

## **Document n°2**

ARRÊT DU TRIBUNAL (cinquième chambre élargie)

30 janvier 2007

Dans l'affaire T340/03,

**France Télécom SA**, anciennement Wanadoo Interactive SA, établie à Paris (France), [...], partie requérante,

contre

**Commission des Communautés européennes**, [...], partie défenderesse,

ayant pour objet une demande d'annulation de la décision de la Commission du 16 juillet 2003 relative à une procédure d'application de l'article [82 CE] (affaire COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) ou, subsidiairement, une demande d'annulation ou de réduction de l'amende infligée à la requérante,

LE TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE  
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES (cinquième chambre élargie), [...]

rend le présent

### **Arrêt**

#### **Faits et procédure**

- 1 Dans le contexte du développement de l'accès à Internet à haut débit, la Commission a décidé, en juillet 1999, l'ouverture, au sein de l'Union européenne, d'une enquête sectorielle au titre des pouvoirs qui lui sont conférés par l'article 12, paragraphe 1, du règlement n° 17 du Conseil, du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles [81] et [82] du traité (JO 1962, 13, p. 204), portant notamment sur la fourniture de services relatifs à l'accès à la boucle locale et à l'utilisation de la boucle locale résidentielle. Dans ce cadre, les informations recueillies ont conduit la Commission à examiner en détail les conditions tarifaires de fourniture par Wanadoo Interactive SA (ci-après « WIN ») de services d'accès à Internet à haut débit à destination de la clientèle résidentielle en France. À cette fin, elle a ouvert une procédure d'office en septembre 2001.
- 2 WIN était à l'époque litigieuse une société du groupe France Télécom. Son capital était détenu à 99,9 % par Wanadoo SA. La participation de France Télécom dans le capital de Wanadoo a oscillé entre 70 et 72,2 % pendant la période litigieuse. Le groupe formé par Wanadoo et ses filiales (ci-après le « groupe Wanadoo ») rassemblait toutes les activités relatives à l'internet du groupe France Télécom ainsi que les activités d'édition d'annuaires téléphoniques. Au sein du groupe Wanadoo, WIN assurait les responsabilités opérationnelles et techniques liées aux services d'accès à Internet sur le territoire français, y compris les services ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line, ligne numérique à paire asymétrique). [...]
- 5 Par décision du 16 juillet 2003, relative à une procédure d'application de l'article [82 CE] (affaire COMP/38.233 – Wanadoo Interactive) (ci-après la « décision »), la Commission a constaté que « [WIN] a enfreint l'article 82 [CE] en pratiquant pour ses services eXtense et Wanadoo ADSL des prix prédateurs ne lui permettant pas de couvrir ses coûts variables jusqu'en août 2001 et ne lui permettant pas de couvrir ses coûts complets à partir d'août 2001, dans le cadre d'un plan visant à préempter le marché de l'accès à Internet à haut débit dans une phase importante de son développement » (article 1<sup>er</sup>). La Commission lui a ordonné de mettre fin à cette infraction (article 2) et lui a infligé une amende de 10,35 millions d'euros (article 4).

- 6 La décision définit le marché en cause comme le marché français de l'accès à Internet à haut débit pour la clientèle résidentielle. Les produits sur lesquels porte l'infraction sont les services d'accès à Internet à haut débit par la technologie ADSL (Wanadoo ADSL et eXtense).
- 7 Selon la décision, dans le cas de Wanadoo ADSL, l'abonné devait, à l'époque litigieuse, payer mensuellement un abonnement à France Télécom au titre de la prestation de service, la location du modem ADSL auprès de France Télécom, ainsi qu'un abonnement à WIN en sa qualité de fournisseur d'accès à Internet (ciaprès le « FAI »). Dans le cadre du service eXtense, le modem était acheté par l'utilisateur et ce dernier payait un seul abonnement mensuel à WIN correspondant au service fourni par France Télécom et à l'accès Internet forfaitaire illimité.
- 8 Après l'examen de différents éléments, dont les parts de marché (considérants 211 à 222 de la décision) et les effets d'« adossement » à France Télécom (considérants 223 à 228), la Commission conclut à l'existence d'une position dominante de WIN sur le marché en cause. Elle s'attache ensuite à démontrer que la pratique de tarification en dessous des coûts mise en œuvre par WIN s'est inscrite dans le cadre d'une stratégie intentionnelle de prédation en vue de « préempter » le marché et, de ce fait, constitue un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE (considérant 254). [...]
- 10 Cette décision a été notifiée le 23 juillet 2003 à WIN, qui en a demandé l'annulation par requête déposée au greffe du Tribunal le 2 octobre 2003.
- 11 À la suite d'une opération de fusion intervenue le 1<sup>er</sup> septembre 2004, France Télécom SA vient aux droits de WIN.

### **Conclusions des parties**

- 12 La partie requérante conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
  - annuler la décision ;
  - subsidiairement, supprimer ou réduire le montant de l'amende ;
  - condamner la défenderesse aux dépens.
- 13 La Commission conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
  - rejeter le recours ;
  - condamner la requérante aux dépens.

### **En droit**

*I – Sur les conclusions tendant à l'annulation de la décision [...]*

*D – Sur la violation de l'article 82 CE*

- 72 Selon WIN, la Commission a violé l'article 82 CE à plusieurs égards. Quant à la position dominante, la Commission aurait retenu une définition inexacte du marché et considéré à tort que WIN y détenait une position dominante. Concernant l'abus de position dominante, la Commission aurait appliqué un test de couverture des coûts contraire à l'article 82 CE à la fois quant aux coûts pris en compte et quant à la méthode appliquée ; elle aurait en outre commis de grossières erreurs de calcul. Dans le cadre du test de prédation, la Commission aurait refusé à WIN le droit fondamental de s'aligner sur ses concurrents. Elle aurait de plus commis une erreur de droit doublée d'une erreur manifeste d'appréciation en concluant à l'existence d'un plan de prédation et en soutenant que la démonstration de la récupération des pertes n'était pas nécessaire.

## 1. Sur la position dominante

### a) Sur la définition erronée du marché

#### Arguments des parties

- 73 Selon WIN, la distinction opérée par la Commission entre l'accès à Internet à bas débit et l'accès à Internet à haut débit pour la clientèle résidentielle repose sur une analyse gravement lacunaire et contradictoire. À son avis, il n'existe qu'un seul marché d'accès à Internet, qui se présente comme un continuum depuis le bas débit jusqu'au haut débit. Cela serait démontré par l'émergence d'offres ADSL à moyen débit.
- 74 La Commission reconnaîtrait l'existence d'usages communs et d'un certain degré de substituabilité entre l'accès à Internet à haut débit et l'accès à Internet à bas débit, mais elle refuserait d'en tirer les conclusions qui s'imposent.
- 75 En outre, il existerait une véritable concurrence entre le haut débit et le bas débit, qui trouve son origine dans le caractère illimité des offres des deux types d'accès à Internet, les utilisateurs se montrant relativement indifférents à leurs caractéristiques.
- 76 Enfin, selon la pratique décisionnelle constante de la Commission, une simple différence dans le degré de confort ou de qualité serait insuffisante pour distinguer des marchés pertinents distincts dès lors que l'usage est similaire. Or, il résulterait d'un sondage produit par WIN que, dans 80 % des cas, les abonnés utilisent le même type d'applications et de fonctionnalités.
- 77 La Commission renvoie, pour sa part, aux développements qu'elle a consacrés dans la décision (considérants 169 à 204) à la distinction entre haut débit et bas débit. Elle affirme y avoir mis en évidence des différences d'usage, de spécificités techniques et de performances ainsi que des différences de prix des services et de revenu par abonné qui obligent à distinguer les deux marchés. Quant au degré de substituabilité, la Commission allègue que la seule substitution constatée est complètement asymétrique, puisqu'elle opère dans un seul sens, à savoir du bas débit vers le haut débit. La Commission estime par ailleurs que la distinction entre haut débit et bas débit est aujourd'hui universellement reconnue.

#### Appréciation du Tribunal

- 78 Il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante (arrêt de la Cour du 9 novembre 1983, *Michelin/Commission*, 322/81, Rec. p. 3461, point 37 ; arrêts du Tribunal du 30 mars 2000, *Kish Glass/Commission*, T65/96, Rec. p. II1885, point 62, et du 17 décembre 2003, *British Airways/Commission*, T219/99, Rec. p. II5917, point 91), aux fins de l'examen de la position, éventuellement dominante, d'une entreprise sur un marché sectoriel déterminé, les possibilités de concurrence doivent être appréciées dans le cadre du marché regroupant l'ensemble des produits ou services qui, en fonction de leurs caractéristiques, sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et sont peu interchangeables avec d'autres produits ou services. En outre, étant donné que la détermination du marché en cause sert à évaluer si l'entreprise concernée a la possibilité de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective et d'avoir un comportement, dans une mesure appréciable, indépendant de celui de ses concurrents et, en l'espèce, de ses prestataires de services, on ne saurait, à cette fin, se limiter à l'examen des seules caractéristiques objectives des services en cause, mais il convient également de prendre en considération les conditions de la concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché.

- 79 Lorsqu'un produit est susceptible d'être utilisé à des fins diverses et lorsque ces différents usages répondent à des besoins économiques, eux aussi différents, il y a lieu d'admettre que ce produit peut appartenir, selon les cas, à des marchés distincts, présentant éventuellement, tant du point de vue de la structure que des conditions de concurrence, des caractéristiques différentes. Cette constatation ne justifie cependant pas la conclusion qu'un tel produit constitue un seul et même marché avec tous les autres qui, dans les différents usages auxquels il peut être affecté, peuvent lui être substitués et avec lesquels il entre, suivant le cas, en concurrence.
- 80 La notion de marché concerné (relevant market) implique, en effet, qu'une concurrence effective puisse exister entre les produits qui en font partie, ce qui suppose un degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage entre tous les produits faisant partie d'un même marché (arrêt de la Cour du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 28).
- 81 Il ressort également de la communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (JO 1997, C 372, p. 5, point 7) qu'« [u]n marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et l'usage auquel ils sont destinés ».
- 82 Force est de constater qu'il n'existe pas qu'une simple différence de confort ou de qualité entre le haut et le bas débit. Il ressort des éléments fournis par la Commission (considérant 175 de la décision), sans qu'elle soit contredite par WIN, que certaines applications disponibles avec le haut débit sont inutilisables avec le bas débit, dont, par exemple, le téléchargement de fichiers très volumineux et les jeux interactifs en réseau. WIN a d'ailleurs confirmé, dans sa réponse du 4 mars 2002 à la communication des griefs, qu'il existait des « activités audiovisuelles/multimédia plus spécifiques à l'ADSL ». De plus, l'étude réalisée par le Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (Crédoc) pour le compte de WIN et produite par celle-ci en annexe à sa requête fait aussi état de nouveaux usages développés sur Internet par le service eXtense et qui sont spécifiques au haut débit, à savoir pratiquer des jeux en réseau, écouter une radio en ligne, regarder une vidéo en ligne et effectuer des achats en ligne. Par ailleurs, selon cette même étude, l'abonné au haut débit est connecté beaucoup plus souvent et en moyenne beaucoup plus longtemps que l'utilisateur du bas débit.
- 83 En ce qui concerne les différences de spécificités techniques et de performances, il ressort des affirmations de la Commission (considéranants 181 à 187 de la décision), qui n'ont pas été démenties par la requérante, qu'une particularité technique importante de l'accès à Internet à haut débit réside dans la spécificité des modems utilisés. Un modem d'accès à Internet à haut débit ne peut être utilisé pour le bas débit, et réciproquement (considérant 181 de la décision). Par ailleurs, dans le cas du haut débit, la connexion est permanente et la ligne téléphonique est libre.
- 84 En outre, dans le cas du marché français, il y a lieu d'observer que, pour la période examinée, les offres de haut débit prévoyaient des débits en sens descendant de l'ordre de 512 kbits/s (considérant 185 de la décision). Les offres de bas débit traditionnel (limité à 56 kbits/s) et les offres RNIS (réseau numérique à intégration de services) ou ISDN (Integrated Services Digital Network) (64 ou 128 kbits/s) ne permettaient des débits que quatre à dix fois inférieurs. Les offres ADSL à 128 kbits/s en sens descendant, qui témoigneraient selon la requérante de la continuité entre le bas et le haut débit, ne sont apparues qu'à l'issue de la période visée par la décision. De plus, même dans le cas d'une offre à 128 kbits/s, la différence entre le bas et le haut débit reste très substantielle. La différence de performances était donc significative au cours de la période considérée.

- 85 À ces différences d'usages, de spécificités et de performances s'ajoute un écart de prix important entre le bas et le haut débit (considérants 188 à 192 de la décision).
- 86 S'agissant du degré de substituabilité, il y a lieu de rappeler, outre la jurisprudence citée au point 78 ci-dessus, les éléments d'appréciation énoncés par la Commission dans sa communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (voir point 81 ci-dessus).
- 87 Selon cette communication, l'appréciation de la substituabilité de la demande entraîne une détermination de l'éventail des produits perçus comme substituables par le consommateur. Une façon de procéder à cette détermination peut être envisagée comme un exercice mental présupposant une variation légère, mais durable, des prix relatifs et évaluant les réactions probables des clients. Au point 17 de cette communication, la Commission précise que « [l]a question posée est de savoir si les clients des parties se tourneraient vers des produits de substitution facilement accessibles [...] en cas d'augmentation légère (de 5 à 10 %), mais permanente, des prix relatifs des produits considérés dans les territoires concernés ».
- 88 Dans le considérant 193 de la décision, la Commission admet certes que le bas débit et le haut débit présentent un certain degré de substituabilité. Elle ajoute cependant, dans le considérant 194, que celle-ci fonctionne de manière profondément asymétrique, les migrations de clients d'offres de haut débit vers des offres de bas débit seraient infimes par rapport aux migrations dans l'autre sens. Or, selon la Commission, si les produits étaient parfaitement substituables du point de vue de la demande, les taux de migration devraient être, sinon identiques, du moins d'un ordre de grandeur comparable.
- 89 À cet égard, force est de constater, en premier lieu, qu'il ressort des données recueillies auprès de WIN et reproduites dans le tableau 7 de la décision que les taux de migration des abonnés au haut débit vers les offres intégrales de bas débit étaient très faibles à l'époque visée, malgré la différence de prix entre ces services, qui aurait dû inciter de nombreux internautes à se reporter vers le bas débit. Cette forte disproportion dans les taux de migration entre haut et bas débit et inversement n'accrédite pas la thèse de l'interchangeabilité de ces services aux yeux des consommateurs. Dans la requête, WIN n'a, de plus, avancé aucun élément précis remettant cette analyse en cause.
- 90 Il s'avère, en second lieu, qu'un sondage effectué pour le compte de la Commission et présenté par WIN en annexe à sa requête montre que, en cas d'augmentation du prix du haut débit de l'ordre de 5 à 10 %, 80 % des abonnés au haut débit conserveraient leur abonnement. Or, en application du point 17 de la communication de la Commission sur la définition du marché aux fins du droit communautaire de la concurrence (voir point 87 ci-dessus), ce pourcentage élevé d'abonnés qui n'abandonneraient pas le haut débit en cas d'augmentation du prix de 5 à 10 % constitue un fort indice d'absence de substitution du côté de la demande.
- 91 En conséquence, sur la base de l'ensemble des éléments qui précèdent, il y a lieu de considérer que c'est à bon droit que la Commission a conclu à l'absence de degré suffisant d'interchangeabilité entre le haut débit et le bas débit et a défini le marché en cause comme celui de l'accès à Internet à haut débit pour la clientèle résidentielle. [...]