light MVNO est susceptible d'altérer l'économie des offres incluant des communications internationales et des offres positionnées sur le segment de marché dit « ethnique » et pourrait, par suite, avoir pour effet de restreindre l'autonomie commerciale du MVNO et sa capacité à adresser tous les segments de marché de détail, et, *in fine*, réduire la concurrence sur le marché de détail.

#### 2.1.4 Sur l'absence d'échec des négociations concernant la demande additionnelle d'Oméa d'accéder, sans surcoût, aux débits « H+ »

Oméa a, dans ses réponses en date du 14 janvier 2014 au questionnaire des rapporteurs, formulé une nouvelle demande tendant à ce que « l'Autorité enjoigne à la société Orange de lui fournir, dans un délai d'un mois à compter de la décision à intervenir, et sans surcoûts, l'accès aux débits « H+ » ».

Orange soutient qu'en l'absence d'échec des négociations sur cette demande, celle-ci est irrecevable.

Aucune disposition du CPCE ne fait obstacle à ce que les parties puissent présenter des demandes additionnelles au cours de la procédure, pour autant qu'elles sont formulées par des conclusions écrites déposées dans un délai garantissant le respect du principe du contradictoire, qu'elles respectent les conditions de compétence et de recevabilité énoncées à l'article L. 36-8 du CPCE et qu'elles présentent, avec la demande initiale, un lien suffisant.

A supposer même que la demande d'Oméa portant sur l'accès, sans surcoût, aux débits « H+ », présente un lien suffisant avec ses demandes initiales, il ne ressort, en tout état de cause, d'aucune pièce versée au dossier qu'à la date de la saisine de l'Autorité par Oméa, un échec des négociations soit établi concernant cette demande. La demande d'Oméa ne satisfait donc pas aux conditions de recevabilité énoncées à l'article L. 36-8 du CPCE.

**Les conclusions d'Oméa tendant à accéder, sans surcoût, aux débits « H+ » sont donc rejetées pour irrecevabilité.**

L'Autorité relève néanmoins que, en application des engagements d'accueil MVNO souscrits par Orange dans le cadre de la procédure d'attribution des fréquences résiduelles de la bande 2,1 GHz pour établir et exploiter un réseau 3G et inscrits dans le cahier des charges annexé à la décision d'autorisation n° 2010-0634 du 8 juin 2010 qui lui a été délivrée à l'issue de la procédure, Orange est tenue de :

- « propose[r], sur l'ensemble de son réseau radioélectrique mobile ouvert au public en France métropolitaine, un accueil d'opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) » qui ne restreigne pas l'autonomie commerciale des MVNO sur le marché de détail ; un exemple de telle clause serait celui d'assigner des restrictions sur la nature des services qu'il peut commercialiser, comme le précisait le texte d'appel à candidatures<sup>5</sup> ;
- faire « droit aux demandes raisonnables d'accueil sur son réseau radioélectrique mobile ouvert au public ».

Par conséquent, l'ensemble des technologies, donc des débits, basées sur les fréquences visées par la décision susmentionnée, fait partie intégrante des prestations d'accès devant être fournies par l'opérateur hôte. Les débits sont donc concernés par l'engagement pris par Orange et devraient être accessibles, moyennant des conditions tarifaires adaptées, aux

---

<sup>5</sup> Décision de l'Autorité n° 2010-0199 en date du 11 février 2010 proposant au ministre chargé des communications électroniques les modalités et les conditions d'attribution d'autorisations d'utilisation de fréquences dans la bande 2,1 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public.

MVNO qui en font une demande raisonnable, sous réserve de difficultés techniques justifiées de manière objective et fondées, et ce, dans un calendrier sensiblement équivalent par rapport aux offres que l'opérateur de réseau propose sur le marché de détail<sup>6</sup>.

La limitation du débit accessible aux MVNO reviendrait à cantonner ces derniers au segment de marché des offres destinées aux petits consommateurs de données et aurait, ainsi, pour effet de restreindre l'autonomie commerciale des MVNO concernés et, *in fine*, la concurrence sur le marché de détail.

## 2.2 Sur la compétence de l'Autorité et la recevabilité des demandes reconventionnelles d'Orange

### 2.2.1 Sur les conclusions d'Orange aux fins d'injonction d'exécution des clauses contractuelles de la convention d'accès

A titre reconventionnel, Orange demande d'enjoindre à Oméa « *de respecter, pour 2013, les dispositions contractuelles résultant de l'avenant 2 du contrat full-MVNO librement acceptées, c'est-à-dire le versement des parts fixes définitivement acquises, et l'application rétroactive, pour 2013, des [...] conformément à l'accord-cadre du 13 avril 2012, modifié par avenant le 25 avril 2013, en l'absence d'une montée en charge effective du trafic mobile sur l'architecture full-MVNO d'Orange* ».

Oméa soutient que la demande aux fins d'injonction d'exécution des clauses du contrat formulée par Orange doit être rejetée, d'une part, en raison de l'incompétence de l'Autorité pour connaître de demandes « *de nature purement contractuelle(...) sans lien avec la fixation de conditions tarifaires équitables* » et, d'autre part, en l'absence d'échec des négociations.

Il ressort des écritures d'Orange, telles que clarifiées lors de l'audience du 4 février 2014, que sa demande tend à obtenir l'application par Oméa des stipulations du contrat prévoyant « *le paiement [...], si l'une des conditions prévues par l'accord-cadre du 13 avril 2012 n'est pas remplie* ».

A cet égard, l'Autorité relève que l'accord-cadre subordonne l'application [...] au respect de plusieurs conditions et prévoit que si ces conditions ne sont pas respectées, notamment en l'absence de montée en charge effective du trafic mobile sur l'architecture full-MVNO et en l'absence de paiement à échéance des montants fixes visés à l'annexe 2 du contrat full-MVNO, les [...] s'appliqueront de nouveau et ce, le cas échéant, de manière rétroactive.

Contrairement à ce que soutient Orange, même si cette demande reconventionnelle a pour objet l'exécution de clauses contractuelles par Oméa, elle doit satisfaire aux conditions de recevabilité prévues par l'article L. 36-8 du CPCE.

---

<sup>6</sup> Avis n° 2012-1455 de l'Autorité en date du 13 novembre 2012 sur la demande d'avis de l'Autorité de la concurrence relatif à la situation des opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) sur le marché français de la téléphonie mobile.

Or, et à supposer même que l'Autorité soit compétente pour examiner une telle demande, il résulte de l'instruction, qu'en tout état de cause, l'échec des négociations sur cette demande n'est pas établi. En effet, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'Orange aurait formalisé auprès d'Oméa une demande précise concernant l'application rétroactive, pour 2013, des [...]. Le courrier en date du 25 septembre 2013, dont Orange se prévaut dans ses écritures, se borne à mettre en demeure Oméa de « *procéder au paiement [des montants fixes]* » dûs en application du contrat full-MVNO et à indiquer que, « *à défaut, elle prendra toutes les dispositions utiles à la sauvegarde de ses intérêts* ».

Un tel courrier ne peut donc pas être regardé comme ayant mis Oméa en mesure de débattre de l'application du dispositif contractuel prévu par l'accord-cadre sur « [...] », et ce de manière rétroactive pour 2013, étant précisé que, par courriel du 12 septembre 2013, la société Orange a expressément indiqué à la société Oméa Télécom qu'elle « *accept[ait] de maintenir le dispositif [...] sur 2013, et sur 2013 uniquement* ».

**Il résulte de ce qui précède qu'à supposer même que l'Autorité soit compétente pour examiner la demande d'Orange aux fins d'injonction d'exécution des clauses contractuelles de la convention d'accès, cette demande n'est, en tout état de cause, pas recevable, en l'absence d'échec des négociations entre les parties.**

## **2.2.2 Sur les conclusions d'Orange tendant à la constatation du caractère légitime pour 2014, d'une part, d'une facturation comprenant [...] et, d'autre part, de la proposition tarifaire d'Orange s'agissant de l'accès à son réseau 4G**

Il ressort des pièces du dossier qu'Orange présente des conclusions tendant à ce que l'Autorité reconnaisse et confirme :

- « *le caractère légitime pour 2014 d'une [...] tenant compte de la répartition réelle du trafic d'Oméa* » ;
- « *le caractère légitime des tarifs 4G proposés par Orange* ».

Or la procédure de règlement de différend définie à l'article L. 36-8 du CPCE vise à « *préciser* », par une décision exécutoire<sup>7</sup>, « *les conditions équitables d'ordre technique et financier dans lesquelles l'interconnexion ou l'accès doivent être assurés* ». Dans le cadre de cette procédure, l'Autorité n'est pas habilitée à se prononcer sur les conclusions des parties par des actes déclaratifs<sup>8</sup>.

**En conséquence, l'Autorité n'est pas compétente pour se prononcer sur lesdites demandes d'Orange.**

---

<sup>7</sup> Conseil constitutionnel, décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, portant sur la loi de réglementation des télécommunications. Par ailleurs, l'article 20, §1 de la directive « cadre » 2002/21/CE du 7 mars 2002, modifiée dispose que « *lorsqu'un litige survient, (...) l'autorité réglementaire nationale concernée prend, à la demande des parties (...) une décision contraignante afin de régler le litige (...)* ».

<sup>8</sup> CA Paris, 30 mai 2006, Western Telecom contre France Telecom.

C'est dans le cadre de l'analyse, au fond, des demandes d'Oméa que seront appréciés les arguments d'Orange sur le caractère légitime et équitable, pour 2014, d'une [...] ainsi que des tarifs d'accès au réseau 4G proposés.

## 3 Sur le fond

### 3.1 Contenu et portée du cadre juridique applicable

#### 3.1.1 Absence de régulation *ex ante* du marché de gros de l'accueil des MVNO

L'Autorité rappelle, au préalable, que le marché de gros de l'accueil des MVNO ne fait l'objet d'aucune régulation *ex ante* au titre des articles L. 37-1 et suivants du CPCE.

En effet, en 2005, face aux réticences de la Commission européenne, l'Autorité a dû retirer le projet de décision portant analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel mobile qu'elle avait établi et dans le cadre duquel elle constatait que les conditions d'accueil des MVNO proposées à l'époque par les trois opérateurs de réseau existant ne permettaient pas aux MVNO d'animer significativement le jeu de la concurrence sur le marché de détail.

L'Autorité indiquait dans son projet de décision que son action devait se limiter à la seule obligation, pour les opérateurs de réseau, de faire droit à toute demande raisonnable d'accès émanant d'un opérateur virtuel souhaitant s'établir sur le marché de détail. Cette obligation était conçue comme une impulsion visant à permettre l'émergence d'opérateurs virtuels significatifs et pérennes sur le marché de détail. Il s'agissait donc d'une action transitoire puisqu'une fois de tels acteurs établis, l'obligation d'accès serait devenue sans objet et aurait pu être retirée par l'Autorité.

Depuis lors, d'importantes évolutions ont eu lieu au bénéfice de l'animation concurrentielle tant sur le marché de gros de l'accueil des MVNO que sur le marché de détail mobile, notamment à la suite :

- des différents avis relatifs au marché de gros adoptés par l'ARCEP et par l'Autorité de la concurrence, en particulier, leurs avis respectifs des 24 et 30 juin 2008<sup>9</sup> ;
- de la mise en œuvre par les opérateurs de réseau des engagements d'accueil de MVNO souscrits dans le cadre de plusieurs procédures d'attribution de fréquences successives, et inscrits dans le cahier des charges annexé aux décisions d'autorisation qui leur ont été délivrées à l'issue de ces procédures ;
- de l'entrée sur le marché du 4<sup>ème</sup> opérateur de réseau mobile, Free Mobile, en janvier 2012.

Les marchés de gros de l'accueil des MVNO et le marché de détail mobile sont ainsi aujourd'hui, selon l'Autorité, des marchés significativement plus concurrentiels qu'ils ne l'étaient chacun en 2005.

---

<sup>9</sup> Avis n° 2008-0702 de l'Autorité du 24 juin 2008 sur la demande d'avis du Conseil de la concurrence portant sur les freins au développement des opérateurs mobiles virtuels sur le marché de détail de la téléphonie mobile ; avis 08-A-16 du 30 juillet 2008 du Conseil de la concurrence relatif à la situation des opérateurs mobiles virtuels (MVNO) sur le marché français de la téléphonie mobile.

Ainsi, au jour d'adoption de la présente décision, le marché de gros de l'accueil des MVNO n'est pas un marché régulé au sens de l'article L.37-1 du CPCE. *A fortiori*, Orange n'est pas un opérateur déclaré puissant sur ce marché et n'est soumise à aucune obligation tarifaire, en vertu des articles L. 37-1 et suivants du CPCE, pour la fourniture de la prestation d'accueil.

Dès lors, en l'absence de régulation *ex ante* du marché de gros de l'accueil des MVNO, Orange n'est soumise à aucune obligation spécifique autre que celles applicables à tous les opérateurs de réseau ouvert au public en vertu des dispositions du CPCE, et aux dispositions insérées dans les cahiers des charges annexés à ses décisions d'autorisation d'utilisation de fréquences, en particulier les obligations en matière d'accueil de MVNO.

### 3.1.2 Portée de l'article D. 99-10 du CPCE

Oméa soutient que les obligations de transparence et d'objectivité des conditions tarifaires des conventions d'accès prévues par l'article D. 99-10 du CPCE impliquent, pour Orange, « *de justifier de la structure des tarifs [de gros d'accueil de MVNO] qu'elle pratique* » et « *de démontrer, quelle que soit la structure, que les tarifs sont cohérents avec les coûts sous-jacents qu'elle supporte* ».

Orange conteste cette lecture de l'article D. 99-10 du CPCE en faisant valoir qu'Oméa en dénature la portée.

L'article D. 99-10 du CPCE dispose :

*« Les conditions tarifaires des conventions d'interconnexion et d'accès respectent les principes d'objectivité et de transparence. Elles doivent pouvoir être justifiées sur demande de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes. »*

Si ces dispositions peuvent notamment impliquer que les conditions tarifaires dans lesquelles la prestation d'accueil est fournie soient accessibles de manière claire et intelligible au cocontractant et établies en relation avec la prestation fournie, elles n'ont toutefois pas la portée qu'entend leur prêter Oméa.

Ces dispositions, pas plus que celles de l'autorisation d'utilisation de fréquences 3G délivrée à Orange en 2001<sup>10</sup>, n'ont ainsi ni pour objet ni pour effet d'imposer à l'opérateur hôte de justifier, auprès de l'opérateur accueilli sur son réseau, de la structure de ses tarifs de gros comme de l'ensemble des éléments de coûts supportés pour fournir la prestation d'accueil et ce, y compris dans le cadre d'un règlement de différend<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> En vertu du chapitre XVI du cahier des charges annexé à l'arrêté d'autorisation de la société Orange en date du 18 juillet 2001 : « *A la demande de l'Autorité (...) au titre de l'exercice de ses compétences, l'opérateur fournit d'autres informations nécessaires qui sont traitées dans le respect du secret des affaires, et notamment : (...) toute information nécessaire à l'instruction par l'Autorité (...) des demandes de conciliation en vue de régler les litiges entre opérateurs (...)* ».

<sup>11</sup> En ce sens : décision de l'Autorité n° 2005-1009 du 1<sup>er</sup> décembre 2005, se prononçant sur un différend opposant les sociétés Western Telecom et France Telecom (p. 56).

L'Autorité rappelle à cet égard que, en vertu des dispositions de l'article L. 36-8 du CPCE, et « en l'absence de disposition particulière l'autorisant à lever le secret des affaires », l'Autorité ne peut « se référer à des pièces soumises au secret transmises par une partie au différend que l'autre partie n'aurait, du fait des contraintes du secret, pas été mise en mesure de discuter » (Cour d'appel de Paris, 24 février 2011, *Mobius contre LRN*, n° 2010/16143). Toute autre interprétation se heurterait, comme l'a jugé la Cour, au principe du contradictoire qui régit la procédure de règlement de différend devant l'Autorité. Dès lors, si des pièces transmises dans le cadre de la procédure sont couvertes par le secret des affaires, l'Autorité n'a d'autre option que d'écartier des débats celles pour lesquelles le secret des affaires serait précisément invoqué (même arrêt) et, de ne pas en tenir compte pour fonder la décision qu'elle prend.

En tout état de cause, Orange a fourni, en l'espèce, plusieurs éléments économiques et financiers, qui seront présentés dans les parties ci-après, visant à justifier les conditions tarifaires appliquées ou proposées à Oméa pour la fourniture de la prestation d'accueil sur son réseau.

Enfin, l'obligation d'objectivité prévue par les dispositions de l'article D. 99-10 du CPCE n'a ni pour objet ni pour effet d'imposer à Orange une obligation de « cohérence des tarifs vers les coûts » qu'Oméa tend, à la lecture de ses écritures, à rapprocher de l'obligation d'orientation vers les coûts. En effet, il ne peut être imposé à un opérateur d'obligation tarifaire en dehors des cas et procédures prévus par la loi. Or en l'espèce, et comme il a été rappelé ci-dessus, la prestation de gros de l'accueil de MVNO n'est soumise à aucune régulation *ex ante* en application des dispositions législatives et, par suite, à aucune des obligations tarifaires pouvant être imposées dans ce cadre. Orange n'est donc soumise à aucune obligation d'orientation vers les coûts de ses tarifs de gros d'accueil de MVNO au titre de l'article L.38 du CPCE..

**Les moyens tirés de la méconnaissance des dispositions de l'article D. 99-10 du CPCE seront donc écartés dans la suite de l'analyse.**

### **3.1.3 Champ d'application des engagements d'accueil de MVNO**

Oméa soutient que ses demandes relatives aux conditions financières de l'accès aux réseaux 2G, 3G et 4G d'Orange sont justifiées au regard de l'engagement d'accueil des MVNO (l'« engagement 4G ») inscrit dans le cahier des charges annexé aux décisions de l'Autorité attribuant à Orange des autorisations d'utilisation de fréquences dans les bandes 800 MHz et 2,6 GHz pour établir et exploiter un réseau mobile à très haut débit<sup>12</sup> (réseau « 4G »). Oméa considère que les obligations attachées à cet « engagement 4G » s'appliquent aux conditions d'accueil des MVNO sur toutes les bandes de fréquences utilisées par Orange, y compris celles utilisées pour l'exploitation de ses réseaux 2G et 3G.

---

<sup>12</sup> Décision de l'Autorité n° 2011-1170 d du 11 octobre 2011 autorisant la société Orange France à utiliser des fréquences dans la bande 2,6 GHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public ; décision n° 2012-0038 de l'Autorité en date du 17 janvier 2012 autorisant la société Orange France à utiliser des fréquences dans la bande 800 MHz en France métropolitaine pour établir et exploiter un réseau radioélectrique mobile ouvert au public.

Orange est également tenue à des obligations d'accueil des MVNO en vertu de son autorisation d'utilisation de fréquences dans la bande 2,1 GHz (« l'engagement 3G »)<sup>13</sup>. Il convient de distinguer « l'engagement 3G » de « l'engagement 4G » et de déterminer lequel de ces deux engagements s'applique pour apprécier les différentes demandes d'Oméa.

L'« engagement 4G » impose à Orange de proposer, *« sur l'ensemble de son réseau mobile à très haut débit ouvert au public en France métropolitaine, un accueil d'opérateurs de réseaux mobiles virtuels (MVNO) respectant l'ensemble des principes édictés ci-dessous. Chacun de ces principes s'applique également aux conditions d'accueil sur des bandes de fréquences autres que celles utilisées pour l'accès au réseau mobile à très haut débit du titulaire, dès lors que cette application est nécessaire pour ne pas priver l'engagement souscrit de sa pleine portée utile »*.

Il résulte de ces dispositions que les obligations attachées à l'« engagement 4G » s'appliquent, par principe, aux conditions d'accueil de MVNO sur les bandes de fréquences utilisées par Orange pour son réseau « 4G » (à ce jour, les bandes 800 MHz et 2,6 GHz). Elles visent en particulier à ce que l'opérateur virtuel puisse accéder au réseau à très haut débit mobile de l'opérateur hôte afin d'être lui-même en mesure de proposer au détail des offres à très haut débit mobile. L'extension de l'application de ces obligations aux conditions d'accueil sur les autres bandes de fréquences dont Orange est titulaire ne se justifie que si elle est *« nécessaire pour ne pas priver l'engagement souscrit de sa pleine portée utile »*. En effet, en raison de la complémentarité des réseaux, les opérateurs mobiles utilisent à la fois leurs réseaux 2G, 3G et 4G pour fournir, sur le marché de détail, leurs offres composées des services voix, SMS et données incluant un accès à la 4G.

Dès lors, si l'« engagement 4G » s'applique aux conditions d'accueil sur le réseau 4G de l'opérateur hôte et donc au trafic 4G des clients du MVNO, il est nécessaire qu'il s'applique également aux conditions d'accueil sur les réseaux 2G et 3G de l'opérateur hôte afin de permettre aux clients du MVNO de souscrire à une offre de détail 2G/3G/4G. A défaut, l'« engagement 4G » serait privé de sa pleine portée utile.

En revanche, l'« engagement 4G » ne peut pas s'appliquer aux conditions d'accueil sur le réseau de l'opérateur hôte pour le trafic 2G et 3G des clients du MVNO ayant souscrit à une offre de détail sans 4G, dès lors que ces conditions d'accueil n'influent pas sur la capacité du MVNO à proposer au détail des offres à très haut débit mobile et que, par suite, le défaut d'application de l'« engagement 4G » dans cette hypothèse ne prive pas ce dernier de sa pleine portée utile.

**En conséquence, l'Autorité considère que, en l'espèce, l'« engagement 4G » s'applique aux conditions d'accueil d'Oméa par Orange lorsque celles-ci permettent aux clients d'Oméa d'accéder à la fois aux réseaux 2G/3G/4G d'Orange.**

**En revanche, les conditions d'accueil d'Oméa par Orange, quand elles n'incluent pas la 4G, sont à apprécier au regard du seul « engagement 3G ».**

---

<sup>13</sup> Décision de l'Autorité n° 2010-0634 en date du 8 juin 2010 autorisant la société Orange France à utiliser des fréquences pour établir et exploiter un réseau radioélectrique de troisième génération ouvert au public.

### 3.1.4 Portée des engagements d'accueil de MVNO

#### 3.1.4.1 Portée de l'« engagement 3G »

Le texte d'appel à candidatures pour l'attribution des fréquences résiduelles de la bande 2,1 GHz pour établir et exploiter un réseau 3G<sup>14</sup> prévoyait trois niveaux d'engagement d'accueil de MVNO :

- le niveau 1, relatif à l'accueil de MVNO sur l'ensemble du réseau radioélectrique mobile ouvert au public de l'opérateur dans des conditions « *qui ne restreignent pas, sans justification objective, la concurrence sur le marché de gros de l'accueil des MVNO et l'autonomie commerciale des MVNO sur le marché de détail* » ;
- le niveau 2, comprenant en complément des prescriptions du niveau 1, un engagement technique renforcé, consistant à proposer une offre d'accueil reposant sur une architecture de MVNO étendu (full-MVNO) ;
- le niveau 3, comprenant en complément des prescriptions des niveaux 1 et 2, un engagement économique renforcé, et consistant à fournir l'accueil à des conditions économiques raisonnables (et équivalent, en cela, au volet économique de l'« engagement 4G »).

Dans le cadre de cette procédure sélective d'attribution de fréquences, Orange a choisi de souscrire à l'engagement de « niveau 1 ». Les prescriptions qui y sont attachées figurent dans le cahier des charges annexé à la décision d'autorisation d'utilisation de fréquences 3G qui lui a été délivrée à l'issue de la procédure (décision de l'Autorité n° 2010-0634 en date du 8 juin 2010).

Ces prescriptions sont donc opposables à Orange lors de ses négociations commerciales avec les MVNO et l'Autorité peut tirer les conséquences d'un éventuel manquement à ces obligations réglementaires sur la détermination des conditions équitables d'ordre technique et financier dans lesquelles la prestation d'accès doit être fournie pour trancher un différend en application de l'article L. 36-8 du CPCE (par analogie, Cour d'appel de Paris, 30 janvier 2007 AFONE/SFR ; 26 mai 2009 société Neuf Cegetel/ société France Télécom).

En vertu de l'engagement de « niveau 1 », dont la teneur a été précisée par l'Autorité dans sa décision proposant au ministre chargé des communications électroniques les conditions d'attribution des fréquences résiduelles de la bande 2,1 GHz<sup>15</sup>, Orange est tenue d'offrir des conditions d'accueil qui ne restreignent pas, sans justification objective, l'autonomie commerciale du MVNO sur le marché de détail et la concurrence sur le marché de gros de leur accueil.

Pour ne pas « *restreindre l'autonomie commerciale des MVNO sur le marché de détail* », tout d'abord, et comme le précise le texte d'appel à candidatures, Orange ne doit, notamment, pas inclure dans ses conventions d'accueil, sans justification objective, de clause assignant « *au*

---

<sup>14</sup> Décision précitée de l'Autorité n° 2010-0199.

<sup>15</sup> Paragraphe 3.3.3 du document 2 annexé à la décision précitée de l'Autorité n° 2010-0199.

*MVNO des restrictions sur le type de client auquel il peut offrir des services ou sur la nature des services qu'il peut commercialiser ».*

Ces dispositions visent en particulier à éviter que ne soient incluses dans les contrats d'accueil de MVNO des clauses interdisant explicitement à ce dernier d'avoir une activité commerciale sur certains segments de marché, comme par exemple les marchés non résidentiels.

Ensuite, pour ne pas restreindre, sans justification objective, la concurrence sur le marché de gros de l'accueil des MVNO, Orange ne doit notamment inclure dans ses conventions « aucune clause susceptible de limiter, au bénéfice de l'opérateur hôte :

- *la capacité du MVNO à changer d'opérateur hôte ou à s'approvisionner auprès de plusieurs opérateurs, au-delà de ce qui est justifié par l'amortissement des coûts fixes d'accueil du MVNO », par exemple, comme le précise le texte d'appel à candidatures, « les clauses d'approvisionnement et pratiques tarifaires emportant un effet fidélisant significatif conduisant à entraver le changement d'offreur » (...).*

Ces dispositions visent en particulier à éviter que ne soient incluses dans les contrats d'accueil de MVNO des clauses d'exclusivités, de préemption de la base clients ou encore des pénalités de sortie dont l'objet est de dissuader le départ du MVNO chez un autre opérateur hôte.

Elles ont été prévues, afin de favoriser la concurrence sur le marché mobile français, à la suite du constat, établi par l'ARCEP et le Conseil de la concurrence, dans leurs avis respectifs précités des 24 et 30 juin 2008, du caractère peu favorable au développement de l'activité des MVNO des conditions d'hébergement qui leur étaient alors appliquées. L'Autorité avait ainsi constaté que les contrats d'accueil de MVNO comprenaient plusieurs clauses pouvant contribuer à restreindre fortement le jeu de l'offre et de la demande sur ce marché ainsi que l'autonomie commerciale des MVNO (telles que les clauses d'exclusivité, les clauses de préemption de la base clients ou encore les clauses interdisant au MVNO d'avoir une activité commerciale sur certains segments de marché).

Le dispositif prévu par l'Autorité sur les engagements d'accueil de MVNO a été à l'origine d'importantes évolutions contractuelles en particulier entre 2010 et 2011, répondant en partie aux préoccupations figurant dans les avis de 2008.

L'engagement de « niveau 1 » n'a, toutefois, ni pour objet, ni pour effet de soumettre Orange à des obligations qui iraient au-delà de l'obligation d'offrir des conditions d'accueil qui ne restreignent pas, sans justification objective, l'autonomie commerciale du MVNO sur le marché de détail et la concurrence sur le marché de gros de leur accueil.

En particulier, cet engagement ne peut se substituer aux remèdes tarifaires pouvant être imposés par l'Autorité dans le cadre d'une analyse de marché ; il ne contient ainsi ni obligation d'orientation des tarifs de gros de l'accueil de MVNO vers les coûts d'Orange, ni obligation de pratiquer des tarifs de gros permettant la répliquabilité de toute offre de détail commercialisée par l'opérateur hôte ou *a fortiori* par un opérateur tiers.

Par ailleurs, en choisissant de souscrire à l'engagement de « niveau 1 », Orange a écarté la souscription à l'engagement économique renforcé, de « niveau 3 ». Il ne peut donc pas lui être imposé, au titre de l'« engagement 3G », de respecter les obligations de nature économique associées à un engagement qu'elle a décidé, ce qui était son droit, de ne pas prendre.

En revanche, les obligations associées à l'engagement économique renforcé s'imposent à Orange au titre de l'« engagement 4G » figurant dans ses autorisations 4G, lequel a vocation à s'appliquer, comme précédemment indiqué, aux conditions tarifaires des offres de gros d'accès aux réseaux à la fois 2G, 3G et 4G.

#### 3.1.4.2 Portée de l'« engagement 4G »

Les dispositions relatives à l'accueil de MVNO inscrites dans le cahier des charges annexé aux décisions d'autorisation d'utilisation de fréquences attribuées à Orange pour établir et exploiter un réseau « 4G » dans les bandes 800 MHz et 2,6 GHz reprennent les obligations correspondant au niveau 1 d'engagement souscrit dans le cadre de l'attribution des fréquences résiduelles de la bande 2,1 GHz, à savoir l'absence de restriction, sans justification objective, de la concurrence sur le marché de gros de l'accueil des MVNO comme de l'autonomie commerciale des MVNO sur le marché de détail.

Elles prévoient également une obligation de proposer une offre d'accueil reposant sur une architecture de « full-MVNO » et de fournir aux MVNO des conditions économiques raisonnables.

Ainsi, en vertu de ces dispositions, « *le titulaire fournit l'accueil à des conditions économiques raisonnables, eu égard notamment aux conditions prévalant sur les marchés de gros et de détail sur lesquels il opère, et compatibles avec l'exercice d'une concurrence effective et loyale sur ces marchés.* »

Le texte d'appel à candidatures pour l'attribution de ces fréquences « 4G »<sup>16</sup> a apporté les précisions suivantes, s'agissant de l'obligation de fournir l'accueil à des conditions économiques raisonnables :

*« Le caractère raisonnable s'apprécie notamment au regard des prestations fournies par les deux parties et de leur apport respectif dans la création et la mise en œuvre des services fournis par l'opérateur virtuel. À cet égard, la fixation des tarifs doit résulter d'une négociation reflétant les apports respectifs des parties à la création de valeur. Ces tarifs sont révisés, le cas échéant, en fonction de l'évolution des conditions prévalant sur les marchés avals concernés. »*

L'obligation qui s'impose à Orange en vertu de ses autorisations 4G de proposer un accueil à des conditions économiques raisonnables constitue un outil de négociation complémentaire sur lequel les MVNO peuvent s'appuyer dans la détermination des conditions financières de la prestation d'accueil et éviter, en particulier, que l'opérateur hôte ne s'approprie toute la valeur produite au travers de sa relation avec le MVNO.

Néanmoins, l'« engagement 4G » ne peut conduire à l'évaluation des conditions tarifaires de chaque composante de la prestation d'accueil du MVNO, prise isolément. La prestation d'accueil de MVNO est une prestation complexe et les engagements n'imposent pas à l'opérateur hôte de fixer une structure tarifaire unique dès lors que cette structure respecte les principes prévus par ces engagements.

---

<sup>16</sup> Décisions de l'Autorité n° 2011-0598 et n° 2011-0600 du 31 mai 2011.

De plus, et pour les raisons précédemment rappelées, l' « engagement 4G » n'a ni pour objet ni pour effet de se substituer aux remèdes tarifaires pouvant être imposés par l'Autorité dans le cadre d'une analyse de marché, qu'il s'agisse de l'obligation d'orientation vers les coûts ou l'obligation de pratiquer des tarifs de gros permettant la répliquabilité de toute offre de détail commercialisée par l'opérateur hôte ou *a fortiori* par un opérateur tiers.

### 3.2 Demandes d'Oméa relatives aux conditions tarifaires d'Orange appliquées aux offres de gros 2G/3G pour 2013, hors réseau zones blanches

Oméa conteste les conditions tarifaires qui lui sont appliquées dans le cadre de l'offre de gros 2G/3G en vertu des stipulations du contrat full-MVNO ainsi que des stipulations de l'accord-cadre, telles que notamment modifiées par les avenants signés le 25 avril 2013.

Elle demande, à titre principal, l'application rétroactive de tarifs *maxima* pour les usages voix, SMS et données 2G/3G et ce, dans le cadre d'une tarification fondée uniquement sur un tarif par usage, à l'exclusion de tout système de droit fixe, redevance mensuelle par carte SIM active, options tarifaires et minimum de facturation. Elle demande, à titre subsidiaire, l'application rétroactive de tarifs *maxima* pour les usages voix, SMS et données 2G/3G dans le cadre d'une tarification incluant uniquement une redevance mensuelle par carte SIM active.

Elle demande également à ce que le trafic sur l'architecture light MVNO en provenance et à destination de clients de détail du groupe Orange (fixe et mobile) soit intégré au [...], tel qu'il est appliqué au reste du trafic sur l'architecture light MVNO dans le cadre de [...].

A l'appui de ses demandes, Oméa soutient que les conditions tarifaires qui lui sont appliquées doivent être modifiées dès lors qu'elles sont :

- d'une part, contraires à l'article D. 99-10 du CPCE en étant incohérentes avec les coûts sous-jacents d'Orange,
- d'autre part, contraires à l'« engagement 3G » compte tenu de leur effet fidélisant et de la restriction qu'elles entraînent quant à l'autonomie commerciale d'Oméa sur le marché de détail,
- enfin contraires à l'« engagement 4G » en raison du manquement à l'obligation d'accueil de MVNO à des conditions économiques raisonnables et compatibles avec l'exercice d'une concurrence effective et loyale sur les marchés de gros et de détail.

Oméa fait également valoir que l'Autorité doit, lorsqu'elle statue en équité, exercer sa mission au regard des objectifs de régulation prévus à l'article L. 32-1 du CPCE et en particulier les objectifs d'exercice d'une concurrence effective et loyale au bénéfice des utilisateurs, d'innovation et de compétitivité dans le secteur des communications électroniques, de promotion d'une concurrence fondée sur les infrastructures et de non-discrimination, dans des circonstances analogues, dans le traitement des opérateurs.

Comme indiqué en partie 3.1, les moyens invoqués par Oméa tirés, d'une part, de la méconnaissance de l'article D. 99-10 du CPCE en raison d'une prétendue incohérence des tarifs de gros d'Orange avec ses coûts sous-jacents et, d'autre part, de la méconnaissance de

l'« engagement 4G » s'agissant des conditions tarifaires de l'offre de gros 2G/3G doivent être écartés.

Aussi l'Autorité appréciera-t-elle, dans les parties ci-après, les conditions tarifaires appliquées à Oméa dans le cadre de l'offre d'accueil 2G/3G, pour la période du 19 juillet au 31 décembre 2013 :

- au regard des principes de l'« engagement 3G », c'est-à-dire, en particulier, la capacité du MVNO à changer d'opérateur hôte sur le marché de gros et son autonomie commerciale sur le marché de détail (partie 3.2.1) ;
- au regard des objectifs de régulation prévus à l'article L. 32-1 du CPCE, en particulier au regard la situation concurrentielle sur les marchés de détail et de gros de l'accueil de MVNO (partie 3.2.2) et de la différence de traitement entre opérateurs s'agissant [...] (partie 3.2.3).

La conclusion de l'analyse de l'Autorité figure en partie 3.2.4.

### **3.2.1 Appréciation des conditions tarifaires appliquées aux offres de gros 2G/3G pour 2013 au regard de l' « engagement 3G »**

#### *3.2.1.1 Appréciation des conditions tarifaires au regard de leur éventuel effet fidélisant*

##### a) Sur le minimum de facturation

L'accord-cadre (qui couvre les années 2012 et 2013) prévoit le paiement d'un minimum de facturation de [...] euros de chiffre d'affaires à réaliser sur [...] et à atteindre avant le [...].

Oméa demande la suppression de ce minimum de facturation. Elle soutient qu'il emporterait un effet fidélisant, en méconnaissance de l'« engagement 3G », en ce qu'il porterait sur un montant de chiffre d'affaires très élevé, non justifié par l'amortissement des coûts fixes d'accueil du MVNO et obligerait Oméa à atteindre ce seuil de chiffre d'affaires sur le réseau d'Orange, sous peine d'application de tarifs supérieurs.

L'Autorité estime qu'une « facturation minimale » peut, dans certains cas, emporter un effet fidélisant significatif, contrevenant à l'« engagement 3G », lorsqu'il a pour objet ou pour effet de maintenir, sans raisons objectives, le MVNO chez son opérateur hôte.

En l'espèce, Oméa devait sur une période de [...], atteindre [...] euros de facturation, sous peine de caducité des conditions tarifaires telles que définies à l'accord-cadre.

Or l'Autorité constate que le montant de [...] euros a été atteint par Oméa dès le [...], soit avant le [...], date de début de la période couverte par le différend (comme établi en partie 2.1.2). **Il en résulte que, sur la période pour laquelle l'Autorité doit se prononcer, la clause relative au paiement de ce minimum de facturation ne produisait plus d'effet. Par suite, la demande d'Oméa doit être écartée.**

Au surplus, l'Autorité constate que ce montant de [...] euros a été atteint par Oméa [...] après la signature de l'accord-cadre, soit [...] avant l'échéance prévue. La société n'était donc pas contrainte, à partir de cette date, de s'approvisionner exclusivement chez Orange. Par ailleurs,

ce minimum de facturation n'a pas empêché Oméa de faire migrer une partie de son parc chez un autre opérateur hôte [...] dès le deuxième trimestre de l'année 2012. **Il n'est donc pas établi que le minimum de facturation ait pu, en l'espèce, avoir un effet fidélisant, de nature à instaurer pour le MVNO des barrières artificielles au changement d'opérateur hôte.**

L'Autorité relève enfin qu'Oméa, alors même que cette dernière considère comme réel l'effet fidélisant du minimum de facturation, n'a pas cherché à saisir l'Autorité en règlement de différend lors de l'établissement de cette condition tarifaire en 2012.

b) Sur le montant fixe ouvrant droit à des tarifs préférentiels

Les conditions tarifaires du contrat full-MVNO d'Oméa chez Orange reposent sur le paiement d'un montant fixe de [...] euros, en 2013, donnant droit à des tarifs préférentiels associés à des volumes de voix et de SMS. Une fois ces volumes atteints, les trafics (voix et SMS) excédentaires sont soumis à des tarifs de dépassement. Néanmoins [...]

Oméa demande la suppression de ce montant fixe. Elle soutient que ce montant revêtirait une dimension fidélisante, en méconnaissance de l'« engagement 3G », en la contraignant à consommer l'intégralité des volumes associés, sauf à subir une « pénalité financière » puisqu'une consommation inférieure aux volumes associés conduit à une facturation des services à un prix de revient unitaire plus élevé.

Mais il ressort, tout d'abord, des éléments du dossier qu'Oméa a choisi de souscrire aux conditions tarifaires comprenant un montant fixe et des tarifs unitaires en signant, en avril 2013, les avenants tarifaires aux contrats, alors même qu'Orange lui avait proposé, pour 2013, une offre sans montant fixe, dépendant uniquement de la volumétrie des trafics. L'Autorité s'étonne du caractère tardif de la demande d'Oméa qui aurait pu chercher à saisir l'Autorité en règlement de différend lors de l'établissement de la condition tarifaire en cause si elle l'estimait fondé.

L'Autorité relève également que l'engagement sur un montant fixe important et/ou sur une durée longue est susceptible de permettre au MVNO d'accéder à une structure de coûts beaucoup plus stable, à des tarifs moyens plus bas et des marges brutes *in fine* plus importantes, gage d'une autonomie sur le marché de détail, au travers d'un investissement et d'une prise de risque, certes plus importants, mais inhérents à toute démarche entrepreneuriale.

Il ressort, ensuite, des éléments du dossier qu'Oméa n'a consommé, en 2013, que [...] de l'enveloppe des volumes maximum voix et SMS associés au versement du montant fixe. L'Autorité constate *a fortiori* que ce qui peut apparaître comme une relative sous-consommation de cette enveloppe ne reflète pas une éventuelle incapacité d'Oméa à écouler du trafic sur le réseau d'Orange dans les proportions initialement convenues entre les parties, mais intervient plutôt dans un contexte de baisse régulière du trafic qui semble résulter, en premier lieu, de la volonté d'Oméa de migrer son parc vers son autre opérateur hôte, [...].

## Evolution du parc total d'Oméa

[...]

*Source : Orange, observations en défense, non contestées par Oméa*

De plus, le contrat prévoyait [...]

**Il résulte de ce qui précède qu'il n'apparaît pas que le montant fixe ait eu, sur la période couverte par le différend pour l'année 2013, un effet fidélisant de nature à instaurer pour Oméa des barrières artificielles au changement d'opérateur hôte.**

- c) Sur la redevance mensuelle par carte SIM au titre de la consommation de données par les clients « full-MVNO »

L'avenant 2 au contrat full-MVNO a introduit une redevance mensuelle par carte SIM de [...] euros pour chaque utilisateur consommant au moins [...] de données sur le mois.

Oméa demande la suppression de cette redevance mensuelle en faisant valoir qu'elle aurait un effet fidélisant, en méconnaissance de l'« engagement 3G », dès lors que cette redevance mensuelle l'inciterait à conserver, sur le réseau d'Orange, les clients ayant la plus forte consommation de données.

L'Autorité relève qu'une structure tarifaire comportant un montant fixe par utilisateur peut se justifier au regard des coûts supportés par l'opérateur hôte, qui sont peu sensibles au trafic, car ils comportent une part fixe liée à la mise en place de la couverture de son réseau.

Par ailleurs, la redevance par carte SIM n'a ni pour objet ni pour effet d'empêcher la migration d'une partie du parc d'Oméa chez un opérateur tiers. En l'espèce, cette redevance est à verser par utilisateur et par mois, ce qui écarte tout risque d'effet fidélisant, le MVNO ayant la possibilité de migrer son parc chez un autre opérateur hôte, d'un mois à un autre.

**Compte tenu de ces différents éléments, il n'apparaît donc pas que cette redevance ait eu, sur la période couverte par le différend pour l'année 2013, un effet fidélisant de nature à instaurer pour le MVNO des barrières artificielles au changement d'opérateur hôte.**

### *3.2.1.2 Appréciation des conditions tarifaires au regard d'une éventuelle restriction portée à l'autonomie commerciale d'Oméa*

- a) Sur les options tarifaires

L'avenant à l'accord-cadre, signé le 25 avril 2013, a mis en place un mécanisme d'options tarifaires. [...].

Le dispositif d'options tarifaires est présenté dans le tableau ci-après :

[...]

Le trafic excédentaire se voit appliquer les conditions tarifaires définies à l'accord-cadre. De plus, [...].

Oméa demande la suppression des options tarifaires au motif qu'elles restreindraient, en méconnaissance de l'« engagement 3G », son autonomie commerciale sur le marché de détail : la société fait valoir que, par ces options, Orange dirigerait son activité en la contraignant dans la définition de ses offres de détail.

Le mécanisme d'options tarifaires peut, dans certains cas, conduire à limiter l'autonomie commerciale du MVNO dans la mesure où il contribue à diminuer les tarifs de gros uniquement pour un profil de consommateurs donné, en l'occurrence ici les gros consommateurs, avec des contraintes sur leur comportement. La stratégie du MVNO sur le marché de détail peut s'en trouver indûment limitée.

**Néanmoins la demande tendant à la suppression *a posteriori* de ces options pour la période allant du 19 juillet au 31 décembre 2013, sans baisse parallèle des niveaux tarifaires, est dépourvue de toute portée utile, puisqu'elle reviendrait à augmenter la facture due par Oméa à Orange pour 2013, ce qui est manifestement contraire aux demandes de cette société.** L'Autorité renvoie à la lecture des parties 3.2.2 et 3.2.4, s'agissant de l'appréciation des demandes de la requérante en matière de niveaux tarifaires.

L'Autorité relève, par ailleurs, que ces mécanismes d'options ont pu constituer une réponse d'Orange, certes imparfaite, mais néanmoins envisageable dans le cadre d'un contexte de marché tendu et marqué par des évolutions très rapides. La capacité des MVNO à faire face à la croissance de la demande en trafic et aux chocs de marché devrait toutefois sur le moyen et long terme résulter en premier lieu d'offres d'accès au réseau sous forme de blocs significatifs de droits fixes, permettant au MVNO de ventiler ses coûts sur une base plus importante et ainsi de dégager des économies d'échelle.

En tout état de cause, l'Autorité note, avec satisfaction, qu'Orange a supprimé le mécanisme d'option tarifaire dans son offre 2G/3G pour 2014.

- b) Sur la redevance mensuelle par carte SIM au titre de la consommation de données par les clients « full-MVNO »

S'agissant du montant de la redevance mensuelle par carte SIM [...], il n'est pas établi qu'il ait pu avoir un effet restrictif sur l'autonomie commerciale d'Oméa, dès lors qu'il n'a pas pour effet de cantonner le MVNO sur un segment de marché.

### *3.2.1.3 Pertinence d'un « test de ciseau tarifaire » ou de « répliquabilité » pour apprécier, au regard de l'« engagement 3G », les conditions tarifaires appliquées*

Oméa demande l'évolution à la baisse, et ce de manière rétroactive, des tarifs 2G/3G du contrat full-MVNO appliqués pour 2013 en soutenant, en particulier, qu'ils méconnaissent les principes des « engagements 3G et 4G » en ce que, d'une part, ils ne permettent pas à Oméa de répliquer, dans des conditions de rentabilité normales, les offres de cœur de marché, et suscitent donc un important effet de ciseau tarifaire, et d'autre part, ils procurent à Orange un niveau de marges « *démesuré et inéquitable au regard de la répartition des rôles respectifs des deux opérateurs dans la création de valeur* ».

Mais comme l'Autorité l'a précédemment rappelé, le moyen tiré de la méconnaissance de l'« engagement 4G » est inopérant s'agissant de l'appréciation des conditions tarifaires des offres de gros 2G et 3G.

Quant à l'« engagement 3G », et pour les raisons précédemment indiquées par l'Autorité dans la partie 3.1.4.1, il ne contient aucune obligation de pratiquer des tarifs de gros permettant au MVNO de répliquer les offres de détail. Les conditions d'application d'un tel test de ciseau tarifaire n'apparaissent pas non plus remplies en l'espèce et les précédents sur lesquels Oméa s'appuie à cet égard ne sont pas pertinents.

En effet, un premier critère d'application d'un test de ciseau tarifaire est le degré concurrentiel du marché de gros considéré et plus particulièrement la présence ou non d'un monopoleur ou acteur intégré significativement influent sur ce marché, ou disposant d'une facilité essentielle. Or le marché de gros de l'accueil de MVNO est concurrentiel ; il existe sur ce marché plusieurs concurrents qui fournissent des prestations d'accueil équivalentes et alternatives à celles d'Orange, ce qui n'est pas contesté en l'espèce.

Dans sa décision n°2005-1009 (Western Telecom contre France Telecom), l'Autorité a ainsi considéré que les critères de réalisation d'un test de ciseau tarifaire n'étaient pas remplis eu égard au degré concurrentiel du marché de gros considéré et en l'absence d'influence significative de France Télécom sur le marché.

Quant à la décision n° 2006-0350 (Antalis contre TDF) invoquée par Oméa, dans laquelle l'Autorité a réalisé un test de ciseau tarifaire, elle n'est pas transposable en l'espèce puisqu'une analyse de marché qui mettait en évidence la puissance de marché de TDF était en cours d'adoption. De même, dans sa décision n° 2011-0596 du 7 juin 2011 (Towercast contre TDF), l'Autorité a constaté qu'aucun site ne permettait de répliquer techniquement, dans des conditions satisfaisantes, le site de la Grande Jeanne exploité par la société TDF et qu'ainsi ce site constituait le seul accès permettant, dans les conditions de l'espèce, aux concurrents de TDF de proposer des offres de diffusion aux éditeurs de services de radio. C'est pourquoi l'Autorité a estimé pour l'accès à ce site que *« la société TDF [devait] proposer à la société Towercast des conditions tarifaires d'accès respectant les principes de non-discrimination, d'objectivité, de pertinence et d'efficacité, qui n'induisent pas de ciseau tarifaire avec les offres proposées aux éditeurs de services de radio par la société TDF »*.

**Les conditions nécessaires pour effectuer un test de ciseau tarifaire ne sont donc pas remplies en l'espèce. Les résultats d'un tel test effectué par le cabinet Progressus, et produit par Oméa au soutien de sa demande, ne peuvent donc être utilement invoqués pour établir que les conditions tarifaires prévues par le contrat full-MVNO, pour la période du 19 juillet au 31 décembre 2013, seraient contraires à l'« engagement 3G ».**

### **3.2.2 Appréciation des conditions tarifaires au regard de la situation concurrentielle sur les marchés de détail et de gros de l'accueil de MVNO**

Oméa soutient que ses demandes relatives à l'évolution des conditions tarifaires prévues par le contrat sont justifiées au regard des objectifs prévus à l'article L.32-1 du CPCE, en particulier les objectifs d'exercice, au bénéfice de l'utilisateur, d'une concurrence effective et

loyale, d'investissement efficace, d'innovation et de compétitivité dans le secteur des communications électroniques.

Comme l'a jugé la Cour d'appel de Paris, l'Autorité doit « *exercer sa mission au regard des objectifs de la régulation (...) définies à l'article L. 32-1 du CPCE, en se fondant, au-delà de la situation particulière d'un opérateur, (...) sur des conditions touchant à l'ordre public économique* » (CA Paris, 24 février 2011, *Mobius contre LRN*). Il revient alors « *à une entreprise qui souhaite que les conditions techniques et tarifaires soient appréciées en équité de se prévaloir d'éléments précis de nature à établir le bien-fondé de ses prétentions (...)* » (même arrêt).

Oméa fait valoir que les conditions tarifaires en cause « *sont totalement incohérent[e]s au regard des coûts sous-jacents de la société Orange* » et « *suscitent un important effet de ciseau tarifaire* ». Elle produit à cet égard l'étude précitée du cabinet Progressus.

Or pour les raisons rappelées plus haut, ces arguments ne peuvent qu'être écartés : Orange n'est tenue à aucune obligation d'orientation des tarifs de ses offres de gros 2G/3G vers les coûts sous-jacents qu'elle supporte et le recours à un test de ciseau tarifaire ne saurait permettre d'apprécier le caractère équitable des conditions tarifaires de ces offres.

En outre, Oméa n'apporte aucun élément de nature à justifier le bien-fondé de ses demandes tarifaires au regard des objectifs d'exercice, au bénéfice de l'utilisateur, d'une concurrence effective et loyale, d'investissement efficace, d'innovation et de compétitivité dans le secteur des communications électroniques.

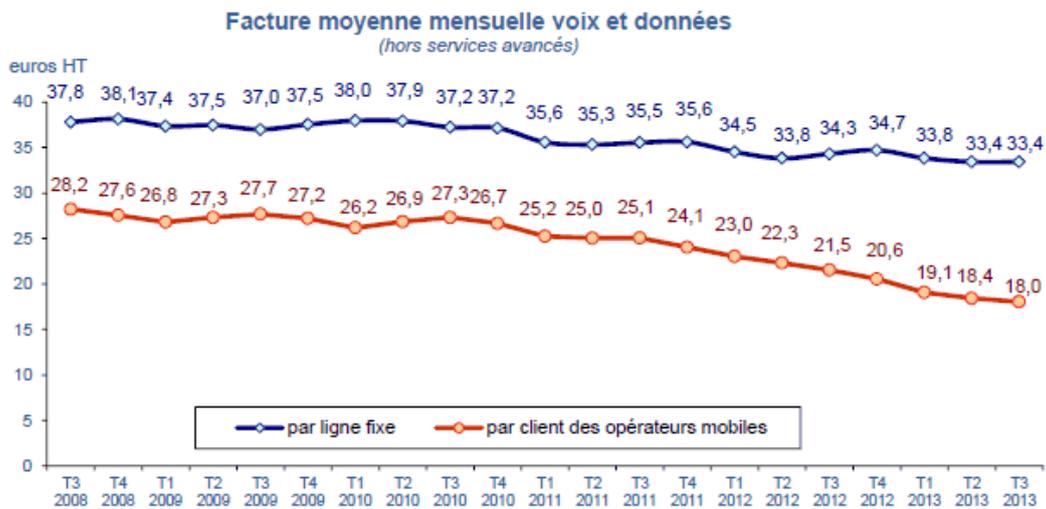
En effet, contrairement à ce que soutient Oméa, l'examen de la situation concurrentielle sur les marchés de détail et de gros de l'accueil de MVNO ne conduit pas à justifier le bien fondé de ses prétentions.

Concernant le marché de détail mobile métropolitain, tout d'abord, l'Autorité constate qu'il a connu de fortes évolutions ces dernières années au bénéfice d'une dynamique concurrentielle accrue et qu'il reste fortement animé par la diversité des offres aujourd'hui proposées<sup>17</sup> et marqué par la baisse des tarifs de détail.

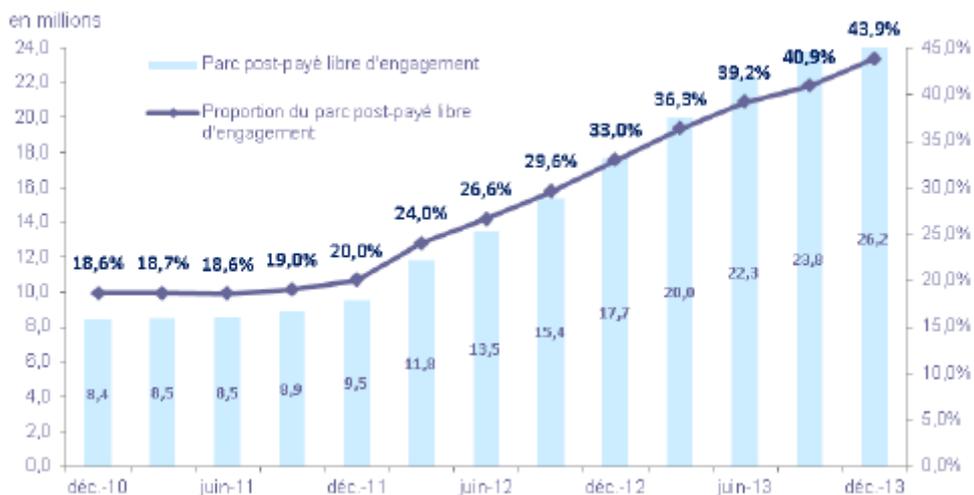
---

<sup>17</sup> Offres forfaitaires sans engagements, dont la part a doublé en moins de deux ans, offres sans terminaux type *SIM only*, offres orientées vers les communications internationales, offres de secondes marques dites *low-cost* et offres d'abondance Voix, SMS et data généralisées.

Evolution de la facture moyenne par client des opérateurs mobiles (source : ARCEP)

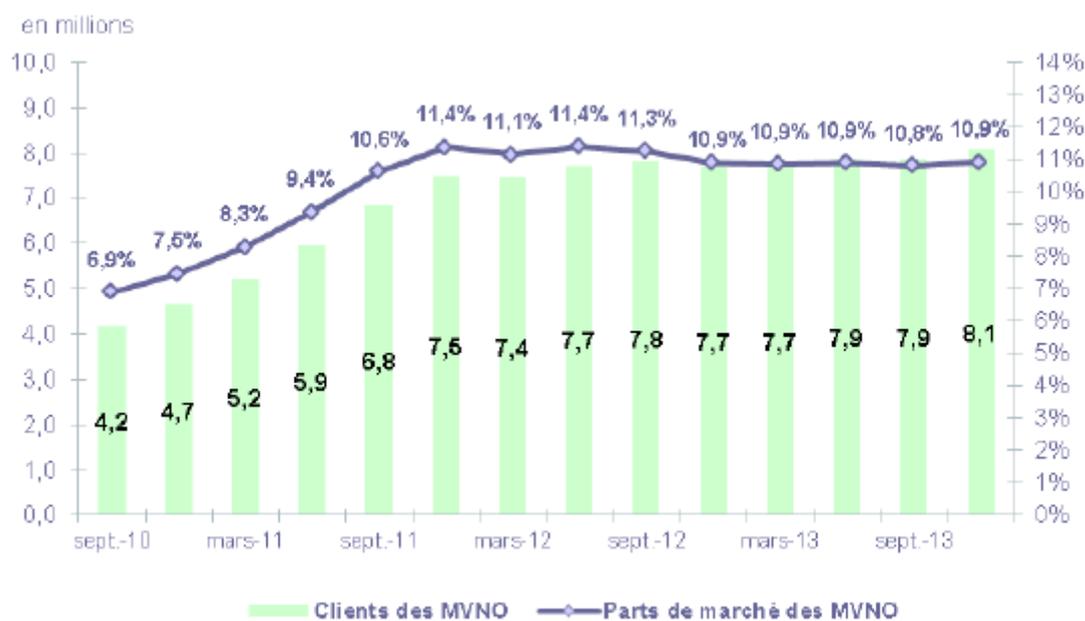


Parc post-payé libre d'engagement en métropole (source : ARCEP)



De plus, les MVNO continuent à jouer un rôle significatif dans l'animation de la concurrence sur le marché de détail mobile : leur part de marché est stable depuis 2011, autour de 11%. Leur capacité à satisfaire une part importante du marché et, par là même, à contribuer au dynamisme concurrentiel du secteur, n'a donc pas été remise en cause en 2013.

*Nombre de cartes SIM des MVNO en France métropolitaine (source : ARCEP)*



Concernant le marché de gros de l'accueil de MVNO, ensuite, l'Autorité constate son dynamisme concurrentiel, en particulier au regard du nombre de contrats signés entre MVNO et opérateurs hôtes (voir également supra, partie 1).

*Liste des principaux MVNO (données publiques à date)*

MVNO	Architecture	Opérateur hôte	Lancement commercial
<b>Afone (Afone Mobile et Leclerc Mobile)</b>	Light	SFR	2007
<b>Alphalink (MVNA)</b>	Light	SFR	-
<b>Bazile Telecom</b>	Light	Orange	2009
<b>Buzz Mobile (ex Mobisud)</b>	Light	SFR	2006
<b>Coriolis</b>	Light	SFR	2006
<b>KPN (Ortel Mobile)</b>	Light	Orange et Bouygues Telecom	-
<b>Futur Telecom</b>	Light	SFR	2006
<b>IC Telecom</b>	Light	SFR	2011
<b>La Poste Mobile</b>	Light	SFR	2006
<b>Lebara Mobile</b>	Light	Bouygues Telecom	2010
<b>Legos</b>	Light	SFR	-
<b>LTI Telecom</b>	Light	SFR	2011
<b>Lycamobile</b>	Full	Bouygues Telecom	2011
<b>Mundio Mobile (Vectone)</b>	Full	SFR	-
<b>EI Telecom (Auchan Telecom, NRJ Mobile, CIC Mobile, Crédit Mutuel Mobile, Blancheporte Mobile, Cofidis Mobile)</b>	Light et Full	Orange et SFR	2005
<b>Numericable</b>	Light	Bouygues Telecom	2008
<b>Oméa Telecom (Breizh Mobile, Casino Mobile, Télé 2 Mobile, Virgin Mobile)</b>	Light et Full	Orange, SFR et Bouygues Telecom	2004
<b>Prixtel</b>	Light	SFR	2009
<b>SCT Telecom</b>	Light	SFR et Bouygues Telecom	2010
<b>SISTEER (MVNA)</b>	Light	SFR	2009
<b>SNBL (Joe Mobile)</b>	Light	SFR	2012
<b>Symacom</b>	Light	Orange	2009
<b>Transatel (MVNO et MVNA)</b>	Light et Full	Bouygues Telecom et Orange	2002

Au surplus, s'agissant de la situation particulière d'Oméa, l'Autorité constate que, au quatrième trimestre 2013, la société a fait jouer la concurrence sur ce marché, d'une part, en bénéficiant d'un accueil sur le réseau de plusieurs opérateurs hôtes (les trois opérateurs mobiles de réseau historiques Orange, SFR et Bouygues Telecom, y compris en 4G sur le réseau des deux derniers) et, d'autre part, en disposant de son propre cœur de réseau en tant que full-MVNO hébergé non seulement sur le réseau de la société Orange depuis avril 2012, mais également sur le réseau de la société SFR depuis juin 2011.

**Oméa n'apporte donc aucun élément de nature à justifier le bien-fondé de ses demandes tarifaires au regard des objectifs d'exercice, au bénéfice de l'utilisateur, d'une concurrence effective et loyale, d'investissement efficace, d'innovation et de compétitivité dans le secteur des communications électroniques.**

### 3.2.3 Appréciation du mécanisme de [...] au regard de la différence de traitement entre opérateurs

Oméa demande à ce que les trafics [...] en provenance et à destination du groupe Orange (fixe et mobile) soient intégrés au mécanisme de [...] tel qu'appliqué au trafic à l'origine et à destination des autres opérateurs de réseaux.

Oméa soutient qu' « aucune raison objective ne justifi[e] le traitement différent opéré par Orange selon les origines/destination du trafic », et que ce traitement différencié « conduit à déséquilibrer encore davantage le partage inéquitable de valeur au bénéfice d'Orange ».

A supposer même qu'Oméa entende, à l'appui de sa demande, se prévaloir de l'« engagement 4G », un tel moyen ne peut qu'être écarté (comme rappelé en partie 3.2).

De plus, Oméa n'établit, ni même n'allègue que l'application du [...] au [...] en provenance et à destination du groupe Orange (fixe et mobile), s'imposerait au regard de l'« engagement 3G ». En particulier, Oméa n'établit pas que l'absence d'application du [...] au [...] en provenance et à destination du groupe Orange (fixe et mobile) restreindrait la concurrence sur le marché de gros de l'accueil des MVNO ou l'autonomie commerciale d'Oméa sur le marché de détail.

Par ailleurs, le traitement différent opéré par Orange selon les origines et les destinations du trafic pourrait, dans son fonctionnement général, s'opposer aux obligations de non-discrimination entre terminaison d'appel *on-net*<sup>18</sup> et terminaison d'appel *off-net*<sup>19</sup> imposées par l'Autorité dans le cadre de ses analyses de marché successives des terminaisons d'appel fixe et mobile. L'Autorité souligne néanmoins que la prestation d'accueil de light MVNO, si elle est composée notamment à partir de prestations d'interconnexion, n'est pas elle-même, en tant que telle, une prestation d'interconnexion.

L'Autorité relève enfin qu'une modification *a posteriori* du périmètre du [...] pour la période allant du 19 juillet au 31 décembre 2013 serait dépourvue, en l'espèce, de toute portée utile. En effet, une telle modification pourrait légitimement s'accompagner de la part d'Orange d'une révision de l'ensemble des tarifs de l'offre d'accueil, de manière à ce que l'équilibre économique général de l'offre de gros 2G/3G pour 2013 et donc les sommes dues par Oméa à Orange demeurent inchangés, étant rappelé (comme démontré dans les parties précédentes) qu'Oméa n'a pas établi le bien-fondé de ses demandes d'évolution rétroactive des tarifs de cette offre.

---

<sup>18</sup> Terminaison d'un appel émis par un client d'Orange, sur son propre réseau.

<sup>19</sup> Terminaison d'un appel émis par le client d'un opérateur tiers, en dehors du réseau d'Orange.

En conséquence, aucun élément suffisant ne permet d'établir le caractère indispensable, au regard des objectifs de l'article L.32-1 du CPCE, d'enjoindre à Orange d'appliquer, pour la période du 19 juillet au 31 décembre 2013, au [...] un mécanisme de [...] sans différence selon que le trafic est en provenance et à destination du groupe Orange ou d'un autre opérateur.

### 3.2.4 Conclusion sur les conditions tarifaires appliquées aux offres de gros 2G/3G pour 2013

Il résulte de tout ce qui précède que, au regard des objectifs de l'article L.32-1 du CPCE comme des prescriptions contenues dans l'« engagement 3G » ainsi que des éléments apportés par Oméa, celle-ci n'établit pas le bien-fondé de ses demandes relatives à l'évolution des conditions tarifaires appliquées aux offres de gros 2G/3G pour la période du 19 juillet au 31 décembre 2013.

Sont donc rejetées les demandes d'Oméa :

- d'appliquer de manière rétroactive les tarifs *maxima* pour les usages voix, SMS et données 2G/3G qu'elle demande avec ou sans redevance mensuelle par carte SIM active, à l'exclusion de tout système de droit fixe, options tarifaires et minimum de facturation ;
- d'intégrer de manière rétroactive les [...] en provenance et à destination du groupe Orange (fixe et mobile) au mécanisme de [...].

### 3.3 Demandes d'Oméa relatives aux conditions tarifaires proposées par Orange pour les offres de gros 2G/3G pour 2014, hors réseau zones blanches

Orange a proposé, le 12 septembre 2013, à Oméa une offre 2G/3G pour l'année 2014 comprenant une tarification [...] pour les trafics light et full-MVNO. Elle repose sur des tarifs à l'usage voix, SMS et données 2G/3G, sans montant fixe, ni option tarifaire, ni minimum de facturation.

Ces tarifs à l'usage [...]. Ces tarifs sont les suivants :

[...]

Oméa conteste cette proposition tarifaire et demande à titre principal, l'application pour 2014 de tarifs *maxima* 2G/3G pour les usages voix, SMS et données et ce, dans le cadre d'une tarification fondée uniquement sur un tarif par usage, à l'exclusion de tout système de droit fixe, redevance mensuelle par carte SIM active, options tarifaires et minimum de facturation. Elle demande, à titre subsidiaire, l'application de tarifs *maxima* à l'usage dans le cadre d'une tarification incluant uniquement une redevance mensuelle par carte SIM active.

Elle demande également la pérennisation, dans la limite de 3 ans, de l'application de [...] ainsi que l'intégration des [...] en provenance et à destination du groupe Orange (fixe et mobile) au mécanisme de [...], tel qu'appliqué au trafic à l'origine et à destination des autres opérateurs de réseaux.

A l'appui de ses demandes, Oméa soutient que les conditions tarifaires qui lui sont proposées pour 2014 sont, d'une part, contraires à l'article D. 99-10 du CPCE en étant incohérentes avec les coûts sous-jacents d'Orange et, d'autre part, contraires à l'« engagement 3G » ainsi qu'à l'« engagement 4G » inscrits dans les autorisations d'utilisation de fréquences d'Orange. Elle rappelle que l'Autorité doit apprécier ses demandes en équité, au regard des objectifs de la régulation et plus particulièrement des objectifs d'exercice, au bénéfice de l'utilisateur, d'une concurrence effective et loyale, d'investissement efficace, d'innovation et de compétitivité dans le secteur des communications électroniques.

Mais comme indiqué précédemment (partie 3.1), les moyens invoqués par Oméa tirés, d'une part, de la méconnaissance de l'article D. 99-10 du CPCE en raison d'une prétendue incohérence des tarifs de gros d'Orange avec ses coûts sous-jacents et, d'autre part, de la méconnaissance de l'« engagement 4G » s'agissant des conditions tarifaires de l'offre de gros 2G/3G pour 2014 ne peuvent qu'être écartés.

Par ailleurs, l'Autorité relève que la proposition tarifaire 2G/3G formulée par Orange le 12 septembre 2013, pour 2014, n'inclut ni droits fixes, ni redevance fixe par carte SIM, ni minimum de facturation, ni options tarifaires. Il n'y a donc pas lieu de se prononcer sur les demandes d'Oméa de suppression de ces composantes tarifaires pour 2014.

Les conditions tarifaires 2G/3G proposées par Orange pour la période 2014 seront donc appréciées :

- au regard des principes de l'« engagement 3G », c'est-à-dire, en particulier, la capacité du MVNO à changer d'opérateur hôte sur le marché de gros et son autonomie commerciale sur le marché de détail (partie 3.3.1),
- au regard des objectifs de régulation prévus à l'article L. 32-1 du CPCE, en particulier au regard de la situation concurrentielle sur les marchés de détail et de gros de l'accueil de MVNO (partie 3.3.2).

La conclusion de l'analyse de l'Autorité figure en partie 3.3.3.

### **3.3.1 Appréciation des conditions tarifaires proposées pour les offres de gros 2G/3G pour 2014 au regard de l'« engagement 3G »**

#### *3.3.1.1 Appréciation des conditions tarifaires [...] et de l'extension du mécanisme de [...] au [...] en provenance et à destination du groupe Orange*

Oméa soutient que sa demande de pérennisation, dans la limite de 3 ans, de l'application de [...], est indispensable car les [...] sont « *extrêmement défavorables* » et que l'application des [...] permet à Oméa de bénéficier des [...]. L'absence de pérennisation des [...] constituerait, selon Oméa, une violation de l'« engagement 3G » d'Orange.

Lorsqu'il n'est pas soumis à une régulation *ex ante*, comme en l'espèce, on l'a vu, l'opérateur de réseau est libre de définir la structure tarifaire de son offre d'accueil, dans le respect, toutefois, des engagements MVNO inscrits dans ses autorisations d'utilisation de fréquences.

**Or Oméa n'établit pas que l'application [...] selon que la prestation d'accueil est fournie au MVNO dans une architecture light ou full-MVNO, restreindrait la concurrence sur le marché de gros de l'accueil des MVNO ou l'autonomie commerciale d'Oméa sur le marché de détail** (obligations de l'« engagement 3G »). En tout état de cause, dès lors que les deux prestations sont de nature totalement différentes, tant sur un plan technique qu'économique, comme précédemment indiqué (partie 1.1), il n'apparaît pas inéquitable qu'Orange y associe des structures tarifaires distinctes. **La demande de pérennisation, dans la limite de 3 ans, de l'application de [...] doit donc être rejetée.**

Oméa demande, par ailleurs, que, dans le cadre d'une tarification [...], les [...] en provenance et à destination du groupe Orange (fixe et mobile) soient intégrés au mécanisme de [...] tel qu'appliqué au trafic à l'origine et à destination des autres opérateurs de réseaux en invoquant les moyens rappelés dans la partie 3.2.3.

Mais cette demande présuppose l'existence [...] Elle se trouve donc dépourvue d'objet dès lors que la demande portant sur la [...] est rejetée. **La demande d'extension du mécanisme de [...] au trafic en provenance et à destination du groupe Orange doit donc être écartée.**

#### *3.3.1.2 Pertinence d'un « test de ciseau tarifaire » ou de « répliquabilité » pour apprécier les conditions tarifaires proposées au regard de l'« engagement 3G »*

Comme indiqué précédemment, l'« engagement 3G » souscrit par Orange ne contient aucune obligation de pratiquer des tarifs de gros permettant au MVNO de répliquer les offres de détail et les conditions nécessaires pour effectuer un test de ciseau tarifaire ne sont pas non plus remplies en l'espèce (cf partie 3.2.1.3). Les résultats d'un tel test effectué par le cabinet Progressus, et produit par Oméa au soutien de sa demande, ne peuvent donc être utilement invoqués pour établir que les conditions tarifaires proposées pour l'année 2014 seraient contraires à l'« engagement 3G ».

### **3.3.2 Appréciation des conditions tarifaires au regard de la situation concurrentielle sur les marchés de détail et de gros de l'accueil de MVNO**

De même que pour les conditions tarifaires appliquées en 2013, Oméa n'apporte aucun élément de nature à justifier le bien-fondé de ses demandes tarifaires pour 2014 en 2G/3G au regard des objectifs d'exercice, au bénéfice de l'utilisateur, d'une concurrence effective et loyale, d'investissement efficace, d'innovation et de compétitivité dans le secteur des communications électroniques.

L'Autorité relève en effet qu'au vu des derniers résultats de l'observatoire des marchés mobiles présentés précédemment (partie 3.2.2) ainsi que des dynamiques commerciales à l'œuvre sur le marché, il est vraisemblable que le dynamisme concurrentiel sur le marché de détail se poursuive en 2014.

L'Autorité relève également que le dynamisme concurrentiel se maintient sur le marché de gros de l'accueil de MVNO, avec notamment l'approvisionnement des MVNO en 4G chez les opérateurs de réseau, à l'image des annonces au quatrième trimestre 2013 d'accords entre Oméa et Bouygues Télécom, Oméa et SFR ou encore EI Télécom et Orange, et au premier trimestre 2014 entre La Poste Mobile et SFR.

En outre, il ressort des éléments du dossier que les tarifs à l'usage pour le trafic full-MVNO 2G/3G pour 2014 se situent dans la suite des tarifs moyens payés par Oméa en 2013.

Si les tarifs à l'usage proposés pour le trafic light MVNO sont supérieurs à ceux pratiqués en 2013, cette situation s'explique par la fin de la validité de l'accord-cadre qui avait [...]. Par ailleurs, l'Autorité constate qu'en ce qui concerne la tarification du trafic light MVNO, les tarifs à l'usage proposés sont néanmoins inférieurs à ceux qui prévalaient en 2013 hors application de l'accord-cadre.

**Il ne résulte donc pas de ce qui précède qu'Oméa n'apporte aucun élément de nature à justifier que les conditions tarifaires en cause auraient un caractère inéquitable au regard des objectifs précités.**

### **3.3.3 Conclusion sur les conditions tarifaires proposées pour les offres de gros 2G/3G pour 2014**

**Il résulte de tout ce qui précède que, au regard des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE comme des prescriptions contenues dans l'« engagement 3G » ainsi que des justifications apportées par Oméa, celle-ci n'établit pas le bien-fondé de ses demandes relatives à l'évolution des conditions tarifaires proposées pour les offres de gros 2G/3G pour 2014.**

**Sont donc rejetées les demandes d'Oméa :**

- **tendant à enjoindre à Orange de pérenniser l'application de [...], dans la limite d'une durée de trois ans, s'agissant de l'offre d'accueil 2G/3G pour 2014 ;**
- **d'intégrer les [...] en provenance et à destination du groupe Orange (fixe et mobile) au mécanisme de [...];**
- **d'appliquer les tarifs *maxima* pour les usages voix, SMS et données 2G/3G qu'elle demande avec ou sans redevance mensuelle par carte SIM active, à l'exclusion de tout système de droit fixe, options tarifaires et minimum de facturation.**

### **3.4 Demandes d'Oméa relatives aux conditions tarifaires proposées par Orange pour les offres de gros 2G/3G/4G pour 2014, hors réseau zones blanches**

L'Autorité constate qu'Orange a formulé le 12 septembre 2013 à l'attention d'Oméa une offre d'accueil sur son réseau 4G ainsi que le prévoit l'engagement d'accueil des MVNO inscrit dans ses autorisations d'utilisation de fréquences dans les bandes 2,6 GHz et 800 MHz.

Cette proposition permet l'accès aux réseaux 2G, 3G et 4G selon une architecture light ou full-MVNO.

Les composantes tarifaires de cette offre sont les suivantes :

- un droit fixe d'accès au réseau 4G en fonction du nombre de clients hébergés s'élevant à [...] par tranches de [...] clients, puis à partir de [...] clients, s'élevant à [...] par tranches de [...] clients ;
- une redevance par carte SIM active en 4G s'élevant à [...] par mois ;
- des tarifs au volume de consommations voix, SMS et data identiques à ceux de l'offre 2G/3G détaillée ci-dessus pour 2014.

Oméa conteste cette proposition tarifaire et demande, à titre principal, l'application pour 2014 de tarifs *maxima* 2G/3G/4G pour les usages voix, SMS et data et ce, dans le cadre d'une tarification fondée uniquement sur un tarif par usage, à l'exclusion de tout système de droit fixe, de redevance par carte SIM, options tarifaires et minimum de facturation, et, à titre subsidiaire, que lui soit proposée une offre d'accueil 4G dont la tarification inclut uniquement une redevance par SIM et des tarifs *maxima* à l'usage. Oméa demande par ailleurs la pérennisation, dans la limite de 3 ans, de l'application de [...]. Elle demande également, pour 2014, à ce que les [...] en provenance et à destination du groupe Orange (fixe et mobile) soient intégrés au mécanisme de [...] tel qu'appliqué au trafic à l'origine et à destination des autres opérateurs de réseaux.

A l'appui de ses demandes, Oméa soutient que les conditions tarifaires qui lui sont proposées pour 2014 sont, d'une part, contraires à l'article D. 99-10 du CPCE, en étant incohérentes avec les coûts sous-jacents d'Orange et, d'autre part, contraire aux « engagements 3G et 4G » inscrits dans les autorisations d'Orange. Elle rappelle que l'Autorité doit apprécier ses demandes, en équité, au regard des objectifs de la régulation et plus particulièrement des objectifs d'exercice, au bénéfice de l'utilisateur, d'une concurrence effective et loyale, d'investissement efficace, d'innovation et de compétitivité dans le secteur des communications électroniques.

Comme indiqué précédemment (partie 3.1.2), le moyen invoqué par Oméa tiré de la méconnaissance de l'article D. 99-10 du CPCE en raison d'une prétendue incohérence des tarifs de gros de la société Orange avec ses coûts sous-jacents ne peut qu'être écarté.

Par ailleurs, l'Autorité relève que la proposition tarifaire 2G/3G/4G formulée par Orange pour 2014 n'inclut ni option tarifaire, ni minimum de facturation. Il n'y a donc pas lieu de se prononcer sur les demandes de suppression de ces composantes tarifaires de l'offre pour 2014.

Les conditions tarifaires 2G/3G/4G proposées par Orange pour la période 2014 seront analysées :

- au regard des principes des « engagements 3G et 4G » (partie 3.4.1), c'est-à-dire, en particulier, la capacité du MVNO à changer d'opérateur hôte sur le marché de gros, son autonomie commerciale sur le marché de détail et son accueil à des conditions économiques raisonnables,
- au regard des objectifs de régulation prévus à l'article L. 32-1 du CPCE, en particulier au regard de la situation concurrentielle sur les marchés de détail et de gros de l'accueil de MVNO (partie 3.4.2).

La conclusion de l'analyse de l'Autorité figure en partie 3.4.3.

### **3.4.1 Appréciation des conditions tarifaires proposées pour les offres de gros 2G/3G/4G pour 2014 au regard des engagements 3G et 4G**

#### *3.4.1.1 Appréciation des conditions tarifaires [...] et de l'extension du mécanisme de [...] pour le [...] au trafic en provenance et à destination du groupe Orange*

Dans son courriel daté du 12 septembre 2013, Orange a proposé à Oméa une offre d'accueil pour 2014 sur son réseau 2G/3G/4G avec [...].

Oméa demande la pérennisation, dans la limite de 3 ans, de l'application de [...], ainsi que l'intégration au mécanisme de [...] des [...] en provenance et à destination du groupe Orange (fixe et mobile).

Les moyens invoqués par Oméa sont les mêmes que ceux développés dans la partie 3.3.1.1. Pour les mêmes motifs que ceux précisés dans cette partie 3.3.1.1, il y a lieu de les écarter.

Au demeurant, rien ne démontre que l'application de [...] s'imposerait dans le cadre de conditions économiques raisonnables (obligations de l'« engagement 4G »), alors même que les deux prestations sont de nature totalement différente, tant sur un plan technique qu'économique.

En particulier, le cahier des charges de la procédure d'attribution des fréquences 4G précise : *« le caractère raisonnable s'apprécie notamment au regard des prestations fournies par les deux parties et de leur apport respectif dans la création et la mise en œuvre des services fournis par l'opérateur virtuel. »*

L'apport respectif d'Orange et d'Oméa à la création de valeur est différent dans le cadre des prestations d'accueil light et full-MVNO. Il n'apparaît donc pas déraisonnable que la tarification associée à ces deux prestations reflète cette différence.

**En conséquence, Oméa n'établit pas que l'application des [...] méconnaîtrait les « engagements 3G et 4G » d'Orange. Sa demande doit donc être rejetée.**

**Par suite, et pour les mêmes motifs que ceux précisés en partie 3.3.1.1, la demande relative à l'intégration au mécanisme de [...] des [...] en provenance et à destination du groupe Orange doit être écartée.**

#### *3.4.1.2 Appréciation des composantes fixes des offres 2G/3G/4G pour 2014*

Oméa demande à l'Autorité d'enjoindre à Orange, à titre principal, de proposer une offre d'accueil 4G dont la tarification n'inclut ni droit fixe ni redevance par carte SIM, et, à titre subsidiaire, de proposer une offre d'accueil incluant uniquement une redevance par carte SIM et des tarifs à l'usage.

La société soutient que les droits d'accès au réseau 4G et la redevance par carte SIM de [...] proposés par Orange sont exorbitants et constituent une barrière à l'entrée sur le marché. Elle allègue en particulier que ces composantes fixes sont disproportionnées eu égard aux coûts encourus par Orange pour la mise en place de son réseau 4G et à la différence de prix de

détail de seulement 1€ qu'elle constate dans la gamme d'Orange entre des offres 2G/3G et leur variante 2G/3G/4G.

a) Sur la demande d'une offre d'accueil incluant uniquement des tarifs à l'usage

Comme indiqué dans la partie 3.3.1, à défaut d'être soumis à une régulation *ex ante*, l'opérateur de réseau peut définir librement la structure tarifaire de son offre d'accueil, dans le respect, toutefois, des engagements MVNO inscrits dans ses autorisations d'utilisation de fréquences.

Comme le soutient Orange, la prestation d'accueil de MVNO qu'elle fournit repose sur le déploiement et l'exploitation d'un réseau mobile. La structure de coûts associée est fondée sur l'acquisition de fréquences ainsi que l'achat, l'installation et la maintenance des équipements de réseau. L'Autorité relève ainsi que, dans le contexte du lancement récent de la 4G, le poids des investissements l'emporte sur les coûts d'exploitation. Orange fait donc face à une structure de coûts principalement fixe, dépendant marginalement du nombre d'utilisateurs 4G et du volume de trafic associé, et ce d'autant que le nombre d'utilisateurs et donc le trafic restent à ce jour limités, dans le contexte du lancement récent de la 4G.

L'existence de droits d'accès au réseau et d'une redevance par carte SIM est la répercussion sur les tarifs d'accueil de cette structure de coûts principalement fixe supportée par Orange. Il n'apparaît donc pas déraisonnable que les tarifs pratiqués par Orange pour une offre d'accès 2G/3G/4G reflètent la structure et les niveaux de coûts supportés pour le déploiement de la 4G.

**Par conséquent, il n'apparaît pas fondé d'enjoindre à Orange de proposer une offre d'accueil incluant uniquement des tarifs à l'usage, c'est-à-dire ne comprenant à la fois ni droit fixe ni redevance mensuelle par carte SIM active.**

b) Sur la demande subsidiaire de tarifs incluant une redevance par carte SIM active, mais sans droit d'accès fixe au réseau

Pour autant, Orange ne dispose pas d'une liberté totale pour concevoir ses propositions d'accueil, celles-ci devant s'inscrire dans le respect de ses « engagement 3G » et « engagement 4G », en particulier quant à l'absence de restriction concernant l'autonomie commerciale sur le marché de détail et la capacité à changer d'opérateur hôte.

Des droits d'accès fondés principalement sur des droits fixes importants ou des tranches de grande taille permettent au MVNO de bénéficier, au-delà d'économies d'échelle plus importantes, d'une plus grande souplesse commerciale. De telles composantes tarifaires lui donnent en effet le choix d'allouer ce coût fixe sur des offres plus ou moins rentables sur le marché de détail et lui permettent ainsi d'exploiter une plus grande profondeur de gamme, en particulier de proposer des offres à plus bas revenus qui seraient susceptibles de générer une marge brute négative dans une structure de redevance par carte SIM active. Elles lui permettent également d'obtenir des tarifs à l'usage plus faibles, et d'avoir une base de coûts relativement fixe et donc des marges brutes plus importantes, lui conférant une plus grande robustesse face aux mouvements du marché.

Une offre d'accueil dont les droits d'accès sont fondés principalement sur une redevance par carte SIM facilite, quant à elle, le changement d'opérateur hôte du MVNO.

L'Autorité relève à cet égard que des droits d'accès fondés principalement sur des droits fixes élevés ou des tranches de grande taille, le cas échéant excessives au regard du parc ou de la capacité de développement du MVNO, peuvent avoir un effet d'engagement en ancrant durablement chez l'opérateur hôte le parc du MVNO et son flux de conquêtes, et peuvent donc limiter la capacité de ce dernier à changer d'opérateur hôte pour faire jouer la concurrence sur le marché de gros.

Un engagement du MVNO sur des volumes importants et/ou des durées longues doit ainsi nécessairement résulter d'un choix du MVNO, visant à bénéficier de tarifs plus attractifs ou d'une autonomie commerciale plus grande, et non d'une proposition limitative de l'opérateur hôte.

**L'Autorité estime donc légitime et équitable qu'Oméa puisse se voir proposer une offre d'accueil dont le niveau d'engagement en volume et en durée corresponde à sa demande et à ses capacités. Il est en particulier légitime qu'Oméa puisse se voir proposer une offre d'accueil dont les droits d'accès reposent, le cas échéant, soit principalement sur des droits fixes importants ou des tranches de grande taille, soit principalement sur une redevance mensuelle par carte SIM active.**

En l'espèce, il ressort de ses demandes qu'Oméa semble privilégier l'accès à une offre minimisant le poids de droits fixes ou de tranches impliquant des engagements en volume ou en durée importants.

L'offre proposée par Orange le 12 septembre 2013 inclut deux composantes d'accès au réseau : un droit fixe par tranches [...] et une redevance mensuelle par carte SIM active en 4G. Dans cette offre, le poids du droit fixe par tranches ramené à un nombre moyen d'abonnés par mois est dans la majorité des cas [...] à celui de la redevance mensuelle par carte SIM active.

**La part fixe, dans la proposition d'Orange, repose donc principalement sur la redevance mensuelle par carte SIM active, ce qui apparaît cohérent avec la demande subsidiaire d'Oméa.**

*Evolution en fonction de la taille du parc du droit d'accès fixe dans la proposition d'Orange ramené à un abonné par mois*

[...]

c) Sur la granularité des droits d'accès fixes au réseau, par tranches de clients

En revanche le mécanisme de détermination du montant des droits fixes d'accès au réseau implique de basculer sur une tranche de [...] clients avec un droit d'accès [...] de [...] euros, lorsque Oméa a atteint un parc de [...] clients. Comme le montre le graphique ci-dessus, la taille de cette tranche associée à une durée d'un an crée une marche tarifaire importante au [...] client et apparaît disproportionnée, dans les circonstances de l'espèce et à ce stade de développement de la 4G, d'une part, au regard de la capacité d'Oméa, en termes de parc 4G et du caractère de l'offre, principalement fondée sur une redevance mensuelle par carte SIM

active, et, d'autre part, compte tenu de la demande d'Oméa de minimiser l'importance de cette part fixe<sup>20</sup>.

**Il résulte de ce qui précède que l'Autorité estime équitable qu'Orange revoie à la baisse la taille des tranches permettant le calcul des droits fixes d'accès au réseau pour une taille de parc incluse entre [...] et [...] lignes, ainsi que leur durée de validité, dans le cadre de son offre dont les droits d'accès au réseau sont principalement fondés sur une redevance mensuelle par carte SIM active.**

d) Sur l'effet des composantes fixes sur l'autonomie commerciale d'Oméa

En premier lieu, il convient de relever que l'offre proposée ne comporte pas de conditions ayant pour objet de limiter les offres que serait susceptible de commercialiser Oméa sur le marché de détail.

En deuxième lieu, il convient de noter que les motifs invoqués par Oméa, qui consistent à opérer un test de ciseau différentiel, c'est-à-dire à mettre en regard l'écart entre le tarif de gros 4G et le tarif de gros 3G et l'écart entre le tarif de détail 4G et le tarif de détail 3G, ne peuvent être retenus au regard de l'« engagement 4G », comme expliqué en partie 3.1.4.2.

Au surplus, la différence de tarif de 1 € constatée par Oméa entre certaines offres 2G/3G d'Orange n'apparaît pas comme un élément significatif dans le contexte actuel de lancement de la 4G. En particulier, au jour d'adoption de la présente décision, l'Autorité constate que la gamme d'offres accessible sur le site internet d'Orange comprend un premier forfait 4G au tarif de 24,99€ par mois. Ainsi, dans l'éventail d'offres d'Orange, le service 4G se situe, à ce jour, parmi les offres post-payées non bloquées, c'est à dire les offres milieu et haut de gamme.

Par ailleurs, on peut noter que la capacité d'Oméa à proposer des offres 4G sur le bas du marché, par exemple sur des offres incluant de faibles volumes de consommation, dépend de la structure tarifaire choisie. Une offre permettant une plus grande mobilité sur le marché de gros sera susceptible d'inclure une redevance par carte SIM limitant la capacité à viser le bas du marché. En revanche, le choix d'une structure tarifaire principalement fondée sur un droit fixe permet un positionnement sur les offres à plus faibles consommations, comme exposé plus haut.

Oméa, par ses demandes, a fait le choix d'accéder à une structure assise principalement sur une redevance mensuelle par carte SIM. Dans la mesure où la société a le choix d'accéder à une offre minimisant le poids de la redevance mensuelle par carte SIM, **rien ne démontre, en l'espèce, que les conditions d'accueil proposées par Orange auraient pour effet de limiter l'autonomie commerciale d'Oméa sur le marché de détail.**

---

<sup>20</sup> Si Oméa souhaitait, à l'inverse, une part fixe importante afin d'avoir des tarifs à l'usage plus intéressants, ce raisonnement ne s'appliquerait pas.

e) Conclusion concernant les composantes fixes des offres 2G/3G/4G pour 2014

**Il résulte de tout ce qui précède :**

- **qu'Oméa ne démontre pas le bien-fondé de sa demande de suppression des deux composantes fixes de l'offre tarifaire d'Orange au regard des « engagements 3G et 4G » ;**
- **qu'il est équitable d'enjoindre à Orange, dans le cadre de la proposition adressée à Oméa s'agissant de l'accueil sur son réseau mobile à très haut débit pour 2014, de modifier les conditions tarifaires attachées au montant des droits fixes d'accueil sur ce réseau en revoyant à la baisse la taille des tranches permettant le calcul des droits fixes d'accès au réseau pour une taille de parc incluse entre [...] et [...] lignes, ainsi que leur durée de validité.**

*3.4.1.3 Appréciation du niveau tarifaire général proposé par Orange pour les offres de gros 2G/3G/4G pour 2014*

Oméa conteste les conditions tarifaires de la proposition faite par Orange et demande à l'Autorité d'enjoindre à Orange de lui proposer les tarifs 2G/3G/4G *maxima* indiqués dans sa saisine.

Oméa soutient que les droits d'accès au réseau 4G proposés par Orange sont exorbitants, constituent une barrière à l'entrée, sont disproportionnés à la fois par rapport aux tarifs pratiqués par Orange sur le marché de détail et par rapport aux coûts qu'elle supporte pour la mise en place de son réseau 4G. Elle soutient également que ces tarifs sont injustifiés au regard des investissements qu'elle devra réaliser pour développer un service 4G. Oméa en conclut que les conditions économiques d'accès au réseau 4G proposées par Orange sont déraisonnables, en méconnaissance de l'« engagement 4G ».

Dans cette partie, sera analysé le niveau tarifaire général de la proposition d'Orange, c'est-à-dire le montant financier qui sera à la charge d'Oméa pour l'utilisation du réseau d'Orange, tel qu'il résultera du détail des conditions tarifaires proposées. Cette analyse est effectuée à la lumière de l'« engagement 4G », et notamment de l'obligation qu'il implique de fournir un accueil à des conditions économiques raisonnables.

L'« engagement 4G » n'impose pas d'apprécier le caractère raisonnable de chacun des tarifs pris isolément. C'est avant tout le niveau tarifaire général qui doit respecter cette condition. Néanmoins, si l'analyse montre que chacun des « blocs tarifaires » est raisonnable, cela suffit à conclure qu'*a fortiori* le niveau tarifaire général peut être qualifié de raisonnable. *A contrario*, s'il n'est pas démontré qu'un des blocs est déraisonnable, alors il n'est pas démontré que le niveau tarifaire général est déraisonnable.

Au vu de la structure de la proposition tarifaire 2G/3G/4G d'Orange, seront successivement analysés dans les paragraphes suivants :

- les tarifs à l'usage, c'est-à-dire les tarifs des usages voix, SMS et data, qui sont indépendants du réseau emprunté, qu'il soit 2G, 3G ou 4G (a) ;
- les tarifs d'accès au réseau 4G, qui ouvrent le droit d'utiliser le réseau 4G d'Orange (b).

a) Sur les tarifs à l'usage

Oméa soutient que les tarifs à l'usage inclus dans la proposition d'accueil 2G/3G/4G « *sont extrêmement élevés au regard des coûts encourus par ses soins et ne [lui] permettent pas de développer des offres rentables sur le marché résidentiel* ».

A l'appui de sa demande, la société produit deux tests réalisés par le cabinet Progressus. Le premier vise à analyser la répliquabilité d'une offre qui correspondrait à la moyenne du marché en termes de revenus et de consommation (ci-après « test de marché »), le deuxième à calculer la rentabilité des offres d'Oméa (ci-après « test Oméa ») compte tenu des tarifs de gros pratiqués par Orange.

Mais comme développé dans la partie 3.1.4.2, l'« engagement 4G » ne peut se traduire par une obligation pour Orange de fournir des conditions tarifaires d'accueil de MVNO devant permettre la répliquabilité de toute offre de détail commercialisée par l'opérateur hôte ou *a fortiori* par un opérateur tiers, appréciée au moyen d'un test s'apparentant à un test de ciseau tarifaire. En ce sens, les tests développés par Oméa au soutien de sa demande ne peuvent être utilisés afin de démontrer un manquement à l'obligation de pratiquer des conditions économiques raisonnables.

En tout état de cause, si tant est qu'il soit applicable, le « test Oméa » ne saurait être construit en utilisant les propres offres de détail du MVNO dès lors qu'un tel test peut conduire à mettre en exergue le positionnement trop agressif des offres de détail du MVNO.

Orange produit, quant à elle, dans ses écritures, un test qu'elle qualifie de test de « viabilité » visant, selon elle, à démontrer le respect de son « engagement 4G ». Ce test repose notamment sur le contrôle de la cohérence de son offre tarifaire de gros au regard du prix moyen pratiqué par Orange sur le marché de détail.

En l'espèce, le test présenté par Orange fait apparaître, en se basant sur les tarifs moyens versés par Oméa en 2013, que les tarifs 2G/3G appliqués à Oméa en 2013 sont de nature à laisser un espace économique au profit d'un MVNO entre ses coûts de production et les revenus de détail. Dès lors que les tarifs à l'usage de l'offre 4G proposée par Orange sont équivalents aux tarifs moyens versés par Oméa en 2013, le test présenté par Orange dans ses écritures fait également apparaître que, de fait, les tarifs à l'usage de l'offre 2G/3G/4G pour 2014 sont de nature à laisser un espace économique au profit d'un MVNO entre ses coûts de production et les revenus de détail.

Oméa ne démontre pas que ce test de viabilité proposé par Orange serait infondé, reposerait sur des erreurs tant dans ses hypothèses que dans sa structure, ni même présenterait des incohérences telles que le résultat s'en trouverait significativement modifié et les conclusions remises en cause.

Par ailleurs, l'application des tarifs à l'usage de la proposition d'Orange pour 2014, dans le cadre du « test de marché » produit par Progressus, conduit à des résultats qui n'apparaissent pas éloignés de ceux du test de viabilité d'Orange. Le test présenté par Oméa ne contredit donc pas non plus le test de viabilité avancé par Orange.

**Il résulte ainsi de tout ce qui précède qu'Oméa n'établit pas que les tarifs à l'usage de l'offre d'accueil 2G/3G/4G seraient contraires à l'obligation d'Orange de pratiquer des conditions économiques raisonnables.**

## b) Sur les tarifs d'accès au réseau 4G

Oméa produit dans ses écritures une estimation des coûts des prestations de gros fournies par Orange. Plus particulièrement, les coûts de la data, et notamment de la data 4G, sont évalués grâce à un modèle géographique *bottom-up*, élaboré par le cabinet Progressus. Ces estimations conduisent à une évaluation de la marge entre les coûts de production d'Orange et les tarifs proposés à Oméa.

Comme indiqué précédemment (partie 3.1.4.2), le texte d'appel à candidatures pour l'attribution des fréquences 4G précise : « *Le caractère raisonnable s'apprécie notamment au regard des prestations fournies par les deux parties et de leur apport respectif dans la création et la mise en œuvre des services fournis par l'opérateur virtuel.* »

L'Autorité constate que l'essentiel de la valeur apportée par l'opérateur de réseau hôte repose sur le déploiement et l'exploitation de son réseau mobile.

Or l'Autorité relève plusieurs incohérences et omissions dans les estimations de coûts élaborées par le cabinet Progressus, notamment en raison de la non prise en compte, dans le modèle, des coûts de rémunération du capital comme du montant des redevances versées par Orange lors de l'attribution des autorisations d'utilisation des fréquences 4G. L'Autorité constate que, lors de l'audience du 4 février 2014, Oméa n'a pas fourni d'explication convaincante sur ces choix de modélisation.

Quant à Orange, elle a indiqué, dans ses écritures, la méthode sur laquelle elle s'est fondée pour concevoir ses tarifs d'accès à la 4G.

Elle fait, en particulier, valoir que la redevance de [...] € par carte SIM active est issue de coûts, relatifs au déploiement et à l'exploitation du réseau 4G, à hauteur de [...], répartis sur une projection de [...] utilisateurs 4G en moyenne, en 2014, alors qu'Orange a annoncé, le 9 janvier 2014, avoir atteint 1 million de clients 4G<sup>21</sup>. Ce mode de calcul est donc favorable à Oméa.

Quant au droit d'accès au réseau 4G, Orange indique qu'il découle du montant d'acquisition des droits d'utilisation de fréquences 4G, à hauteur de 1 180 millions d'euros, répartis sur la durée de ses autorisations d'utilisation de fréquences 4G, à savoir 20 ans, et pour l'année 2014, sur la même projection de [...] utilisateurs 4G. Orange propose, ensuite, pour 2014 de répartir ces coûts ramenés à 2014 sur des tranches de [...] clients.

Orange avance donc une explication de ses tarifs d'accès au réseau 4G basée sur ses coûts de production.

Le fait, toutes choses égales par ailleurs, que les tarifs proposés par Orange reflètent la structure et les niveaux de coûts supportés pour le déploiement de la 4G apparaît raisonnable et équitable.

**Il résulte de ce qui précède que, au regard de l'engagement d'accueil de MVNO 4G et des circonstances de l'espèce, Oméa n'établit pas que les montants des tarifs d'accès au**

---

<sup>21</sup> Source : <http://www.orange.com/fr/presse/communiqués/communiqués-2014/1-million-de-clients-4G-Orange>

**réseau 4G proposés par Orange (redevance mensuelle par carte SIM active et droit fixe d'accès) sont déraisonnables, dans le contexte de lancement récent de la 4G.**

- c) Conclusion sur l'appréciation du niveau tarifaire général proposé par Orange pour les offres de gros 2G/3G/4G pour 2014 au regard des engagements 3G et 4G

**Il résulte de tout ce qui précède que, à ce stade de développement de la 4G, compte tenu du caractère récent des investissements et du nombre encore réduit, à ce jour, d'utilisateurs de la 4G, Oméa n'établit pas que les tarifs 2G/3G/4G proposés par Orange pour l'année 2014 sont déraisonnables au regard de l' « engagement 4G ».**

Néanmoins, conformément aux engagements souscrits par Orange, il est légitime d'attendre que les tarifs 2G/3G/4G proposés par cette dernière soient révisés, le cas échéant, en fonction de l'évolution des conditions prévalant sur les marchés avals concernés et, en particulier, en fonction de l'évolution du nombre d'utilisateurs 4G actifs sur son réseau.

#### *3.4.1.4 Sur la demande d'une offre 2G/3G/4G en light MVNO*

Oméa soutient dans ses écritures que sa stratégie consiste à « *maximiser les abonnés sur sa structure full-MVNO afin de rentabiliser au plus vite les investissements importants qu'elle a réalisés, en réalisant l'intégralité de ses acquisitions de clients sur sa structure full-MVNO.* » Il apparaît ainsi que l'acquisition par Oméa de nouveaux clients sur des offres 2G/3G/4G se ferait sur l'architecture full-MVNO de l'opérateur, ce qui apparaît cohérent avec la plus grande flexibilité et autonomie permise par cette architecture ainsi qu'avec le mouvement entamé par les MVNO pour évoluer vers des architectures full-MVNO.

Par ailleurs, Oméa indique dans sa saisine que « [...] »

Il apparaît donc que [...].

Par conséquent, qu'il s'agisse de la migration d'un client existant ou de l'acquisition d'un nouveau client, les éléments transmis par Oméa amènent au constat que la commercialisation par Oméa d'offres 2G/3G/4G reposerait nécessairement sur l'architecture full-MVNO de l'opérateur virtuel.

**Il résulte de ce qui précède qu'Oméa n'établit pas le bien fondé de ses demandes sur les conditions tarifaires de l'offre light MVNO 2G/3G/4G.**

L'Autorité relève, à toutes fins utiles, que, dans la mesure où, conformément à l'« engagement 4G », la fixation des conditions tarifaires relatives à l'accueil du MVNO repose au premier chef sur la négociation, il était nécessaire qu'Oméa établisse sans ambiguïté son besoin pour une telle offre, afin que l'Autorité puisse, en toute connaissance de cause, statuer sur le caractère éventuellement déraisonnable de la proposition faite par Orange à Oméa.

### **3.4.2 Appréciation des conditions tarifaires au regard de la situation concurrentielle sur les marchés de détail et de gros de l'accueil de MVNO**

Pour les mêmes motifs que ceux indiqués en partie 3.3.2 sur les conditions tarifaires proposées pour 2014 pour l'offre 2G/3G, et compte tenu notamment de l'absence d'éléments supplémentaires avancés par Oméa au soutien de ses demandes sur les conditions tarifaires de l'offre 2G/3G/4G pour 2014, rien ne permet d'établir que les conditions tarifaires en cause auraient un caractère inéquitable.

### **3.4.3 Conclusion sur les conditions tarifaires proposées pour les offres de gros 2G/3G/4G pour 2014**

**En conclusion, l'Autorité considère, en premier lieu, qu'il est équitable d'enjoindre à la société Orange, dans le cadre de la proposition adressée à Oméa s'agissant de l'accueil sur son réseau mobile à très haut débit pour 2014, de modifier les conditions tarifaires attachées au montant des droits fixes d'accueil sur ce réseau en revoyant à la baisse la taille des tranches permettant le calcul des droits fixes d'accès au réseau pour une taille de parc incluse entre [...] et [...] lignes, ainsi que leur durée de validité.**

**L'Autorité considère, en second lieu, que, au regard des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE comme des prescriptions contenues dans l'« engagement 3G » et dans l'« engagement 4G », ainsi que des justifications apportées par Oméa, celle-ci n'établit pas le bien fondé de ses autres demandes portant sur les conditions tarifaires de l'offre d'accueil 2G/3G/4G pour 2014.**

**Sont donc rejetées les demandes d'Oméa tendant à enjoindre à Orange :**

- **de pérenniser l'application de [...], dans la limite d'une durée de trois ans, s'agissant de l'offre d'accueil 2G/3G/4G pour 2014 ;**
- **d'intégrer les [...] en provenance et à destination du groupe Orange (fixe et mobile) au mécanisme de [...] s'agissant de l'offre d'accueil 2G/3G/4G pour 2014 ;**
- **de proposer une offre avec les tarifs *maxima* pour les usages voix, SMS et données 2G/3G/4G qu'elle demande avec ou sans redevance mensuelle par carte SIM active, à l'exclusion de tout système de droit fixe, options tarifaires et minimum de facturation.**

### **3.5 Demandes d'Oméa relatives aux conditions d'accès au réseau zones blanches 2G d'Orange**

Oméa présente deux demandes distinctes qui concernent l'accès aux sites du réseau d'Orange déployés dans le cadre du « programme zones blanches » :

- une demande technique et tarifaire tendant à permettre aux clients d'Oméa hébergés sur le réseau d'un autre opérateur qu'Orange d'accéder au réseau d'Orange, dans les communes du « programme zones blanches » qu'Orange est seul à couvrir ; à ce titre, Oméa demande d'enjoindre à Orange de lui fournir gratuitement, dans les messages de signalisation réseau, une information technique (« LAC ») « *permettant aux clients d'Oméa sur un réseau tiers d'accéder aux zones blanches 2G d'Orange* » ;
- une demande tarifaire tendant à supprimer, pour les clients d'Oméa, hébergés sur le réseau d'Orange, la différence de tarification qui existe quand ces clients utilisent le réseau national d'Orange en dehors des zones du « programme zones blanches » et quand ils utilisent le réseau déployé par Orange dans ces zones.

Après un rappel du contexte et du cadre de ces demandes (3.5.1), ces deux demandes sont examinées successivement (3.5.2 et 3.5.3).

### **3.5.1 Contexte du déploiement et du fonctionnement du réseau 2G mutualisé issu du programme de résorption des zones blanches**

Le 15 juillet 2003, les trois opérateurs de réseaux mobiles 2G que sont Orange, Bouygues Télécom et SFR, ainsi que le ministre chargé de l'aménagement du territoire, l'association des maires de France, l'association des départements de France et l'ART (devenue ARCEP) ont signé une convention prévoyant les modalités d'extension de la couverture mobile dans les centres-bourgs des communes dans lesquelles aucun des trois opérateurs 2G n'étaient présents.

La couverture de ces centres-bourgs s'effectue, soit par le recours à de l'itinérance, soit par un partage d'infrastructures passives. Pour chacune de ces deux solutions techniques, un opérateur leader est désigné par site ou par regroupement de sites. L'itinérance est utilisée pour environ deux tiers des sites du programme.

L'itinérance consiste à ce qu'un unique opérateur déploie un équipement actif, et accueille ses clients ainsi que les clients des autres opérateurs sur son réseau de manière localisée.

Le partage d'infrastructures passives consiste simplement à mettre en commun le pylône, l'énergie électrique, les locaux et certains éléments d'infrastructures, avec un déploiement par chacun des trois opérateurs de leurs équipements actifs. Cette solution technique est transparente pour l'utilisateur (et pour les MVNO) puisqu'il s'agit d'une cellule comme une autre du réseau des trois opérateurs.

Il existe donc 4 types de zones :

1. les zones en partage de site où les 3 opérateurs 2G sont présents avec leurs propres équipements actifs ;
2. les zones où Orange accueille en itinérance les clients des deux autres opérateurs 2G, en facturant le trafic à ces deux opérateurs ;
3. les zones où SFR accueille en itinérance les clients des deux autres opérateurs 2G, en facturant le trafic à ces deux opérateurs ;

4. les zones où Bouygues Télécom accueille en itinérance les clients des deux autres opérateurs 2G, en facturant le trafic à ces deux opérateurs.

Cela permet à tous les clients d'Orange, SFR et Bouygues Télécom d'accéder à toutes ces zones de couverture. Le cadre réglementaire ne précise pas les modalités techniques et tarifaires de fourniture par l'opérateur de réseau de l'accès aux sites de son « réseau zones blanches 2G » : ces modalités font l'objet de conventions de droit privé entre les trois opérateurs mobiles 2G, en application de l'article L.34-8-1 du CPCE.

Le principe d'un accès par les clients des MVNO à l'ensemble de ces zones de couverture est également légitime. Pour ce qui concerne un light MVNO, dont le trafic est entièrement géré par son opérateur hôte, cet accès ne pose pas de difficultés *a priori* : les clients du MVNO accèdent comme les clients de l'opérateur hôte à toutes ces zones, puisque les réseaux ne font pas la différence entre eux. Pour les full-MVNO, cet accès peut présenter plus de difficultés.

### **3.5.2 Appréciation des conditions d'accès des clients des full-MVNO, hébergés sur le réseau de plusieurs opérateurs hôtes, aux différents réseaux des zones blanches**

#### *3.5.2.1 Contexte de la demande d'Oméa*

Un full MVNO diffère notamment d'un light MVNO par le fait que les clients d'un full-MVNO sont « vus » par le réseau 2G des opérateurs, Orange, SFR et Bouygues Télécom<sup>22</sup>, comme des clients distincts des leurs. L'Autorité note que le système de couverture des zones blanches ayant été conçu à une période où il n'existait pas de full-MVNO, il n'est pas anormal que des adaptations doivent être mises en œuvre pour ces nouveaux acteurs.

En particulier, l'accueil d'un full-MVNO ayant au moins deux contrats d'approvisionnement avec deux opérateurs 2G différents A et B pose des problématiques tout à fait nouvelles. Afin d'éviter que les clients de ce full MVNO aient accès en même temps aux deux réseaux nationaux des opérateurs A et B, ce que les contrats d'accueil de full-MVNO n'autorisent pas, un full-MVNO doit décider, pour chacun de ses clients, s'il va utiliser le réseau A ou le réseau B. Si le client doit utiliser le réseau A, le MVNO doit être capable de reconnaître si ce client est en train d'essayer d'utiliser le réseau B et de lui interdire l'accès à ce réseau, tout en permettant à une partie de ses autres clients l'accès au réseau B quand cela est pertinent. L'opérateur B, pour sa part, est contraint d'accepter les connexions des clients du MVNO car il ignore si ce client est censé utiliser le réseau A ou le réseau B. Seul le MVNO est donc capable d'autoriser ou non ses clients à se connecter à un réseau plutôt qu'à un autre à ce stade de développement technique du marché.

Ce mécanisme conduit ainsi à ce que les cartes SIM d'Oméa qui utilisent le réseau mobile de SFR ou Bouygues Télécom aient l'interdiction de se connecter *via* le réseau d'Orange.

---

<sup>22</sup> Free Mobile n'ayant pas de réseau 2G, cet opérateur est, en ce qui concerne la 2G, dans la même situation qu'un full MVNO.

Ainsi, les clients full-MVNO d'Oméa n'ont accès qu'à un tiers des sites du programme « zones blanches » déployés sous le modèle de l'itinérance : ceux opérés par l'opérateur hôte dont ils dépendent.

C'est dans ce contexte qu'Oméa demande qu'Orange, lorsque ce dernier lui transmet les demandes de connexion de ses clients, y adjoigne l'information permettant de localiser le client. Cela permettrait à Oméa d'autoriser les clients hébergés par exemple chez SFR à se connecter *via* le réseau d'Orange quand ils se trouvent dans des zones dans lesquelles Orange offre un accès en itinérance.

Plus précisément, Oméa demande qu'Orange lui transmette le code « LAC » de la zone considérée, de façon à ce que ce code lui permette de distinguer si le client est dans une zone d'« itinérance » d'Orange ou non.

Il faut souligner que cette demande ne concerne que la 2G car, pour la 3G ou la 4G, quand il en existe dans ces zones, le modèle technique est différent (RAN sharing) et ne génère pas les problèmes exposés ci-dessus.

### *3.5.2.2 Analyse et position de l'Autorité*

L'Autorité considère que l'accès par les MVNO à l'ensemble de la couverture du programme « zones blanches » est, dans son principe, légitime.

Toutefois, elle considère que la mise en place de l'architecture technique qui permettra de résoudre les problèmes exposés ci-dessus nécessite des échanges plus approfondis, notamment avec l'ensemble des opérateurs de réseau (MNO) et des full-MVNO, dans la mesure où :

- l'architecture technique qui sera choisie entre Oméa et Orange doit être la même qu'entre tous les full-MVNO et tous les MNO, afin de minimiser le coût pour le secteur de mise en place de cette solution ;
- dans ce contexte, il n'est pas établi que la solution préconisée par Oméa soit la plus pertinente pour le marché ; d'autres solutions techniques sont en effet envisageables et il est nécessaire de bien évaluer les impacts techniques et financiers de tous les scénarios, en fonction des architectures techniques d'Orange et d'Oméa mais aussi des autres MNO et des autres MVNO ;
- en particulier, Orange montre, et ceci n'est pas démenti par Oméa, que la seule fourniture du code LAC pourrait ne pas suffire à résoudre la difficulté ; cela devrait s'accompagner le cas échéant d'une réorganisation du réseau d'Orange, dont le coût doit être soigneusement évalué au regard des autres solutions techniques envisageables.

**Il résulte de ce qui précède que Oméa n'établit pas le bienfondé de sa demande. L'Autorité ne peut ainsi faire droit à la demande d'Oméa tendant à ce qu'il soit enjoint à Orange de lui fournir gratuitement l'information « LAC » permettant aux clients d'Oméa hébergés sur un réseau tiers d'accéder aux sites d'Orange du programme « zones blanches » 2G accessibles en itinérance. Néanmoins, l'Autorité va poursuivre les travaux multilatéraux entamés au cours du mois de février 2014 afin d'analyser, en**

**concertation avec les opérateurs, les modalités techniques et financières permettant à tous les opérateurs mobiles, de réseau ou virtuels, d'accéder à l'ensemble des réseaux 2G déployés dans les zones du programme « zones blanches ».**

### **3.5.3 Appréciation des conditions tarifaires d'accès aux réseaux zones blanches**

#### *3.5.3.1 Contexte de la demande d'Oméa*

La demande d'Oméa correspond au cas où ses clients sont hébergés sur le réseau d'Orange.

Dans le contrat full-MVNO de l'année 2013 (qui s'applique également au trafic sur l'architecture light MVNO), il est prévu que le trafic des clients Oméa hébergés par Orange soit facturé plus cher quand il provient ou est à destination des sites du programme « zones blanches », que quand il transite sur le réseau national d'Orange hors sites « zones blanches ».

Oméa demande d'appliquer à ce trafic les mêmes tarifs que ceux qu'elle demande pour le reste de son contrat avec Orange.

Dans un contexte où Oméa demande de manière générale des [...], sa demande concernant les conditions tarifaires pour l'accès au réseau 2G d'Orange dans les zones blanches ne distingue pas explicitement les clients light-MVNO et full-MVNO et s'applique donc aux deux architectures.

#### *3.5.3.2 Analyse et position de l'Autorité pour les clients light MVNO*

Pour ce qui concerne les clients light MVNO, Orange maîtrise l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement technique. Chaque connexion d'un client Light MVNO d'Oméa sur un site « zone blanche », qu'il s'agisse d'ailleurs d'un site d'Orange ou d'un site de SFR ou Bouygues Télécom, s'inscrit ainsi dans le cadre d'un accès à l'ensemble du réseau national d'Orange prévu au contrat d'accueil du MVNO.

L'Autorité constate que les opérateurs mobiles n'appliquent pas de tarifs spécifiques sur le marché de détail pour les communications au départ et à destination des zones couvertes dans le cadre du « programme zones blanches » 2G bien que celles-ci induisent des coûts de production plus grands. Les opérateurs mobiles font donc bénéficier les utilisateurs en zones blanches d'une péréquation tarifaire. De même, ils n'appliquent pas de tarifs différents aux autres zones peu denses du territoire, hors « zones blanches », alors que celles-ci induisent également des coûts de production plus élevés. Le marché mobile de détail est donc entièrement fondé sur une péréquation tarifaire entre les zones à faible coût et les zones à plus fort coût de production.

En particulier, il n'existe pas à ce jour sur le marché de détail de service distinct d'accès aux zones blanches pouvant être valorisé par le MVNO. Le MVNO n'a donc pas la maîtrise sur le plan commercial du volume de trafic transitant sur les zones blanches de son opérateur hôte.

Il résulte de ce qui précède et au regard des objectifs de l'article L. 32-1 du CPCE, notamment les objectifs d'aménagement du territoire et de cohérence territoriale que l'application d'un tarif spécifique sur le marché de gros « light MVNO » pour les communications sur les sites

« zones blanches » n'apparaît pas équitable, en particulier car cela pourrait conduire à renchérir les tarifs du marché mobile dans les zones les plus reculées.

Oméa serait par conséquent fondée à demander l'application, dans le cadre d'une architecture light MVNO, d'un tarif identique pour le trafic hors sites « zones blanches » et sur sites « zones blanches », et ce y compris concernant le trafic en itinérance sur les sites « zones blanches » exploités par SFR et Bouygues Télécom.

Néanmoins, eu égard au fait que la demande d'Oméa se limite au trafic sur les sites « zones blanches » exploités par Orange, la décision de l'Autorité ne peut dépasser ce périmètre.

Par ailleurs, pour les périodes passées, une telle demande serait sans effet puisque Orange pourrait ajuster à la hausse le tarif des communications hors sites « zones blanches » dans les proportions nécessaires pour compenser l'ajustement à la baisse du tarif des communications sur sites « zones blanches », ce qui conduit à un résultat inchangé quant aux montants financiers dus à Orange par Oméa. C'est la raison pour laquelle l'Autorité limite son injonction pour l'avenir.

**En conséquence, l'Autorité enjoint à Orange, pour l'avenir, de proposer à Oméa une offre light MVNO prévoyant pour les communications sur les sites « zones blanches » 2G exploités par Orange un tarif identique à celui qui sera appliqué pour les communications hors sites « zones blanches ».**

**Cette injonction n'a pas pour effet d'interdire à Orange d'ajuster son tarif dans une logique de péréquation des deux tarifs précédemment appliqués.**

### *3.5.3.3 Analyse et position de l'Autorité pour les clients full-MVNO*

Concernant le contrat full-MVNO, la situation est différente. Imposer à Orange d'appliquer les mêmes tarifs sur les sites « zones blanches » et en dehors de ces sites, en particulier pour les sites en itinérance, reviendrait à contraindre Orange de facturer de manière identique les clients du MVNO hébergés en propre et les clients du MVNO hébergés chez un autre opérateur mais en situation d'itinérance, dans la mesure où le réseau d'Orange ne peut distinguer les deux types de client. Or Orange n'est pas tenue d'appliquer les mêmes conditions tarifaires à ces deux types de clients. En particulier, les clients en situation d'itinérance ne peuvent prétendre à une quelconque péréquation tarifaire étant donné que le contrat d'itinérance en « zones blanches » dont ils dépendent n'inclut pas d'accès au réseau national d'Orange hors zones blanches.

**A ce stade du développement technique du marché, il n'est donc pas justifié d'imposer une telle obligation à Orange. L'Autorité rejette donc la demande d'Oméa de disposer d'une offre full-MVNO ne distinguant pas un tarif spécifique sur les sites « zones blanches » 2G.**

Dans le cadre des travaux que l'Autorité mène actuellement sur l'accès technique à ces zones par les full-MVNO en 2G (cf. partie 3.5.2), l'Autorité abordera donc également les questions tarifaires associées. En fonction de la solution technique qui sera retenue, différentes structures et différents niveaux tarifaires pourront, le cas échéant, sembler pertinents.

### 3.6 Sur le délai d'injonction

L'Autorité estime proportionné de fixer un délai de six semaines à la société Orange afin de respecter l'injonction relative aux conditions tarifaires attachées au montant des droits fixes d'accueil sur le réseau mobile à très haut débit ainsi que l'injonction relative au tarif appliqué sur le réseau d'Orange dans les zones blanches pour le trafic light MVNO.

**Décide :**

**Article 1<sup>er</sup>** : Dans le cadre de la proposition adressée à la société Oméa Télécom s'agissant de l'accueil sur son réseau mobile à très haut débit pour 2014, la société Orange doit réviser les conditions tarifaires attachées au montant des droits fixes d'accueil sur ce réseau dans les conditions prévues par la partie 3.4.1.2, c) ci-dessus.

**Article 2** : La société Orange doit proposer à la société Oméa Télécom une offre d'accueil light MVNO sur le réseau d'Orange prévoyant un tarif identique pour les communications sur les sites « zones blanches » 2G exploités par la société Orange et les communications hors de ces sites « zones blanches ».

**Article 3** : La société Orange devra appliquer la présente décision dans un délai de six semaines à compter de sa notification.

**Article 4** : Le surplus des demandes de la société Oméa Télécom est rejeté.

**Article 5** : Les demandes de la société Orange sont rejetées.

**Article 6** : La directrice des affaires juridiques de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes est chargée de notifier la présente décision aux sociétés Oméa Télécom et Orange, qui sera rendue publique, sous réserve des secrets protégés par la loi.

Fait à Paris, le

Le Président

Jean Ludovic SILICANI