



Bruxelles, le 1.12.2014
C(2014) 9284 final

AVIS DE LA COMMISSION

du 1.12.2014

Avis de la Commission européenne en application de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (maintenant articles 101 et 102 TFUE)

Affaire: 2013/01006; FRANCE TÉLÉCOM, S.A., ORANGE FRANCE et SOCIÉTÉ FRANÇAISE DU RADIOTÉLÉPHONE (« SFR »), S.A. c/ L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

(Le texte en langue française est le seul faisant foi.)

AVIS DE LA COMMISSION

du 1.12.2014

Avis de la Commission européenne en application de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (maintenant articles 101 et 102 TFUE)

Affaire: 2013/01006; FRANCE TÉLÉCOM, S.A., ORANGE FRANCE et SOCIÉTÉ FRANÇAISE DU RADIOTÉLÉPHONE (« SFR »), S.A. c/ L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

(Le texte en langue française est le seul faisant foi.)

1. INTRODUCTION

- (1) Le 19 juin 2014, la Cour d'appel de Paris a transmis à la Commission européenne (« la Commission ») une demande d'avis en vertu de l'article 15, paragraphe 1, du règlement 1/2003. Cette demande s'inscrit dans le cadre d'un contrôle de légalité de la décision de l'Autorité française de la concurrence (« l'Autorité ») N° 12-D-24 du 13 décembre 2012 (« la décision attaquée »).
- (2) L'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (maintenant les articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'UE, « TFUE »)¹ dispose que les juridictions des Etats membres peuvent demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa possession ou un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles de concurrence de l'Union européenne. Cette forme de coopération entre la Commission et les juridictions nationales est explicitée dans la communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE (maintenant les articles 101 et 102 TFUE)².
- (3) Les avis de la Commission au titre de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) 1/2003 ne lient pas les juridictions nationales. Seule la Cour de justice de l'UE est compétente pour donner une interprétation contraignante des règles de concurrence de l'UE dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en vertu de l'article 267 TFUE³.
- (4) Conformément à la communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 du traité CE (maintenant les articles 101 et 102 TFUE), en donnant l'avis sollicité, la Commission se borne à communiquer à la juridiction nationale les informations factuelles ou les clarifications juridiques requises, sans se prononcer sur le fond de

¹ JO du 4.1.2003, L1, p. 1.

² JO du 27.4.2004, C 101, p. 54.

³ Arrêt de la Cour du 6 octobre 1982, CILFIR c. Ministère de la santé, 283/81, Rec. p. 3415.

l'affaire dont la juridiction est saisie. Un avis de la Commission au titre de l'article 15, paragraphe 1, du règlement (CE) 1/2003 vise à être utile au juge national demandeur pour trancher les questions factuelles et juridiques qui se posent dans le cadre d'un litige pendant devant lui. C'est donc dans ce but et à la lumière du cadre factuel dudit litige que la Commission fournit un tel avis.

- (5) La décision attaquée concerne le secteur de la téléphonie mobile. Il convient de rappeler que les opérateurs de téléphonie mobile sont liés entre eux par des contrats d'interconnexion et se sont facturés mutuellement, à partir de 2005, une prestation dite de « terminaison d'appel » mobile. Schématiquement, un appel mobile est composé d'un départ d'appel et d'une terminaison d'appel. Pour un appel « on net » (c'est-à-dire un appel pour lequel l'appelant et l'appelé sont raccordés au même réseau), 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 » (c'est-à-dire un appel à destination d'un client raccordé à un réseau concurrent), l'opérateur de l'appelant assure le départ de l'appel puis le livre à l'opérateur de l'appelé qui assure la terminaison de l'appel. L'opérateur de l'appelé facture à l'opérateur de l'appelant cette prestation de terminaison d'appel. Ainsi, pour un appel off net, l'opérateur assure le départ de l'appel et achète une prestation de terminaison d'appel à un opérateur tiers.
- (6) Dans la décision attaquée l'Autorité a considéré que les entreprises Orange et SFR ont chacune enfreint l'article 102 TFUE et la disposition correspondante du droit français en mettant en œuvre une différenciation tarifaire abusive entre les appels on net et les appels off net. Cette différenciation tarifaire s'est manifestée par des plans tarifaires offerts par Orange et SFR permettant à leurs abonnés d'appeler pour un prix forfaitaire, indépendamment de la durée et du nombre d'appels, leurs interlocuteurs clients du même opérateur, pendant certaines plages horaires ou à destination d'un nombre limité de numéros faisant partie du « créneau d'abondance ». Les autres types d'appel, c'est-à-dire les appels vers des abonnés d'autres opérateurs concurrents, ou les appels on net hors créneau d'abondance, ne bénéficiaient pas des avantages de l'abondance.

2. QUESTIONS

- (7) Par l'arrêt du 19 juin 2014, la Cour d'Appel de Paris a demandé à la Commission européenne :
- (8) « (...) de donner son avis sur l'application de l'article 102 du TFUE aux offres on net lancées par Orange et par SFR entre 2005 et 2008, et notamment les questions économiques et juridiques présentées par l'affaire, plus spécialement en ce qui concerne:
1. l'existence de la différenciation tarifaire entre les appels on net et off net et la méthode employée pour apprécier les écarts de prix et des écarts de coûts entre ces deux types d'appels, et le test pertinent,
 2. la prise en compte de la régulation sectorielle,
 3. la question des effets anti-concurrentiels des offres incriminées sur le marché de détail de la téléphonie mobile ».

3. AVIS DE LA COMMISSION EUROPEENNE

(9) Après avoir rappelé le contexte réglementaire et les étapes de la procédure, la Commission répond aux trois questions dans l'ordre où elles ont été posées.

3.1. Contexte réglementaire

(10) L'article 10, paragraphe 1, de la « directive accès »⁴ prévoit que les autorités réglementaires nationales (« ARN ») peuvent imposer des obligations de non-discrimination aux opérateurs de réseaux de communications publics en ce qui concerne l'interconnexion et/ou l'accès. Le paragraphe 2 dudit article 10 précise que « [l]es obligations de non-discrimination font notamment en sorte que les opérateurs appliquent des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents, et qu'ils fournissent aux autres des services et informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'ils assurent pour leurs propres services, ou pour ceux de leurs filiales ou partenaires. »

(11) La régulation sectorielle adoptée sur la base de l'article 10 susmentionné par l'autorité réglementaire française (l'ARCEP) impose aux opérateurs de services de télécommunications une obligation de non-discrimination, dans la fourniture des prestations de terminaison d'appel, entre les services qu'ils fournissent aux tiers et ceux qu'ils se fournissent à eux-mêmes⁵. Ainsi, chacun des opérateurs en cause a l'obligation de se facturer à lui-même un prix de cession interne de la terminaison d'appel pour les appels on net. Ce prix de transfert interne correspond au prix de la terminaison d'appel de l'opérateur, minoré des coûts évités puisqu'il s'agit d'un appel on net⁶. L'autorité de la concurrence a considéré, dans la décision attaquée, que la prestation des services de terminaison d'appel revêt le caractère d'une facilité essentielle⁷.

(12) En France - ainsi que dans plusieurs autres Etats membres - les tarifs de terminaison ont été calculés d'abord selon les modèles des coûts historiques remplacés consécutivement par le modèle technico-économique ascendant (« bottom-up ») des coûts incrémentaux de long terme (LRIC) permettant: i) une allocation d'éléments de coûts communs, et ii) une asymétrie de tarifs de terminaison en faveur d'opérateurs plus petits. En France métropolitaine, cette asymétrie s'appliquait à la société Bouygues Telecom jusqu'au 30 juin 2011. Le marché de terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles individuels fait partie des marchés susceptibles d'être soumis à une réglementation ex ante. Les ARN sont ainsi obligées de notifier des mesures prises dans leurs cycles d'analyse de marché à la Commission européenne et aux autres ARN selon les articles 7, paragraphe 3, et 16 de la directive cadre dans le

⁴ Directive 2002/19/CE du Parlement et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »), JO L 108 du 24.4.2002, p. 7. L'article 10 prévoit:

« *Obligations de non-discrimination*

1. *En ce qui concerne l'interconnexion et/ou l'accès, les autorités réglementaires nationales peuvent, conformément aux dispositions de l'article 8, imposer des obligations de non-discrimination.*

2. *Les obligations de non-discrimination font notamment en sorte que les opérateurs appliquent des conditions équivalentes dans des circonstances équivalentes aux autres entreprises fournissant des services équivalents, et qu'ils fournissent aux autres des services et informations dans les mêmes conditions et avec la même qualité que ceux qu'ils assurent pour leurs propres services, ou pour ceux de leurs filiales ou partenaires. »*

⁵ Décision attaquée, points 34 et 422 et suivants.

⁶ Décision attaquée, point 423.

⁷ Décision attaquée, point 425.

secteur des communications électroniques⁸. La Commission a systématiquement informé les ARN, par décision, de ses observations. Dans ses observations, la Commission a régulièrement invité les ARN à aboutir à des tarifs de terminaison symétriques et à envisager de fixer une date butoir pour le passage aux tarifs de terminaison au niveau des coûts d'un opérateur efficace, tout en tenant compte à la fois des différences de coûts objectives et des évolutions constatées à l'échelon européen. Les terminaisons d'appel font l'objet de la recommandation de la Commission du 7 mai 2009 sur les tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile⁹. Cette recommandation prévoit, notamment dans son article 11, que les ARN doivent veiller à ce que les tarifs de terminaison d'appel soient mis en œuvre à un niveau de coût efficace et symétrique à partir du 31 décembre 2012¹⁰. En France ce modèle de calcul de tarifs de terminaison d'appel est effectivement appliqué depuis le 1^{er} janvier 2013. Cette réglementation des tarifs de terminaison ne s'applique cependant que sur les tarifs appliqués entre opérateurs (marché de services en gros) et non sur les tarifs au détail.

3.2. Les étapes de la procédure et la décision attaquée

- (13) La société Bouygues Telecom a déposé une plainte contre les pratiques visées au point (6) ci-dessus auprès de l'Autorité en octobre 2006. Le 13 mars 2008, le rapporteur général de l'Autorité a adressé une notification des griefs aux parties portant sur des pratiques de ciseau tarifaire susceptibles d'enfreindre les dispositions de l'article 102 TFUE ainsi que la disposition équivalente en droit français¹¹. Le 15 mars 2009 l'Autorité a décidé de surseoir à statuer et de faire procéder à un complément d'instruction sur les effets de la « différenciation tarifaire » entre les appels on net et les appels off net¹², considérant que la question de l'effet de ciseau tarifaire apparaît comme « une question subsidiaire à celle, plus vaste, de mécanismes de discrimination anticoncurrentielle »¹³. Une seconde notification des griefs a été adressée aux entreprises Orange France, France Télécom et SFR le 5 août 2011, portant sur des pratiques de « différenciation tarifaire ».
- (14) Dans la décision attaquée, l'Autorité a établi un abus de position dominante en considérant entre autres, qu'il existait: (i) une différenciation tarifaire entre les appels off net et on net, sans que (ii) cette différenciation tarifaire ne soit objectivement justifiée par une différence entre le coût des appels on net et off net, et (iii) que cette différenciation tarifaire tendait à produire des effets d'éviction.
- (15) Dans la décision attaquée, l'Autorité a mis en exergue que chaque opérateur de téléphonie mobile jouit d'un monopole de terminaison d'appels sur son propre réseau et se trouve ainsi en position dominante sur ce marché de service en gros. Elle a rappelé également l'obligation réglementaire de non-discrimination imposés aux

⁸ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, JO L 108 du 24.4.2002, p. 33.

⁹ Recommandation de la Commission du 7 mai 2009 sur le traitement réglementaire des tarifs de terminaison d'appels fixe et mobile dans l'UE, JO du 20.5.2009, L 124/67.

¹⁰ Sous réserve des différences de coût objectives déterminées conformément aux dispositions de cette recommandation.

¹¹ Décision attaquée, point 4.

¹² Décision de l'autorité n° 09-S-03 du 15 mai 2009, point 83, telle que citée dans la décision attaquée, point 6.

¹³ Décision de l'autorité n° 09-S-03 du 15 mai 2009, point 84, telle que citée dans la décision attaquée, point 6.

opérateurs (telle que rappelée au point (11) ci-dessus)¹⁴. L'Autorité, dans la décision attaquée, a également considéré que l'obligation de non-discrimination imposée par l'ARCEP vise à garantir que les entreprises puissantes sur le marché ne faussent pas la concurrence, notamment lorsqu'il s'agit d'entreprises intégrées verticalement qui fournissent des services à des entreprises concurrentes sur le marché en aval¹⁵. Dans la décision, l'Autorité a souligné que les prestations de terminaison d'appel des communications illimitées, intrants nécessaires pour la fourniture des offres d'abondance, sont fournies uniquement par l'opérateur de l'appelant à l'exclusion des opérateurs concurrents. Selon l'Autorité, le fait de réserver les plages d'abondance aux seuls appels on net implique nécessairement la possibilité pour les abonnés d'effectuer des appels on net à des conditions tarifaires plus favorables, en moyenne et toutes communications confondues, que celles de leurs appels off net¹⁶.

- (16) Au sujet de la différence de prix, la méthode suivie par l'Autorité dans la décision attaquée vise à obtenir une estimation, en termes monétaires, de la différence entre les prix des communications on net et ceux des communications off net. L'Autorité a tenu compte du caractère forfaitaire des offres des opérateurs, dont le prix de la minute n'est pas explicite, à la lumière entre autres, du fait que les avantages tarifaires offerts par Orange et SFR n'étaient pas définis en termes monétaires mais sous la forme d'appels illimités, et du fait que ces avantages s'appliquaient uniquement sur une partie des appels on net. Concernant les coûts de départ d'un appel, l'Autorité les a considérés comme étant identiques pour un appel on net et pour un appel off net¹⁷. Concernant l'analyse des coûts de terminaison d'un appel aux fins de vérifier si la différence de tarification en cause entre les appels on net et ceux off net est objectivement justifiée¹⁸, l'Autorité a pris en compte la charge de terminaison d'appel facturée par l'opérateur concerné aux autres opérateurs pour la terminaison d'un appel sur son réseau, compte tenu de l'obligation de non-discrimination concernant les prix de terminaison. Elle en conclut que la différence de coût entre un appel on net et un appel off net est égale à la différence entre les charges de terminaison d'appel des deux opérateurs concernés¹⁹. Dans la décision attaquée, l'Autorité a considéré que les écarts de prix entre les appels on net et ceux off net excèdent plus de six fois les écarts de coût et qu'ils ne pouvaient pas se justifier objectivement²⁰.

3.3. Analyse juridique

3.3.1. Considérations liminaires

- (17) L'article 3, paragraphe 3, TUE précise que l'Union européenne établit un marché intérieur, lequel, conformément au protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence annexé au traité de Lisbonne, comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée. L'article 102 TFUE appartient au nombre des règles de concurrence qui sont nécessaires au fonctionnement dudit marché intérieur. En effet, de telles règles ont précisément pour objectif d'éviter que la concurrence ne

¹⁴ Décision attaquée, point 422.

¹⁵ Décision attaquée, point 424.

¹⁶ Décision attaquée, point 404.

¹⁷ Décision attaquée, point 186.

¹⁸ Décision attaquée, points 190 et suivants.

¹⁹ Décision attaquée, point 187.

²⁰ Décision attaquée, point 190.

soit faussée au détriment de l'intérêt général, des entreprises individuelles et des consommateurs, contribuant ainsi au bien-être dans l'Union²¹.

- (18) La position dominante visée à l'article 102 TFUE concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs²². Ainsi, l'article 102 TFUE doit être interprété comme visant tant les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat ou direct aux consommateurs que celles qui leur causent préjudice en portant atteinte au jeu de la concurrence²³. Si, en effet, l'article 102 TFUE n'interdit pas à une entreprise de conquérir, par ses propres mérites, la position dominante sur un marché, et si, à plus forte raison, la constatation de l'existence d'une telle position n'implique en soi aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée, il n'en reste pas moins qu'il incombe à l'entreprise qui détient une telle position une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché intérieur²⁴.
- (19) L'exploitation abusive d'une position dominante interdite par cette disposition est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui, sur un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence²⁵. Un système de concurrence non faussée, tel que celui prévu par le traité, ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée²⁶.
- (20) Afin de déterminer si l'entreprise occupant une position dominante a exploité de manière abusive cette position, il y a lieu d'apprécier l'ensemble des circonstances et d'examiner si cette pratique tend à enlever à l'acheteur, ou à restreindre pour celui-ci, les possibilités de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée²⁷. La preuve de l'intention de l'entreprise dominante d'apporter un dommage à la structure concurrentielle du marché ou aux consommateurs peut être prise en considération afin d'établir une violation de l'article 102 TFUE²⁸, mais ne constitue pas un élément nécessaire à cette fin²⁹.
- (21) Une entreprise occupant une position dominante peut justifier des agissements susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction énoncée à l'article 102 TFUE.

²¹ V. arrêt de la Cour du 17 février 2011, *TeliaSonera*, C-52/09, Rec. p. I-527, points 20-22 et jurisprudence y citée.

²² V., entre autres, arrêts du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche/Commission*, 85/76, Rec. p. 461, point 38, et du 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom/Commission*, C-280/08 P, Rec. I-9555, point 170.

²³ V., entre autres, arrêt *TeliaSonera*, précité, point 24 et jurisprudence y citée.

²⁴ Arrêt du 7 octobre 1999, *Irish Sugar c. Commission*, T-228/97, Rec. p. II-2969, point 111.

²⁵ V., entre autres, l'arrêt *Hoffman-La Roche*, précité, point 91.

²⁶ V., entre autres, arrêt de la Cour du 13 décembre 1991, *GB-Inno*, Rec. I-5941, point 25.

²⁷ Arrêt *Deutsche Telekom/Commission*, précité, point 175 et jurisprudence citée.

²⁸ Arrêt de la Cour du 14 février 1978, *United Brands*, C-27/76, Rec. 207, point 189.

²⁹ V., entre autres, arrêt du 9 septembre 2009, *Clearstream*, T-301/04, Rec. II-3155, point 141.

En particulier, une telle entreprise peut démontrer, à cet effet, soit que son comportement est objectivement nécessaire, soit que l'effet d'éviction qu'il entraîne peut être surpassé par des avantages en termes d'efficacité qui profitent également aux consommateurs. À ce dernier égard, il appartient à l'entreprise occupant une position dominante de démontrer que les gains d'efficacité susceptibles de résulter du comportement considéré neutralisent les effets préjudiciables probables sur le jeu de la concurrence et les intérêts des consommateurs sur les marchés affectés, que ces gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce audit comportement, que ce dernier est indispensable à la réalisation de ceux-ci et qu'il n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle³⁰.

- (22) Selon une jurisprudence constante³¹, la liste des pratiques abusives figurant à l'article 102 TFUE n'est pas limitative, et n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le droit de l'Union. Dans ce contexte, il importe de souligner que les conditions spécifiques nécessaires pour conclure à l'existence d'une des formes d'abus visées par l'article 102 TFUE ne doivent pas nécessairement être remplies lorsqu'il s'agit d'une autre forme d'abus en vertu de ce même article³².

3.3.2. Première question

- (23) L'Autorité, dans la décision attaquée, a établi qu'Orange et SFR ont enfreint l'article 102 TFUE en mettant en œuvre une différenciation tarifaire abusive entre les appels on net et les appels off net³³. C'est dans ce cadre que la Cour d'appel invite la Commission, par sa première question, à donner tout d'abord son avis au sujet des conditions dans lesquelles les différenciations tarifaires identifiées par l'Autorité peuvent donner lieu à l'application de l'article 102 TFUE. De manière générale, il y a lieu de rappeler que l'interdiction de discrimination fait partie des principes fondamentaux du droit de l'Union et exige que des situations comparables ne soient pas assujetties à un traitement différencié, à moins qu'une telle différenciation ne soit objectivement justifiée³⁴. Une différence de traitement est justifiée dès lors qu'elle est fondée sur un critère objectif et raisonnable, et que cette différence est proportionnée au but poursuivi par le traitement concerné³⁵.
- (24) Plus spécifiquement, l'article 102 TFUE vise entre autres, plusieurs types de discrimination. Un abus de position dominante sous la forme de discrimination peut être sanctionné en vertu de l'article 102 TFUE en général³⁶, ou en référence spécifiquement aux exemples d'abus spécifiés dans cet article, notamment, sous la lettre a), la lettre b), ou la lettre c) de l'article 102 TFUE. La lettre a) de l'article 102 TFUE interdit l'imposition par une entreprise dominante de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transactions non équitables. La lettre b) interdit à une telle entreprise de limiter ou contrôler la production, les

³⁰ Arrêt de la Cour du 27 mars 2012, *Post Danmark*, C-209/10, Rec. I-172, points 40-42.

³¹ V., entre autres, arrêts de la Cour du 15 mars 2007, C-95/04, *British Airways*, Rec. I-2331, point 58, et *TeliaSonera*, précité, point 26 et jurisprudence y citée.

³² V., par exemple, arrêts de la Cour dans *TeliaSonera*, précité, point 55; du 10 juillet 2014, C-295/12 P *Telefónica*, point 128.

³³ Décision attaquée, articles 1 et 2.

³⁴ V., entre autres, arrêt de la Cour du 7 juin 2005, *VEWE*, C-17/03, Rec. I-4983, point 48 et jurisprudence y citée.

³⁵ Arrêt de la Cour du 16 décembre 2008, *Arcelor et Lorraine*, C-127/07, Rec. I-9895, point 47.

³⁶ V., par exemple, décision de la Commission du 29 octobre 1981, dans le cas 29.839, *GVL*, confirmée par la Cour dans l'arrêt du 2 mars 1983, *GVL c. Commission*, affaire 7/82, Rec. 485 ; arrêt de la Cour du 10 février 2000, *Deutsche Post*, affaires jointes C-147/97 et C-148/97, Rec. 825, point 61.

débouchés, le développement technique ou les investissements³⁷. À l'article 102 lettre c) TFUE sont visées les pratiques d'une entreprise dominante consistant à appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence³⁸. La notion de partenaires commerciaux faisant l'objet de la discrimination en vertu de l'article 102 lettre c) TFUE a été discutée dans la jurisprudence et des décisions de la Commission³⁹. Par ailleurs, dans la décision dans le cas HOV-SVZ/MCN⁴⁰, approuvée entièrement par le juge européen, la Commission a analysé la question de savoir si les différences de prix appliqués par la Deutsche Bahn pour les transports provenant, d'une part, des ports néerlandais et, d'autre part, des ports allemands étaient objectivement justifiées entre autres, à la lumière des coûts de production.

- (25) Lorsqu'elle applique l'article 102 TFUE, une autorité de concurrence peut, mais n'est pas obligée d'expliquer sous quel(s) angle(s) de l'article 102 TFUE elle entend fonder sa décision.
- (26) Afin d'établir un abus d'éviction, et comme il a été rappelé au point (14) ci-dessus, l'Autorité a d'une part considéré dans la décision attaquée qu'il existait une différenciation tarifaire entre les appels off net et on net. Elle a ensuite considéré que cette différenciation tarifaire n'était pas objectivement justifiée par une différence entre le coût des appels on net et off net. Enfin, l'autorité s'est, justement, attachée à démontrer que cette différenciation tarifaire tendait à produire des effets d'éviction.
- (27) La Commission est invitée par la Cour à se prononcer sur l'existence de la différenciation tarifaire ainsi que sur la méthode employée pour apprécier les écarts de coûts et les écarts de prix entre ces deux types d'appels. Comme indiqué au point (23) ci-dessus, l'interdiction de discrimination exige que des situations comparables ne soient pas assujetties à un traitement différencié, à moins qu'une telle différenciation ne soit objectivement justifiée. Dans le cas d'espèce, une telle comparaison n'est possible qu'à la condition préalable que ces deux types d'appels soient « comparables ».

³⁷ V., par exemple, la décision de la Commission du 20 juillet 1999, 2000/12/CE, (JO du 8.1.2000, L 5/55) relative à la vente de billets pour la coupe du monde en France de 1998.

³⁸ V., par exemple, arrêts de la Cour, British Airways, et du Tribunal du 9 septembre 2009, Clearstream c. Commission, T-301/04, point 169.

³⁹ Dans la Décision de la Commission du 25 juillet 2001, 2001/892/EC, COMP/C-1/36.912 (JO du 15.12.2001, L 331/40), *Deutsche Post AG (DPAG)- Interception de courrier transfrontière*, points 130-131, la Commission a décidé que la Deutsche Post avait commis une discrimination abusive en violation de l'article 102 TFUE en traitant différemment le courrier transfrontière entrant qu'elle considérait comme du courrier international « réel » (lettres ne comportant aucune mention d'entités domiciliées en Allemagne), d'une part, et le courrier transfrontière entrant qu'elle considérait comme du repositage ABA « virtuel » parce que son contenu mentionnait une entité domiciliée en Allemagne, d'autre part. Dans le premier cas, la Deutsche Post facturait à la British Post Office les frais terminaux qui ont été convenus entre les opérateurs postaux publics (OPP) respectifs et la British Post Office facturait aux expéditeurs britanniques le tarif transfrontière normal, calculé sur les frais terminaux applicables. Dans le second cas, la Deutsche Post facturait à la British Post Office ou aux expéditeurs le plein tarif du régime intérieur applicable en Allemagne, qui était plus élevé. La Commission, dans sa décision, a entre autres mis en exergue que le comportement en cause entraînait des désavantages pour la British Post Office, concurrent de la Deutsche Post sur le marché britannique du courrier postal transfrontière sortant. Dans sa décision, la Commission a précisé que le terme partenaire commercial, en raison du monopole postal, doit recevoir une interprétation différente, et qu'un rapport indirect (plutôt qu'une relation commerciale directe) peut suffire à qualifier les expéditeurs, qui étaient en l'espèce des sociétés en concurrence directe les unes avec les autres, comme des partenaires commerciaux de DPAG.

⁴⁰ Décision de la Commission du 29 mars 1994, IV/33.941 — HOV-SVZ/MCN (JO L 104, p. 34).

- (28) S'agissant de la *méthode* pour apprécier la différenciation tarifaire, la Commission considère qu'il est possible d'identifier une telle différenciation alors même qu'aucune différence de prix par minute entre les appels on net et les appels off net, n'est indiquée dans la facture. En effet, le fait que les avantages tarifaires « de l'abondance » ne s'appliquent qu'aux appels on net a pour conséquence que ce type d'appel revient globalement moins cher pour les clients des opérateurs concernés, que les appels off net. La Commission considère s'agissant de la méthode utilisée par l'Autorité, que celle-ci vise correctement à traduire en termes monétaires la différence entre le prix des communications on net et off net, du fait de la présence d'avantages qui ne sont pas, eux, définis en termes monétaires (appels illimités), dans un contexte où les offres sont forfaitaires, et couvrent tous les types d'appels. S'agissant des coûts, et comme il a été rappelé au point (16) ci-dessus, l'Autorité prend à juste titre en compte l'existence d'une obligation réglementaire de non-discrimination concernant le prix de terminaison d'appel.
- (29) Sur la base du test qu'elle a développé, l'Autorité était en mesure d'établir l'existence d'un écart entre les prix des appels on net et off net qui puisse ne pas être justifié par des éléments objectifs, comme les écarts de coûts associés à chaque type d'appel, et qui, dans ce cas, tombe dans le champ d'application de l'article 102 TFUE. Lorsque les opérateurs appliquent des avantages (ou réductions) sur les prix nominaux qui doivent être payés par les abonnés, comme au cas présent, il est opportun de considérer l'impact d'un tel traitement différencié au niveau des avantages sur les prix nominaux, en monétisant si possible les avantages, afin d'obtenir les prix « effectifs » de chaque type d'appel. La Commission considère que, s'il est démontré en suffisance de droit que dans le cas d'espèce les écarts de prix entre les appels on net et ceux off net excèdent plus de six fois les écarts de coût, ils sont en soi suffisamment importants pour fonder la conclusion de l'existence d'un traitement différencié non objectivement justifié au sens de l'article 102 TFUE.⁴¹
- (30) Il convient d'ajouter que si, normalement, le comportement abusif a lieu sur le marché dominé, en vertu de la jurisprudence, il peut également avoir lieu sur un autre marché (en amont ou en aval) lorsque des circonstances particulières le justifient. Par exemple, dans l'arrêt Tetra Pak II, la Cour a accepté le raisonnement de la Commission et du Tribunal, selon lequel Tetra Pak, qui était dominante sur le marché des conditionnements en cartons aseptiques en détenant la presque totalité des parts du marché, avait commis un abus dans le marché étroitement connexe des conditionnements en cartons non aseptiques (marché sur lequel elle n'était pas dominante mais détenait des parts de marché très importantes)⁴². A cet égard, il convient notamment de noter que l'Autorité a elle-même fait référence, dans la décision attaquée⁴³, aux parts de marché significatives des deux opérateurs concernés sur le marché de détail de la téléphonie mobile.

⁴¹ Lorsqu'il s'agit d'un abus d'exploitation commis par un comportement discriminatoire causant un préjudice direct aux consommateurs, l'article 102 TFUE « peut être correctement appliqué (...) malgré l'absence de tout effet sur la structure de la concurrence ». V. Décisions de la Commission du 20 juillet 1999, 2000/12/CE, « Coupe du monde en France », précitée, points 99-100 ; du 29 octobre 1981, dans le cas 29.839, GVL, points 46-47.

⁴² Arrêt de la Cour du 14 novembre 1996, Tetra Pak II, C-333/94 P, Rec. I-5951, points 27-31. Cf. également les arrêts de la Cour du 6 mars 1974, Istituto Chemioterapico Italiano et Commercial Solvents, affaires jointes 6/73 et 7/73, Rec. 223; du 3 octobre 1985, CBEM, C-311/84, Rec. 261; du 3 juillet 1991, AKZO, C-62/86, Rec. I-3359; du 6 avril 1995, British Gypsum, C-310/93, Rec. I-865; du 15 mars 2007, British Airways, C-95/04 P, Rec. I-2331.

⁴³ Décision attaquée, point 585.

3.3.3. Deuxième question

- (31) En réponse à la deuxième question il convient de rappeler d'abord que selon une jurisprudence constante les articles 101 et 102 TFUE « *peuvent s'appliquer s'il s'avère que la législation nationale laisse subsister la possibilité d'une concurrence susceptible d'être empêchée, restreinte ou faussée par des comportements autonomes des entreprises* »⁴⁴. La Cour a encore récemment relevé dans l'arrêt *Telefónica*⁴⁵ que « (...) *le fait que le comportement d'une entreprise soit conforme à un cadre réglementaire n'implique pas que ce comportement soit conforme à l'article 102 TFUE* ». Dans le cas présent, la recommandation sur les tarifs de terminaison susmentionnée au paragraphe (12) ne régit en principe que les prix de gros et laisse libre le choix des prix de détail, sous condition de respecter le droit de la concurrence. Toutefois, le niveau des prix de détail dépend entre autres, du niveau des prix de la terminaison des appels, qui est un intrant nécessaire se trouvant en amont par rapport au marché de détail.
- (32) Ainsi que la Cour de justice l'a jugé dans l'affaire *Deutsche Telekom*, « *dès lors que la réglementation relative au secteur des télécommunications définit le cadre juridique applicable à celui-ci et que, ce faisant, elle contribue à déterminer les conditions de concurrence dans lesquelles une entreprise telle la requérante exerce ses activités sur les marchés concernés, elle constitue, ainsi qu'il découle déjà des points 80 à 82 du présent arrêt, un élément pertinent pour l'application de l'article 82 CE [102 TFUE] aux comportements adoptés par cette entreprise, que ce soit pour définir les marchés concernés, pour apprécier le caractère abusif de tels comportements ou encore pour fixer le montant des amendes* »⁴⁶. Il s'ensuit que les obligations réglementaires existantes doivent être prises en considération lorsqu'on apprécie la question de savoir si une entreprise a violé l'article 102 TFUE. Le fait que la réglementation nationale relative au secteur des télécommunications peut avoir des objectifs différents de ceux visés par la politique de l'Union relative à la concurrence est « *sans relation avec le point de savoir si la réglementation relative au secteur des télécommunications peut être prise en compte aux fins de l'application de l'article 82 CE [102 TFUE] aux comportements d'une entreprise dominante. En particulier, elle n'implique en rien, contrairement à ce que suppose la requérante, que ladite réglementation pourrait être totalement ignorée dans le cadre de l'application de l'article 82 CE [102 TFUE]* »⁴⁷.
- (33) De plus, en l'espèce la régulation sectorielle, ne s'applique que sur le marché en amont, le marché de la terminaison d'appel, et ici en ce qui concerne uniquement un prix maximal. En outre, une obligation de non-discrimination est imposée aux prestataires de services de télécommunications dans la fourniture des prestations de terminaison d'appel qu'ils fournissent aux tiers et celles qu'ils fournissent à eux-mêmes (v. ci-dessus point (11)). Dans une telle situation, les opérateurs jouissent d'une marge de manœuvre afin de définir leur prix de détail.
- (34) Si la prise en compte de la régulation sectorielle peut être pertinente aux fins de l'appréciation du comportement des opérateurs sur un marché en vertu de l'article 102

⁴⁴ Arrêts de la Cour *Deutsche Telekom*, précité, point 80 et du 11 novembre 1997, *Commission et France c. Ladbroke Racing*, C-359/95 P et C-379/95 P, Rec. p. I-6265, point 34.

⁴⁵ Arrêt de la Cour du 10 juillet 2014, *Telefónica SA et autres c. Commission*, C-295/12 P, pas encore publié dans le Rec., point 133.

⁴⁶ Arrêt *Deutsche Telekom*, précité, point 224.

⁴⁷ Arrêt *Deutsche Telekom*, précité, point 227.

TFUE, il n'en demeure pas moins que la régulation sectorielle dans un cas comme le présent n'exclut pas l'application de l'article 102 TFUE.

3.3.4. *Troisième question*

- (35) La dernière question de la Cour d'appel porte sur les effets anticoncurrentiels des offres incriminées sur le marché de détail de la téléphonie mobile. Comme il est déjà expliqué, un abus de position dominante sous la forme de discrimination peut être sanctionné en vertu de l'article 102 TFUE en général, ou en référence spécifiquement aux exemples d'abus spécifiés dans cet article, notamment à l'article 102 lettre a) ou c). Dans le cas présent qui est relatif à un abus d'éviction, l'Autorité a cherché à établir à suffisance de droit les effets d'éviction potentiels à l'encontre du troisième opérateur, Bouygues. Dans la décision attaquée, l'Autorité a consacré une partie de son analyse aux effets d'éviction potentiels (v. décision attaquée, points 442 et suivants). Il résulte de ladite décision que l'Autorité s'est attachée à démontrer que la différenciation tarifaire en cause (les écarts de prix entre les appels on net et ceux off net excèdent plus de six fois les écarts de coût) pratiquée par Orange et SFR a entraîné des effets au moins potentiellement négatifs sur la fluidité du marché et sur l'élévation des barrières à l'entrée pour les autres opérateurs (notamment ceux de petite taille). A cet égard, l'Autorité a en particulier entendu montrer que les comportements en cause tendaient à entraîner le verrouillage des clients, l'augmentation de manière artificielle des effets « tribu » et « réseau » typiques du secteur des télécommunications de détail résidentiel, et l'augmentation artificielle des coûts d'acquisition de clients pour les petits opérateurs.
- (36) En tout état de cause, s'agissant d'un abus d'éviction, les effets anticoncurrentiels, lorsqu'ils sont requis en vertu de l'article 102 TFUE, portent, selon la jurisprudence, non sur la « détérioration effective quantifiable de la position concurrentielle des partenaires commerciaux pris individuellement » mais sur la tendance, au vu de l'ensemble des circonstances de l'affaire, qu'a le comportement de l'entreprise en position dominante (ici, tant Orange que SFR), à conduire à une distorsion de concurrence, dans le cas d'espèce par voie de discrimination⁴⁸. En outre, l'article 102 TFUE ne vise pas seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également et surtout celles qui leur causent un préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective⁴⁹. A cet égard, il convient aussi d'ajouter que le fait que la part de marché d'un concurrent ait augmenté ou soit restée stable ne signifie pas nécessairement qu'une pratique abusive a été dénuée d'effet. Par ailleurs, dans l'affaire en cause, la facturation de prix au-dessous du prix de revient ne constituait pas une condition préalable au constat du caractère abusif sous la forme de discrimination en vertu de l'article 102 TFUE⁵⁰.
- (37) Il convient dès lors de répondre à la troisième question que, aux fins de l'application de l'article 102 TFUE, en tout état de cause, les effets anticoncurrentiels portent, selon la jurisprudence, non pas seulement sur un dommage réel aux concurrents, mais aussi sur la tendance du comportement abusif à évincer ou désavantager ces

⁴⁸ Arrêt *British Airways*, précité, point 145.

⁴⁹ Arrêt *British Airways*, précité, point 106; du 2 avril 2009. Voir aussi arrêts de la Cour du 21 février 1973, *Europemballage and Continental Can*, 6-72, Rec. 215, point 26; France Télécom *Wanadoo*, C-202/07 P, Rec. I-2369, point 104 et jurisprudence y citée; du 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands*, C-8/08, Rec. I-4529, points 38 et 39; du 6 octobre 2009, *GlaxoSmithKline*, affaires jointes C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P et C-519/06 P, rec. I-9291, point 63.

⁵⁰ V. aussi, par analogie concernant un système de rabais rétroactifs, l'arrêt de la cour du 19 avril 2012, *Tomra*, C-549/10 P, non encore publié au Rec., point 80.

derniers. La Commission considère que si les constatations factuelles de l'Autorité mentionnées aux paragraphes (35) et (36) sont démontrées à suffisance de droit, elles sont suffisamment importantes pour fonder la conclusion de l'existence d'un abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE dans le cas d'espèce.

Fait à Bruxelles, le 1.12.2014

Par la Commission
Alexander ITALIANER
Directeur General

