



**Décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005
relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie
mobile**

Le Conseil de la concurrence (Section III B),

Vu la décision en date du 28 août 2001 par laquelle le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de la situation de la concurrence dans le secteur de la radiotéléphonie mobile en ce qui concerne l'itinérance, enregistrée sous le numéro F 1340 ;

Vu la lettre, enregistrée le 22 février 2002 sous le numéro 02/0037 F, par laquelle l'association UFC Que Choisir a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom, susceptibles d'entrer dans le champ d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu la décision de jonction des affaires prise par le rapporteur général du Conseil de la concurrence le 14 juin 2002 ;

Vu l'[avis de l'Autorité de régulation des télécommunications \(ART\)](#), devenue ARCEP, en date du 7 septembre 2004 ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 04-DSA-31 à 04-DSA-35 du 13 septembre 2004 ;

Vu l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne ;

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

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par l'association UFC - Que Choisir, les sociétés Orange France, Société Française du Radiotéléphone (SFR) et Bouygues Télécom, ainsi que le commissaire du gouvernement ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du gouvernement et les représentants de l'association UFC - Que Choisir et des sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom entendus lors de la séance du 25 octobre 2005 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

1. Le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office le 28 août 2001 de la situation de la concurrence dans le secteur de la radiotéléphonie mobile en ce qui concerne l'itinérance. Cette saisine a été enregistrée sous le numéro F 1340. Par ailleurs, par une lettre enregistrée le 22 février 2002 sous le numéro 02/0037 F, l'association UFC Que Choisir a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom. Le rapporteur général du Conseil a joint ces deux affaires par décision du 14 juin 2002.

A. LE SECTEUR D'ACTIVITÉ : LA TÉLÉPHONIE MOBILE

2. La téléphonie mobile utilisant la norme GSM est commercialisée en France depuis mars 1992. C'est à cette dernière date que France Télécom a lancé son service, rejoint par SFR en décembre 1992 et par Bouygues Télécom en mai 1996. L'autorisation ministérielle concernant les deux premiers opérateurs a été délivrée le 25 mars 1991, alors qu'elle a été attribuée le 8 décembre 1994 en ce qui concerne Bouygues Télécom.

1. EVOLUTION DU SECTEUR DANS LA PERIODE SOUMISE A L'EXAMEN DU CONSEIL

3. La forte croissance du nombre d'abonnés à un opérateur de téléphonie mobile (ou parc installé), proche d'un quasi-doublement à la fin des années 90, s'est ralentie en 2000 et 2001 avant de se réduire à des taux à un chiffre depuis 2002. En 2001, le nombre de clients en téléphonie mobile en métropole a dépassé le nombre de lignes de la téléphonie fixe (34 millions) :

Nombre d'abonnés à la téléphonie mobile (métropole, Dom et Mayotte)

	31/12/1997	31/12/1998	31/12/1999	31/12/2000	31/12/2001	31/12/2002	31/12/2003
Nombre d'abonnés	5 817 300	11 210 100	20 619 563	29 681 300	36 997 400	38 592 777	41 683 598
Evolution en %		93 %	84 %	44 %	25 %	4 %	8 %
Taux de pénétration	10 %	19,2 %	34,3 %	49,4 %	61,6 %	64 %	69,1 %

Source : Observatoire des mobiles (ARCEP)

4. Avec 69,1 % fin 2003, le taux de pénétration en France était l'un des taux les plus faibles de l'Union européenne, dont la moyenne était estimée à plus de 80 % fin 2003, soit environ 306 millions d'utilisateurs. En mars 2003, les pays d'Europe affichaient des taux de pénétration théoriques de leur population compris entre 71,6 % (Belgique) et 97 % (Italie) : Suède (91,5 %), Grèce (89,6 %), Royaume Uni (87,7 %), Espagne (86,7 %),

Hollande (75,4 %), Suisse (74,6 %), 73,7 % (Allemagne) et la France 63,4 % alors seulement. L'ART signale toutefois, dans son rapport d'activité pour 2003, que « *les règles de comptabilisation des clients ne sont pas harmonisées et varient dans chaque pays* ».

5. Les trois opérateurs GSM en France couvrent plus de 95 % de la population métropolitaine, malgré des zones d'ombre en milieu rural qui devraient être progressivement résorbées grâce à l'effort conjoint des opérateurs et des aides de l'Etat et des collectivités territoriales.
6. L'évolution du parc installé dépend à la fois de celle du nombre de nouveaux clients (ou ventes brutes) et de celle du nombre de résiliations. Alors que le parc a progressé de 72,6 % en 1999, le nombre des nouveaux clients n'a cessé de diminuer de manière continue entre 2000 (-5,8 %) et 2002 (-79,3 %), soit une diminution moyenne de - 9 % par an sur la période de 1998 à 2003, malgré un vif redressement en 2003 (+109,1 %), lié aux nouvelles technologies des SMS et des terminaux couleurs. Les équipementiers et les distributeurs ont été particulièrement touchés par la régression des ventes brutes, ce phénomène restant marginal pour l'activité des opérateurs fondée sur leur base installée de clientèle.
7. Le nombre de résiliations a évolué comme suit :

Nombre de résiliations

	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Nombre de résiliations	1 872 206	3 700 885	5 270 278	7 806 824	10 701 942	8 028 629
Evolution en %		+ 97,68 %	+ 42,41 %	+ 48,13 %	+ 37,08 %	- 24,98 %
% du parc installé	17 %	18,2 %	18,1 %	21,7 %	28,7 %	19,9 %

8. Le taux des résiliations rapporté au parc installé a fluctué entre 17 % et 21,7 % l'an avec un maximum à 28,7 % en 2002 (19,9 % en 2003). En 2001, 2002 et 2003, les résiliations ont dépassé les nouveaux clients (8 millions contre 2,9 millions). Toutes les résiliations ne se traduisent toutefois pas nécessairement par un changement d'opérateur. Les consommateurs peuvent avoir perdu leur numéro d'appel, subi une résiliation de leur abonnement pour défaut de paiement ou changé de formule d'abonnement ou de terminal chez le même opérateur. Une résiliation sur deux n'induit pas, en effet, de transfert chez les concurrents. Le taux de résiliation moyen emportant un changement d'opérateur était estimé à environ 10 % en 2003. L'absence de portabilité du numéro, qui n'a été introduite qu'en 2003, constituait jusqu'alors un frein au changement d'opérateur.
9. L'évolution de la consommation de téléphonie mobile, en volume et en valeur, est restée plus soutenue :

Consommation de téléphonie mobile

	31/12/1998	31/12/1999	31/12/2000	31/12/2001	31/12/2002	31/12/2003
Millions de minutes	9991	20571	35437	44419	51844	63469
Evolution en %		+ 105 %	+ 72 %	+ 25 %	+ 17 %	+ 22 %
Millions d'euros	3 346	5 377	7 761	10 000	11 768	13 213
Evolution en %		+ 61 %	+ 44 %	+ 29 %	+ 18 %	+ 12 %

Source : Observatoire des mobiles (ARCEP)

2. LES PRODUITS DE LA TÉLÉPHONIE MOBILE

10. Les services de téléphonie mobile sont devenus des produits grand public grâce à la création de gammes de forfaits (Bouygues Télécom en mai 1996), puis de cartes prépayées (Mobicarte de France Télécom en juin 1997). Les forfaits (ou services post-payés) associent un abonnement d'une durée minimum (un ou deux ans), une durée mensuelle de communication fixe pour une somme forfaitaire et un terminal, en général subventionné par l'opérateur. Le prix des minutes de communication des cartes prépayées est environ 50 % plus cher que celui des minutes incluses dans les forfaits (mais pas des minutes en dépassement du forfait).
11. Les ventes de cartes prépayées ont dépassé les nouveaux abonnements en 2000 et atteint leur plus haut niveau en 2001. Elles ont moins attiré les consommateurs à partir de 2002 en raison d'une part de la hausse des prix des coffrets et des baisses de subventions aux distributeurs, d'autre part du changement de durée de validité des cartes de Bouygues Télécom. Les utilisateurs de cartes prépayées sont en effet de moins gros consommateurs de téléphonie mobile que les abonnés aux forfaits et ressentent donc plus vivement la hausse de l'investissement initial dans le coffret. Les opérateurs ont également constaté qu'une part non négligeable des abonnés « hors forfaits » étaient de fait inactifs. Fin 2002, le parc prépayé actif représentait ainsi, en métropole, 97 % du parc prépayé total.

Comparaison des recettes et des minutes consommées par abonné

	1999	2000	2001	2002	2003
Recette mensuelle moyenne par abonné (en euros)	29,1	25,7	25,1	26	27,5
Abonné forfait		39,2	40,2	39,8	39,7
Abonné prépayé		8,2	8,6	10,1	11
Volume mensuel moyen par abonné (en minutes voix)	107,7	117,7	111,3	114,5	131,8
Abonné forfait		183	191,3	192,8	207
Abonné prépayé		27,6	24,2	24,7	29,6

Source : ARCEP

12. Cette différence dans les profils de consommation explique que, bien que représentant près de la moitié des abonnés, les utilisateurs de cartes prépayées ne génèrent qu'une faible partie des recettes des opérateurs mobiles, même si les minutes de communication prépayées sont en moyenne plus chères que celles des forfaits, d'environ 50 % si l'on ne prend pas en compte les dépassements de forfaits.

Part des forfaits

	1999	2000	2001	2002	2003
Par rapport au nombre d'abonnés	64,3 %	55,3 %	51,2 %	55,7 %	58,9 %
Par rapport au chiffre d'affaires	91,9 %	88,3 %	83,6 %	81,9 %	83,0 %
Par rapport au volume en minutes de communication		90,1 %	89,5 %	90,0 %	90,4 %

Source : ARCEP

13. Outre les services vocaux, les opérateurs offrent des services SMS. Le chiffre d'affaires réalisé grâce au transport de données, dont les SMS, ne représentait cependant qu'environ 8,3 % du chiffre d'affaires voix en 2003.

3. LES OPÉRATEURS DE TÉLÉPHONIE MOBILE.

14. Au moment des faits, l'offre sur le marché se limitait à celle des trois opérateurs titulaires de licences GSM (et UMTS depuis 2001/2002). Aucun d'entre eux n'avait ouvert son réseau à un opérateur virtuel (MVNO). L'indice de Herfindhal-Hirshman (HHI) définit un marché très concentré (chiffre de 3864). La France et l'Espagne sont en effet les seuls pays d'importance en Europe où il n'existe que trois opérateurs.

a) La société Orange France

15. L'activité de téléphonie mobile de l'opérateur historique des télécommunications a été successivement assurée par une division de France Télécom, dénommée France Télécom Mobiles, qui a été transformée en société à partir de l'année 2000 et cédée en 2001 sous le nom d'Orange France à la nouvelle filiale de France Télécom, Orange SA. La société France Télécom SA a repris l'activité d'Orange France à la fin de l'année 2003 et a réintégré l'activité de téléphonie mobile dans ses comptes. La société Orange France SA contrôle, par ailleurs, Orange Caraïbes pour les Antilles, la Guyane et Saint Pierre et Miquelon (avec la SAS SPM), Orange Réunion pour la Réunion.

16. L'évolution de l'activité d'Orange France de 1998 à 2003 est résumée dans le tableau suivant :

	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Ventes brutes (en unité)	3 399 551	5 973 209	6 647 540	6 735 871	5 417 683	4 563 434
Evolution n/n-1	nd	+75,70 %	+11,30 %	+1,30 %	-19,60 %	-15,80 %
Ventes nettes (en unité)	2 449 987	4 398 567	4 091 651	3 279 053	1 310 400	987 095
Evolution n/n-1	nd	+79,50 %	-7,00 %	-19,90 %	-60,00 %	-24,70 %
Taux de résiliation	17,40 %	16,00 %	18,30 %	20,10 %	22,20 %	18,70 %
Parc (en unité)	5 450 235	9 878 802	13 940 453	17 219 506	18 529 906	19 592 500
Evolution n/n-1	nd	+80,70 %	+41,50 %	+23,50 %	+7,60 %	+5,70 %
Chiffres d'affaires (en K€)	2 572 121	3 657 210	5 154 762	6 352 849	7 295 417	nd
Evolution n/n-1	nd	+42,20 %	+40,90 %	+23,20 %	+14,80 %	nd
Chiffres d'affaires moyen post payé (en euro) (*)	0,365	0,275	0,255	0,246	0,225	nd
Chiffres d'affaires moyens pré payé (en euro) (*)	nd	0,363	0,349	0,0359	0,36	nd

(*) Chiffre d'affaires total divisé par le nombre de minutes consommées

b) La Société Française du Radiotéléphone (SFR)

17. La société SFR est une filiale à 100 % du groupe SFR-Cegetel détenu à 56,1 % par Vivendi Universal et à 39,9 % par Vodafone. Le développement de SFR SA est resté purement national, en partenariat avec Vodafone, premier opérateur mobile européen. La société SFR contrôle la société SRR qui opère à La Réunion et à Mayotte.

18. L'évolution de l'activité de SFR, de 1998 à 2003, est résumée dans le tableau suivant :

	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Ventes brutes (en unité)	2 761 930	4 663 327	4 539 571	4 982 975	4 306 244	4 294 832
Evolution n/n-1		+68,80 %	-2,70 %	+9,80 %	-13,60 %	-0,30 %
Ventes nettes (en unité)	2 029 854	3 060 314	2 697 679	2 313 912	939 248	1 107 402
Evolution n/n-1		+50,80 %	-11,80 %	-14,20 %	-59,40 %	+17,90 %
Taux de résiliation	17,60 %	22,20 %	18,60 %	21,80 %	25,60 %	22,50 %
Parc (en unité)	4 163 489	7 223 803	9 921 482	12 235 394	13 174 642	14 282 300
Evolution n/n-1		+73,50 %	+37,30 %	+23,30 %	+7,70 %	+8,40 %
Chiffres d'affaires (en K€)	2 748 188	3 700 791	4 281 952	5 446 830	5 974 654	
Evolution n/n-1		+34,70 %	+15,70 %	+27,20 %	+9,70 %	
Chiffre d'affaires moyen post payé (en euro) (*)	0,328	0,259	0,199	0,205	0,203	
Chiffre d'affaires moyen pré payé (en euro)	0,371	0,28	0,214	0,282	0,348	

(*) Chiffre d'affaires total divisé par le nombre de minutes consommées

c) La société Bouygues Télécom

19. La société Bouygues Télécom constitue le pôle télécommunications du groupe Bouygues dont l'activité se développe dans le BTP (Bouygues Construction, Colas), la propreté (SAUR), la télévision gratuite (TF1) ou payante (distributeur TPS, chaînes Eurosport et LCI). Elle est en voie d'être contrôlée à 100 % par Bouygues SA après le reclassement des partenaires minoritaires, JC Decaux, E.ON et BNP. Le développement de Bouygues Télécom est resté purement national et centré sur la seule téléphonie mobile. La société Bouygues Télécom contrôle Bouygues Télécom Caraïbes (BTC) pour les Antilles.

20. L'évolution de l'activité de Bouygues Télécom, de 1998 à 2003, est résumée dans le tableau suivant :

	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Ventes brutes (en unités)	1 091 871	2 383 751	2 829 601	2 957 961	2 398 678	2 334 237
Evolution n/n-1		+118,30 %	+18,70 %	+4,50 %	-18,90 %	-2,70 %
Ventes nettes (en unité)	901 305	1 826 699	1 957 104	1 277 018	-828 985	876 377
Evolution n/n-1		+102,70 %	+7,10 %	-34,70 %	ns	ns
Taux de résiliation	13,50 %	16,20 %	16,80 %	26,00 %	57,20 %	19,40 %
Parc (en unité)	1 406 544	3 233 243	5 190 347	6 467 365	5 638 380	6 513 900
Evolution n/n-1		+129,90 %	+60,50 %	+24,60 %	-12,80 %	15,50 %
Chiffres d'affaires (en K €)	593 409	1 289 424	2 043 753	2 676 066	2 913 705	
Evolution n/n-1		+117,30 %	+58,50 %	+30,90 %	+8,90 %	
Chiffres d'affaires moyen* par minute post payée (en euro)	0,225	0,191	0,171	0,157	0,163	
Chiffres d'affaires moyen* par minute pré payé (en euro)	0,336	0,338	0,313	0,302	0,293	

* chiffre d'affaires total divisé par le nombre de minutes consommées

21. Bouygues Télécom, dernier entré sur le marché, a connu jusqu'en 2000 des taux de croissance de ses ventes brutes et nettes supérieurs à ceux de ses concurrents. Les résultats de 2001 et 2002 sont fortement marqués par l'apurement partiel de ses 959 510 « clients indéterminés » recensés au 31 décembre 2001. La société Bouygues Télécom a ensuite freiné son développement dans le domaine du prépayé, dont la part dans sa base installée a diminué fortement (apurement précité de 959 510 clients inactifs) de 52,7 % en 2001 à 37,3 % en 2002 et 35,4 % en 2003). Il ressort d'un conseil d'administration de Bouygues Télécom du 7 mai 2002 que la société est volontairement restée en retrait sur le pré-payé, en pratiquant des subventions moins élevées que celles de ses concurrents.

4. LA COMMERCIALISATION DES SERVICES DE TÉLÉPHONIE MOBILE.

22. La commercialisation des services de téléphonie mobile s'est d'abord effectuée par l'intermédiaire de sociétés de commercialisation de services (SCS), ainsi que par des distributeurs. Les SCS ont été sélectionnées dès 1991 par les deux premiers opérateurs GSM, France Télécom devenu Orange France et SFR. Elles ont eu pour mission de prendre en charge la commercialisation du service, la gestion et la facturation des abonnés en assumant le risque financier. Elles ne fournissent cependant pas le service de téléphonie mobile qui reste de la responsabilité des opérateurs. La société Bouygues Télécom n'y a jamais recouru. Outre leurs propres filiales SCS, Orange et SFR ont eu recours à sept SCS indépendantes. La société Orange France n'a pas reconduit les contrats la liant aux SCS en 2000. Seule SFR était encore liée à deux SCS en 2000.
23. Outre les SCS, la société Orange France s'est appuyée sur le réseau des 650 agences de France Télécom auxquelles s'ajoute un réseau de 100 magasins franchisés exclusifs

Mobistore. Les deux autres opérateurs ont également développé des réseaux sous leur contrôle exclusif : 500 espaces SFR et 400 boutiques Bouygues Télécom.

24. Le reste de la distribution est assuré par des enseignes de la grande distribution (Carrefour, Auchan, Casino, etc.), les grandes surfaces spécialisées (Fnac, Darty, etc.) et des enseignes spécialisées dans la vente de produits de téléphonie mobile (The Phone House, etc.), dont certaines sont approvisionnées via des grossistes (Avenir Télécom, Debitel, Coriolis).
25. Avant 2000, on a compté jusqu'à 18 000 points de vente distribuant des téléphones portables et les services qui y sont rattachés. Ce chiffre a ensuite fortement décru, le panel GFK comptant, en 2003, 4 578 magasins, à l'exclusion des agences propres aux trois opérateurs.
26. En novembre 2002, Orange France a estimé que le réseau sous son contrôle exclusif assurait 40 % de ses ventes brutes, soit 20 % du total des ventes brutes, la part d'Orange dans les ventes brutes totales pour cette année étant estimée à 50 %. Les 60 % restants se répartissaient entre 30 % pour la grande distribution (dont Carrefour et Darty) et 30 % pour la distribution spécialisée, soit 15 % pour les magasins sous enseigne (The Phone House) et 15 % pour les distributeurs indépendants à travers le réseau des grossistes. Hormis le réseau exclusif d'Orange France, aucun acteur de la distribution ne représente au moment des faits plus de 10 % des ventes de détail. A cet égard, les ventes de Carrefour ont représenté 7,4 % des ventes et celles de Darty 4,6 % en 2002. Darty n'a pu s'opposer à la baisse sensible de sa rémunération, ramenée quasiment à celle de The Phone House, sur la vente des coffrets des trois opérateurs de 1998 à 2003. Le pouvoir de négociation de la distribution s'est avéré limité face aux opérateurs.

B. LES PRATIQUES RELEVÉES

27. A la suite des saisines du 28 août 2001 et du 22 février 2002, une enquête a été demandée par le rapporteur général du Conseil aux services de la DGCCRF qui ont procédé à des opérations de visite et saisie dans les locaux des sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom. Ces opérations ont été autorisées par une ordonnance du juge des libertés du tribunal de grande instance de Nanterre en date du 24 juillet 2003, à l'encontre de laquelle un pourvoi a été formé par les trois sociétés précitées. La Cour de cassation a rejeté ce pourvoi par un arrêt du 23 février 2005. Les documents saisis et les déclarations recueillies par les enquêteurs font apparaître deux types de pratiques : d'une part, des échanges réguliers d'informations sur les parts de marché entre les trois opérateurs ; d'autre part, un accord entre les trois opérateurs, portant sur une stabilisation, au cours des années 2000 à 2002, de leurs parts de marché autour d'objectifs définis en commun. L'analyse de leur politique commerciale sur cette période a également été menée afin d'évaluer comment cet accord visant à geler les parts de marché avait été mis en oeuvre.

1. – LES ECHANGES D'INFORMATIONS SUR LES PARTS DE MARCHE

a) La réalité des échanges

28. Le message suivant, en date du 4 juin 2002, a été trouvé sur la messagerie électronique de M. F. Z., ancien directeur général adjoint de Bouygues Télécom (Bytel): « *Voici les chiffres d'abonnements comparés d'Orange et de SFR pour le mois dernier, sur la base*

des données transmises à l'ART par chaque opérateur. Ils ne tiennent cependant pas compte des abonnements du mois passé sur les réseaux outre-mer : SRR –Améris, ni Ola à Toulouse... » (cote 621 du rapport).

29. Les chiffres visés sont ceux des ventes brutes, des résiliations et des ventes nettes de chacun des trois opérateurs. Le message a été expédié par M. E. F., directeur général adjoint Licences à une vingtaine de personnes au sein de Bouygues Télécom et comporte l'avertissement suivant : *« Je vous rappelle que ces chiffres sont échangés entre les trois opérateurs à titre confidentiel. Ils ne doivent en aucune façon être communiqués à l'extérieur et notamment pas auprès de nos instances réglementaires (ART, ministère,...) »*. La messagerie de M. Z. a révélé que ces envois étaient récurrents et avaient lieu tous les mois.
30. M. F. a explicité les raisons de ces envois dans un procès-verbal de déclaration du 8 décembre 2003 : *« Je suis en charge des questions réglementaires chez Bytel [Bouygues Télécom] depuis l'été 2000 après avoir occupé les fonctions de directeur financier. A ce titre j'ai récupéré la gestion du tableau de bord des mobiles depuis l'été 2001 auparavant géré par le service de presse, communication externe. L'objet de ce tableau de bord est d'anticiper la communication financière et presse lors de la publication trimestrielle de l'ART. Les mentions de confidentialité portées sur nos documents internes attirent l'attention des nouveaux destinataires de Bytel sur le fait qu'il ne s'agit pas d'un document destiné à la communication externe et notamment à la presse. Il s'agit en effet d'un document qui est mis au point très tôt sur la base de données non validées définitivement, données par ailleurs qui ne recouvrent pas l'exhaustivité des informations fournies à l'ART (pas de chiffres régionaux, pas de données prépayées et post-payées, pas de données DOM-TOM sauf BTC pour ce qui nous concerne). De plus, nous avons le souci de ménager les prérogatives de l'ART et de lui réserver la primeur des annonces. Les correspondants qui permettent l'établissement du tableau sont des gestionnaires, leurs noms figurent en marge du document ci-après communiqué. En tout état de cause, je tiens à souligner n'avoir aucune responsabilité d'ordre commercial chez Bytel. A cet égard je ne détiens ni ne communique aucune information commerciale. J'ai le sentiment que, historiquement, cet échange de données a coïncidé avec la création vers 1997 de l'observatoire des mobiles... »* (cote 1137).
31. M. F. a précisé par courrier du 16 janvier 2004 : *« ...suite à mon audition du 8 décembre dernier, je tenais à vous confirmer, ainsi que je vous l'ai indiqué, que les trois opérateurs s'échangent les résultats commerciaux du mois écoulé afin d'anticiper toute communication financière liée à la publication ultérieure de ces résultats. Ces données, qui sont également intégralement transmises à l'ART quelques jours après, sont partiellement publiées trimestriellement par l'Autorité. Vous m'avez indiqué que cette communication pouvait être « contestable » dans un marché ne comportant que trois opérateurs, sans perspective de nouvel entrant. Compte tenu de cette appréciation, je vous informe que j'ai demandé de mettre un terme immédiat à cet échange d'informations. J'adresse parallèlement copie de cette lettre à mes interlocuteurs chez Orange et SFR... »* (cote 1524).
32. M. B., directeur général de SFR depuis 1998, a confirmé, dans un procès-verbal de déclaration du 10 décembre 2003, que ces échanges mensuels d'informations entre les trois opérateurs datent de la création en 1997 de l'observatoire des mobiles de l'ART : *« Sur la pièce portant sur les chiffres du mois de novembre 2003 sur laquelle apparaît la société SFR : Nous envoyons chaque mois à l'ART pour l'observatoire des mobiles des informations sur les statistiques de ventes. Ces informations se sont enrichies au fil des*

ans. Il est d'usage dans notre profession de continuer à s'échanger depuis sans doute la création de l'observatoire les informations très brutes sur les activations sans pour autant avoir amélioré le niveau d'information comme nous avons pu le faire pour les données officielles. Je ne suis pas en charge de ces déclarations ni de leur contenu très précis. » (cote 1189).

33. M. D. Q., président d'Orange France, a précisé par courrier du 11 février 2004 : *« Nous avons reçu la copie du courrier qui vous a été adressé par M. E. F. pour vous informer que Bouygues Télécom avait décidé d'arrêter de communiquer les résultats commerciaux mensuels aux deux autres opérateurs. Bien que la plupart de ces données, relatives aux résultats du mois écoulé soient accessibles publiquement, soit par extrapolation des données du panel GFK, soit par les publications qui en sont faites par l'ART, je vous confirme que, pour ma part, à la suite de mon audition du 23 décembre dernier, j'ai demandé à mes services de cesser de transmettre ces données aux deux autres opérateurs (...) » (cote 1189).*

b) La nature des statistiques échangées

34. Les envois entre les opérateurs ont été effectués dès les premiers jours de chaque mois, soit au moins une semaine avant la transmission de leurs chiffres officiels à l'ART, dont l'observatoire des mobiles publiait les données le 25ème jour ou le premier jour ouvrable suivant le trimestre en cause. Les données échangées entre les opérateurs ont porté sur les ventes brutes, les résiliations et les ventes nettes, mensuelles (cotes 205 à 211 du rapport), alors que les données publiées dans l'observatoire des mobiles ne concernent que les ventes nettes et l'évolution du parc qui en résulte.
35. Jusqu'en avril 2000, l'observatoire des mobiles était publié chaque mois et portait sur des données mensuelles. A partir d'avril 2000, l'observatoire des mobiles de l'ART a été publié tous les trois mois et s'est limité à des données trimestrielles. L'ART a cependant continué à demander aux opérateurs de lui communiquer leurs données mensuellement. Quant aux échanges directs entre les opérateurs, leur périodicité est restée mensuelle et a continué à porter sur les données du mois précédent.
36. Les données publiées par l'observatoire ont été à cette occasion enrichies avec la répartition du parc et des ventes nettes entre cartes prépayées, forfaits post-payés mais ces nouvelles informations n'ont pas été retrouvées dans les informations échangées directement entre les opérateurs.
37. Les chiffres des ventes nettes trimestrielles et semestrielles publiées par l'observatoire des mobiles correspondent aux informations échangées directement par les opérateurs.

c) L'utilisation des données échangées

38. Les données échangées entre les opérateurs ont été prises en compte par leurs dirigeants lors de comités exécutifs (Comex) ou de conseils d'administration (CA) qui font état des parts de marché mensuelles en ventes brutes, alors que l'ART ne diffuse pas les données en ventes brutes et qu'elle procède à des agrégations trimestrielles à partir de 2000.
39. Ainsi, Bouygues Télécom évoque dans ses conseils d'administration sa part relative des ventes brutes totales et connaît donc le détail des ventes des deux autres opérateurs :

➤ *« CA Bytel 28/11/99. La pdm [part de marché] nette de Bytel est au mois d'octobre de 22,2 % pour une pdm brute de 21,4 % (...). » (cote 1842) ;*

➤ « CA Bytel du 20/01/00... • SFR et FTM ont réagi fortement à la progression de la pdm de Bytel avec des offres très agressives, - La pdm brute s'est donc effritée à 18,4 % en décembre, pour une pdm de marché nette de 20 %, - La pdm sur la base installée est de 15,9 % contre 15,3 % prévue au budget (...) » (cote 1844) ;

➤ « CA Bytel du 22/01/01 (...) P. L. [président de Bouygues Télécom] présente une version quasi définitive des comptes 2000 qui ne sont toutefois pas encore audités. Il relève notamment (...) une pdm brute de 20,2 % (contre 22,3 % prévus au plan) et une pdm nette de 22,4 % (contre 24,4 % prévus au plan) (...) » (cote 1848) ;

➤ « CA Bytel 20/06/02 (...) La pdm de marché globale de Bytel (connexions brutes) à fin mai est remontée à 20,3 % (24,9 % sur le forfait) (...) » (cote 1857).

40. Lors d'un comité exécutif de France Télécom Mobiles, devenu Orange, en date du 7 août 2000, il est noté : « Point ventes Résultats définitifs de juillet - ventes brutes FTM 555 276 (50,6 %) SFR 320 000 Bytel 223 000 (...) - ventes nettes FTM 357 731 (50 %) SFR 177 000 Bytel 180 000 (...) » (cote 881) ; de même, lors du comité exécutif du 11 septembre « Points ventes P. F. présente les résultats à fin août avec les parts de marché nettes et brutes. (...) » (cote 883) ;

41. Un document manuscrit saisi dans le bureau de M. P. B., directeur général de SFR, le 30 juillet 2003 (cote 410) comporte les mentions suivantes :

« 28/3/ 2001...

	Rappel accord 2000 ventes nettes	réel 2000 ventes brutes	proposition 2001 ventes brutes
N°1 (Orange France)	46 %	47,4	46 %
N°2 (SFR)	34 %	32,4	34 %
N°3 (Bytel)	21 %	20,2	22 %
(total)	101 %		102 %... »

Les chiffres indiqués sous « *réel 2000 ventes brutes* » pour les trois opérateurs correspondent aux ventes brutes effectivement réalisées par chacun d'entre eux alors que ces données ne sont pas transmises à l'ART, qui ne les diffuse donc pas.

42. De même, les données échangées sont utilisées lors des comités exécutifs Orange suivants :

➤ du 8 octobre 2001 : « P. F. [directeur distribution d'Orange France] présente les chiffres fin septembre en R/R. Le marché fait +6 %, Orange France fait +3 %, SFR +27 %, Byt -12 % en brut. En net, -33 % marché Orange France fait -30 %, SFR -24 %, Byt -46 %. Sur le 3^e trimestre 2001, Orange France fait 46,5 % sur le brut, 46 % sur le net ; SFR 35 % en brut, 37 % net ; Byt 18,5 sur le brut, 17 % sur le net (...) » (cote 901) ;

➤ du 12 novembre 2001 : « P. F. présente les chiffres réalisés à fin octobre avec une très bonne tenue de SFR (36,7 % en VB [ventes brutes], 36,2 % en VN [ventes nettes, ventes brutes moins résiliations]) et un « effondrement » de Bouygues (17,2 % en VB, 15,2 % en VN) (...). » (cote 480 annexe 40 du rapport d'enquête administrative) ;

➤ du 7 janvier 2002 : « P. F. présente les résultats du mois de décembre en insistant sur la bonne performance en ventes nettes (pas d'équivalent depuis le lancement d'OLA). Cumul marché 2001 +5 % Net -21 %. R/R brut Orange 101 %, SFR 109 %, Bouygues 105 % R/R net Orange 80 %, SFR 87 %, Bouygues 65 % (...) » (cote 912) ;

➤ du 2 avril 2002 : « G. L. présente les chiffres du premier trimestre. A noter : - La croissance nette du mois est négative au niveau du marché - Un opérateur [Bytel avec - 357 751 clients sur 3 mois] va annoncer sur un trimestre une croissance nette négative (...) » (cote 915) ;

➤ du 3 juin 2002 : « P. F. présente le prévisionnel fin du mois de mai avec les informations marché et part de marché, ainsi que le cumul sur les 5 premiers mois (46,7 % de pdm OF, 34,8 % SFR, 18,5 % Bytel et un R/R marché à -10 % [juin 2002]) (...) » (cote 922) ;

➤ du 8 juillet 2002 « P. F. présente les résultats bruts et nets sur le semestre. La croissance du parc par rapport à fin 2001 est de 1,99 % (+4,4 % pour Orange, +3,2 % pour SFR, -6,85 % pour Bouygues). Orange France a une part de marché de 49,07 % (retour au niveau de septembre 1999) (...) » (cote 926) ;

➤ du 12 mai 2003 : « P. F. présente les chiffres réalisés à fin avril, en ventes nettes c'est le 3^o mois négatif consécutif. A noter : - baisse sensible du taux de résiliation de SFR pour se rapprocher de celui d'Orange France, - perte de 0,5 point de part de marché parc en 4 mois au profit de Bouygues qui augmente de 0,4 pts. Orange France est à fin avril à 49,1 % de part de marché parc (...) » (cote 321 annexe 39 du rapport d'enquête administrative).

Les données brutes commentées lors de ces réunions sont bien celle issues des échanges d'informations entre les opérateurs, dans la mesure où, comme il l'a déjà été indiqué au paragraphe 34, elles ne sont pas publiées par l'ART.

43. Le cahier manuscrit de M. D. Q., président d'Orange France, contient à la date du 2 mai 2002 (cote 337), les informations suivantes, alors que les données ventes brutes mensuelles ne sont pas publiées par l'observatoire de l'ART :

	« (...) Byt	SFR	Orange France
VB	153 k (17,3)	325 k (36,6)	410 k (46,2)
Résil	173 k (2,85 %)	294 k (2,37 %)	331 k (1,87 %)
V. net	<20 k>	<30 k>	<79 k>
Parc PDM cumulée			48,9 %
VB	18,7 %	34,3 %	47,5 %
VN			137 %... »

44. A la date du 8 juillet 2002, il est mentionné dans le même cahier :

	Comex OF	8.07.02
«		
<u>Ventes 06</u>		<u>JUILLET</u>
<u>VB</u>	Marché = 1 076 k OF = 44 % (475 k) SFR = 36 % Byt = 20 %	Forecast = 400 à 425 k Δprix = 30€ Mobi=109€
<u>VN</u>	OF = 170 k =====>100 % SFR = 91 k	SFR=14/07 ByT = 31/07

Byt = < 72 k > 180 k
 (Résil = 288 k = 4,8 %)

SEMESTRIEL VB = 2752 k (46,2 %)
 Contrôle AFT= 40 % Byt = 18,91 % =>Δ=+0,8 %
 SFR = 35 %
 VN = 760 k
 SFR = 399 k
 Byt = <400 k>

Pdm parc = 49,07 % (...)

(scellé n°3, cote 224 annexe 5 du rapport d'enquête administrative).

45. Les responsables d'Orange France ont évoqué les données de marché suivantes lors d'une réunion du 7 octobre 2002 :

« Résultats marché

(000)	09/02	09/01	R/R
Brut	8 754	10 073	87 %
Net	643	4 581	14 %
Parc	36 565	33 640	109 %

Résultats opérateurs

(000)	Brut	R/R	PDM (*)	Net	R/R
Orange	3 976	86 %	45,42 %	920	44 %
SFR	3 095	91 %	35,35 %	558	37 %
BT	1 683	82 %	19,23 %	- 836	(949) ¹

(*) PDM brut cumulé 2001 Orange 45,94 %, SFR 33,88 %, BT 20,18 % ... »

(cotes 370 et 371).

46. Lors de « l'entretien de progrès 2003 » entre M. D. Q. et P. F. ont été utilisées les données de marché suivantes (cote 381) :

« Résultats commerciaux 2002 Résultats opérateurs

(000)	Brut			Net		
	2001	2002	R/R	2001	2002	R/R
Orange	6 735	5 417	80 %	3 272	1 310	40 %
SFR	4 968	4 306	87 %	2 314	939	40 %
BT	2 960	2 399	81 %	1 277	-829	

47. Une note manuscrite du 27 mars 2003, saisie le 30 juillet 2003, dans le bureau de M. B., directeur général SFR, montre également l'utilisation qui est faite des données échangées (cote 409) :

« P. F. 27/3 Attention radio entreprise : « tu vois que j'ai bien fait de changer d'opérateur ». Revoir part de marché ventes nettes Orange versus Baisse du marché. Leur point faible : la marque Orange s'affaiblit.

Part de voix Secodip 38 % ? Argument fort (commentaire sur la marque s'affaiblit d'Orange précité). Notre hausse de tarif + prix à la minute CBR UMM supérieur à Orange (compte bloqué rechargeable Universal Music mobile, abonnement). Observatoire ART : Changer la façon de compter. Publication par 3 mois vers 6 mois. Prépayé : part de marché CA. Contrat : part de marché volume

Vision à terme

	2002	2003	2004
<i>Orange</i>	49,6	48	47
<i>Part de marché</i>			
<i>Ventes nettes</i>		23 %	0
<i>Ventes brutes</i>	45	41	
<i>Actes commerciaux</i>		45	
<i>(somme des activations + renouvellement de mobiles)</i>			
<i>SFR</i>	35,3	35 %	34 %
<i>Ventes brutes</i>		34 %	32 %
<i>Ventes nettes</i>		27	0
<i>Byt</i>			
<i>Ventes brutes</i>	15,1	17	19
<i>Ventes nettes</i>		50 %	100 %
<i>Marché</i>		10,2	

⇒ refus de perdre part de marché".

48. M. B. s'explique sur cette note dans un procès-verbal de déclaration du 10 décembre 2003 (cotes 409 et 1187) : *« Je suis le rédacteur de ce document qui se lit de la manière suivante (...) Ce document est en deux parties, il est daté de 2003 [27 mars 2003]. Je n'ai pas rencontré M. P. F. pour rédiger ces notes manuscrites. Si le nom du dirigeant d'Orange France y figure c'est que l'information m'a été transmise très probablement par mon directeur commercial, M. F. C. qui avait entendu des appréciations sur la campagne radio qui était très agressive vis-à-vis de nos deux concurrents puisque c'est un nouveau client SFR qui se réjouit d'avoir quitté son ancien opérateur. Ainsi, grâce à ces informations je note de revoir mes prévisions de part de marché et d'acter que notre hausse de prix sur le CBR UMM [Compte bloqué rechargeable Universal mobile music, assimilé à un abonnement et non à du prépayé] de 15 à 17 €, début de l'année 2003 ne devrait pas nous faire perdre de PdM, malgré notre prix supérieur à celui d'Orange. Le chiffre de 10,2 constitue l'estimation pour 2003 du nombre des activations brutes. On peut noter dans ces notes la préoccupation de l'ART pour adapter son observatoire statistique (...) ».*

49. Un document SFR contient les informations suivantes (cote 408) :

« SFR 11/07/03 commentaires sur le flash d'activité juin 2003 (...).

Le marché enregistre une baisse des VB [ventes brutes] de -20 % par rapport à juin 2002 (862 K lignes vs 1 076 K lignes en 2002). Le volume de VB cumulé au 1^{er} semestre 2003 est inférieur de -19 % par rapport à 2002 (4 843 l lignes vs 5 952 K lignes en 2002).

SFR a la plus faible croissance nette du marché au mois de juin (62 K soit 23,8 % de pdm VN [ventes nettes]) mais reste 1^{er} en VN cumulées au 1^{er} semestre (335 K soit près de 43 % de pdm). SFR : - Pdm VB : 36,9 % (+1 pt vs mai et +1,2 pt vs juin 2002), - Pdm VN : 23,8 % (62 K soit - 4 K par rapport à mai) (...).

Bytel annonce une pdm VB de 22,2 % en baisse de -1,8 pt par rapport à mai et +2,1 pts par rapport à juin 2002. La croissance nette de Bytel s'élève à 86 K, soit leur meilleur niveau depuis le début de l'année et enregistre la seconde pdm VN (32,8 %). Le parc de Bytel représente 15,6 % du marché en juin 2003 contre 15,5 % en mai et 16,4 % en juin 2002.

Orange enregistre en juin une pdm VB de 40,9 % soit une hausse de + 0,9 pt par rapport à mai mais une baisse de -3,2 pts par rapport à juin 2002. L'opérateur affiche la meilleure croissance nette du marché en juin (+113 K vs + 39 K en mai et + 160 K en juin 2002) mais reste dernier sur le 1^{er} semestre 2003 (132 K soit 16,8 % de pdm VN). En juin 2003, le parc d'OF perd -0,1 pt de pdm par rapport au mois précédent à 48,9 % et sa pdm est inférieure de 0,2 pt par rapport à juin 2002 (...) ».

d) Le caractère confidentiel des données échangées

50. M. P. B., directeur général de SFR, a indiqué dans sa déclaration du 10 décembre 2003 : « Les chiffres entrant dans la composition de l'observatoire constituent la source officielle sur le marché mais en aucun cas la seule source d'informations commerciales, notamment les communications de nos distributeurs (...) » (cote 1187). M. D. Q., président d'Orange France, a mentionné la nature particulièrement transparente du marché dans sa déclaration du 23 décembre 2003 : « Ce marché est par nature transparent, publication des ventes et des parcs par l'ART chaque trimestre, publication par GFK des ventes de terminaux, d'abonnements et de prépayés de manière hebdomadaire. De plus les distributeurs communiquent régulièrement sur les performances du marché, comme Phone House. Dans ce cadre-là nous avons poursuivi, pour simple information, l'échange croisé de nos ventes mensuelles passées qui sont en même temps communiquées à l'ART comme nous y avons été amenés à la suite de la création de l'observatoire des mobiles par l'ART depuis 1997(...) » (cote 1201). Il a confirmé son propos par courrier du 11 février 2004 (cote 1869).
51. Toutefois, le directeur général adjoint de The Phone House a indiqué dans ses déclarations du 23 octobre 2003 : « Chacun des trois opérateurs connaît bien sûr en temps quasi réel nos statistiques de ventes d'abonnements et de prépayés ; on ne donne pas aux opérateurs le détail des ventes des opérateurs concurrents (...) » (cote 816, annexe 49 du rapport d'enquête administrative).
52. Figurent par ailleurs au dossier, d'une part, les estimations, réalisées par un collaborateur de la société Orange France en prévision d'un « Entretien de progrès 2003-P. F./D. Q. » portant sur les parts de marché des trois opérateurs pour plusieurs distributeurs en 2002 (cote 66, annexe 7 du rapport d'enquête administrative), et d'autre part, les ventes réalisées, la même année par deux de ces distributeurs, Darty et Carrefour (cotes 1122 et 1119 du rapport). Or, les estimations d'Orange ne reflètent pas les évolutions réelles des ventes réalisées par ces deux distributeurs (cote 213). Par exemple, alors que les données de Carrefour, pour l'année 2002, font ressortir une part de marché en ventes brutes de 34,25% pour SFR, les estimations d'Orange France pour ce distributeur, sont de 37,28%.
53. Les opérateurs ont également communiqué aux enquêteurs le panel GFK sur la « téléphonie mobile » qui repose sur l'audit de 4 400 magasins hors réseaux intégrés des

opérateurs (agences France Télécom, espaces SFR et boutiques Bytel) (cotes 1203, 373 du rapport d'enquête administrative). La prise en compte de ces données conduit à des résultats différents de ceux effectivement constatés et échangés entre les opérateurs.

Comparaison des données en ventes brutes figurant dans le panel GFK et de celles en ventes brutes effectivement constatées, telles qu'elles ont été échangées entre les opérateurs.

GFK		réel		GFK		réel	
Septembre 2002	Septembre 2003	Septembre 2002	Septembre 2003	9 premiers mois 2002	9 premiers mois 2003	9 premiers mois 2002	9 premiers mois 2003
412 100	508 900	956 821	997 000	3 930 200	3 767 800	8 754 193	7 595 974
+ 23 %		+ 4,2 %		- 4 %		- 13 %	

2. L'EXISTENCE D'UN ACCORD VISANT À STABILISER LES PARTS DE MARCHÉ DES TROIS OPÉRATEURS

54. Une note manuscrite du 28 mars 2001, saisie dans le bureau de M. B., directeur général de SFR, mentionne un accord entre les trois opérateurs, portant sur l'évolution de leurs parts de marché en ventes brutes en 2000 et en 2001. De même, plusieurs documents, saisis dans les locaux d'Orange France, mentionnent l'existence d'un accord entre les trois opérateurs et celle d'un « Yalta des parts de marché ». Par ailleurs, une inflexion de la politique commerciale des trois opérateurs ressort de la lecture des documents internes aux entreprises et de l'analyse des prix. Elle se traduit dans l'évolution des parts de marché et des résultats des entreprises.

a) La note du 28 mars 2001 saisie dans le bureau de M. B., directeur général de SFR, et celle en date du 27 mars 2003

55. Une note manuscrite a été saisie le 30 juillet 2003, dans le bureau de M. P. B., directeur général de SFR, (cote 410). Elle comporte les mentions suivantes, rédigées au stylo vert, certaines ayant été barrées au stylo bleu :

« 28/3

PB → F. E. P. G.

M. B. via D. Q. est OK pour reconduire en 2001 l'accord de part de marché 2000 en VB, bien qu'ils ne l'aient pas respecté au 2^e semestre 2000.

~~P. M. après avoir demandé 23 % de VB accepte 22 %.~~

	<i>Rappel accord 2000 VN</i>	<i>réel 2000 VB</i>	<i>proposition 2001 VB</i>
<i>N°1</i>	<i>46 %</i>	<i>47,4</i>	<i>46 %</i>
<i>N°2</i>	<i>34 %</i>	<i>32,4</i>	<i>34 %</i>
<i>N°3</i>	<i>21 %</i>	<i>20,2</i>	<i>22 %</i>
	<i>101 %</i>		<i>102 % ...»</i>

56. Ce document a été commenté par M. B. dans un procès-verbal de déclaration du 10 décembre 2003 (cote 1189) :

« (...) Sur la pièce cotée 123 du scellé n°5 du procès-verbal de visite et saisie en date du 30 juillet 2003 : Je suis le rédacteur de ce document qui se lit de la manière suivante : « ... 28/3/2001. P. B. adressé à F. E. P. G., [respectivement président de SFR et président de Cegetel]. M. B. [président de France Télécom] via D. Q. [président d'Orange France] est OK pour reconduire en 2001 l'accord de part de marché 2000 en ventes brutes, bien qu'ils ne l'aient pas respecté au 2° semestre 2000. P. M. [président de Bouygues Télécom] après avoir demandé 23 % de ventes brutes accepte 22 %.

	Rappel accord 2000	réel 2000	proposition 2001
	Ventes nettes	ventes brutes	ventes brutes
N°1 (Orange France)	46 %	47,4	46 %
N°2 (SFR)	34 %	32,4	34 %
N°3 (Bytel)	21 %	20,2	22 %
(total)	101 %		102 % ...»

Malgré son apparence ce document ne constitue en aucune façon un échange avec nos deux concurrents pour partage de marché. Le mot accord est utilisé en interne chez SFR pour signifier l'engagement entre la direction générale et le conseil d'administration sur l'objectif de part de marché afin de ménager la rentabilité de l'entreprise déjà contrôlée indirectement par le groupe Vivendi Universal. En effet toute augmentation de part de marché se traduit mécaniquement par une augmentation des coûts obérant la rentabilité à venir. A cet égard je suis tenu régulièrement à revoir mon accord de part de marché en fonction des informations que j'ai du marché et des déclarations faites par mes concurrents principalement au niveau des analystes financiers, sociétés de bourse et banques. En permanence j'ai connaissance indirectement des déclarations faites par les hauts responsables de mes deux concurrents sur la vision dont ils se font l'écho auprès de ces mêmes analystes financiers de leurs positionnements en termes de part de marché et leurs prévisions dans ce domaine. Il arrive ainsi que leurs propres prévisions soient infirmées et qu'ils ne peuvent tenir leurs engagements de prévisions. Les mentions barrées de ma main l'ont été afin de supprimer les termes qui pourraient prêter à confusion ou dont je n'ai pas une information fiable. Le caractère très autonome de ces prévisions est d'ailleurs corroboré par le fait que les deux totaux de 101 % en 2000 (valeurs nettes) et de 102 % en 2001 (valeurs brutes) sont supérieurs au total du marché qui ne peut être que de 100 % comme d'ailleurs le réel 2000 (valeurs brutes). En tout état de cause, nous opérons sur un marché très concurrentiel, bien plus concurrentiel que celui de l'Italie, la Belgique, l'Allemagne. En Belgique il est interdit de subventionner les mobiles sauf pour les soldes, en Italie il n'y a pas non plus de subvention sur les mobiles. Un examen des actions promotionnelles de chacun des trois opérateurs montre la vive concurrence qui règne sur ce marché. Une rencontre avec les principaux distributeurs ne peut que confirmer ce point, de même l'analyse des conditions tarifaires des comptes professionnels et entreprises, notamment les réponses aux appels d'offres des grands comptes renforcent le caractère très concurrentiel précité dudit marché. Nous sommes d'ailleurs actuellement encore et souvent par le passé en contentieux judiciaire sur les publicités diffusées par nos concurrents et par nous-mêmes sur la base de la publicité comparative illicite ou même du dénigrement... » (cotes 410 et 1189).

57. Le tableau ci-dessous compare les chiffres portés dans ce document et les parts de marché effectivement constatées pour les années concernées :

	Ventes nettes 2000				Ventes brutes 2000				Ventes brutes 2001			
	<i>Document B.n</i>	réalisé			<i>Document B.</i>	réalisé			<i>Document B.</i>	réalisé		
		année	1 ^{er} sem	2 ^{ème} sem		année	1 ^{er} sem	2 ^{ème} sem		année	1 ^{er} sem	2 ^{ème} sem
Orange	46	46,7	44,4	48,4	47,4	47,4	44,4	49,7	46	45,9	45,4	46,3
SFR	34	30,8	34,8	28,2	32,4	32,4	36,5	29,3	34	34	33,3	34,5
Bouygues T.	21	22,4	20,9	23,4	20,2	20,2	19,1	21	22 %	20,1	21,2	19,3

58. Un autre document manuscrit, déjà cité au paragraphe 47 a été saisi dans le bureau de M. B.. Il se présente de la façon suivante (cote 409) :

« P. F.

27/3

Part de ??

Secodip 38 % ?

Δ Radio Entreprise : « Tu vois que j'ai bien fait de changer de portable »

(...)

Vision à terme

	<u>2002</u>	<u>2003</u>	<u>2004</u>
<i>O.</i>	49,6	48	47
<i>V.N.</i>		23%	
<i>V.B.</i>	45	49	<i>O.</i>
<i>Actes commerciaux</i>		45	
<i>SFR</i>	35,3	35%	34%
<i>V.B.</i>		34%	32%
<i>V.N.</i>		27	<i>O.</i>
<i>ByT</i>	15,1	17	19
<i>V.B.</i>			
<i>V.N.</i>		50%	100%
<i>??</i>		10,2	

=> refus de perdre des parts de marché »

59. Dans un procès-verbal de déclaration du 10 décembre 2003 (cote 1189), M. B. a affirmé que ce document a été rédigé le 27 mars 2003.

b) Les documents saisis dans les locaux d'Orange France

60. Le compte-rendu d'une « Revue d'affaires » de France Télécom mobiles du 4 avril 2000 mentionne une « politique de pacification du marché » :

⊗ *Trois objectifs pour FTM : - croissance du marché : 50 % de taux de pénétration à fin 2000 ; parc fin 2000 > 13,5 millions, PDM : 44 à 48 % sur ventes nettes, - Ebitda = 10 GF soit 30 % du CA hors terminaux.*

⊗ *Le niveau d'Ebitda 2000 de 10 GF suppose la réussite de la politique de pacification du marché : ⇒ commissions et subventions du terminal évoluent de la manière suivante entre déc. 99 et le 1^{er} avril : Itinéris - 720 F Ola - 800 F Kit Mobicarte - 650 F.*

⊗ *La remontée des prix des terminaux a ralenti la croissance globale du marché. En termes d'intention d'achat, -23 % sur le prepaid qui passe de 690 à 890 F et -27 % sur le post-paid qui passe de 490 à 690 F ».*

(cote 1557). [les caractères gras sont ajoutés par le Conseil]

61. Des notes manuscrites prises par M. Q., président d'Orange France lors du Comex Orange France du 26 mars 2001 mentionnent également un accord entre les trois opérateurs :

« " COMEX 26.03.01

(...)

- Résultats PDM ⇒ Pas de produit à 490 TTC (Nokia 3210) c/o SFR et ByT

- Plan de communication Mobicarte + Promo service MOBICARTE

- **Accord SFR/ BYT/ ITI** à prolonger

⇒ obtenir 590 F TTC au 2.04.

- Baisser les prix 490 F TTC (Philips Azalys et Alcatel 302) kits virtuels GD

- Reprise des ventes en CE/AFT = 290 F TTC

- modifier les résil (?)

- plan d'action FTT ⇒ trouver 250 k produits à 450 F HT

- Avenir Télécom 70 k Moto/SFR ⇒ 390 F TTC

- kit AFT = 390 F TTC (Trium avec marge de manœuvre) }

- SAC's 02-03/01" : »

(cote 330) [Iti désigne Itinéris, les caractères gras sont ajoutés par le Conseil]

62. M. Q. a expliqué, dans ses déclarations du 23 décembre 2003, que ce document devait se lire de la façon suivante : « Comex (...) 26.03.01 (...) Résultats part de marché implique pas de produits Nokia 3210 à 490 TTC à la différence de Bytel et SFR. - Accord SFR/ BYT/ Itinéris ⇒ obtenir 590 F TTC au 2.04. - Baisser les prix à 490 F TTC (Philips Azalys et Alcatel 302) (kits Itinéris) et faire des kits virtuels grande distribution - Reprise des ventes en Comité d'Entreprise par les agences France Télécom à 290 F TTC - modifier les résiliations (?) - plan d'action FTT = trouver 250 mille produits à 450 F HT { - Avenir Télécom 70 k Moto/SFR ⇒ 390 F TTC - kit AFT = 390 F TTC (Trium avec marge de manœuvre) } - SAC's (coûts d'acquisition des clients) 2^o trimestre 3^o trimestre 2001 (...) " : La mention précitée « Accord SFR/BYT/Itinéris ⇒ obtenir 590 F TTC au 2.04 » signifie dans mon esprit que je ne me laisserai pas attaquer commercialement sur

le marché de la Mobicarte sans réagir (voir le plan d'action décrit ci-avant) et que des kits prépayés ne devraient pas être vendus en dessous de 590 F TTC. A cet égard j'envisage des actions commerciales très agressives telles : Je m'interroge sur la modification des dlv, durée limite de validité, des mobicartes pour améliorer les taux de résiliation. Je constate que SFR avec Avenir Télécom et Motorola a 70 000 kits à 390 F TTC et je décide de répliquer avec un kit Agence FT à 390 F TTC avec le produit Trium de chez Mitsubishi avec marge de manœuvre i.e. en laissant la possibilité aux AFT mais aussi aux autres distributeurs de baisser les prix. Je réfléchis à faire chiffrer les coûts d'acquisition futurs qui seront occasionnés par ce plan d'action commercial agressif. Je constate que mes concurrents sont très agressifs sur le prépayé et je décide de leur répliquer (...) » (cotes 1195).

63. Ce document peut aussi être mis en regard de l'évolution constatée des PVMC (prix de vente moyen conseillé). Le PVMC Orange France du kit Mobicarte Nokia 3210 est abaissé de 690 à 590 F TTC à partir du 9 mars 2001, prix reconduit le 7 avril puis le 3 mai et abaissé à 499 F TTC le 21 juin jusqu'à la fin de l'année. SFR vend le kit Nokia à 499 F TTC à partir du 29 janvier 2001, prix remonté à 599 F TTC le 3 avril 2001, puis ramené à 499 F TTC le 2 juillet jusqu'à la fin de l'année.
64. A la date du 3 juin 2002, les mentions suivantes figurent dans l'un des cahiers manuscrits de M. Q., président d'Orange France (scellé n°3 cote 109, annexe 5 du rapport d'enquête administrative ; cote 352 du rapport) :

" Comex O.F. 3/06/02-

Réunion Byt/SFR

- Kiosque SMS + T.

Présentation

VENTES : Ventes brutes = 430 k vs 475 k (...).

(PDM = 44 %)

Marché : (-18 % en 2002)

-13 % en Mai

-10 % à fin mai

980 k

195 k = Byt (20 %) (20 k millenium)

315 k = SFR (36 %)

430 k = OF (44 %) (...)

Résiliations = 332 k (1,87 %) forfaits = 1,6 % Mobicarte = 2,4 %

Parc 17,8 M à fin mai

Mesures 1.07.02

Ppaid = 109€ vs 79€ 109€ à 199€ (plus de subvention =.0) (...).

15' ⇒ 5' crédit pochette

-baisse de la commission distributeur 5€

-contrat CMO (1h) : 49€

-sub (50€ vs 100€)

-forfait ajustable

sub (85€ vs 150 €) (...).

1 M (million) de ventes en moins

(6 M versus 7 M)

(-15 % à 20 %)

⇒ 12 M VB vs 14,7 M = -20 % VB

⇒ 2 M V. nette vs 6,6 VN (-70 %)

delta population = 3 % = 65 % --

- 2 M€ sur la fraude

⇒ 50 M€ d'Ebitda SAC - 50 M€ coût (du réseau)

2 771 M€ (Ebitda) ⇒ 900 vs 1200 ⇒ + 200 M€ Free Cash Flow

- Scénarios alternatifs

- **Il faut que Byt remonte à 20 % (...)**". [les caractères gras sont ajoutés par le Conseil]

65. M. Q. a donné à ce sujet l'explication suivante dans son procès-verbal de déclaration du 23 décembre 2003 : « *Sur la pièce cotée 109 du scellé n°3 du procès-verbal de visite et saisie en date du 30 juillet 2003 :*

« La réunion précitée avec Bytel et SFR s'inscrit dans le cadre de l'AFOM (Association française des opérateurs mobiles) pour préparer notre rendez-vous avec M. T., gouverneur de la Banque de France, pour les questions de certification bancaire à partir des téléphones mobiles. Nous lançons alors le kiosque SMS+ . Je note dans mon carnet de notes de préparer ce rendez-vous qui aura finalement lieu le 27 août en présence du bureau de l'AFOM (R. R., R. L. et E. F. et je conduirai la délégation au nom de l'AFOM en tant que président eu égard à la qualité du gouverneur). Nous sommes en juin 2002, notre actionnaire France Télécom subit une très forte pression des marchés financiers et nous sommes amenés à étudier des scénarios alternatifs visant à produire davantage de free cash flow à la fin 2002. Nous étudions en séance différents scénarios dont celui de moins de ventes brutes de nature à diminuer le volume absolu de nos coûts d'acquisition. Nous étudions par ailleurs une baisse de nos capex [capital expenditure ou dépense en investissement, actif du bilan non présent au compte de résultat] et une augmentation de l'Ebitda [EBE], le tout pour viser une augmentation du free cash flow de 200 M€ par rapport à nos objectifs initiaux. Nous constatons par ailleurs que les résultats de pdm de Bytel ne sont pas bons, que Bytel est loin de ses objectifs affichés de 20 % et nous avons un débat sur le sujet. Nous pensons que la moindre agressivité commerciale pour tenir les objectifs de l'actionnaire devrait avoir pour conséquence « mécanique » une remontée de la part de marché de Bouygues Télécom » (cotes 1199 à 1201).

66. De plus, les cahiers manuscrits de M. Q. évoquent en octobre 2002 par deux fois un « *Yalta PDM* » (cotes 341 et 343) :

«
(...)

Comex France Télécom

28/10/02

- *Plainte Byt* <AFT : position dominante
- *Yalta PDM* commission versée par Orange
 pratique répréhensible

(...) » (cote 341).

- La seconde mention, à la page suivante se présente comme suit :

"PF

30/10/02

- *Yalta PDM*
 - 5/5 : on n'y va pas
 - - CGV : courrier C. Il n'y a plus de discrimination à ???
 - - ventes + 100 k
- *Plainte ByT/Reco* »

(PF est P. F., directeur de la distribution d'Orange France).

67. M. Q. a déclaré à propos de ces pièces (cote 1201) : « *Sur les deux pièces cotées 48 et 50 du scellé n°3 du procès-verbal de visite et saisie en date du 30 juillet 2003 :*

Lors de ce comex de France Télécom la ou les plaintes de Bytel contre le groupe France Télécom ont été évoquées ainsi que des interrogations sur le but et la stratégie réelle visés par Bytel (part de marché). Il n'y a eu aucune suite donnée à ces échanges internes (...) ».

68. Le compte-rendu du comité exécutif de France Télécom du 28 octobre 2002 évoque le contentieux précité dans les termes suivants (cotes 1096 et 1098) : « *JPC [J.-P. C.] évoque la plainte très probable de Bouygues devant la Commission européenne nous faisant notamment grief de l'avantage concurrentiel que constituent nos agences pour Orange (et éventuellement Wanadoo) »* et conclut qu'un dossier précis doit être préparé en urgence pour préparer la défense.

c) L'inflexion de la politique commerciale des opérateurs en 2000 : les indications contenues dans les documents internes des opérateurs

Jusqu'en 2000, les documents internes font état d'une intense concurrence

69. Un constat sur les conséquences de la concurrence intense que se livrent les opérateurs mobiles à la fin des années 90 et la faible rentabilité du secteur est également fait par Bouygues Télécom lors d'un comité (« Codege ») du 3 août 1999 : « *PHM [P. M., président de Bouygues Télécom] fait remarquer que l'actualisation ne respecte pas les objectifs fixés par le conseil d'administration (CA) qui a souhaité une croissance de la part de marché avec une baisse des coûts d'acquisition d'abonné (...). Sur la partie commissionnement, il pense que les prévisions ne sont pas choquantes et sont dans la ligne de ce que font les autres opérateurs (...). BJC (B. C., dga commercialisation) fait*

remarquer que, quelles que soient les indications du CA, c'est M. B. qui décide de la tendance à donner au marché, tendance qui s'est traduite jusqu'ici par une destruction de valeur. Cela conduit le secteur des télécommunications à se rapprocher de la faible rentabilité du secteur bancaire en raison de la concurrence exagérée. PHM souhaite dans ces conditions que Bytel s'abstienne d'exciter la concurrence. BJC fait remarquer que l'on est obligé de suivre les autres opérateurs sur le commissionnement mais que l'on peut regarder une meilleure répartition entre le fixe et le booster. » (cote 1099).

70. Le même constat est répété lors du conseil d'administration de Bouygues Télécom du 28 octobre 1999 : « la pression concurrentielle s'est accrue. SFR a réagi en augmentant la rémunération de ses distributeurs et Itinériss a repris l'offensive sur les offres tarifaires. Parmi les risques identifiés à court terme, P. L. [président de Bouygues Télécom] mentionne le risque de guerre des prix et d'augmentation du coût d'acquisition avec, notamment les offres « OLA » (...) » (cote 1837). Et lors de celui du 20 janvier 2000 « La concurrence a été très rude en fin d'année : - SFR et FTM ont réagi fortement à la progression de la pdm de Bytel avec des offres très agressives, - La pdm brute s'est donc effritée à 18,4 % en décembre, pour une pdm de marché nette de 20 %, - La pdm sur la base installée est de 15,9 % contre 15,3 % prévue au budget (...) » (cote 1844).

A partir de 2000, l'évolution des parts de marché est contrôlée afin d'assurer une meilleure rentabilité

71. Une inflexion est perceptible vers le milieu de l'année 2000, les documents internes reflétant alors la volonté des trois opérateurs de « stopper la course à la part de marché » et de privilégier la rentabilité.

◆ Orange France

72. D'une part, le compte-rendu d'une « Revue d'affaires » de France Télécom mobiles du 4 avril 2000, déjà cité au paragraphe 60, mentionne une « politique de pacification du marché » :

⊗ *Trois objectifs pour FTM : - croissance du marché : 50 % de taux de pénétration à fin 2000 ; parc fin 2000 > 13,5 millions, PDM : 44 à 48 % sur ventes nettes, - Ebitda = 10 GF soit 30 % du CA hors terminaux.*

⊗ *Le niveau d'Ebitda 2000 de 10 GF suppose la réussite de la politique de pacification du marché : ⇒ commissions et subventions du terminal évoluent de la manière suivante entre déc. 99 et le 1^{er} avril : Itinériss - 720 F Ola - 800 F Kit Mobicarte - 650 F*

⊗ *La remontée des prix des terminaux a ralenti la croissance globale du marché. En termes d'intention d'achat, -23 % sur le prepaid qui passe de 690 à 890 F et -27 % sur le post-paid qui passe de 490 à 690 F »*

(cote 1557)

73. D'autre part, M. D. Q., président d'Orange France, s'est expliqué comme suit sur les notes manuscrites prises lors d'un comité exécutif Orange du 22 mai 2001, « "Executive Comitee 22/05/01 (...) Orange SA - 1 Reeducate the market- cf. Vodafone Press conference august contract market share announcement of price increase value strategy. - 2 Meeting JF P. (DG Orange SA et président OF)-Byt-SFR : 06/01 juin 2001 - 3 Prepaid 690 F TTC au 1.09.01... - 4 Increase 2004 Ebitda numbers = + 150 M€ = 38,7 % Ebitda (...)" ». Nous sommes le 22 mai et JF P. président d'Orange (Orange France SA) dit qu'il nous faut « reeducate » (au sens faire de la pédagogie) le marché comme l'a fait Vodafone au Royaume Uni ie privilégier la stratégie valeur et la stratégie contrat plutôt que le

prépayé et il est décidé de s'exprimer au mois d'août (modalités à définir / conférence de presse) pour exprimer alors cette nouvelle stratégie qui se traduira entre autres par une remontée des prix du prépayé à 690 F TTC. Par ailleurs, à titre de courtoisie il est envisagé une rencontre entre JF P. et ses homologues présidents de Bytel et Cegetel pour informer de la date du lancement de la marque Orange en France en juin 2001. La date effective de lancement fut le jour de l'été 2001 (21 juin)... » (cote 127 du scellé n°1 du PVVS).

74. Le compte-rendu du comité exécutif Orange France du 3 juin 2002 mentionne la décision de rehausser les prix (PVMC) au 1^{er} juillet 2002 : *« Orange France(...) comex 3/06/02 (...) P. F. présente le plan de remontée des prix prévus au 1^{er} juillet par type de produit ainsi que son impact sur le volume global de ventes sur 2002. Il est prévu en ventes brutes une année 2002 inférieure de 18 % aux résultats 2001(...) »* (cote 992).

75. Cette hausse est suivie par SFR et Bouygues respectivement le 14 et le 31 juillet 2002, comme M. Q. l'écrit lors du comité exécutif Orange France du 8 juillet 2002 :

"Comex OF 8.07.02 Ventes 06 juin VB : Marché = 1 076 k OF = 44 % (475 k) SFR = 36 % Byt = 20 % VN : OF = 170 k (100 %) SFR = 91 k Byt = < 72 k > (Résil = 288 k = 4,8 %) (...). Juillet Forecast prévision = 400 à 425 k ⇒ Δprix = 30€ ⇒ Mobi = 109€ SFR = 14/07

Byt = 31/07 (...)"

76. M. Q. a commenté ainsi ses notes lors de son audition par les enquêteurs : *« Je rappelle à nouveau que nos conditions générales de ventes prévoient d'informer nos clients distributeurs un mois avant tout changement. Je constate que cette réunion du comex a lieu le 8 juillet et que nous sommes donc dans le délai contractuel d'information des changements tarifaires de nos deux concurrents, information qui nous est remontée par nos distributeurs. Par ailleurs le reste des notes est simplement un compte rendu des résultats commerciaux du mois précédent (juin)... »* (scellé 3 cote 224 annexe 5 du rapport d'enquête administrative, cote 1200 du rapport). La responsable des achats de Carrefour Télécom a confirmé le délai de quinze jours à un mois requis par les opérateurs pour annoncer à leurs distributeurs les hausses de PVMC ou les baisses de subvention. (cotes 1477 à 1483).

77. La note suivante confirme la baisse des subventions d'Orange France sur les offres prépayées et les forfaits :

« Réunion de travail OF

7/10/02 (...).

Engagements de mise en oeuvre T3/02 globalement tenus (...).

Acceptation de cette politique par la distribution à l'exception d'une enseigne GSA (Auchan) (...).

Politique commerciale T4/02

Prépayé

- Le prix plancher (tous produits (coffrets) passe à 129 € TTC (à partir du 15/10) (OK à l'exception de quelques catalogues)

- Aucune subvention à compter de cette date

Ex : Alcatel 311 : 129 €/ Nokia 3310 : 139 € Nokia 3410 : 159 €/ Sagem MYX5 : 199 €

- ODR : 30 € pour un PVC > ou égal 129 € du 15/11 au 15/01/03
- Plus aucun « kit virtuel » enseignes

Post-payé

- Baisse de 5 € HT de la subvention au 1/10/02 sur coffrets « opérateurs » => + environ 10€ sur PVC versus 09/02
- Subvention « mobiles nus » plafonnée à 90 € sur forfaits, 45 € sur mini forfaits
- Pas de présence catalogue hors de ce dispositif
- ODR = du 15/11 au 15/01/03 Mini forfait : 30 € pour un PVC > ou égal à 69 € Forfait : 30 € pour un PVC > ou égal à 39 € Grand écran couleur : 50 € pour un PVC > ou égal à 199 € (...).

Politique commerciale T1/03 [1er trimestre 2003, prospectif]

Prépayé

- Maintien du cadre actuel
- PVC 129/199€
- Aucune subvention
- ODR plafonnée à 20€ pour un PVC > ou égal à 129 € à compter du 16/01/03

Contrat [post-payé]

- Subvention (coffrets opérateurs) et mobiles nus
- Baisse de 5 € HT sur forfait (75 € HT plafond/ 15 € sur mobiles nus)
- Hausse des PVC d'environ 10 € TTC vs T4 sur coffrets opérateurs
- Baisse de 10 € sur mini forfait (35 € HT)
- Hausse des PVC d'environ 20 € TTC vs T4 => Une crémaillère PVC plus cohérente entre les 3 offres

	Prépayé	Mini forfait	Forfait
Alcatel 512	139	99	49
Nokia 3410	159 (40€ 30 €)	119 (50 €)	69
Sagem MYX5	199	159	109... »

(cotes 374 à 376, 379 à 380).

78. Le compte-rendu du comité exécutif d'Orange France du 28 octobre 2002 montre que : « Comex OF 28/10/02 (...). G. L. présente les chiffres des ventes à date et confirme le retrait très fort sur Mobicarte compte tenu de la remontée des prix, ce qui fera une croissance négative sur le parc Mobicarte sur le mois d'octobre... » (cote 932). Le comité exécutif de France Télécom s'est tenu également le 28 octobre 2002 : « Orange France : en 2002 les ventes brutes sont stables avec une inflexion favorable sur le mix pré/ post-payé, mais le CA croît de 15 %. Le capex [capital expenditure] visé est 810 M€ pour un budget de 1 243 et une PFA [prévision de fin d'année] Q3 [troisième trimestre] de 905 (...). TB [T. B.], attire l'attention sur le risque réglementaire résultant d'une part de marché à 49,6 % (voire 49,8 %). Cela incite à réduire les dépenses publicitaires et les coûts d'acquisition. DQ [D. Q., président d'Orange France] indique que depuis octobre OF

ne met plus un € de subvention sur le prépayé, mais que pour l'instant nos concurrents ne se sont pas encore alignés (...) » (cotes 1096 et 1098).

79. La stratégie d'Orange France a été résumée de cette façon : *« OF entretien de progrès 2003 P. F. / D. Q., président d'Orange France, (...). La vision : Passer d'une stratégie de croissance à une stratégie de valorisation des fruits de la croissance » (scellé 5, cote 79, annexe 7 du rapport d'enquête administrative).*

◆ SFR

80. Le comité de direction de SFR du 14 juin 2002 a évoqué également la réduction des subventions des coffrets abonnements et des coffrets prépayés : *« SFR Codir DC (comité de direction commerciale) 11/06/02 (...) Nécessité de réduire très significativement les subventions sur les abonnements et de poursuivre la tendance sur le prépayé (...) » (cote 1108).*
81. Le compte-rendu du comité de direction de SFR du 17 décembre 2002 précise que l'opérateur ne tient pas à suivre les prix les plus bas dans le domaine du prépayé : *« P. R. [adjoint de F. C., DC] Marché constaté autour de 2 300 000/ 2 400 000 Dont SFR 690 000 -abo 260 000 -PP 430 000 versus objectif 537 000 (choix de ne pas suivre les prix les plus bas)... » (cote 1028).*

◆ Bouygues Télécom

82. Une stratégie identique de Bouygues Télécom est exposée dans les comptes-rendus des conseils d'administration :
- *« CA Bytel du 22/01/01... une pdm brute de 20,2 % (contre 22,3 % prévus au plan) et une pdm nette de 22,4 % (contre 24,4 % prévus au plan). Ces résultats en retrait par rapport aux prévisions, sont essentiellement liés à la volonté de maîtriser les coûts commerciaux (...) » (cote 1848).*
 - *« CA Bytel du 1/03/01 (...). P. L. précise que l'objectif de l'année 2000 était d'assurer un Ebitda positif alors qu'une nouvelle vague de clients prépayés non rentables est apparue. Il a donc été décidé de « stopper » la course à la part de marché et d'orienter les efforts vers les clients forfaits (...) » (cote 1850).*
 - *« CA Bytel 20/06/02 (...). Les principales hypothèses financières sont - priorité à la rentabilité sur la part de marché. »*
83. Une analyse de Bouygues Télécom, datée du 29 novembre 2001, décrit cette stratégie commune à l'ensemble des opérateurs : *« Bytel analyse stratégique. Dans un marché très concurrentiel, les trois opérateurs ont multiplié les offres promotionnelles et fixé des prix artificiellement bas afin de conquérir de nombreux abonnés. La France est d'ailleurs le pays où les opérateurs ont le plus subventionné les terminaux afin d'acquérir des clients. Cependant, depuis janvier 2000, les prix « faciaux » remontent, provoquant un ralentissement des ventes, ainsi qu'un sur-stockage généralisé, aussi bien chez les opérateurs que chez leurs distributeurs. En même temps, les commissions versées par les opérateurs aux distributeurs ont baissé de 25 à 30 %. La plupart des terminaux sont vendus par les opérateurs, sous forme de packs, même si un nombre croissant de ventes de renouvellement se font hors pack (...) » (cote 465).*
84. De même, Bouygues Télécom indique dans un « dossier de notation » de 2001 (cote 569) : *« Il est prévu une stabilisation de l'ARPU en 2001 à 36 Euros environ grâce à :*
- *Une augmentation du prix facial sur les forfaits*

- *Un remodelage de l'offre prépayée*
- *L'accent mis sur les services (à la fois traditionnels et de données) »*
- *Augmentation du prix des forfaits*

Le 15 janvier 01, Bouygues Télécom a révisé à la hausse ses tarifs Forfaits afin de s'aligner sur les prix du marché.

Les tarifs des forfaits ont ainsi augmenté d'une dizaine de francs en moyenne et les tarifs des communications hors forfait ont également été revus à la hausse ».

85. Par ailleurs, cette stratégie était critiquée dans une étude de la société de bourse Oddo Pinatton dont Bouygues Télécom rend ainsi compte le 16 septembre 2002 : « *Oddo est réservée sur la stratégie « conservatrice » de Bytel qui privilégierait la rentabilité en sacrifiant trop tôt la croissance de sa base d'abonnés dans un marché qui présente encore un bon potentiel. Bytel n'a pas atteint la taille critique et souffre de coûts fixes trop importants »* (PVVS 30/07/03 Bytel cote 166 annexe 38).

Le contrôle de l'évolution des parts de marché implique également d'éviter qu'elles ne baissent trop

86. Cette préoccupation apparaît, s'agissant de la politique d'Orange, dans un document de la direction commerciale de SFR : « *SFR Codir branche mobile 7/05/01 F. C. [Directeur commercial de SFR] PdM : 35 % probables sur avril (objectif = 34 %). A noter contre-performance de FT (France Télécom) qui de ce fait lance des opérations très agressives sur PP (prépayés) comme sur abo [abonnement]... »* (cote 1024).
87. Un compte-rendu du comité exécutif d'Orange du 26 novembre 2001 illustre également cette situation : « *OF (...) comex 26/11/01 (...) P. F. et G. L. présentent les chiffres au 22 novembre et les tendances sur le mois dont il ressort une faiblesse d'OF sur le prépayé qui va aboutir à une pdm mauvaise sur le mois. - Revoir la crémaillère (liste des prix des coffrets classés par valeur) des prix sur le prépayé (...) »* (cote 910)
88. De même, un document de la direction commerciale de SFR analyse ainsi la politique de Bouygues Télécom : « *SFR Codir branche mobile 12/05/01. F. C. (Directeur commercial SFR) Présentation des parts de marché year to date : les points essentiels sont la bonne performance de SFR et la baisse significative de Bytel qui risque d'ailleurs de devoir réagir « violemment » pour éviter la marginalisation (...) »* (cote 1026).
89. Ces préoccupations concernant Bouygues Télécom se retrouvent dans le compte-rendu d'un comité exécutif Orange France du 7 octobre 2002 : « *P. F. présente les chiffres de ventes et de parc à fin septembre. G L. et P. F. alertent sur la réaction de Bouygues (...)*". *Il s'agit d'alerter sur les risques de réaction agressive de Bytel qui sous-performe le marché (...)* » (cotes 929 et 1200).
90. De même, le compte-rendu du comité exécutif de France Télécom du 21 octobre 2002 précise : « *Il manque 800 000 clients par rapport au budget (900 000 fin d'année). L'Ebitda est en avance. La tarification à la seconde fait peser un risque de 100 M€ en 2002 et 400 M€ en année pleine (hypothèse d'abandon pur et simple de la sur-taxation des appels vers SFR et Bytel). OF étudie divers scénarios marketing afin d'éviter ou de réduire fortement cette perte (...). Bytel lance l'I-mode le 15/11/02 avec des terminaux à 100 € fortement subventionnés. Cela devrait l'aider à redresser la barre (...)* » (cote 1095). L'I-mode s'est effectivement révélé une réussite pour Bouygues Télécom, avec une base de 500 000 clients fin 2003 (cotes 1749, 466, 478, 491 et 492).

d) L'évolution des rémunérations des distributeurs, des subventions versées par les opérateurs et du prix des consommations

Les coûts d'acquisition

91. Sur la période de 2000 à 2002, les coûts d'acquisition totaux moyens, pour les opérateurs, de nouveaux clients ont diminué par rapport au nombre de connexions nouvelles. La baisse annuelle moyenne a été plus accentuée chez SFR (-10,1 %) que chez Orange France (-6,4 %) ou Bouygues Télécom (-2 %). En 2002, le coût moyen d'acquisition des clients d' Orange France s'est élevé à 155,8€, contre 189,5 € pour SFR et 180 € pour Bouygues Télécom.

Evolution des coûts d'acquisition

	1999	2000	2001	2002
Orange France	89,6 %	3,6 %	-9,0%	-21,8 %
SFR	-15,5 %	-71,3%	-11,5%	-12,2%
Bouygues Télécom	80,5 %	80,5 %	-6,8 %	-9,3 %

92. Les commissions pour la vente des coffrets forfaits (2H) ou prépayés ont baissé. Elles sont ainsi passées pour le distributeur spécialisé The Phone House entre 1999 et 2003, respectivement et successivement, de 91 à 50€ et de 76 à 25€ pour Orange France, de 68 à 40€ et de 30 à 26€ pour SFR et enfin de 78 à 45€ et de 30 à 24€ pour Bouygues Télécom (cotes 1062 à 1075). Pour le distributeur multispécialiste Darty, ces commissions ont également baissé entre 1999 et 2003, pour la vente des coffrets forfaits (2H) ou prépayés, respectivement et successivement, de 190 à 100€ et de 80 à 47€ pour Orange France, de 121 à 99€ et de 65 à 43€ pour SFR et, enfin de 142 à 90€ et de 80 à 32€ pour Bouygues Télécom (cote 1077). L'éventail des commissions s'est également resserré.

Les prix des coffrets (« packs »)

93. La comparaison dans le temps et entre opérateurs du prix des coffrets est rendue difficile par l'existence de multiples options et accessoires et par l'évolution dans le temps des formules. Les principales évolutions relevées au cours des années 2001, 2002 et 2003 sont données dans les tableaux ci-dessous.
94. En 2001, on remarque, parmi les mouvements de prix, que le PVMC (prix de vente moyen conseillé) Orange France du kit Mobicarte Nokia 3210 est abaissé de 690 à 590 F TTC à partir du 9 mars 2001, prix reconduit le 7 avril puis le 3 mai et abaissé à 499 F TTC le 21 juin jusqu'à la fin de l'année. SFR vend le kit Nokia à 499 F TTC à partir du 29 janvier 2001, prix remonté à 599 F TTC le 3 avril 2001, puis ramené à 499 F TTC le 2 juillet jusqu'à la fin de l'année.
95. Au 1^{er} juillet 2002, les PVMC des coffrets Mobicarte d'entrée de gamme sont passés de 79€ à 109€. Cette mesure a été toutefois minimisée par une offre de remboursement de 40 ou 20€ entre les 1^{er} et 31 juillet 2002 puis entre le 22 août et le 31 octobre 2002. Les « rémunérations d'ajustement » ou subventions ont été diminuées sauf pour 5 appareils sur 17, proposés sans subvention. A titre d'exemple, la subvention portant sur le kit Sagem MW 3026E d'un montant de 21,86€ le 24 avril 2002, a été réduite à 5,14€ le 17 octobre 2002.

96. SFR a réduit, le 14 juillet 2002, le niveau de ses subventions sur les coffrets et augmenté les PVMC de 17 coffrets pré-payés contre 26 demeurés inchangés. Bouygues Télécom a augmenté ses tarifs le 31 juillet 2002.
97. En revanche, Orange France a de nouveau baissé ses prix pour les fêtes de fin d'année, avec sept appareils à 99€, ou encore le Nokia 3310 à 105€, soit 10 ou 4€ de moins que le plancher évoqué de 109 €, la subvention ayant été remontée à 30,22 €.
98. Après le 1^{er} avril 2003, Orange France a présenté de nombreux appareils à des PVMC entre 9 et 99€ (cotes 1398 à 1403, 1406, 1408 à 1427, 1299 à 1363). Les PVMC des coffrets pré-payés SFR ont subi des hausses et des baisses pendant l'année 2003 mais aucun PVMC n'a été supérieur en décembre 2003 à celui de janvier 2002 comme cela s'était passé au cours de l'année 2002 (cotes 1484 à 1488).

Les tarifs des communications

99. La constatation de l'évolution des prix des services de téléphonie mobile est difficile, comme le souligne un article de M. F. M., administrateur de l'INSEE paru dans *Economie et statistique* n°362 de 2003 (cote 1792 à 1820). Coexistaient en effet sur le marché, sur la période des faits, près d'une vingtaine de cartes et une trentaine de forfaits « grand public » différents. De plus, au sein d'une même offre, les tarifs peuvent être différenciés selon le moment de l'appel, le réseau appelé, selon que l'on soit dans le forfait ou hors forfait.
100. Cet article présente l'indice « *sans frictions* » (reposant sur l'hypothèse d'un consommateur clairvoyant qui choisirait les produits les moins chers au fur et à mesure des progrès techniques et qui se séparerait des anciennes formules, forfaits ou cartes prépayées) qui a été introduit dans l'indice des prix Insee en janvier 2003 et qui « *met en évidence la fin de la baisse des prix des services de téléphonie mobile à partir du dernier trimestre de l'année 1999 après les fortes diminutions caractéristiques des nouveaux produits (...)* » (cote 1792). L'étude conclut que « *plusieurs évènements ont rythmé l'évolution des prix. Les fortes baisses de 1999 sont dues à l'enrichissement de l'offre plutôt qu'à la baisse des tarifs existants. Les opérateurs ont notamment proposé une nouvelle option : des prix moins élevés vers un ou plusieurs numéros « préférés » (...). Le niveau des prix remonte en 2001 sous l'effet de divers ajustements tarifaires, notamment un recadrage à la hausse de la tarification vers les « numéros préférés ». Enfin, l'automne 2002 est marqué par le passage pour certains produits à une tarification à la seconde. L'effet sur l'indice peut apparaître limité. Il faut toutefois rappeler que ce changement tarifaire a été le plus souvent proposé comme une option payante. En outre, elle ne vaut pas en général pour les communications en dépassement des forfaits alors que ces communications représentent une part significative des appels. La stabilisation des prix des services de téléphonie mobile à partir de 2000 est confirmée par celle des prix moyens des minutes de communication (...)* » (cote 1811).
101. La même étude indique que « *la stabilisation des prix des services de téléphonie mobile à partir de 2000 est confirmée par celle des prix moyens des minutes de communication. Ces prix moyens étaient en effet calculés à partir des données de l'ART par les comptes nationaux jusqu'en 2002 faute d'un suivi des prix des services de téléphonie mobile dans l'indice des prix à la consommation. Après une chute de - 20 % pour les prix moyens « ART –Comptes nationaux » et de - 7 % pour l'indice de prix « à usage constant » en moyenne annuelle entre 1999 et 2000, les prix se sont effectivement stabilisés selon les deux indicateurs : + 2 % et + 1,4 % respectivement entre 2000 et 2001 puis + 0,9 % dans les deux cas entre 2001 et 2002 ».*

Sur les forfaits

102. S'agissant des forfaits, l'analyse des offres et de l'évolution des tarifs des trois opérateurs montre que, si les consommateurs ont disposé d'une vaste palette de services, les trois opérateurs ont sensiblement offert les mêmes prestations, révélant une certaine homogénéité des offres et des tarifs, toutes choses égales par ailleurs (notamment les durées ou les services en sus).
103. Sur la période de 2000 à 2003, une hausse moyenne de 5,6 % pour un échantillon de 25 forfaits (hormis les prestations en sus) est constatée, soit parce que de nouvelles formules se sont substituées aux anciennes qui ne sont alors plus commercialisées (tableau n°20 du rapport d'enquête), soit du fait de hausses tarifaires de services forfaits sans changement de formules.
104. Le 15 janvier 2001, Bouygues Télécom a revu à la hausse sa gamme de forfaits. Les tarifs des forfaits ont ainsi augmenté d'une dizaine de FF en moyenne et les tarifs des communications hors forfait ont également été revus à la hausse (cotes 55, 1731 à 1733). Le forfait 2 H passe de 175 FF/mois à 185 FF/mois ; le forfait 4H de 240 FF/mois à 250 FF/mois ; le forfait Fidélité 24 mois, de 155 FF/mois à 165 FF/mois pour 2 heures et de 220 FF/mois à 230 FF/mois pour 4 heures. Des hausses de la même ampleur touchent les forfaits destinés aux professionnels. Les hausses s'étendent aux services tels que la présentation du numéro ou le double appel (de 12 F à 15 F par mois) et le prix de la minute à l'international augmente de 1 F.
105. De même, début 2001, SFR a lancé de nouveaux forfaits plus chers que les anciens mais comprenant 10 Textos. Par exemple, le forfait 1H+1H passe de 165 F/mois à 170 F/mois mais comprend 10 Textos. Le forfait 2H+2H + 10 Textos est facturé 229 F au lieu de 215 F. SFR a également augmenté ses prix vers l'étranger. En mars 2002, SFR a augmenté de 3,05 € son forfait SWEG (soirs et week-end gratuits et illimités) : le prix est passé de 38,11 € à 41,16 € (cette augmentation ne visait que les anciens abonnements, ce forfait n'étant plus commercialisé après son grand succès des mois de décembre 1999 et janvier 2000, pour le passage à l'an 2000) (cote 737, annexe 46 du rapport d'enquête administrative). SFR a également augmenté le tarif du forfait CBR (Compte bloqué rechargeable UMM) 51' de 2 € au début de 2003, le faisant passer de 15 à 17 € (cote 1189).
106. Dans l'analyse de marché qu'elle a rendu publique en décembre 2004, l'ARCEP compare les tarifs des différents forfaits post-payés proposés par les opérateurs au 1^{er} décembre 2001, au 1^{er} décembre 2002 et au 1^{er} décembre 2003. Elle constate que sur cette période les opérateurs de téléphonie mobile ont pratiqué des évolutions similaires, quant au changement de pas de facturation, quant à l'uniformisation du prix des minutes hors forfait quel que soit le forfait (à 0,30€/min avec première minute indivisible pour Orange et SFR à la différence de Bouygues) et quant à l'introduction d'un prix préférentiel pour un engagement de 24 mois contre un engagement traditionnel de 12 mois. Elle estime cependant qu'ont existé certains critères de différenciation, comme par exemple l'inclusion des SMS dans les forfaits. L'Autorité considère aussi que les offres disponibles sur le marché n'ont pas favorisé particulièrement les faibles consommations (via des offres au compteur attractives par exemple) : ainsi pour un consommateur souhaitant disposer d'une offre post-payée sans consommer cependant beaucoup, l'offre d'entrée de gamme d'Orange (appelé compte mobile Ola ou abonnement compte mobile) est passée de 7,5 € par mois fin 2001 à 15 €. De même, l'offre ABC de SFR à 7,62 € par mois sans communications incluses a été remplacée par un forfait de 50 minutes à 17 €/mois. Enfin

Bouygues Télécom ne propose plus son mini-compte mensuel comprenant 10 minutes mais un forfait de 45 minutes à 15 €.

Sur les prépayés

107. S'agissant des services pré-payés, les tarifs des trois opérateurs ont baissé en moyenne de 10,9 % pour un échantillon de dix cartes prépayées sur la période de 2000 (ou de leur année de lancement) à 2003 (cotes 746 à 819, 936 à 966, 1011, 1110 à 111, tableau n°21 du rapport d'enquête). Bouygues Télécom a offert un service de carte prépayée consommable à la seconde dès la 1^{ère} seconde, se démarquant ainsi fortement des deux autres opérateurs qui ont maintenu la 1^{ère} minute indivisible (cote 406).
108. L'ARCEP compare également, dans son analyse du marché de décembre 2004, les différentes offres prépayées du 1^{er} décembre 2001 au 1^{er} décembre 2003. Elle constate que les durées de validité en émission et en réception des cartes ont été maintenues voire réduites dans un certain nombre de cas. Ainsi, Orange a choisi en règle générale de maintenir ces durées, à l'exception de la carte à 10 € dont la validité d'émission de 2 mois en 2001 passe à 15 jours. SFR a principalement réduit la durée en réception, qui est notamment passé de 12 mois pour les cartes de faible consommation à des durées comprises entre 1 et 6 mois, durées plus proches d'Orange. Elle relève aussi que les opérateurs mobiles offrent une gamme de recharge de 10 € à 75 €, ce qui est relativement large. L'offre a assez peu évolué pour SFR en termes d'étendue de gamme alors qu'Orange a étendu sa gamme vers les recharges de montant important : de 35 € à 60 €, et Bouygues Télécom encore davantage : de 45 € à 75 €. Par ailleurs, la période est marquée par l'apparition de nouvelles offres telles que le forfait spécial SMS (pour SFR à 5 € à consommer en une semaine), des formules « flash » pour Bouygues Télécom en mai 2003 qui offrent un temps supplémentaire si la recharge est consommée plus rapidement et des durées supplémentaires « offertes » pour les recharges importantes pour Orange et Bouygues Télécom.

Sur la différenciation entre petits consommateurs et gros consommateurs

109. L'article de F. M. précité décrit comme suit l'évolution de l'indice de prix en fonction des profils de consommation: « *Déjà, l'évolution des prix des services de téléphonie mobile mesurée par l'ART sur l'année 1998 (ART, 1999) indiquait une baisse tendancielle des prix plus marquée pour les plus « gros » consommateurs. Ce constat vaut encore en 1999. Ensuite, les prix se stabilisent puis, en 2001, les évolutions sont beaucoup plus favorables aux utilisateurs « extrêmes » (petits et gros). Toutefois, si les opérateurs semblent favoriser l'hétérogénéité des modes de consommation, ils paraissent aussi vouloir atténuer la différence entre les types d'engagement. En effet, les évolutions de prix sont plus fortes pour les cartes (respectivement les forfaits) s'agissant des petits (respectivement des gros) consommateurs, qui utilisent davantage des cartes (respectivement des forfaits) que des forfaits (respectivement des cartes). Ces évolutions différenciées des prix entre cartes et forfaits aussi bien chez les « petits » consommateurs, qui utilisent plutôt des cartes, que chez les gros, plutôt abonnés à des forfaits, tendent à infléchir en fin de période l'accroissement de la part des cartes, inflexion que l'on observe effectivement sur le graphique I à partir du milieu de l'année 2001. Il faut probablement y voir la volonté des opérateurs de freiner le recul de la part des forfaits dans le public ».*
110. Les graphiques qui accompagnent l'article montrent en effet que le prix des cartes prépayées pour les petits consommateurs a fortement augmenté. La réduction de la durée de validité des cartes décrite ci-dessus est l'un des facteurs de cette hausse.

111. Dans son analyse de marché de décembre 2004, l'ARCEP considère que les offres post-payées disponibles sur le marché n'ont pas non plus favorisé particulièrement les faibles consommations (via des offres au compteur attractives par exemple) : ainsi pour un consommateur souhaitant disposer d'une offre post-payée sans consommer cependant beaucoup, l'offre d'entrée de gamme d'Orange (appelé compte mobile Ola ou abonnement compte mobile) est passée de 7,5 € par mois fin 2001 à 15 €. De même, l'offre ABC de SFR à 7,62 € par mois sans communications incluses a été remplacée par un forfait de 50 minutes à 17 €/mois. Enfin Bouygues Télécom ne propose plus son mini-compte mensuel comprenant 10 minutes mais un forfait de 45 minutes à 15 €.

Sur l'évolution des paliers tarifaires

112. Les paliers tarifaires avaient dans un premier temps évolué vers des paliers de 15 secondes après une première minute indivisible : Orange France dès janvier 1998, puis Bouygues Télécom en février 1999 pour ses forfaits autres que le forfait Premier (palier de 30 secondes sans première minute indivisible) et enfin SFR en novembre 1999 pour les nouveaux abonnés, puis le 15 mai 2000 pour son parc clients.
113. Le 15 janvier 2001, Bouygues Télécom et SFR ont fait passer les paliers de 15 secondes à 30 secondes après la première minute indivisible, rejointes par Orange France le 26 mars 2001. La pression des organisations de consommateurs a conduit les opérateurs à passer à la tarification à la seconde dès la première seconde. Le 18 juillet 2002, l'AFP a en effet rendu compte de la décision de SFR d'étendre à tous ses nouveaux clients, notamment les utilisateurs de cartes prépayées, l'obligation faite par le tribunal de grande instance de Nanterre de revenir au pas de facturation à la seconde après la première minute indivisible d'avant novembre 1999. La facturation à la seconde dès la première seconde présente un coût supérieur aux 3€ TTC par forfait (400 M€ ou 412 M€ par année pleine pour Orange France (cotes 1095 et 364), 400 M€ pour SFR (cote 397). Ce mode de facturation a été opéré d'abord par Bouygues Télécom le 6 septembre 2002 (au choix de l'abonné pour trois de ses produits), puis par Orange France le 15 septembre 2002 et par SFR sur le seul forfait ABC (sans surcoût de 3€), mesure étendue dès janvier 2003 à tous les forfaits SFR, de manière optionnelle pour 3€ de plus.
114. Pour les cartes pré-payées, SFR est passé à une facturation par paliers de 30 secondes après une première minute indivisible, lors du lancement de sa nouvelle offre SFR La Carte à partir du 4 juin 2001. Bouygues Télécom a proposé la « *carte débitée à la seconde dès la 1^{ère} seconde* » depuis septembre 2002 et a étendu cette tarification à toutes ses cartes prépayées en janvier 2003, alors qu'Orange France et SFR ont appliqué la tarification à la seconde après la première minute indivisible. L'alignement sur le surprix mensuel de 3€ pour les forfaits décomptés à la seconde s'est avéré onéreux, alors que les opérateurs ont profité de l'augmentation parallèle des pas de facturation sur la période de 1998 à 2003.

Sur les données en volume et en valeur

115. Les taux de trafic prépayé en valeur et en volume sont sensiblement équivalents pour les trois opérateurs, tous ayant tendance à facturer les minutes prépayées environ 50 % plus cher que les minutes post-payées et à limiter la part du prépayé en valeur à environ 10 % du total. En 2002, la répartition, en valeur et en volume, entre forfaits et prépayés était comparable pour les trois opérateurs mobiles. Les taux de trafic prépayé en valeur et en volume étaient respectivement de 15,4 % et 10,2 % pour Orange France, 17,2 % et 10,8 % pour SFR et 16,2 % et 9,7 % pour Bouygues Télécom.

116. Le chiffre d'affaires moyen par minutes des offres post-payées baisse sur toute la période 1998-2003, plus fortement en début de période, de façon parallèle pour les trois opérateurs. Pour les offres prépayées, le revenu moyen d'Orange se stabilise sur la période, tandis que celui de Bouygues Télécom continue à baisser légèrement. SFR enregistre une progression atypique, avec une forte baisse jusqu'en 2000 suivie d'une remontée brutale.

Evolution du chiffre d'affaires moyen par minute de communication (en euros)

	1998	1999	2000	2001	2002
Prépayé					
ORANGE		0,363	0,349	0,359	0,36
SFR	0,371	0,28	0,214	0,282	0,348
BOUYGUES	0,336	0,338	0,313	0,302	0,293
Post-payé					
ORANGE	0,365	0,275	0,255	0,246	0,225
SFR	0,328	0,259	0,199	0,205	0,203
BOUYGUES	0,225	0,191	0,171	0,157	0,163

e) L'évolution des ventes, des parts de marché et des résultats.

Les ventes brutes

117. Après la croissance explosive de la fin des années 90, en phase de développement du marché, on constate un fort ralentissement de la progression du nombre de ventes brutes à partir de 2000, une forte baisse en 2002 qui se poursuit en 2003 pour Orange France, les ventes des deux autres opérateurs se stabilisant.

Ventes brutes réalisées par les trois opérateurs

	1998	1999	2000	2001	2002	2003
ORANGE	3 399 551	5 973 209	6 647 540	6 735 871	5 417 683	4 563 434
SFR	2 761 930	4 663 327	4 539 571	4 982 975	4 306 244	4 294 832
BOUYGUES	1 091 871	2 383 751	2 829 601	2 957 961	2 398 678	2 334 237
TOTAL	7 253 352	13 020 287	14 016 712	14 676 807	12 122 605	11 192 503

Evolution des ventes brutes par opérateur

	1999	2000	2001	2002	2003
ORANGE	75,71 %	11,29 %	1,33 %	-19,57 %	-15,77 %
SFR	68,84 %	-2,65 %	9,77 %	-13,58 %	-0,27 %
BOUYGUES	118,32 %	18,70 %	4,54 %	-18,91 %	-2,69 %
TOTAL	79,5 %	7,7 %	4,7 %	-17,4 %	-7,7 %

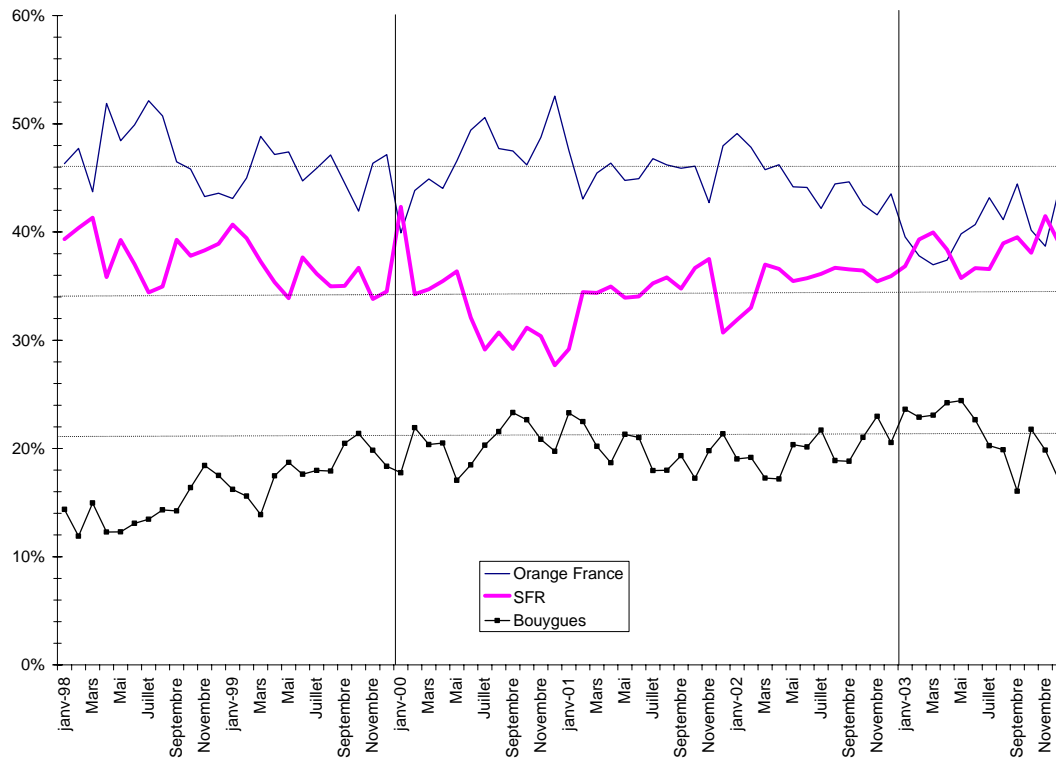
118. Sur la période, les parts des trois opérateurs dans le total des ventes brutes évoluent comme suit :

Parts des ventes brutes réalisées par les trois opérateurs

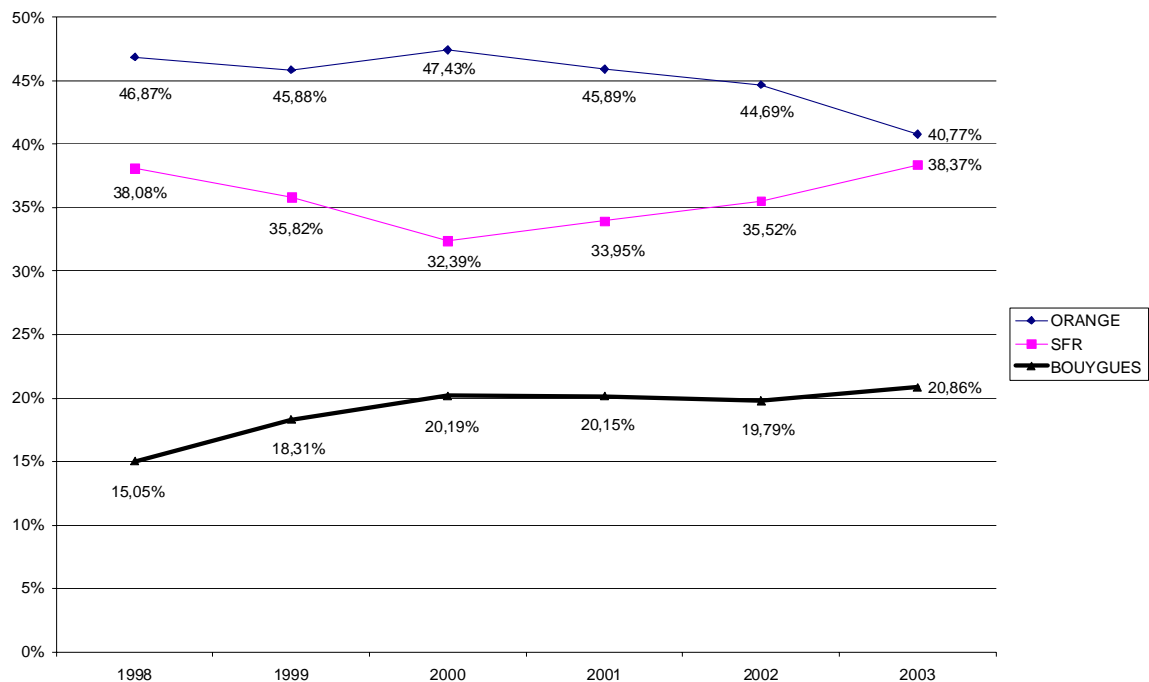
	1998	1999	2000	2001	2002	2003
ORANGE	46,87 %	45,88 %	47,43 %	45,89 %	44,69 %	40,77 %
SFR	38,08 %	35,82 %	32,39 %	33,95 %	35,52 %	38,37 %
BOUYGUES	15,05 %	18,31 %	20,19 %	20,15 %	19,79 %	20,86 %
TOTAL	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %	100 %

119. Cette évolution est retracée sur les graphiques suivants :

Parts de marché mensuelles en ventes brutes



Parts de marché annuelles en ventes brutes



Les ventes nettes

120. L'évolution des ventes nettes sur la période est marquée par un ralentissement plus précoce que les ventes brutes et par de fortes variations en 2002 qui s'expliquent essentiellement par l'apurement effectué par Bouygues Télécom sur environ un tiers de son parc prépayé « *inactif* ».

Ventes nettes réalisées par les trois opérateurs

	1998	1999	2000	2001	2002	2003
ORANGE	2 449 987	4 398 567	4 091 651	3 279 053	1 310 400	987 095
SFR	2 029 854	3 060 314	2 697 679	2 313 912	939 248	1 107 402
BOUYGUES	901 305	1 826 699	1 957 104	1 277 018	-828 985	876 377
TOTAL	5 381 146	9 285 580	8 746 434	6 869 983	1 420 663	2 970 874

Evolution des ventes nettes par opérateur

	1999	2000	2001	2002	2003
ORANGE	79,53 %	-6,98 %	-19,86 %	-60,04 %	-24,67 %
SFR	50,77 %	-11,85 %	-14,23 %	-59,41 %	17,90 %
BOUYGUES	102,67 %	7,14 %	-34,75 %	-164,92 %	ns

121. Sur la période, les parts des trois opérateurs dans le total des ventes nettes évoluent comme suit :

Parts des ventes nettes réalisées par les trois opérateurs

	1998	1999	2000	2001	2002	2003
ORANGE	45,53 %	47,37 %	46,78 %	47,73 %	ns	33,23 %
SFR	37,72 %	32,96 %	30,84 %	33,68 %	ns	37,28 %
BOUYGUES	16,75 %	19,67 %	22,38 %	18,59 %	ns	29,50 %
TOTAL	100,00 %	100,00 %	100,00 %	100,00 %	ns	100,00 %

Les parts de marché calculées par rapport au parc total des abonnés

122. Les parts des opérateurs dans le total des abonnés se stabilisent à partir de 2000, la variation autour de la moyenne de 2000 à 2002 étant de 1,3 point pour Orange France, de 0,3 point pour SFR et de 1,5 point pour Bouygues Télécom.

Evolution des parts de marché parc (en pourcentage)

	mars-97	sept-97	mars-98	sept-98	mars-99	sept-99	mars-00	sept-00	mars-01	sept-01	mars-02	sept-02	mars-03	sept-03	mars-04
Orange	57,6	56,1	51,9	51,0	49,6	49,2	48,2	48,0	48,2	48,0	49,0	49,8	49,4	48,9	48,6
SFR	37,8	37,0	38,3	37,9	37,4	36,2%	35,6	35,0	33,9	34,0	34,2	34,8	35,3	35,4	35,4
Bouygues	4,6	6,8	9,8	11,1	13,0	14,6	16,1	17,0	17,9	18,1	16,8	15,4	15,3	15,8	16,1
TOTAL	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100

La rentabilité

123. Sur la période de 1998 à 2002, les trois opérateurs ont amélioré de manière continue leur rentabilité économique et la profitabilité de leurs capitaux.
124. Pour Orange France, l'excédent brut d'exploitation a été en constante augmentation et a représenté, en 2002, 46,16 % de son chiffre d'affaires. Elle a réalisé la même année un bénéfice de plus de 2 Mds€, soit 27,44 % de son chiffre d'affaires. De 2000 à 2002, le résultat d'exploitation a presque doublé, de 1 Md € à près de 2 Mds€, alors que le chiffre d'affaires ne progressait que de 10,8 %, passant de 5,15 Mds€ à 7,3 Mds. La rentabilité des capitaux engagés s'est élevée à près de 50 %, en prenant en compte le coût de la licence de troisième génération (619,2 M€), ou 58,8 % sans cette prise en compte. Un peu plus de deux ans ont été nécessaires pour compenser les capitaux engagés, alors que France Télécom a dégagé en 2002 un résultat d'exploitation de 3,097 Mds€, soit 15 % du chiffre d'affaires de 20,523 Mds€ et la profitabilité des capitaux engagés d'un montant de 79 988 Mds€ s'est élevée à 3,8 % (cotes 847 et 856). La société de bourse Oddo Pinatton Equities a annoncé, en décembre 2002, une rentabilité pour Orange France vraisemblablement supérieure aux attentes : *« la marge d'Ebitda France pourrait atteindre 40 % du CA services en 2002 (vs notre estimation initiale de 37,7 %) avec 1 à 2 ans d'avance par rapport à l'objectif initial de la société (...) »* (cote 682).
125. SFR a présenté également des résultats profitables puisque son EBE a représenté en 2002 plus de 40 % de l'activité de près de 6 Mds€, avec un bénéfice de 921 M€, soit 23,3 % de la production de services et des ventes de terminaux. Alors que son activité a augmenté de 15,3 % en moyenne sur les quatre années de 1998 à 2002, le résultat d'exploitation a crû en moyenne annuelle de 52,5 %. Les capitaux engagés ont permis de dégager en 2002 une rentabilité de 53,7 % (68,8 % sans la licence UMTS), supérieure à celle dégagée par Orange France (49,7 %), permettant un retour sur les actifs investis d'un peu moins de deux ans.
126. Bouygues Télécom a commencé en 2002 à devenir bénéficiaire avec un résultat de 184 M€, soit 6,3 % de son activité de 2,9 Mds€. Sa rentabilité d'exploitation s'est redressée, à 311 M€, soit 10,7 % de l'activité, alors que les exercices précédents ont été très fortement déficitaires (66 % de l'activité en 1998, plus de 37 % en 1999 et 2000). La rentabilité des capitaux s'est élevée, en 2002, à 9,3 %, ce qui représente plus de dix années avant de retrouver les capitaux engagés, nonobstant les pertes accumulées d'un montant de plus 1,6 Md € sur les seules quatre années de 1998 à 2001 (cf. analyse stratégique interne en date du 29 novembre 2001) (cotes 455 à 515). Bouygues Télécom est restée financièrement vulnérable en 2002.

C. LES GRIEFS NOTIFIÉS

127. Sur la base des constatations qui précèdent, il a été notifié en premier lieu aux sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom, le grief d'avoir échangé mensuellement depuis 1997 leurs données relatives au marché de la téléphonie mobile de détail en métropole portant sur les connexions brutes et nettes, les résiliations et les parcs clients, ainsi que leur évolution. Cette pratique concertée sur une longue période a visé à diminuer significativement l'incertitude sur les évolutions en volume du nombre des abonnés de chacun des trois opérateurs et, par conséquent, la marge d'autonomie pour les prises de décisions économiques ou commerciales. Les données échangées ont servi à de nombreuses reprises lors des comités de direction ou des conseils d'administration, pour

surveiller notamment la « *pacification du marché* » intervenue depuis 2000. Ces pratiques, qui ont pour objet et pour effet de se répartir le marché de la téléphonie mobile de détail et de limiter le libre exercice de la concurrence par des entreprises concurrentes, sont prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce.

128. Par ailleurs, ces pratiques d'échanges de données mensuelles portant sur les connexions brutes et nettes, les résiliations, les parcs clients et leur évolution, sur le territoire national en métropole, partie substantielle du marché commun, ont limité l'accès au marché de la téléphonie mobile de détail ou le libre exercice de la concurrence d'entreprises européennes, ce qui est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres. En conséquence, le grief tiré des échanges d'information a été également été notifié sur le fondement de l'article 81 du Traité CE aux trois opérateurs.
129. Il a été notifié, en second lieu, aux sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom, le grief d'avoir gelé leurs parts de marché en ce qui concerne les connexions nouvelles, brutes et nettes sur la période de 2000 à 2002. Ces pratiques découlant d'un « pacte » portant sur les années 2000 et 2001 et n'ayant pas été remis en cause en 2002, qui ont pour objet et pour effet de se répartir le marché de la téléphonie mobile de détail et d'y limiter le libre exercice de la concurrence, sont prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce.
130. Par ailleurs, ces pratiques de gel de parts de marché pour ce qui concerne les connexions nouvelles, brutes et nettes sur la période de 2000 à 2002 qui ont eu lieu sur le territoire national en métropole, partie substantielle du marché commun, ont limité l'accès au marché de la téléphonie mobile de détail ou le libre exercice de la concurrence d'entreprises européennes, ce qui est susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres. Le grief tiré du gel des parts du marché a donc également été notifié aux trois opérateurs sur le fondement de l'article 81 du Traité CE.

II. Discussion

A. SUR LA PROCEDURE

En ce qui concerne la protection du secret des affaires

131. La société SFR fait valoir que la décision du rapporteur général de joindre, le 14 juin 2002, les saisines des 28 août 2001 (saisine d'office du Conseil) et 22 février 2002 (saisine de l'association UFC - Que Choisir), alors que les demandes de secret des affaires de SFR ont été rejetées par une décision du président du Conseil n° 04-DSA-35 du 13 septembre 2004, aurait gravement porté atteinte au principe du droit au secret des affaires, en permettant à l'association UFC-Que Choisir d'avoir « *accès à l'ensemble des pièces d'un dossier qui n'ont aucun rapport* » avec les pratiques que cette dernière avait dénoncées.
132. L'article 31 du décret 2002-689 du 30 avril 2002 prévoit que le rapporteur général peut procéder à la jonction de l'instruction de plusieurs affaires. S'agissant des demandes de secret des affaires, l'article L. 463-4 du code de commerce, dans sa rédaction applicable à la présente affaire, dispose que les pièces mettant en jeu un tel secret sont, sur décision du président du Conseil, retirées du dossier, « *sauf dans les cas où la communication ou la*

consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties ». C'est sur ce dernier fondement, parce que les pièces saisies dans les locaux de la société SFR, ainsi que celles remises ou envoyées aux enquêteurs, pour lesquelles la société SFR invoquait le secret des affaires, ont été considérées comme nécessaires à la procédure que, par une décision du 13 septembre 2004, le président du Conseil a refusé de faire droit à la demande de la société SFR. Ces deux procédures, mises en œuvre par deux autorités distinctes au sein du Conseil, sont indépendantes l'une de l'autre : la première organise l'instruction de manière à ce qu'elle puisse porter, comme l'enquête demandée, sur l'ensemble des faits et des pratiques affectant le fonctionnement du marché visé par les deux saisines ; la seconde statue sur le droit à la protection de la confidentialité, mis en balance avec les nécessités de la procédure. Le moyen n'est donc pas opérant en droit. Il est, en outre, mal fondé : les éléments du dossier dont la société SFR fait état ont été recueillis, soit dans le cadre d'opérations de visites et saisies réalisées le 30 juillet 2003, soit dans le cadre d'investigations ultérieures, c'est-à-dire à une date postérieure à la jonction des deux saisines décidée par les services d'instruction : il n'est donc pas exact que l'association UFC-Que Choisir aurait eu accès à des pièces qui n'ont aucun rapport avec le dossier ouvert par sa saisine.

En ce qui concerne le champ de la saisine

133. La société SFR soutient encore que les griefs notifiés n'auraient aucun rapport avec l'objet des saisines du 28 août 2001 et du 22 février 2002, la première ne concernant que « *l'itinérance* » et la seconde ne visant qu'une pratique concertée de tarification par paliers de 30 secondes. Or, l'échange d'information, objet du premier grief, ne se rapporterait qu'à des données relatives au volume des ventes, et non à la politique tarifaire des opérateurs et le gel des parts de marché, objet du second grief, ne pourrait se rattacher à la pratique tarifaire dénoncée dans la saisine d'UFC-Que Choisir.
134. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 22 février 2005 (société JC Decaux), a confirmé sa jurisprudence constante en ce qui concerne les limites de la saisine du Conseil : « *le Conseil, qui est saisi in rem de l'ensemble des faits et des pratiques affectant le fonctionnement d'un marché et n'est pas lié par les demandes et qualifications de la partie saisissante, peut, sans avoir à se saisir d'office, retenir les pratiques révélées par les investigations auxquelles il a procédé à la suite de sa saisine qui, quoique non visées expressément dans celle-ci, ont le même objet ou le même effet que celles qui lui ont été dénoncées.* ». En l'espèce, la saisine d'office du 28 août 2001, si elle vise spécifiquement l'itinérance, porte sur le marché de la téléphonie mobile, sur lequel opéraient à cette date les trois opérateurs auxquels des griefs ont été notifiés. La saisine d'UFC-Que Choisir, en date du 22 février 2002, dénonce quant à elle le caractère anticoncurrentiel de la fixation par ces trois opérateurs, à quelques semaines d'intervalle, de paliers de facturation identiques, qui s'expliquerait, selon elle, par une concertation ayant pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile. Comme il a été exposé ci-dessus aux paragraphes 127 à 130, il a été notifié à ces opérateurs le grief d'avoir, par des pratiques concertées d'échanges d'information, limité le libre exercice de la concurrence sur le marché de la téléphonie fixe, d'une part, et de s'être entendues afin de geler leurs parts sur ce même marché, d'autre part, pratiques ayant donc le même objet et le même effet que celles dénoncées dans les saisines.

En ce qui concerne la précision des griefs notifiés et le respect des droits de la défense

135. La société Orange France observe que la « pratique concertée » de gel de parts de marché, objet du second grief, a été citée, au stade du rapport, comme un « accord » portant sur « l'évolution » des parts de marché. En séance, la société SFR a également soutenu qu'auraient été notifiés aux opérateurs les griefs de pratiques concertées d'échanges d'information et de gel de parts de marché mais que ne leur aurait pas été notifié le grief d'avoir mis en place un accord en vue de geler leurs parts de marché.
136. Aux termes des dispositions du premier alinéa de l'article L. 463-2 du code de commerce, la notification des griefs marque l'ouverture de la procédure contradictoire prévue à l'article L. 463-1, au cours de laquelle les droits de la défense doivent être respectés. Le deuxième alinéa de l'article L. 463-2 prévoit que la procédure contradictoire se poursuit par la transmission d'un rapport qui *"est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés"*. L'article 36 du décret du 30 avril 2002 précise que *"le rapport soumet à la décision du Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés"*.
137. Comme l'a indiqué le Conseil dans sa décision 04-D-42 du 4 août 2004, qui a précisé la procédure de non-contestation des griefs par une entreprise, un grief au sens de la procédure devant le Conseil de la concurrence est un ensemble de faits, qualifiés juridiquement et imputés à une ou plusieurs entreprises.
138. La notification de griefs doit donc informer les parties des pratiques reprochées, de leur qualification juridique au regard du droit applicable - national ou communautaire - et des personnes auxquelles sont imputées ces pratiques, afin de les mettre en mesure de contester utilement, au cours de la procédure contradictoire, soit la réalité des faits, soit leur qualification, soit leur imputation.
139. En l'espèce, la rédaction du second grief figurant en conclusion (page 40) de la notification de griefs est la suivante : *« Il est notifié en second lieu aux sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom, le grief d'avoir gelé leurs parts de marché (pdm) en ce qui concerne les connexions nouvelles, brutes et nettes sur la période de 2000 à 2002. Ces pratiques, qui ont pour objet et pour effet de se répartir le marché de la téléphonie mobile de détail et de limiter le libre exercice de la concurrence par des entreprises concurrentes sont prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce »*. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 18 février 1997, ODA et CMS, a jugé que le grief notifié doit être interprété par référence aux développements préalables du rapporteur dans l'acte de notification des griefs. Or, en page 38 de la notification de griefs, la partie relative à la qualification des pratiques est conclue par le développement suivant : *« En second lieu, les trois opérateurs de radiotéléphonie mobile, Orange France, SFR et Bouygues Télécom ont gelé leurs parts de marché en ce qui concerne les connexions nouvelles, brutes et nettes sur la période de 2000 à 2001, comme le révèle l'analyse littérale et factuelle d'un document manuscrit du directeur général de SFR du 28 mars 2001, ainsi que les notes manuscrites du président d'Orange France de juin et d'octobre 2002, notes portant sur le « Yalta des part de marché » ou sur le fait qu'il faut que Bouygues remonte à 20 % ». Ce pacte qui porte sur les années 2000 et 2001 n'a pas été remis en cause en 2002. Cette pratique concertée sur longue période a visé à geler les parts de marché acquises auprès des nouveaux clients. Il a facilité la « pacification du marché intervenue depuis 2000 ; notamment vis-à-vis des offres destinées au grand public qui représente plus de 90 % de la base installée. »*. Cette description de la pratique, qui fait clairement référence à un « pacte » -et donc à un accord- autour duquel s'est organisée la concertation, doit de plus

être rapprochée de l'ensemble de la notification de griefs. Elle est suffisamment précise pour que ne puisse être invoquée une incertitude sur les pratiques reprochées aux sociétés mises en cause, de nature à avoir entraîné une méconnaissance des droits de la défense. Quant au rapport, il n'a fait que développer l'argumentation au soutien du grief notifié, sans modifier celui-ci. Le moyen tiré de la violation des droits de la défense doit donc être écarté.

Sur la violation du secret de l'instruction

140. La société Bouygues Télécom s'étonne que des éléments du rapport d'enquête du 8 mars 2004 aient été divulgués par la presse, reproduisant des informations erronées en ce qui la concerne et présentant comme certaine sa condamnation à une sanction pécuniaire. Elle estime que cette violation du secret de l'instruction contredit la présomption d'innocence et constitue un vice de procédure qui doit en entraîner la nullité, comme l'avait jugé la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 9 décembre 2003, sociétés Total, Shell, Esso et BP.
141. Il convient de relever que, dans l'arrêt du 9 décembre 2003, la cour d'appel avait considéré que constituait un vice de nature à entraîner la nullité de la décision de violation du secret du délibéré et non la violation du secret de l'instruction. Il peut être noté que la violation du secret de l'instruction, qui est assimilée à la violation du secret professionnel, est punie aux articles L. 226-13 et L. 226-14 du code pénal d'une peine d'un an d'emprisonnement et d'une amende de 15 000 euros, et non par la nullité de la procédure. Ce n'est que dans l'hypothèse où les droits de la défense seraient irrémédiablement atteints par une telle violation que la procédure en serait affectée : mais ce n'est pas démontré en l'espèce.

B. SUR LE MARCHÉ CONCERNÉ

142. Le Conseil a considéré, dans une décision n° 04-D-22 du 21 juin 2004 que la téléphonie mobile constituait, avant 1999, un marché pertinent distinct notamment des services de téléphonie fixe. Cette analyse a été reconduite par le Conseil pour la période plus récente, dans son avis 04-A-17 du 14 octobre 2004, dans lequel il a constaté la faible substituabilité des services de détail de téléphonie vocale en dépit des évolutions très marquées relevées dans ce secteur depuis 2000.
143. En effet, selon les chiffres de l'observatoire des marchés de l'ART, il faut admettre que le volume des communications de téléphonie fixe a baissé sur les cinq dernières années. Cette tendance s'est accompagnée d'une augmentation continue du volume de téléphonie mobile ainsi qu'il ressort du tableau au paragraphe 9 ci-dessus. Par ailleurs, le nombre de lignes fixes a diminué de 1 % par an, soit environ de 300 000 lignes, et le nombre de lignes mobiles excède celui des lignes fixes depuis mi-2001 environ. Toutefois, le Conseil citait dans son avis précité une étude du Crédoc de novembre 2003, selon laquelle « *seulement 2 % de la population ne disposent ni d'un téléphone fixe, ni d'un téléphone mobile (...). 50 % de la population dispose à la fois d'un téléphone fixe et d'un téléphone mobile, 36 % ne possèdent qu'un fixe et 12 % ne détiennent qu'un mobile* ». Il en a conclu que, si les 12 % de la population ne détenant pas de ligne fixe et possédant uniquement un mobile témoignent de la progression d'une substituabilité de « premier niveau » entre téléphonie fixe et téléphonie mobile, celle-ci restait faible, compte tenu notamment de la différence substantielle des prix. De même, il a considéré que les SMS et autres moyens de communications non vocales ne constituent pas, à l'heure actuelle, de réels substituts aux

appels vocaux mêmes si certains éléments tendent à montrer que certains consommateurs, essentiellement les moins de 18 ans, remplacent par des SMS les appels très courts.

144. Il y a donc lieu de considérer que les pratiques dénoncées ont pris place sur le marché des services de téléphonie mobile, qui constitue le marché pertinent pour l'examen de ces pratiques.

C. SUR LES ÉCHANGES D'INFORMATION.

145. Il est reproché aux sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom d'avoir échangé mensuellement depuis 1997 des données en volume relatives à l'activité de chacune de ces sociétés sur le marché de détail de la téléphonie mobile : nombre de ventes brutes ou nouveaux abonnements souscrits, nombre des résiliations et nombre de ventes nettes.
146. L'association UFC - Que Choisir relève que les données échangées sont particulièrement fiables, qu'elles ont été fournies selon une périodicité plus rapprochée que celle retenue par l'ART pour ses propres besoins et que le contenu des données échangées excède celui fourni à l'ART. Elle constate également que les données échangées ont été régulièrement utilisées par les comités exécutifs ou les conseils d'administration des entreprises en cause pour adapter leur stratégie commerciale.
147. Les conditions dans lesquelles un échange d'information entre des concurrents peut avoir un effet anticoncurrentiel sur un marché ont été définies par le Tribunal de première instance des communautés européennes dans les arrêts « Fiat Agri UK Ltd » et « John Deere Ltd » du 27 octobre 1994, T-34/92 et T-35/92, confirmés par la Cour de justice dans un arrêt du 28 mai 1998, C-7/95) (point 51²) : « *Le Tribunal relève que, comme le soutient la requérante, la décision est la première par laquelle la Commission prohibe un système d'échange d'informations portant sur des produits suffisamment homogènes qui, sans concerner directement les prix de ces produits, n'est pas non plus le support d'un autre mécanisme anticoncurrentiel. A cet égard, le Tribunal estime que, en principe, comme le soutient certes, à juste titre, la requérante, la transparence entre les opérateurs économiques est, sur un marché véritablement concurrentiel, de nature à concourir à l'intensification de la concurrence entre les offreurs, dès lors que, dans une telle hypothèse, la circonstance qu'un opérateur économique tienne compte des informations sur le fonctionnement du marché, dont il dispose grâce au système d'échange d'informations, pour adapter son comportement sur le marché, n'est pas de nature, compte tenu du caractère atomisé de l'offre, à atténuer ou à supprimer, pour les autres opérateurs économiques, toute incertitude quant au caractère prévisible des comportements de ses concurrents. Le Tribunal estime, en revanche, que, comme le soutient cette fois la Commission, la généralisation, entre les principaux offreurs et, contrairement à ce que soutient la requérante, au seul profit de ceux-ci et, par suite, à l'exclusion des autres offreurs et des consommateurs, d'un échange d'informations précises et selon une périodicité rapprochée, concernant l'identification des véhicules immatriculés et le lieu de leur immatriculation, est de nature, sur un marché oligopolistique fortement concentré, tel le marché en cause, et où, par suite, la concurrence est déjà fortement atténuée et l'échange d'informations facilité, à altérer*

² Les deux arrêts « Fiat Agri » et « John Deere » traitent de la même affaire mais pour des requérants différents. Ils ont une rédaction parfois très légèrement différente. Les références données ici sont celles de l'arrêt « John Deere ».

sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques (voir, ci-après, point 81). En effet, dans une telle hypothèse, la mise en commun régulière et rapprochée des informations relatives au fonctionnement du marché a pour effet de révéler périodiquement, à l'ensemble des concurrents, les positions sur le marché et les stratégies des différents concurrents.» Il conduit ainsi « à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les opérateurs économiques » (paragraphe 88 de l'arrêt).

148. Dans son arrêt du 28 mai 1998, la Cour de justice a rappelé la différence entre une entente expresse entre concurrents pour atteindre ensemble un objectif déterminé, comme un prix ou une répartition de marché, et une pratique concertée, comme un échange d'informations confidentielles, qui ne vise pas un objectif précisément défini mais traduit un accord de volonté entre concurrents pour atténuer la concurrence sur le marché. La Cour a également, à cette occasion, rappelé sa jurisprudence en ce qui concerne l'autonomie des comportements des opérateurs économiques, selon laquelle l'autonomie dans la détermination des politiques suivies sur le marché, si elle comprend le droit des opérateurs à tenir compte des comportements des concurrents, exclut cependant toute prise de contact qui vise à modifier les conditions de concurrence du marché.

" 86 A cet égard, il convient de rappeler d'abord que, selon la jurisprudence de la Cour (arrêts du 16 décembre 1975, Suiker Unie e.a./Commission, 40/73 à 48/73, 50/73, 54/73 à 56/73, 111/73, 113/73 et 114/73, Rec. p. 1663, point 173, et du 14 juillet 1981, Züchner, 172/80, Rec. p. 2021, point 13), les critères de coordination et de coopération constitutifs d'une pratique concertée, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable «plan», doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence, selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun et les conditions qu'il entend réserver à sa clientèle.

"87. Selon cette même jurisprudence (arrêts précités Suiker Unie e.a./Commission, point 174, et Züchner, point 14), s'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact direct ou indirect entre de tels opérateurs, ayant pour objet ou pour effet d'aboutir à des conditions de concurrence qui ne correspondraient pas aux conditions normales du marché en cause, compte tenu de la nature des produits ou des prestations fournies, de l'importance et du nombre des entreprises et du volume dudit marché."

149. Cette jurisprudence doit être distinguée de celle rappelée, par exemple, par la Cour dans l'arrêt Aalborg (C-204/00 du 7 janvier 2004) selon laquelle, quelle que soit la nature des informations en cause, leur échange enfreint l'article 81, paragraphe 1, du traité lorsqu'il constitue le support d'un autre mécanisme anticoncurrentiel, telle qu'une entente sur les prix ou les parts de marché, dont il ne peut, alors, être dissocié.
150. Les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom soutiennent que l'analyse des facteurs pris en compte dans l'arrêt du Tribunal permet de conclure que, contrairement à l'espèce de l'arrêt John Deere, les échanges d'information qui leur sont reprochés n'avaient ni pour objet ni pour effet de fausser le jeu de la concurrence. Elles ajoutent que, comme la cour d'appel de Paris l'avait constaté dans un arrêt du 9 décembre 2003, s'agissant d'échanges d'information sur le marché des carburants, les données échangées étaient disponibles par d'autres moyens et les échanges d'informations n'ont donc pas conduit à accroître significativement la transparence du marché de la téléphonie mobile de détail en France. De plus, les données échangées ne seraient d'aucune utilité aux

opérateurs pour surveiller leurs politiques commerciales respectives et n'auraient donc en rien limité leur autonomie commerciale.

151. Il convient de reprendre ces arguments en détail et d'y répondre au regard des critères sur lesquels l'arrêt du Tribunal de première instance des communautés européennes du 27 octobre 1994 fonde l'analyse des effets sur la concurrence des échanges d'information. Ces critères, que vient de rappeler le Conseil dans une récente décision n° 05-D-64 du 25 novembre 2005 relative à des pratiques mises en oeuvre sur le marché des palaces parisiens, sont au nombre de trois : en premier lieu, la structure du marché et les conditions de fonctionnement de la concurrence ; en deuxième lieu, le caractère confidentiel des informations ; en troisième lieu, la nature et la périodicité des informations échangées.

1. SUR LA STRUCTURE DU MARCHÉ ET L'INTENSITÉ DE LA CONCURRENCE

Les arguments des parties

152. Dans leurs observations relatives au second grief, les entreprises mises en cause soulignent la volatilité de leurs parts de marché, à la fois à court terme et sur une longue période. Elles font valoir que la moyenne des ventes brutes d'Orange France a évolué à la baisse entre 2000 et 2002, passant de 47,4 % à 44,7 %, que celle de SFR a gagné 3,2 points (de 32,4 à 35,6 %), tandis que celle de Bouygues Télécom déclinait légèrement, de 20,2 % à 19,8 %. De même, elles observent que les parts de marché en ventes nettes, également marquées par une forte volatilité en données mensuelles, ont connu des variations de grande amplitude au cours de la période, dues notamment au nettoyage du fichier de Bouygues Télécom. La société Orange France soutient également que les parts de marché parc ont connu des variations sensibles de 1998 à 2003 mais qu'en tout état de cause, il est normal de constater une certaine inertie des parts de marché parc, commune à d'autres pays européens.
153. La société Orange France soutient que l'insuffisance de la concurrence constatée sur le marché des tracteurs anglais dans l'arrêt « John Deere » repose non seulement sur son caractère oligopolistique et concentré, mais également sur son caractère mature, la demande étant stable ou en déclin, et sur l'homogénéité des produits concernés. A l'inverse, le marché des services de téléphonie mobile de détail ne présenterait pas, comme le démontrerait une étude économique qu'elle produit, les caractéristiques nécessaires à l'apparition d'une position dominante collective. Les services de téléphonie mobile se seraient pas homogènes. En outre, le marché ne serait pas mature mais au contraire en croissance soutenue. De plus, aucun mécanisme de représailles ne pourrait y fonctionner ainsi que le Conseil l'aurait lui-même affirmé dans son avis n° 05-A-09.
154. La société Orange France relève en particulier que la Commission européenne, dans l'affaire des tracteurs anglais, fondait son analyse sur le fait que « *sur un marché où la demande est stable ou en déclin, comme c'est le cas pour les tracteurs agricoles au Royaume-Uni, l'action future des concurrents peut dans une large mesure être prévue sur la base de leurs opérations passées* », alors que le marché des services de téléphonie mobile est en forte croissance et en constant mouvement, la fluctuation des parts de marché d'un mois sur l'autre se révélant très importante. Elle conteste que la concurrence se soit « essoufflée » à partir de 2000 comme l'ART l'estimait dans son analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public de février 2005 (ci-après Analyse de l'ART de février 2005).

155. Selon Orange France, la concurrence est restée au contraire très vive après 2000, avec des innovations constantes, notamment la création de forfaits spécifiques pour les consommateurs à petit budget (lancement du Compte Mobile Ola par Orange en mai 2000 suivi de la formule ABC par SFR ; ouverture de la gamme Universal Music Mobile par SFR en septembre 2001 ; lancement d'un mini-forfait de 45 Mn pour 13 euros par mois par Bouygues Télécom en juin 2001 et d'une mini-formule Perso en janvier 2002 par SFR). La concurrence par les prix aurait également été vive, Orange citant l'exemple de la tarification à la seconde après une première minute indivisible et le lancement de nombreuses campagnes de promotions. Selon Orange France, le parallélisme de comportement observé s'agissant de l'évolution des paliers tarifaires n'est pas singulier, d'autres pays européens étant passé à ce type de facturation. La couverture du territoire et la qualité du réseau auraient également été l'enjeu d'une rivalité entre opérateurs.
156. Orange France se prévaut notamment des initiatives concurrentielles qu'elle a prises à l'occasion du lancement de la marque Orange, perçues par ses concurrents comme très agressives.
157. Orange France soutient encore que les objectifs de réduction des dépenses d'acquisition, présentés comme le signe d'un essoufflement de la concurrence, étaient rationnels et autonomes, la baisse constatée à partir de 2000 étant générale à l'ensemble des pays européens et résultant de l'évolution normale du marché. Si la réduction des coûts d'acquisition est plus spectaculaire pour les opérateurs français, c'est parce que ceux-ci avaient engagé au cours des années 90 des dépenses massives, bien supérieures à celles constatées sur les autres marchés européens, la France étant le pays où les opérateurs ont le plus subventionné les terminaux. Orange France fournit deux études économiques exposant comment la concurrence serait passée d'une rivalité pour la conquête de nouveaux clients « primo-accédants » à une lutte entre opérateurs pour essayer d'attirer les « gros consommateurs » déjà clients, les changements de terminaux étant alors une occasion pour s'abonner à un autre d'opérateur. Les forfaits ont par ailleurs été favorisés aux dépens des pré-payés et l'accent a été mis sur le développement des usages du mobile, notamment vers les services non-voix.
158. Orange France fait de plus valoir que la baisse des coûts d'acquisition n'était pas uniforme selon les opérateurs, SFR ayant maintenu des coûts d'acquisition plus élevés, mais ayant en revanche augmenté le coût des communications contrairement à Bouygues Télécom et Orange France. De ce fait, Orange France soutient que la baisse des coûts d'acquisition n'a pas été aussi importante qu'il l'aurait souhaitée du fait de l'intensité de la concurrence et cite l'exemple des coffrets Prépayés dont elle aurait souhaité remonter le prix à 690 Frs au 1^{er} septembre 2001 mais qui ont continué à être proposés entre 490 et 399 Frs. Elle cite aussi l'exemple de Bouygues Télécom qui avait fortement réduit les subventions de ses terminaux et constatait le 7 mai 2002 que sa part de marché baissait fortement. De même, la suppression de toute subvention par Orange France à compter d'octobre 2002 n'a pas été suivie par ses concurrents : « pour l'instant nos concurrents ne se sont pas alignés ». Elle rappelle encore que les opérateurs n'ont pas réussi à obtenir la fin des offres de remboursement (ODR). La société Orange souligne par ailleurs que les dépenses publicitaires sont restées très fortes, notamment à l'occasion du lancement de la marque Orange.
159. Pour Orange France, la disparition de certaines SCS (sociétés de commercialisation de services) s'expliquerait par le développement de la distribution des services prépayés et des packs, qui les rendent désormais inutiles et coûteuses, alors que les SCS seraient dorénavant principalement tournées vers les professionnels. Les trois opérateurs mobiles

seraient ouverts à des partenariats avec des opérateurs virtuels (MVNO), comme le montrerait le partenariat signé entre Orange France et Breizh Mobile le 12 juillet 2004. Enfin, la société Orange France conteste la prise en compte du degré de concentration du marché français : même si les utilisateurs britanniques disposent d'un plus grand nombre d'opérateurs, les dépenses des consommateurs français seraient comparables aux dépenses des consommateurs britanniques (35 € environ) pour une durée d'utilisation relativement proche (70 à 73 minutes par mois en 2003). Dans l'Union européenne, 18 pays sur 25 ne compteraient pas plus de trois opérateurs avant le lancement des services de téléphonie de troisième génération. La fourniture de services de téléphonie mobile ne serait devenue rentable pour Orange France qu'en 2002, après des engagements du groupe France Télécom de plus de 100 milliards d'euros. Ces engagements devraient encore représenter 5 milliards d'euros et les remboursements d'emprunts, près de 50 milliards d'euros durant les années 2003 à 2005, le plan de France Télécom appelé « 15+15+15 » devant permettre de faire face à ces engagements.

160. S'agissant de la situation concurrentielle, SFR soutient que le marché français de la téléphonie mobile serait pleinement concurrentiel en raison de l'évolution constatée des parts de marché (malgré l'apurement de la base « prépayés » de Bouygues Télécom). La demande serait extrêmement volatile, les consommateurs changeant très fréquemment d'opérateur (annuellement, un client sur trois change de formule ou d'opérateur) et les flux de départs de clients seraient peu contrôlables, ce qui expliquerait des coûts d'acquisition restés élevés.
161. Les offres seraient constamment enrichies (innovations intégrées aux mobiles, SMS, MMS, services à valeur ajoutée offerts gratuitement ou intégrés dans les forfaits), nécessitant des investissements technologiques colossaux. Les offres tarifaires seraient très compétitives si l'on prend en compte l'ensemble des services inclus dans ces offres, comme le montrerait la mesure du revenu moyen par minute et par pays (étude Merrill Lynch du 7 juillet 2004) qui place la France à l'un des niveaux les plus bas d'Europe. Aussi la rentabilité des opérateurs français serait plutôt inférieure à celle des opérateurs étrangers (étude CSBF de 2003). Les opérateurs français subiraient des pressions concurrentielles des canaux de distribution indépendants et l'apparition d'opérateurs virtuels renforcerait cette concurrence.
162. SFR ajoute que la baisse significative du nombre de nouveaux clients en 2002 et le rebond de 2003 seraient dus majoritairement à l'apurement effectué par Bouygues Télécom sur environ un tiers de son parc prépayé « *inactif* » en raison d'un lancement de formules d'abonnement dites « *mini-forfaits* » et non d'une diminution de la demande. La baisse des ventes brutes ne serait pas préjudiciable aux autres acteurs du secteur car elle serait notamment liée à la mise en place de mécanismes de fidélisation de la clientèle par le renouvellement des mobiles, profitables aux industriels et aux distributeurs. Tous les taux de croissance annuels moyens seraient faux.
163. La société Bouygues Télécom insiste sur le fait qu'elle n'est pas en mesure de mettre en place des mesures de représailles et cite à cet égard l'avis 05-A-09 sur ce sujet, notamment parce que les sociétés Orange France et SFR ont organisé la viscosité du marché (durée des contrats, absence de portabilité).

L'appréciation du Conseil.

164. Dans l'arrêt « John Deere », précité, le Tribunal de première instance explicite comme suit les critères qu'il prend en compte pour soutenir l'affirmation faite au point 51 selon laquelle la concurrence est déjà fortement atténuée sur le marché en cause (point 78) :

« S'agissant, en premier lieu, d'apprécier le caractère oligopolistique du marché de référence, les critiques des requérantes, dirigées contre l'analyse de la Commission, selon laquelle le marché est dominé par quatre entreprises qui représentent entre 75 et 80 % du marché, doivent être écartées, dès lors que le tableau(...) retraçant l'évolution des parts de marché des différents opérateurs (...) fait état d'une constance de la caractéristique principale de celui-ci, à savoir son caractère fortement oligopolistique. Il ressort, en effet, de ce document que la part de marché cumulée des quatre principaux offreurs s'établit à 82,4 % pour 1991 contre 82,3 % en 1979. Une lecture attentive de ce document révèle, de plus, contrairement à ce que soutient la requérante, une relative stabilité des positions individuelles des principaux opérateurs, si l'on excepte le cas de la requérante elle-même, dont la part de marché a doublé au cours de cette période. Toutefois, comme le souligne, à juste titre, la Commission, ce cas isolé de pénétration du marché, qui est le fait d'un constructeur américain puissant, ne suffit pas à infirmer les conclusions de la défenderesse, selon lesquelles le marché est caractérisé par une relative stabilité des positions des compétiteurs et par de fortes barrières à l'entrée. (...) Au total, le Tribunal estime que l'appréciation de la Commission qui, à juste titre, compte tenu du degré d'homogénéité suffisant des produits, a défini le marché de référence comme le marché des tracteurs agricoles au Royaume-Uni, présentant les caractéristiques de fonctionnement d'un oligopole fermé n'est entaché d'aucune erreur manifeste (...) ». Les critères qui fondent l'analyse du juge communautaire sont donc ceux d'un oligopole fermé, en raison de l'existence d'importantes barrières à l'entrée, sur lequel les positions des entreprises sont relativement stabilisées. C'est au regard de ces critères, et d'eux seuls, qu'il convient d'analyser le marché des mobiles sur lequel ont pris place les pratiques reprochées d'échanges d'informations, afin de vérifier si ces dernières ont eu un caractère anti-concurrentiel. Si les parties estiment, à la lecture de l'arrêt précité, qu'il convient également d'apprécier le marché au regard d'autres critères, moins structurels, comme l'évolution de la demande, l'intensité de la concurrence et la possibilité de représailles entre opérateurs, le Conseil considère que de tels critères, sans être nécessaires à la démonstration juridique, peuvent être utiles pour mesurer les effets sur la concurrence des échanges d'informations : il y répondra donc de manière complète.

Sur la structure du marché

165. En l'espèce, le marché de la téléphonie mobile présente sans aucun doute le caractère d'un oligopole fermé. Les opérateurs sont au nombre de trois. Les barrières à l'entrée sur le marché sont très fortes, compte tenu de la rareté des fréquences, de l'obligation d'obtenir une licence qui en découle et des coûts fixes extrêmement importants liés au déploiement d'un réseau couvrant l'ensemble du territoire. Les caractéristiques requises par la jurisprudence John Deere quant à la nature oligopolistique du marché sont, à l'évidence, remplies, a fortiori si l'on compare ce marché avec celui des tracteurs agricoles britanniques qui comptait 8 opérateurs et dans lequel les quatre principaux -et non trois- offreurs sur ce marché non réglementé, et donc à l'accès libre, ne représentaient qu'environ de 80 % de l'offre.
166. S'agissant de l'homogénéité des produits, ce critère n'est retenu par la Commission et le Tribunal qu'au stade de la délimitation du marché : le juge communautaire relève que les produits offerts par les membres de l'oligopole sont suffisamment homogènes pour être substituables, bien qu'il s'agisse de produits différenciés notamment par la marque. Il en est de même pour les services de la téléphonie mobiles, qui sont suffisamment homogènes pour être considérés par les consommateurs comme substituables entre eux, même s'ils font l'objet d'une différenciation de la part des opérateurs, qui diversifient les

combinaisons de services offerts (modèle de terminal, durée des forfaits et des cartes, etc.). En outre, l'étude économique de M. M., citée aux paragraphes 100, 101, 102 et 110, ainsi que les constatations faites aux paragraphes 103 et suivantes montrent que sous une apparente diversité des offres prévaut en réalité une certaine homogénéité de la gamme et des prix des services offerts.

167. S'agissant de la stabilité des positions des entreprises sur le marché, les données exposées ci-dessus aux paragraphes 117 à 122 montrent une relative stabilité des parts de marché des opérateurs par rapport au parc total des abonnés. Dans le même sens, l'étude économique fournie par SFR à l'appui de ses observations souligne la constance des parts de marché parc depuis 1997 pour SFR, Orange depuis 1998 et Bouygues Télécom depuis 2000. S'agissant des ventes brutes, elles sont effectivement très volatiles d'un mois à l'autre, comme le mesure la même étude. Cette volatilité n'empêche toutefois pas que soient discernables des tendances fortes. Or, l'observation de l'évolution des ventes brutes, telle qu'elle ressort des données mensuelles représentées à la page 13 de l'étude économique précitée, fait apparaître en 2000, pour Bouygues Télécom, une rupture de la tendance antérieure, caractérisée par la progression de la part de cet opérateur. De 2000 à 2002, en revanche, la part de Bouygues Télécom dans les ventes brutes est particulièrement stable. Il en est de même de la part d'Orange et SFR, qui, en dépit des variations mensuelles, montre une nette tendance à revenir vers une moyenne, tout au moins jusqu'au milieu de l'année 2002.

Sur les arguments tirés de l'évolution de la demande

168. Comme il a été dit ci-dessus, il ne ressort pas explicitement de la jurisprudence de Tribunal de première instance des communautés européennes ou de la Cour de justice des communautés européennes, rappelée ci-dessus, que la stabilité de la demande sur le marché concerné soit un critère déterminant permettant d'apprécier l'effet sur la concurrence d'échanges d'informations entre concurrents. Il est vrai qu'un fort dynamisme de la demande peut être de nature à inciter les entreprises à préférer une stratégie de concurrence frontale à la protection qu'apporterait un équilibre collusif. Mais, à supposer même que les arguments invoqués par les parties mises en cause, qui font état d'une forte demande qui serait le signe d'un marché non encore mature, puissent être pris en compte dans le débat sur les effets de pratiques, ces arguments n'emportent pas la conviction.
169. Les taux de croissance très élevés constatés sur le marché avant l'année 2000, en phase d'expansion du marché, ont effectivement été accompagnés d'une vive concurrence entre les trois opérateurs. Les ventes brutes ont ainsi augmenté très fortement d'année en année, avec un point culminant de +79,5 % en 1999, soutenues par des dépenses d'acquisition très élevées des opérateurs notamment sous la forme de subventions accordées sur l'achat des coffrets. Mais, à partir de 2000, la croissance de la demande s'est ralentie fortement : les ventes brutes ont progressé de 7,7 % en 2000 puis de 4,7 % seulement en 2001 avant de baisser de 17,4 % en 2002 et de 7,7 % en 2003 (voir paragraphe 117).
170. Ces évolutions sont bien connues dans les marchés de « biens-réseaux » comme les télécommunications : du fait des coûts de changement de réseau, il est important, pour chaque opérateur, d'attirer dès les premières phases de développement du produit une « base installée » d'une taille suffisante. Une fois ces bases constituées, les consommateurs connaissent des coûts de changement d'opérateur qui les rend peu mobiles ; cette phase correspond au moment où chaque opérateur peut exploiter son réseau en pratiquant des prix élevés, profitant de la réactivité amoindrie de ses clients aux différentiels de prix.

171. La volatilité de la demande à court terme, mise en avant par SFR, ne peut masquer ces évolutions de fond. De plus, il convient de relativiser les indications données par SFR selon lesquelles un client sur trois changerait annuellement d'opérateur ou de formule. SFR indiquait elle-même à l'ARCEP, dans sa réponse à la consultation publique sur l'Analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public de décembre 2004, que le taux de « churn », c'est-à-dire de résiliation, était en moyenne de 21 %. Cette indication est confirmée par le taux de résiliation publié par l'ARCEP dans l'observatoire des mobiles (cf. paragraphe 7 ci-dessus). Surtout, l'ARCEP rappelait dans son analyse que le taux de résiliation réel, mesurant le nombre d'abonnés qui changent réellement d'opérateur était plus pertinent pour mesurer la fluidité du marché et que ce taux pouvait être estimé à environ 10 % seulement.

Sur les arguments tirés de l'intensité de la concurrence

172. Les éléments au dossier montrent que le ralentissement de la demande constaté plus haut a coïncidé avec une baisse de l'intensité de la concurrence sur le marché des mobiles, qui a résulté d'un infléchissement de la politique commerciale des opérateurs. Cette évolution est perceptible dans les comptes-rendus internes des sociétés (cf. paragraphes 71 à 82 ci-dessus) et se traduit notamment par la décision de diminuer les coûts d'acquisition constitués par les commissions des distributeurs et les subventions des terminaux (cf. paragraphes 91 à 92 ci-dessus), ce qui a entraîné une remontée des prix des coffrets. Le compte-rendu d'une « revue d'affaires » de France Télécom mobiles du 4 avril 2000 mentionne ainsi une « politique de pacification du marché » et relève que « *la remontée des prix des terminaux a ralenti la croissance globale du marché* » (cf. paragraphe 72 ci-dessus). La concurrence sur les prix des services de communications a également baissé d'intensité à partir de 2000, notamment avec la hausse du prix des offres d'entrée de gamme des trois opérateurs, la réduction de la durée de validité des cartes pré-payées (cf. paragraphes 102 à 114 ci-dessus). L'enquête administrative relève une hausse moyenne de 5,6% pour le prix de 25 forfaits et une baisse moyenne de 10,9% sur le prix de 10 cartes prépayées, étant rappelé que les premiers génèrent 90 % des revenus des opérateurs contre 10% pour les secondes.

173. Ces éléments, recueillis dans le cadre de l'enquête administrative, sont corroborés par d'autres observations. Ainsi, dans le cadre de l'analyse du marché de gros de l'accès et du départ sur les réseaux mobiles ouverts au public à laquelle elle a procédé en février 2005, l'ART a observé l'évolution des prix et des offres tarifaires sur la période 2001-2004. Elle conclut à une absence d'animation du marché par les prix, notamment pour les faibles et moyennes consommations. De même, une étude parue dans la revue « *Economie et Statistique n° 362* » de 2003 met en évidence la fin de la baisse des prix des services de la téléphonie mobile à partir du dernier trimestre de l'année 1999 (cf. paragraphe 99 ci-dessus).

174. Par ailleurs, les données de l'observatoire des mobiles relatives à la recette mensuelle moyenne par abonné montrent que, tous services confondus, la recette mensuelle moyenne par abonné, après avoir baissé fortement en 2000, reste stable puis progresse légèrement (paragraphe 11 ci-dessus). En ce qui concerne les seuls services vocaux, l'évolution décrite par l'ARCEP dans son analyse fait apparaître une baisse comparable en 2000, puis une stabilisation en 2001 et 2002, suivie d'une légère baisse en 2003. Une étude de l'OMSYC (Observatoire Mondial des Systèmes de Communication) de février 2004, intitulé « Mesures comparatives d'indicateurs d'intensité concurrentielle sur les marchés mobiles européens en 2002 », citée par l'ARCEP et jointe par l'association UFC-Que Choisir à ses observations, montre également une baisse du revenu moyen importante

entre 1999 et 2000, suivie d'une relative stabilité de 2000 à 2002. Cette étude révèle également que la marge nette par client et la marge nette par minute ont augmenté de 2000 à 2002 et de façon plus importante en France que dans les autres pays

175. L'évolution de l'ensemble des indicateurs qui viennent d'être mentionnés décrit donc bien une atténuation très sensible de l'intensité concurrentielle sur le marché des mobiles à partir de 2000. Cette tendance générale n'exclut évidemment pas le maintien ou le lancement d'initiatives concurrentielles, l'offre de produits nouveaux ou des baisses de prix, notamment sous forme de promotions. Mais il convient de relever que ces mesures, pas plus que les commentaires relevés dans divers documents internes faisant état de « forte pression concurrentielle », d'« attaque forte de la concurrence », de « politiques tarifaires très agressives », que font valoir les opérateurs dans leurs observations, n'ont manifestement pas été de nature à inverser les tendances globales décrites ci-dessus.
176. Au surplus, les offres qui, selon les sociétés mises en cause, ont animé la concurrence au cours de cette période, ont été suivies d'autres, moins favorables au consommateur. Ainsi, le Compte Mobile Ola, qui était proposé au tarif de 7,5 € en juin 2001, est passé à 10 € par mois le 3 juillet 2003 et à 15 € par mois le 28 août 2003. L'offre ABC de SFR à 7,62 € en 2001 a été remplacée par un forfait de 50 minutes à 17 euros par mois en 2003. Le mini-forfait de Bouygues Télécom de 10 minutes a également été remplacé par un forfait de 45 minutes à 15 €.
177. De même, alors que les sociétés mises en cause mettent en avant le passage à la tarification à la seconde, mise en place en septembre 2002, il convient de rappeler que cette initiative avait été précédée du passage à la tarification par paliers de 30 secondes après une première minute indivisible, mesures très décriées par les associations de consommateurs, dont la saisissante. Par ailleurs, la tarification à la seconde est en option, contre 3 € supplémentaire par forfait.
178. Il convient également de noter que certaines des initiatives mises en avant par les sociétés mises en cause, comme les importants investissements publicitaires consentis pour le lancement de la marque Orange, ont peu bénéficié au consommateur, même si la campagne a été jugée agressive par les concurrents. Il y a lieu enfin de relever que l'animation du marché par l'entrée des premiers opérateurs virtuels (MVNO), que fait valoir SFR, est largement postérieure à la période des faits en cause puisqu'elle date de la mi-2004.
179. Si les parties mises en cause invoquent, à l'appui de leur argumentation, le fait que la baisse des coûts d'acquisition s'explique par le degré de développement atteint par le marché et a été générale pour l'ensemble des autres pays européens, cet élément ne contredit pas le fait qu'elle marque une rupture dans l'intensité de la concurrence sur le marché des mobiles en France.

Sur les arguments tirés de la difficulté, voire l'impossibilité de mettre en œuvre des mécanismes de représailles

180. Il ne ressort pas non plus de la jurisprudence communautaire rappelée ci-dessus, qui doit être bien distinguée de celle du Tribunal de première instance du 6 juin 2002 *Airtours c/Commission* (T-342/99) qui a défini les conditions de la position dominante collective, que les échanges d'informations entre concurrents n'ont pas d'effet significatif sur la concurrence s'ils prennent place sur un marché sur lequel des mesures de rétorsion ne pourraient être aisément mises en place. Il convient simplement de noter que la prise en compte du comportement des autres membres de l'oligopole que permettent de tels échanges peut d'autant plus présenter un danger pour le fonctionnement de la concurrence

sur le marché considéré que les entreprises sont en mesure de contraindre leurs comportements respectifs par la menace de représailles.

181. A cet égard, le Conseil a rappelé dans l'avis 05-A-13 du 4 avril 2005 sur le marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles, la crédibilité et l'efficacité de menaces de rétorsion dépendent de plusieurs facteurs et, en premier lieu, « *de la capacité des acteurs à détecter les déviations par rapport à la ligne d'action commune et donc à surveiller le marché. La transparence du marché est pour cela essentielle* ». Les échanges d'information mis en cause dans le cas d'espèce jouent donc un rôle de premier plan en fournissant à chacune des entreprises la capacité de détecter les comportements des autres opérateurs et ce d'autant plus que le marché ne présente pas, naturellement, une transparence suffisante, comme cela sera examiné ci-après.
182. Sur le marché des mobiles, caractérisé par l'offre de formules d'abonnement ou de cartes prépayées très diverses par leur durée et les options dont elles sont assorties, le caractère différencié des biens ou services est un facteur qui permet de cibler plus finement d'éventuelles mesures de représailles.
183. En revanche, une faible élasticité-prix peut limiter l'efficacité de mesures de rétorsion. Comme l'a relevé la société Orange France dans ses observations, le Conseil estimait dans son avis 05-A-13, s'agissant de la période 2002-2004, que les coûts de changement d'opérateur pour le consommateur (*switching costs*) étaient relativement élevés sur ce marché. Il notait la prédominance des contrats d'abonnement avec engagement long, la subvention des terminaux mobiles par les opérateurs ayant comme contrepartie la souscription par les clients d'un engagement initial de 12 ou 24 mois, 24 mois étant devenu, en fait, la norme ; l'existence de programmes de fidélité incitant les clients à renouveler leur engagement pour bénéficier d'un nouveau terminal ; les freins à la portabilité des numéros ; la durée des délais moyens de résiliation de contrats en cours (2 mois chez Bouygues Télécom et SFR, un mois et demi chez Orange France). Le Conseil constatait aussi que Bouygues Télécom n'avait pas réussi, au cours des deux années précédentes, « *à menacer sérieusement les positions d'Orange et de SFR, en dépit des prix plus bas qu'il offre* » mais que « *des mesures de rétorsion sur le marché de détail présentent toutefois une certaine crédibilité dans la mesure où elles viseraient Bouygues Télécom, qui pratique des marges plus faibles* ».
184. Il convient toutefois de rappeler, que dans le cadre de cet avis, qui n'a pu, à l'évidence, prendre en compte les éléments relatifs aux comportements occultes révélés par l'examen de la présente affaire, le Conseil a livré une analyse prospective et s'est prononcé sur la probabilité de comportements futurs afin d'éclairer l'ARCEP sur les remèdes ex ante que pouvait justifier l'analyse concurrentielle du marché de gros. Par ailleurs, il s'est appuyé sur des données de la période 2002-2004. Or, il y a lieu de relever que la prédominance des contrats à 24 mois et l'offre de contrats de fidélité se sont progressivement renforcées sur la période 1997-2002. De plus, l'impact des coûts de changement d'opérateur sur l'élasticité-prix de la demande joue d'autant plus que le marché passe d'une phase d'acquisition de « primo-accédants » à une phase où les offres doivent attirer les abonnés déjà clients chez un autre opérateur, évolution déjà perceptible à partir de 2000, mais qui est encore plus nette en 2002-2004.
185. De fait, pour la période des faits en cause, l'élasticité-prix n'est pas négligeable. Cela est vrai antérieurement à 2000. Cela reste vrai pendant les années 2000 à 2002 comme le montrent les évaluations des opérateurs. Ainsi, le compte-rendu d'une « Revue d'affaires » de France Télécom mobiles du 4 avril 2000 relève que « *la remontée des prix des terminaux a ralenti la croissance globale du marché. En termes d'intention d'achat, -*

23 % sur le prepaid qui passe de 690 à 890 F et -27 % sur le post-paid qui passe de 490 à 690 F » (cf. paragraphe 72 ci-dessus). De même, le compte-rendu du comité exécutif Orange France du 3 juin 2002 mentionne la décision de rehausser les prix au 1^{er} juillet 2002 et estime « son impact sur le volume global de ventes sur 2002. Il est prévu en ventes brutes une année 2002 inférieure de 18 % aux résultats 2001(...) »(cf paragraphe 74). Le compte-rendu du comité d'exécution d'Orange France du 28 octobre 2002 montre également que « les chiffres des ventes à date [confirment] le retrait très fort sur Mobicarte compte tenu de la remontée des prix, ce qui fera une croissance négative sur le parc Mobicarte sur le mois d'octobre... » (cf paragraphe 78). On peut encore relever que, dans une étude marketing de l'offre « La Carte », réalisée en janvier 2003 (cote 405), SFR estime qu'une augmentation de 0,45 €/mn à 0,48 €/mn comporte un risque minimum de churn à 2% du parc actif, soit 80 000 clients.

186. S'agissant de l'impossibilité de Bouygues Télécom de riposter à la mise en place, par Orange France, de tarifs différenciant les appels on-net et off-net, il convient de rappeler que, si Orange France a effectivement lancé, le 15 septembre 2002, des tarifs différenciés pour les appels on-net, d'une part, et off-net, d'autre part, elle a retiré ces tarifs le 7 novembre 2002, alors que Bouygues Télécom avait saisi le Conseil de ce tarif, le 6 septembre, dénonçant un abus de position dominante de Orange France, avant de se désister.
187. Au total, même si ce critère n'est pas nécessaire à l'application de la jurisprudence John Deere mais peut contribuer, parmi d'autres éléments de fait, à caractériser les effets potentiels de la pratique, l'analyse à laquelle il vient d'être procédé ne confirme pas la thèse des parties mises en cause selon laquelle la surveillance du marché permise par les échanges d'informations dénoncés serait sans incidence sur la mise en place de mesures de représailles. Tout au contraire, la possibilité pour les opérateurs d'infléchir à la hausse ou à la baisse l'évolution de leurs propres parts de marché ainsi que, par réaction, celles de leurs concurrents en utilisant divers outils, comme la subvention à l'achat du terminal ou le prix des coffrets, démontre que la mise en œuvre de représailles, déclenchées à la suite des informations échangées, était possible.

2. LA NATURE DES DONNÉES ÉCHANGÉES

188. Les critères relatifs à la nature des données échangées ont été précisés au point 89 de l'arrêt « John Deere » : « Dans cette appréciation, le Tribunal a tenu compte de la nature, de la périodicité et de la destination des informations transmises en l'espèce. S'agissant, premièrement, de la nature des informations échangées, notamment de celles relatives aux ventes effectuées sur le territoire de chacune des concessions du réseau de distribution, le Tribunal a ainsi considéré, aux points 51 et 81, qu'elles sont des secrets d'affaires et permettent aux entreprises parties à l'accord de connaître les ventes effectuées par leurs concessionnaires en dehors et à l'intérieur du territoire attribué, ainsi que celles des autres entreprises concurrentes et de leurs concessionnaires parties à l'accord. Deuxièmement, le Tribunal a retenu, dans les mêmes points 51 et 81, que les informations relatives aux ventes sont diffusées selon une périodicité rapprochée et de manière systématique. Enfin, au point 51, le Tribunal a constaté que les informations sont diffusées entre les principaux offreurs, au seul profit de ceux-ci, à l'exclusion des autres offreurs et des consommateurs. ».

Sur le caractère de secrets d'affaires des données échangées

Les arguments des parties mises en cause

189. Les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom soutiennent que l'échange d'informations n'a pas conduit à accroître significativement la transparence du marché. Elles font valoir qu'à l'origine, la transmission d'informations était liée à la création en 1997 de « *l'observatoire des mobiles, tableau de bord mensuel du marché de la téléphonie mobile* ». Dans la mesure où les informations pertinentes (nombre d'abonnés et croissance nette en valeur absolue, ventes brutes en volume, nombre de résiliations, ventes nettes en volume, répartition en pourcentage de la croissance brute entre canaux de distribution directs et indirects) étaient destinées à une publication très rapide, fréquente et régulière, « *les opérateurs ont cru bon de se les communiquer aussi directement* ». Ces échanges avaient lieu quelques jours avant leur publication par l'ART, afin, soutiennent-ils, que les opérateurs puissent anticiper la réaction des marchés financiers.
190. Les sociétés expliquent encore que lorsque l'ART a décidé à compter du 1^{er} avril 2000 de donner à l'observatoire une périodicité trimestrielle et d'enrichir son tableau de bord, elle a demandé aux opérateurs de lui fournir, sur une base mensuelle et jusqu'en juin 2003, des informations complémentaires (répartition des ventes nettes entre abonnements et formules prépayées, répartition géographique du parc, ventes nettes en volume et répartition de ces ventes entre canaux de distribution). Orange France précise qu'elle s'était d'ailleurs opposée d'abord à la communication de ces informations à l'ART. Les opérateurs font également valoir que si l'ART a par la suite demandé à nouveau des données plus complètes (trafic SMS sortant, revenu moyen par abonné - ARPU, volume de minutes consommées en distinguant offres pré-payées et post-payées, parc multimédia), ils n'ont pas échangé entre eux ces informations complémentaires, les échanges demeurant limités aux informations initialement demandées en 1997. Ils font valoir que, dans le même temps, l'ART a continué de communiquer très tôt à la presse, avant la publication de l'observatoire. Ils annoncent aussi qu'ils ont mis fin aux échanges d'informations litigieux au mois de décembre 2003, soit juste après l'enquête de la DNEC.
191. Orange France soutient également que la quasi-totalité des informations échangées par les trois opérateurs était accessible sur le marché par d'autres sources et que, notamment, il était possible de reconstituer ces données par l'intermédiaire des distributeurs, qui communiquent tous les mois à chacun des opérateurs les ventes brutes totales. La société fournit une note exposant comment elle peut reconstituer les données échangées. Elle explique ainsi que les distributeurs communiquent aux opérateurs les ventes brutes mensuelles pour chacune des trois enseignes. Par ailleurs, à partir des ventes brutes mensuelles et des publications trimestrielles des ventes nettes de l'ART, Orange France serait capable de déterminer le taux de résiliation moyen pour le trimestre passé et de faire donc des estimations de résiliations et de ventes nettes pour le trimestre en cours. Elle avance encore que les affirmations du rapport d'enquête, reprises dans la notification de griefs, selon lesquelles il ressort d'une estimation provenant de ses services qu'elle n'est pas en mesure de reconstituer les ventes des distributeurs, seraient invérifiables, les cotes auxquelles renvoie le rapport d'enquête étant erronées.
192. La société SFR ajoute que l'échange d'informations entre entreprises concurrentes n'est pas anticoncurrentiel en soi mais ne revêt ce caractère que s'il vise à atténuer ou à supprimer le degré d'incertitude sur le fonctionnement du marché. Or, le marché de la téléphonie mobile serait déjà transparent en ce qui concerne les volumes de ventes et les parts de marché. L'ART contribuerait à cette transparence à titre principal, puis les distributeurs, le panel GFK sur la « *téléphonie mobile* », les analystes financiers (sociétés

de bourse et banques), l'Observatoire mondial des systèmes de communications (OMSYC), l'AFORST, l'association GSM regroupant les opérateurs utilisant cette norme et l'Idate. Selon elle, les chiffres mensuels de résiliation donnés par l'ART depuis 1993 dans son rapport annuel permettent de déterminer des données nettes à partir des données brutes.

193. La société Bouygues insiste sur le fait que ces échanges d'informations n'avaient que pour objet la préparation de sa communication financière avec quelques jours d'avance.

La réponse du Conseil

194. Le Conseil estime, comme les sociétés mises en cause, que dans la mesure où les informations échangées n'ajouteraient rien de déterminant par rapport aux informations déjà disponibles sur le marché, elles ne modifieraient pas la structure du marché et donc les conditions dans lesquelles s'exerce la concurrence. Dans l'arrêt « John Deere », le Tribunal a ainsi pris en considération le fait que « *les informations dont il s'agit, relatives notamment aux ventes effectuées sur le territoire de chacune des concessions du réseau de distribution, présentent bien, contrairement à ce que soutient la requérante, le caractère de secret d'affaires, ainsi d'ailleurs que les membres de l'accord, qui ont défini strictement les conditions dans lesquelles les informations reçues pouvaient être diffusées à des tiers, notamment aux membres de leur réseau de distribution, l'admettent eux-mêmes* » (point 81).
195. En l'espèce, il convient d'abord de rappeler que les courriers électroniques saisis chez Bouygues Télécom, précisent que « *les chiffres sont échangés entre les trois opérateurs à titre confidentiel. Ils ne doivent en aucun cas être communiqués à l'extérieur et notamment pas auprès de nos instances réglementaires* ». Or, le fait que ces informations soient considérées, par les opérateurs eux-même, comme des secrets d'affaire, suppose que le système d'échanges entre concurrents repose sur un principe de réciprocité, chacun n'acceptant de livrer ses secrets d'affaires que dans la mesure où il lui est garanti d'une part qu'aucun opérateur ne les livrera à l'extérieur et, d'autre part, qu'il recevra lui-même des autres entreprises les informations les concernant.
196. Ensuite, il y a lieu de constater que, contrairement aux affirmations des parties mises en cause, les données échangées ne pouvaient être obtenues par les opérateurs autrement que par le moyen de ces échanges.
197. En premier lieu, les données échangées n'étaient pas identiques à celles que publiait l'ART dans l'observatoire des mobiles. En effet, avant avril 2000, l'observatoire publiait, certes, des données mensuelles, mais ne fournissait que les ventes nettes. Les opérateurs ne pouvaient donc identifier ce qui, dans cet indicateur, relevait, d'une part des ventes brutes, et d'autre part des résiliations. Or, l'observation distincte de ces deux indicateurs donne des informations très différentes sur l'effort concurrentiel des opérateurs, essentiellement perceptible à travers les ventes brutes. De plus, après avril 2000, la publication de l'observation n'est intervenue que tous les trois mois et s'est limitée à des données trimestrielles. Par ailleurs, les envois entre les opérateurs ont été réalisés dès les premiers jours du mois, soit une bonne semaine avant la transmission de leurs chiffres officiels à l'ART pour son observatoire des mobiles. L'ART a de plus indiqué au cours de l'instruction, dans une lettre du 4 octobre 2004, que la publication de l'observatoire des mobiles s'effectue le 25ème jour suivant la fin de chaque trimestre et qu'elle « *ne fait de restitution à aucun acteur* », les seules informations disponibles pour l'ensemble du secteur étant celles publiées sur le site de l'ART. Il est également indifférent que les données échangées l'aient été peu de temps avant leur communication à l'ART, comme le

souligne Bouygues Télécom, dans la mesure où l'observatoire ne restitue pas l'intégralité des informations recueillies et que sa publication est trimestrielle depuis mars 2000. Bouygues Télécom, comme les deux autres opérateurs, ne peuvent donc pas prétendre que les informations échangées servaient à préparer la communication financière puisque cette dernière ne portait que sur les données publiées par l'ART, tous les mois puis tous les trimestres, et non sur les autres.

198. En deuxième lieu, contrairement à ce que soutient la société SFR, la faculté alléguée de reconstituer les données brutes à partir du rapport annuel de l'ART, qui fournit des éléments sur les résiliations, ne peut produire des effets comparables aux échanges d'informations, dans la mesure où les données recueillies dans ce rapport sont publiées selon une périodicité annuelle, avec un décalage de près d'un semestre au moins, ce qui rend les informations inutilisables par les opérateurs en temps réel pour surveiller l'évolution de leurs parts de marché. La construction, chaque mois, de taux de résiliation extrapolés à partir des données de l'année précédente, enlève par ailleurs toute précision et fiabilité aux résultats de ventes brutes obtenus.
199. En troisième lieu, le fait que certains organismes (analystes financiers, OMSYC) publient des informations ou études sur le marché de la téléphonie mobile est indifférent en l'espèce puisque ces éléments sont tirés de données publiées par l'ART.
200. En quatrième lieu, contrairement à ce que soutient Orange France, les ventes brutes ne peuvent être reconstituées à partir de données qui seraient fournies par les distributeurs, et ce, pour plusieurs raisons. D'abord, de telles « remontées » d'informations au profit des trois opérateurs ne sont, en aucun cas, fournies par les réseaux de distribution intégrés des opérateurs. Or, le réseau des agences France Télécom assurait en 2002, 40 % des ventes d'Orange. Ensuite, de telles communications ne sont pas confirmées par les distributeurs, le directeur général adjoint de « The Phone House » indiquant, au contraire, dans ses déclarations du 23 octobre 2003 : « *Chacun des trois opérateurs connaît bien sûr en temps quasi réel nos statistiques de ventes d'abonnements et de prépayés ; on ne donne pas aux opérateurs le détail des ventes des opérateurs concurrents (...)* ». Au surplus, la comparaison d'un tableau « Résultats 2002 » élaborés en vue d'un « entretien de progrès-P. F./D. Q. » montre que le responsable d'Orange France qui a élaboré ces tableaux ne disposait vraisemblablement pas de chiffres de ventes qui lui auraient été communiqués par Carrefour et Darty. En effet, les ventes réalisées par ces deux distributeurs figurent également au dossier et font apparaître des taux de variation très éloignés de ceux figurant au tableau d'Orange France (cf. paragraphe 52 ci-dessus). La circonstance, mise en avant par Orange France, que ce document a fait l'objet, en raison d'une erreur de plume, d'une cotation inexacte dans le rapport d'enquête – sa cotation réelle étant la cote 66 de l'annexe 7 et non la cote 66 de l'annexe 5 – ainsi que dans la notification de griefs et n'a pas été annexé au rapport, est, à cet égard, sans incidence sur le respect du contradictoire dans la mesure où l'ensemble du dossier, y compris cette pièce qui a d'autant moins échappé à l'attention d'Orange France qu'elle émanait d'elle, a été ouvert à la consultation des entreprises mises en cause. Enfin, il ressort de la note annexée par Orange France à ses propres observations que les informations ainsi récupérées auprès des distributeurs ne concernent que les ventes brutes mensuelles, les ventes nettes étant calculées à partir des publications de ventes nettes trimestrielles de l'ART. Ces informations, à supposer même que les distributeurs diffusent les ventes brutes de l'ensemble des opérateurs, ce qui, encore une fois, est démenti par la déclaration d'un des distributeurs, présenteraient donc non seulement une fiabilité insuffisante mais également le grand inconvénient de n'être pas disponibles avant la publication par l'ART des données trimestrielles.

201. En cinquième lieu, le panel GFK sur la « téléphonie mobile » invoqué par SFR repose sur l'audit mené auprès de 4 400 magasins afin de mesurer la vente des terminaux téléphoniques, sans prise en compte des réseaux intégrés des opérateurs (agences de France Télécom, espaces SFR et boutiques Bouygues Télécom), ce qui est également source d'écarts importants avec la réalité comme il a été montré au paragraphe 53.
202. Par ailleurs, il est indifférent que certaines informations échangées aient été, comme le fait valoir Bouygues Télécom, parallèlement transmises à l'ART, dans la mesure où celle-ci ne les communiquait pas intégralement.
203. La Commission européenne a ainsi noté au point 49 de sa décision précitée du 17 février 1992, UK agricultural tractors, confirmée par les juridictions communautaires, qu'à la différence des prix ou d'autres données commerciales qu'une enquête par téléphone ou les informations communiquées en retour par les clients permettent de connaître, le volume exact des ventes et les parts de marché sont les informations les plus difficiles à obtenir et constituent le seul indicateur précis des transactions sur un marché et de son évolution. Les informations échangées entre les trois opérateurs actifs sur le marché des mobiles en France, pour être moins précises et exhaustives que celles concernant les tracteurs agricoles au Royaume-Uni, ont constitué cependant, par leur caractère à la fois confidentiel et systématique, un indicateur d'autant plus irremplaçable qu'aucune de ces données ne pouvait être reconstituée à partir de données publiques.

Sur le caractère stratégique des données échangées et leur périodicité

Les arguments des parties mises en cause

204. Selon les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom, les informations échangées, telles qu'elles sont visées dans la notification de griefs, ne présentaient pas, faute d'être suffisamment précises, un caractère stratégique. Portant sur des données passées et globales, elles ne permettaient pas de surveiller effectivement les comportements concurrentiels respectifs compte tenu des facteurs de complexité qui sont propres au marché des mobiles (plusieurs promotions par mois, distinction entreprises/grand public, partage prépayé/forfait, services consommés, différences entre les caractéristiques de l'offre et des réseaux des trois opérateurs, rôle des inactifs) et de la forte volatilité des ventes. En particulier, elles ne comportaient pas de ventilation entre forfaits et formules prépayées, qui, selon les sociétés, constituerait l'indicateur privilégié de suivi du marché. Elles ne permettaient pas non plus d'anticiper l'évolution du marché ni d'identifier les objectifs et les stratégies des concurrents. De plus, à partir de 2000, ces données auraient été d'autant moins pertinentes que les opérateurs ont alors privilégié les gains en valeur et non en volume, et que les données échangées ne reflétaient pas les évolutions qualitatives. Orange France cite un extrait du comité exécutif d'Orange France du 24 juin 2002, dans lequel il est mentionné « *P. F. fait le point sur les ventes et en confirme le ralentissement. Il rappelle la nécessité d'élaborer des indicateurs plus complets et représentatifs que les seules ventes brutes* ».
205. La société Orange France affirme encore que les données échangées n'étaient pas fiables compte tenu de la proportion des inactifs dans les ventes. Elle rappelle que Bouygues Télécom estimait en mai 2001 que 30 % de sa base prépayée était inactive et a considérablement réduit son parc en 2002. Elle fait valoir qu'elle-même considérait en avril 2002 que 20 % des packs Mobicarte vendus depuis janvier 2002 n'avaient jamais été actifs, au point de soupçonner une fraude de la part de certains distributeurs. Elle souligne également que les ventes brutes comprennent des abonnés qui ont résilié leur abonnement chez un opérateur pour en souscrire un autre chez le même opérateur.

206. Orange France souligne qu'en revanche, les informations échangées sur le marché anglais des tracteurs, condamnées dans l'arrêt « John Deere », étaient très précises et très détaillées, portant sur les volumes vendus par produits, par zones géographiques et selon une base annuelle, trimestrielle, mensuelle et quotidienne.

L'appréciation du Conseil

207. Comme cela a déjà été admis plus haut, la précision des données échangées en l'espèce est effectivement moindre que celle des informations qui étaient en cause dans l'accord apprécié par le Tribunal dans l'arrêt « John Deere ». Ce fait est toutefois en lui-même insuffisant pour conclure que l'échange de ces informations n'a pu avoir un effet sur le jeu de la concurrence sur le marché des mobiles. Il doit en effet être relevé que certaines des données échangées sur le marché des tracteurs anglais n'avaient d'intérêt que compte tenu de la nature du produit, comme c'est le cas par exemple, de la répartition des ventes par zones rurales, information qui n'est pas significative pour les marchés des mobiles dont l'animation est essentiellement le fait d'initiatives nationales et non locales.
208. Afin d'apprécier la précision des données échangées en l'espèce, il y a lieu de prendre en compte le fait qu'elles sont mensuelles, qu'elles portent sur les ventes brutes, sur les résiliations et sur les ventes nettes réalisées par chacun des trois opérateurs. Il y a lieu, en sens inverse, de noter qu'elles ne sont pas ventilées entre abonnements pré-payés et post-payés, alors qu'à partir d'avril 2000, l'observatoire des mobiles de l'ART précise cette ventilation pour les ventes nettes trimestrielles et qu'elles concernent le nombre d'abonnements vendus à l'exclusion des chiffres d'affaires réalisés.
209. Ce qui importe, selon la jurisprudence John Deere, n'est pas la précision, mesurée en termes abstraits, des informations échangées mais bien le lien entre la nature de ces informations et la possibilité pour les opérateurs de surveiller l'impact de leur politique commerciale, et de celle de leurs concurrents, sur leurs ventes. L'utilisation des données ventes brutes échangées, telle qu'elle ressort des nombreux comptes-rendus de réunions internes aux trois opérateurs (cf. ci-dessus aux paragraphes 38 à 49) le confirme. Ces documents attestent en effet que ces données étaient considérées par les responsables de ces sociétés comme suffisamment précises pour être commentées dans les conseils d'administration et conseils exécutifs et pour que des décisions stratégiques soient prises sur cette base. Ainsi, des notes prises lors d'un compte-rendu du comité exécutif de France Télécom du 28 octobre 2002 font apparaître que l'attention du comité est attirée « *sur le risque réglementaire résultant d'une part de marché à 49,6 % (voire 49,8 %). Cela incite à réduire les dépenses publicitaires et les coûts d'acquisition* ». Même si les parts de marché visées à cette occasion sont les parts de marché en parc, publiées sur un rythme trimestriel par l'ART, cet extrait démontre que des données aussi agrégées que la part de marché -sans distinguer à l'intérieur de celle-ci des sous-catégories comme les forfaits ou le prépayé- sont suffisamment précises et revêtent, pour les dirigeants des sociétés, un intérêt stratégique. Pour eux, ces données expliquent les comportements observés de leurs concurrents, comme le confirment les observations faites aux paragraphes 86, 88 et 89, car elles permettent de faire un lien direct entre les mouvements de prix des produits et l'évolution de l'indicateur ventes brutes. L'extrait cité plus haut souligne donc bien le lien opéré par les dirigeants eux-mêmes entre leurs stratégies commerciales (dépenses publicitaires, coûts d'acquisition) et la réalisation des parts de marché qu'ils souhaitent atteindre. L'échange des informations portant sur les parts de marché permet ainsi d'ajuster finement la politique commerciale en fonction de la cible recherchée.

210. Sur un marché sur lequel la transparence des prix est gênée par la multiplicité des formules d'abonnements et de cartes pré-payées, l'existence de multiples options qui permettent de différencier les offres, la fréquence des mises sur le marché de nouvelles offres et l'existence de plusieurs réseaux de distribution susceptibles d'accroître encore la différenciation des offres, l'observation de l'évolution des ventes brutes est le seul indicateur capable de renseigner de façon synthétique sur « l'effort concurrentiel » fait par les concurrents.
211. Si l'extrait du comité exécutif du 24 juin 2002, cité par Orange France, montre que l'utilisation d'indicateurs plus complets et plus représentatifs, comportant par exemple, une ventilation entre pré-payés et post-payés, ou des indications en valeur, était considérée comme souhaitable, il montre également qu'elle n'était pas entrée dans les faits, même pour chacun des opérateurs.
212. S'agissant du manque de fiabilité des données ventes brutes ou ventes nettes dénoncé par Orange France, les arguments avancés par cette société soulignent de fait l'intérêt qu'avaient les opérateurs à comparer l'évolution des ventes nettes à celles des ventes brutes. Ainsi, la radiation des clients inactifs opérée par Bouygues Télécom en 2002 s'est traduite par des réalisations en termes de ventes nettes aberrantes, mais les ventes brutes n'en ont pas été affectées. De même, le comportement des abonnés qui résilient leur abonnement chez un opérateur pour en souscrire un autre chez le même opérateur, peut être retracé à travers les résiliations. Enfin, il convient de souligner le caractère très exceptionnel du nettoyage de fichier réalisé par Bouygues Télécom en 2002, opération qui était connue du marché.
213. En dernier lieu, il y a lieu de prendre en compte, comme le retient la jurisprudence communautaire, la grande fraîcheur des données échangées. Les courriers électroniques reçus par M. Z., qui sont décrits au paragraphe 28, attestent que les données du mois n étaient communiquées aux concurrents, très rapidement, dès les premiers jours du mois n+1. Lorsque l'ART publiait l'observatoire des mobiles tous les mois, l'échange entre les opérateurs avait lieu environ une semaine avant la transmission des informations à l'ART. Cet échange est resté mensuel alors que l'observatoire est devenu trimestriel à compter d'avril 2000. Sur un marché sur lequel les offres et changements tarifaires se succédaient à un rythme rapide, l'évaluation des résultats des opérateurs selon une périodicité très rapprochée était de nature à réduire significativement l'incertitude sur le comportement des concurrents.

3. LA RÉDUCTION DE L'AUTONOMIE COMMERCIALE.

Les arguments des entreprises mises en cause

214. La société Orange France affirme que les opérateurs ont défini leurs objectifs commerciaux et leurs stratégies respectives en toute indépendance et que ces stratégies n'étaient d'ailleurs pas uniformes et étaient parfaitement rationnelles compte tenu de l'évolution du marché et de leurs contraintes financières. Elle prétend que, peu importe que ces données aient été utilisées par les entreprises mises en cause, par exemple dans le cadre d'un monitoring du marché, si elles n'en ont pas fait un usage anticoncurrentiel pour anticiper et surveiller le comportement concurrentiel des autres opérateurs et éventuellement exercer des représailles en cas de comportement déviant par rapport à une politique commune préalablement définie.

215. Elle insiste sur le fait que la transparence de ce marché oligopolistique, dynamique et innovant, constituerait un moyen de rationaliser la production des entreprises, de réduire les barrières à l'entrée, en permettant à des nouveaux arrivants potentiels d'être mieux à même d'évaluer la rentabilité de l'activité, de diffuser des techniques nouvelles, et enfin d'accroître la diversité de l'offre.
216. Selon la société Orange France, dans l'affaire « John Deere », les autorités communautaires ont notamment vérifié si les échanges d'informations en cause avaient réduit l'incertitude des fabricants sur l'évolution du comportement de leurs concurrents sur leur stratégie future. Elle fait valoir que la Commission a estimé que « *cette transparence ruinerait ce qui subsiste de « concurrence cachée » entre les opérateurs et réduit à néant toute marge d'incertitude quant au caractère prévisible du comportement des concurrents* » et, en réponse aux objections des entreprises qui rappelaient que les informations échangées portaient sur les opérations passées et ne dévoilaient donc pas les comportements à venir, a souligné que « *sur un marché où la demande est stable ou en déclin, comme c'est le cas pour les tracteurs agricoles au Royaume-Uni, l'action future des concurrents peut dans une large mesure être prévue sur la base de leurs opérations passées* ». Orange France constate qu'en réalité les pièces du dossier démontrent que les opérateurs étaient dans l'incertitude sur les axes stratégiques de leurs concurrents, y compris même sur leurs objectifs de parts de marché, Bouygues Télécom évaluant fin mai 2001, les objectifs de Orange France à 50 %, ce qui ne correspond pas aux objectifs d'Orange France tels qu'ils ressortent des documents internes de l'époque. Elle assure enfin que les documents internes montrent que les opérateurs, bien qu'observant les évolutions de part de marché, n'étaient pas pour autant certains de la réaction de leurs concurrents.
217. La société Bouygues Télécom fait valoir que son autonomie de comportement ressort de nombreuses décisions, comme le passage à la tarification à la seconde dès la première seconde, l'accès gratuit au roaming en mars 2001 ou l'absence de diffusion de prix de vente conseillés. Elle soutient que l'échange d'informations n'a pas empêché que sa part de marché en 2001 n'atteigne que 20,2 % par rapport aux 22 % prétendument octroyés et que sa part de marché par an, en 2002, ne soit que de 15,1 % contre 18 % un an plus tôt. Elle conclut que sa faible part de marché la rend incapable de piloter le marché, quelles que soient les informations dont elle dispose.

L'appréciation du Conseil

218. Comme cela a déjà été rappelé, il ressort de la jurisprudence communautaire rappelée ci-dessus que la généralisation entre des concurrents et à leur seul profit, à l'exclusion des consommateurs, d'un échange d'informations précises et selon une périodicité rapprochée, sur un marché oligopolistique fortement concentré et où par suite, la concurrence est déjà fortement atténuée et l'échange d'informations facilité, a pour effet de révéler périodiquement, à l'ensemble des concurrents, les positions sur le marché et les stratégies des différents concurrents. Cette jurisprudence n'exige pas de prouver l'usage anti-concurrentiel des informations échangées : elle requiert seulement de démontrer, en rapprochant la structure du marché de la nature et de la périodicité des informations échangées, que ces dernières étaient de nature à atténuer ou supprimer l'incertitude quant au caractère prévisible des comportements des concurrents. Elle n'exige pas non plus la démonstration d'un alignement des politiques commerciales des entreprises présentes sur les marchés, même si, en l'espèce, des similitudes peuvent être relevées pour la période 2000-2002 (cf ci-dessous), ou de l'absence de toute initiative commerciale autonome de la part d'un opérateur.

219. En l'espèce, les stratégies des concurrents se reflètent dans l'évolution de leur position sur le marché, que les opérateurs peuvent suivre de façon immédiate et régulière, tous les mois. Il ressort ainsi des éléments exposés ci-dessus aux paragraphes 38 à 49, que les informations échangées ont fait l'objet, comme cela a déjà été relevé, d'un suivi par les responsables des sociétés mises en cause et ont été commentées lors des divers conseils d'administration et comités exécutifs.
220. Ces informations ont été, en premier lieu, utilisées pour évaluer les conséquences de la politique commerciale mise en œuvre. Ainsi, dans le document de la main de P. B. en date du 27 mars 2003, les conséquences de la hausse de prix sur le compte bloqué rechargeable Universal Musique Mobile sont analysées au regard de l'évolution des parts de marché brutes en 2002 (cf. paragraphe 47 ci-dessus).
221. En deuxième lieu, l'évocation des informations échangées a appuyé et justifié les mesures commerciales prévues. En effet, les notes en date du 3 juin 2002 prises par M. Q. (cf. ci-dessus paragraphe 64) mettent en regard les résultats en ventes brutes et les résiliations du mois de mai 2002, avec les mesures à mettre en place le 1^{er} juillet 2002 (« *Ppaid = 109€ vs 79€ 109€ à 199€ (plus de subvention = 0)*»). Celles du 8 juillet 2002 listent également, à côté des résultats de parts de marché, les mouvements de prix prévus (« *Mobi= 109€ SFR=14/07 ByT=31/07* ») de la part des autres opérateurs.
222. Elles ont été, en troisième lieu, à la base d'infléchissements donnés par les opérateurs à leur politique commerciale : lorsque M. Q. constate, le 26 mars 2001, que « - *Résultats PDM ⇒ Pas de produit à 490 TTC (Nokia 3210) c/o SFR et ByT- Plan de communication Mobicarte + Promo service MOBICARTE- Accord SFR/ BYT/ ITI à prolonger ⇒ obtenir 590 F TTC au 2.04* » (cf. ci-dessus paragraphe 61), il ne réagit pas aux données publiées par l'observatoire des mobiles de l'ART - les données du dernier trimestre 2000 ont été publiées vers le 25 janvier 2001 et celles du 1^{er} trimestre 2001 ne seront pas connues avant le 25 avril 2001 - mais aux données échangées entre les opérateurs au début de chaque mois.
223. En quatrième lieu, contrairement à ce qu'affirment les sociétés mises en cause, les opérateurs ont tiré de l'observation régulière des positions de leurs concurrents des indications précieuses sur le comportement futur de ceux-ci. La constatation des baisses de part de marché subies par l'un d'entre eux les conduit ainsi à organiser leurs réactions. SFR constate en mai 2001 la baisse significative des parts de marché de Bouygues qui « *risque d'ailleurs de devoir réagir violemment pour éviter la marginalisation* » (cf. paragraphe 88 ci-dessus). Lors d'un comité exécutif d'Orange France du 7 octobre 2002, la présentation des chiffres de ventes et de parc à la fin septembre est accompagnée d'une alerte sur la réaction agressive de Bouygues (cf. paragraphe 89 ci-dessus). La prévisibilité d'un comportement dans le futur peut ainsi être accrue : c'est le cas en l'espèce puisque, sachant que les parts de marché brutes de Bouygues Télécom ont fortement baissé, SFR est en mesure de prévoir sa réaction mieux que s'il ignorait l'ampleur de ce mouvement, voire le sens de l'évolution.
224. Enfin, si les procès-verbaux des conseils d'administration de Bouygues Télécom ne mentionnent pas les parts de marché brutes d'Orange France et de SFR, ils font état d'un suivi systématique de la part de marché brute de Bouygues Télécom. Or, pour connaître sa propre part de marché brute, Bouygues Télécom devait disposer des ventes brutes de ses concurrents. Elle a donc bien, comme ceux-ci, utilisé les données échangées, dont l'évolution a motivé des décisions de politique commerciale. Ainsi, lors d'un conseil d'administration de Bouygues Télécom le 20 juin 2002, il est indiqué que comme la part de marché de l'opérateur a baissé, il a dû augmenter le niveau des subventions ainsi que la

rémunération des distributeurs. De plus, en communiquant à ses concurrents ses propres parts de marché, Bouygues Télécom les aidait à ajuster leur propre politique commerciale. Les informations échangées ont bien permis à chaque opérateur d'ajuster sa politique commerciale (coûts d'acquisition, subventions à l'achat du terminal) de façon fine en fonction de sa position exprimée en part de marché et de celle de ses concurrents, telles qu'elles résultaient des informations échangées.

225. L'argument d'Orange France selon lequel les opérateurs ne pouvaient être absolument certains du comportement de leurs concurrents n'est pas suffisant pour contredire ce qui vient d'être observé : aucun marché, même dans le cas d'une entente explicite, n'est exempt d'incertitude et la jurisprudence John Deere exige seulement que les informations échangées soient de nature à atténuer ou supprimer l'incertitude quant au caractère prévisible des comportements des autres membres de l'oligopole.

4. CONCLUSION SUR LES ÉCHANGES D'INFORMATION

226. Au vu de l'ensemble de ce qui précède, il est établi que les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom, qui sont les seuls offreurs sur le marché des services de téléphonie mobile, ont échangé, de 1997 à 2003, des informations qu'elles estimaient être des secrets d'affaires et qui n'étaient accessibles par aucune autre source ; que ces informations étaient suffisamment précises et étaient d'une grande fraîcheur ; qu'elles étaient échangées tous les mois de façon systématique et à leur seul profit, à l'exclusion des consommateurs.
227. De 1997 à 2000, ces informations ont été échangées sur un marché qui présentait le caractère d'un oligopole fortement concentré et très fermé mais en phase d'expansion rapide. Cette dernière caractéristique n'était cependant pas inhérente au marché puisqu'à la phase d'acquisition des bases de clientèle, a succédé, à partir de 2000, une phase de consolidation du marché et de rentabilisation de la clientèle acquise, dans laquelle la concurrence entre les trois opérateurs s'est fortement atténuée.
228. Le Conseil, dans la ligne de la jurisprudence communautaire John Deere, ne déduit pas de ce qui précède que ce n'est qu'à compter de l'année 2000, jusqu'à leur abandon à la fin de l'année 2003 à la suite de l'enquête, que ces échanges d'informations doivent être regardés comme contraires à l'article L. 420-1 du code de commerce, et, le cas échéant, à l'article 81 du traité. Il y a lieu de tenir compte, en effet, comme l'a fait la Commission européenne dans sa décision du 17 février 1992 relative aux échanges d'information sur le marché des tracteurs au Royaume-Uni, au-delà des conséquences immédiates et visibles de l'accord de volonté consacré par l'échange d'informations, de ses effets potentiels et du fait qu'il peut créer une structure susceptible d'être utilisée à des fins préjudiciables à la concurrence, la Commission précisant : « *l'objectif de l'article 81-1 est de maintenir une structure de concurrence effective au sens de l'article 3 point f) du traité CEE. L'importance de cet objectif s'impose tout particulièrement sur un marché fortement concentré où un accord d'échange d'informations crée une structure de transparence* ».
229. L'accord conclu en 1997 entre les opérateurs pour échanger les informations dénoncées a bien créé, dès cette date, une structure de transparence susceptible d'être utilisée à des fins préjudiciables à la concurrence. De fait, à partir de l'année 2000, et jusqu'à ce qu'il y soit mis fin à la mi-2003 à la suite de l'enquête administrative, il a été démontré que la poursuite des échanges a permis, alors que l'intensité de la concurrence sur le marché était fortement atténuée, de révéler aux opérateurs leurs stratégies respectives et de limiter, par leur accord de volonté, la concurrence subsistant sur le marché.

230. Au surplus, il sera démontré ci-après, par une analyse indépendante de celle qui précède, que ces échanges ont, entre 2000 et 2002, été utilisés pour surveiller la réalisation d'un accord entre les opérateurs portant sur la stabilisation de leurs parts de marché. La jurisprudence communautaire considère de façon constante que, quelle que soit la nature des informations en cause, leur échange enfreint l'article 81, paragraphe 1, du Traité lorsqu'il constitue le support d'un autre mécanisme anticoncurrentiel (CJCE Aalborg, point 281) dont il ne peut, alors, être dissocié.
231. Il est donc établi que les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom ont, en échangeant de manière continue pendant la période commençant en 1997 et se terminant à la fin 2003 les informations décrites dans la notification de griefs, méconnu l'article L. 420-1 du code de commerce. Ce n'est qu'au stade de l'appréciation de la gravité de la pratique et de l'importance du dommage à l'économie que le Conseil distinguera, en ce qui concerne la sanction, les effets de cet échange pour la période antérieure à 2000 et celle qui lui est postérieure.

D. SUR L'ENTENTE SUR LES PARTS DE MARCHÉ

232. Il est reproché aux sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom de s'être entendues afin de stabiliser leurs positions respectives dans le total des ventes d'abonnements réalisées sur le marché de détail de la téléphonie mobile, comme en atteste une note manuscrite saisie dans le bureau de M. P. B., directeur général de SFR, mentionnant un accord entre les trois opérateurs dont il a été question au paragraphe 55. Cette note a été rapprochée, dans la notification de griefs, des mentions manuscrites portées dans d'autres documents saisis dans les locaux d'Orange, qui peuvent constituer des indices de l'existence d'un accord entre les trois opérateurs mobiles visant à stabiliser, à partir de l'année 2000, leurs parts de marché autour d'objectifs définis en commun.
233. La notification de griefs a également relevé, à la même époque, une inflexion de la politique commerciale des trois opérateurs, confirmée par la lecture des comptes-rendus de réunions internes aux opérateurs.
234. Il ressort de la jurisprudence que si la constatation d'un parallélisme de comportement ne suffit pas à elle seule à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle, une telle attitude pouvant résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché, l'existence d'une entente peut être établie dès lors que des éléments autres que la constatation du seul parallélisme de comportement s'ajoutent à celui-ci pour constituer avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants. Ainsi, le Conseil a considéré, dans la décision n° 00-D-28 du 19 septembre 2000 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du crédit immobilier, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 27 novembre 2001 approuvé le 23 juin 2004 par la Cour de Cassation, que constituait un faisceau d'indices graves, précis et concordants la réunion de trois éléments : en premier lieu, les références écrites ou orales – dans des documents ou des conversations internes aux entreprises - à l'existence d'un accord national entre banques ; la similitude des politiques commerciales des réseaux bancaires en France ; la conjonction de toute une série de comportements trouvant leur explication dans le « pacte de non-agression » entre banques.
235. Le faisceau varie naturellement en fonction des circonstances propres à chaque affaire, du poids respectif des différents indices qui peuvent se rattacher à des preuves matérielles ou intellectuelles. Comme l'a relevé la Cour de Cassation dans son arrêt du 8 décembre 1992

(chambre commerciale, arrêt n°1894), c'est moins la valeur intrinsèque de chaque indice pris isolément qui est déterminante que la force de conviction que fait naître, à l'issue du débat contradictoire, la réunion de tous les indices.

236. Pour la jurisprudence communautaire, un tel faisceau d'indices correspond à la notion de pratique concertée, qui a été précisée à de nombreuses reprises par les juridictions européennes, par exemple par la Cour de justice des communautés européennes dans l'arrêt précité « John Deere » du 28 mai 1998, ou par le Tribunal de première instance des communautés européennes dans l'arrêt LVM/Commission du 29 avril 1999 (affaire T-305/94 et suivantes) : la pratique concertée vise « *une forme de coordination entre entreprises qui, sans avoir été poussée jusqu'à la réalisation d'une convention proprement dite, substitue sciemment une coopération pratique entre elles aux risques de la concurrence (arrêt du 14 juillet 1972, ICI/Commission, précité, point 64). Les critères de coordination et de coopération retenus par la jurisprudence de la Cour, loin d'exiger l'élaboration d'un véritable « plan », doivent être compris à la lumière de la conception inhérente aux dispositions du traité relatives à la concurrence et selon laquelle tout opérateur économique doit déterminer de manière autonome la politique qu'il entend suivre sur le marché commun. S'il est exact que cette exigence d'autonomie n'exclut pas le droit des opérateurs économiques de s'adapter intelligemment au comportement constaté ou à escompter de leurs concurrents, elle s'oppose cependant rigoureusement à toute prise de contact directe ou indirecte entre de tels opérateurs ayant pour objet ou pour effet soit d'influencer le comportement sur le marché d'un concurrent actuel ou potentiel, soit de dévoiler à un tel concurrent le comportement que l'on est décidé à, ou que l'on envisage de, tenir soi-même sur le marché* ». Il ressort de cette définition que la qualification de pratique concertée n'est pas limitée aux seuls comportements constatés sur un marché mais peut aussi s'appliquer à une forme de coordination et à des prises de contacts entre les entreprises, supposant en cela un accord de volonté pour mener ensemble une telle concertation.
237. Les standards de preuve exigés par le droit national et le droit communautaire se rejoignent donc : la pratique concertée, qui est une forme des ententes prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce, doit être démontrée au moyen d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants. Ces indices seront recherchés, comme dans l'affaire citée au paragraphe 235, dans trois directions :
- les documents des entreprises se référant à l'existence d'un accord,
 - l'observation des parts de marché sur la période considérée,
 - la similitude des politiques commerciales menée par les trois opérateurs pendant cette période.
238. Dans leurs observations, les opérateurs contestent l'interprétation des notes manuscrites sur lesquelles est fondé le grief et assurent qu'en tout état de cause, le gel sur lequel les opérateurs se seraient mis d'accord n'est pas constaté dans les faits. Ils assurent par ailleurs que l'évolution de la politique commerciale décrite ci-dessus n'est pas le résultat d'une entente mais d'un parallélisme de comportements lié à une analyse indépendante de leur intérêt propre et qu'elle ne doit pas masquer la persistance d'une intense concurrence. La société Bouygues Télécom fait valoir qu'aucune preuve ou indice n'a été saisi chez elle, qu'elle a perdu des parts de marché et que si une entente a été conclue, elle ne concerne qu'Orange France et SFR. Il convient de répondre à l'ensemble de ces moyens.

1. SUR L'INTERPRÉTATION DES DOCUMENTS SE REFERANT A L'EXISTENCE D'UN ACCORD

Les arguments des parties

239. Les sociétés Orange France et Bouygues Télécom font valoir que les trois documents sur lesquels est fondé le grief seraient « *purement unilatéraux* ». La note manuscrite du 28 mars 2001 est interne à la société SFR : elle a été rédigée par le directeur général de SFR à destination du président de SFR et du directeur général de Cegetel Group. Aucune des nombreuses pièces saisies chez Bouygues Télécom ou chez Orange France ne mentionnerait les faits évoqués par M. B..
240. La société SFR expose que la note manuscrite du 28 mars 2001 serait un document interne faisant référence à « *l'accord* » des représentants des actionnaires du conseil d'administration sur des scénarios de croissance pour rentabiliser les investissements réalisés. L'importance de l'écart (1,4 %) entre la part de marché réalisée par Orange en ventes brutes et ses prévisions, en 2000, justifierait que le directeur général de SFR affirme qu'Orange n'a pas respecté ses prévisions. Les informations recueillies proviendraient de diverses sources (institutionnels, analystes financiers).
241. Les sociétés soutiennent également que les incohérences de la note manuscrite du 28 mars 2001 en ruinerait la valeur probatoire. En premier lieu, de nombreux mots sont barrés. Bouygues Télécom fait valoir notamment que la mention la concernant est rayée. En deuxième lieu, l'objet de l'accord n'apparaîtrait pas clairement dans la mesure où, d'une part, le « *rappel accord 2000* » concerne les VN, soit les ventes nettes, mais serait comparé à un « *réalisé 2000* » en VB, c'est-à-dire en ventes brutes, où, d'autre part, il n'est pas précisé s'il porte sur des moyennes annuelles ou des objectifs en fin d'année et où enfin il est constaté qu'Orange ne l'a pas respecté au second semestre. En troisième lieu, l'accord aurait porté sur un total de parts de marché de 101 % pour 2000 et de 102 % pour 2001. Enfin, Orange France objecte qu'il ne s'agirait pas d'un « *gel* » de parts de marché dans la mesure où les « *propositions 2001* » ne correspondent pas au « *réalisé 2000* ».
242. Les sociétés avancent ensuite que l'interprétation faite de ce document serait contradictoire avec d'autres pièces du dossier. Pour l'année 2000, un procès-verbal du conseil d'administration de Bouygues Télécom en date du 22 janvier 2001 expliquerait que cet opérateur a réalisé « *une part de marché brute de 20,2 % (contre 22,3 % prévus au plan) et une part de marché nette de 22,4 % (contre 24,4 % prévus au plan)*. Ces résultats, en retrait par rapport aux prévisions, sont essentiellement liés à la volonté de maîtriser les coûts commerciaux », objectifs ne correspondant pas à ceux du prétendu accord. Pour 2001, il est relevé dans un procès-verbal d'administration du 28 mai 2001 que « *Bouygues Télécom est sous la pression d'Orange qui s'est sans doute fixé un objectif de 50 % de part de marché avec une politique agressive de communication de marque* », ce qui montrerait que Bouygues Télécom ne connaissait pas l'objectif de part de marché qu'Orange France s'était assigné pour la fin de l'année.
243. D'autres documents au dossier démontreraient, selon les sociétés, l'incertitude dans laquelle elles se trouvaient quant aux intentions de leurs concurrents et l'absence d'attentisme concurrentiel, comme les interrogations de SFR sur les réactions de Bouygues Télécom lors d'un comité de direction du 7 mai 2001. Elles ajoutent que la note du 27 mars 2003, saisie chez SFR, ne corrobore en rien l'interprétation faite de la note de M. B. en date du 28 mars 2001.

244. S'agissant de la note manuscrite du président d'Orange France du 3 juin 2002, Orange France soutient, pour la première, qu'elle évoque des scénarios alternatifs, en vue d'améliorer les résultats de la société en termes de *cash flow*, ce qui aurait pour résultat une remontée de la part de Bouygues Télécom à 20 %, objectif en tout état de cause raisonnable pour le plus petit opérateur. La société Bouygues Télécom assure que l'évolution réelle de ses parts de marché montre bien que Orange France ne l'a jamais aidée à remonter.
245. Les documents des 28 et 29 octobre 2002 portant les mentions « Yalta des parts de marché » doivent être interprétés, selon les sociétés, à la lumière des autres mentions concernant la menace de Bouygues Télécom de saisir la Commission au sujet de la commercialisation des services dans les agences France Télécom. Le mot « Yalta » doit dans ce contexte être interprété comme un armistice à conclure avec Bouygues Télécom dans le domaine contentieux. La société Bouygues Télécom dément, dans son mémoire, avoir jamais eu de telles intentions. Elle s'étonne aussi que les mentions indiquant que les sociétés Orange France et SFR s'entendaient, pour la combattre, n'aient pas été relevées lors de l'instruction du dossier.

La réponse du Conseil

Sur la note manuscrite de M. B., directeur général de la société SFR, en date du 28 mars 2001

246. La note manuscrite datée du 28 mars, dont l'auteur a confirmé qu'il s'agissait du 28 mars 2001, doit être à nouveau reproduite car il s'agit d'une pièce centrale pour l'examen des pratiques. Elle se présente de la manière suivante :

PB → F.E. P.G.

M. B. via D. Q. est OK pour reconduire en 2001 l'accord de part de marché 2000 en VB, bien qu'ils ne l'aient pas respecté au 2^o semestre 2000.

P. M. après avoir demandé 23 % de VB accepte 22 %.

	<i>Rappel accord 2000</i>	<i>réel 2000 VB</i>	<i>proposition 2001</i>
	<i>VN</i>		<i>VB</i>
<i>N°1</i>	<i>46 %</i>	<i>47,4</i>	<i>46 %</i>
<i>N°2</i>	<i>34 %</i>	<i>32,4</i>	<i>34 %</i>
<i>N°3</i>	<i>21 %</i>	<i>20,2</i>	<i>22 %</i>
	<i>101 %</i>		<i>102 % ...»</i>

247. M. B. a confirmé être l'auteur de la note dont il a lu devant les enquêteurs le contenu intégral, y compris des mots rayés ultérieurement, a reconnu l'avoir adressée au président de SFR et au directeur général du groupe Cegetel et l'avoir conservée, à son retour, dans son bureau comme l'ont confirmé les représentants de la société SFR entendus lors de la séance.

♦ En ce qui concerne la valeur probante de la note.

248. La circonstance que certains mots sont hâtivement barrés au stylo bleu, alors que l'ensemble est rédigé au stylo vert, n'est pas de nature à remettre en cause la valeur probante de cette note dans la mesure où les explications données, à ce sujet, par l'auteur de la note, selon lesquelles « *les mentions barrées de ma main l'ont été afin de supprimer les termes qui pourraient prêter à confusion ou dont je n'ai pas une information fiable* »,

sont contradictoires avec celles qu'il avance par ailleurs sur le sens qu'il convient de donner à cette note. Si, comme l'affirme l'auteur, il s'agissait de « *déclarations faites par les hauts responsables de mes deux concurrents sur la vision dont ils se font l'écho auprès de ces mêmes analystes financiers de leurs positionnements en termes de part de marché et leurs prévisions dans ce domaine* » et que les mots « OK » « accord » et « accepte » se réfèrent non pas à un accord entre les trois opérateurs mais à « l'accord » donné par les actionnaires d'Orange France et Bouygues Télécom aux propositions respectives des dirigeants cités, il n'était pas nécessaire de rayer des termes pouvant prêter à confusion, en laissant d'autres, prêtant tout autant à confusion, ni de supprimer les termes pour lesquels l'information n'était pas fiable, sachant que l'ensemble, qualifié « d'échos », était par définition non fiable. Il convient de plus de relever que le document perd, si l'on ne tient pas compte des mentions barrées, tout sens, quel qu'il soit, et qu'il est peu probable que des notes dépourvues de tout sens soient adressées au président de SFR et à celui de Cegetel ou conservées dans le bureau du directeur général.

◆ En ce qui concerne le sens général de la note.

249. Le sens général donné à la note par son auteur dans ses déclarations recueillies par les enquêteurs mais plus encore celui défendu par la société SFR dans ses observations écrites et maintenu par les représentants de cette société au cours de la séance en réponse aux questions qui, en l'absence de M. B., leur ont été posées par le Conseil, consiste à soutenir que la note ne fait que mentionner « l'accord de part de marché » que chacun des trois dirigeants aurait obtenu de son propre actionnaire, sans aucune concertation entre les entreprises. Cette interprétation ne résiste pas à l'examen, et cela pour plusieurs raisons qui tiennent à la fois au contenu de la note et aux termes qui y sont employés.
250. En premier lieu, il n'a pas été trouvé au dossier ni n'a été produit par la société se prévalant de cette thèse de propositions de part de marché pour 2000 et 2001 qui aurait été, comme il est prétendu, soumise à l'actionnaire, c'est-à-dire au conseil d'administration, par les dirigeants mentionnés ni de trace de « *l'accord* » que chacun d'entre eux aurait recueilli de son actionnaire. Or le terme d'« *accord* », employé par M. B. évoque un acte précis: pourquoi en effet mentionner « *l'accord* » de l'actionnaire si l'auteur n'a en tête, comme il le soutient, que la projection qu'il se fait lui-même de la stratégie de ses concurrents à partir de conversations avec tel ou tel ou d'études menées par des analystes financiers ? Interrogés en séance sur ce point, les représentants de SFR ont indiqué d'ailleurs que le conseil d'administration de la société n'avait pas pour habitude d'approuver des propositions de parts de marché mais fixait plutôt des orientations en termes de rentabilité (EBITDA) que les dirigeants traduisaient eux-mêmes en termes de ventes et donc de part de marché. Le terme d'accord associé à des chiffres aussi précis n'a donc aucun sens s'il vise celui prétendument donné par l'actionnaire.
251. En deuxième lieu, les représentants de la société SFR n'apportent aucune explication convaincante sur le fait que M. B. note que « *M. B., via D. Q., est OK pour reconduire en 2001 l'accord de part de marché 2000 en VB, bien qu'ils ne l'aient pas respecté au deuxième semestre 2000* ». Un terme aussi précis et explicite que celui « *d'accord de part de marché 2000 en VB* » -reconduit en 2001- ne peut viser un prétendu « *agrément* » donné par l'actionnaire, qui serait M. B., président de France Télécom, à la proposition que lui aurait faite D. Q., dirigeant d'Orange, « *sur* » la part de marché visée par France Télécom, agrément dont M. B., sans expliquer pourquoi, aurait eu connaissance « *via D. Q.t* ». Le membre de phrase « *bien qu'ils ne l'aient pas respecté au 2^{ème} semestre 2000* » achève de ruiner l'interprétation a posteriori suggérée par la société SFR. Soit il vise l'hypothèse que le dirigeant d'Orange n'aurait pas respecté « *l'accord* » donné par son

actionnaire : mais cette version n'est pas plausible car Orange fait mieux, en termes de part de marché, au 2^{ème} semestre 2000, que la cible sur laquelle aurait été prétendument recueilli l'accord de l'actionnaire. Soit il signifie, en utilisant le pluriel, que France Télécom et sa filiale Orange, pris ensemble, n'ont pas respecté un accord : mais dans ce cas là, ce dernier ne peut être interne au groupe.

252. En troisième lieu, il est invraisemblable que M. P. M., président de Bouygues Télécom, ait « demandé » à l'actionnaire de la société qu'il dirige « 23 % de VB » pour finalement « accepter 22 % » : la thèse signifierait qu'au terme en quelque sorte d'une négociation, l'actionnaire – en l'occurrence la société Bouygues - directement ou par l'intermédiaire du conseil d'administration de Bouygues Télécom, demanderait au dirigeant de Bouygues Télécom de réaliser une part de marché moindre que celle que l'opérateur aurait « demandée » et que ce dernier « accepterait » ce chiffre inférieur à ses ambitions. Cette interprétation, contraire aux termes mêmes employés par le dirigeant de SFR, est d'autant moins acceptable qu'interrogé en séance, M. M. B. a indiqué que ce n'était pas ainsi que se déroulaient les discussions entre dirigeant et actionnaire au sein de la filiale mobile du groupe Bouygues.
253. En quatrième et dernier lieu, les colonnes de pourcentages sous l'intitulé « Rappel accord 2000 », « réel 2000 » et « proposition 2001 » ne peuvent à l'évidence être comprises que comme visant un accord et non plusieurs accords, à supposer que ce terme veuille dire « agrément » ou « approbation », obtenus séparément par chaque opérateur de la part de son propre actionnaire.
254. Le sens général de la note, malgré l'interprétation qu'en donne a posteriori la société SFR et qui ne peut, pour les raisons développées ci-dessus, convaincre le Conseil, est donc particulièrement clair : le document fait référence de manière explicite à un accord de parts de marché (pdm) conclu en 2000 entre les trois opérateurs et dont le principe est reconduit en 2001, après vérification que les chiffres réalisés en 2000 correspondaient ou non à ceux de l'accord initial.
- ◆ En ce qui concerne les imprécisions ou les contradictions dont serait entachée la note ainsi que les incohérences qu'elle présenterait avec d'autres documents
255. Les sociétés mises en cause font valoir qu'il n'est pas cohérent que figure sur la note un « rappel accord 2000 VN » (ventes nettes), alors que le début de la note fait mention d'un accord en VB (ventes brutes). Le Conseil admet cette incohérence, qui peut être due à une inattention, à un excès de hâte, voire à une erreur du rédacteur. Mais il remarque que cette incohérence interne à la note subsiste quel que soit le sens général donné à l'ensemble du document. Un accord portant sur un objectif de ventes nettes n'apparaît pas plus rationnel s'il s'agit d'un accord donné par des actionnaires que s'il s'agit d'un accord entre concurrents, dans la mesure où il s'agirait alors de piloter non seulement le niveau de ventes brutes mais également le taux de résiliation. En revanche, la note précise dans son premier paragraphe que l'accord de 2000 est en « V.B. », indique, qu'il est reconduit pour Orange France à un niveau que les « propositions 2001 V.B. » présentent à 46 % soit le même chiffre que celui qui figure en « rappel de l'accord V.N » et, enfin, compare les chiffres de l'accord 2000 au « réel 2000 V.B. » qui correspond effectivement aux parts constatées sur le marché en 2000 en ventes brutes. Il y a donc lieu de considérer que l'accord évoqué porte sur des parts de marché en ventes brutes, en dépit de la mention, que l'on ne peut expliquer que par ce qui vient d'être dit plus haut, de la lettre N dans « rappel accord 2000 V.N. ».

256. Il n'est pas non plus incohérent que l'accord porte sur une tendance, qui peut être mesurée en moyenne annuelle comme cela est confirmé par la comparaison avec un « *réel 2000 ventes brutes* » qui correspond aux ventes brutes effectivement réalisées en moyenne annuelle en 2000. Une inflexion de la tendance peut être révélée par une moyenne semestrielle, ou une moyenne glissante sur les n derniers mois, voire par une simple variation mensuelle. Il a ainsi été constaté ci-dessus que les évolutions mensuelles de parts de marché en ventes brutes et en ventes nettes faisaient l'objet d'un suivi attentif par les dirigeants des sociétés concernées. La part de marché en ventes brutes d'Orange France s'étant élevée au dernier semestre 2000, à 49,7 %, la tendance ainsi révélée s'éloigne en effet de l'objectif de 46 % et explique le commentaire selon lequel Orange France n'a pas « *respecté l'accord au second semestre* ».
257. De même, le fait que la somme des parts de marché s'élève à 101 % pour le « *rappel 2000 ventes nettes* » et à 102 % pour les « *propositions 2001 ventes brutes* » ne démontre pas qu'il s'agit de prévisions indépendantes, dont l'auteur de la note n'aurait eu connaissance qu'à travers des analystes financiers ou autres observateurs du marché. Le Conseil admet que, pour des raisons qui seront développées ci-après, le pilotage du marché par les parts relatives de ventes brutes ne pouvait avoir la même précision qu'un contingentement de la production dans une industrie « *classique* », ce dont les dirigeants des sociétés, qui en font d'ailleurs un argument de leur défense (cf. paragraphe 272), avaient nécessairement conscience. La note montre que l'accord de 2000 et la négociation d'un nouvel accord pour 2001 ont porté sur des objectifs en termes de pourcentage arrondis, ne pouvant être fixés à une décimale près, et que ces objectifs faisaient l'objet d'une réelle négociation, comme l'indique la mention selon laquelle M. P. M., après avoir « *demandé* » 23 %, « *accepte* » 22 %. Aucun élément ne permet d'ailleurs d'affirmer que les objectifs figurant sur cette note pour 2001, sous la forme de « *propositions* », sont ceux sur lesquels les opérateurs se seraient finalement mis d'accord, à l'inverse de ce qui est évoqué pour 2000 où il est fait référence explicite à un « *accord* ».
258. Par ailleurs, contrairement à ce qu'affirment les sociétés mises en cause, le document du 28 mars 2001 ne présente pas d'incohérences avec d'autres documents du dossier. Il n'est en effet pas contradictoire que lors d'un conseil d'administration de Bouygues Télécom en date du janvier 2001, il soit mentionné que la part de marché brute prévue au plan pour 2000 était de 22,3 %, alors que cet opérateur aurait négocié 21 % avec ses concurrents pour la même année : aucun élément n'indique la date de conception du « *plan* » de Bouygues Télécom pour 2001, ni celle de la négociation des objectifs avec les concurrents pour la même année. Quant au procès-verbal du conseil d'administration du même opérateur en date du 28 mai 2001, il y a lieu de noter qu'il n'est pas précisé dans ce document si la part de marché de 50 % présentée comme l'objectif probable que se serait fixé France Télécom est en données ventes brutes, ventes nettes ou parc, étant rappelé qu'avec 15 089 400 clients en mars 2001, Orange France atteignait alors 48,2 % de parts de marché parc mais seulement 46,4 % en ventes brutes. Il ne peut donc en être déduit que Bouygues Télécom ne connaissait pas les objectifs fixés dans le cadre de l'accord. Enfin, il convient de noter qu'au mois d'avril 2001, Bouygues Télécom n'a réalisé que 18,7 % des ventes brutes, ce qui l'éloigne d'un objectif qui serait de l'ordre de 22 % pour 2001. Dans ces conditions, le fait que SFR s'interroge, au cours d'un comité de direction du 7 mai 2001, sur les risques de réaction agressive de Bouygues Télécom ne signifie nullement, comme il est soutenu en défense, qu'un accord entre les trois opérateurs était hautement improbable.
259. Il résulte de ce qui précède que la note de M. B. en date du 28 mars 2001 dont les termes, le sens général et la cohérence ne peuvent être sérieusement mis en doute, constitue, par la

référence claire qu'elle fait à l'accord de parts de marché pour 2000 en ventes brutes et à la négociation d'un nouvel accord pour 2001, un indice particulièrement grave, précis et explicite de la pratique concertée reprochée aux trois opérateurs.

Sur les autres documents indiquant l'existence et la poursuite d'une concertation en 2001 et 2002

260. Il existe au dossier d'autres documents indiquant que les trois opérateurs se sont entendus sur le niveau de leurs ventes brutes afin de pacifier le marché, c'est-à-dire d'éviter une concurrence trop intense.
261. En premier lieu, le compte-rendu d'une « revue d'affaires » de FTM du 4 avril 2000 mentionne une « politique de pacification du marché » (cf. paragraphe 60 ci-dessus).
262. En deuxième lieu, des notes manuscrites prises par le président d'Orange France lors d'un comité exécutif du 26 mars 2001 mentionnent un « accord SFR/BYT/ITI », SFR désignant la société SFR, BYT, la société Bouygues Télécom et ITI la marque Itinériss sous la mention « Résultats PDM » [parts de marché]. Il en est déduit « obtenir 590F TTC au 2.04 ». L'explication donnée par l'auteur du document selon laquelle cette dernière mention doit s'interpréter comme signifiant qu'il ne se laissera « pas attaquer commercialement sur le marché de la Mobicarte sans réagir et que des kits prépayés ne devraient pas être vendus en dessous de 590 F TTC », ne justifie pas le lien fait par le document entre un accord entre les trois opérateurs et le fait d'obtenir un prix déterminé.
263. En troisième lieu, des notes manuscrites, reproduites au paragraphe 64 prises par le président d'Orange France à la date du 3 juin 2002, au cours d'un comité exécutif, après des mentions relatives aux ventes réalisées par les trois opérateurs en mai et d'autres relatives à la politique commerciale et financière d'Orange France, se concluent par « il faut que Byt [Bouygues Télécom] remonte à 20 % ». Les explications données par l'auteur de la note, selon lesquelles les termes « il faut » signifient en fait que la politique commerciale et financière mentionnée plus haut sur le document devrait avoir pour conséquence « mécanique » une remontée des parts de marché de Bouygues Télécom ou, comme l'a affirmé l'auteur en séance, ont le sens de « on ne pourra donc empêcher Bouygues Télécom de remonter à 20 % », donnent à ces notes manuscrites un sens très éloigné des termes employés. Le sens littéral de ces termes est qu'Orange France était dans l'obligation de faire en sorte que la part de Bouygues Télécom remonte à 20 % car la concertation sur les parts de marché, dont l'existence en 2000 et 2001 ressort des documents décrits ci-dessus, a été poursuivie en 2002.
264. Les notes manuscrites du même auteur, datées des 28 et 30 octobre 2002, constituent un autre indice de la reconduction de l'accord en 2002. Chacune d'entre elles mentionne en effet un « Yalta P.D.M. ». Certes, comme le fait valoir la société Orange France dans ses observations, ces mentions sont à chaque fois accolées à l'évocation de la plainte que Bouygues Télécom menaçait de déposer devant la Commission européenne à propos de l'utilisation du réseau des agences commerciales de France Télécom. Mais s'il est vrai que M. Q. mentionne, dans les notes qu'il prend au cours du comité exécutif de France Télécom en date du 28 octobre 2002, le « Yalta PDM » sous la forme d'un point séparé après l'évocation de la plainte de Bouygues Télécom, il suit l'ordre inverse dans le compte-rendu qu'il fait de cette réunion deux jours plus tard, le 30 octobre 2002, à M. F., directeur de la distribution d'Orange France : le point « Yalta PDM » y figure, de manière très clairement séparée, avant l'évocation de la plainte de Bouygues Télécom. Il est donc, dans ces conditions, difficile d'admettre, comme le soutient Orange France dans ses observations écrites et l'a maintenu M. Q. au cours de la séance, que « l'hypothèse » d'un

Yalta ait été traitée par lui comme une conséquence possible de la plainte. Quand M. Q. emploie deux fois un terme aussi peu équivoque que celui de « Yalta » qui désigne, on le sait, un partage territorial décidé entre les dirigeants de trois puissances alliées, il est en outre très peu vraisemblable qu'il veuille par là signifier la volonté de Bouygues Télécom de provoquer la conclusion avec Orange France d'un « armistice » - terme très éloigné de la signification historique de Yalta telle qu'elle est passée dans le langage courant – portant sur des parts de marché. Le Conseil y voit, au contraire, l'observation que l'accord de parts de marché en vigueur depuis 2000, désigné sous le nom de « *Yalta PDM* », continue à être évoqué au sein du comité exécutif de France Télécom à la fin d'octobre 2002.

265. Quant à l'argument, rappelé en séance, selon lequel le compte rendu « officiel », diffusé à ses participants, du comité exécutif de France Télécom, en date du 28 octobre 2002, au cours duquel le « *Yalta P.D.M.* » a été évoqué, ne mentionne pas ce point, alors qu'il traite de la plainte de Bouygues Télécom, le Conseil relève que, loin de venir au soutien de la thèse d'Orange France, il ne fait que confirmer le caractère secret – et donc non mentionnable dans un document diffusé – de l'accord.
266. En revanche, le Conseil estime que la mention « *refus de perdre des parts de marché* », figurant sur la note manuscrite du 27 mars 2003 rédigée par le directeur général de SFR n'est pas à retenir dans le faisceau d'indices car elle n'indique pas à l'évidence que l'accord aurait perduré jusqu'en 2003.
267. Il résulte de ce qui précède qu'il existe plusieurs indices révélés par les documents ou notes manuscrites décrits et analysés ci-dessus faisant tous référence, pour certains de manière particulièrement précise et explicite, à l'existence d'une concertation, et donc d'un accord de volonté, autour d'objectifs discutés en commun de 2000 à 2002. La double circonstance qu'il s'agisse de documents unilatéraux évoquant l'accord, et non de documents établis en commun ou échangés entre les opérateurs et qu'aucun de ces documents n'émane de la société Bouygues Télécom n'enlève rien, comme l'a estimé le Conseil dans la décision précitée n° 00-D-28, confirmée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 27 novembre 2001, à la valeur d'indice de ces pièces. En effet, s'agissant d'une concertation menée – comme l'attestent les noms figurant dans la note manuscrite du 28 mars 2001 - au plus haut niveau des entreprises, de la part de dirigeants que l'on peut supposer parfaitement avertis des risques encourus au cas où cette concertation - nécessairement secrète - serait mise à jour, la prudence imposait que « *ces prises de contact* », pour reprendre l'expression du juge communautaire dans l'affaire LVM précitée du 29 avril 1999 (cf. paragraphe 236), ne fassent pas l'objet de comptes-rendus écrits, de documents formalisés ou d'échanges de lettres, voire de courriers électroniques entre les participants à l'accord. Il résulte d'ailleurs d'une jurisprudence constante que « *les sociétés requérantes ne peuvent tirer argument de l'absence de preuves documentaires saisies dans leurs locaux propres, alors qu'un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu comme à celles qui y sont mentionnées, et peut être utilisé comme preuve par le rapprochement avec d'autres indices concordants* » (Cour d'appel de Paris, 26 novembre 2003, société Préfall).
268. En revanche, les mentions citées par Bouygues Télécom, « *relations Vodafone/Orange France pour diriger le marché* » de mars 2001 ou « *COM SFR/Orange France contre Bouygues Télécom* » de janvier 2002, sont insuffisantes pour indiquer que l'accord exclut Bouygues Télécom.

269. Il convient maintenant d'examiner si ces indices sont confortés ou non par l'observation de l'évolution des parts de marché au cours de la même période et les politiques commerciales menées par les trois opérateurs.

2. SUR L'ÉVOLUTION DES PARTS DE MARCHÉ DES OPÉRATEURS AU COURS DE LA PÉRIODE CONSIDÉRÉE 2000-2002

Les arguments des parties

270. L'association saisissante UFC - Que Choisir cite l'ART qui a constaté une très forte stabilité des parts de marché des trois opérateurs en parts de marché depuis 1999 (moins de 0,1 % d'écart entre 1999 et 2003 pour la variation la plus importante).
271. Les entreprises mises en cause soulignent au contraire la volatilité de leurs parts de marché, à la fois à court terme et sur une plus longue période. Elles font valoir que la moyenne des ventes brutes d'Orange France a évolué à la baisse entre 2000 et 2002, passant de 47,4 % à 44,7 %, que celle de SFR a gagné 3,2 points (de 32,4 à 35,6 %), tandis que celle de Bouygues Télécom déclinait légèrement, de 20,2 % à 19,8 %. De même, elles observent que les parts de marché en ventes nettes, également marquées par une forte volatilité en données mensuelles, ont connu des variations de grande amplitude au cours de la période, dues notamment au nettoyage du fichier de Bouygues Télécom. La société Orange France soutient également que les parts de marché en parc ont connu des variations sensibles de 1998 à 2003 mais qu'il est normal de constater une certaine inertie des parts de marché en parc, commune à d'autres pays européens.
272. La société SFR soutient aussi que le « gel », qui nécessiterait un pilotage extrêmement précis, n'aurait pas été vérifié sur la période 2000-2002. Les ventes brutes et les ventes nettes des opérateurs auraient varié dans des proportions considérables entre 2000 et 2002, que l'on raisonne de manière globale ou en distinguant la part « abonnement » de la part « prépayé ». Par ailleurs, en 2002, Bouygues Télécom a supprimé près d'un million de clients de son parc (15 %), sans obérer son chiffre d'affaires, ce qui montrerait que les parts de marché ne représenteraient qu'un indicateur très imparfait. Il serait, en tout état de cause, difficile de « piloter » un gel de parts de marché, en raison de la structure de la distribution (les ventes indirectes représentent 96 % des ventes), d'autant plus que la structure du marché présenterait deux particularités : la volatilité de la clientèle (la conquête de 0,1 % de part de marché fin 2003 force SFR à conquérir 4,3 millions de clients) et la saisonnalité des offres (quatre périodes : Saint Valentin, vacances estivales, rentrée scolaire et universitaire, Noël). SFR fait encore valoir le montant élevé des investissements qu'elle a réalisés au cours de la période en cause (200 « Espaces SFR » ouverts en 2000 ; 310 millions d'euros d'investissements de 1999 à 2001),
273. Par ailleurs, la société Orange France soutient que le ralentissement des nouvelles activations à partir de 2000 est parfaitement normal et correspond à une évolution sous la forme d'une « courbe en S », qui a été constatée dans d'autres pays européens.
274. La société Bouygues Télécom fait valoir qu'elle aurait été victime de la cristallisation de sa part de marché en parc, en deçà de la taille critique de 20 % (17,87 % en 2000, 16,10 % en 2003), ce qui l'a conduite à alerter les instances de régulation. L'opérateur n'aurait capté que 50 % des nouveaux abonnés qui auraient dû lui revenir, ce qui le placerait en avant dernière position en Europe et impute ce retard à la domination collective d'Orange France et de SFR sur le marché. Elle souligne que si aucune stabilité des parts de marché des trois opérateurs n'est perceptible de 2000 à 2002, en revanche, si seules sont prises en

compte les données parc d'Orange France et de SFR, leur répartition est étonnamment stable (58,4 % pour Orange France et 41,5 % pour SFR). Elle note que, sur cette période Orange France et SFR ont vu leur part de marché parc augmenter respectivement de 1,64 % et 1,13 % tandis que la sienne baissait de 2,77%. Pour Bouygues, la relative stabilité des part de marché s'explique par les pratiques d'Orange France et SFR qui freinent la fluidité du marché, parmi lesquelles il convient de relever une subvention excessive des terminaux, les longues durées d'engagement des clients, les plans de fidélisation, et les offres on-net.

L'appréciation du Conseil

275. Le Conseil admet qu'en présence d'un marché de produits de grande consommation, sur lequel sont proposées des gammes d'offres diversifiées, un accord entre concurrents portant sur le niveau de leurs parts de marché ne peut viser à maintenir une stabilité parfaite de ces parts de marché. Un tel objectif nécessiterait que les entreprises anticipent de façon exacte les caractéristiques précises de la demande et notamment l'élasticité-prix de la demande pour chacune de leurs offres, ce qui serait irréaliste. Mais ce constat n'enlève ni toute rationalité, ni tout effet anticoncurrentiel à un accord portant sur le niveau des parts de marché. Des entreprises qui, plutôt que de courir le risque de la concurrence, conviennent entre elles d'un objectif de répartition du marché, faussent le jeu de la concurrence, même si cet objectif est celui d'une stabilité relative, les parts de marché des concurrents oscillant autour d'un objectif arrondi fixé d'un commun accord en moyenne annuelle.
276. En l'espèce, les données exposées au paragraphe 117 confirment une relative stabilité des parts de marché en ventes brutes des opérateurs. Elles sont, certes, très volatiles d'un mois à l'autre, comme le mesure l'étude économique fournie par la société SFR. Cette volatilité n'empêche toutefois pas que soient discernables des tendances très observables. L'évolution des ventes brutes, telle qu'elle ressort des données mensuelles représentées à la page 13 de cette étude, fait ainsi apparaître en 2000, pour Bouygues Télécom, une rupture de la tendance antérieure qui était caractérisée par la progression de la part de marché de cet opérateur. De 2000 à 2002, en revanche, la part de Bouygues Télécom dans les ventes brutes est stable. Il en est de même des parts de marché en ventes brutes d'Orange et SFR, qui en dépit des variations mensuelles, montrent une nette tendance à revenir vers une moyenne, tout au moins jusqu'à la mi-2002.
277. En moyenne annuelle, la comparaison effectuée au paragraphe 57, entre les parts de marché cibles de l'accord, telles qu'elles ressortent de la note manuscrite du 28 mars 2001, et les parts de marché réellement atteintes par les trois opérateurs fait apparaître des écarts faibles. Pour Orange France, l'accord 2000 portait sur une part de ventes brutes de 46 %, contre 47,4 % réalisés ; l'accord 2001 reconduisait le même objectif de 46 %, contre 45,9 % réalisé. Pour SFR, l'accord 2000 prévoyait un objectif de 34 % contre 32,4 % réalisé, objectif reconduit en 2001 et correspondant exactement aux ventes brutes réalisées par SFR cette année-là. Pour Bouygues Télécom, l'accord porte sur 21 % en 2000, contre 20,2 % réalisé et sur 22 % en 2001, contre 20,1 % réalisé.
278. De fait, si un pilotage concerté des parts de marché en ventes brutes autour de valeurs relatives discutées entre opérateurs ne peut avoir l'efficacité absolue qui résulterait, par exemple, d'un mécanisme de fixation de contingents de production dans une industrie manufacturière, il reste que, contrairement à ce qu'affirment les sociétés mises en cause dans leurs observations, sa mise en œuvre était à la fois possible et praticable. Elle était possible car les opérateurs disposaient, grâce à l'échange régulier d'informations relatives aux parts de marché en ventes brutes, analysé ci-dessus, d'un instrument de surveillance.

Elle était praticable car de nombreux éléments du dossier témoignent de la mise en œuvre d'un tel pilotage, tant à la hausse qu'à la baisse, des parts de marché. Pour les opérateurs, les variations de parts de marché qu'ils constatent sont bien le résultat des décisions de politique commerciale prises par eux-mêmes, ou par leurs concurrents, et non une donnée exogène qu'on ne peut que constater et non maîtriser. Ils évaluent de façon précise l'impact de leurs décisions sur le volume de leurs ventes et prennent certaines décisions relatives aux conditions de leurs offres avec l'objectif déclaré de jouer, à la hausse ou à la baisse, sur le niveau de leur part de marché.

279. Ainsi, le compte-rendu d'une « Revue d'affaires » de France Télécom mobiles du 4 avril 2000 relève que « *la remontée des prix des terminaux a ralenti la croissance globale du marché. En termes d'intention d'achat, -23 % sur le prepaid qui passe de 690 à 890 F et -27 % sur le post-paid qui passe de 490 à 690 F* » (cf. paragraphe 72 ci-dessus). De même, le compte-rendu du comité exécutif Orange France du 3 juin 2002 mentionne la décision de rehausser les prix au 1^{er} juillet 2002 et estime « *son impact sur le volume global de ventes sur 2002. Il est prévu en ventes brutes une année 2002 inférieure de 18 % aux résultats 2001(...)* » (cf. paragraphe 74). Lors du comité exécutif d'Orange France du 28 octobre 2002 il est aussi relevé que « *les chiffres des ventes [confirment] le retrait très fort sur Mobicarte compte tenu de la remontée des prix, ce qui fera une croissance négative sur le parc Mobicarte sur le mois d'octobre...* » (cf. paragraphe 78).
280. Le compte-rendu du comité exécutif d'Orange France du 26 novembre 2001 montre que devant le constat d'une « *faiblesse d'Orange France sur le prépayé qui va aboutir à une part de marché mauvaise sur le mois* », il est pris la décision de revoir la crémaillère des prix des coffrets (cf. paragraphe 87 ci-dessus). Le compte-rendu du comité exécutif de France Télécom du 28 octobre 2002 (cf. paragraphe 78) permet également de constater que, devant le « *risque réglementaire résultant d'une part de marché à 49,6 %* », les dirigeants concluent que cela « *incite à réduire les dépenses publicitaires et les coûts d'acquisition* ». Lors de son conseil d'administration du 22 janvier 2001, la société Bouygues Télécom constate une part de marché brute de 20,2 %, résultat essentiellement lié à la volonté de maîtriser les coûts commerciaux. Lors du conseil d'administration du 20 juin 2002, il est exposé que la part de marché de Bouygues Télécom a baissé et que l'opérateur a dû augmenter le niveau des subventions ainsi que la rémunération des distributeurs (cf. paragraphe 82 ci-dessus). Une fois encore, cette remarque confirme le lien fait par les entreprises entre les parts de marché résultant de l'accord et les politiques commerciales menées par chacun des opérateurs.
281. M. Q. constate aussi, le 26 mars 2001, que « *- Résultats PDM ⇒ Pas de produit à 490 TTC (Nokia 3210) c/o SFR et ByT- Plan de communication Mobicarte + Promo service MOBICARTE- Accord SFR/ BYT/ ITI à prolonger ⇒ obtenir 590 F TTC au 2.04* » (cf. ci-dessus paragraphe 61). De même, les notes en date du 3 juin 2002 qu'il a prises (cf. ci-dessus paragraphe 64) mettent en regard les résultats en ventes brutes et les résiliations du mois de mai 2002, avec les mesures à mettre en place le 1^{er} juillet 2002 (« *Ppaid = 109€ vs 79€ 109€ à 199€ (plus de subvention = 0)*»). Celles du 8 juillet 2002 listent également, à côté des résultats de parts de marché, les mouvements de prix prévus (« *Mobi= 109€ SFR=14/07 ByT=31/07* ») (cf. ci-dessus paragraphe 44).
282. Contrairement à ce que soutient la société SFR, qui ne peut -sans risquer la contradiction - invoquer à la fois l'impuissance des opérateurs à piloter leurs parts de marché respectives et l'existence d'objectifs en parts de marché relatives négociés entre dirigeants et actionnaires des opérateurs mobiles, les outils ne manquent donc pas pour assurer un pilotage relatif des parts de marché, qu'ils soient tarifaires (prix des coffrets, subvention au

terminal, prix des forfaits etc...), publicitaires ou commerciaux (commissionnement des distributeurs....). Et l'ensemble des éléments relevés plus haut montre que ces outils pouvaient être actionnés au niveau des directions générales des sociétés mises en cause, sans qu'y fasse obstacle l'existence d'un réseau de distribution pour partie indépendant d'elles.

283. Il convient de mentionner, en dernier lieu, un autre instrument à la disposition des opérateurs pour stabiliser les parts de marché, que relève d'ailleurs la société Bouygues Télécom : la politique de fidélisation des abonnés. Comme le note l'ARCEP dans son analyse du marché de décembre 2004, si le taux de résiliation brut est de l'ordre de 20 %, il inclut les abonnés qui résilient pour des raisons diverses, y compris pour bénéficier d'une offre plus intéressante chez le même opérateur, et le nombre de clients qui changent d'opérateur ne dépasse pas 10% du parc. L'UFC-Que Choisir signalait que, selon une enquête CSA-TMO de mars/avril 2001, 86% des détenteurs de téléphone mobile n'avaient jamais changé d'opérateur. Or, la fidélisation des abonnés participe également d'une stratégie volontariste des opérateurs qui ont notamment favorisé la migration des clients vers des forfaits dont le prix est d'autant plus intéressant que la durée d'engagement est longue (12 ou, de plus en plus, 24 mois) et mis en place des plans de fidélisation. La société SFR insiste d'ailleurs sur la hausse de ses propres coûts de fidélisation. Il s'agit donc d'un autre moyen dont disposent les opérateurs pour stabiliser le marché.

3. SUR LES SIMILITUDES EN CE QUI CONCERNE LA POLITIQUE COMMERCIALE DES OPÉRATEURS

Les arguments des parties

284. L'association saisissante UFC - Que Choisir cite l'étude de l'INSEE qui met en évidence la fin de la baisse des prix des services de téléphonie mobile à partir du dernier trimestre de 1999 (revue Economie et statistiques n° 362, 2003) et l'ART, qui indique que sur la période de 2000 à 2003 le marché des mobiles n'a pas connu d'innovation majeure en matière d'offres, ni de baisse sensible des prix, alors que la rentabilité des opérateurs a fortement augmenté dans le même temps (+90 % pour Orange France en 2003, +55 % pour SFR et +15 % pour Bouygues Télécom). L'association UFC-Que Choisir note par exemple, que l'offre Entrée Libre Société Française du Radiotéléphone (SFR) kit Nokia 3210 proposée par SFR à 499 frs TTC jusqu'au 2 avril 2001, est montée à 590 frs TTC à partir du 3 avril 2001, après que la société Orange France a indiqué lors de son comité exécutif du 26 mars 2001 que ce prix devait remonter à la date du 2 avril 2001. L'association rappelle que l'ART a relevé que l'évolution des paliers de facturation sur la période 1999 à 2001 n'était justifiée par aucune raison économique ou technique. L'association UFC - Que Choisir cite l'ART qui a constaté un taux de pénétration de la téléphonie mobile en France de 69 % pour 2003, alors que la moyenne européenne est de 81 %, ce qui montre que la rentabilité a été privilégiée au détriment de la progression du nombre des abonnés.
285. Les entreprises mises en cause expliquent avoir mené une politique commerciale à la fois conforme à leurs intérêts et autonome. Orange France, SFR et Bouygues Télécom font, en premier lieu, valoir que leurs objectifs de réduction de dépenses d'acquisition étaient rationnels et ne traduisaient en rien un affaiblissement du jeu concurrentiel entre opérateurs. La baisse générale des coûts d'acquisition à partir de 2000 résulterait de l'éclatement de la bulle Internet, de l'évolution normale du marché selon une « courbe en S » (ralentissement de la demande des « primo-accédants »), ainsi que du souci des

opérateurs de rééquilibrer leurs dépenses d'acquisition vers les clients les plus rentables (forfaits) et de privilégier les dépenses de fidélisation aux dépens de celles consacrées à l'acquisition. Orange France fournit deux études économiques exposant comment la concurrence serait passée d'une rivalité pour la conquête de nouveaux clients « primo-accédants » à une lutte entre opérateurs pour essayer d'attirer les « gros consommateurs » déjà clients, les changements de terminaux étant alors une occasion pour choisir un opérateur. Les forfaits auraient par ailleurs été favorisés aux dépens des prépayés et l'accent a été mis sur le développement des usages du mobile, notamment vers les services non-vocaux. SFR explique que, sur la période 2000-2002, s'est développée une tendance visant à privilégier le revenu moyen par abonné (ARPU) par rapport au volume du parc, en proposant de nouvelles offres de services (9 proposées en 2002 par SFR, plus 7 offres spéciales), de nouveaux terminaux (20 en 2002 pour SFR) et des promotions (161 millions d'euros d'annonces publicitaires pour SFR, 151 pour Orange et 95 pour Bouygues Télécom).

286. Les sociétés mises en cause mettent par ailleurs l'accent sur l'absence d'uniformité des stratégies des opérateurs. La société Orange France explique qu'une stratégie de gel de parts de marché aurait été contraire aux intérêts des opérateurs qui ont défini des stratégies et des objectifs différents et ont mené des politiques commerciales et marketing incompatibles avec un gel. SFR aurait ainsi maintenu des coûts d'acquisition plus élevés, en n'ayant jamais cessé de subventionner ses kits Entrée Libre ou La Carte en 2002 comme en 2003, mais aurait en revanche augmenté le coût des communications, contrairement à Bouygues Télécom et Orange France. De ce fait, Orange France soutient que la baisse des coûts d'acquisition n'a pas été aussi importante que l'entreprise l'aurait souhaitée du fait de l'intensité de la concurrence et cite l'exemple des coffrets Prépayés qu'Orange France aurait souhaité remonter à 690 FF au 1^{er} septembre 2001 mais qui sont restés entre 490 et 399 Frs, ainsi que l'exemple de Bouygues Télécom, qui avait fortement réduit les subventions de ses terminaux mais constatait le 7 mai 2002 que ses pertes de parts de marché excédaient ses prévisions. De même, la suppression de toute subvention par Orange France à compter d'octobre 2002 n'a pas été suivie par ses concurrents. Les opérateurs font encore valoir qu'ils n'ont pas réussi à obtenir la fin des offres de remboursement (ODR). SFR aurait eu tendance à subventionner le prépayé contrairement à Orange. Orange France soutient qu'elle ne s'est pas désintéressée des petits consommateurs, mais a tenu à les attirer vers des formules d'abonnement créant en conséquence des mini forfaits et des offres de type « compte mobile » qui répondaient aux besoins des consommateurs à petits budgets. De plus, la subvention des terminaux justifie, selon elle, un prix des communications plus élevé pour les petits utilisateurs.
287. De même, Bouygues Télécom assure de son autonomie dans la définition de sa stratégie commerciale par rapport à Orange France et SFR. A partir de 2000, le troisième opérateur aurait été contraint de se désengager sur le prépayé pour privilégier les forfaits, en pratiquant des prix inférieurs, en cohérence avec son déficit de couverture initial, alors que ses concurrents développaient des offres « on-net » engendrant un « effet club ». Contrairement à ses concurrents, Bouygues Télécom serait le seul opérateur dont les prix ont baissé tant pour les prépayés que pour les post-payés. S'agissant du forfait deux heures, Bouygues Télécom serait la seule dont les tarifs auraient baissé en 2002, constatation qui resterait vraie lorsque le prix du terminal est pris en compte. En ce qui concerne les terminaux, aucun document du dossier ne proviendrait de Bouygues Télécom, qui ne diffuserait aucun prix de vente maximum conseillé auprès de ses distributeurs. Bouygues Télécom affirme s'être toujours distinguée des deux autres opérateurs par des initiatives telles que la facturation à la seconde dès la première seconde,

la carte prépayée d'une durée de six mois, le mini-forfait avec durée d'engagement de six mois, l'i-mode, ainsi que des prix inférieurs à ceux d'Orange France et SFR.

L'appréciation du Conseil

288. L'existence d'une concertation entre les opérateurs mobiles en vue de stabiliser leurs parts de marché sur la période 2000-2002 autour d'objectifs définis en commun est confortée par l'examen des politiques commerciales adoptées pendant cette période par les opérateurs, qui montrent de nombreuses similitudes.

Sur les similitudes s'agissant des coûts d'acquisition

289. Cette similitude est perceptible dans les comptes-rendus internes des sociétés (cf. paragraphes 71 à 82 ci-dessus). Les trois opérateurs ont privilégié une politique consistant à baisser leurs coûts d'acquisition, en particulier les commissions des distributeurs et les subventions des terminaux (cf. paragraphes 91 à 92 ci-dessus), provoquant ainsi une baisse de leurs ventes. Cette évolution, qui avait pour objectif une amélioration de la rentabilité, s'est accompagnée de tentatives visant à freiner l'accroissement du nombre de clients prépayés et à orienter les clients vers les forfaits, plus rentables. Cet infléchissement marque la fin d'une course à la part de marché, l'accent étant alors mis sur la rentabilisation de la base de clientèle acquise.
290. Pour Orange, cette politique est résumée ainsi : « *La vision : passer d'une stratégie de croissance à une stratégie de valorisation des fruits de la croissance* ». Elle apparaît au travers d'un compte-rendu d'une revue d'affaires de FTM du 4 avril 2000 : « *La remontée du prix des terminaux a ralenti la croissance globale du marché* » (cf. paragraphe 72 ci-dessus), de notes prises lors du comité exécutif Orange du 22 mai 2001 au cours duquel le président d'Orange France annonce qu'il faut rééduquer le marché et privilégier la stratégie valeur et la stratégie contrat plutôt que le prépayé, stratégie qui se traduira entre autres par une remontée des prix du prépayé à 690 F TTC (cf. paragraphe 73), du compte-rendu d'un comité exécutif du 3 juin 2002 : « *Orange France(...) comex 3/06/02 (...) P. F. présente le plan de remontée des prix prévus au 1^{er} juillet par type de produit ainsi que son impact sur le volume global de ventes sur 2002. Il est prévu en ventes brutes une année 2002 inférieure de 18 % aux résultats 2001(...)* » (cf. paragraphe 74 ci-dessus). Le 10 octobre, il note également que « *depuis octobre Orange France ne met plus un € de subvention sur le prépayé, mais que pour l'instant nos concurrents ne se sont pas encore alignés* ».
291. SFR poursuit la même politique ainsi qu'il ressort d'un comité de direction du 14 juin 2002 : « *nécessité de réduire très significativement les subventions sur les abonnements et de poursuivre la tendance sur le prépayé* » (cf. paragraphe 80 ci-dessus).
292. Bouygues Télécom résume sa stratégie dans un compte-rendu du conseil d'administration de Bouygues Télécom du 1^{er} mars 2001 : « *Il a donc été décidé de stopper la course à la part de marché et d'orienter les efforts vers les clients forfaits* » (cf. paragraphe 82 ci-dessus). Une société boursière est d'ailleurs « *réservée sur la stratégie « conservatrice » de Bytel qui privilégierait la rentabilité en sacrifiant trop tôt la croissance de sa base d'abonnés dans un marché qui présente encore un bon potentiel* » (cf. paragraphe 85 ci-dessus).
293. Il y a lieu de relever également deux épisodes d'alignement à la hausse des prix par les distributeurs. Ainsi, alors que SFR vend le kit Nokia à 499 F TTC depuis le 29 janvier 2001, que le PVMC du kit Mobicarte Nokia 3210 d'Orange est abaissé de 690 à 590 F TTC à partir du 9 mars 2001 et que, le président d'Orange note le 26 mars 2001 « *pas de*

produit à 490 TTC (Nokia 3210) c/o SFR et ByT, (...) obtenir 590 F TTC au 2.04 », le prix SFR est de fait remonté à 599 F TTC le 3 avril 2001. De plus, la hausse du prix des coffrets Mobicarte entrée de gamme d'Orange, dont le prix passe de 79 € à 109 € au 1^{er} juillet 2002, est suivie le 14 juillet par SFR et le 31 juillet par Bouygues Télécom (cf. paragraphes 75 à 95 ci-dessus).

Sur les similitudes s'agissant du prix des communications

294. S'agissant du prix des communications (tarifs des forfaits et des cartes de recharge prépayées), la politique des opérateurs présente également des évolutions similaires, qui confirment les orientations soulignées ci-dessus dans les extraits des comptes-rendus des réunions internes. La tendance commune aux trois opérateurs sur la période est une hausse des prix. L'enquête administrative relève une hausse moyenne de 5,6% pour le prix de 25 forfaits et une baisse moyenne de 10,9% sur le prix de 10 cartes prépayées, étant rappelé que les premiers ont généré 88% des recettes des opérateurs en 2000, 84% en 2001, 82% en 2002. De même, une étude parue dans la revue « *Economie et Statistiques n° 362* » de 2003 met en évidence la fin de la baisse des prix des services de la téléphonie mobile à partir du dernier trimestre de l'année 1999 (cf. paragraphe 99 ci-dessus).
295. Dans sa saisine, l'UFC-Que Choisir soulignait aussi que les premiers mois de l'année 2001 avaient été marqués par des hausses concomitantes de tarifs chez les trois opérateurs mobiles. Elle produit un article paru le 7 mai 2001 sur le site Internet « *BudgeTelecom* » qui analyse ainsi cette hausse : « *Si ces augmentations tarifaires sont si remarquables, c'est qu'elles sont intervenues en continu sur le premier semestre 2001 (...) BudgeTelecom vous propose de revenir sur toutes ces augmentations où la seule protestation possible est la résiliation du contrat d'abonnement. Malheureusement, tous les opérateurs ont suivi cette hausse tarifaire ce qui ne donne aucun argument de poids au client pour aller voir la concurrence* ». Les hausses tarifaires ainsi visées ont pris des formes différentes selon les opérateurs. Bouygues Télécom a appliqué une hausse de 10 F/mois à l'ensemble
296. Surtout, les opérateurs sont passés, début 2001 pour les offres post-payées, d'une facturation par paliers de 15 secondes après une première minute indivisible à une facturation de 30 secondes après une première minute indivisible, facturation qui accroît la différence entre les minutes effectivement consommées et celles payées par l'abonné et aboutit à faire payer plus cher les communications de courte durée, 60 % des appels étant d'une durée inférieure à une minute. Cette décision a été annoncée par Bouygues Télécom et SFR le 15 janvier 2001 et par Orange France le 15 avril 2001. Ce n'est que sous la pression des associations de consommateurs qu'en septembre 2002 les opérateurs sont revenus sur ce mode de facturation. Une évolution similaire a été constatée pour les offres prépayées, SFR passant d'un palier de 15 secondes après une première minute indivisible à un palier de 30 secondes après une première minute indivisible à compter du 15 janvier 2001 ; Bouygues passant d'un palier de 30'' après la première seconde à un palier de 15'' après une première minute indivisible, également le 15 janvier ; Orange passant d'un palier de 20'' dès la première seconde à un palier de 30 secondes après une première minute indivisible le 21 mars 2001. UFC-Que Choisir notait d'ailleurs dans sa saisine que la France était le seul pays européen dans lequel les paliers de tarification étaient aussi défavorables au consommateur et identiques pour tous les opérateurs. L'ART, dans l'avis n° 04-616 qu'elle a rendu à la demande du Conseil dans la présente affaire, avait noté que ce changement de palier tarifaire dégradait la lisibilité de l'offre.
297. Au total, il ressort de fait du tableau figurant au paragraphe 116 que, pour les communications post-payées, la recette moyenne par minute suit la même évolution : baisse importante fortement ralentie après 1999. Pour les cartes prépayées, le même

tableau montre une hausse de la recette moyenne par minute pour Orange France et SFR, pour l'ensemble de la période, mais une baisse pour Bouygues Télécom. Il doit cependant être rappelé que les forfaits ont représenté 88% des revenus en 2000, 84% en 2001 et 82% en 2002.

298. De fait, les données de l'observatoire des mobiles relatives à la recette mensuelle moyenne par abonné montrent que, tous services confondus, la recette mensuelle moyenne par abonné, après avoir baissé fortement en 2000, reste stable puis progresse légèrement. En ce qui concerne les seuls services vocaux, l'évolution décrite par l'ARCEP dans son analyse fait apparaître une baisse comparable en 2000, puis une stabilisation en 2001 et 2002, suivie d'une légère baisse en 2003. Une étude de l'OMSYC (Observatoire Mondial des Systèmes de Communication) de février 2004, intitulé « Mesures comparatives d'indicateurs d'intensité concurrentielle sur les marchés mobiles européens en 2002 », citée par l'ARCEP et jointe par l'association UFC-Que Choisir à ses observations, montre également une baisse du revenu moyen importante entre 1999 et 2000, suivie d'une relative stabilité de 2000 à 2002. Cette étude révèle également que la marge nette par client et la marge nette par minute ont augmenté de 2000 à 2002 et de façon plus importante en France que dans les autres pays.
299. Si la phase d'exploitation des bases installées avec remontée des prix succède, naturellement, à celle de constitution des bases par les opérateurs durant laquelle la concurrence est intense, le moment optimal de cette transition dépend, pour chaque opérateur, de ses caractéristiques propres ainsi que des stratégies des concurrents. Des opérateurs qui diffèrent par leur taille, leur image de marque, leur réseau et leurs coûts, devraient basculer dans cette deuxième phase à des dates différentes les uns des autres. Le fait que l'intensité concurrentielle baisse et que la stabilisation des parts de marché intervienne de façon simultanée chez les trois rivaux ne saurait donc résulter du seul calcul rationnel que mènerait de manière indépendante chacun des trois opérateurs.

Sur l'existence d'initiatives autonomes

300. Le fait que les politiques commerciales des opérateurs n'aient pas été en tous points identiques n'est pas de nature à enlever aux similitudes constatées ci-dessus leur valeur d'indice venant appuyer les autres indices d'une concertation entre les opérateurs mobiles visant à substituer aux risques de la concurrence une coordination de leurs stratégies. Un tel objectif concerté, anti-concurrentiel par son objet et son effet, peut être poursuivi alors qu'un certain degré de concurrence subsiste sur le marché. Il n'exclut donc pas, dans une certaine mesure, une différenciation des offres maintenue sur certains points, ni toute innovation technologique comme l'i-mode.
301. Il est ainsi indifférent que le niveau des coûts d'acquisition de SFR soit plus élevé que celui de ses concurrents ou que cet opérateur n'ait pas totalement supprimé les subventions sur les coffrets prépayés. Il est également inopérant qu'Orange France n'ait pu baisser ses coûts d'acquisition autant qu'elle l'aurait souhaité ou que certaines des hausses de prix ou de suppression de subventions mises en œuvre aient été suivies, quelques mois plus tard, de mouvements inverses, les opérateurs constatant que leurs parts de marché baissaient plus qu'ils ne l'avaient prévu. L'accord entre les opérateurs portait en effet sur une stabilisation de leurs parts de marché, conforme aux souhaits exprimés par eux de « stopper la course aux parts de marché » ou de pacifier le marché. Une baisse trop forte des parts de marché de l'un ou de deux d'entre eux n'entraîne donc pas dans les prévisions d'un tel accord. Or, la réaction de la demande à une hausse de prix peut être plus forte que cela n'avait été anticipé et nécessiter en conséquence un réajustement. Par ailleurs, le fait que les opérateurs aient pu revenir sur des hausses de prix décidées plus tôt dans l'année

pour les promotions des fêtes de fin d'année n'infirmes pas les orientations structurelles relevées.

302. S'agissant de Bouygues Télécom, il résulte de ce qui précède que la stratégie suivie par cet opérateur est, dans ses grandes lignes, comparable à celle des deux autres opérateurs. Par exemple, elle s'est alignée sur la hausse des prix des coffrets entrée de gamme en juillet 2001 et elle a suivi le mouvement de hausses du prix des forfaits au début de l'année 2001 (voir le paragraphe 84 ci-dessus). De même, si elle a été la première à lancer, le 6 septembre 2002, la facturation à la seconde dès la première seconde, elle omet de rappeler qu'elle avait également été la première à mettre en place une facturation par paliers de 30'' après une première minute indivisible, mesure défavorable aux consommateurs, en janvier 2001. Par ailleurs, ce nouveau mode de facturation a été proposé également par Orange France et SFR, en septembre 2002, pour certaines de leurs offres. Enfin, si Bouygues Télécom dénonce la surtaxe de 0,10 €/min qui existe sur certaines des offres de ses concurrents, il convient de préciser que le nouveau mode de facturation qu'elle propose constitue en option payante à 3€ sur ses forfaits. La société elle-même, dans ses observations, fait une différence entre « offres ponctuelles » et « offres structurantes ».
303. Les baisses de prix auxquelles cette société affirme avoir procédé en ce qui concernent les forfaits, au premier semestre de l'année 2002, ne sont par ailleurs, pas contradictoires avec l'existence de la concertation mise en cause, dans la mesure où la baisse de ces parts de marché était, à cette époque, constatée par elle-même et par ses concurrents, et que comme il a été noté ci-dessus, une baisse trop forte des parts de marché de l'un d'entre eux n'entraîne pas dans les prévisions de l'accord. De plus, ces affirmations sont à tempérer. Ainsi, alors qu'elle dénonce les hausses de prix de ses concurrents pour le forfait de 2 heures sur la période janvier 2000/janvier 2003, « *contrairement à Bouygues Télécom* », il ressort que son forfait Ultymo Millenium qui était à 36,59 euros en novembre 1999, puis à 41,92 euros en mai 2001, était facturé 40 euros en mai 2002, soit une hausse de 3,41 euros comparables à celles sur lesquelles elle attire l'attention du Conseil. Par ailleurs, la plupart des mouvements tarifaires qu'elle met en avant sur les offres prépayées de ses concurrents sont postérieurs à la période de la concertation mises en cause, puisqu'ils datent de juillet 2003 ou mars 2004. De même, le lancement de l'i-mode est effectif le 15 novembre 2002. France Télécom note d'ailleurs, dans un comité exécutif du 21 octobre 2002 (cote 1095) que cette initiative devrait « *l'aider à redresser la barre* ». Enfin, le lancement d'avantages, tels que « *Flash* » destinés aux clients qui consomment beaucoup, n'infirmes pas sa participation à une concertation visant à valoriser la base de clientèle acquise.

4. SUR LA JUSTIFICATION DE LA POLITIQUE COMMERCIALE MENÉE ET LA COMPARAISON AVEC D'AUTRES PAYS

Les arguments des parties

304. Bouygues Télécom fait part, à l'appui des ses observations, d'une étude économique sur le fonctionnement du marché des mobiles de 1991 à 2003, selon laquelle la structure du marché français serait celle d'un duopole de SFR et Orange France, avec une frange concurrentielle dans laquelle se situe Bouygues Télécom. Elle est appuyée par une seconde étude, « *Le marché des mobiles en France. La logique économique de la duopolisation et l'absence de rationalité économique d'un cartel à trois* », qui conclut qu'une entente à deux est économiquement plus profitable aux membres du duopole si les acteurs de la frange concurrentielle en sont exclus et que ceux-ci n'ont aucun intérêt à

rejoindre cette entente. Bouygues Télécom resterait preneuse en prix et ne pourrait accroître sa part de marché.

305. SFR et Orange France justifient par ailleurs les similitudes constatées par le degré de maturité atteint par le marché et expliquent que de telles évolutions ont été constatées dans d'autres pays européens. La société SFR a particulièrement insisté sur cette « constance européenne » qui démontrerait l'absence de singularité des observations faites sur le marché français. Elle produit à l'appui de son mémoire une étude qui compare l'évolution des principaux indicateurs sur la période 2000-2002 avec celle relevée pour la période précédant l'année 2000 et celle relevée pour la période 2003-2004, puis les évolutions constatées en France par rapport à celles constatées dans d'autres pays européens, supposés concurrentiels. Elle conclut que la tendance baissière relevée pour le revenu moyen par abonné (ARPU) est en harmonie avec la tendance des marchés européens concurrentiels, de même que la marge d'EBITDA (Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization – résultat brut d'exploitation), le prix moyen au détail des terminaux, l'évolution du taux de pénétration et le revenu par minute.
306. La société Orange France expose encore qu'il ne peut être déduit du niveau du taux de pénétration en France que les opérateurs auraient stabilisé leurs parts de marché aux dépens des consommations les plus faibles. Elle soutient que ce taux de pénétration reflète certaines particularités françaises : faible densité de population, facilité d'accès à la téléphonie fixe, phénomène de multi-équipement. Elle suggère que le critère le plus pertinent pour apprécier le degré de développement de la téléphonie mobile serait l'intensité d'usage des services de téléphonie mobile et que le rapport de l'OMSYC, de 2003, montre que les Français étaient les plus gros consommateurs de téléphonie mobile avec 88 minutes d'appel passé par habitant et par mois en moyenne, la moyenne européenne se situant à 78 minutes.

L'appréciation du Conseil

307. Il convient, d'abord de citer l'arrêt précité rendu dans l'affaire LVM, par le Tribunal de première instance des communautés européennes. Après avoir relevé que la preuve de la concertation entre les entreprises mises en cause, telle qu'établie par la Commission, ne résultait pas de la simple constatation d'un parallélisme de comportements sur le marché, mais de pièces dont il ressortait que les pratiques étaient le résultat d'une concertation, le Tribunal a estimé que : « *dans ces conditions, il incombe aux requérantes, non pas simplement de présenter une prétendue explication alternative des faits constatés par la Commission, mais bien de contester l'existence de ces faits établis au vu des pièces produites par la Commission. Or, ainsi qu'il résulte de l'examen des faits, tel n'a pas été le cas en l'espèce.* » et conclu que c'était à bon droit que la Commission avait retenu la qualification de pratique concertée, au sens de l'article 85 (devenu 81), paragraphe 1, du traité.
308. En clair, s'il est loisible aux parties mises en cause –ce qu'elles ont fait- de discuter ou de contester, dans l'exercice légitime des droits de la défense, les éléments de fait que le Conseil a réunis au dossier pour démontrer, au moyen d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, l'existence d'une concertation entre opérateurs concurrents en vue de stabiliser en France les parts de marché, elles ne peuvent exiger du Conseil qu'il soit tenu d'apporter la preuve que, sans cette pratique concertée, l'évolution des parts de marché aurait été différente en France ou de justifier pourquoi, alors qu'aucune entente n'y serait alléguée, les autres opérateurs en Europe auraient, comme le soutiennent les parties mises en cause, adopté des stratégies commerciales voisines. Non seulement une telle preuve n'est pas, comme le rappelle le juge communautaire, exigible en droit, mais

encore est-elle impossible à rapporter : pour ce qui concerne la première branche, elle imposerait au Conseil, qui statue sur des faits et non sur des hypothèses, de prendre parti sur une situation qui, précisément, ne s'est pas produite ; pour ce qui concerne la seconde, elle obligerait le Conseil à analyser le fonctionnement concurrentiel de chacun des marchés européens, bien au-delà donc du cadre de sa saisine et de ses moyens d'investigations.

309. Pour s'en tenir au marché français, il est possible que la stratégie concertée décrite ci-dessus ait été conforme aux intérêts des trois opérateurs, encore que cette hypothèse puisse soulever quelques doutes en ce qui concerne Bouygues Télécom, comme le montre l'appréciation de la société de bourse citée ci-dessus. Mais en tout état de cause, une concertation entre entreprises concurrentes sur la stratégie qu'elles entendent poursuivre est prohibée par le droit national et communautaire de la concurrence, quand bien même cette stratégie serait conforme aux intérêts des entreprises parce que répondant, selon elles, de manière intelligente aux conditions de marché. L'atteinte au consommateur portée par une telle pratique apparaît de manière particulièrement claire dans le cas d'espèce, dans la mesure où la stratégie en cause supposait un relèvement des prix ou l'adoption de mesures favorables à la rentabilité, mais défavorables au consommateur, comme la priorité donnée aux forfaits avec engagements contre les cartes prépayées ou l'instauration des paliers de 30'' après une première minute indivisible, susceptibles de provoquer une baisse des ventes et donc de la part de marché d'un opérateur si elle était mise en œuvre unilatéralement. Or, il ressort des comptes-rendus reproduits ci-dessus qu'aucun des trois opérateurs ne considérait une baisse de sa part de marché comme un objectif envisageable en soi, fût-elle compensée par une hausse de sa rentabilité. La concertation, permettant de s'assurer que les trois opérateurs poursuivraient la même stratégie et qu'ainsi les parts de marché relatives resteraient stables, facilitait la mise en place de cette stratégie, aux dépens des consommateurs.
310. Enfin, la comparaison, en mars 2003, des taux de pénétration des différents pays d'Europe fait ressortir que celui de la France se situe à un niveau relativement bas, avec 63,4 % seulement, contre 71,6 % (Belgique) et 97 % (Italie) : Suède (91,5 %), Grèce (89,6 %), Royaume Uni (87,7 %), Espagne (86,7 %), Hollande (75,4 %), Suisse (74,6 %), 73,7 % (Allemagne). Si, comme le signale l'ARCEP, la comparaison des taux de pénétration au niveau européen doit se faire avec précaution compte tenu de différences dans les règles de comptabilisation, les arguments avancés pour expliquer qu'il est normal que ce taux soit plus faible en France qu'ailleurs ne sont pas tous convaincants, en tout cas si on les relie à la faible densité de population de notre pays, qui est aussi observée, par exemple, dans les pays scandinaves.
311. En revanche, le fait que la politique commerciale des trois opérateurs français n'ait pas favorisé les faibles consommations, comme le considère l'ARCEP dans le document d'« analyse du marché de gros de l'accès et du départ d'appel sur les réseaux mobiles ouverts au public », publié en décembre 2004, est de nature à expliquer la physionomie de la demande marquée par une faible pénétration mais une forte consommation moyenne par abonné. De fait, les observations de SFR, qui suggère de privilégier un critère tel que l'intensité d'usage des services de téléphonie mobile, ne remettent pas en cause le constat d'un taux de pénétration plus faible dû notamment à des offres peu favorables aux faibles consommations.
312. L'intérêt de Bouygues à suivre une telle stratégie peut, comme le note la société de bourse citée ci-dessus, être mis en doute, mais dès lors que Bouygues Télécom avait décidé de suivre cette stratégie, elle avait autant intérêt que les deux autres opérateurs à le faire en

étant informée des intentions de ses concurrents. De plus, l'accord tel qu'il ressort des pièces manuscrites qui l'évoquent ne prévoit pas, en ce qui la concerne, une stabilisation mais une légère progression, qu'elle ne réalisera d'ailleurs pas. C'est le cas en 2001 (21 prévus contre 20,2 % réalisé en 2000 et 18,9 % réalisés en 1999). En 2002, les 22 % figurant au document du 28 mars 2001 représentent certes une hausse mais il convient de rappeler qu'ils sont indiqués comme étant des « propositions » et que rien n'indique quel est le chiffre qui a pu être définitivement fixé. Enfin, il peut être noté que Bouygues Télécom a commencé en 2002 à devenir bénéficiaire avec un résultat de 184 M€, soit 6,3 % de son activité de 2,9 Mds€.

313. En ce qui concerne l'étude produite par la société Bouygues Télécom, qui démontrerait qu'elle n'avait pas intérêt, sur un marché ne comprenant que deux autres opérateurs dont les parts de marché étaient plus fortes que les siennes à participer à une entente, il convient de rappeler, comme l'a fait la Commission européenne dans sa décision du 7 juin 2000 relative à l'affaire de la lysine (2001/418/CE) que « *la capacité à entretenir une collusion dans une industrie donnée ne dépend pas mécaniquement des résultats d'un modèle de la théorie des jeux (...) dans toute affaire d'entente, la conclusion quant à la possibilité pour une industrie de soutenir une entente dépend des faits de la cause* ».
314. Les faits mentionnés au paragraphe 84 ci-dessus montrent que Bouygues Télécom s'aligne, début 2001, à la hausse, et non à la baisse, sur les prix du marché. La baisse des coûts d'acquisition à laquelle elle a procédé, constatée dans les procès-verbaux de ses conseils de direction, son alignement sur des paliers de facturation défavorables aux consommateurs, les hausses de prix auxquelles elle a procédé, restent également inexplicables au regard de son intérêt d'acteur de la « frange concurrentielle » tel que décrit dans cette étude. Si Bouygues Télécom s'était comporté comme un acteur concurrentiel face à un duopole collusif, son intérêt aurait été de profiter du relâchement de la concurrence initié par Orange et SFR en 2000 pour accroître de façon importante sa part de marché par une stratégie en prix et en coûts d'acquisition agressive, et rendue plus aisée par l'abaissement de l'intensité concurrentielle des deux autres. Or l'observation de la stratégie de Bouygues Télécom montre qu'elle a adopté en réalité le comportement de ses rivaux.

5. CONCLUSION SUR L'ENTENTE SUR LES PARTS DE MARCHÉ.

315. Il résulte de tout ce qui précède qu'il existe au dossier un faisceau d'indices graves, précis et concordants, démontrant que les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom se sont concertées pour stabiliser leurs parts de marché respectives sur la période 2000-2002 autour d'objectifs définis en commun. Ce faisceau réside dans le rapprochement des différents documents faisant référence, de manière non équivoque et même, pour la note manuscrite du 28 mars 2001, de manière particulièrement précise et explicite, à un accord entre les trois opérateurs mobiles, avec en premier lieu, la stabilité des parts de marché observée sur la même période et, en deuxième lieu, les similitudes constatées en ce qui concerne la politique commerciale mise en œuvre par les trois opérateurs.
316. Il est donc établi que les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom ont, en commettant cette pratique concertée qui a un objet et un effet anti-concurrentiels, méconnu l'article L. 420-1 du code de commerce.

6. ULTIMES REMARQUES SUR L'ÉTUDE ÉCONOMIQUE PRODUITE PAR LA SOCIÉTÉ SFR.

317. La société SFR joint à son mémoire une étude empirique destinée à identifier l'effet de l'entente alléguée sur le prix par minute d'un appel sortant réellement payé par l'utilisateur. Cette étude, comme l'autre étude présentée par la société SFR, repose sur le principe d'une comparaison entre l'équilibre du marché pendant la période d'entente alléguée et celui des périodes antérieures et postérieures et cherche à distinguer l'effet de l'entente d'autres facteurs susceptibles d'influencer les prix. Compte-tenu de la complexité de la tarification déjà soulignée plus haut, SFR est conduite à identifier 192 produits. Selon les résultats de cette analyse, l'effet de l'entente sur le prix par minute ne serait pas statistiquement significatif mais en revanche, les autres facteurs auraient un fort pouvoir explicatif de l'évolution constatée des prix.
318. Pour les mêmes raisons que celles indiquées au paragraphe 308, ce n'est qu'à titre subsidiaire que le Conseil entend discuter le contenu de cette étude, dont les conclusions ne l'ont pas convaincu pour trois motifs.
319. En premier lieu, la méthodologie retenue est critiquable. En effet, l'étude entend prouver l'absence d'entente à partir de la non significativité de la variable binaire supposée en retracer les effets dans un ensemble de régressions linéaires où les variables expliquées (endogènes) sont relatives aux quantités ou aux prix, objets même de l'entente. Pour être économétriquement valide, la méthode demande que la « variable entente » soit exogène, ce dont l'étude ne se préoccupe pas.
320. Concernant l'absence de différences entre les évolutions des variables caractérisant le marché français et la moyenne des marchés européens, utilisée pour prouver, par l'absence de ses effets, qu'il n'y aurait pas eu entente, le Conseil remarque qu'il existe au moins une différence importante et manifeste : pendant la période des pratiques en cause (2000-2002), le retard français par rapport aux marchés de l'Union européenne, mesuré en points de taux de pénétration, a environ triplé (voir le graphique 12, page 22 de l'annexe 1 du mémoire de SFR en date du 5 septembre 2005). Or la méthode utilisée dans les études en cause ne détecte pas ce changement important, ce qui jette un doute sérieux sur la capacité discriminante de la méthode retenue : c'est à tort que le mémoire croit pouvoir constater « de fortes similarités dans l'évolution de la pénétration du marché en France et dans d'autres pays comparables ».
321. Enfin, la méthodologie utilisée pour comparer la situation des variables caractérisant le marché entre la période où le Conseil a réuni les preuves de l'entente et les autres périodes traitées par l'étude souffre de deux défauts. En premier lieu, l'étude ne peut évidemment prouver que la période « neutre » qu'elle oppose à la période d'entente retenue par le Conseil est exempte de toute restriction de concurrence et présente bien le caractère de neutralité justifiant la construction de la preuve statistique avancée. En second lieu, la comparaison effectuée est statique. Elle néglige la dynamique des effets de l'entente, qui ne peuvent être réputés commencer tous le 1er janvier 2000 pour tous se terminer le 31 décembre 2002 et crée, ainsi, un doute sur le sérieux des comparaisons effectuées.

E. SUR L'AFFECTATION DU COMMERCE INTRACOMMUNAUTAIRE

322. Si la société SFR conteste l'affectation du commerce communautaire des pratiques en cause et leur qualification au regard de l'article 81 du Traité CE, il convient de constater

que les articles 81 et 82 du traité CE s'appliquent aux accords horizontaux et verticaux et aux pratiques abusives qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

323. Les ententes sont susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire, comme l'énonce le paragraphe 78 de la communication de la Commission comportant lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité, qui mentionne que "*les ententes horizontales couvrant l'ensemble d'un Etat membre sont normalement susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres. (...) les juridictions communautaires considèrent souvent que l'entente qui s'étend à l'ensemble du territoire d'un Etat membre a, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité*". L'envergure des opérateurs impliqués dans l'entente est prise en compte dans l'appréciation du caractère sensible de cette affectation : "*(...) En principe, ces accords peuvent également, par leur nature même, affecter sensiblement le commerce entre États membres, compte tenu de la couverture de marché requise pour assurer l'efficacité de ces ententes*" (paragraphe 79 de la communication).
324. Cela a été réaffirmé par le Tribunal de première instance des Communautés européennes, dans son arrêt du 15 septembre 2005 (T-325/01, Daimler Chrysler, point 212) : « *En effet, selon une jurisprudence bien établie, lorsqu'une entente s'étend à l'ensemble du territoire d'un État membre, elle a, par sa nature même, pour effet de consolider des cloisonnements de caractère national, entravant ainsi l'interpénétration économique voulue par le traité (arrêt Wouters e.a., point 181 supra, point 95 ; arrêts de la Cour du 17 octobre 1972, Vereeniging van Cementhandelaren/Commission, 8/72, Rec. p. 977, point 29 ; Remia e.a./Commission, point 81 supra, point 22, et du 18 juin 1998, Commission/Italie, C-35/96, Rec. p. I-3851, point 48)* ».
325. Les pratiques examinées dans la présente affaire ont eu un impact sur la structure même de la concurrence, ce qui constitue une atteinte au commerce entre États membres en consolidant le cloisonnement de caractère national. La Commission a considéré, dans sa décision du 14 décembre 1972 (72/457/CEE), qu'un préjudice aux courants d'échanges actuels et « *potentiels* » pouvait constituer une exploitation abusive portant atteinte au commerce entre États membres et qu'elle devait « *tenir compte en premier lieu des conditions existant sur le marché* ». De plus, la Cour de justice a estimé, dans son arrêt du 6 mars 1974 (Aff. 6 et 7-73, Commercial Solvents), que « *(point 32) les interdictions des articles 85 et 86 sont à interpréter et à appliquer à la lumière de l'article 3, lettre F, du traité, prévoyant que l'action de la Communauté comporte l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun et de l'article 2 du traité, qui donne pour mission à la Communauté de "promouvoir le développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble du marché commun" (...). (point 33) Que les autorités communautaires doivent donc considérer le comportement incriminé dans toutes ses conséquences pour la structure de la concurrence dans le marché commun* ».
326. En l'espèce, l'entente a couvert l'intégralité du territoire national et a été mise en œuvre par les trois sociétés qui fournissent un service de téléphonie mobile au moment des faits. Bien que l'activité d'opérateur soit soumise à l'obligation d'obtenir une licence, ces pratiques ont été de nature à décourager des acteurs du secteur des communications électroniques, dont certains sont d'origine européenne, d'intervenir sur le marché national de la téléphonie mobile de détail notamment par l'intermédiaire de contrats d'opérateurs virtuels (MVNO). Il convient également de relever que les licences UMTS ont été acquises par les trois opérateurs concernés, en 2001 et en 2002, mais que la quatrième

licence UMTS n'a pas pu être attribuée. Ces pratiques ont également eu des effets sur le marché de la distribution des services mobiles, sur lequel opèrent des offreurs européens et sur lequel l'entrée est possible de la part de tels acteurs.

327. Il résulte de ce qui précède que les pratiques en cause sont susceptibles d'avoir affecté sensiblement le commerce intracommunautaire et peuvent donc être également qualifiées au regard de l'article 81 du traité CE.

F. SUR LES SANCTIONS

1. SUR LE DROIT APPLICABLE

328. L'échange d'informations a débuté en 1997 et s'est poursuivi jusqu'à la fin de 2003. Il est par ailleurs établi que les sociétés mises en cause se sont concertées afin de stabiliser leurs parts de marché de 2000 à 2002. Il s'agit donc d'infractions continues qui ont débuté avant l'entrée en vigueur, à la date du 18 mai 2001, de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques et qui se sont poursuivies après cette date. Les saisines, datées du 28 août 2001 et du 22 février 2002, sont postérieures à cette entrée en vigueur. Il en résulte que les dispositions du livre IV du code de commerce applicables en l'espèce sont celles issues de la loi du 15 mai 2001.
329. L'article L. 464-2, paragraphe I, alinéa 4 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, dispose : « *Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante* ».

2. SUR LA GRAVITÉ DES PRATIQUES ET LE DOMMAGE À L'ÉCONOMIE

Les arguments des parties mises en cause

330. La société Orange France soutient que l'innovation a été constante au cours de la période concernée par les faits reprochés que ce soit au bénéfice immédiat des consommateurs (nouveaux services, nouvelles offres tarifaires tout particulièrement à l'égard des petits opérateurs), ou sur le plus long terme avec la préparation des offres UMTS. Elle conteste aussi l'absence de baisse sensible des prix constatée par le rapport.
331. La société SFR attire l'attention du Conseil sur les résultats financiers exceptionnels affichés par Bouygues Télécom dont le retard serait lié à certains choix malheureux de sa part, comme une couverture de territoire restée longtemps insuffisante. Elle soutient par ailleurs que le consommateur français bénéficie de prix sensiblement inférieurs à ceux constatés dans un grand nombre de pays européens.
332. Bouygues Télécom fait valoir qu'elle a mis un terme immédiat aux échanges d'information dès que les enquêteurs ont attiré son attention sur leur caractère éventuellement concurrentiel. Elle attire aussi l'attention sur sa situation financière fragile et notamment son taux de rentabilité, beaucoup plus faible que ses concurrents.

L'appréciation du Conseil

En ce qui concerne l'échange d'informations

333. Concernant la gravité des pratiques, il convient de relever que les échanges d'informations, pour anticoncurrentiels qu'ils soient, n'ont pas le caractère de gravité d'une entente expresse sur les prix ou de répartition de marchés, pratique généralement qualifiée d'injustifiable par les autorités de concurrence, ni celui d'un échange d'informations entre soumissionnaires à un marché public préalablement à la remise des offres, qui a pour effet de tromper l'acheteur public sur l'intensité de la concurrence. Aucun élément au dossier ne révèle, par ailleurs, que ce critère de gravité puisse être apprécié différemment pour chacun des trois opérateurs qui ont pris part à l'échange, dans lequel chacun d'entre eux trouvait un égal intérêt.
334. Il convient de prendre également en compte le fait que l'échange prohibé d'informations constaté s'est étendu sur près de six ans, de 1997 à 2003, jusqu'à ce que les visites et saisies conduisent les opérateurs à y mettre fin, soit une durée longue.
335. Afin d'apprécier l'importance du dommage à l'économie, il y a lieu de relever la taille très importante du marché concerné. Celle-ci a évolué au cours de la période concernée par les pratiques de 3,346 Mds d'euros en 1998, à 5,377 Mds en 1999, 7,761 Mds en 2000, 10 Mds en 2001, 11,768 Mds en 2002 et 13,213 Mds en 2003. Il convient, de plus, de prendre en compte le fait que les échanges d'information ont concerné, sur toute la période, les trois opérateurs du marché, soit la totalité de l'offre de téléphonie mobile, alors qu'il peut être noté que dans l'affaire « John Deere » rappelée ci-dessus, les autorités communautaires avaient sanctionné des échanges, certes plus fréquents et portant sur des informations plus précises, mais concernant des entreprises qui ne représentaient que 80% de l'offre. Il est nécessaire, enfin, de considérer que le dommage à l'économie causé par la pratique du fait de la création artificielle d'une structure de transparence préjudiciable à la libre concurrence, a varié dans le temps : s'il est difficile de quantifier avec précision le dommage né de pratiques d'échanges d'informations et notamment de la réduction de l'incertitude qu'elles ont entraîné, il est possible d'affirmer que ce dommage a été plus important pour la période postérieure à 2000 que pour la période précédente. Comme il a été dit aux paragraphes 227 et 228, c'est en effet à partir de 2000 que l'échange, déjà en place, a permis à chacun des trois opérateurs de surveiller la politique de pacification du marché mise en place au détriment des consommateurs, dont le dommage à l'économie sera apprécié au terme du raisonnement qui lui sera consacré ci-dessous.

En ce qui concerne l'entente sur les parts de marché

336. Concernant la gravité des pratiques, il convient de relever que les ententes sur la répartition des marchés sont considérées par les autorités de concurrence, et notamment le Conseil, comme injustifiables et comptent donc parmi les plus graves. Sur ce point, également, il ne ressort pas du dossier que ce critère pourrait être apprécié différemment pour chacun des trois opérateurs.
337. Le dommage à l'économie doit être apprécié au regard de la durée des pratiques, soit trois ans et de la taille très importante du marché concerné. Comme il l'a été dit plus haut, celle-ci a évolué au cours de la période concernée par les pratiques de 7,761 Mds en 2000, 10 Mds en 2001 et 11,768 Mds en 2002. Il y a lieu de relever également que l'entente a impliqué les trois seuls opérateurs proposant des services de téléphonie mobile sur un marché fermé, l'activité d'opérateur mobile étant soumise à l'obtention d'une licence et aucun MVNO n'ayant eu accès au réseau des opérateurs sur la période en cause. Or ces

trois sociétés ont été choisies par l'Etat, lors de l'attribution de leur licence, non seulement en raison de leur capacité à construire et financer des réseaux ayant justifié des investissements très importants –ce qu'elles ont démontré- mais aussi de leur aptitude à animer le marché par une concurrence durable et bénéfique au consommateur, objectif que l'entente a volontairement contrarié.

338. Il convient de plus de rappeler que, début 2004, l'INSEE estimait que sept ménages sur dix détenaient un téléphone mobile (INSEE Première, n°1037) et que les dépenses de téléphonie mobile ont constitué depuis la fin des années 90, une dépense nouvelle pour les ménages et qui a pris dans leur budget une part non négligeable. Les dépenses de communications représentaient en effet 2,4 % de la consommation des ménages en 2000 et 2,7% en 2003, date à laquelle les dépenses de téléphonie mobile ont rattrapé celles de téléphonie fixe. Comme l'a fait valoir le commissaire du Gouvernement en séance, une évolution des prix de l'ensemble des services mobiles de 1% à 2% seulement -au bénéfice ou aux dépens des consommateurs selon qu'elle est à la hausse ou à la baisse- représente pour les trois années cumulées 2000-2001-2002 (voir tableau au paragraphe 9) une somme comprise entre 295 et 590 millions d'euros : cet ordre de grandeur est à prendre en compte pour évaluer l'atteinte au surplus du consommateur résultant de la pratique.
339. Il convient aussi de prendre en compte le fait que la concertation en cause a facilité la mise en place par les opérateurs de mesures défavorables aux consommateurs telles que la hausse des prix des communications et l'instauration de la facturation par paliers de 30 secondes après la première minute indivisible.
340. S'agissant des comparaisons de prix avec d'autres pays européens, elles présentent des difficultés encore plus grandes que celles relevées pour la comparaison des offres des trois opérateurs français, puisqu'à la complexité tarifaire, s'ajoutent les différences de pouvoir d'achat. Il est toutefois possible de relever que l'association UFC-Que Choisir avait, dans sa saisine, présenté une comparaison d'où il ressortait que la France était le seul pays européen dans lequel a été constaté un alignement de l'ensemble des conditions relatives aux paliers de facturation sur une facturation aussi défavorable aux consommateurs.

3. SUR LE MONTANT DES SANCTIONS

341. Le chiffre d'affaires de la société Orange France s'est élevé à 8 282 millions d'euros au cours de l'exercice clos au 31 décembre 2004. Les comptes de la société Orange France SA sont consolidés au sein de ceux du groupe France Télécom, qui a réalisé au cours de l'exercice 2004, un chiffre d'affaires de 47 157 millions d'euros. Il s'agit du chiffre d'affaire le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.
342. Au vu des éléments particuliers et des éléments généraux relevés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 41 millions d'euros au titre de la pratique d'échange d'informations et de 215 millions d'euros au titre de la pratique d'entente sur les parts de marché.
343. Le chiffre d'affaires de la société SFR s'est élevé à 7 100 millions d'euros au cours de l'exercice clos au 31 décembre 2004. Les comptes de la société SFR sont consolidés au sein de ceux du groupe Vivendi Universal, qui a réalisé un chiffre d'affaires de 58 150 millions d'euros au cours de l'exercice 2002, chiffre d'affaire le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

344. Au vu des ces éléments particuliers et des éléments généraux relevés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 35 millions d'euros au titre de la pratique d'échange d'informations et de 185 millions d'euros au titre de la pratique d'entente sur les parts de marché.
345. Le chiffre d'affaires de la société Bouygues Télécom s'est élevé à 3 249 millions d'euros au cours de l'exercice clos au 31 décembre 2004. Les comptes de la société Bouygues Télécom sont consolidés au sein de ceux du groupe Bouygues, qui a réalisé au cours de l'exercice 2004, un chiffre d'affaires de 23 402 millions d'euros. Il s'agit du chiffre d'affaire le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Il convient toutefois de tenir compte du fait que la société Bouygues Télécom est entrée sur le marché plus tard que ses concurrents, qu'elle détenait une part de marché très nettement inférieure à celle des deux autres opérateurs et que sa rentabilité reste significativement en deçà de celle de ces derniers.
346. Au vu des ces éléments particuliers et des éléments généraux relevés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 16 millions d'euros au titre de la pratique d'échange d'informations et de 42 millions d'euros au titre de la pratique d'entente sur les parts de marché.

DÉCISION

Article 1^{er} : Il est établi que les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et de l'article 81 du Traité CE.

Article 2 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- à la société Orange France, une sanction de 256 millions d'euros ;
- à la société SFR, une sanction de 220 millions d'euros ;
- à la société Bouygues Télécom, une sanction de 58 millions d'euros.

Article 3 : Les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom feront publier, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, sur une page entière des journaux « Libération » et, au choix, « Les Echos » ou « La Tribune », l'encadré suivant :

Décision n° 05-D-65 du 30 novembre 2005 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile.

Après une enquête et une instruction qui ont été effectuées à la suite d'une autosaisine du Conseil et d'une saisine d'UFC-Que Choisir, le Conseil de la concurrence a sanctionné les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom pour

- d'une part, avoir régulièrement, de 1997 à 2003, échangé des informations confidentielles relatives au marché de la téléphonie mobile sur lequel elles opèrent, de nature à réduire l'autonomie commerciale de chacun des trois opérateurs et donc à altérer la concurrence sur ce marché oligopolistique,

- d'autre part, s'être entendues, pendant les années 2000 à 2002, pour stabiliser leurs parts de marché respectives autour d'objectifs définis en commun.

Ces comportements sont prohibés par l'article L. 420-1 du code de commerce et l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne.

Le Conseil de la concurrence a relevé, en ce qui concerne notamment l'entente sur les parts de marché, la particulière gravité des faits et le dommage important causé à l'économie, au détriment des consommateurs.

A ce titre, des sanctions pécuniaires ont été infligées aux trois sociétés, à hauteur de

- 256 millions d'euros pour Orange France,
- 220 millions d'euros pour SFR,
- 58 millions d'euros pour Bouygues Télécom.

Le texte intégral de la décision est accessible sur le site www.conseil-concurrence.fr

Dans le cas où un recours serait présenté à l'encontre de la décision devant la cour d'appel de Paris, une telle mention pourra figurer sous l'encadré.

Article 4 : Les sociétés Orange France, SFR et Bouygues Télécom adresseront, sous pli recommandé, au bureau de la procédure du Conseil de la concurrence, copie des publications prévues à l'article 3, dès leur parution et au plus tard le 31 janvier 2006.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Lavergne, par M. Lasserre, président, Mmes Aubert, Perrot et M. Nasse, vice-présidents, Mmes Mader-Saussaye, Pinot, MM. Combe, Honorat et Piot, membres.

La secrétaire de séance,
Rita Sougoumarane

Le président,
Bruno Lasserre