

Autorité
de la concurrence



**Décision n° 09-MC-02 du 16 septembre 2009
relative aux saisines au fond et aux demandes de mesures
conservatoires présentées par les sociétés Orange Réunion, Orange
Mayotte et Outremer Télécom concernant des pratiques mises en
œuvre par la société SRR dans le secteur de la téléphonie mobile à
La Réunion et à Mayotte**

L'Autorité de la concurrence (section III),

Vu la lettre, enregistrée le 4 juin 2009 sous les numéros 09/0082 F et 09/0083 M par laquelle les sociétés Orange Réunion et Orange Mayotte ont saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la Société Réunionnaise du Radiotéléphone (SRR) sur le marché de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte ont sollicité le prononcé de mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Vu la lettre, enregistrée le 19 juin 2009 sous les numéros 09/0088 F et 09/0089 M par laquelle la société Outremer Télécom a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par SRR sur le marché de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte et a demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Vu la décision, en date du 24 juin 2009 par laquelle la rapporteure générale a procédé à la jonction de l'instruction des affaires 09/0082 F - 09/0083 M et 09/0088 F – 09/0089 M ;

Vu les articles 81 ou 82 du traité instituant la communauté européenne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu l'avis n° 2009-0568 adopté par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) le 9 juillet 2009 sur le fondement des dispositions de l'article R. 463-9 du code de commerce ;

Vu les observations présentées par les sociétés Orange Réunion, Orange Mayotte et Réunionnaise du radiotéléphone (SRR) ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 09-DSA-77, 09-DSA-88, 09-DSA-100, 09-DSA-106, 09-DSA-112, 09-DSA-113 et 09-DSA-115 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Orange Réunion et Orange Mayotte, de la société Outremer Télécom et de la société Réunionnaise du Radiotéléphone (SRR) entendus lors de la séance du 28 juillet 2009 ;

Adopte la décision suivante :

I. Constatations

A. LES SAISINES

1. LA SAISINE DES SOCIETES ORANGE REUNION ET ORANGE MAYOTTE

1. Par lettre enregistrée le 4 juin 2009, les sociétés Orange Réunion et Orange Mayotte ont saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par SRR, qu'elles estiment contraires aux articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du Traité CE. En outre, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, les sociétés plaignantes ont demandé à l'Autorité de la concurrence de prononcer des mesures conservatoires visant, d'une part, à « *faire en sorte que, pour toutes ses offres comportant des tarifs différents pour les communications on net, d'une part, et off net, d'autre part, l'écart entre ses tarifs on net et off net ne dépasse pas l'écart entre les coûts que SRR supporte pour l'acheminement de ces deux types de communications* » et, d'autre part, à « *libérer l'ensemble de ses abonnés post-payés concernés par ces modifications tarifaires de leur éventuelle durée résiduelle d'engagement de sorte qu'il puissent, le cas échéant, changer sans frais ni pénalité d'opérateur au regard des nouveaux tarifs pratiqués* ».
2. Les sociétés Orange Réunion et Orange Mayotte considèrent que la société SRR occupe une position dominante sur le marché de détail de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte ainsi que sur le marché de gros de la terminaison d'appel à destination de son réseau. Selon les saisissantes, SRR abuserait de cette position dominante en pratiquant une « *différenciation tarifaire abusive entre appels on net et appels off net* » dans les offres proposées à ses clients, donnant ainsi « *artificiellement d'Orange Réunion ainsi que d'Orange Mayotte l'image d'opérateurs particulièrement chers* ». Cette pratique « *consistant à développer artificiellement l'attractivité communautaire* » du réseau de SRR, « *dans des conditions incitant des consommateurs à se détourner de la concurrence alors même qu'ils ne coordonnent pas spontanément leurs choix* » serait abusive, et « *génèrerait des effets de club artificiels* ». En outre, selon la saisine, « *l'espace économique entre la TA de SRR et un certain nombre de ses tarifs de détail on net est non seulement nul, mais négatif* » ; la société SRR mettrait ainsi en œuvre des « *pratiques de ciseau tarifaire* » produisant « *un puissant effet d'éviction à leur rencontre* » sur le marché de détail local de la téléphonie mobile.

2. LA SAISINE DE LA SOCIETE OUTREMER TELECOM

3. Par lettre enregistrée le 19 juin 2009, la société Outremer Télécom a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société SRR qu'elle estime contraires à l'article L. 420-2 du code de commerce. En outre, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, la société Outremer Télécom a demandé à l'Autorité de la concurrence de prononcer des mesures conservatoires visant, d'une

part, à « faire interdiction à SRR de conduire toute action de promotion ou de commercialisation de toute offre commerciale et/ou tarifaire comprenant une surtarification abusive pour les appels off net et les SMS off net à destination du réseau d'Outremer Telecom », d'autre part à « faire interdiction à SRR de maintenir toute offre comprenant une telle sur-tarifification », ainsi qu'à différentes mesures d'information des consommateurs relatives aux injonctions prononcées.

4. La société Outremer Télécom estime que la société SRR est dominante sur le marché de détail de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte ainsi que sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal et SMS à destination du réseau de SRR. Selon la société Outremer Télécom, SRR abuserait de cette position dominante en pratiquant « une différenciation tarifaire quasi-généralisée sur ses offres de détail entre les appels « on net » et « off net » à destination du réseau d'Outremer Telecom et/ou du réseau d'Orange Réunion » qui serait, selon la saisissante, « totalement injustifiée au regard du niveau moyen de terminaison d'appel facturé à SRR par Outremer Telecom et Orange Réunion ». Cette différenciation ne pourrait pas non plus se justifier « pour les prestations de SMS puisque les opérateurs mobiles se facturent depuis l'origine un niveau identique de charges de terminaisons d'appel SMS à La Réunion et à Mayotte ». Ainsi, pour Outremer Télécom « la différenciation tarifaire on net / off net pratiquée par SRR pour les offres de SMS est abusive car ne reposant sur aucun différentiel de terminaison d'appel SMS ». Enfin, SRR pratiquerait également « une différenciation abusive « on net / off net » de grande ampleur pour des offres destinées à la clientèle professionnelle ».
5. Selon la saisissante, en opérant « une différenciation tarifaire entre ses appels on net et ses appels off net artificiellement élevée par rapport aux différences de coûts », SRR aurait « accentué un effet de club préexistant », dégradant l'image d'Outremer Telecom « qui apparaît comme cher aux yeux des consommateurs réunionnais et mahorais ». La différenciation tarifaire abusive aurait également pour effet « d'accroître le volume de trafic on net et de diminuer le volume du trafic off net », privant Outremer Télécom « des revenus correspondants aux charges de terminaison d'appel qu'elle aurait pu facturer à SRR » et « augmentant de façon artificielle les coûts d'Outremer Telecom ». En outre, les offres lancées par SRR « comprenant des SMS et MMS illimités vers tous les opérateurs de La Réunion, soirs, week-end et jours fériés » seraient « constitutives d'un effet de ciseau tarifaire au détriment d'Outremer Telecom », du fait de l'« impossibilité pour Outremer Telecom de répliquer les offres SMS illimités lancées par SRR pour ses SMS on net ». Enfin, la mise en œuvre, selon la saisissante, de « pratiques discriminatoires et abusives visant la clientèle professionnelle » génère, selon Outremer Télécom, « des distorsions de concurrence d'autant plus fortes que SRR s'appuie sur la position ultra-dominante qu'il détient sur le segment professionnel pour faire baisser les revenus d'Outremer Telecom sur le segment résidentiel ».

3. LA JONCTION DES DEUX SAISINES

6. Par décision en date du 24 juin 2009, la rapporteure générale de l'Autorité de la concurrence a procédé à la jonction de l'instruction de la saisine des sociétés Orange Réunion et Orange Mayotte et de celle de la saisine de la société Outremer Télécom.

B. LE SECTEUR DE LA TELEPHONIE MOBILE DANS LA ZONE REUNION-MAYOTTE

1. LES ACTEURS DU SECTEUR

7. Trois opérateurs mobiles sont actifs à La Réunion et à Mayotte : SRR, Orange et Outremer Telecom. SRR, filiale de l'opérateur métropolitain SFR, a été le premier d'entre eux à proposer des services de téléphonie mobile à La Réunion, dès 1996, et à Mayotte, dès 2002. Orange Réunion a lancé la commercialisation de ses services à La Réunion à l'été 2000 et Orange Mayotte sur l'île mahoraise en avril 2007. Outremer Télécom a pénétré ces marchés en décembre 2006 à Mayotte et en avril 2007 à La Réunion.
8. Outre les offres commerciales proposées sous leurs propres marques, les trois opérateurs exploitent des licences de marque, dont notamment NRJ Mobile (accord signé avec SRR en 2005), Universal Music Mobile et Antenne Réunion Mobile (accords signés avec Orange Réunion en 2007) et Trace Mobile (accord signé avec Outremer Telecom en avril 2009). Les opérateurs commercialisent des offres spécifiques pour chacune des deux îles.
9. SRR, en situation de monopole jusqu'en 2000, a vu sa part de marché diminuer sensiblement à l'arrivée d'Orange à La Réunion, qui a rapidement conquis entre 25 et 30 % du marché. Néanmoins, depuis 2002, la part de marché d'Orange n'a guère évolué. L'entrée d'Outremer Télécom sur le marché au début de l'année 2007 s'est traduite par une nouvelle érosion de la part de marché de SRR qui est tombée entre 65 et 70 % tandis que le nouvel entrant s'octroyait un peu moins de 10 % du parc de clients.

2. LES CARACTERISTIQUES DU SECTEUR

a) Un secteur mature

10. Les deux îles rassemblent un peu plus d'un million de lignes actives de téléphonie mobile, dont près de 900 000 lignes à La Réunion et un peu plus de 150 000 à Mayotte. Si les services de téléphonie mobile ont été lancés à La Réunion et à Mayotte, respectivement 3 ans et 10 ans après la métropole, le secteur présente aujourd'hui dans cette zone un niveau de maturité comparable à celui de la métropole, puisque le taux de pénétration actif de la téléphonie mobile a atteint 98,4 % en mars 2009, taux supérieur à celui de la métropole qui est d'environ 88,9 %. Néanmoins, dans son avis, l'ARCEP souligne la moindre pénétration des services de téléphonie mobile à Mayotte : *« des estimations internes à l'ARCEP donnent à fin décembre 2008, un taux de pénétration total de 83 % et un taux de pénétration actif de 70 %, nettement plus faibles qu'à La Réunion ou sur d'autres territoires français »*.
11. La forte pénétration des services de téléphonie mobile, notamment à La Réunion, peut s'expliquer, tout d'abord, par une couverture très élevée de la population par les réseaux (99 % environ), ensuite, par une appétence singulière des consommateurs locaux pour les produits de haute technologie, et enfin par la pratique plus fréquente

qu'en métropole du double équipement (usage de plusieurs cartes SIM en fonction de l'opérateur appelé).

b) L'importance des offres prépayées

12. Les marchés concernés se caractérisent par une part importante de clients optant pour les services prépayés, contrairement à la métropole. Ainsi le parc mobile de la zone Réunion-Mayotte est actuellement composé de 55 % de lignes prépayées contre moins de 32 % en métropole. Néanmoins, la proportion des services prépayés est sensiblement plus élevée à Mayotte, où les trois quarts des consommateurs mahorais ont choisi ce type d'offres. Par ailleurs, dans son avis, l'ARCEP souligne la tendance générale à la diminution relative du parc de services prépayés : *« l'augmentation tendancielle de la proportion de clients post-payés se retrouve dans le parc de chacun des opérateurs, et de façon plus marquée pour La Réunion »*.

c) Une structuration différente des offres par rapport à la métropole

13. S'agissant des offres post-payées, les clients ne s'abonnent pas, comme en métropole, à un forfait 1 heure ou 2 heures, leur donnant droit à un crédit de communications exprimé en temps, mais à un forfait de 20 euros ou 30 euros, leur donnant droit à un crédit de communications exprimé en valeur. Les appels passés par l'abonné s'imputent sur son forfait, exprimé en valeur, selon le tarif de chaque type de communication. Ainsi, au sein du forfait, les opérateurs ont la possibilité de moduler leurs tarifs selon la destination de l'appel (appel mobile on net, appel mobile off net, appel fixe local, international, etc.). En réalité, les forfaits en valeur constituent des minima de facturation mensuelle pour l'abonné ; plus le minimum de facturation est élevé, plus les tarifs de communications sont attractifs.
14. Par ailleurs, la quasi-totalité des offres des trois opérateurs de la zone reposent sur une tarification incluant une première minute indivisible suivie d'une facturation à la seconde ou par paliers de 15 ou 30 secondes. Alors que les opérateurs métropolitains ont abandonné depuis plusieurs années cette structure de tarification pour la plupart de leurs offres, celle-ci perdure à La Réunion et à Mayotte. Néanmoins, l'intervention récente du législateur va conduire très prochainement les opérateurs de la zone à proposer des offres comportant une structure de tarification avec une facturation à la seconde, dès la première seconde. En effet, la loi du 27 mai 2009 a étendu à l'ensemble des départements d'Outre-mer l'application de l'article L. 113-4 du code de la consommation imposant aux opérateurs de proposer des offres structurées sur la base d'une facturation à la seconde dès la première seconde. Les opérateurs des départements d'Outre-mer doivent mettre en conformité leurs offres d'ici au 1^{er} novembre 2009.

II. Discussion

A. SUR LA PROCEDURE

15. Dans ses observations, la société SRR expose qu'elle a disposé de moins de deux jours pour prendre connaissance des observations complémentaires d'Orange et rédiger ses propres écritures. SRR estime que *« ce délai ne peut être considéré comme raisonnable pour assurer la défense d'une société envers qui, même si c'est avec beaucoup de légèreté, des accusations graves sont portées »*. Par ailleurs, SRR entend souligner que *« ces observations complémentaires d'Orange à sa saisine portent sur des sujets nouveaux, qui n'ont pas, vu leur date de dépôt, été soumis pour avis à l'ARCEP, alors pourtant qu'un avis de l'ARCEP est une exigence procédurale préalable [...] »*.
16. Le 17 juillet 2009, les sociétés Orange Mayotte et Orange Réunion ont déposé des observations complémentaires à leur saisine, d'une dizaine de pages accompagnées d'une vingtaine de pages d'annexes. Ces écritures ont été transmises le jour même par courriel au conseil de la société SRR. Conformément au calendrier fixé par le rapporteur général, la société SRR a déposé des observations le 21 juillet 2009.
17. Selon une jurisprudence constante du Conseil de la concurrence (décision n° [04-MC-02](#) du 9 décembre 2004, point 24), confirmée par la cour d'appel de Paris, notamment dans son arrêt du 12 février 2004, la procédure mise en œuvre pour instruire une demande de mesures conservatoires doit être adaptée à l'urgence tout en respectant le principe du contradictoire. En l'espèce, dans leurs observations du 17 juillet, les sociétés Orange Mayotte et Orange Réunion ont complété les éléments exposés dans leur saisine sans les modifier de manière substantielle et ont apporté des éclairages relatifs aux éléments recueillis par l'instruction. En tout état de cause, la société SRR n'expose pas en quoi elle n'a pas pu apporter des réponses à ces observations dans des délais raisonnables, que ce soit dans ses observations du 21 juillet, ou lors de la séance du 28 juillet. Par ailleurs, les observations complémentaires d'Orange ne faisant que compléter des éléments de sa saisine, l'ARCEP a régulièrement été consultée concernant les pratiques en cause, conformément à l'article R. 463-9 du code de commerce.

B. SUR L'APPLICATION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

18. Contrairement à ce que prétendent les sociétés Orange Réunion et Orange Mayotte dans leur saisine, la société SRR soutient que les pratiques dénoncées ne sont pas susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres et, qu'en conséquence, le droit communautaire de la concurrence ne peut trouver application en l'espèce. La société SRR souligne notamment l'impossibilité physique d'échanges entre Etats membres concernant les services de téléphonie mobile à la Réunion et à Mayotte, marchés locaux qui ne sauraient constituer 'une partie substantielle du marché communautaire' au sens de la jurisprudence.
19. La collectivité départementale de Mayotte est une collectivité territoriale française qui ne fait pas partie de la Communauté européenne. Les dispositions du Traité CE ne lui sont donc pas applicables. Concernant La Réunion, département français, l'article 299 du Traité CE prévoit que *« les dispositions du présent traité sont*

applicables aux départements français d'outre-mer, aux Açores, à Madère et aux îles Canaries ».

20. Les dispositions du traité CE trouvent donc à s'appliquer pleinement sur ce territoire. Le critère d'application du droit communautaire de la concurrence, et en particulier des articles 81 et 82 du Traité CE, est l'affectation du commerce entre Etats membres. Dans ses lignes directrices « *relatives à la notion d'affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité* » du 27 avril 2004, la Commission européenne expose notamment que « *le critère de l'affectation du commerce est un critère autonome du droit communautaire qu'il convient d'apprécier séparément dans chaque cas. De nature juridictionnelle, il définit le champ d'application du droit communautaire de la concurrence. Ainsi, ce droit n'est pas applicable aux accords et aux pratiques qui ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement le commerce entre Etats membres. Le critère de l'affectation du commerce limite le champ d'application des articles 81 et 82 aux accords et pratiques susceptibles d'avoir un niveau minimal d'effets transfrontaliers à l'intérieur de la Communauté. Selon les termes de la Cour de justice, l'accord ou la pratique doit affecter 'de façon sensible' le commerce entre Etats membres* ». Reprenant une jurisprudence constante, la communication de la Commission européenne rappelle que « *l'influence d'accords et de pratiques sur les courants d'échanges entre Etats membres peut être directe ou indirecte, actuelle ou potentielle* ». Les mêmes lignes directrices précisent que « *l'application du critère de l'affectation du commerce est indépendante de la définition des marchés géographiques en cause, car le commerce entre Etats membres peut également être affecté dans des cas où le marché en cause est national ou subnational* ».
21. En l'espèce, il ne peut être exclu, à ce stade de l'instruction, que les pratiques dénoncées ont pu élever des barrières à l'entrée sur le marché des services de téléphonie mobile à La Réunion de nature à décourager les investissements sur ce marché de grands acteurs européens du secteur et ainsi avoir une influence, au moins potentielle, sur les courants d'échanges entre Etats membres. Seule une instruction approfondie permettra de recueillir les éléments permettant d'apprécier précisément la sensibilité de cette éventuelle influence. Dès lors, à ce stade de l'instruction, et sans préjuger d'une appréciation au fond, l'examen des pratiques de SRR à La Réunion devra être conduit à l'aune de l'article 82 du Traité CE, concomitamment à l'article L. 420-2 du code de commerce.

C. SUR LES PRATIQUES DÉNONCÉES

22. L'article R. 464-1 du code de commerce énonce que « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond de l'Autorité de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* ». Une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 462-8 du code de commerce.

1. SUR LA POSITION DE SRR SUR LES MARCHES CONCERNES

a) Sur la position de SRR sur les marchés de détail de la téléphonie mobile

Sur la délimitation des marchés de détail des services de téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte

23. Dans leur saisine, les sociétés Orange Réunion et Orange Mayotte retiennent comme marché pertinent le marché de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte. La société Outremer Télécom estime qu'il est pertinent de procéder à une segmentation plus fine des marchés en cause en distinguant, d'une part, un marché spécifique des offres adressées à une clientèle professionnelle par rapport aux offres adressées à une clientèle résidentielle, et, d'autre part, un marché spécifique du SMS qui se distingue des services vocaux. La société Outremer Télécom estime également pertinent de définir un marché géographique de la zone Réunion-Mayotte. A l'inverse, la société SRR soutient qu'il n'est pas pertinent de segmenter le marché de détail de la téléphonie mobile par services (SMS, résidentiel/professionnel). Elle invite par ailleurs l'Autorité à appréhender les marchés réunionnais et mahorais comme des marchés géographiques distincts.
24. Le Conseil de la concurrence a déjà estimé que « *si dans certains cas l'envoi d'un SMS peut se substituer à une conversation vocale, le SMS se distingue de la voix en ce qu'il permet une communication différée et synthétique (160 caractères maximum) et par son prix beaucoup plus faible* » (avis n° [06-A-05](#) du 10 mars 2006, point 7). En effet, si l'on se place du côté des consommateurs (demande), l'envoi d'un SMS n'apparaît pas comme un substitut parfait à un appel vocal. En revanche, du côté des opérateurs (offre), il convient de rappeler que les services de SMS utilisent les canaux de signalisation des services vocaux de la téléphonie mobile et qu'il est techniquement impossible d'isoler une prestation de service de SMS indépendante de la voix. Quoiqu'il en soit, en l'espèce, les analyses concurrentielles de la position de la société SRR sur les marchés concernés et des offres concernées ne diffèrent pas sensiblement selon que l'on isole ou non un marché spécifique des SMS. En effet, la très grande majorité des offres des opérateurs mobiles incluent une composition intégrée d'appels vocaux et de SMS. Or, le Conseil de la concurrence a déjà souligné que « *les autorités de la concurrence, tant nationales que communautaires, n'hésitent en revanche pas, lorsque la segmentation d'un marché n'apporterait aucune information supplémentaire sur le pouvoir de marché dont dispose l'entreprise concernée, par exemple lorsqu'elle occupe la même position quelle que soit la segmentation retenue, à ne pas trancher la question dans le cas d'espèce* » (avis n° [05-A-05](#) du 16 février 2005, point 22). Il n'apparaît donc pas utile, à ce stade de l'instruction, de distinguer un marché de détail des SMS de celui des appels vocaux.
25. Le Conseil de la concurrence a estimé qu'il pouvait être pertinent de distinguer un marché spécifique des offres adressées à une clientèle professionnelle d'un marché des offres adressées à une clientèle résidentielle (notamment décisions n° [02-D-69](#) du 26 novembre 2002 et n° [04-D-48](#) du 14 octobre 2004). En effet, certaines grandes entreprises et organismes publics bénéficient d'offres commerciales sur mesure, regroupant parfois les communications fixes et mobiles, incluant des tarifications spécifiques pour l'ensemble des lignes de la flotte de l'entreprise. Néanmoins, la très grande majorité des petites entreprises souscrivent des offres 'grand public' haut de gamme (offrant des volumes importants de communication) pouvant également être

souscrites par des particuliers. Seule une instruction approfondie permettra de définir avec précision les contours d'une éventuelle segmentation entre les offres 'grand public' et les offres spécifiques réservées aux entreprises. A priori, il ne semble pas que l'analyse concurrentielle de la dominance de la société SRR et des pratiques dénoncées soit sensiblement modifiée selon la segmentation retenue, et la question peut être laissée ouverte à ce stade de l'instruction.

26. Un marché géographique pertinent comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre de biens et services en cause et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes. Il ne comprend pas les zones géographiques voisines dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable. Le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion de souligner les singularités des marchés ultramarins de services de téléphonie mobile par rapport à ceux de la métropole (avis n° [04-A-17](#) du 14 octobre 2004, point 65, décision n° [04-MC-02](#) du 9 décembre 2004, point 31) : « *Les DOM, Mayotte et Saint Pierre et Miquelon (collectivités territoriales) possèdent de nombreuses particularités faisant d'eux des marchés distincts de la métropole :*
- *l'éloignement géographique et l'isolement des îles ;*
 - *les caractéristiques météorologiques et environnementales particulières (risques climatiques, séismes, paysages accidentés) ;*
 - *les caractéristiques socio-économiques différentes ;*
 - *une pénétration des mobiles spécifiques ;*
 - *un démarrage de l'activité mobile plus tardif ».*
27. Parmi les départements d'Outre-mer, le Conseil de la concurrence a déjà isolé, au terme d'une analyse prima facie, les marchés de téléphonie mobile de la zone Antilles-Guyane en constatant notamment que les licences d'autorisation d'utilisation des fréquences délivrées par le régulateur sectoriel étaient attribuées pour une zone regroupant les départements de Martinique, de Guadeloupe et de Guyane (décision n° [04-MC-02](#) du 9 décembre 2004). Dans une décision relative à la définition des marchés de gros sur les réseaux mobiles dans les départements d'Outre-mer, l'ARCEP a considéré que « *la structuration des marchés de détail de téléphonie mobile, et des marchés de gros de terminaison d'appel vocal mobile correspondant, suit donc la géographie des attributions de fréquences* » (décision n° 2007-0811 du 16 octobre 2007, page 6). En l'espèce, les autorisations d'utilisation des fréquences GSM et UMTS sont spécifiquement consenties par l'ARCEP pour La Réunion, d'une part, et pour Mayotte, d'autre part. Par ailleurs, dans son avis, l'ARCEP attire l'attention de l'Autorité sur « *les différences structurelles entre le marché de détail mobile de La Réunion et le marché de détail mobile à Mayotte : les caractéristiques sociodémographiques, les taux de pénétration mobile et par conséquent la maturité du marché mobile, les modes de consommation, la structure du parc mobile et les dynamiques concurrentielles diffèrent fortement d'une île à l'autre. Les stratégies marketing des opérateurs peuvent également différer [...]* ».
28. Dès lors, si un certain nombre d'éléments (notamment la proximité géographique des deux îles, l'identité des opérateurs ou encore la régulation unique des niveaux de terminaison d'appel par l'ARCEP) pourraient inviter à retenir un marché géographique pertinent unique pour la zone Réunion-Mayotte, les éléments d'hétérogénéité précédemment soulignés conduiraient à considérer que les marchés de détail de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte constituent deux marchés géographiques distincts. Quoi qu'il en soit, l'analyse de la dominance de la

société SRR ne semblant pas différer sensiblement selon que l'on distingue ou non deux marchés géographiques distincts entre La Réunion, d'une part, et Mayotte, d'autre part, cette question peut être laissée ouverte à ce stade de l'instruction.

Sur la dominance de la société SRR sur les marchés de détail des services de téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte

29. Les sociétés Orange Réunion et Orange Mayotte, ainsi que la société Outremer Télécom, estiment que la société SRR occupe une position dominante sur les marchés de détail des services de téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte, lui permettant de s'abstraire sensiblement de la pression concurrentielle des deux autres opérateurs. La société SRR considère qu'elle ne détient aucune position dominante sur les marchés de détail aussi bien à La Réunion qu'à Mayotte. Elle souligne notamment le développement initial très rapide des opérateurs alternatifs, aussi bien d'Orange Réunion, qui a conquis un quart du marché en moins de dix-huit mois de présence, que d'Outremer Télécom qui a pris 15% du marché mahorais en moins de deux ans. SRR soutient que le taux de rotation de ses clients démontre le dynamisme concurrentiel du marché et la volatilité du côté de la demande. Par ailleurs, SRR avance que les entrées tardives de ses concurrents sur ces marchés ne lui sont pas imputables et qu'en tout état de cause, chacun de ces opérateurs a pu librement bénéficier d'avantages dans le jeu concurrentiel. A titre d'illustration, SRR rappelle qu'Outremer Télécom a conclu, en février 2009, un accord de partenariat privilégié avec Canal Overseas (filiale de Canal+) et qu'Orange s'appuie continuellement sur le réseau commercial et la notoriété de sa maison mère France Télécom, en position largement dominante sur les marchés de la téléphonie fixe et de l'accès à Internet.
30. Comme le souligne l'Autorité de la concurrence dans son rapport annuel pour 2008 (page 246), « *de manière générale, l'examen des parts de marché constitue un paramètre essentiel dans l'appréciation de la dominance éventuelle d'une entreprise sur son marché* ». Sur l'ensemble de la zone, la part de marché de la société SRR est comprise entre 62 % et 67 % sur l'ensemble du nombre de lignes actives à la fin du premier trimestre 2009. Dans son avis, l'ARCEP estime que la part de marché de SRR en valeur (revenus totaux de l'activité mobile) est « *sensiblement équivalente à sa part de marché en parc clients sur la zone* ». La part de marché d'Orange en volume et en valeur est comprise entre 25 % et 30 %, alors que celle d'Outremer Télécom est inférieure à 10 %. Concernant spécifiquement le marché de La Réunion, la part de marché d'Orange Réunion est légèrement plus élevée que sa part de marché moyenne de la zone Réunion-Mayotte alors que celle d'Outremer Télécom et de SRR est légèrement plus faible. En revanche, à Mayotte, les parts de marchés de SRR et de Outremer Télécom sont sensiblement plus élevées que leurs parts de marché moyennes de la zone Réunion-Mayotte alors que celle d'Orange Mayotte est sensiblement plus faible (inférieure à 10 %).
31. Si la part de marché d'Orange n'a guère évolué depuis 2002, oscillant entre 25 % et 30 %, la part de marché de SRR a connu en revanche une érosion à l'occasion de l'entrée d'Outremer Télécom sur le marché mahorais en décembre 2006 et sur le marché réunionnais en avril 2007. En deux ans, la part de marché de SRR a diminué de 7 à 10 %, passant de plus de 70 % à environ 65 %. Néanmoins, ce constat de la percée d'Outremer Télécom au détriment de SRR mérite d'être relativisé par plusieurs éléments. Tout d'abord, comme le souligne l'ARCEP dans son avis, « *les gains de clientèle d'Outremer Telecom se sont accompagnés en 2007 d'une accélération nette de la pénétration mobile à Mayotte, ce qui tend à indiquer que la*

concurrence ne s'est pas exercée uniquement auprès de clients déjà acquis par SRR ». Par ailleurs, l'ARCEP indique dans son avis que la part de marché d'Outremer Télécom ne croissait plus au second semestre de l'année 2008, stabilisée à un niveau inférieur à 10 %. Dans sa saisine, Outremer Télécom rappelle que dans la zone Antilles-Guyane, elle « détenait 15 % des parts de marché fin 2007 après une présence similaire d'environ deux ans sur le marché ». La percée d'Outremer Télécom ne semble pas remettre en cause la position de SRR sur la zone. Ainsi, Bertrand Guillot, directeur général de SRR, indiquait dans une interview à la revue locale « 7Magazine » en date du 4 mai 2009, « Orange est arrivé 5 ou 6 ans après SFR et je dirais que les positions entre nous se sont stabilisées en 2 ans avec 65 % de parts de marché pour SFR et un peu moins de 30 % pour Orange », en précisant « je ne pense pas qu'il y ait de place pour un nouvel opérateur. On le voit bien avec Only qui est arrivé il y a 2 ans, et qui stagne déjà ».

32. Par ailleurs, le Conseil a considéré dans son avis n° [04-A-17](#) du 14 octobre 2004 que « les îles sont des marchés étroits et donc plus faciles à couvrir et à conquérir. Il est donc probable que la position d'un acteur sera intimement liée à sa date d'arrivée sur ce marché : le premier arrivé bénéficie d'un avantage concurrentiel fort, surtout s'il a eu le temps de constituer une solide base de clientèle avant l'arrivée des autres. ». SRR a commencé la commercialisation de ses services à La Réunion dès 1996 et à Mayotte dès 2002, soit quatre années avant qu'un opérateur alternatif ne vienne la concurrencer sur chacun de ces deux territoires, ce qui lui a permis de développer une position de marché particulièrement importante et solide. Dans son avis, l'ARCEP relève « la forte notoriété dont bénéficie SRR à La Réunion comme à Mayotte, du fait de son antériorité commerciale », qualifiant SRR d'« opérateur mobile historique ».
33. Enfin, comme il a été précédemment exposé, le marché de la téléphonie mobile à Mayotte et à La Réunion est largement mature, caractérisé notamment par des taux de pénétration très élevés. Dans un tel marché, le cœur de la compétition n'est plus d'acquérir des primo-accédants mais de conquérir les clients des autres opérateurs, ce qui rend la conquête de parts de marché plus difficile puisqu'une grande partie des clients à conquérir sont liés aux autres opérateurs par des périodes d'engagement, souvent longues.
34. A l'instar de l'avis de l'ARCEP qui « relève plusieurs éléments de fait tendant à établir une position dominante de SRR », il ressort de l'ensemble des éléments qui précèdent que SRR est susceptible, à ce stade de l'instruction, de détenir une position dominante sur les marchés des services de téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte.

b) Sur la position de SRR sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal et SMS à destination de son réseau

35. Les sociétés Orange Réunion et Orange Mayotte, ainsi que la société Outremer Télécom, considèrent que la société SRR occupe une position dominante sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal et SMS à destination de son réseau. Cette position dominante n'est pas contestée par la société SRR.
36. L'ARCEP relève dans son avis que la boucle locale radio, sur laquelle repose la fourniture de prestations de terminaison d'appel vocal et d'appel SMS, constitue une infrastructure essentielle dont la détention, par l'opérateur de réseau mobile, confère à

ce dernier une position dominante. Dans le cadre de l'analyse du marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles français Outre-mer (décision n° 2007-0811 en date du 16 octobre 2007), l'ARCEP a déclaré la société SRR puissante sur le marché de la terminaison d'appel vocal sur son réseau, conformément à la position adoptée par le Conseil de la concurrence dans son avis n° [07-A-05](#) du 19 juin 2007 relatif au projet de décision de l'ARCEP.

37. Dans la décision n° [04-D-48](#) du 14 octobre 2004 (points 158 et s.), le Conseil a estimé qu'est pertinent le marché amont de terminaison des appels sur le réseau mobile d'un opérateur GSM. Chaque opérateur de réseau mobile, en monopole sur la terminaison d'appel sur son propre réseau, est donc en position dominante sur ce marché. Cette position a été réaffirmée plusieurs fois par le Conseil, notamment dans les avis n° [04-A-17](#) du 14 octobre 2004 et n° [07-A-05](#) du 19 juillet 2007, rendus à l'ARCEP dans le cadre de l'analyse des marchés de terminaison d'appel sur les réseaux mobiles, ou encore dans la décision n° [09-D-15](#) du 2 avril 2009 (point 40). A ce stade, aucun élément du dossier n'invite à reconsidérer ces analyses.
38. Les marchés de gros de la terminaison d'appel SMS sur chacun des réseaux mobiles ultra-marins n'ont pas été à ce jour analysés et qualifiés par l'ARCEP, contrairement à ceux de la métropole. Néanmoins, les analyses et conclusions retenues pour les marchés de gros de la terminaison d'appel SMS métropolitains semblent pouvoir être transposées aux départements d'Outre-mer. Dans le cadre de l'analyse des marchés de la terminaison d'appel SMS sur les réseaux mobiles métropolitains, le Conseil de la concurrence avait estimé que, sur le marché de la terminaison SMS des opérateurs métropolitains, il n'existait « *ni un contre-pouvoir des acheteurs ni d'autres leviers concurrentiels susceptibles de diminuer la puissance des opérateurs mobiles en monopole sur la prestation de terminaison SMS sur leurs réseaux* » (avis n° [06-A-05](#) du 10 mars 2006, point 23) et avait conclu que « *la terminaison SMS pourrait être analysée, du point de vue du droit de la concurrence, comme une charge d'accès à une infrastructure essentielle* » (ibidem, point 28). Dès lors, et comme le souligne l'ARCEP dans son avis, la dominance de la société SRR sur sa terminaison d'appel SMS est susceptible d'être similaire à celle dont elle jouit sur sa terminaison d'appel vocal.
39. Il ressort de l'ensemble des éléments qui précèdent que la société SRR est susceptible, à ce stade de l'instruction, d'occuper une position dominante sur les marchés de gros de la terminaison d'appel vocal et SMS à destination de son réseau.

2. SUR LA DIFFERENCIATION TARIFAIRE ENTRE LES APPELS ON NET ET LES APPELS OFF NET

40. Dans leur saisine, les sociétés Orange Réunion et Orange Mayotte font valoir que la société SRR pratiquerait une différenciation tarifaire abusive entre les appels on net et les appels off net. Ainsi, les saisissantes relèvent que « *dans la définition de ses offres de détail, SRR a pris le parti depuis 2002 de différencier les tarifs qu'elle propose à ses clients selon la destination de leurs appels. S'agissant des communications à destination des mobiles, SRR distingue ainsi entre un tarif de communications mobiles on net, c'est-à-dire à destination de son propre réseau, et un tarif de communications mobiles off net, c'est-à-dire à destination, indifféremment, du réseau d'Orange Réunion ou d'Outremer Télécom (Only). Ce principe prévaut sur l'ensemble de la gamme de SRR, aussi bien pour ses offres*

prépayées que pour ses offres post-payées, pour ses offres voix que pour ses offres SMS ». Les saisissantes estiment que, si rien n'interdit à un opérateur de différencier ses tarifs de détail on net et off net en fonction d'éléments objectifs, « en l'espèce, rien ne justifie que SRR pratique dans ses offres de détail les différenciations tarifaires rappelées plus haut, ou plus exactement, des écarts tarifaires aussi importants entre communications on net, d'une part et off net (...) d'autre part ». Les sociétés Orange Réunion et Orange Mayotte considèrent que « ces écarts dépassent largement les surcoûts susceptibles d'être supportés par SRR pour l'acheminement de communications off net vers le réseau d'Orange Réunion, par rapport à l'acheminement de communications on net. En effet, les coûts d'origination d'appel supportés par SRR pour des communications on net et off net sont identiques. Seules des différences de coûts de terminaison d'appel on net et off net vers le réseau d'Orange Réunion sont dès lors susceptibles de justifier un écart dans les tarifs de détail ».

41. Par cette pratique, SRR donnerait artificiellement d'Orange Réunion ainsi que d'Orange Mayotte « l'image d'opérateurs particulièrement chers », SRR incitant implicitement ses clients « à identifier le réseau de leurs correspondants pour le cas échéant les détourner de passer trop d'appels vers les réseaux de ses concurrents. Cet effet est non seulement préjudiciable à Orange Réunion, qui perd ainsi le revenu lié à de nombreux appels entrants, mais également au consommateur qui, en grande partie, perd la maîtrise de ses dépenses lorsqu'il ne sait pas identifier le réseau de ses correspondants ». En outre, « cette pratique discriminatoire est d'autant plus grave qu'elle est constante dans le temps depuis l'entrée sur le marché d'Orange Réunion et d'Orange Mayotte et qu'elle concerne l'ensemble de la gamme d'offres prépayées et post-payées de SRR. Elle est ainsi systématique ».
42. Par ailleurs, la société Outremer Télécom fait remarquer que si certaines offres très récentes proposent une tarification 'flat' (sans distinction tarifaire entre les appels on net et les appels off net), « la quasi-totalité des clients abonnés à SRR s'est vue et se voit encore facturer une différenciation tarifaire selon le réseau de destination ». Outre la différenciation tarifaire entre les appels vocaux qui ne serait pas justifiée par une différence des coûts sous-jacents, Outremer Télécom souligne qu'« aucune différenciation tarifaire en fonction du réseau de destination ne peut se justifier pour les prestations de SMS puisque les opérateurs mobiles se facturent depuis l'origine un niveau identique des charges de terminaisons d'appel SMS à La Réunion et à Mayotte. Ainsi, la différenciation tarifaire on net / off net pratiquée par SRR pour les offres de SMS est abusive car ne reposant sur aucun différentiel de terminaison d'appel SMS ».
43. Selon la société SRR, l'existence d'une différenciation tarifaire à La Réunion et à Mayotte s'explique par un contexte historique singulier. En effet, lors de l'entrée d'Orange sur le marché (fin 2000 à La Réunion), SRR aurait simplement maintenu le niveau des tarifs à destination de son réseau et facturé les appels à destination du réseau Orange à un niveau lui permettant juste de couvrir les charges de terminaison d'appel que celui-ci lui facturait. SRR soutient que Orange et Outremer Télécom ont toujours opéré librement le choix de maintenir des charges de terminaison d'appel plus élevés que les siennes, entretenant ainsi la différenciation tarifaire entre les réseaux appelés. Par ailleurs, SRR rappelle que les deux autres opérateurs pratiquent eux aussi des tarifs discriminants en faveur des appels on net, alors même que leur propre charge de terminaison d'appel est plus élevée que celle que SRR leur facture. SRR attire notamment l'attention sur les forfaits iPhone proposés en primeur

exclusive par Orange qui incluait des avantages importants pour les seuls appels on net. A titre subsidiaire, la société SRR soutient que ces pratiques, si elles étaient avérées, sont dépourvues de tout effet réel ou potentiel et qu'elles ne pourraient donc pas recevoir la qualification d'abus de position dominante.

44. Le Conseil de la concurrence a plusieurs fois considéré que « *pour un opérateur en position dominante, le fait de pratiquer des différences de prix est susceptible de constituer un abus si cette pratique a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché concerné* » (décision n° [04-MC-02](#) du 9 décembre 2004, point 59, notamment). Néanmoins, une différenciation tarifaire peut trouver une justification objective, notamment par des différences de coûts entre les prestations. Il convient, par conséquent, d'analyser les différences de coûts sous-jacents entre, d'une part, les appels on net et les appels off net et, d'autre part, entre les SMS on net et les SMS off net.
45. Schématiquement, un appel mobile est composé d'un départ d'appel puis d'une terminaison d'appel. Pour un appel on net, le départ d'appel et la terminaison d'appel se font sur le même réseau et l'opérateur n'a donc à supporter que deux opérations internes. Pour un appel off net, l'opérateur de l'appelant assure le départ de l'appel puis le livre à l'opérateur de l'appelé qui va assurer la terminaison d'appel. L'opérateur de l'appelé va facturer à l'opérateur de l'appelant cette prestation de terminaison d'appel. Ainsi, pour un appel off net, l'opérateur va devoir assurer le départ de l'appel puis acheter une prestation de terminaison d'appel à un opérateur tiers.
46. Les coûts de départ d'un appel on net et ceux d'un appel off net peuvent être considérés comme identiques, les éventuelles différences étant minimes. Dès lors, la différence du coût de production entre un appel on net et un appel off net repose exclusivement sur la différence des coûts entre la terminaison d'un appel on net et la terminaison d'un appel off net. En la matière, la position de monopole qu'occupent les opérateurs sur leurs terminaisons d'appel respectives contraint les opérateurs à ne pas opérer de distinction entre le tarif qu'ils facturent aux opérateurs tiers pour le prestation de terminaison d'appel et le coût interne qu'ils comptabilisent en interne pour la même prestation.
47. En effet, comme l'explique l'ARCEP dans son avis, « *de manière constante et universellement reconnue, la fourniture d'une prestation d'appel, par un opérateur verticalement intégré sur le marché de détail, relève de l'exploitation d'une infrastructure essentielle. A cet égard, les conditions de fourniture de cette prestation se voient opposer le régime d'accès à une infrastructure essentielle, au titre d'une application du droit de la concurrence, ou le cas échéant d'une régulation ex ante. Ce régime comprend un principe de non-discrimination, visant à prévenir les distorsions de concurrence sur le marché de détail sous-jacent, dans la mesure où il impose à l'opérateur bénéficiaire de l'infrastructure essentielle de se fournir l'accès à cette infrastructure dans des conditions identiques à celles qu'il accorde à des tiers. En matière de terminaison d'appel, ceci aura pour conséquence que l'opérateur intégré devra, pour la production de ses minutes on-net, pratiquer des prix de détail compatibles avec l'achat, de la branche aval de l'opérateur intégré, à sa branche amont, d'une terminaison d'appel égale à celle facturée à un tiers. A cet égard, la terminaison d'appel revêt le caractère d'un coût variable de court terme* ».
48. Pour appréhender la pratique dénoncée par les saisissantes, il est donc nécessaire d'établir une comparaison entre, d'une part, les écarts de terminaison d'appel vocal

et SMS entre opérateurs et, d'autre part, les écarts de prix pratiqués par la société SRR entre les appels et SMS on net et off net. A ce stade de l'instruction, seuls des résultats partiels peuvent être présentés.

a) Les charges de terminaison d'appel vocal et SMS

49. Les charges de terminaison d'appel vocal que se facturent entre eux les opérateurs font l'objet d'une régulation de l'ARCEP. Dans son avis, l'ARCEP a communiqué le tarif de la terminaison d'appel moyen par minute de chacun des trois opérateurs de la zone pour les années 2004 à 2009. L'écart moyen pondéré (colonne de droite du tableau) représente la différence entre le niveau de terminaison d'appel de SRR et le niveau moyen de terminaison d'appel d'Orange et d'Outremer Télécom, en retenant pour ce dernier une pondération par les volumes d'interconnexion de chacun de ces opérateurs tiers avec SRR. Cet écart moyen pondéré est utile pour apprécier les différences de terminaison d'appel sous-jacentes aux offres de détail de SRR puisque, pour la très grande majorité de ses offres de détail, SRR ne pratique pas de différenciation tarifaire entre les appels à destination des deux réseaux tiers Orange et ceux à destination du réseau Outremer Télécom mais seulement entre les appels on net (à destination du réseau SRR) et les appels off net (à destination des réseaux Orange et Outremer Télécom)

	Tarif TA (centimes d'euro HT / minute)			Ecart avec la TA de SRR (centimes d'euro / minute)		
	SRR	Orange	Outremer	Ecart avec Orange	Ecart avec Outremer	Ecart moyen pondéré pdm
2004	29,59	35,61	-	6,02	-	6,02
2005	19,65	22,99	-	3,34	-	3,34
2006	15,72	18,39	-	2,67	-	2,67
2007	12,57	15,26	29,36	2,69	16,79	[3 - 3,50]
2008	10,50	13,00	27,20	2,50	16,70	[4,50 - 5]
2009	8,50	11,00	17,50	2,50	9,00	[3 - 3,50]

50. Depuis la signature des accords d'interopérabilité SMS fin 2002 à La Réunion, les opérateurs se facturent sur la zone Réunion-Mayotte des prestations de terminaison d'appel SMS à un prix identique de 5,336 centimes d'euro HT par SMS.

b) Les différenciations tarifaires pratiquées par SRR pour ses offres de détail entre les appels et SMS on net et off net

51. A titre liminaire, il convient de préciser que les charges de terminaison d'appel sont comptabilisées hors TVA alors que les services de détail de téléphonie mobile incluent un taux de TVA de 8,5 % à La Réunion. La TVA n'étant pas appliquée à Mayotte, les prix faciaux de détail sont hors taxe. A ce stade de l'instruction, les constats de différenciation tarifaire des offres de détail de SRR ne sont pas présentés de manière exhaustive mais reflètent une part significative de la gamme de l'opérateur.

Concernant les appels vocaux

52. Dans la gamme des services mobiles prépayés, SRR a principalement développé deux types d'offres : « *La Carte* » et « *NRJ Mobile La Carte* ». Ces offres prépayées représentent environ 50 % du parc des clients SRR.
53. Dans l'offre « *La Carte* » disponible aussi bien à La Réunion qu'à Mayotte, les appels étaient facturés à 16 centimes d'euro TTC par minute on net et 35 centimes d'euro TTC par minute off net, avec, dans les deux cas, une facturation avec une première minute indivisible. De plus, l'offre « *La Carte* » permettait d'appeler un numéro SRR de son choix à moitié prix, soit à hauteur de 8 centimes d'euro TTC la minute on net. Selon l'ARCEP, ces tarifs étaient appliqués depuis au moins le mois de juin 2004. Cependant, depuis la fin du mois de juin 2009, SRR a refondu son offre prépayée en lançant, à La Réunion notamment, une nouvelle offre « *La Carte à la seconde* » proposant désormais des minutes on net à 29 centimes d'euros TTC et des minutes off net à 32 centimes d'euro TTC, décomptées à la seconde dès la première seconde. Les prix de l'offre « *La Carte* » ont eux aussi récemment évolué avec une tarification des minutes on net à 22 centimes d'euro TTC et des minutes on net à 25 centimes d'euro TTC (facturation incluant une première minute indivisible).
54. Dans l'offre « *NRJ Mobile La Carte* », depuis son lancement en 2005 jusqu'à sa refonte au printemps 2008, la minute on net était facturée 16 centimes d'euro TTC, contre 35 centimes d'euro TTC pour la minute off net. Depuis le printemps 2008, la minute on net était facturée 25 centimes d'euro TTC contre 35 centimes d'euro pour la minute off net, l'offre incluant désormais des SMS et MMS illimités tous les soirs. La facturation reposait sur la comptabilisation d'une première minute indivisible. La nouvelle offre « *NRJ Mobile La Carte* » proposée depuis la fin du mois de juin 2009 n'opère plus de différenciation tarifaire entre les appels on net et les appels off net.
55. Dans la gamme des forfaits, les forfaits « *Intégral* » sont déclinés en plusieurs formules selon le montant du forfait. Toutes les versions font apparaître des différences de tarif entre les appels on net et les appels off net, mais dans des proportions variables. Les forfaits « *Intégral* » sont commercialisés aussi bien à Mayotte qu'à La Réunion et selon l'ARCEP, à La Réunion, « *ces tarifs sont appliqués depuis le lancement de l'offre en 2001* ».

Prix mensuel du forfait Intégral	Prix mn on net	Prix mn off net	Ecart TTC on net / off net	Ecart HT on net / off net
19 €	23 c€	33 c€	10 c€	9,22 c€
24 €	17 c€	33 c€	16 c€	14,75 c€
37 €	13 c€	33 c€	20 c€	18,43 c€
44 €	11 c€	33 c€	22 c€	20,28 c€
54 €	9 c€	33 c€	24 c€	22,12 c€

56. Dans le haut de gamme, SRR commercialise également un forfait « *Maxxi* » dans lequel les appels on net sont facturés à 8 centimes d'euro par minute et les appels off net à 24 centimes d'euro la minute, avec une facturation à la seconde au-delà de la première minute indivisible. L'écart tarifaire entre la minute on net et la minute off net est donc de 16 centimes d'euro TTC, soit 14,75 centimes d'euro HT.
57. SRR propose également, depuis 2002, des forfaits bloqués sous le nom de « *Compte Liberté* », comportant plusieurs formules selon le montant du forfait. Toutes les

versions font apparaître des différences de tarif entre les appels on net et les appels off net, mais dans des proportions variables.

Prix mensuel du Compte Liberté	Prix mn on net	Prix mn off net	Ecart TTC on net / off net	Ecart HT on net / off net
15 €	25 c€	33 c€	08 c€	7,37 c€
20 €	15 c€	33 c€	18 c€	16,59 c€
30 €	15 c€	30 c€	15 c€	13,82 c€
40 €	15 c€	30 c€	15 c€	13,82 c€

58. A l'instar de l'avis de l'ARCEP, il est possible de relever « *la généralisation de la pratique de SRR de discrimination tarifaire entre minutes de voix on net et minutes de voix off net, sur le marché de détail mobile de La Réunion et sur le marché de détail mobile mahorais* » et de constater que « *cette pratique est présente sur tous les segments de clientèle : prépayé, forfaits bloqués et forfaits non bloqués* ». Les nouvelles offres et les récents changements de grille tarifaire ne concernent pas l'ensemble de la gamme et ne font pas disparaître toute différenciation entre les appels on net et off net.

Concernant les SMS

59. L'offre prépayée « La Carte » tarifait les SMS on net à 9 centimes d'euro TTC contre 12 centimes d'euro pour les SMS off net, soit un écart de 3 centimes d'euro TTC et 2,76 centimes d'euro HT. Selon les relevés tarifaires en possession de l'ARCEP, ces tarifs étaient appliqués depuis au moins le mois de janvier 2007. Le renouvellement de la grille tarifaire de l'offre « La Carte » à la fin du mois de juin 2009 a conduit la société SRR à creuser cet écart, le SMS on net étant facturé 10 centimes d'euro TTC contre 15 centimes d'euro TTC pour un SMS off net, soit un écart de 5 centimes d'euro TTC et 4,61 centimes d'euro HT. La nouvelle offre « La Carte à la Seconde » lancée fin juin 2009 faisait apparaître le même écart de prix. Par ailleurs, et jusqu'à sa refonte à la fin du mois de juin 2009, l'offre « NRJ Mobile La Carte » commercialisait les SMS on net au prix de 9 centimes d'euro TTC contre 12 centimes d'euro TTC pour les SMS off net, soit un écart de 3 centimes d'euro TTC et 2,76 centimes d'euro HT.
60. Aucun des forfaits de la gamme « *Forfait Intégral* » ne présente de différenciation tarifaire entre les SMS on net et les SMS off net, mais SRR proposait deux options comprenant des forfaits de SMS. Les premiers forfaits comprenaient 25, 50, 75 ou 100 SMS à destination de l'ensemble des réseaux pour 10 centimes d'euro par SMS. Les seconds forfaits comprenaient 40, 80 ou 160 SMS à destination du seul réseau SRR pour un tarif unitaire de 7,5 centimes d'euro par SMS. Il apparaissait ainsi un écart de tarif entre les SMS all net (vers tous les réseaux) et les SMS on net de 2,5 centimes d'euro TTC par SMS, soit 2,30 centimes d'euro HT.
61. L'offre « *Le Compte Liberté* », forfait bloqué, proposait des SMS on net à 9 centimes d'euro TTC l'envoi contre 12 centimes d'euro TTC pour les SMS off net, soit un écart de 3 centimes d'euro TTC et 2,76 centimes d'euro HT.
62. Plusieurs offres ponctuelles (rentrée scolaire, période des fêtes de fin d'année) ont aussi présenté des différenciations tarifaires entre les SMS on net et les SMS off net. A titre d'illustration, la série limitée « *Kasagogo* », commercialisée par SRR durant la période de Noël 2007, proposait des SMS on net à 9 centimes d'euro TTC l'envoi

contre 12 centimes d'euro TTC pour les SMS off net, soit un écart de 3 centimes d'euro TTC et 2,76 centimes d'euro HT.

63. Dans ses observations et en séance, la société SRR a affirmé que ses nouvelles offres prépayées lancées fin juin 2009 ne comportaient plus de différenciation tarifaire pour les SMS, et que seules des erreurs matérielles sur son site internet pouvaient expliquer les constatations faites tant par les saisissantes que par les rapporteurs. Le site internet de la société SRR ne fait désormais plus apparaître de différenciation tarifaire entre les SMS on net et off net pour les offres prépayées SRR, et ne propose plus, depuis la fin du mois de juillet, les forfaits '40', '80' ou '160' SMS à destination du réseau SRR pour un tarif unitaire de 7,5 centimes d'euro qui étaient proposés en option du forfait Intégral.

c) Comparaison des écarts de tarifs de détail entre les appels et SMS on net et off net et les différences de terminaison d'appel sous-jacentes aux offres de détail

64. Les écarts ci-après présentés sont calculés à partir des tarifs HT réunionnais, qui font apparaître des écarts en valeur absolue plus faibles que ceux qui prévalent effectivement à Mayotte (sans retraitement de la TVA).

Concernant les appels vocaux

Offres		Ecart détail on net/ off net HT	Ecart des TA on net / off net, en c€/mn	Ecart résiduel (absolu)
Intégral	19 €	9,22 c€	de 3 à 6,02 c€ [2009-2004]	de 3,20 à 6,22 c€ [2004-2009]
	24 €	14,75 c€	de 3 à 6,02 c€ [2009-2004]	de 8,73 à 11,75 c€ [2004-2009]
	37 €	18,43 c€	de 3 à 6,02 c€ [2009-2004]	de 12,41 à 15,43 c€ [2004-2009]
	44 €	20,28 c€	de 3 à 6,02 c€ [2009-2004]	de 14,26 à 17,28 c€ [2004-2009]
	54 €	22,12 c€	de 3 à 6,02 c€ [2009-2004]	de 16,1 à 19,12 c€ [2004-2009]
Maxxi		+ 14,75 c€	de 3 à 6,02 c€ [2009-2004]	de 8,73 à 11,75 c€ [2004-2009]
Compte Liberté	15 €	7,37 c€	de 3 à 6,02 c€ [2009-2004]	de 1,35 à 4,37 c€ [2004-2009]
	20 €	16,59 c€	de 3 à 6,02 c€ [2009-2004]	de 10,57 à 13,59 c€ [2004-2009]
	30 €	13,82 c€	de 3 à 6,02 c€ [2009-2004]	de 7,80 à 10,82 c€ [2004-2009]
	40 €	13,82 c€	de 3 à 6,02 c€ [2009-2004]	de 7,80 à 10,82 c€ [2004-2009]
La Carte (avant fin juin 2009)		17,51 c€	de 3 à 6,02 c€ [2009-2004]	de 11,49 à 14,51 c€ [2004-2009]
NRJ La Carte	2005 à mars 2008	17,51 c€	de 3 à 6,02 c€ [2009-2004]	de 11,49 à 14,51 c€ [2004-2009]
	Mars 2008 à juin 2009	9,22 c€	de 3 à 6,02 c€ [2009-2004]	de 3,20 à 6,22 c€ [2004-2009]

Concernant les SMS

Offres	Ecart des offres de détail on net/ off net (en HT)	Ecart des TA	Ecart résiduel (absolu)	Ecart résiduel (relatif)
La Carte avant juin 09	+ 2,76 c€	0	+ 2,76 c€	+ 33 %
NRJ Mobile La Carte avant juin 09	+ 2,76 c€	0	+ 2,76 c€	+ 33 %
Forfait Texto Intégral avant juillet 09	+ 2,30 c€ (écart on net / all net)	0	+ 2,30 c€	+ 33 %
Compte Liberté avant juin 2009	+ 2,76 c€	0	+ 2,76 c€	+ 33%
Série limitée Kosagogo Noël 07	+ 2,76 c€	0	+ 2,76 c€	+ 33 %

65. Il ressort des comparaisons qui précèdent que la très grande majorité des offres proposées par SRR sur les marchés réunionnais et mahorais sont susceptibles d'avoir comporté, voire de continuer à comporter, des tarifs différenciant les appels vocaux et les SMS on net et off net dans des proportions qui ne semblent pas justifiées par des différences de coûts sous-jacents.
66. S'agissant plus spécifiquement des tarifs de détail de la téléphonie mobile, le Conseil de la concurrence a déjà été saisi d'une différenciation entre tarifs on net et tarifs off net envisagée par Orange, en métropole, à l'automne 2002 (décision n° [02-D-69](#) du 26 novembre 2002) et avait considéré, au stade de l'examen de la demande de mesures conservatoires : *« la différenciation tarifaire peut influencer sur le choix des clients lors du premier achat ou d'un renouvellement, dans la mesure où ils seront désormais susceptibles de tenir compte des réseaux auxquels appartiennent leurs principaux correspondants. Ces effets sont de nature à limiter l'interopérabilité des réseaux et donc à favoriser le plus grand des parcs, les clients valorisant la possibilité d'appeler et d'être appelés par le plus grand nombre possible de correspondants »*. La cour d'appel de Paris a elle-même stigmatisé la pratique de différenciation tarifaire entre les appels on net et les appels off net : *« cette pratique de discrimination tarifaire non justifiée par une différence objective de situation, appliquée par un opérateur en position dominante, est de nature à renforcer ce dernier par un effet de réseau, ou 'effet club', dans la mesure où les clients sont incités à restreindre le volume des appels destinés à l'opérateur concurrent et, lors du premier achat ou d'un renouvellement, à tenir compte du réseau auquel appartiennent leurs principaux correspondants ; qu'il en est d'autant plus ainsi lorsqu'une telle pratique est observée sur un marché étroit (moins d'un million de clients potentiels), ne comportant que deux acteurs aux positions fortement asymétriques »* (arrêt du 28 janvier 2005).
67. En l'espèce, si la taille de SRR lui permet de bénéficier naturellement d'un effet club, les différenciations tarifaires entre les appels et SMS on net et off net, qui ne semblent pas justifiées par des différences de coûts sous-jacents, sont susceptibles de

renforcer cet effet club en accroissant artificiellement l'attractivité des appels on net sur le réseau SRR. Une telle pratique est susceptible d'entraîner une marginalisation des offres des opérateurs concurrents.

68. Par ailleurs, SRR a renforcé cet effet de club en diffusant des messages publicitaires insistant sur les avantages de la tarification on net du plus grand réseau. Ainsi, en 2007, SRR présentait un argumentaire publicitaire intitulé « ... voilà un comparatif qui n'est pas une blague » qui présentait le tableau suivant :

Vers SFR Réunion (560 000 numéros)	Only	Orange	SFR
Avec une formule forfait bloqué 20€/mois	0,23 € /mn	0,34 € /mn	0,20 € /mn
Avec carte prépayée	0,20 € /mn	0,35 € /mn	0,16 € /mn

69. En rappelant le nombre de lignes SFR à La Réunion, la publicité insistait sur le fait que bénéficier d'appels on net peu chers était un avantage considérable lorsque cela permettait d'appeler 560 000 numéros à La Réunion (sur 800 000 lignes environ à l'époque).
70. Par ailleurs, ces différenciations tarifaires ont pu avoir pour effet de présenter artificiellement les opérateurs tiers comme des opérateurs « coûteux » car « chers à appeler ». Enfin, en accroissant la différence de prix entre les appels et SMS on net et off net, les abonnés SRR, qui représentent une grande partie du parc de clients, pourraient avoir tendance à éviter ou à écourter leurs appels vers Orange et Outremer Télécom, diminuant en conséquence le volume des communications entrantes de ces réseaux et les revenus que ces opérateurs en tirent.
71. Il ressort de l'ensemble des constatations et analyses qui précèdent que la différenciation généralisée des tarifs pratiquée par SRR entre, d'une part, les appels on net et les appels off net, et, d'autre part, entre les SMS on net et les SMS off net, est susceptible de constituer une pratique abusive au sens des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité européen.

3. SUR LA PRATIQUE DE CISEAU TARIFAIRE

72. Dans leur saisine, les sociétés Orange Réunion et Orange Mayotte estiment que « les tarifs de SRR vers son propre réseau ne peuvent être reproduits, même par un opérateur aussi efficace qu'elle, sans exposer des pertes ». En effet, selon les saisissantes, « l'espace économique entre la TA de SRR et un certain nombre de ses tarifs de détail on net est non seulement nul, mais négatif. Il ne saurait en conséquence permettre à Orange Réunion ou Orange Mayotte de couvrir la TA elle-même de SRR et, a fortiori, les autres coûts liés à la production des appels vers SRR, ne serait-ce que leur origination ».
73. Dans sa saisine, la société Outremer Télécom constate une « explosion du trafic SMS à La Réunion » à partir du premier trimestre 2008, qui s'explique, selon elle, par « le lancement concomitant des offres décrites précédemment comprenant des SMS et MMS illimités vers tous les opérateurs de La Réunion, soirs, week-end et jours fériés ». Ces offres proposées par SRR seraient constitutives « d'un effet de ciseau tarifaire au détriment d'Outremer Telecom ». En effet, selon Outremer Télécom, « on peut estimer que le tarif moyen des SMS on net facturés par SRR à ses clients est de l'ordre de 2cts€. Ce montant est inférieur au tarif de gros de terminaison SMS ».

à hauteur de 5,336 cts€ appliqué par SRR à Outremer Télécom ». Par conséquent, l'opérateur serait « donc contraint de subir des pertes s'il souhaite répliquer les offres SMS illimitées lancées par SRR ».

74. Selon la société SRR, le test de ciseau n'est pas pertinent en l'espèce en raison de l'absence de tout risque d'éviction des opérateurs concurrents. SRR soutient notamment que « l'utilisation d'un test de ciseau au cas d'espèce est totalement artificielle dans la mesure où la répliquabilité des offres de SRR n'est absolument pas essentielle pour permettre l'existence ou le maintien d'une concurrence sur le marché de détail de la téléphonie mobile. En effet, un ciblage commercial actif peut faire que l'offre la plus attractive soit une offre on net, quelle que soit la taille du réseau qui la propose ». A titre subsidiaire, la société SRR estime qu'il est impossible de conduire des tests de ciseau distincts pour les appels vocaux d'une part, et pour les SMS d'autre part. Elle souligne que « les opérateurs commercialisent un catalogue de forfaits avec un tarif SMS spécifique hors forfait. C'est sur cette réalité économique que les opérateurs bâtissent leur stratégie tarifaire, les recettes SMS ne pouvant être isolées des recettes d'abonnement ».
75. La Cour de cassation a récemment souligné qu'« une pratique de 'ciseau tarifaire' a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes ; qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du 'ciseau tarifaire' leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval » (arrêt du 3 mars 2009). Pour établir une pratique de ciseau tarifaire, le test du 'concurrent hypothétique aussi efficace' a été retenu par les autorités de concurrence tant nationales que communautaires et validé par les juridictions. Récemment, le TPICE a précisé que « le caractère abusif des pratiques tarifaires d'une entreprise dominante est en principe déterminé par référence à sa propre situation et, partant, par référence à ses propres tarifs et coûts, et non par référence à la situation des concurrents actuels ou potentiels » (arrêt du 10 avril 2008, affaire T-271/03, point 188).
76. En l'espèce, il est possible de constater que certains forfaits SRR proposent une tarification pour les appels on net à 8 centimes d'euro TTC la minute soit 7,37 centimes d'euro HT (offre Maxxi) ou à 9 centimes d'euro TTC la minute soit 8,3 centimes d'euro HT (forfait Intégral 54 euros). Or, la charge de terminaison d'appel que SRR facture aux opérateurs concurrents pour terminer les appels sur son réseau s'élève à 10,5 centimes d'euro HT pour 2008 et à 8,5 centimes d'euro HT pour 2009. Il apparaît donc que certaines offres de SRR proposent des appels on net à un prix inférieur à la charge de terminaison d'appel que l'opérateur facture à ses concurrents. Si les tarifs de détail étudiés sont structurés autour d'une tarification avec une première minute indivisible alors que les charges de terminaison d'appel sont facturées à la seconde dès la première seconde, le constat que SRR pratique un prix de détail inférieur au prix de la terminaison d'appel, prestation de gros sous-jacente, invite à approfondir l'instruction pour mener un test de ciseau tarifaire exhaustif.
77. Concernant la tarification des SMS de SRR, il convient de constater notamment que les cartes NRJ mobile '4 euros', '8 euros' ou '16 euros' offrent respectivement 4 euros, 8 euros et 16 euros de crédit de communication ainsi que l'envoi gratuit et illimité de SMS et de MMS le soir et le week-end. L'explosion du trafic SMS

constaté sur l'ensemble de la zone concomitamment au lancement de ces offres suggère que les clients de SRR ont pu faire un usage massif de l'illimité SMS et MMS. Au regard de l'importante part de marché détenue par SRR et le niveau de la terminaison d'appel SMS facturée par celle-ci aux autres opérateurs (5,336 centimes d'euro), il n'est pas exclu qu'un opérateur aussi efficace ne puisse pas répliquer les offres de SRR sans encourir des pertes.

78. Le périmètre des coûts et des revenus à prendre en compte dans un test de ciseau tarifaire pose de nombreuses questions méthodologiques qui ne peuvent trouver une réponse suffisamment étayée à ce stade de l'instruction. Dès lors, une analyse au fond apparaît nécessaire et il ne peut être exclu, à ce stade, que les pratiques dénoncées puissent être constitutives de pratiques prohibées par les articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité européen.

D. SUR LA DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES

79. L'article L. 464-1 du code de commerce donne à l'Autorité le pouvoir de « *prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt du consommateur ou à l'entreprise plaignante* » et elles « *doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* ».

1. SUR LE CARACTERE GRAVE ET IMMEDIAT DE L'ATTEINTE CAUSE PAR LES PRATIQUES IDENTIFIEES

80. Selon Outremer Télécom, « *la généralisation des différenciations tarifaires abusives 'on net/ off net' constitue la cause directe et certaine d'une atteinte grave et immédiate* ». Par ailleurs, la stagnation de ses parts de marché et sa difficulté à acquérir une part de marché suffisante à sa rentabilité sont directement liées aux pratiques dénoncées. Pour l'opérateur, les pratiques de SRR l'empêchent de conquérir de nouveaux clients dans un marché largement mature, et compromettent ainsi dangereusement sa capacité à investir, notamment dans les réseaux 3G, et à venir concurrencer SRR sur son cœur de clientèle.
81. Selon Orange, « *l'intervention de l'Autorité est d'autant plus nécessaire que les effets des offres de SRR pèsent de plus en plus lourdement sur les indicateurs économiques d'Orange Réunion et d'Orange Mayotte* ». Ainsi, selon l'opérateur, Orange Réunion réalisait fin 2008 une marge brute opérationnelle particulièrement faible et en total décalage avec celle réalisée par des opérateurs comparables. Cette marge se serait considérablement dégradée au premier semestre 2009, chutant de 5 points. Orange estime par ailleurs que les restrictions à la dynamique concurrentielle du marché des services de téléphonie mobile dans la zone Réunion-Mayotte résultant des pratiques de discrimination de SRR portent gravement et immédiatement atteinte aux consommateurs locaux.
82. Les saisissantes considèrent que le marché mobile serait en pleine phase de transition, les abonnés s'orientant aujourd'hui vers des offres incluant des communications vocales et des transmissions de données (accès à Internet mobile

notamment). Cette phase de transition aurait débuté à la fin de l'année 2008 et s'accélérait au cours de l'année 2009 avec la concomitance de deux événements : les déploiements progressifs par les opérateurs mobiles de leurs réseaux 3G et l'arrivée sur le marché de terminaux attractifs permettant un accès facile à Internet et aux applications d'échanges de données. Le marché se trouverait ainsi dans une période charnière, notamment lors des prochaines fêtes de fin d'année qui devraient être le point d'orgue de ces mouvements.

83. Selon la société SRR, les baisses de marge invoquées par les sociétés Orange Réunion et Orange Mayotte trouvent leur explication dans une détérioration de la situation économique qui a, d'ailleurs, été la cause d'une dégradation de la rentabilité de SRR depuis le début d'année. Concernant Outremer Télécom, SRR souligne que cet opérateur dispose de réelles capacités d'investissement, puisqu'il était candidat à une licence de téléphonie mobile sur l'île Maurice nécessitant la mobilisation de plusieurs millions d'euros. Par ailleurs, la société SRR soutient que, contrairement aux affirmations des parties saisissantes, la situation sur la zone Réunion-Mayotte est très différente de celle qui prévalait dans la zone Antilles-Guyane en 2004 lors du prononcé des mesures conservatoires à l'encontre d'Orange Caraïbe, notamment par le niveau relativement plus faible des prix des services de téléphonie mobile à La Réunion et l'existence d'une animation concurrentielle sans comparaison avec la situation caribéenne dans laquelle Orange Caraïbe détenait près de 85 % de parts de marché sans concurrent crédible. L'adossement d'Orange Réunion et d'Orange Mayotte au groupe France Télécom et la forte présence d'Outremer Télécom ne permettent pas d'identifier une atteinte grave au secteur. Enfin, la société SRR nie l'existence d'une quelconque urgence en l'absence de fait irréversible lié aux pratiques qu'elle a mises en œuvre.

a) La gravité de l'atteinte

84. Les différenciations tarifaires ne reflétant pas des différences de coûts ont pu être constatées en première analyse pour la quasi-totalité des offres de SRR, aussi bien pour les offres prépayées que pour les forfaits, généralement tant pour les appels vocaux que pour les SMS. L'ampleur et la généralisation de telles pratiques tarifaires qui s'appliquaient à l'ensemble du parc de SRR caractérisent la gravité certaine de celles-ci. Le maintien d'une discrimination tarifaire généralisée est d'autant plus grave que le Conseil de la concurrence, dans sa décision n° [04-MC-02](#) du 9 décembre 2004, confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 28 janvier 2005, avait déjà exposé, concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile dans les Caraïbes qu'il pouvait « *être raisonnablement présumé, en l'état du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, que la différenciation tarifaire pratiquée entre les appels on net et les appels off net par Orange Caraïbe verrouille l'entrée sur le marché par un effet de 'club', lui-même renforcé par l'important écart de taille entre les deux réseaux concernés, pratique constitutive d'un abus de position dominante entrant dans le champ de l'article L. 420-2 du code de commerce* ». Enfin, les baisses régulières des écarts, en termes absolus, entre les terminaisons d'appel de SRR et celles des opérateurs alternatifs, ont, au fil des années, sensiblement augmenté les écarts entre les différences de coûts et les différences de prix de détail entre les appels on net et les appels off net.
85. La gravité des pratiques mises en œuvre par la société SRR est renforcée par le fait qu'elles ont un impact sensible sur la capacité des autres opérateurs, et

singulièrement d'Outremer Télécom, à animer une vive concurrence sur les marchés des services de téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte. En effet, l'arrivée d'Outremer Télécom sur le marché des services de téléphonie mobile à La Réunion au début de l'année 2007 avait contribué à stimuler la concurrence entre les opérateurs, Outremer pratiquant des prix agressifs. Depuis le second semestre de l'année 2008, Outremer Télécom ne parvient plus à faire progresser sa part de marché, inférieure à 9 % et a essentiellement conquis une clientèle à faible consommation. Les difficultés d'Outremer Télécom à venir concurrencer SRR sur son cœur de clientèle s'expliquent notamment par les pratiques tarifaires discriminatoires précédemment examinées qui favorisent artificiellement le plus gros réseau au détriment des opérateurs alternatifs, indépendamment de l'efficacité respective de chacun des opérateurs. Or, la réduction artificielle de la capacité d'Outremer Télécom à conquérir de nouveaux clients, notamment parmi ceux de SRR, réduit artificiellement les perspectives à venir de cet opérateur, indépendamment de son efficacité. Les pratiques de SRR obèrent ainsi les perspectives de développement de ce nouvel entrant, qui pourrait dès lors remettre en cause certains investissements projetés (notamment dans les réseaux 3G) dont la rentabilité ne peut être envisagée qu'avec une part de marché sensiblement supérieure à celle détenue à ce jour par Outremer Télécom. Le Conseil de la concurrence avait observé dans sa décision n° [04-MC-02](#) du 9 décembre 2004 que le report de certains investissements nécessaires à un opérateur alternatif pour maintenir une pression concurrentielle effective devait être considéré avec attention. Dans cette affaire, le Conseil avait considéré que *« l'affaiblissement grave ou la disparition de toute pression concurrentielle exercée sur l'opérateur dominant constituerait une atteinte au secteur et aux consommateurs, dans un contexte où l'ensemble de l'économie des Caraïbes supporte déjà les effets d'un certain retard dans le développement des nouvelles potentialités attendues de la téléphonie mobile et d'un prix relativement élevé des communications échangées sur les réseaux de téléphonie mobile »*.

b) Le caractère immédiat de l'atteinte

86. A la fin de l'année 2008, le marché a atteint un stade de maturité très élevé avec un taux de pénétration supérieur à 100 % à La Réunion. Dans un marché caractérisé par une telle maturité, l'essentiel de l'acquisition de nouveaux clients s'opère par la conquête de la clientèle des autres opérateurs. Or, la discrimination tarifaire artificiellement élevée entre les appels on net et les appels off net, telle que mise en œuvre par SRR sur la quasi-totalité de ses offres, a eu pour conséquence d'inciter ses clients à développer leurs habitudes de communications vers les abonnés de son réseau qui deviennent alors plus sensibles à la tarification des appels vers le réseau SRR. Ces pratiques limitent ainsi la capacité des autres opérateurs à proposer des offres attractives aux clients de SRR, en augmentant artificiellement le coût d'opportunité à changer d'opérateur. Dès lors, l'arrivée à pleine maturité du marché mobile de la zone à la fin de l'année 2008 a accru la sensibilité des effets des pratiques mises en œuvre incriminées.
87. L'observation de l'évolution des parts de marché conforte cette analyse. En effet, si Outremer Télécom a gagné près de 9 % du marché en un an, sa position s'est largement stabilisée, voire même érodée depuis. Il apparaît ainsi que la dynamique concurrentielle d'Outremer Télécom est clairement rompue depuis la fin de l'année 2008, la conquête de consommateurs non encore adressés par les autres opérateurs

s'étant épuisée. Dans la zone Antilles-Guyane où les discriminations tarifaires de l'opérateur dominant ont pris fin avec l'intervention du Conseil de la concurrence à la fin de l'année 2004, la pénétration du marché par Outremer Télécom a pu aller au-delà de la conquête d'une clientèle non encore adressée et l'opérateur alternatif a pu prendre près de 15 % du marché. Cette rupture de la dynamique concurrentielle, constatée depuis la fin de l'année 2008 et confirmée au premier semestre 2009 constitue un élément singulier nouveau qui contribue à caractériser l'urgence de la situation.

88. Par ailleurs, si les trois opérateurs ont déjà largement commencé à déployer leurs réseaux 3G, le lancement commercial des offres data, qui a commencé à la fin de l'année 2008, prend progressivement plus d'ampleur et devrait atteindre un pic durant la période des fêtes de fin d'année. Comme en métropole, le développement des usages de services offerts par la 3G est largement permis par la diffusion de nouveaux terminaux. Ainsi, les opérateurs proposent généralement leurs nouveaux forfaits 3G avec des smartphones permettant une utilisation ergonomique des applications Internet notamment. Comme l'a souligné l'ARCEP dans le cadre de l'affaire iPhone, *« le marché mobile, mature, est donc très fortement animé par la vitesse de renouvellement de la gamme des terminaux, et dans une moindre mesure par les innovations de changement de normes (2G/3G/3.5G) et de services (introduction de l'IMS, service de téléchargement de musique...) »* (Avis n° 2008-1175 du 4 novembre 2008, cité au point 32 de la décision n° [08-MC-01](#) du 17 décembre 2008).
89. La période des fêtes de fin d'année constitue une époque décisive pour l'animation concurrentielle des marchés des services de téléphonie mobile. S'appuyant sur l'avis de l'ARCEP, le Conseil de la concurrence, confirmé par la Cour d'appel de Paris avait ainsi considéré dans l'affaire iPhone que *« comme le rappelle l'Arcep dans son avis, les ventes de coffrets de téléphonie sont particulièrement dynamiques pour la période des fêtes de fin d'année : ' la période des fêtes de fin d'année est une période charnière pour les opérateurs mobiles comme l'atteste le nombre de numéros mobiles portés à cette période. En effet, depuis le lancement de la portabilité des numéros mobiles dite en simple guichet (le 21 mai 2007), on constate un pic du nombre de numéros mobiles portés au mois de décembre 2007(environ 150 000 numéros portés), soit environ 60% de plus que les mois précédents. Par conséquent, on peut estimer que pour les fêtes de fin d'année 2008, la combinaison du caractère saisonnier du marché du terminal et l'explosion du marché du smartphone pourra avoir un effet cumulé important pour les opérateurs' »* (Point 213 de la décision n° [08-MC-01](#) du 17 décembre 2008).
90. Dès lors, la perspective d'une concurrence accrue entre les opérateurs dans les prochains mois dans la zone Réunion-Mayotte, avec la commercialisation massive de terminaux 3G pour les fêtes de fin d'année, caractérise l'urgence de mettre fin à des pratiques susceptibles de fausser le jeu d'une compétition loyale entre les opérateurs. Il est indispensable de s'assurer que la position de la société SRR pourra être contestée de manière effective par les opérateurs alternatifs au cours de cette période charnière du marché.
91. L'urgence est d'autant plus caractérisée que SRR propose une option 3G qui peut venir s'ajouter aux anciens forfaits, notamment ceux incluant les discriminations tarifaires précédemment analysées. Si cette option n'est pas expressément soumise à un engagement de durée minimum, sa résiliation entraîne la facturation au client

d'une pénalité contractuelle de 200 euros : « *en cas de résiliation de l'Option Internet et Mails illimités de SFR Réunion dans les 12 mois suivant sa souscription, une pénalité de 200 € sera facturée* ». Une telle clause a pour effet de pérenniser les bénéfices de la discrimination tarifaire au-delà de la période d'animation du marché liée à la commercialisation massive des offres 3G.

92. Il résulte de l'ensemble des constatations qui précèdent que les pratiques de discrimination tarifaire précédemment analysées sont la cause d'une atteinte grave et immédiate aux marchés réunionnais et mahorais de la téléphonie mobile.

2. SUR LES MESURES CONSERVATOIRES NECESSAIRES ET PROPORTIONNEES

93. Accessoirement à leur saisine au fond, Orange Réunion et Orange Mayotte ont sollicité, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, le prononcé des mesures conservatoires suivantes :

- « *faire en sorte que, pour toutes ses offres comportant des tarifs différents pour les communications on net, d'une part, et off net, d'autre part, l'écart entre ses tarifs on net et off net ne dépasse pas l'écart entre les coûts que SRR supporte pour l'acheminement de ces deux types de communications, à charge pour SRR de justifier de ses écarts de coûts. Cette mesure devra prendre effet dans un délai maximum de deux mois à compter de la notification de la décision à intervenir de l'Autorité et l'ensemble des clients et abonnés de SRR devront être clairement informés de ces modifications tarifaires ;*- *libérer l'ensemble de ses abonnés post-payés concernés par ces modifications tarifaires de leur éventuelle durée résiduelle d'engagement de sorte qu'ils puissent, le cas échéant, changer sans frais ni pénalité d'opérateur au regard des nouveaux tarifs pratiqués. Cette mesure devra prendre effet concomitamment aux modifications tarifaires ci-dessus et les abonnés concernés de SRR devront être clairement et individuellement informés de la possibilité qui leur est offerte de résilier leur abonnement sans frais ni pénalité, nonobstant toute durée d'engagement restant à courir* ».

94. Accessoirement à sa saisine au fond, Outremer Télécom a sollicité quant à elle, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, le prononcé des mesures conservatoires suivantes :

- « *faire interdiction à SRR de conduire toute action de promotion ou de commercialisation de toute offre commerciale et/ou tarifaire comprenant une surtarification abusive pour les appels off net et les SMS off net à destination du réseau d'Outremer Telecom ; l'écart entre les tarifs on net et off net pratiqués par SRR, s'il est justifié, devra notamment tenir compte des différences de parts de marché entre ses concurrents et ce, dans la stricte limite des économies d'échelle chiffrables et démontrables ;*- *faire interdiction à SRR de maintenir toute offre comprenant une telle surtarification ;*- *informer, par l'envoi d'un document écrit à tous ses abonnés sous quinzaine après la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence, sur tout document publicitaire et commercial destiné à promouvoir les services de SRR auprès de la clientèle résidentielle et professionnelle, par voie d'affichage visible dans les*

agences SRR et les points de vente à La Réunion et à Mayotte ainsi que sur le site internet de SRR pendant une période de un mois à compter de la notification de la décision de l'Autorité de la concurrence, de l'illicéité des sur-tarififications pratiquées jusque là. Cette information sera matérialisée par le texte suivant : 'SRR informe la clientèle qu'il lui est interdit de facturer plus chers les appels à destination de ses concurrents sauf justification économique démontrée et chiffrée. Toutes les offres passées que SRR a commercialisé sans respecter cette interdiction sont donc illégales' ».

95. Dans ses écritures, la société SRR a estimé que les mesures demandées ne présentaient aucune utilité pratique puisqu'elle avait déjà entrepris elle-même une modification de ses offres en faisant disparaître la discrimination tarifaire prétendument injustifiée et qu'elle avait planifié de généraliser ces nouveaux tarifs dans les prochaines semaines. La société a insisté notamment sur l'injonction consistant à lui imposer de libérer ses clients tenus par des périodes d'engagement, considérant qu'outre le non-respect du principe de proportionnalité, une telle mesure la mettrait artificiellement en danger en réduisant à néant la valeur de ses investissements commerciaux et techniques depuis son arrivée sur ces îles. Enfin, la société SRR souligne que les mesures sollicitées la conduiraient à relever le prix de ses appels on net, au détriment des consommateurs réunionnais et mahorais.
96. En séance, la société SRR a précisé être disposée à ne plus commercialiser aucune offre incluant des différenciations tarifaires on net / off net, tant sur la voix que sur les SMS et pouvoir modifier, au plus tard le 1^{er} décembre 2009, les tarifs des contrats en cours concernant l'ensemble des offres prépayées ainsi que les forfaits Intégral, Maxxi, et Comptes Bloqués. La société SRR a souligné son incapacité technique à modifier l'ensemble de ses plans tarifaires (plus d'une centaine dont certains ne comptant que quelques dizaines de clients) d'ici à la fin de l'année, eu égard aux ressources qu'il est nécessaire de mobiliser pour opérer de telles modifications au sein de son système d'information. Par ailleurs, la société SRR a demandé à pouvoir maintenir la même différenciation tarifaire pour ses forfaits iPhone que celle pratiquée par Orange.
97. L'Autorité prend acte de l'attitude constructive adoptée par la société SRR en séance. Il apparaît néanmoins nécessaire de s'assurer du rétablissement de la contestabilité de la forte position de la société SRR en garantissant les conditions d'une concurrence effective entre les trois opérateurs au moment de l'époque charnière des fêtes de fin d'année. En évitant que les discriminations tarifaires ne continuent d'augmenter le coût d'opportunité lié au changement d'opérateur, l'Autorité entend favoriser une vive concurrence par les mérites entre les opérateurs, indépendamment de la taille de leur réseau. Si à court terme, une telle mesure est susceptible d'entraîner une augmentation des tarifs des appels on net de SRR, la pression concurrentielle accrue qui en résultera du fait de la disparition de l'effet club contraindra SRR à proposer des offres attractives et innovantes pour maintenir sa position sur le marché, et ce, au plus grand bénéfice des consommateurs réunionnais et mahorais. En facilitant ce changement d'opérateur, la fin de la discrimination tarifaire excessive restaurera une concurrence par les tarifs et les services propre à discipliner les prix.

98. En revanche, il n'apparaît pas proportionné d'exiger de la société SRR la modification de l'intégralité de ses plans tarifaires, sachant que la modification des contrats en cours pour l'ensemble des offres prépayés ainsi que les forfaits Intégral, Maxxi, et Comptes Bloqués concernera un peu plus de 90 % des clients de SRR. Par ailleurs, si la fin de l'année est une période commerciale très importante à la Réunion, à Mayotte l'essentiel des offres de fêtes se concentre durant la période de fin du Ramadan (au mois de septembre de cette année). Il n'apparaît donc pas proportionné d'imposer ces mesures dans les mêmes délais pour les deux îles. Un délai supplémentaire d'exécution des mesures pour Mayotte n'aura que peu d'incidence sur un marché mahorais mais permettra à SRR de concentrer ses ressources sur les modifications à La Réunion avant la période cruciale des fêtes de fin d'année. Par ailleurs, la forte proportion des offres prépayées à Mayotte réduit les risques de pérennisation d'une viscosité de ce marché, ces offres connaissant un taux de rotation très sensiblement plus élevé que les forfaits.
99. Les modifications tarifaires devront scrupuleusement respecter les exigences du code de la consommation et notamment son article L. 121-84 qui dispose, dans son premier alinéa, que « *tout projet de modification des conditions contractuelles de fourniture d'un service de communications électroniques est communiqué par le prestataire au consommateur, au moins un mois avant son entrée en vigueur, assorti de l'information selon laquelle ce dernier peut, tant qu'il n'a pas expressément accepté les nouvelles conditions, résilier le contrat sans pénalité de résiliation et sans droit à dédommagement, jusque dans un délai de quatre mois après l'entrée en vigueur de la modification* ». En l'espèce, il n'apparaît ni nécessaire ni proportionné d'allonger, de manière dérogatoire aux dispositions envisagées par le législateur, le délai de résiliation sans pénalité.
100. Il n'est pas envisageable d'accorder une exception à l'interdiction de pratiquer une différenciation tarifaire au delà des différences de coûts pour les forfaits iPhone. En effet, l'Autorité ne saurait autoriser une pratique susceptible de ne pas être conforme au droit de la concurrence, notamment si elle est mise en œuvre par un opérateur possédant une importante part de marché.

DECISION

Article 1er : Il est enjoint à la société SRR, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, de faire en sorte que, pour toutes les offres comportant des tarifs différents pour les appels vocaux et SMS *on net*, d'une part, et *off net*, d'autre part, l'écart entre ces tarifs *on net* et *off net* ne dépasse pas l'écart entre les coûts que SRR supporte pour l'acheminement de ces deux types d'appels. Cette injonction s'applique pour l'ensemble des nouvelles offres commercialisées. Pour les contrats en cours d'exécution, cette injonction concerne l'ensemble des offres prépayées, des forfaits Intégral, Maxxi et Compte Bloqué. La société SRR en informera ses clients par mention selon la formule suivante : « *Appliquer à ses clients des tarifs d'appel ou de SMS différents selon que l'appel ou le message sont destinés à un correspondant client du même opérateur que l'appelant ou à un correspondant client d'un autre opérateur favorise indûment l'opérateur qui dispose du plus grand nombre de clients. Afin de mettre un terme à cette*

distorsion de concurrence, l'Autorité de la concurrence demande à SRR de ne plus différencier ses tarifs entre les deux types d'appel ou de message au-delà des écarts de coûts qu'elle supporte pour ces deux types d'appel ou de message. SRR propose donc de nouveaux tarifs respectant cette exigence » sur leur prochaine facture et par affichage visible dans les espaces de vente SRR. La société SRR devra mettre en œuvre ces injonctions au plus tard le 1^{er} décembre 2009 à La Réunion et le 1^{er} février 2010 à Mayotte.

Article 2 : La société SRR adressera à l'Autorité, sous pli recommandé avec demande d'avis de réception, un rapport d'exécution des mesures prononcées à l'article précédent, au plus tard le 1^{er} mars 2010.

Délibéré sur le rapport oral de MM. Antoine Darodes de Tailly et Laurent Binet et l'intervention de Mme Virginie Beaumeunier, rapporteure générale, par Mme Anne Perrot, vice-présidente, présidente de séance, Mmes Laurence Idot et Reine-Claude Mader-Saussaye, membres.

La secrétaire de séance,
Marie-Anselme Lienafa

La vice-présidente,
Anne Perrot

© Autorité de la concurrence