



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, 2.7.2010

**SG-Greffé(2010)D/9923
C(2010) 4730**

Vivendi S.A.
[...]

Objet: Affaire COMP/C-1/39.653 – Vivendi & Iliad / France Télécom

Messieurs,

Je fais référence à la plainte que Vivendi a déposée conformément à l'article 7 du Règlement (CE) n° 1/2003¹ du Conseil le 2 mars 2009 devant la Commission européenne ("Commission") à l'encontre de France Télécom concernant des violations présumées de l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ("le Traité")² dans le marché des télécommunications en France. Je souhaite également faire référence aux observations supplémentaires de Vivendi du 18 mars, 20 mai et 26 octobre 2009 sur l'affaire en objet (voir section I).

De même, je me réfère à l'enquête préliminaire menée par mes services sur l'affaire qui a inclus, notamment, la vérification des faits et des preuves pendant plusieurs réunions avec les plaignants³, France Télécom⁴, l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes ("ARCEP")⁵ et l'Autorité de la concurrence⁶. Pendant l'enquête préliminaire on a

¹ Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ("Règlement n° 1/2003"), JO L 1 du 4.1.2003, page 1.

² À compter du 1^{er} décembre 2009, les articles 81 et 82 du Traité CE sont devenus respectivement les articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ("TFUE"). Dans les deux cas, les dispositions sont, en substance, identiques. Aux fins de la présente lettre, les références faites aux articles 101 et 102 du TFUE s'entendent, s'il y a lieu, comme faites respectivement aux articles 81 et 82 du Traité CE.

³ Réunions du 3 mars 2009, 24 avril 2009 et 8 mai 2009.

⁴ Réunion avec France Télécom le 23 juillet 2009.

⁵ Réunion avec ARCEP le 12 juin 2009. June 2009.

⁶ Meeting with representative of Conseil de la concurrence on 9 July 2009.

aussi analysé les observations présentées par France Télécom le 12 mai, 28 mai, 29 mai, 8 juin et 19 juin 2009, ainsi que celles de l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes ("ARCEP") du 23 juin 2009 sur la version non-confidentielle de la plainte (voir également section I).

Enfin, je fais référence à la lettre de la Commission du 2 février 2010 dans laquelle la Commission a informé Vivendi conformément à l'article 7, paragraphe 1, du Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission⁷ de l'intention de la Commission de rejeter la plainte en raison d'un manque d'intérêt de l'Union Européenne (anciennement "intérêt communautaire") à poursuivre l'enquête dans cette affaire. Je souhaite également faire référence aux observations à cet égard que Vivendi nous a fait parvenir par lettre du 4 mars 2010 (voir section II).

Pour les raisons exposées ci-après (voir section III), la Commission considère qu'il n'existe pas d'intérêt de l'Union Européenne suffisant à poursuivre une enquête concernant les allégations de Vivendi et rejette la plainte conformément à l'article 7, paragraphe 2, du Règlement n° 773/2004.

I. LA PLAINE ET LES COMMENTAIRES PERTINENTS DE FRANCE TELECOM ET DE L'ARCEP

La plainte de Vivendi porte sur des pratiques de France Télécom que Vivendi considère susceptibles de constituer une violation de l'article 102, paragraphe a) et c) du Traité. Concrètement, Vivendi soutient que France Télécom poursuivrait une stratégie d'augmentation artificielle des coûts de ses concurrents (voir section 1) qui aurait pour conséquence un double effet de ciseau, tant sur le marché de l'abonnement téléphonique que sur celui de l'accès Internet haut débit (voir section 2).

1. Les pratiques d'augmentation artificielle des coûts des concurrents

Selon la plainte de Vivendi, France Télécom poursuivrait une stratégie d'augmentation artificielle des coûts de ses concurrents par le biais des pratiques discriminatoires (voir section 1.1) ainsi que des prix excessifs ou inéquitables (voir section 1.2)

1.1. Les pratiques discriminatoires

En ce qui concerne les présumées pratiques discriminatoires en violation de l'article 102 c) du Traité⁸, Vivendi soutient essentiellement que, en réintégrant Wanadoo au sein de France Télécom, celle-ci aurait essayé de soustraire son activité de détail en matière d'accès Internet haut débit à son obligation de non discrimination et ainsi de préempter les modalités du contrôle tarifaire prévu par le droit de la concurrence.⁹ Ceci aurait permis à France Télécom de s'auto-appliquer le tarif du dégroupage dans une zone dégroupée aux contours théoriques

⁷ Règlement (CE) n° 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 du traité CE ("Règlement n° 773/2004"), JO L 123 du 27.4.2004, page 18.

⁸ Plainte du 2 mars 2009, points 106 à 154.

⁹ Plainte du 2 mars 2009, point 112.

qui ne correspondrait pas à la situation réelle et qu'elle refuserait de communiquer publiquement, sans avoir à supporter les contraintes opérationnelles du dégroupage.¹⁰

France Télécom remarque à cet égard que la compatibilité de la réintégration de Wanadoo avec le droit de la concurrence aurait été vérifiée par la Commission entre 2004 et 2006 dans l'affaire COMP/38.916 et prise en compte par le régulateur dans ses analyses de marché en 2005.¹¹ France Télécom souligne également que, conformément à l'obligation de séparation comptable qui lui a été imposée par la Décision n° 06-1007 du 7 décembre 2006 de l'ARCEP¹², les conditions dans lesquelles elle accède à ses offres de gros seraient strictement les mêmes que celles des opérateurs alternatifs.¹³ Elle précise que son taux d'accès dégroupé ne serait pas défini en prenant compte de ses propres caractéristiques mais en fonction de la réalité observée sur le marché du dégroupage des opérateurs alternatifs.¹⁴

L'ARCEP explique à cet égard que la séparation comptable imposée à France Télécom par sa Décision n° 06-1007 aurait précisément pour but de vérifier l'absence de discrimination, obligeant ainsi France Télécom à construire comptablement ses offres de détail haut débit à partir de ses propres offres de gros (dégroupage ou *bitstream*) dans les mêmes conditions que celles auxquelles ont accès ses concurrents. Les deux zones pertinentes seraient définies dans le respect des principes énoncés par la décision susmentionnée.¹⁵

1.2 Les prix excessifs pour l'accès à la boucle locale

Vivendi prétend que France Télécom aurait maintenu un tarif excessivement élevé pour l'accès à la boucle locale, réalisant ainsi des profits supranormaux.¹⁶ Pour démontrer ce fait, Vivendi s'appuie sur deux aspects cumulatifs.

D'une part, Vivendi soutient que France Télécom aurait donné des informations fallacieuses en matière de prévision d'investissements, de sorte que la valorisation de la boucle locale par l'ARCEP aurait conduit à une surévaluation du niveau du tarif récurrent de la paire de cuivre de près de 45%.¹⁷ Vivendi en déduit que soit l'utilisation de paramètres plus pertinents à l'appui de la méthode des coûts courants économiques soit l'utilisation d'autres méthodes telles que les coûts historiques auraient dû conduire France Télécom à pratiquer un tarif plus en ligne avec les coûts.¹⁸

¹⁰ Plainte du 2 mars 2009, points 110, 112 à 129.

¹¹ Observations de France Télécom du 12 mai 2009, points 295 à 298, transmises par lettre Article 7, paragraphe 1, du 2 février 2010.

¹² Partie III. de la décision n° 06-1007 de l'ARCEP en date du 7 décembre 2006 portant sur les obligations de comptabilisation des coûts et de séparation comptable imposées à France Télécom ("Décision n° 06-1007"), pages 45 et suivantes.

¹³ Observations de France Télécom du 12 mai 2009, points 299 à 322.

¹⁴ Observations de France Télécom du 12 mai 2009, point 309.

¹⁵ Observation de l'ARCEP du 23 juin 2009, section 4.1, page 20, transmises par lettre Article 7, paragraphe 1, du 2 février 2010.

¹⁶ Plainte du 2 mars 2009, points 155 à 221.

¹⁷ Plainte du 2 mars 2009, points 158 à 184, et l'étude du cabinet Progressus du 7 juin 2005, Annexe 2 de la plainte.

¹⁸ Plainte du 2 mars 2009, points 182 à 183.

D'autre part, Vivendi indique que France Télécom refuserait systématiquement depuis l'année 2005 tant de justifier les travaux effectués pour le compte des opérateurs alternatifs afin de permettre leur installation dans les répartiteurs ("petits tarifs") que de rembourser les sommes prélevées qui sont supérieures aux coûts effectivement constatés.¹⁹ En outre, France Télécom aurait également facturé des coûts trop élevés pour les câbles de renvoi, ceux-ci étant déjà amortis après une durée maximale de 5 ans, avant de les baisser le 15 mai 2008 suite à une décision de l'ARCEP²⁰ portant sur un différend entre Neuf Cegetel et France Télécom.²¹

Quant à une potentielle surévaluation du tarif de la paire de cuivre, France Télécom explique que le cadre réglementaire actuel lui impose une obligation de reflet des coûts pour le tarif du dégroupage total sur la base de la méthode de calcul et de valorisation des actifs établie par l'ARCEP²², qui n'aurait pas pour objet de financer les investissements futurs mais de recouvrer les investissements passés.²³ En ce qui concerne le tarif des câbles de renvoi, France Télécom fait entre autres référence à l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris rendu le 26 mai 2009 qui aurait exclu un remboursement rétroactif pour la période précédant l'émergence du différend.²⁴

En ce qui concerne la prévision d'investissements, l'ARCEP fait remarquer que la méthode des coûts courants repose sur la chronique des investissements réels de France Télécom, qui sont dépréciés selon une méthode d'amortissement économique, audités annuellement, ainsi permettant de recouvrer strictement l'investissement initial consenti.²⁵ En raison de la prépondérance des niveaux d'investissement en génie civil et en câbles de cuivre dans le coût de la boucle locale et de leur durée de vie élevée, une éventuelle erreur dans la prévision d'investissements futurs aurait un effet limité sur le tarif en question.²⁶ Quant aux prestations connexes, l'ARCEP rappelle qu'elles sont également soumises à l'orientation vers les coûts et qu'elles font l'objet d'une révision régulière.²⁷

2. Ciseau tarifaire

Vivendi considère que ce qui précède infringerait l'article 102 du Traité par objet. Cependant, Vivendi fait une analyse des effets des comportements évoqués en utilisant des tests de ciseau tarifaire. Selon Vivendi, les ciseaux tarifaires pratiqués par France Télécom dans les marchés

¹⁹ Plainte du 2 mars 2009, points 188 à 193.

²⁰ Décision n° 2008-0839 de l'ARCEP en date du 24 juillet 2008 se prononçant sur un différend opposant les sociétés Neuf Cegetel et France Télécom.

²¹ Plainte du 2 mars 2009, points 194 à 210.

²² Décision n° 05-0834 de l'ARCEP en date du 15 décembre 2005 définissant la méthode de valorisation des actifs de la boucle locale cuivre ainsi que la méthode de comptabilisation des coûts applicable au dégroupage total ("Décision n° 05-0834").

²³ Observations de France Télécom du 12 mai 2009, points 197 à 283.

²⁴ Observations de France Télécom du 28 mai 2009 et l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 26 mai 2009, Annexe 1 des observations, transmise par lettre Article 7, paragraphe 1, du 2 février 2010.

²⁵ Observation de l'ARCEP du 23 juin 2009, sections 1.1. et 1.2., pages 3 à 4.

²⁶ Observation de l'ARCEP du 23 juin 2009, section 1.3., page 3.

²⁷ Observation de l'ARCEP du 23 juin 2009, section 1.4., pages 4 à 5.

de la téléphonie fixe et de l'accès haut débit démontrent que la conduite de France Télécom constitue une barrière artificielle à l'entrée ou à l'expansion pour les opérateurs alternatifs.²⁸

Vivendi présente quatre tests de ciseau tarifaire différents qui détermineraient l'espace économique laissé aux opérateurs alternatifs pour accéder aux marchés de détail de l'abonnement téléphonique (voir section 2.1) et de l'accès haut débit aux offres multiservices (voir section 2.2).²⁹

2.1 Espace économique pour rentrer et croître dans le marché de l'abonnement téléphonique

En ce qui concerne l'accès au marché de l'abonnement téléphonique, Vivendi présente des tests de ciseau tarifaire entre la boucle locale et l'abonnement téléphonique ainsi qu'entre la VGAST (vente en gros de l'accès au service téléphonique) et l'abonnement téléphonique.³⁰

a) Ciseau tarifaire entre la boucle locale et l'abonnement téléphonique

Le modèle utilisé pour le calcul du ciseau tarifaire est celui d'un opérateur offrant des services *multiplay* sur la base du dégroupage total qui désirerait offrir des services de téléphonie fixe pure dans les répartiteurs où il est déjà présent.³¹

Vivendi a construit un test sur la base des coûts incrémentaux subis pour offrir de manière supplémentaire des services de téléphonie fixe pure sur la paire dégroupée. Selon ce test, un opérateur efficace perdrat plus de 3 euros par mois sur chaque abonnement vendu, compte tenu des limites imposées d'une part par le tarif actuel de l'abonnement téléphonique résidentiel et d'autre part par le tarif du dégroupage.³²

France Télécom souligne qu'une analyse de la réplicabilité de l'offre d'accès au service téléphonique de France Télécom à partir du dégroupage ne serait pas adaptée à la réalité économique et commerciale du marché de la téléphonie fixe parce que le dégroupage n'aurait pas vocation à être utilisé pour la fourniture de la téléphonie fixe.³³ L'ARCEP soutient aussi que, bien qu'il soit possible techniquement pour un opérateur de proposer la voix sur large bande en *monoplay* sur la base du dégroupage, cela n'aurait pas de sens économique et aucun acteur ne se serait engagé sur cette voie. Inter alia, le retour sur l'investissement serait moins prometteur sur le moyen/long terme que le *multiplay* car le marché de la téléphonie fixe seule serait en décroissance.³⁴

²⁸ Plainte du 2 mars 2009, points 222 et 226.

²⁹ Plainte du 2 mars 2009, points 228 à 306.

³⁰ Plainte du 2 mars 2009, points 228 à 254 et l'Annexe 2 de la plainte, étude de Progressus "Analyse de l'espace économique entre le tarif de l'abonnement téléphonique de France Télécom et le tarifs du dégroupage total" et ses actualisations ("étude Progressus").

³¹ Étude Progressus, section 2.2.

³² Étude Progressus, section 6.

³³ Observations de France Télécom du 8 juin 2009, point 9, transmises par lettre Article 7, paragraphe 1, du 2 février 2010.

³⁴ Observation de l'ARCEP du 23 juin 2009, section 3.3.

En outre, France Télécom considère que les estimations de coûts présentées par Vivendi ne correspondent pas à celles d'un opérateur aussi efficace que France Télécom.³⁵

b) Ciseau tarifaire entre la VGAST et l'abonnement téléphonique

Vivendi affirme que l'espace économique entre la VGAST et l'abonnement téléphonique ne serait pas suffisant pour qu'une concurrence effective puisse se développer.³⁶

France Télécom considère également dans ce cas que les estimations de coûts que Vivendi présente ne correspondent pas à celles d'un opérateur aussi efficace que France Télécom et présente une analyse alternative du ciseau tarifaire sur la base de la VGAST, apportant des corrections au test présenté par Vivendi.³⁷

2.2 Espace économique pour rentrer et croître dans le marché de l'accès haut débit aux offres multiservices

Vivendi fait un test de ciseau tarifaire pour examiner si un concurrent aussi efficace que France Télécom pourrait, en utilisant soit le dégroupage total soit le *bitstream* ADSL nu, répliquer l'offre *triple play* de France Télécom.³⁸

a) Ciseau tarifaire entre le bitstream et l'accès haut débit aux offres multiservices

Il y a deux offres *bitstream* qui permettent à un opérateur alternatif d'offrir des services détail d'accès Internet haut débit: (i) le *bitstream* ATM et (ii) le *bitstream* IP, qui ne requiert pas d'investissements de réseau.

Le test de ciseau tarifaire présenté par Vivendi se limite à comparer, pour chaque abonné, le revenu généré par l'offre *triple play* de France Télécom avec les coûts supportés par un opérateur aussi efficace. Les valeurs retenues pour mener ce test sont celles fournies par l'ARCEP.³⁹

Selon France Télécom, l'élaboration d'un test de ciseau tarifaire pour les offres de détail haut débit de France Télécom par référence uniquement à l'offre de *bitstream* (sans le dégroupage) n'aurait pas de sens du fait du choix opéré par le régulateur (test de non-évitement pour encourager l'investissement dans le dégroupage).⁴⁰

³⁵ Observations de France Télécom du 8 juin 2009, point 14. Voir aussi Annexe 1 "Commentaires sur les test d'effet de ciseau tarifaire présentés par l'étude Progressus", transmise par lettre Article 7, paragraphe 1, du 2 février 2010.

³⁶ Plainte du 2 mars 2009, points 245 et l'étude Progressus, section 5.

³⁷ Voir Annexe 1 aux observations de France Télécom du 8 juin 2009: "Commentaires sur les test d'effet de ciseau tarifaire présentés par l'étude Progressus".

³⁸ Plainte du 2 mars 2009, points 251 à 306 et Annexe 9 étude CRA: "Test de ciseau tarifaire sur la boucle locale de télécommunications" et ses actualisations ("étude CRA").

³⁹ Voir étude CRA, section 1.

⁴⁰ Observations de France Télécom du 12 mai 2009, point 452.

b) Ciseau tarifaire entre la boucle locale et l'accès haut débit aux offres multiservices

Pour faire le test de ciseau tarifaire sur la base de la boucle locale, Vivendi recourt à une modélisation d'un opérateur aussi efficace que l'opérateur historique sur la base d'un modèle mis au point par l'ARCEP.⁴¹

La caractéristique principale de ce modèle est qu'il repose sur une approche incrémentale de la construction d'un réseau. Ce dernier doit être mené pour un opérateur qui serait aussi efficace ou raisonnablement aussi efficace que l'opérateur historique et qui suit exactement le même ordre de déploiement que France Télécom. Le test intègre à la fois les revenus de l'opérateur historique et les coûts, mais en les remplaçant dans la dimension temporelle du déploiement considéré.⁴²

Le modèle calcule le coût de déploiement d'un réseau de dégroupage pour plusieurs stades de déploiement du dégroupage (stades équivalents à l'ordre de déploiement suivi par France Télécom).⁴³

Vivendi a calculé au niveau de chaque Nœud de Raccordement Abonné ("NRA") et à chacun des stades de développement les coûts de réseau et donc le profit par abonné d'un opérateur alternatif ("FAI") qui répliquerait l'offre de détail de France Télécom. Ce profit est ainsi calculé en fonction du nombre d'abonnés du FAI dans ce NRA, ce qui permet ensuite d'estimer le nombre minimal d'abonnés que le FAI doit attirer pour ne pas subir de pertes.⁴⁴

Il est alors possible de déterminer pour chacune des périodes et pour chacun des stades de développement du dégroupage la taille minimale du NRA dégroupé en fonction de la part de marché du FAI, afin de pouvoir rentabiliser l'investissement réalisé pour le dégroupage d'un NRA.⁴⁵

Vivendi présente par période et stade de déploiement de réseau de France Telecom la proportion de la population qu'un opérateur alternatif avec une part de marché de 20% doit dégrouper pour être rentable.⁴⁶

⁴¹ Voir étude CRA, joint à la plainte, section 1.

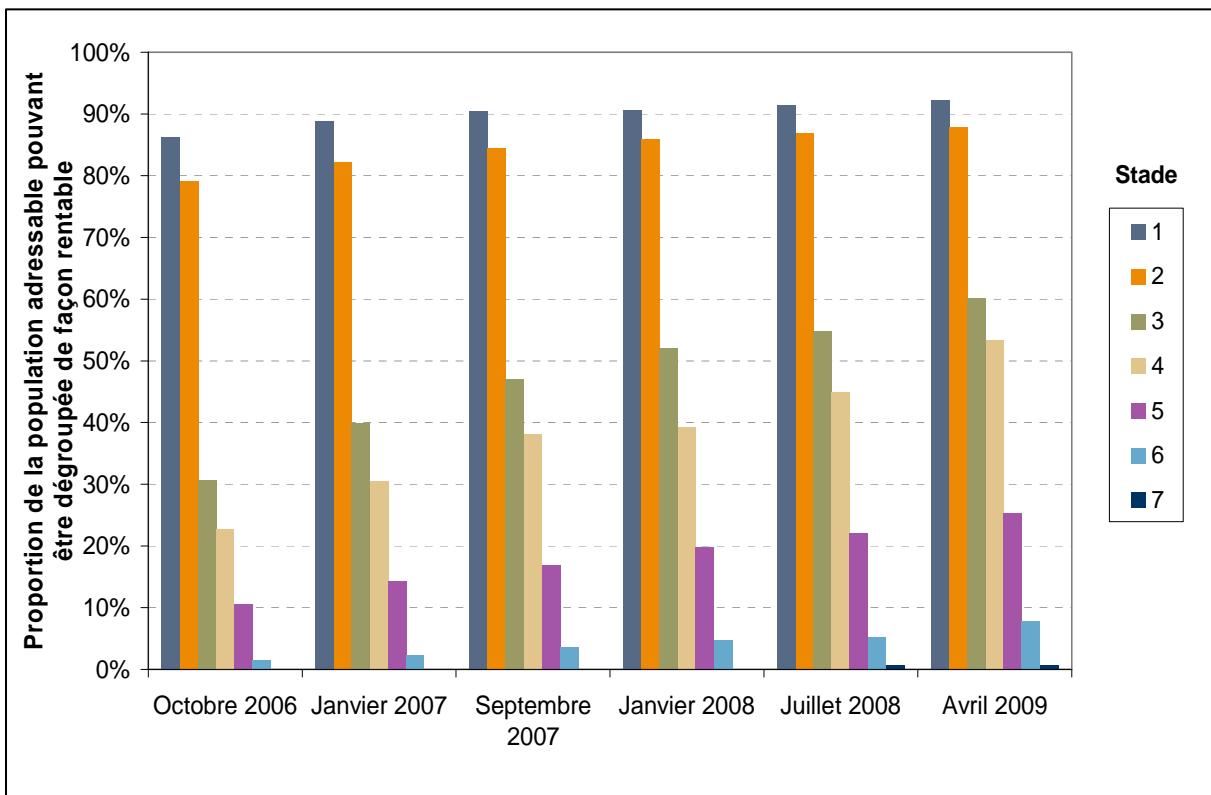
⁴² Voir étude CRA.

⁴³ Voir étude CRA.

⁴⁴ Voir étude CRA.

⁴⁵ Voir étude CRA.

⁴⁶ Voir étude CRA.



France Télécom conteste l'ensemble des arguments de Vivendi. France Télécom souligne qu'elle réalisera un test de ciseau tarifaire portant sur la gamme de ses offres haut débit avant tout lancement d'une nouvelle offre significative sur le marché. France Télécom aurait construit un modèle basé sur une combinaison pondérée d'offres de gros (dégroupage et *bitstream*) et un opérateur concurrent aussi efficace que France Télécom (avec les coûts et revenus de France Télécom).⁴⁷

France Télécom affirme aussi que le test que Vivendi présente ne démontrerait pas l'existence d'un effet de ciseau sur le marché en aval des offres internet haut débit. Selon France Télécom, l'étude CRA souffrirait de déficiences suffisamment graves pour invalider les conclusions que Vivendi en tire. France Télécom fait remarquer que le test de ciseau tarifaire de l'étude CRA ignore l'approche de la Commission dans sa décision Telefónica d'appliquer le test à l'ensemble du marché pertinent des offres haut débit. L'étude CRA réalisera un test de ciseau tarifaire limité à une offre de détail spécifique, c'est-à-dire l'offre "Net". Ainsi, pour être représentatif de la réalité économique, France Télécom allègue que le test de ciseau tarifaire devrait reposer sur une combinaison d'offres de gros (dégroupage et *bitstream*) sur l'ensemble de la population des répartiteurs.⁴⁸

France Télécom soutient également que le test appliqué par CRA dans son étude ne correspondrait pas à celui de l'opérateur également efficace et serait basé sur des hypothèses hautement contestables en termes de revenus et des coûts. De même, France Télécom allègue

⁴⁷ Observations de France Télécom du 12 mai 2009, points 401 à 433.

⁴⁸ Observations de France Télécom du 12 mai 2009, points 434 à 461 et Annexe 1 aux Observations, transmise par lettre Article 7, paragraphe 1, du 2 février 2010.

que les calculs effectués s'appuieraient sur un certain nombre de choix méthodologiques contestables.⁴⁹

II. LA LETTRE DE LA COMMISSION ANNONCANT SON INTENTION DE REJETER LA PLAINE DE VIVENDI ET LES OBSERVATIONS DE VIVENDI A CE SUJET

Par lettre du 2 février 2010, la Commission a informé Vivendi de son intention de rejeter sa plainte suite à un examen détaillé des éléments de fait que Vivendi lui a portés à la connaissance. Par lettre du 4 mars 2010, Vivendi a fait parvenir à la Commission ses observations à ce sujet qui portent notamment sur (i) les effets des pratiques de France Télécom sur le consommateur (voir section 1) et (ii) la probabilité limitée d'établir une infraction (voir section 2).

1. Les effets des pratiques de France Télécom sur le consommateur

En ce qui concerne les effets des pratiques de France Télécom sur le consommateur, Vivendi souligne dans ses observations tout d'abord que l'abonnement téléphonique demeurerait une prestation essentielle en raison de sa fiabilité et sa disponibilité sur tout le territoire dont le prix n'a qu'augmenté en France au cours des cinq dernières années par rapport aux grands Etats de l'Union.

L'absence presque totale des opérateurs alternatifs en matière d'offres limitées à la téléphonie fixe résulterait des pratiques abusives de France Télécom qui jouirait d'un quasi monopole sur ce marché. Les prix de l'accès à la boucle locale et ceux de la vente en gros de l'abonnement étant trop élevés, tous les opérateurs à l'exception de France Télécom auraient été contraints de se rabattre sur la seule fourniture d'offres multiservices de sorte que le consommateur n'aurait le choix qu'entre l'abonnement téléphonique offert par Franc Télécom à un prix prétendument excessif ou une offre multiservices incluant d'autres services de manière indissociable.

Vivendi précise que ledit choix n'existerait que dans les zones dégroupées, alors que hors ces zones, représentant actuellement environ quinze millions d'habitants (i.e. 25% de la population française), il n'y aurait aucune concurrence réelle. Cela s'expliquerait par le niveau prétendument trop élevé des tarifs de l'offre *bitstream*, résultant à la fois des tarifs pratiqués par France Télécom sur l'accès à la boucle locale et de l'imposition par l'ARCEP d'une contrainte de non-évitement depuis 2005.

2. La probabilité limitée d'établir l'existence d'une infraction

En ce qui concerne la probabilité limitée d'établir l'existence d'une infraction, Vivendi manifeste son désaccord avec les arguments avancés par la Commission dans sa lettre du 2 février 2010 annonçant l'intention de rejeter la plainte pour les raisons résumées ci-après.

2.1 Les pratiques discriminatoires

Vivendi soutient que la Commission se serait refusée à analyser l'allégation des pratiques discriminatoires en prétendant, premièrement, que l'existence d'une séparation comptable ferait disparaître tout risque de discrimination au titre du droit communautaire de la

⁴⁹ Voir note 48.

concurrence, se mettant ainsi en contradiction avec sa pratique décisionnelle dans les affaires *Telefónica* et *Deutsche Telekom*.

Deuxièmement, Vivendi précise qu'une obligation de séparation comptable ne pourrait prévenir que des risques de discrimination dont la traduction est susceptible d'être constatée comptablement, alors que les surcoûts économisés par la réintégration de Wanadoo au sein de France Télécom ne figuraient pas dans la comptabilité de France Télécom. Vivendi note également que toutes les réglementations récentes visant à encadrer l'usage d'une infrastructure essentielle imposeraient désormais une séparation structurelle afin d'éviter la survenance de ce type de discrimination. Dans ce contexte, Vivendi soutient aussi que la Commission n'aurait pas pris en compte ni la note complémentaire du 20 mai 2009⁵⁰, ni les informations que Vivendi lui a fait parvenir le 26 octobre 2009 concernant le câblo-opérateur Numéricâble.

Troisièmement, Vivendi remarque que la Commission lui aurait opposé une décision de non-lieu rendue le 18 mai 2006 dans l'affaire COMP/38.916 qui aurait validé ladite réintégration de Wanadoo sans que celle-ci ait fait l'objet d'une publication à l'époque ou d'une communication dans le cadre de l'instruction du dossier.

2.2 Les prix excessifs pour l'accès à la boucle locale

Quant à l'allégation des prix excessifs pour l'accès à la boucle locale, Vivendi prétend d'abord que la Commission aurait méconnu les arguments que Vivendi a présenté dans la plainte. Vivendi explique qu'il n'aurait pas objecté aux prévisions d'investissements que France Télécom a communiquées annuellement dans le cadre de la méthode des coûts courants économiques mise en place à compter de 2006, mais à la communication en 2005 de perspectives investissements erronées qui ont permis de conforter l'hypothèse d'un renouvellement intégral de la boucle locale utilisée dans ladite méthode. De même, Vivendi n'aurait pas demandé à la Commission de s'opposer à la méthode choisie par l'ARCEP, mais de vérifier si le tarif récurrent du dégroupage constituerait un tarif excessif au regard de l'article 102 du Traité en raison de la communication des informations prétendument trompeuses par France Télécom.

Vivendi en déduit que les constatations de la Commission dans sa lettre du 2 février 2010 n'auraient pas tenu compte des trois griefs dénoncés dans la plainte et décrits ci-dessous dont l'exactitude aurait été confirmé par France Télécom et l'ARCEP dans leurs observations respectives sur la plainte. Premièrement, la reprise des investissements dans la boucle locale anticipée dans les prévisions d'investissements de France Télécom fournies à l'ARCEP pour 2005-2008 aurait convaincu à l'ARCEP que la chronique des investissements dans la boucle locale pourrait servir à corroborer un besoin de renouvellement à compter de 2006, tandis que les investissements effectivement réalisés après 2006 se sont révélés largement inférieurs aux lesdites provisions. Deuxièmement, la notion même de tarification de l'accès à une infrastructure essentielle reposeraient sur le principe d'une orientation vers les coûts d'entretien et de modernisation de celle-ci, et non sur la surcompensation des flux d'investissements intervenus en période de monopole par un Etat qui n'ont pas été effectués par France Télécom. En plus, l'encadrement des revenus qu'un opérateur peut obtenir de l'infrastructure dont il a hérité ne porterait pas atteinte à son droit de propriété comme l'affirme France Télécom, mais

⁵⁰ La note à laquelle Vivendi fait référence nous a été transmise en date du 20 mai 2009 comme indiqué dans la lettre de la Commission du 2 février 2010 (1^{er} paragraphe) et non du 20 avril 2009 comme mentionné dans les observations de Vivendi.

uniquement aux revenus qu'il peut en tirer. Troisièmement, la différence entre les revenus de France Télécom relatifs à l'accès à la boucle locale depuis 2006 et le niveau réel de ses investissements dans la boucle locale auraient dû amener France Télécom à réduire spontanément le tarif récurrent du dégroupage.

2.3 Ciseau tarifaire

En ce qui concerne l'existence d'éventuels ciseaux tarifaires, Vivendi note d'abord que les modèles de séparation comptable de l'ARCEP sur lesquels son modèle de ciseau tarifaire est basé auraient bien pour objet d'apprecier l'éventualité d'un effet d'éviction et que l'ARCEP même avait saisi pour avis l'Autorité de la Concurrence concernant la marge négative qu'elle avait pu constater sur la base des chiffres utilisés aux fins de séparation comptable de l'activité haut débit de France Télécom..

De surcroît, Vivendi prétend que la Commission n'aurait pas procédé à une analyse sérieuse du modèle d'effet de ciseau tarifaire décrit dans la plainte. Premièrement, les critiques de nature méthodologique ne seraient pas justifiées. Quant à l'effet de ciseau en matière de télécommunications fixes, la prise en compte des offres couplant l'abonnement et communications contredit l'approche validée par la Commission même et la Cour de Justice dans l'affaire *Deutsche Telekom*. Quant à l'effet de ciseau en matière des offres multiservices, la prise en compte d'une seule offre multiservices de France Télécom s'expliquerait par le fait qu'il s'agissait de la seule offre comparable avec celles que les opérateurs alternatifs peuvent répliquer, eu égard aux difficultés de concurrence identifiées sur le marché de la téléphonie fixe. Deuxièmement, le modèle proposé par Vivendi permettrait d'explorer le second type de test de ciseau tarifaire évoqué dans l'affaire *Telefónica* (celui du "concurrent raisonnablement aussi efficace") en confrontant simplement ce modèle avec les éléments fournis par France Télécom à cet égard. Troisièmement, la nécessité de définir de marchés régionaux serait une question nouvelle qui justifierait à elle seule la poursuite de l'instruction du dossier.

III. APPRECIATION

En vertu de la jurisprudence constante des juridictions communautaires, la Commission n'est pas tenue de mener une enquête à chaque fois qu'elle est saisie d'une plainte.⁵¹ Les tribunaux de l'Union Européenne ("UE") ont également reconnu que la Commission dispose d'un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne le traitement d'une plainte.⁵² Elle est notamment en droit d'accorder des degrés de priorité différents aux plaintes dont elle est saisie et de se référer à l'intérêt de l'Union Européenne afin d'en déterminer le degré de priorité.⁵³

L'appréciation de l'intérêt de l'Union Européenne évoqué par une plainte dépend des circonstances du cas d'espèce. Les tribunaux de l'UE ont reconnu que le nombre de critères d'appréciation auxquels la Commission peut se référer n'est pas limité et qu'elle n'est pas tenue

⁵¹ Voir l'arrêt du 18 septembre 1992 dans l'affaire T24/90, *Automec v. Commission*, Recueil 1992, p. II.-2223, point 76.

⁵² Voir l'arrêt du 4 mars 1999 dans l'affaire C-119/97 P, *Ufex v. Commission*, Recueil 1999, p. I-1341, point 88 et l'arrêt du 26 janvier 2005 dans l'affaire T-193/02, *Laurent Piau v. Commission*, Recueil 2005, II-209, points 44 et 80.

⁵³ Arrêt *Ufex* précité, points 77 et 85.

de recourir exclusivement à certains d'entre eux. Il lui est également loisible de retenir des critères qui n'avaient pas été envisagés jusqu'alors.⁵⁴ S'il y a lieu, la Commission peut accorder la priorité à un seul critère afin d'apprécier l'intérêt de l'Union Européenne.⁵⁵

Afin d'apprécier l'intérêt de l'Union Européenne à poursuivre l'examen d'une affaire, la Commission peut, notamment, mettre en balance (i) l'importance de l'infraction alléguée pour le fonctionnement du marché intérieur, (ii) la probabilité de pouvoir établir l'existence de l'infraction et (iii) l'étendue des mesures d'investigation nécessaires.⁵⁶ De surcroît, afin de lui permettre de se concentrer sur les affaires les plus préjudiciable aux consommateurs⁵⁷, la Commission considère qu'elle peut prendre en considération les effets dans le marché des infractions prétendues à la concurrence à la lumière des facteurs tels que, par exemple, la dimension relative et le pouvoir économique des partis concernés, la dimension relative et l'importance économique du marché affecté, ses structure et caractéristiques particulières ainsi que l'effet des infractions prétendues sur les consommateurs.⁵⁸ La Commission peut tenir également compte du fait qu'une affaire a été déjà traitée par un tribunal national ou une autorité nationale de la concurrence.⁵⁹

En ce qui concerne la plainte de Vivendi, la Commission estime que la poursuite de l'enquête sur les infractions alléguées serait disproportionnée, eu égard notamment à l'incidence limitée que les pratiques mises en cause sont susceptibles d'avoir sur le fonctionnement du marché intérieur (voir section 1), ainsi qu'à la possibilité limitée d'établir la preuve d'une infraction à l'article 102 du Traité (voir section 2).

1. Effets limités sur le fonctionnement du marché intérieur

Les pratiques de France Télécom que Vivendi conteste n'ont que des effets très limités sur le fonctionnement du marché interne.

Dans ses observations, France Télécom fait valoir que le marché français du haut débit compterait parmi les plus compétitifs du monde, avec un taux de pénétration élevé et de forts opérateurs alternatifs offrant leurs services de détail du haut débit à de plus bas prix. A cet égard, France Télécom fait référence au 14^{ème} Rapport d'avancement du 24 mars 2009 sur le marché unique européen des communications électroniques [COM(2009)140 final], selon lequel: "*The broadband sector continued to be the most dynamic market segment in France in*

⁵⁴ Arrêt *Ufex* précité, points 79 et 80.

⁵⁵ Voir l'arrêt du 17 mai 2001 dans l'affaire C-450/98 P, *International Express Carriers Conference (IECC) v. Commission*, Recueil 2001, p. I-3947, points 57 à 59.

⁵⁶ Arrêt *Automec* précité, point 86.

⁵⁷ Communication de la Commission – Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'Article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes du 9 février 2009, C(2009) 864 final, point 5: "*En appliquant l'article 82 aux pratiques d'éviction des entreprises en position dominante, la Commission visera en particulier celles qui sont les plus préjudiciables aux consommateurs. Ces derniers tirent profit de la concurrence par des prix moins élevés, une qualité meilleure et un choix plus vaste de biens et services nouveaux ou plus performants.*"

⁵⁸ Voir Rapport de la Commission sur la politique de concurrence 2005, SEC(2006)761 final, pages 28-29.

⁵⁹ Voir l'arrêt du dans l'affaire T-114/92, *BEMIM v Commission*, Recueil 1995, p. II-147, points 80 et suivants. Ce principe a été reconnu pour des affaires dont un tribunal national ou une autorité nationale de la concurrence est déjà saisie, mais il s'applique d'autant plus aux affaires qui ont été déjà clôturées.

terms of competition and penetration in 2008. Consumers benefited from low prices and also from bundled offers."⁶⁰

Cela est en grande partie confirmé par l'enquête préliminaire de la Commission. Le marché français est l'un des plus compétitifs et dynamiques dans l'UE. Plus de 75% de la population française a le choix entre deux ou plus opérateurs offrant des services *triple play*.⁶¹ Selon une étude de l'OCDE, les prix de détail du haut débit en France sont parmi les plus faibles du monde et la France bénéficie également d'une des connexions internet les plus rapides dans le monde.⁶² Des grilles comparatives des autres pays de l'OCDE ont été transmises par la Commission par lettre Article 7, paragraphe 1, du 2 février 2010.

En outre, le marché semble suivre un modèle dynamique de sortie et d'entrée du marché. La consolidation a été impulsée notamment par Vivendi et Iliad. Toutes les deux ont racheté de plus petits opérateurs au cours des dernières années. Bouygues, le troisième opérateur de téléphonie mobile en France, a tiré profit des remèdes imposés par l'Autorité de la Concurrence française dans l'un de ces rachats (Club Internet) afin d'accéder au marché comme nouvel opérateur alternatif. Le 24 mai 2009, Bouygues a lancé une offre *quadruple play* qui l'a placé comme le véritable leader de prix au niveau de détail.

L'enquête préliminaire de la Commission n'a pas relevé que le marché ait été négativement affecté par les pratiques contestées. Le taux de pénétration des opérateurs alternatifs, dont la part de marché conjointe s'élève à 48,3%, a constamment augmenté depuis 2003. La croissance remarquablement soutenue et constamment rentable de Iliad sur le marché à large bande français est particulièrement remarquable. Cela contredit plutôt les allégations que les opérateurs alternatifs efficaces seraient évincés du marché.

Quant au marché de la téléphonie fixe, France Télécom fait valoir que ce marché est un marché en déclin dont l'évolution vers un marché "tout IP" ne serait pas liée au prétendu effet de ciseau tarifaire qu'aurait mis en place France Télécom, mais à la stratégie délibérée des opérateurs alternatifs de déplacer le marché vers des offres intégrées comme la VoIP.⁶³ L'enquête préliminaire n'a révélé aucun indice permettant à la Commission de mettre en doute cette estimation.

Les observations de Vivendi du 4 mars 2010 sur la lettre de la Commission du 2 février 2010 annonçant l'intention de rejeter la plainte ne mènent pas à une appréciation différente de celle-ci, vu qu'elles se limitent à répéter les éléments de fait et de droit évoqués dans celle-ci, comme exposé brièvement ci-après.

Il faut noter d'abord que Vivendi ne conteste ni le fait que le marché français du haut débit est l'un des plus compétitifs et plus dynamiques dans l'UE, ni que le marché de la téléphonie fixe est un marché en déclin en évolution vers un marché "tout IP".

Contrairement à ce que Vivendi prétend, la conversion du marché de la téléphonie fixe en un marché "tout IP" n'est pas un phénomène français mais un développement généralisé qu'on

⁶⁰ Observations de France Télécom du 12 mai 2009, point 153.

⁶¹ ARCEP, Observatoire du dégroupage (chiffres au 30 Juin 2009), <http://www.arcep.fr/index.php?id=34>.

⁶² <http://www.oecd.org/dataoecd/22/45/39575011.xls> et <http://www.oecd.org/dataoecd/11/36/39575235.xls>.

⁶³ Observations de France Télécom du 12 mai 2009, points 391 à 395.

peut apercevoir dans plusieurs Etat membres de l'UE.⁶⁴ Ce développement paraît être, par conséquent, plutôt le résultat d'une stratégie commerciale adaptée à l'augmentation de la demande des offres multiservices que des pratiques dénoncées dont la probabilité d'établir l'existence d'une infraction est de toute façon très limitée (voir section 2 ci-après).

Quant aux zones non dégroupées, contrairement à ce que Vivendi prétend, la Commission n'a constaté nulle part que celles-ci soient négligeables. L'analyse de la Commission se limite à présenter les éléments qui corroborent la compétitivité remarquable du marché français du haut débit et en déduit que les pratiques dénoncées, si elles s'avéraient existantes, n'auraient que des effets très limités sur le fonctionnement du marché intérieur, critère suggérant un manque d'intérêt de l'Union Européenne à poursuivre l'enquête. En plus, l'étendue géographique limitée des effets des pratiques dénoncées conduit à s'en demander si l'autorité de la concurrence ne serait pas la mieux placée pour conduire une telle enquête (voir section 2.3 ci-dessous).

2. La probabilité limitée d'établir l'existence d'une infraction

L'enquête préliminaire de la Commission conduit à conclure que la possibilité d'établir la preuve d'une éventuelle infraction à l'article 102 du Traité concernant les trois différents type de conduite mis en cause est très limitée.

2.1 Les pratiques discriminatoires

En ce qui concerne les pratiques discriminatoires alléguées, l'enquête préliminaire n'a révélé aucun indice d'une infraction à l'article 102 du traité.

Il faut d'abord souligner que l'intégration de Wanadoo au sein de France Télécom en 2003 a été étroitement surveillée par la Commission et les autorités françaises⁶⁵. Comme expliqué par l'ARCEP, la Décision n° 06-1007 précise les conditions de la séparation comptable et du principe de non-discrimination imposées à France Télécom en 2005 en vue de sa structure intégrée⁶⁶. Compte tenu du processus de consultation lors de l'adoption de la décision précitée et des observations de France Télécom et de l'ARCEP sur la plainte de Vivendi, l'enquête préliminaire n'a résulté en aucune indication que la mise en œuvre de la séparation comptable s'est avérée inefficace, de façon à permettre à France Télécom de discriminer en faveur de sa division de détail.

⁶⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des Régions. Rapport d'avancement sur le marché unique européen des communications électroniques de 2008 (14e rapport), page 8.

⁶⁵ Voir l'affaire COMP/38.916 – *Suivi Wanadoo* dans le cadre de laquelle la Commission a régulièrement analysé les tarifs de gros et de détail de France Télécom afin de vérifier qu'ils laissent une marge suffisante à ses concurrents. La procédure a été clôturée le 18 mai 2006 sans constater une infraction du droit de la concurrence.

⁶⁶ Décision n° 05-0277 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 19 mai 2005 portant sur les obligations imposées à France Télécom en tant qu'opérateur exerçant une influence significative sur le marché de gros de l'accès dégroupé à la boucle locale cuivre et à la sous-boucle locale cuivre ("Décision n° 05-0277"), Article 3 et section II-B, pages 19 et suivantes (obligation de fournir l'accès dans des conditions non discriminatoires), et Article 10 et section II-F, pages 29 et suivantes (obligation de séparation comptable). Voir également la Décision n° 06-1007.

L'enquête préliminaire n'a pas non plus révélé d'éléments de preuve suggérant *prima facie* que France Télécom se serait engagée dans des pratiques discriminatoires anticoncurrentielles au détriment des opérateurs alternatifs dans un passé plus récent.

Les observations de Vivendi du 4 mars 2010 sur la lettre de la Commission annonçant l'intention de rejeter la plainte ne mènent pas non plus à une appréciation différente sur ce point de la plainte, vu qu'elles se limitent à répéter les éléments de fait et de droit évoqués dans celle-ci et que la Commission a déjà rejeté par lettre du 2 février 2010, comme exposé brièvement ci-après.

Contrairement à ce que Vivendi soutient, la Commission n'a constaté nulle part que l'existence d'une obligation de séparation comptable exclurait l'application du droit de la concurrence. La Commission a plutôt évoqué que la mise en œuvre de cette obligation ne semble pas soulever des objections en matière du droit de la concurrence et qu'elle est aussi un des éléments qui nous permet de conclure qu'il n'y a *prima facie* pas d'indications d'une infraction. Par contre, les avantages structurels sont intrinsèques à une structure d'entreprise intégrée de sorte que leur exploitation ne constitue pas en soi même, et en absence de données permettant de conclure autrement, un abus de position dominante.

Vivendi soutient qu'il est communément admis que toutes les réglementations récentes visant à encadrer l'usage d'une infrastructure essentielle imposent désormais, non une simple séparation comptable, mais une séparation structurelle afin d'éviter une discrimination structurelle. En premier lieu, ni les éléments des faits présentés dans la plainte ni les éléments complémentaires de la note de Vivendi du 20 mai 2009 permettent de conclure *prima facie* que France Télécom impose une telle discrimination. En outre, contrairement à ce que Vivendi prétend, la séparation structurelle est un remède très intrusif et aucun Etat Membre ne l'a imposé jusqu'ici dans les marchés de télécommunications. Seul le Royaume-Uni et l'Italie ont imposé la séparation fonctionnelle, moins contraignante que la séparation structurelle, au sein des ses opérateurs historiques.

Quant à la décision de non lieu dans l'affaire COMP/38.916 – *Suivi Wanadoo*, il faut noter que la Commission y a fait référence afin de démontrer que la réintégration de Wanadoo au sein de France Télécom s'est déroulée sous la surveillance étroite de la Commission. Ne s'agissant pas d'une investigation ouverte par décision formelle, il faut rappeler que la clôture du dossier n'a exigé aucune procédure formelle et n'a donc pas abouti dans l'adoption d'une décision formelle qui aurait été pu publiée ou communiquée.

Quant à la note complémentaire de Vivendi sur le câblo-opérateur Numéricâble, la Commission a examiné les éléments de fait que Vivendi a apportés. Nonobstant, l'enquête préliminaire n'a révélé aucun élément de preuve suggérant *prima facie* l'existence des pratiques discriminatoires évoquées.⁶⁷

⁶⁷ La note complémentaire soumise par Vivendi le 26 octobre 2009 à propos de Numéricâble fait suite au lancement par cette dernière entreprise d'une offre *triple play* à un prix très concurrentiel. Ceci illustre tout d'abord que la concurrence ne se centre pas dans l'actualité sur la téléphonie fixe prise en isolation. Ensuite, la note complémentaire sur Numéricâble porte notamment sur l'allégation de l'existence d'un prix d'accès à l'infrastructure de génie civil de France Télécom inférieur au tarif récurrent du dégroupage, ce qui ne fait pas objet de la plainte.

2.2 Les prix excessifs pour l'accès à la boucle locale

L'enquête préliminaire n'a pas non plus révélé d'indice d'une infraction à l'article 102 du Traité en ce qui concerne l'allégation de prix excessifs pour l'accès à la boucle locale.

A cet égard, il faut souligner que France Télécom est depuis 2005 soumise à une obligation d'orientation vers les coûts tant pour ses prestations d'accès à la boucle locale que pour les prestations associées⁶⁸, dont le respect est vérifié régulièrement par le régulateur français. La méthode de comptabilisation des coûts de la boucle locale sous-jacente choisie par l'ARCEP est celle des "*coûts courants économiques*"⁶⁹ qui repose principalement sur les investissements historiques réels de France Télécom⁷⁰, contrairement à ses investissements futurs prévus. Par conséquent, comme expliqué par France Télécom et l'ARCEP et contrairement à ce que Vivendi soutient, les prévisions d'investissements futurs et ainsi des informations erronées à cet égard semblent n'avoir qu'un impact très limité sur le calcul du tarif d'accès⁷¹. A la lumière de ces considérations, la Commission ne voit, *prima facie*, aucune raison de s'opposer tant à la méthode choisie par l'ARCEP qu'au processus de mise en œuvre et de vérification de cette obligation.

En ce qui concerne les prestations connexes, notamment la question des câbles de renvoi, il faut rappeler que Vivendi a déjà saisi les tribunaux nationaux sur plusieurs questions relatives à la prétendue tarification excessive évoquée dans celle-ci.⁷²

Les observations de Vivendi du 4 mars 2010 sur la lettre de la Commission annonçant l'intention de rejeter la plainte ne mènent pas à une appréciation différente de la plainte sur ce point, puisqu'elles se limitent à répéter les éléments de fait et de droit évoqués dans la plainte.

Il faut remarquer par ailleurs que les observations de Vivendi se contredisent. En soutenant d'une part qu'en absence des informations prétendument trompeuses montrant une reprise des investissements "*l'ARCEP aurait nécessairement dû rejeter la chronique 1964-2004 comme paramètre centrale de détermination du tarif de dégroupage*" et de l'autre qu'il "*aurait été très difficile pour l'ARCEP de retenir une durée de vie de quarante ans notamment pour les actifs de génie civil et donc d'effectuer un retraitement en coûts courants économiques des investissements historiques réalisés au cours des quarante dernières années*", Vivendi conteste directement le choix réglementaire fait par l'ARCEP, tandis que les observations de Vivendi prétendent le contraire. Cela démontre, contrairement à ce que Vivendi allègue⁷³, que le prétendu caractère excessif du tarif appliqué par France Télécom et la méthode de comptabilisation des coûts choisie par le régulateur sont étroitement liés. Quant au dernier, il faut rappeler que le choix prétendument erroné du régulateur ne constitue pas d'infraction au sens de l'article 102 du Traité.

⁶⁸ Voir Article 9 de la Décision n° 05-0277 et section II-E, pages 27 et suivantes.

⁶⁹ Décision n° 05-0834 de l'ARCEP en date du 15 décembre 2005 définissant la méthode de valorisation des actifs de la boucle locale cuivre ainsi que la méthode de comptabilisation des coûts applicable au dégroupage total ("Décision n° 05-0834"), page 12.

⁷⁰ Décision n° 05-0834, section III.5., troisième alinéa, page 11. Voir aussi section IV.1., page 13.

⁷¹ Voir section I.1.2 dernier paragraphe.

⁷² Voir les observations de France Télécom du 12 (y compris l'Annexe 2) et du 28 mai 2009 (y compris l'Annexe 1) ainsi que les observation de l'ARCEP du 23 juin 2009, section 1.4., pages 4 à 5.

⁷³ Voir section II.2.2 premier paragraphe.

2.3 Effet de ciseau tarifaire

Les études économiques que Vivendi a présentées afin de démontrer l'existence d'un ciseau tarifaire ne contiennent pas, *prima facie*, de preuves suffisantes à cet égard. Par exemple, comme cela a été soulevé par France Télécom et l'ARCEP, le modèle du test de ciseau élaboré par Vivendi souffre des déficiences; par exemple, le test se base sur des modèles de coût de l'ARCEP qui ont été conçus pour mettre en application l'obligation de séparation comptable.

Afin d'établir l'existence de ciseaux tarifaires, la Commission serait obligée d'élaborer un modèle de ciseau tarifaire correspondant au niveau de développement du marché de haut débit en France ainsi que de comparer les revenus et les coûts par abonné et par mois de France Télécom (le test de "l'opérateur aussi efficace" appliqué dans la décision *Telefónica*⁷⁴).

Ceci exigerait une enquête approfondie qui serait disproportionnée en termes de durée et ressources requises eu égard à la possibilité limitée de pouvoir démontrer l'existence de l'infraction alléguée et à l'impact limité que le comportement mis en cause a, ou pourrait avoir, sur le marché intérieur et les consommateurs.

Quant aux observations de Vivendi sur la méthodologie d'un test de ciseau tarifaire⁷⁵, dans l'affaire *Deutsche Telekom*, le Tribunal de l'Union Européenne a montré une préférence claire pour le test de "l'opérateur aussi efficace". Dans son arrêt, le Tribunal souligne que "*il ressort [...] clairement de la jurisprudence 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.*"⁷⁶ En plus, il ajoute que "*toute autre approche risquerait de violer le principe général de sécurité juridique. En effet, si la légalité des pratiques tarifaires d'une entreprise dominante dépendait de la situation spécifique des entreprises concurrentes, notamment par la structure des coûts de celles-ci, qui sont des données qui ne sont généralement pas connues de l'entreprise dominante, cette dernière ne serait pas à même d'apprécier la légalité de ses propres comportements.*"

De surcroît, la "bonne santé" du marché haut débit français sugère qu'il n'y ait probablement que peu de zones géographiques, faiblement peuplées, où un opérateur alternatif ne serait profitable, ni sur la base du dégroupage ni du *bitstream*. Dans cette hypothèse, la nécessité de définir des marchés infra-nationaux s'imposerait, ce qui conduit à s'interroger sur le point de savoir si le marché entre les Etats Membres serait affecté et si la Commission est l'autorité la mieux placée pour conduire une telle enquête. De plus, la question se pose aussi de savoir quels seraient les remèdes à imposer, considérant que les prix de détail de France Télécom sont déjà plus élevés que ceux de ses concurrents et que ses offres de gros sont réglementés.

Sur ce point aussi, les observations de Vivendi du 4 mars 2010 sur la lettre de la Commission annonçant l'intention de rejeter la plainte ne mènent pas une appréciation différente, vu

⁷⁴ Décision de la Commission européenne du 7 juillet 2007 dans l'affaire COMP/C-1/38.784 *Wanadoo España v. Telefónica*.

⁷⁵ Voir section II.2.3 dernier paragraphe, sur la proposition de Vivendi d'explorer le second type de test de ciseau tarifaire évoqué dans l'affaire *Telefónica* (celui du "concurrent raisonnablement aussi efficace") en confrontant ce modèle avec les éléments fournis par France Télécom à cet égard.

⁷⁶ Voir l'arrêt du 10 avril 2008 dans l'affaire T-271/03, *Deutsche Telekom AG v. Commission*, Recueil 2008, p. II-00477, points 108 et 192.

qu'elles se limitent à répéter les éléments de fait et de droit évoqués dans la plainte, comme exposé brièvement ci-après.

En ce qui concerne l'objectif des modèles de l'ARCEP sur lesquels le modèle de ciseau tarifaire de Vivendi est basé, il faut souligner qu'il y a de considérables différences entre les principes économiques qui sous-tendent un test de non-évitement conçu pour le contexte réglementaire et ceux qui dirigent un test de ciseau tarifaire dans le contexte du droit de la concurrence. Par conséquent, une marge négative résultant du premier ne conduit pas nécessairement à la constatation de l'existence d'un ciseau tarifaire, vu la nécessité de faire certaines corrections afin de s'assurer que les résultats reflètent correctement la réalité économique du marché en question.

Finalement, la Commission tient à clarifier que la prétendue prise en compte des offres couplant l'abonnement et les communications afin d'établir un effet de ciseau en matière de télécommunications fixes ne doit pas être attribuée à la Commission, puisque la Commission ne se prononce pas sur cette allégation de France Télécom.

IV. CONCLUSION

À la lumière des considérations ci-dessus, la Commission est parvenue à la conclusion qu'il n'existe pas d'intérêt de l'Union Européenne suffisant à poursuivre l'enquête sur les infractions présumées et rejette par conséquent la plainte de Vivendi.

V. PROCEDURE

Un recours peut être formé contre la présente décision devant le Tribunal de l'Union européenne en vertu de l'article 263 du Traité.

Par la Commission

Joaquín ALMUNIA

Vice-président de la Commission