

Audience publique du 21 novembre 2016

Recours formé par
l'Entreprise des Postes et Télécommunications, Luxembourg,
contre une décision du Conseil de la concurrence,
en matière de droit de la concurrence

JUGEMENT

Revu la requête inscrite sous le numéro 35847 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif en date du 12 février 2015 par Maître Marc Thewes, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, assisté de Maître Alexandre Verheyden, avocat, inscrit à l'Ordre français des avocats de Bruxelles, au nom de l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications (« EPT »), établi et ayant son siège social à L-2020 Luxembourg, 8a, avenue Monterey, représenté par son comité de direction actuellement en fonctions, tendant, dans le cadre d'un recours en réformation, principalement à l'annulation, subsidiairement à la réformation de la décision du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014, n° 2014-F0-07, ayant retenu à charge de l'EPT l'existence d'un abus de position dominante sous la forme d'un rabais de couplage au sein de l'offre Integral sur la période de 2006 à 2007 et ayant à ce titre infligé à l'EPT une amende de 2.520.000 euros ;

Vu le mémoire en réponse déposé au greffe du tribunal administratif le 12 mai 2015 par la société anonyme Arendt & Medernach s.a., inscrite à la liste 5 du tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, représentée aux fins de la présente instance par Maître Philippe-Emmanuel Partsch, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour compte de l'Etat luxembourgeois ;

Vu la requête en intervention volontaire déposée en date du 15 mai 2015 au greffe du tribunal administratif par la société à responsabilité limitée Mnks s.à r.l., inscrite à la liste 5 du tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, représentée aux fins de la présente instance par Maître Cindy Arces, avocat à la Cour, inscrite au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, pour la société Tango s.a., établie et ayant son siège social à L-8077 Bertrange, 177, rue du Luxembourg, représentée par son conseil d'administration actuellement en fonctions, immatriculée auprès du Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le n° B 97.152, sollicitant l'autorisation d'intervenir dans l'instance introduite par le recours contentieux portant le numéro 35847 du rôle, en matière de droit de la concurrence et dirigé contre la décision du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014, n° 2014-F0-07 ;

Vu la convocation du tribunal administratif du 18 mai 2015 des parties à l'audience publique 8 juin 2015 et invitant l'EPT et l'Etat à déposer un mémoire en réponse à l'intervention volontaire au plus tard pour le 5 juin 2015 ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice suppléant Patrick Müller, en remplacement de l'huissier de justice Carlos Calvo, demeurant à Luxembourg, du 19 mai 2015, portant

signification de la prédite requête en intervention volontaire à l'EPT, préqualifiée, ainsi qu'au Conseil de la concurrence ;

Vu l'ordonnance du 1^{er} juin 2015 ayant suspendu les délais pour déposer les mémoires en réplique et en duplique en attendant que le jugement du tribunal administratif dans le rôle n° 35847 et concernant le volet de l'intervention volontaire soit coulé en force de chose jugée ;

Vu le jugement du tribunal administratif du 24 juin 2015, n° 35847 du rôle ;

Vu l'ordonnance du 13 juillet 2015 ayant accordé une prorogation des délais légaux pour déposer les mémoires en réplique et en duplique ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 14 octobre 2015 par Maître Marc Thewes pour l'EPT ;

Vu le mémoire en duplique déposé au greffe du tribunal administratif le 15 décembre 2015 par la société anonyme Arendt & Medernach s.a. pour compte de l'Etat luxembourgeois ;

Vu les pièces versées en cause et notamment la décision déférée ;

Le juge-rapporteur entendu en son rapport ainsi que Maître Marc Thewes, assisté de Maître Thibault Chevrier, de Maître Alexandre Verheyden et de Maître Laurence Van Mullen, et Maître Philippe-Emmanuel Partsch, pour la société anonyme Arendt & Medernach s.a., en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 19 septembre 2016.

Le 26 avril 2006, les sociétés anonymes Tele2 Luxembourg, Tango et Tele2 Services Luxembourg, actuellement Tango S.A., ci-après désignées « Tango », déposèrent une plainte contre l'établissement public Entreprise des Postes et Télécommunications, ci-après désigné par « EPT », auprès de l'ancienne Inspection de la concurrence sur la base de l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence, ci-après désignée par « la loi du 17 mai 2004 », repris par l'article de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ayant abrogé celle du 17 mai 2004, ci-après désignée par « la loi du 23 octobre 2011 », et de l'article 82 du Traité instituant la Communauté européenne, ci-après désigné par « TCE », qui depuis a été remplacé l'article 102 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne, ci-après désigné par « TFUE ». Cette plainte fut complétée par le dépôt d'observations le 15 juin 2006.

L'Inspection de la concurrence adressa une première demande de renseignements à l'EPT le 11 août 2006.

Le Président du Conseil de la concurrence adopta le 22 janvier 2008 une décision référencée sous le numéro 2008-MC-01 imposant des mesures conservatoires à l'encontre de l'EPT, décision qui fut annulée par un jugement du tribunal administratif du 20 mai 2009 (n° 24306 du rôle).

Le 17 janvier 2014, le Conseil de la concurrence envoya à l'EPT la communication des griefs du conseiller désigné.

Le 13 novembre 2014, le Conseil de la concurrence prit une décision référencée sous le n° 2014-FO-07 à l'encontre de l'EPT, décision dont le dispositif est libellé comme suit :

« Article 1^{er} :

En pratiquant des rabais de couplage dans leur offre « INTEGRAL », l'EPT a violé l'article 82 CE (devenu l'article 102 TFUE), subsidiairement l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 et l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011. L'infraction s'étend sur la période allant de fin 2005 à début 2008.

Article 2 :

Pour l'infraction visée à l'article 1^{er}, le Conseil impose une amende de 2.520.000 euros à l'EPT ».

Parmi les griefs soulevés dans la communication des griefs, le Conseil de la concurrence en rejeta trois et en retint un seul, à savoir celui portant sur des rabais de couplage pratiqués dans l'offre Integral de l'EPT. Le Conseil de la concurrence considéra, en se basant, pour la période de 2006 et 2007, sur un test effectué suivant la méthode dite « *par composante* »¹, que l'EPT aurait abusé de sa position dominante sur le marché de téléphonie fixe et internet durant cette période afin d'exercer un effet de levier sur les marchés de téléphonie mobile. En revanche, à partir de l'année 2008, le Conseil de la concurrence estima, en se basant sur un test effectué suivant la méthode dite « *portfolio* » ou « *agrégée* »², qu'il n'était pas établi que l'offre Integral, dans son ensemble, n'est pas répliquable économiquement et que la concurrence par un opérateur alternatif au niveau des offres groupées est vraisemblablement possible, de sorte à ne retenir qu'un abus de position dominante pour la période de 2006 et 2007³. Pour arriver à cette conclusion, le Conseil de la concurrence, s'agissant de la définition des marchés en cause, estima qu'il conviendrait de prendre en considération, d'une part, les marchés de détail de la téléphonie sur réseau fixe, subdivisés en marchés de l'accès au réseau téléphonique public et ceux des services téléphoniques fixes, et, d'autre part, les marchés d'internet large bande, subdivisés en marché de détail d'accès à internet large bande et celui de la fourniture en gros d'accès à internet large bande, et, enfin, le marché de détail des services sur réseaux mobiles. Il retint en outre qu'il n'y aurait pas lieu de définir un marché distinct pour les offres groupées pour la période incriminée de 2006 à 2007.

Ayant conclu à un abus de position dominante pour la période ainsi visée, le Conseil de la concurrence procéda ensuite au calcul de l'amende à infliger à l'EPT, qu'il réduisit de 50% au vu de diverses circonstances qu'il qualifia comme étant susceptibles d'avoir une incidence sur ladite amende, à savoir, le fait que le régulateur a approuvé l'offre de référence pour la revente de l'abonnement, les effets proconcurrentiels en termes de bénéfices pour le consommateur des rabais, la bonne coopération de l'EPT et la longueur de la procédure.

Par requête inscrite sous le numéro 35847 du rôle et déposée au greffe du tribunal administratif en date du 12 février 2015, l'EPT a fait introduire un recours tendant, suivant le dispositif de la requête introductive d'instance :

¹ Points n° 175 et suivants de la décision du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014.

² Ibidem, points n° 177 et suivants.

³ Ibidem, point n° 206.

- à titre principal, à l'annulation de la totalité de la décision du 13 novembre 2014 aux motifs de violation des principes de sécurité juridique, d'attente légitime, de respect des droits de la défense et/ou du fait d'une mauvaise application des règles présidant à la définition du marché et/ou à l'appréciation de l'existence d'une position dominante ;
- à titre subsidiaire, à l'annulation partielle de ladite décision en ce qu'elle (i) procéderait d'une application illégale des conditions d'un abus de rabais de couplage et (ii) imposait une amende à l'EPT pour cette violation ;
- à titre encore plus subsidiaire, à l'annulation partielle de la décision en ce qu'elle imposerait illégalement à l'EPT une amende ;
- à titre infiniment subsidiaire, à la réformation de la décision en ce qu'elle fixerait le montant de l'amende à un niveau excessif.

Le 15 mai 2015, la société Tango S.A. a fait déposer au greffe du tribunal administratif une requête en intervention volontaire sollicitant l'autorisation d'intervenir dans l'instance introduite par ledit recours contentieux contre la décision du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014.

Par un jugement du 24 juin 2015, le tribunal administratif déclara l'intervention volontaire présentée par la société Tango irrecevable pour défaut d'intérêt.

1) Quant à la recevabilité du recours

Au vu des dispositions de l'article 28 de la loi du 23 octobre 2011, en vigueur au jour de la prise de la décision déferée et régissant partant l'exercice des voies de recours, « *Un recours en pleine juridiction est ouvert devant le Tribunal administratif à l'encontre des décisions du Conseil en formation collégiale prises en application de la présente loi* », étant précisé qu'il résulte de la combinaison des articles 7, paragraphe 3, et 20, paragraphe 1^{er}, de la même loi que les amendes sont décidées par le Conseil de la concurrence en formation collégiale.

Il s'ensuit qu'un recours en réformation devant le tribunal administratif est ouvert à l'égard d'une décision infligeant une amende à une entreprise s'étant livrée à des pratiques anti-concurrentielles.

Au regard des termes de la requête introductive d'instance, et en particulier de son dispositif auquel le tribunal est en principe seul tenu, clarifiés par les explications fournies par le mandataire de l'EPT à l'audience des plaidoiries sur question afférente du tribunal, l'EPT a entendu, dans le cadre du recours en réformation prévu par la loi, demander principalement l'annulation et subsidiairement la réformation de la décision litigieuse.

Le tribunal est partant compétent pour connaître du recours en réformation ainsi introduit.

A cet égard, le tribunal relève que si dans une matière dans laquelle la loi a institué un recours en réformation, comme cela est le cas en l'espèce, le demandeur conclut à la seule annulation de la décision attaquée, respectivement principalement à l'annulation de celle-ci, le recours est néanmoins recevable dans la mesure où le demandeur se borne à invoquer des moyens de légalité et à condition d'observer les règles de procédure spéciales pouvant être

prévues et les délais dans lesquels le recours doit être introduit⁴, étant encore relevé que la possibilité conférée de demander l'annulation dans le cadre d'un recours en réformation est subordonnée à ce que l'annulation sollicitée soit sous-tendue utilement par un moyen d'annulation⁵.

Le recours en réformation, introduit dans cette mesure, est encore recevable pour avoir été déposé dans les formes et délai de la loi, délai qui, à défaut de toute indication particulière figurant dans la loi du 23 octobre 2011, est de trois mois conformément à l'article 13 de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ci-après désignée par « la loi du 21 juin 1999 ».

2) Quant à la demande de réformation *in pejus* formulée par l'Etat du Grand-Duché

Arguments des parties

Dans son mémoire en réponse, l'Etat du Grand-Duché, en se référant à un jugement du tribunal administratif du 30 mars 2015 (n° 33903a du rôle), et en faisant en substance état d'une position clémente du Conseil de la concurrence à l'égard de l'EPT, tirant motif de ce que des rabais de couplage pratiqués par une société en position dominante seraient abusifs par nature, de sorte qu'en l'espèce un abus aurait pu être retenu de ce seul fait, demande au tribunal de réformer la décision déferée et de constater une période infractionnelle plus longue que celle retenue par le Conseil de la concurrence, à savoir jusqu'à la date d'adoption de ladite décision le 13 novembre 2014, sinon jusqu'au jour du présent jugement, dans l'hypothèse où le tribunal serait d'avis que le Conseil de la concurrence n'aurait pas dû se livrer à un établissement des effets d'éviction des rabais de couplage de l'offre Integral, d'ordonner la cessation des rabais de couplage associés à l'offre Integral et de majorer le montant de l'amende infligée à l'EPT en augmentant le coefficient de gravité.

L'EPT conclut à l'irrecevabilité d'une telle demande de réformation *in pejus*, en faisant valoir que l'Etat n'aurait ni la capacité, ni l'intérêt à demander la réformation de la décision, que le comportement adopté par le Conseil de la concurrence violerait les principes de loyauté procédurale et la règle selon laquelle nul ne peut se contredire au détriment d'autrui, dite « *estoppel* », que cette demande violerait le principe du contradictoire et son droit à une protection juridictionnelle effective dès lors que des développements en faveur d'une approche formaliste seraient avancés pour la première fois par le Conseil de la concurrence devant le tribunal administratif et en soulignant que suivant la jurisprudence citée par l'Etat, une réformation *in pejus* ne serait envisageable qu'à la condition que des éléments de fait ou de droit nouveaux soient intervenus depuis la décision, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce. En outre l'EPT estime qu'en application du règlement (CE) 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du TICE, le tribunal ne serait pas compétent pour constater une infraction à l'article 102 TFUE en dehors de la période litigieuse.

Dans son mémoire en duplique, l'Etat souligne que suivant la jurisprudence précitée du 30 mars 2015, le tribunal aurait expressément retenu le principe d'une réformation *in pejus* dans le cadre de son pouvoir de pleine juridiction, sans que ce pouvoir ne soit limité par

⁴ Trib. adm. 3 mars 1997, n° 9693 du rôle, Pas. adm. 2016, V° Recours en réformation, n° 2 et les autres références y mentionnées.

⁵ Trib. adm. 13 juin 2005, n° 19368 du rôle, Pas. adm. 2016, V° Recours en réformation, n° 6.

le règlement (CE) n°1/2003, précité, tout en déclarant vouloir suivre les exigences posées par le tribunal tenant à une demande formulée en ce sens et à la fourniture d'éléments de fait et de droit nouveaux. La partie étatique ajoute qu'elle pourrait demander une réformation *in pejus*, sans se contredire et sans violer le principe du contradictoire, étant donné que le Conseil de la concurrence aurait déjà fait état dans sa décision de ce que des rabais à effet fidélisant, tels que l'offre litigieuse, constitueraient un abus de position dominante au regard de l'article 102 TFUE, et demander l'application d'une sanction plus sévère et d'une période d'infraction plus étendue, tout en soulignant qu'elle ne demanderait pas au tribunal de constater une nouvelle infraction.

Appréciation du tribunal

Le tribunal relève de prime abord qu'analysée au titre de demande incidente, la demande de l'Etat, est à déclarer irrecevable. Au-delà de la question de la recevabilité d'un recours par l'autorité administrative ayant posé un acte administratif dirigé contre cette même décision et des contestations tenant à l'intérêt à agir et au principe de loyauté soulevées à cet égard par l'EPT, une telle demande formée de façon incidente à travers un mémoire en réponse n'est pas recevable pour ne pas être conforme aux dispositions de la loi du 21 juin 1999, exigeant qu'un recours devant le tribunal administratif doit être formé par requête introductive d'instance, déposée au greffe de la juridiction administrative et communiquée aux parties intéressées, des recours contre des actes administratifs introduits de façon incidente moyennant un simple mémoire en réponse n'étant en effet pas admissibles, sous peine de violer les principes de la procédure contentieuse instituée et organisée par le règlement de procédure et partant les garanties qu'elle accorde aux parties.

La demande formulée par l'Etat soulève en revanche la question de l'étendue du contrôle du tribunal saisi d'un recours en réformation.

Le tribunal, comme retenu ci-avant, statue en l'espèce en tant que juge de la réformation. Le recours en réformation est l'attribution légale au juge administratif de la compétence spéciale de statuer à nouveau, en lieu et place de l'administration, sur tous les aspects d'une décision administrative querellée. Le jugement se substitue à la décision litigieuse en ce qu'il la confirme ou qu'il la réforme. Cette attribution formelle de compétence par le législateur appelle le juge de la réformation à ne pas seulement contrôler la légalité de la décision que l'administration a prise sur base d'une situation de droit et de fait telle qu'elle s'est présentée à elle au moment où elle a été appelée à statuer, mais encore à vérifier si son appréciation se couvre avec celle de l'administration⁶ et, dans la négative, à substituer sa propre décision à celle de l'administration, indépendamment de la légalité de la décision déferée⁷.

Ce pouvoir se heurte toutefois à deux limitations.

D'une part, le juge de la réformation ne saurait dépasser son rôle de juge qui consiste à statuer par rapport à une espèce donnée. Il ne saurait, en particulier, étendre son contrôle de l'opportunité de manière à empiéter sur le terrain des choix de politique générale, en imposant à une matière des orientations qui dépassent le cadre d'une décision limitée à une espèce donnée⁸.

⁶ Cour adm. 23 novembre 2010, n° 26851C, Pas. adm. 2016, V° Recours en réformation, n° 11.

⁷ Cour adm. 6 mai 2008, n° 23341C, *ibidem*.

⁸ Trib. adm. 12 juillet 2000, n° 11322, Pas. adm. 2016, V° Recours en réformation, n° 25.

D'autre part, encore que le juge de la réformation est appelé à refaire une appréciation des éléments de fait et de droit avec effet au jour où il statue, démarche comportant le pouvoir de substituer en définitive sa décision à celle de l'autorité administrative, il n'en reste pas moins qu'également le juge de la réformation ne statue que dans la limite des moyens utilement produits devant lui⁹. Plus particulièrement, l'examen auquel il doit se livrer ne peut s'effectuer que dans le cadre des moyens invoqués par le demandeur pour contrer les motifs spécifiques à l'acte déféré, mais son rôle ne consiste pas à procéder indépendamment des moyens à un réexamen général et global de la situation de l'administré.

Si, à travers le jugement du 30 mars 2015 invoqué par l'Etat, le tribunal a retenu que le juge de la réformation peut être appelé à substituer sa propre décision impliquant que cette analyse s'opère au moment où il est appelé à statuer, et partant à prendre, le cas échéant, une décision plus sévère - équivalant à une réformation *in pejus* de la décision lui déférée -, le tribunal a encore précisé qu'il faut, d'une part, que le juge se soit vu soumettre des éléments de fait et de droit éventuellement nouveaux justifiant une telle décision, et, d'autre part, que l'administration ait conclu en ce sens¹⁰.

Plus spécifiquement par rapport à la question d'une réformation *in pejus*, le tribunal relève qu'au regard des principes retenus ci-avant, d'ailleurs rappelés dans le jugement précité, le pouvoir de réformation du tribunal administratif est nécessairement limité par le cadre fixé à travers le recours et les moyens développés à son appui, impliquant qu'il ne saurait exercer son pouvoir de réformation sur des chefs de la décision non déferés, au risque de statuer au-delà de la demande ainsi formulée à travers la requête introductive.

D'autre part, il convient de tenir compte de la particularité de la présente matière, en ce que la procédure contentieuse devant le tribunal administratif est précédée d'une procédure devant respecter le principe du contradictoire¹¹, en l'occurrence d'une procédure d'instruction suivie d'une audition contradictoire devant le Conseil de la concurrence, menant à une décision susceptible de prononcer une sanction administrative à l'encontre de l'entreprise dont la pratique commerciale est incriminée. Tant la Cour européenne des droits de l'homme¹² que la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)¹³ reconnaissent l'applicabilité au droit de la concurrence du droit à un procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

⁹ Cour adm. 12 juillet 2007, n° 22717C, Pas. adm. 2016, V° Recours en réformation, n°18.

¹⁰ Trib.adm. 30 mars 2015, n° 33903a, cité par l'Etat, Pas. adm. 2016, V° Recours en réformation, n°19.

¹¹ Tant l'article 10 de la loi du 17 mai 2004 que l'article 11 de la loi du 23 octobre 2011 imposent que la décision du Conseil de la concurrence est prise « *dans le cadre d'une procédure contradictoire* ».

¹² Affaire *Fortum Oil and Gas Oy c. Finlande* du 12 novembre 2002, à propos d'une amende prononcée pour abus de position dominante; Thomas Bombois, « *La protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence* », n°36 et suivants, éditions Larcier.

¹³ Affaire *Baustahlgewebe GmbH c. Commission* du 17 décembre 1998, ayant appliqué le droit à un procès équitable en tant que principe général de droit communautaire s'inspirant de l'article 6 de la CEDH dans le cadre d'un recours juridictionnel contre une décision de la Commission infligeant à une entreprise des amendes pour violation du droit de la concurrence. ; *Limburgse Vinyl Maatschappij c. Commission* du 15 octobre 2002, reconnaissant aux entreprises poursuivies pour infraction au droit européen de la concurrence la faculté d'invoquer les droits de la défense tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 de la CEDH ; *Der Grüne Punkt-Duales System Deutschland c. Commission* du 16 juillet 2009, C-385, ayant confirmé, à propos d'un moyen tiré d'un dépassement du délai raisonnable, l'applicabilité du droit à un procès équitable en tant que principe général du droit communautaire au droit de la concurrence, tout en se référant également à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ; Thomas Bombois, « *La Protection des droits fondamentaux des entreprises en droit européen répressif de la concurrence* », n° 96 et suivants.

(CEDH), dont l'une des garanties est le droit au respect du contradictoire, applicabilité d'ailleurs rappelée dans l'exposé des motifs du projet de loi à la base de la loi du 23 octobre 2011¹⁴. S'agissant d'une procédure susceptible de déboucher sur une sanction administrative, qui a à la fois un caractère préventif et punitif et vu l'importance des peines pécuniaires susceptibles d'être prononcées, le respect des garanties inhérentes à l'article 6 de la CEDH est d'autant plus important.

Dès lors, si le tribunal administratif dispose, dans le cadre du recours en réformation et sous les conditions de l'existence d'éléments de fait ou de droit éventuellement nouveaux justifiant une telle décision et d'une demande de l'administration en ce sens, du pouvoir de réformer *in pejus*, son contrôle est nécessairement limité à celui des griefs retenus par le Conseil de la concurrence et ayant amené celui-ci à prononcer une sanction. Ainsi, à l'instar du juge pénal qui, étant saisi *in rem*, ne saurait faire entrer dans les débats des faits ne se trouvant pas dans l'acte de saisine¹⁵, le tribunal administratif ne peut retenir des griefs autres que ceux retenus par le Conseil de la concurrence et ayant fait l'objet d'une instruction et de débats contradictoires, au risque de priver l'entreprise dont la pratique commerciale est incriminée non seulement de la possibilité de faire valoir ses moyens et de se défendre à un stade précontentieux, mais encore d'un degré de juridiction, ceci en violation des principes consacrés par l'article 6 de la CEDH.

En revanche, par rapport aux griefs retenus dans la décision déférée et sous les conditions telles que retenues ci-avant, une réformation *in pejus* est concevable s'agissant de la sanction retenue.

L'ensemble des considérations qui précèdent amènent le tribunal à retenir qu'en toute hypothèse, il ne saurait faire droit à la demande de la partie étatique de retenir une période infractionnelle plus étendue que celle retenue par le Conseil de la concurrence, une telle approche impliquant non seulement la réformation d'un élément de la décision non déféré, à savoir celui ayant retenu que pour la période à partir de l'année 2008 un abus de position dominante ne peut pas être reproché à l'EPT, mais encore la prise en compte d'un grief autre que celui retenu par le Conseil de la concurrence, étant relevé que, contrairement à ce qui est soutenu par la partie étatique, le fait de retenir un abus de position à partir de l'année 2008 revient à retenir une nouvelle infraction, qui n'a été visée ni dans la communication des griefs, ni par le Conseil de la concurrence.

C'est sur cette toile de fond que le tribunal examinera la décision lui déférée par rapport aux moyens développés par la partie étatique, contrebalancés par ceux avancés par l'EPT.

3) Quant au fond

Les moyens sur lesquels l'EPT fonde son recours, tant en ce qui concerne la constatation d'un abus de position dominante qu'en ce qui concerne l'imposition d'une amende, peuvent être résumés comme suit :

La décision serait entachée d'irrégularités au niveau de l'instruction, à savoir:

¹⁴ Doc. parl. n° 5816, exposé des motifs et annexe 1.

¹⁵ Henri D. Bosly, « *Elements de procédure pénale* », p. 178.

- La durée excessive de l’instruction constituerait une violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable et aurait porté atteinte à ses droits de la défense.
- Le droit d’accès au dossier prévu par l’article 26 paragraphe (1) de la loi du 23 octobre 2011 n’aurait pas été respecté.

La décision serait également entachée d’irrégularités quant au fond, à savoir :

- Elle méconnaîtrait les règles relatives à la définition du marché et/ou à la définition de la position dominante.
- Elle constaterait erronément que l’EPT avait commis un abus de position dominante sous la forme d’un rabais de couplage. Ce faisant, le Conseil de la concurrence aurait commis une application inexacte du droit de la concurrence et des erreurs manifestes de fait.
- En la sanctionnant d’une amende, le Conseil de la concurrence aurait méconnu ses droits de la défense, aurait procédé d’erreurs manifestes de fait et d’un défaut de motivation. La décision prise ne contiendrait de plus aucune analyse du caractère justifié et proportionné de la sanction.

3.1 Quant aux moyens fondés sur une irrégularité de la procédure

3.1.1. Quant au moyen fondé sur le dépassement du délai raisonnable

Arguments des parties

L’EPT fait valoir que la longueur excessive de la procédure - qui aurait duré plus de 7 années - aurait violé son droit à être jugé dans un délai raisonnable prévu à l’article 6, paragraphe (1) de la CEDH, à l’article 47, paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne et consacré en tant que principe général de droit dans l’ensemble des ordres juridiques des Etats membres, y compris le Luxembourg.

Elle souligne que le dépassement du délai raisonnable constituerait en soi un vice de procédure entachant la légalité de la décision. Elle ajoute que la longueur excessive de la procédure aurait porté atteinte à ses droits de la défense dès lors qu’elle aurait créé une situation d’insécurité juridique prolongée qui aurait eu pour conséquence que non seulement elle se serait retrouvée dans une situation paradoxale où elle se serait vu obligée de collaborer à l’enquête la concernant, tout en n’ayant aucune possibilité d’évaluer si, ce faisant, elle ne participait pas à sa propre incrimination, mais encore aurait été contrainte de ne pas répliquer aux offres quadruple play de ses concurrents dans l’attente de connaître avec précision les reproches formulés à l’encontre de son offre Integral et dans l’attente d’une décision au fond concernant la licéité d’une éventuelle intégration de la composante télévision. Le délai aurait encore été anormalement long par rapport à une plainte que l’EPT qualifie d’obscur, en soulignant que seulement huit ans après la plainte, la communication des griefs aurait procédé à une refonte complète des reproches contenus dans la plainte. Elle aurait, par ailleurs, légitimement pu croire qu’une décision du Conseil de la concurrence n’avait plus lieu d’être, en relevant que le ministre de l’économie n’aurait pas été partie à la procédure en mesures provisoires et que ni Tango, ni Orange n’auraient donné suite aux demandes d’information de l’Inspection du 30 mars 2010, de sorte qu’elle aurait légitimement pu admettre que son offre

ne présentait plus d'intérêt pour les autorités et pour ses concurrents. L'impact sur la sécurité juridique serait encore d'autant plus significatif qu'un même comportement aurait été considéré comme abusif et comme ne constituant pas d'abus selon que les services ont été fournis avant ou après le 31 décembre 2007.

S'agissant des conséquences à déduire d'un dépassement du délai raisonnable, outre d'insister sur l'annulation pure et simple de la décision déferée, l'EPT fait valoir qu'un tel dépassement devrait avoir des incidences sur la sanction à appliquer en se référant à la jurisprudence en matière pénale, administrative et en matière de concurrence, tant au niveau national qu'au niveau des juridictions européennes.

La partie étatique, tout en admettant que la procédure a duré, fait valoir qu'une durée excessive de la procédure ne pourrait être sanctionnée que lorsque celle-ci a effectivement porté atteinte aux droits de la défense de l'EPT, ce qui ne serait toutefois pas le cas en l'espèce. Par ailleurs, en faisant état d'autres affaires relatives aux marchés des télécommunications auprès de la Commission européenne, ci-après désignée par « la Commission », et de l'autorité de concurrence française, l'Etat conclut que la durée de la présente procédure n'aurait pas été exceptionnellement longue, en soulignant, par ailleurs, que la durée de la procédure aurait même été bénéfique pour l'EPT puisqu'un examen scrupuleux de l'affaire aurait pu être effectué par le Conseil de la concurrence, et que l'amende aurait été diminuée en raison de la procédure. D'autre part, l'EPT se contredirait en affirmant, d'une part, avoir légitimement cru que le Conseil de la concurrence n'allait pas poursuivre la procédure et, d'autre part, en faisant état d'une insécurité juridique. Par ailleurs, la procédure n'aurait pas fait obstacle à la possibilité pour l'EPT de vendre son produit Integral, la décision sur des mesures conservatoires ayant été annulée par le tribunal administratif. Enfin, aucune assurance n'aurait été donnée à l'EPT de ce que la procédure n'allait pas être poursuivie.

L'EPT réplique qu'elle serait demeurée dans une situation d'attente excessivement longue et qu'elle n'aurait pu se défendre que suite à la communication des griefs en 2014. Elle ajoute, que, contrairement à l'argumentation de l'Etat, la situation d'attente dans laquelle elle se serait trouvée l'aurait empêchée de proposer, à l'instar de ses concurrents, des offres quadruple play puisqu'elle n'aurait pu prendre le risque d'améliorer l'attrait commercial de son offre Integral en y associant un service qui lui avait déjà été interdit à travers les mesures conservatoires, d'autant plus qu'elle ne connaîtrait toujours pas les griefs lui reprochés. Le fait qu'elle ait offert aux clients « *Télé vun der Post* » un modem captant à la fois les signaux de télévision et internet indépendamment du fait qu'ils soient clients Integral, ne reviendrait pas à commercialiser une offre quadruple play. Cette position de prudence qu'elle aurait dû prendre serait d'autant plus dommageable que la demande pour les offres groupées au Luxembourg aurait été tout à fait exceptionnelle à cette époque. Par rapport à son argumentation suivant laquelle elle aurait de manière légitime pu croire qu'aucune décision n'allait être prise par le Conseil de la concurrence, l'EPT souligne qu'aucun élément nouveau n'aurait été apporté entre la plainte de Tango en 2006 et la communication des griefs en 2014. S'agissant de l'argumentation de l'Etat fondée sur la durée d'autres procédures, l'EPT donne à considérer qu'entre le dépôt de la plainte par Tango le 26 avril 2006, et la décision prise le 13 novembre 2014, plus de 8 ans et 6 mois se seraient écoulés et que cette durée s'inscrirait dans la limite haute de la fourchette avancée par la partie étatique. La seule procédure ayant présenté une durée plus longue aurait été celle de la procédure dans l'affaire « *Intel* », ayant duré 8 ans et 7 mois. L'EPT fait encore valoir que la CJUE estimerait en général qu'à partir de 5 ans de procédure, le droit à être jugé dans un délai raisonnable serait

bafoué. En l'espèce, les faits retenus à son encontre auraient été identiques à ceux ayant conduit à la décision de mesures conservatoires et la période infractionnelle se serait clôturée même avant cette décision. Pourtant, 72 mois se seraient écoulés avant qu'une communication des griefs ne lui soit notifiée. Ceci serait d'autant plus excessif qu'aucun complément à la plainte ou faits nouveaux justifiant la longueur de l'instruction ne seraient apparus. Enfin, l'EPT conteste que le dépassement du délai raisonnable ait eu un effet bénéfique pour elle, en soulignant que la consultation de l'ECN (réseau européen de la concurrence), dont fait état la partie étatique pour soutenir que la durée de la procédure aurait permis un examen scrupuleux du dossier, aurait par ailleurs été faite en violation de son droit à l'accès au dossier puisqu'elle n'aurait jamais eu accès à cette consultation.

Dans son mémoire en duplique, l'Etat fait valoir, en se référant à l'arrêt *Baustahlgewebe* de la CJUE du 17 décembre 1998, que le seul dépassement du délai raisonnable ne serait pas sanctionné par une nullité, mais uniquement par la modération de l'amende, tout en soulignant avoir procédé à une telle modération. Il donne encore à considérer qu'en l'espèce, les violations du droit de la concurrence seraient à ce point graves que la lenteur de la procédure ne constituerait pas une raison suffisante pour conférer une impunité à l'EPT. Par ailleurs, l'Etat insiste sur la considération qu'en offrant un modem gratuit aux clients souscrivant à la « *Télé vun der Post* » à partir d'avril 2009, l'EPT aurait *de facto* fait une offre regroupée à quatre composantes. Si une telle offre n'avait pas été lancée antérieurement, ceci s'expliquerait non pas par la lenteur de la procédure, mais par le fait des mesures conservatoires ayant été décidées. S'y ajouterait que les concurrents de l'EPT n'auraient pas été en mesure de commercialiser une offre équivalente à ce moment-là, de sorte que l'EPT n'aurait pas subi de perte de clients. Enfin, l'Etat réfute l'argumentation de l'EPT fondée sur la confiance légitime qu'aucune décision n'allait être prise, en soulignant que l'opérateur Tango aurait été présent lors de réunions avec l'Inspection de la concurrence en juillet et en août 2007 et avec le Conseil de la concurrence en juin 2014 et qu'il aurait fourni des réponses à des demandes d'information en janvier 2009 et septembre 2010. L'opérateur Orange en aurait fait de même pour avoir répondu à une demande d'information de l'Inspection de la concurrence en septembre 2010. Par ailleurs, aucune assurance précise, inconditionnelle et concordante n'aurait été donnée par le Conseil de la concurrence permettant de penser qu'il n'allait pas prendre de décision dans cette affaire.

Appréciation du tribunal

L'article 6, paragraphe (1) de la CEDH prévoit que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle.

L'article 6 de la CEDH garantit plus particulièrement à tout justiciable que la contestation à laquelle il est partie sera tranchée dans un délai raisonnable.

Le même droit est garanti par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, correspondant en substance à l'article 6 de la CEDH. Compte tenu du renvoi par l'article 52 à la CEDH en cas de correspondance des droits garantis, le sens et la portée des droits en cause doivent être appréciés à la lumière de la CEDH et de l'interprétation qui en est donnée par la Cour européenne des droits de l'homme.

Tel que cela a été retenu ci-avant, l'applicabilité des garanties consacrées par l'article 6 de la CEDH en droit de la concurrence est reconnue tant par la Cour européenne des droits de l'homme que par la CJUE. Plus particulièrement, s'agissant du droit au respect d'un délai raisonnable, la CJUE a affirmé l'applicabilité de ce principe dans l'affaire *Baustahlgewebe* du 17 décembre 1998, précitée, dans le cadre d'un recours juridictionnel contre une décision de la Commission infligeant à une entreprise des amendes pour violation du droit de la concurrence.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a encore élaboré une série de critères par rapport auxquels le dépassement du délai raisonnable doit être apprécié.

Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme retient que le caractère raisonnable de la durée de la procédure s'apprécie *in concreto*, partant suivant les circonstances de la cause lesquelles commandent une évaluation globale¹⁶, et la jurisprudence prend en considération notamment la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités administratives et judiciaires compétentes¹⁷, étant relevé que le seul critère temporel est insuffisant. S'agissant de la complexité de l'affaire, la Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de souligner que malgré une certaine complexité de l'affaire, des longues périodes inexpliquées de stagnation de la procédure ne pourraient être considérées comme raisonnables¹⁸.

Ces critères ont en substance été repris par la CJUE¹⁹, la haute juridiction ayant encore souligné que les procédures en matière de concurrence pourraient présenter une certaine complexité liée à la nécessité d'examiner de nombreux documents et la situation de fait. Dans les affaires *Limburgse Vinyl Maatschappij c. Commission* du 15 octobre 2002, précitées, la CJUE a relevé que l'appréciation du caractère raisonnable du délai n'exigeait pas un examen systématique des circonstances de la cause au regard de chacun des critères lorsque la durée de la procédure paraît justifiée au regard d'un seul critère. Elle a encore retenu qu'« *un délai peut être considéré comme dépassant les limites du délai raisonnable également au regard d'un seul critère, en particulier lorsque sa durée résulte du comportement des autorités compétentes* ».

S'agissant du point de départ du délai raisonnable, la Cour européenne des droits de l'homme retient qu'en matière pénale le point de départ du délai est en principe la date à partir de laquelle la personne est accusée au sens autonome que la CEDH donne à ce concept^{20 21}, l'accusation au sens de l'article 6, paragraphe (1) de la CEDH étant définie comme « *la notification officielle émanant de l'autorité compétente du reproche d'avoir accompli une infraction pénale* »²².

D'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé qu'en matière pénale, la période à laquelle s'applique l'article 6 de la CEDH couvre l'ensemble de la procédure en

¹⁶ Affaire *Boddaert c. Belgique* du 12 octobre 1992, point n° 36.

¹⁷ Affaire *König c. Allemagne* du 28 juin 1978, point n° 99.

¹⁸ Affaire *Adiletta et autres c. Italie* du 19 février 1991, point n° 17.

¹⁹ Affaire *Baustahlgewebe*, précitée, citant comme critères l'enjeu du litige pour l'intéressé, la complexité de l'affaire, ainsi que le comportement du requérant et des autorités compétentes, point n° 29.

²⁰ Thomas Bombois, « *La protection des droits fondamentaux des entreprises en droits européens répressifs de la concurrence* », n° 361.

²¹ Affaire *Neumeister c. Autriche* du 27 juin 1968, point n° 18.

²² Affaire *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980, point n° 46.

cause, y compris les instances de recours²³.

Force est de constater qu'en l'espèce, la plainte dirigée contre l'EPT ayant déclenché la procédure litigieuse a été déposée auprès de l'ancienne Inspection de la concurrence le 26 avril 2006, complétée par des observations en date du 15 juin 2006. Une première demande de renseignement avait été adressée à l'EPT le 11 août 2006. La communication des griefs a été faite le 20 juin 2014 et la décision litigieuse a été prise par le Conseil de la concurrence en date du 13 novembre 2014.

Par analogie, à ce qui est retenu en matière pénale, le tribunal est amené à retenir qu'en l'espèce, le point de départ du délai raisonnable est à situer au moment où l'EPT a été informée de l'introduction d'une plainte à son encontre, en l'occurrence le 11 août 2006.

Le tribunal constate que depuis cette demande de renseignement du 11 août 2006, à laquelle l'EPT a répondu le 13 octobre 2006, ont essentiellement été menées des opérations liées aux mesures conservatoires prises le 22 janvier 2008 par le président du Conseil de la concurrence et cela jusqu'au 29 décembre 2008, date à laquelle l'Inspection de la concurrence a adressé des demandes de renseignement à l'EPT et à Tango. Ce n'est qu'en mars, août et octobre 2010 que d'autres demandes de renseignement ont été adressées à l'EPT, Tango, Orange et à l'Institut Luxembourg de régulation (ILR). Par la suite, encore trois ans se sont écoulés jusqu'à ce que, par ordonnance du 6 mai 2013, un conseiller a été désigné pour diriger l'enquête à la suite de l'entrée en vigueur de la loi du 23 octobre 2011 et que d'autres mesures d'instruction ont été prises et ce n'est finalement que le 17 janvier 2014 que la communication des griefs du conseiller désigné a été envoyée à l'EPT.

S'il est vrai qu'après la reprise du dossier en mai 2013 par le conseiller désigné sur le fondement de la loi du 23 octobre 2011, les mesures d'instruction ont été accomplies avec plus de diligence, tel n'est pas le cas s'agissant de la procédure antérieure. Tel que cela a été relevé d'ailleurs dans la communication des griefs²⁴, ainsi que dans la décision elle-même²⁵, et vu l'enjeu de cette affaire pour l'EPT à la fois en ce qui concerne le montant de l'amende qu'elle risquait d'encourir, qu'en termes de sécurité juridique pour l'EPT en tant qu'opérateur économique qui restait jusqu'à la communication des griefs dans l'ignorance sur la question de savoir quels sont, parmi les multiples reproches formulés à son encontre, ceux qui sont susceptibles d'être considérés comme justifiés au regard de la législation en matière de concurrence et qui était forcée à adopter une politique commerciale dictée par la prudence face à un marché en pleine évolution, le tribunal est amené à retenir que c'est à bon droit que l'EPT reproche au Conseil de la concurrence le dépassement du délai raisonnable de la procédure telle que décrite ci-avant, marquée par de longues périodes de stagnation inexplicables, sans que, par ailleurs, ce retard ne puisse s'expliquer par l'attitude de l'EPT qui aurait omis de répondre aux demandes lui posées dans des délais raisonnables, le Conseil de la concurrence ayant au contraire relevé la bonne collaboration de l'EPT.

Cette conclusion ne saurait être nuancée par la complexité de l'affaire, qui est certes indéniable, mais qui ne permet pas d'expliquer les périodes d'inaction depuis le dépôt de la

²³ Affaire *König c. Allemagne* du 28 juin 1978, point n° 98.

²⁴ Paragraphes 330 et 333 suivant lesquels l'enquête aurait, en circonstances normales, dû être clôturée en 2008 et faisant état de la durée de l'enquête et de l'insécurité en découlant à titre de circonstance atténuante.

²⁵ Le Conseil de la concurrence ayant retenu que le délai de 89 mois entre la notification de la première demande de renseignement le 11 août 2006 jusqu'à la communication des griefs en date du 17 janvier 2014 est excessive, en relevant toutefois que la durée 10 mois entre la communication des griefs et la décision n'est pas excessive.

plainte en 2006 jusqu'en 2013, moment de la désignation du conseiller chargé de diriger l'enquête.

Si encore la partie étatique fait référence à des exemples de procédures en matière de droit de la concurrence dans le domaine des marchés de télécommunication auprès la Commission et de l'autorité de la concurrence française pour soutenir que la procédure de l'espèce ne serait pas exceptionnellement longue, le tribunal note toutefois que parmi les exemples cités par la partie étatique, la présente affaire se situe dans la fourchette largement supérieure des délais, de sorte que cette argumentation n'est pas non plus susceptible d'énervier la conclusion d'un dépassement du délai.

S'agissant des conséquences à déduire d'un dépassement du délai raisonnable, la Cour européenne des droits de l'homme envisage la prise en compte de ce dépassement au niveau de la fixation de la peine comme une réparation adéquate²⁶.

Tel que cela a été relevé à juste titre par l'EPT, la jurisprudence des juridictions administratives retient plus particulièrement en matière de discipline également que le dépassement du délai raisonnable n'est pas de nature à entraîner la nullité de procédure, mais va dans le sens d'une prise en compte d'un dépassement du délai raisonnable au niveau de la sanction à appliquer²⁷.

Suivant la jurisprudence de la CJUE dans l'affaire *Baustahlgewebe*, précitée, le dépassement du délai raisonnable en matière de droit de la concurrence n'aboutira pas à l'annulation de la décision litigieuse, sauf l'hypothèse de l'existence d'indices démontrant que la durée excessive de la procédure a eu une incidence sur la solution du litige²⁸.

La jurisprudence de la CJUE issue de l'affaire *Baustahlgewebe* de 1998 avait encore retenu qu'un remède adéquat pour obtenir une réparation dans l'hypothèse d'un dépassement du délai raisonnable par une juridiction de l'Union européenne est la prise en compte de ce dépassement au niveau du montant de la sanction financière imposée à l'entreprise. En revanche, depuis une affaire *Der grüne Punkt-Duales System Deutschland c. Commission* du 16 juillet 2009, suivie par plusieurs arrêts du 26 novembre 2013²⁹, la CJUE a opéré un revirement de jurisprudence et retient, tout en rappelant le principe consacré par la jurisprudence *Baustahlgewebe* suivant lequel un dépassement du délai raisonnable n'implique en principe pas l'annulation de la décision litigieuse, que le seul remède possible est celui d'une demande en indemnité devant le Tribunal de l'Union européenne, ci-après désigné par « TUE », sans que le dépassement puisse être pris en considération au niveau de la sanction à appliquer.

Au regard de la jurisprudence tant de la CJUE que de la Cour européenne des droits de l'homme décrite ci-avant, que de la jurisprudence des juridictions administratives en matière de discipline, le tribunal est amené à retenir qu'en matière de droit de la concurrence le constat du dépassement d'un délai raisonnable à lui seul n'implique pas *ipso facto* l'annulation de la décision prise par le Conseil de la concurrence, sauf l'hypothèse exceptionnelle où la durée excessive a eu une incidence sur la solution retenue par le Conseil

²⁶ Affaire *Eckle c. Allemagne* du 15 juillet 1982.

²⁷ Trib. adm. 28 mars 2012, n° 28730 du rôle, Pas. adm. 2016, V° Fonction publique, n° 231 et autres références y citées.

²⁸ Affaire *Baustahlgewebe*, précitée.

²⁹ Affaires *Groupe Gascogne*, *Gascogne Sark Deutschland* et *Kendrion*, du 26 novembre 2013.

de la concurrence. Il s'ensuit et à défaut d'éléments du dossier permettant de retenir que la durée de la procédure *per se* a eu une incidence sur la solution retenue par le Conseil de la concurrence, que les conclusions présentées en ordre principal par l'EPT et tendant à l'annulation pure et simple de la décision déferée du fait du seul dépassement du délai raisonnable sont à rejeter comme étant non fondées.

D'autre part, c'est à tort que l'EPT argumente qu'elle aurait légitimement pu croire que le Conseil de la concurrence n'allait plus prendre de décision à son encontre. En effet, aucun élément du dossier ne permet de retenir que le Conseil de la concurrence ait renoncé à prendre une décision à l'encontre de l'EPT, le seul écoulement du temps ne permettant en toute hypothèse pas de présumer une telle renonciation.

Quant aux incidences d'un dépassement du délai raisonnable sur la décision litigieuse, le tribunal estime que la sanction la plus adéquate d'une violation du droit au respect d'un délai raisonnable en la présente matière consiste dans la prise en considération de ce dépassement au niveau de la sanction à appliquer, à l'instar de la solution retenue par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme à cet égard et des juridictions administratives plus particulièrement en matière de discipline. Certes, cette solution est divergente du dernier état de la jurisprudence de la CJUE suite au revirement opéré depuis l'arrêt *Der grüne Punkt*, précité, ayant retenu comme seul mode de réparation celui d'une demande indemnitaire auprès du TUE à défaut de prise en considération du dépassement du délai raisonnable au niveau de la sanction à appliquer, solution fondée essentiellement sur des considérations tenant aux compétences respectives des juridictions européennes. Le tribunal estime toutefois que la prise en compte du dépassement du délai raisonnable au niveau de la sanction à appliquer, solution dictée par des raisons d'économie de procédure, tel que cela a d'ailleurs aussi été relevé par la jurisprudence issue de l'arrêt *Baustahlgewebe*³⁰, a comme avantage de garantir un remède immédiat et effectif contre une telle irrégularité de procédure. En effet, suivre la solution retenue suivant le dernier état de la jurisprudence de la CJUE, impliquerait une multiplication des procédures et un prolongement supplémentaire injustifié de la procédure qui a d'ores et déjà accusé une durée excessivement longue et reviendrait en réalité à pénaliser davantage la victime d'une violation du dépassement du délai raisonnable en raison de la nécessité d'introduire une demande en dommages et intérêts devant les juridictions civiles.

3.1.2. Quant aux moyens fondés sur une violation du droit d'accès au dossier et du principe du contradictoire

Arguments des parties

L'EPT fait, en premier lieu, valoir qu'un nombre important de documents ne lui auraient pas été accessibles. Ceci concernerait, premièrement, des documents auxquels l'Inspection de la concurrence aurait eu accès mais qui n'auraient pas été repris dans le dossier, deuxièmement, des documents figurant dans le dossier mais dont le contenu aurait été masqué et, troisièmement, des documents utilisés dans la décision litigieuse mais qui ne lui auraient pas été communiqués ou dont le contenu aurait été masqué. Or, selon l'EPT, ces documents ne seraient *a priori* plus confidentiels, ayant été rédigés plus de 5 ans avant l'accès au dossier. En outre, étant donné que le Conseil de la concurrence se serait basé sur certains de ces documents dans sa décision, il aurait violé ses droits de défense en omettant

³⁰ Point n° 48.

de les lui divulguer.

En deuxième lieu, l'EPT observe que les demandes d'informations de mars 2010 envoyées par l'Inspection de la concurrence à elle-même et aux opérateurs Tango et Orange ne contiendraient ni la base juridique ni les sanctions en cas de fourniture de renseignements dénaturés ou inexacts. Selon l'EPT, ces demandes seraient, dès lors, nulles et les informations obtenues auraient dû être écartées.

S'agissant du reproche tenant à une méconnaissance du droit d'accès au dossier, l'EPT se fonde sur l'article 26, paragraphe (1) de la loi du 23 octobre 2011, anciennement article 24, paragraphe 1^{er} de la loi du 17 mai 2004, consacrant le droit d'accès au dossier de l'entreprise visée par la procédure devant le Conseil de la concurrence.

Elle souligne que si elle avait reçu accès au dossier suite à l'envoi de la communication des griefs le 17 janvier 2014, son droit à l'accès au dossier n'aurait pas été exercé de manière effective, ce à quoi elle aurait rendu attentif le Conseil de la concurrence dans sa réponse à la communication des griefs du 11 avril 2014, sans que le Conseil de la concurrence en ait toutefois tenu compte.

Parmi la première catégorie des pièces incriminées, à savoir celles non reprises au dossier, l'EPT cite les documents suivants :

- le complément à la plainte initiale déposé par Tango le 15 juin 2006 ;
- l'ensemble des documents en lien avec la demande d'information adressée par le conseiller désigné à l'ECN le 23 juillet 2013 ;
- l'ensemble des pièces accompagnant la plainte ;
- les « enquêtes » sur lesquelles se base Tango pour prétendre à un exode massif de clients en raison du lancement de l'offre INTEGRAL et, plus largement, l'ensemble des estimations du nombre de départs dus à l'offre INTEGRAL repris aux pages 100 et 101 de la Communication des griefs ;
- le courrier de l'ILR du 5 octobre 2010 adressé à l'ancienne Inspection de la concurrence dont la communication des griefs fait mention au paragraphe 175.

Parmi la deuxième catégorie des pièces incriminées, à savoir celles reprises au dossier mais masquées, l'EPT cite les documents suivants :

- Le fichier Excel accompagnant la réponse de l'ILR à la demande de renseignements du 13 mai 2013 comporterait un ensemble de cases vides (sauf les colonnes « *total* »), ce qui empêcherait toute analyse de celui-ci ;
- Les annexes accompagnant la réponse de Tango du 4 mars 2009 à la demande de renseignements du 29 décembre 2008, qui contiendraient notamment des informations sur l'offre multi-produits de Tango et les « *investissements* » de Tango en matière de dégroupage ;
- La réponse de Tango du 15 septembre 2010 à la demande de renseignements du 30 mars 2010 (évolution des clients pour les offres groupées à partir de 2008 et analyse de la rentabilité de l'offre de revente de l'abonnement pour un opérateur alternatif).

Enfin, s'agissant des pièces citées dans la décision mais non communiquées

respectivement masquées, l'EPT cite une demande d'informations du 23 juillet 2013 soumise par le conseiller désigné aux autorités nationales de la concurrence dans le cadre du réseau ECN, demande référencée dans une note infrapaginale n° 29 de la décision attaquée. Bien que cette demande d'informations soit expressément citée dans la décision litigieuse, elle ne lui aurait jamais été communiquée.

D'autre part, l'information sur laquelle s'est basé le Conseil de la concurrence pour conclure à la date à laquelle le nombre de clients Internet large bande de l'EPT ayant souscrit à l'offre Integral avait dépassé ceux n'y ayant pas souscrit à partir de l'année 2008 ne lui aurait pas été communiquée.

L'EPT souligne que les pièces ainsi citées par elle ne seraient plus confidentielles pour dater de plus de 5 ans, en se référant à cet égard à un arrêt du TUE du 8 mai 2012 dans une affaire *Spira*, dont l'EPT déduit que les pièces datant de plus de 5 ans ne seraient en principe plus confidentielles et que ce ne serait que de manière exceptionnelle que ces informations pourraient être considérées comme telles lorsqu'il serait démontré qu'elles constituent toujours des éléments essentiels de la position commerciale de leur auteur ou de celle de tiers. En l'espèce, toutes les informations remonteraient à plus de 5 ans, de sorte à ne plus être confidentielles, l'EPT relevant, par ailleurs, que la confidentialité ne pourrait de toute manière s'appliquer à ses propres données.

A défaut d'avoir eu accès à toutes les informations du dossier afin de permettre de s'assurer que la communication des griefs n'avait pas omis des éléments pertinents pouvant être utilisés à sa décharge, le Conseil de la concurrence n'aurait pas respecté ses droits de la défense, l'EPT soulignant, par ailleurs, que, compte tenu du caractère pénal du droit de la concurrence, l'instruction du dossier devrait intervenir tant à charge qu'à décharge.

L'EPT donne à considérer que la méconnaissance de ses droits de la défense serait d'autant plus grave qu'il s'agirait d'informations sur lesquelles s'est fondée la décision, telle que la demande d'informations adressée à l'ECN, d'une part, et le nombre de clients Integral et hors Integral visés à la note infrapaginale n° 119 de la décision, d'autre part. Elle souligne que la demande d'informations à l'ECN serait particulièrement pertinente puisqu'elle semblerait directement concerner le test de rabais de couplage à appliquer. De même, l'information visée à la note infrapaginale n° 119 serait déterminante, d'après les critères retenus par la décision, pour le choix du test retenu et la durée de l'infraction. Le défaut de communication serait d'autant plus critiquable que les informations retenues par le Conseil de la concurrence ne sembleraient pas correspondre aux données communiquées par elle en réponse à la demande de renseignements du 29 décembre 2008 s'agissant du nombre de clients Integral, ce nombre dépassant celui des clients Internet large bande hors Integral déjà en janvier 2007 et non pas fin 2007, tel que cela a été retenu par le Conseil de la concurrence.

Dans la mesure où le respect des droits de la défense constituerait une exigence préalable propre à toute procédure administrative, sa violation devrait impliquer la nullité de la décision adaptée.

En second lieu, l'EPT conclut à l'irrégularité des demandes de renseignements adressées aux opérateurs Tango et Orange, ainsi qu'à elle-même le 30 mars 2010 pour ne pas avoir contenu les mentions obligatoires prévues à l'article 13 de la loi du 17 mai 2004 et plus particulièrement pour ne pas avoir indiqué la base juridique ni les sanctions prévues au cas où un renseignement dénaturé ou inexact était fourni. La conséquence du défaut de mention

obligatoire prévue par la loi serait la nullité des demandes de renseignement, ceci en application de l'article 13, paragraphe 2 de la loi du 17 mai 2004 et partant l'écartement des informations obtenues en vertu de ces demandes.

En raison de l'ensemble de ces irrégularités de l'instruction, la décision du Conseil de la concurrence devrait être annulée.

La partie étatique pour sa part conclut au rejet de ces moyens.

Par rapport au reproche fondé sur la non communication de documents, l'Etat fait, en premier lieu, valoir que, contrairement à ce que prétend l'EPT, il n'existerait pas de règle selon laquelle des documents qui remontent à plus de 5 ans ne sont, sauf exception, plus confidentiels. L'arrêt du TUE du 22 mai 2012 cité par l'EPT n'aurait en effet pas établi une telle règle. Si le Tribunal avait certes relevé « *que les conséquences négatives susceptibles de découler de la divulgation d'une information commercialement sensible sont d'autant moins importantes que l'information en cause est ancienne* », il aurait explicitement jugé qu'il « *ne saurait être question d'appliquer une règle stricte selon laquelle toute information relative à des faits d'une certaine ancienneté devrait être considérée comme n'affectant plus les intérêts commerciaux de la société à laquelle elle se rapporte* ».

En deuxième lieu, la partie étatique soutient que les documents cités par l'EPT aux points 75 à 77 de la requête soit auraient été visionnés par celle-ci soit ne présenteraient aucune pertinence pour le contenu et le dispositif de la décision litigieuse.

A cet égard, concernant chaque document cité par l'EPT, la partie étatique fait les observations suivantes :

i. Le complément à la plainte déposé par Tango le 15 juin 2006: cette pièce concernerait un échange de courrier entre Tango et l'EPT et se trouverait donc forcément en possession de l'EPT. La pièce figurerait même dans le dossier de pièces transmis par l'EPT au Conseil de la concurrence le 14 avril 2014.

ii. L'ensemble des pièces concernant la demande d'information informelle adressée aux autorités de concurrence du réseau ECN : cette demande de renseignements informelle aurait fait partie des pièces transmises à l'EPT dans le cadre de l'accès au dossier sous forme de CD ROM le 7 février 2014.

iii. L'ensemble des pièces accompagnant la plainte : ces pièces n'auraient de pertinence pour aucun des griefs, n'auraient pas été utilisées par le Conseil de la concurrence durant l'enquête et n'auraient pas été référencées dans la décision litigieuse.

iv. Les « *enquêtes* » auprès des clients et les estimations du nombre de départs de clients avancées par Tango : ces pièces auraient fait partie des pièces échangées dans le cadre de la procédure de mesures conservatoires, et auraient été amplement commentées par l'EPT dans ses observations du 8 octobre 2007.

v. Le courrier de l'ILR du 5 octobre 2010 adressé à l'ancienne Inspection de la concurrence : ce courrier aurait certes été omis lors de la transmission du dossier à l'EPT, ainsi qu'évoqué lors de l'audition entre les parties de juin 2014. Cependant, le Conseil de la concurrence n'aurait pas pris en compte cette pièce dans sa décision. En outre, la pièce

concernerait l'offre de référence de la revente de l'abonnement téléphonique, c'est-à-dire un autre grief soulevé par Tango dans sa plainte, qui, lui, aurait été complètement écarté par le Conseil de la concurrence. La pièce serait donc sans rapport avec le comportement incriminé ayant donné lieu à l'amende.

vi. Le fichier transmis par l'ILR au conseiller désigné suite à sa demande de renseignements du 13 mai 2013 : ce fichier contiendrait des statistiques diverses pour chaque opérateur notifié auprès de l'ILR et qui seraient clairement confidentielles. Cependant, étant donné que l'EPT disposerait elle-même des chiffres la concernant pour les avoir transmises à l'ILR, elle serait en mesure de calculer ses propres parts de marché et l'évolution de celles-ci. Ces parts de marché de l'EPT constitueraient les seules informations pertinentes de cette source utilisées pour l'établissement des griefs dans la communication des griefs et la décision.

vii. Les annexes accompagnant la réponse de Tango du 4 mars 2009 à la demande de renseignements de l'ancienne Inspection de la concurrence du 28 décembre 2008 : l'annexe A16 à la requête à laquelle l'EPT fait référence au point 76 du mémoire ne contiendrait pas de partie occultée. Ensuite, les annexes à la réponse de Tango à la demande de renseignements auraient été transmises à l'EPT, à l'exception des annexes 3 à 6, 8 et 9 qui contiendraient des statistiques sur les activités de Tango, qui seraient confidentielles. En outre, ces pièces n'auraient de pertinence pour aucun des griefs et n'auraient pas été référencées dans la décision litigieuse.

viii. La réponse de Tango du 15 septembre 2010 à la demande de renseignements de l'ancienne Inspection de la concurrence du 30 mars 2010 : les chiffres et tableaux occultés dans cette pièce contiendraient des statistiques sur les activités de Tango qui seraient confidentielles. En outre, ces pièces n'auraient de pertinence pour aucun des griefs et n'auraient pas été référencées dans la décision.

ix. Les statistiques concernant l'évolution des clients résidentiels large bande et des clients dans l'offre groupée Integral de l'EPT : ces chiffres auraient été repris des statistiques transmises par l'ILR, mais proviendraient de l'EPT puisque ce serait cette dernière qui les aurait transmises à l'ILR dans le cadre des enquêtes statistiques régulières entreprises par l'ILR.

Il s'ensuivrait que les documents cités par l'EPT ne soutiendraient pas son argument selon lequel ses droits de défense auraient été violés. En tout état de cause, l'Etat déclare soumettre au tribunal son dossier de la procédure, tout en sauvegardant les données confidentielles des tiers à ce litige.

S'agissant des procès-verbaux de deux réunions entre l'ancienne Inspection de la concurrence et l'opérateur Tango les 9 juillet et 9 août 2007 auxquels fait encore référence l'EPT, la partie étatique précise ne pas avoir connaissance de procès-verbaux concernant ces réunions ce qui expliquerait que de tels procès-verbaux ne sont pas versés au dossier. Ces réunions seraient par ailleurs dépourvues de pertinence puisque la décision n'y ferait pas référence dans son appréciation.

En troisième lieu, la partie étatique souligne que rien n'aurait empêché l'EPT de contester les griefs soulevés à son égard dans la communication des griefs, de sorte que le principe du contradictoire aurait été respecté.

S'agissant enfin du moyen fondé sur une irrégularité formelle des demandes d'information envoyées par l'Inspection de la concurrence à l'EPT et aux opérateurs Tango et Orange en mars 2010, la partie étatique, tout en admettant que ces demandes n'avaient pas respecté le strict formalisme prévu à l'article 13 de la loi du 17 mai 2004, donne à considérer, d'une part, que l'EPT aurait répondu aux questions, sans insister sur le formalisme prévu par la loi et, d'autre part, que les opérateurs Tango et Orange n'auraient pas répondu à ces demandes, mais auraient répondu aux lettres envoyées par l'Inspection de la concurrence le 30 juillet 2010 qui auraient, quant à elles, contenu toutes les mentions légales obligatoires. L'Etat ajoute que l'EPT n'aurait ni intérêt ni qualité pour invoquer cette irrégularité purement formelle en ce qu'elle vise les demandes envoyées aux opérateurs Tango et Orange.

En guise de conclusion, la partie étatique estime que l'EPT serait restée en défaut de démontrer en quoi les demandes d'information auraient porté préjudice à ses droits de la défense.

Dans son mémoire en réplique, l'EPT argumente qu'il serait évident que la demande d'information transmise à l'ECN, en ce qu'elle viserait précisément à s'enquérir des positions adoptées par les autorités de concurrence par rapport aux offres groupées, serait hautement pertinente. De même, les statistiques du nombre de clients Integral large bande masquées dans le fichier Excel accompagnant la réponse de l'ILR à la demande de renseignements du 13 mai 2013 serait au cœur de la présente affaire puisque ces données constitueraient le critère par lequel le Conseil de la concurrence aurait déterminé deux sous-périodes pour l'application du test de rabais de couplage. Elle affirme n'avoir, contrairement aux affirmations de l'Etat, jamais eu accès à la demande d'information adressée aux autorités de concurrence du réseau ECN, en soulignant que le fichier intitulé « RFI-ECN » figurant parmi les pièces accompagnant le mémoire en réponse n'aurait pas fait partie du CD-ROM de pièces lui remis le 7 février 2014.

S'agissant de l'argumentation étatique fondée sur la non-contestation des griefs par elle, l'EPT déclare ne pas comprendre la pertinence du raisonnement suivant lequel elle aurait eu l'occasion de présenter ses observations en réponse à la communication des griefs, puisque le respect du principe du contradictoire dans le cadre de la réponse à la communication des griefs n'enlèverait rien au fait que ce principe aurait été bafoué par ailleurs, à savoir en ne lui permettant pas d'exercer de manière effective son droit d'accès au dossier. De même, le fait que la décision n'ait finalement retenu qu'un grief sur les quatre griefs avancés dans la communication des griefs n'aurait aucune pertinence pour apprécier si son droit d'accès au dossier avait été effectivement respecté.

Quant à l'irrégularité des demandes de renseignements du 30 mars 2010, l'EPT souligne que l'Etat admet que le formalisme prévu par l'article 13 de la loi du 17 mai 2004 n'avait pas été respecté, tout en faisant valoir que cette disposition prévoirait expressément la sanction de la nullité en cas d'omission des mentions obligatoires. Le fait, pour elle, d'avoir collaboré à la procédure et répondu aux demandes de renseignements (au risque de s'auto-incriminer) ne la priverait en rien de la possibilité de soulever cette irrégularité.

Dans sa duplique, l'Etat donne, en premier lieu, à considérer que les reproches de l'EPT, à les supposer exacts en fait, seraient inopérants et partant ne sauraient entraîner l'annulation de la décision car ils seraient dénués de pertinence puisqu'ils concerneraient des pièces ou données qui seraient (i) soit sans rapport avec les griefs retenus dans la

communication des griefs et, à plus forte raison, avec le seul grief partiellement retenu par le Conseil de la concurrence qui fonde la décision, (ii) soit confidentielles, (iii) soit auraient déjà été en possession de l'EPT.

En ce qui concerne, d'abord, les documents qualifiés par la partie étatique comme étant sans pertinence, l'Etat fait valoir que selon l'article 26, paragraphe (1), de la loi du 23 octobre 2011 sur la concurrence, les parties n'auraient accès qu'aux documents du dossier qui sont « *à la base de la communication des griefs* » qui leur est adressée. La loi n'imposerait pas que le Conseil de la concurrence divulgue tous les documents du dossier. Dès lors, la divulgation de documents sans pertinence pour les griefs finalement retenus par le conseiller désigné dans la communication des griefs n'aurait servi à rien. À cet égard, le compte-rendu de la réunion entre l'Inspection de la concurrence et Tango du 2 août 2007, que l'Etat aurait entretemps pu retrouver, serait sans pertinence pour l'affaire au fond. Il s'agirait, en effet, d'un document interne à l'Inspection et non contresigné par Tango relatif à une réunion qui traiterait de la demande de mesures conservatoires et non de la procédure principale. Ce document ne ferait pas partie du dossier du conseiller désigné et du Conseil de la concurrence au moment d'adopter respectivement la communication des griefs et la décision.

En ce qui concerne, ensuite, les documents comportant des données occultées pour cause de confidentialité, l'Etat rappelle son argumentation développée dans son mémoire en réponse suivant laquelle ces documents ne seraient pas pertinents pour la décision et suivant laquelle il n'y aurait pas de règle stricte en droit de la concurrence ou en droit administratif selon laquelle des données de plus de 5 ans ne sont plus confidentielles. De plus, contrairement aux affirmations de l'EPT, les données de Tango et Orange ne dateraient pas d'il y a plus de 5 ans avant la communication des griefs de janvier 2014, mais il s'agirait de réponses fournies en septembre 2010 (soit 3 ans avant). Par ailleurs, en protégeant légitimement les données confidentielles des tiers, le Conseil de la concurrence aurait agi comme il l'aurait fait par rapport à l'EPT dont les données confidentielles n'auraient pas été divulguées à Tango.

En ce qui concerne, enfin, les documents provenant de l'EPT elle-même, y inclus les statistiques recueillies par l'ILR auprès de l'EPT, il n'y aurait aucune atteinte aux droits de défense par la non-divulgation de ceux-ci au stade de l'accès au dossier. L'Etat ajoute que suivant les règles applicables au niveau européen, ces documents non pertinents, confidentiels ou déjà en possession de l'EPT, n'auraient pas fait l'objet d'une communication par les services de la Commission.

En deuxième lieu, s'agissant spécifiquement de l'accès aux informations obtenues par le Conseil de la concurrence suite à la consultation des autorités nationales de concurrence dans le cadre du réseau ECN, l'Etat souligne que cette consultation aurait été divulguée au stade de l'accès au dossier et aurait donc été en possession de l'EPT. Si celle-ci ne l'avait pas visionnée au stade de l'accès au dossier, elle aurait simplement pu relever ce fait pendant la procédure administrative, par exemple dans ses observations sur la communication des griefs.

L'Etat ajoute qu'en donnant accès à cette consultation à l'EPT, le Conseil de la concurrence aurait été très généreux à l'égard de l'EPT car cette consultation contiendrait des informations couvertes par le secret professionnel que le Conseil aurait, en principe, été tenu de ne pas divulguer en vertu de l'article 28, paragraphe (2) du 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 TCE [devenus 101 et 102 TFUE]. Cette consultation ne serait dès lors

pas pertinente par rapport aux droits de la défense de l'EPT. L'Etat précise à cet égard, à titre de comparaison, que devant la Commission européenne, sauf circonstances exceptionnelles, les correspondances entre la Commission et les autorités nationales de concurrence ou entre ces dernières (consultations informelles ou échanges d'informations via le réseau ECN) seraient considérées comme confidentielles.

Appréciation du tribunal

S'agissant de l'accès au dossier

En vertu de l'article 36, paragraphe (3) de la loi du 23 octobre 2011 « *Les dispositions introduites par la présente loi sont immédiatement applicables à tous les dossiers en cours au jour de l'entrée en vigueur de la présente loi* », de sorte que les dispositions de l'article 26 de la même loi, intitulé « *Accès au dossier, audition des parties, des plaignants et des autres parties* », sont applicables à la question de l'accès au dossier, étant relevé qu'en l'espèce, la communication des griefs a eu lieu le 17 janvier 2014, soit postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 23 octobre 2011.

Aux termes de l'article 26 de la loi du 23 octobre 2011, « (1) *Les parties ont accès au dossier à la base de la communication des griefs qui leur est adressée et peuvent prendre librement connaissance de toutes les pièces qui seront ajoutées par la suite.*

Tous les documents sont mis à la disposition des parties ou de leurs mandataires dans les bureaux du Conseil ou sur support électronique à fournir par le Conseil, à compter du jour de l'envoi de la communication des griefs.

Les personnes habilitées à consulter le dossier peuvent à leurs frais prendre copie sur papier des documents mis à leur disposition. Si, depuis l'envoi de la communication des griefs et avant l'audition prévue au paragraphe 5 de nouvelles pièces sont ajoutées, les parties concernées reçoivent information de cet ajout et elles peuvent librement consulter les nouvelles pièces.

(2) *Les secrets d'affaires ou les informations confidentielles transmises par les entreprises ou saisies au cours de l'enquête et dont les entreprises ont sollicité la non-divulgaration par une demande écrite et spécialement motivée, ne sont pas communicables lorsque la confidentialité de tout ou partie de ces documents est avérée, sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties. Les pièces considérées sont retirées du dossier ou certaines mentions sont occultées.*

(3) *Il appartient aux entreprises ou aux personnes intéressées de revendiquer auprès du conseiller désigné le caractère secret ou confidentiel des informations qu'elles ont communiquées ou qui ont été saisies.*

Dans leur demande, les entreprises ou personnes intéressées doivent préciser la nature des informations qu'elles estiment couvertes par le secret des affaires ou la confidentialité, ainsi que le préjudice que la révélation de ces informations risquerait de leur causer. [...] »

Cette disposition consacre le droit pour les parties d'accéder au dossier, cet accès

étant toutefois prévu uniquement pour les pièces du dossier à la base de la communication des griefs ainsi pour de toutes les pièces qui seront ajoutées par la suite, les mêmes dispositions ayant d'ailleurs été prévues par la loi du 17 mai 2004. Sont exceptés, les secrets d'affaires ou les informations confidentielles dont les entreprises ont sollicité la non-divulgaration par une demande écrite et spécialement motivée, sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties.

La jurisprudence européenne en la matière a eu l'occasion de retenir qu'étant le corollaire du principe du respect des droits de la défense, le droit d'accès au dossier implique que la Commission doit donner à l'entreprise concernée la possibilité de procéder à un examen de la totalité des documents figurant au dossier d'instruction qui sont susceptibles d'être pertinents pour sa défense³¹.

Le respect des droits de la défense dans une procédure suivie devant la Commission ayant pour objet d'infliger une amende à une entreprise pour violation des règles de concurrence, exige, d'après la CJUE, partant que l'entreprise intéressée ait été en mesure de faire connaître utilement son point de vue sur la réalité et la pertinence des faits et des circonstances alléguées ainsi que sur les documents retenus par la Commission à l'appui de son allégation de l'existence de l'infraction, la CJUE se référant à cet égard encore à l'article 41, paragraphe (2) sous a) et b) de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne³², et ayant, par ailleurs, rappelé que le respect des droits de la défense constitue un droit fondamental du droit communautaire³³.

La CJUE a souligné que les documents ainsi visés comprennent tant les pièces à conviction que celles à décharge, sous réserve des secrets d'affaires d'autres entreprises, des documents internes de la Commission et d'autres informations confidentielles³⁴.

La jurisprudence de la CJUE retient encore que la violation du droit d'accès au dossier au cours de la procédure préalable à l'adoption d'une décision est susceptible d'entraîner l'annulation de cette décision lorsque cette violation a porté atteinte aux droits de la défense³⁵, sans que cette violation ne soit régularisée du simple fait que l'accès a été rendu possible au cours de la procédure juridictionnelle³⁶.

S'agissant, d'une part, des documents à décharge, il appartient toutefois, d'après la jurisprudence de la CJUE, à l'entreprise concernée de démontrer que les documents auraient pu être utiles pour sa défense. A cet égard, il suffit que l'entreprise concernée démontre que les documents manquants auraient pu être utiles à sa défense, mais elle n'est pas obligée de démontrer que si elle avait eu accès aux documents, la décision de la Commission aurait eu

³¹ Arrêt du TUE du 29 juin 1995, affaire *Solvay c. Commission* n° T30-91 ; affaires *Aalborg Portland A/S c. Commission* du 7 janvier 2004, point n° 68.

³² Affaire *Solvay c. Commission* du 25 octobre 2011 (C-110/10P), considérant n° 48 ; affaire *Aalborg A/S Portland c. Commission*, précitée, point n° 66.

³³ Affaire *NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin et République français c. Commission* du 9 novembre 1983.

³⁴ Affaires *Aalborg Portland*, précité, point n° 68.

³⁵ Affaire *Solvay* du 25 octobre 2011, précitée, point n° 50.

³⁶ *Ibidem*, point n° 51.

un contenu différent ³⁷.

S'agissant, d'autre part, des documents à charge, la CJUE retient que le défaut de communication d'un tel document constitue une violation des droits de la défense uniquement si l'entreprise concernée démontre que, d'une part, la Commission s'est fondée sur ce document pour étayer son grief relatif à l'existence d'une infraction, et, d'autre part, que ce grief ne pourrait être prouvé que par référence à ce document ³⁸.

C'est à la lumière de ces jurisprudences de la CJUE que le tribunal est amené à interpréter les dispositions de l'article 26, précité de la loi du 23 octobre 2011, et d'examiner le moyen fondé sur un défaut d'accès au dossier et les conséquences à déduire d'une éventuelle violation.

A titre liminaire, il convient de relever que l'article 26, paragraphe (1), précité de la loi du 23 octobre 2011 ne garantit que l'accès aux pièces du dossier qui sont à la base de la communication des griefs, tel que cela a été relevé à juste titre par la partie étatique, de manière que la loi n'impose pas la divulgation de tous les documents du dossier.

Il s'ensuit qu'en l'espèce, la communication de l'ensemble des documents visant des griefs ayant certes été soulevés dans le cadre de la plainte, mais qui ont été rejetés par le conseiller chargé de la rédaction de la communication des griefs, n'était pas nécessaire sur le fondement de l'article 26 précité. Tel est en l'occurrence le cas des pièces visées ci-avant sub iii) et v) pour autant qu'elles visent des griefs non retenus, de sorte que les contestations afférentes de l'EPT sont d'emblée à rejeter.

Pour le surplus, le tribunal relève de prime abord qu'il se dégage des explications fournies par la partie étatique que suite à la communication des griefs, l'EPT a eu accès au dossier sous forme de CD-ROM communiqué le 7 février 2014. Si l'EPT ne conteste pas avoir ainsi eu accès au dossier, elle soutient néanmoins qu'elle n'aurait pas eu accès à certaines pièces déterminées ou du moins eu un accès insuffisant à ces pièces.

Le tribunal constate que l'Etat a pris position dans son mémoire en réponse par rapport à chacune des pièces litigieuses.

Au regard des explications concordantes fournies par l'Etat plus particulièrement par rapport aux pièces référencées ci-avant sous les points i) et iv), et par rapport aux parties non occultées des pièces référencées sub vii) et viii), explications qui n'ont pas utilement été éternuées par l'EPT, le tribunal est de prime abord amené à retenir qu'à défaut d'autres contestations de l'EPT, ces pièces sont à considérer comme avoir été portés à la connaissance de cette dernière.

Pour le surplus et indépendamment du débat des parties sur le caractère confidentiel de certaines données, sur la réalité de la communication de la demande informelle adressée aux autorités de concurrence dans le réseau ECN, respectivement sur le caractère communicable de certains documents que l'Etat qualifie de documents internes, et si l'EPT a encore raison de souligner qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de désigner

³⁷ Affaire *Corus UK* c. Commission, 2 octobre 2003, point n° 128; affaire *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a. c. Commission*, point n° 318, ainsi que *Aalborg Portland*, point n° 131 et Affaire *Solvay* c. Commission du 25 octobre 2011, point n° 52.

³⁸ Affaire *Solvay* du 29 juin 1995, point n° 58 ; affaire *Aalborg Portland* du 7 janvier 2004, point n° 71.

unilatéralement les pièces qu'il ne juge pas pertinentes, puisque l'entreprise visée par la procédure devant le Conseil de la concurrence peut, le cas échéant, avoir intérêt à invoquer des pièces à décharge qui se sont trouvées dans le dossier et qui auraient pu influencer la décision même si le Conseil de la concurrence a jugé ces pièces comme étant non pertinentes, et si c'est encore à tort que l'Etat estime qu'une communication de l'ensemble des pièces au stade de la procédure contentieuse, à l'exception des données confidentielles, serait suffisante pour préserver les droits de la défense de l'EPT, le tribunal est amené à retenir qu'il aurait appartenu à l'EPT, qui invoque une violation de son droit d'accès au dossier, de démontrer soit que le Conseil de la concurrence s'est fondé exclusivement sur un document précis dont elle n'a pas reçu la communication pour retenir l'existence d'une infraction, soit, s'agissant des documents à décharge, que tel ou tel document non communiqué ait été utile pour sa défense. En effet, tel que cela a été relevé ci-avant, la jurisprudence de la CJUE en la matière, à laquelle le tribunal se rallie, retient que le défaut d'accès à des documents ne peut entraîner l'annulation de la décision que pour autant que, s'agissant des documents à charge, la décision litigieuse s'est fondée exclusivement sur cette pièce pour retenir l'existence d'une infraction et, s'agissant d'un document à décharge, si l'entreprise démontre qu'elle aurait pu utiliser ce document à décharge pour sa défense.

Or, force est de constater qu'à l'exception de deux séries de documents, à savoir la demande d'information adressée aux autorités de concurrence dans le cadre du réseau ECN et des statistiques fournies par ILR, l'EPT reste en défaut d'apporter une explication à cet égard, mais elle se limite à épingler un défaut de communication sans expliquer et *a fortiori* sans étayer les incidences concrètes sur ses droits de la défense. Or, l'accès au dossier n'est pas une fin en soi³⁹, mais il appartient à la partie qui affirme ne pas avoir eu un accès complet au dossier d'expliquer en quoi ses droits de la défense ont été lésés.

Le tribunal relève de prime abord que l'EPT n'allègue pas que parmi les pièces critiquées par elle, le Conseil de concurrence se serait exclusivement fondé sur une pièce déterminée, non communiquée, pour retenir l'infraction.

D'autre part, si l'EPT argumente que la demande d'informations transmise à l'ECN serait pertinente, en ce qu'elle vise à s'enquérir des positions adoptées par les autorités de concurrence par rapport aux offres groupées, elle reste en défaut d'expliquer en quoi cette demande d'information à elle seule, étant relevé que les réponses à cette demande lui étaient accessibles, ait pu être utile pour sa défense.

En revanche, s'agissant des statistiques du nombre des clients Integral/large bande masquées dans le fichier Excel accompagnant la réponse de l'ILR, si, à première vue, le défaut d'accès en tant que tel à ces données n'est pas sujet à critique, puisque celles-ci émanent de l'EPT elle-même, le tribunal est toutefois amené à relever que le débat des parties porte également sur la question de l'exactitude de ces statistiques, l'EPT argumentant que celles-ci auraient montré un dépassement du nombre des clients Integral du nombre des clients hors Integral à une date autre que celle retenue par le Conseil de la concurrence sur base de la réponse de l'ILR. Or, le fait que l'EPT n'a pas pu consulter ces statistiques dans la réponse de l'ILR et était ainsi dans l'impossibilité de critiquer utilement celle-ci, a impliqué une violation du droit à l'accès au dossier, dont le tribunal examinera ultérieurement les conséquences à tirer.

³⁹ Conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Aalborg Portland*, précitée, point 28.

S'agissant de l'argumentation fondée sur l'irrégularité des demandes de renseignements du 30 mars 2010

Le reproche afférent est fondé sur l'article 13 de la loi du 17 mai 2004, applicable au moment de l'envoi de ces demandes, qui dispose que « 1. Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par la présente loi, l'inspection peut, par simple demande ou par voie de décision, demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires.

2. Lorsqu'elle envoie une simple demande de renseignements à une entreprise ou à une association d'entreprise, l'inspection indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe les délais dans lesquels ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Elle indique aussi les sanctions prévues à l'article 18 au cas où un renseignement inexact ou dénaturé serait fourni.

3. Lorsque l'inspection demande par décision aux entreprises et associations d'entreprise de fournir des renseignements, elle indique, sous peine de nullité, la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe les délais dans lesquels ils doivent être fournis, délai qui ne saurait être inférieur à un mois. Elle indique également les sanctions prévues à l'article 18 et indique les sanctions prévues à l'article 20 et les voies et délais de recours ouverts devant le tribunal administratif ».

Le tribunal est amené à retenir que s'il est vrai que la partie étatique admet que les demandes de renseignement adressées par l'Inspection de la concurrence à l'EPT et aux opérateurs Tango et Orange n'ont pas respecté le strict formalisme prévu par l'article 13 précité, force est de constater que, tel que cela a été relevé par la partie étatique sans que cela n'ait été utilement contesté par l'EPT et tel que cela ressort des pièces à la disposition du tribunal, les opérateurs Tango et Orange n'ont pas répondu à ces demandes. Ceux-ci se sont, dans leurs réponses respectives des 14 et 15 septembre 2010, référé à une demande d'information par décision envoyée ultérieurement par l'Inspection de la concurrence, à savoir le 30 juillet 2010, qui quant à elle contenait les mentions légales obligatoires⁴⁰, tel que cela ressort des pièces référencées sous le numéro 8 des pièces annexées au mémoire en réponse.

Il s'ensuit que si les demandes d'information de mars 2010 envoyées aux opérateurs Tango et Orange doivent être écartées pour être nulles conformément aux dispositions de l'article 13, paragraphe (2) de la loi du 17 mai 2004, les réponses adressées par ces opérateurs à la demande par décision du 30 juillet 2010 sont toutefois susceptibles d'être prises en considération.

S'agissant de la demande d'information adressée à l'EPT, qui de manière non contestée ne correspond pas aux exigences de l'article 13, précité, force est de constater que cette disposition prévoit que les formalités y prévues sont à respecter sous peine de nullité. Les formalités inscrites à l'article 13, d'une part, ont un aspect coercitif en ce que le destinataire de la demande d'information est informé de son obligation matérielle, sous peine de sanctions en cas de fourniture d'informations inexactes ou dénaturées, de fournir les

⁴⁰ Le courrier de Tango faisant expressément référence à la demande du 30 juillet 2010 et la réponse d'Orange mentionnant la référence de ce même courrier (IC.P.003.5(2)) et non pas celle de la demande de mars 2010.

renseignements demandés, et, d'autre part, ont pour objet d'informer le destinataire de la demande de l'objectif de la demande et de la nécessité de délivrer des informations complètes et exactes qui sont susceptibles d'être utilisées contre une entreprise dans le cadre d'une procédure pour pratiques anticoncurrentielles, susceptible de déboucher sur des sanctions lourdes. Sous ces deux aspects, les formalités inscrites à l'article 13 doivent être considérées comme étant des formalités substantielles censées garantir l'exactitude des informations recueillies, qui ne sauraient être couvertes par le seul fait que l'EPT a répondu à la demande d'information sans avoir soulevé le non-respect du formalisme de l'article 13. Le tribunal examinera ci-après les conséquences à déduire en l'espèce du non-respect de cette formalité.

3.2 Quant aux moyens fondés sur des irrégularités quant au fond

Les moyens présentés par l'EPT quant au fond peuvent être résumés comme suit :

- Le Conseil de la concurrence aurait commis des erreurs au niveau de la définition des marchés au sens du droit de la concurrence et dans la conclusion sur l'existence d'une position dominante.
- La conclusion tenant à un abus de position dominante sous forme d'un rabais de couplage serait critiquable à plusieurs égards:
 - i. Le Conseil de la concurrence aurait dû appliquer un test suivant l'approche portfolio au lieu d'un test suivant une approche par composante.
 - ii. L'écoulement d'un délai excessif empêcherait toute conclusion d'abus compte tenu des principes d'attente légitime et de sécurité juridique.
 - iii. L'argument statistique tenant au ratio du nombre d'abonnements à l'internet large bande vendu dans et hors Integral serait illégal.
 - iv. Le Conseil de la concurrence aurait commis des erreurs matérielles dans l'application du critère statistique.
 - v. Le Conseil de la concurrence aurait commis des erreurs dans l'application de l'approche par composante et dans les calculs.
 - vi. Le Conseil de la concurrence aurait dû prendre en considération les preuves rapportées par l'EPT suivant lesquelles il n'existait aucun rabais anticoncurrentiel pendant la période de 2006 et 2007.
- Le Conseil de la concurrence n'aurait pas examiné les effets de l'offre Integral sur le marché.
- Subsidiairement, le principe et le montant de l'amende ne seraient pas justifiés.

En ordre principal, l'Etat conclut au rejet de l'ensemble de ces moyens au motif que ceux-ci ne seraient pas pertinents, en concluant à une violation *per se* de l'article 102 TFUE du seul fait d'une position dominante de l'EPT.

Le bien-fondé d'une telle argumentation rendant surabondant l'examen des critiques soulevées par la demanderesse quant à la méthodologie employée par le Conseil de la concurrence, il convient d'examiner en premier lieu cette argumentation principale de l'Etat.

3.2.1. Quant au motif fondé sur une violation per se de l'article 82 TCE, devenu 102 TFUE

Position des parties

L'Etat soutient que du seul fait d'une position super dominante de l'EPT sur la plupart des marchés en cause, le Conseil de la concurrence aurait été en droit de conclure *ipso facto* à l'existence d'un abus de position dominante.

L'Etat se réfère de prime abord à un arrêt de la CJUE du 13 février 1979, dans une affaire *Hoffmann-La Roche et Cie c. Commission*, pour soutenir que des parts de marché extrêmement importantes constitueraient par elles-mêmes, sauf circonstance exceptionnelle, la preuve de l'existence d'une position dominante. Il ajoute que dans une affaire *Akzo Chemie BV c. Commission* du 3 juillet 1991, la CJUE aurait retenu qu'une part de marché supérieure à 50 % créerait une présomption de position dominante. Suivant ces principes consacrés par la jurisprudence de la CJUE, le Conseil de la concurrence aurait pu conclure à une position dominante, voire super dominante sur les marchés de téléphonie fixe et internet dans le chef de l'EPT et aurait, par ailleurs, pu conclure à une présomption de position dominante sur le marché de téléphonie mobile.

Dans ce contexte, l'Etat souligne que l'EPT serait l'opérateur historique sur les marchés des télécommunications, se trouvant en situation de monopole avant la libération de ces marchés à la fin des années 1990. Malgré l'apparition d'autres opérateurs, la position de l'EPT serait restée forte au point de continuer à constituer une position dominante. Tel serait le cas tant pour le marché de téléphonie fixe que pour le marché de l'internet en raison des parts de marché très importantes détenues par l'EPT telles que décrites dans le mémoire en réponse. S'agissant du marché de téléphonie mobile, il conviendrait de retenir une forte présomption d'une position dominante.

A partir de ces constats, l'Etat soutient, en se référant à l'affaire *Hoffmann-La Roche*, précitée, qu'une entreprise en position dominante qui inciterait les clients à s'approvisionner exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de leurs besoins auprès d'elle se comporterait de manière abusive au sens de l'article 102 TFUE. Par ailleurs, il se prévaut d'un arrêt de la CJUE du 19 avril 2002, rendu dans une affaire *Tomra Systems ASA c. Commission*, et ayant retenu qu'un système de rabais devrait être considéré comme étant contraire à l'article 102 TFUE s'il tend à empêcher l'approvisionnement des clients de l'entreprise en position dominante auprès de producteurs concurrents.

La partie étatique en conclut qu'un tel comportement serait abusif sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à une analyse des effets réels d'éviction sur le marché. Dans cet ordre d'idées, elle fait encore état d'un arrêt du TUE du 12 juin 2014, rendu dans une affaire *Intel Corp. c. Commission*, en en déduisant qu'en présence de rabais d'exclusivité, la démonstration de la capacité d'éviction ou une application d'un test basé sur les prix ne serait pas nécessaire afin de conclure à un abus de position dominante. L'Etat ajoute qu'un effet d'éviction ne se produirait pas seulement lorsque l'accès au marché est rendu impossible pour les concurrents, mais également lorsque cet accès est rendu plus difficile. Suivant la partie étatique, les rabais de couplage offerts dans le cadre de l'offre Integral seraient assimilables aux rabais de fidélité examinés dans le cadre des jurisprudences citées par elle. L'offre Integral inciterait en effet le consommateur à s'approvisionner pour les services concernés exclusivement auprès de l'EPT, de sorte que cette offre serait assimilable à un

approvisionnement exclusif. A la lumière de la jurisprudence de la CJUE ainsi invoquée, la partie étatique conclut que les effets fidélisant de l'offre Integral constitueraient un abus au sens de l'article 102 TFUE.

L'Etat estime en outre que deux facteurs renforceraient encore davantage le bien-fondé de la conclusion du Conseil de la concurrence. En premier lieu, l'abus serait d'autant plus grave que l'EPT aurait occupé la position d'un partenaire commercial incontournable sur les marchés de téléphone fixe et internet, de sorte que ces marchés auraient été difficilement contestables par les concurrents. L'effet fidélisant des rabais accordés aurait réduit davantage la partie contestable des marchés en cause et plus particulièrement du marché mobile. Deuxièmement, le moment auquel l'EPT a lancé son offre Integral en 2005 aurait été significatif pour la concurrence sur les marchés concernés vu l'entrée en 2004 d'un deuxième opérateur alternatif, à savoir l'opérateur Orange, sur le marché de la téléphonie mobile. En tout état de cause, la réussite commerciale importante de l'offre Integral montrerait que le système des rabais aurait rendu plus difficile l'entrée de concurrents sur les marchés concernés.

Par rapport à cette argumentation principale, l'EPT fait, d'une part, valoir que la partie étatique appliquerait de façon erronée à des rabais de couplage une analyse de type rabais de fidélité, et, d'autre part, souligne que les rabais offerts dans le cadre de l'offre Integral ne constitueraient pas une violation *per se* du droit de la concurrence.

S'agissant de prime abord de la qualification de rabais de fidélité opérée par la partie étatique, l'EPT souligne, d'une part, que l'offre Integral constituerait une offre multi-produits, à savoir un paquet de solutions fixe, mobile et internet, par ailleurs disponibles séparément, permettant aux clients Integral de bénéficier de remises tarifaires ou de forfaits de consommation illimités sur chacune des composantes de l'offre, et, d'autre part, que les remises Integral constitueraient des rabais de couplage mixtes, à savoir une vente groupée de plusieurs services, par ailleurs, disponibles séparément.

L'EPT donne à considérer qu'il conviendrait de distinguer entre rabais de fidélité et rabais de couplage. La notion de rabais de fidélité viserait en effet des produits ou services d'une même catégorie voire d'un même marché et récompenserait l'achat supplémentaire d'un même produit, alors que les rabais de couplage ou rabais multi-produits feraient intervenir plusieurs produits distincts voire appartenant à des marchés différents et récompenseraient l'achat groupé de ceux-ci. La distinction entre rabais de fidélité et rabais de couplage dépendrait partant de la question de savoir si cette remise fait intervenir un ou plusieurs produits distincts. A cet égard, l'EPT se réfère plus particulièrement à une définition des rabais de fidélité et des rabais de couplage donnée par l'OCDE. Elle souligne que les rabais de fidélité et les rabais de couplage constitueraient deux formes d'abus distincts et autonomes et seraient analysés selon des règles différentes par la Commission européenne. L'EPT reproche à la partie étatique d'avoir conclu à une violation *per se* du droit de la concurrence en ayant, à tort, fait une assimilation entre les rabais de fidélité et les rabais de couplage au seul motif que ces formes de rabais pourraient avoir des effets fidélisant. Or, la seule existence d'une remise ne serait pas en soi suffisante pour conclure au caractère fidélisant d'une offre et encore moins à des effets d'éviction. L'EPT reproche en outre à l'Etat de condamner de manière automatique une remise du fait qu'elle est appliquée par un opérateur dominant, approche qui reviendrait à défier les lois du marché et qui serait contraire au droit de la concurrence. Il serait en effet légitime d'adapter ses offres commerciales à la structure du marché et aux évolutions concurrentielles, l'EPT soulignant que son offre

Integral ne serait que la réponse à d'autres offres multi-produits. L'EPT ajoute que le droit de la concurrence n'interdirait pas les remises en tant que telles. D'ailleurs, aucune décision d'une autorité de concurrence en Europe n'aurait condamné une offre groupée en raison de ses prétendus effets fidélisant. L'EPT souligne encore que dans le cadre de la communication des griefs une distinction aurait été faite entre les remises ou rabais de fidélité et les rabais de couplage et qu'il aurait été reconnu que les premières s'appliquent sur des produits ou services d'un seul marché, alors que les rabais de couplage visent des marchés différents, solution d'ailleurs également reprise par le Conseil de la concurrence pour avoir examiné la condition relative à la démonstration d'un effet d'éviction potentiel des remises Integral.

L'EPT souligne encore que l'analyse des rabais de couplage imposerait un test de répliquabilité, de sorte que l'offre Integral devrait s'analyser sous l'angle des règles applicables en matière de rabais multi-produits, en se référant à une Communication de la Commission sur l'application de l'article 102 TFUE de 2009 contenant une sous-section traitant spécifiquement des rabais multi-produits. Ce seraient ces principes définis par la Commission qui devraient s'appliquer aux rabais de l'offre Integral. Une analyse des rabais de couplage emporterait nécessairement la démonstration d'un effet d'éviction, démonstration qui serait, en pratique, opérée au moyen d'un test dit du « *concurrent aussi efficace* », consistant à examiner si un opérateur aussi efficace que l'opérateur dominant est en mesure de concurrencer le groupe de produits pour lequel le rabais est accordé. Le niveau d'agrégation du test (méthode portfolio ou méthode par composante) serait fonction de la possibilité, pour les concurrents de l'entreprise dominante, d'offrir le même groupe de produits que l'entreprise dominante.

Par ailleurs, l'EPT souligne que par rapport au cadre des rabais multi-produits, il n'existerait pas de précédent dans lequel la Commission aurait appliqué ces règles pour condamner des rabais de couplage.

Après avoir ainsi reproché à l'Etat une confusion entre rabais de fidélité et rabais de couplage, l'EPT conteste la position défendue par la partie étatique suivant laquelle les effets fidélisant de l'offre Integral constitueraient *per se* un abus de position dominante qui reposerait en substance sur le constat que dès qu'un système de rabais présenterait des effets fidélisant et serait susceptible de produire des effets d'éviction, il serait par nature abusif.

A cet égard, l'EPT fait, en premier lieu, valoir que l'argumentation de la partie étatique fondée sur une qualification d'abus *per se* des rabais de l'offre Integral méconnaîtrait les standards posés par la jurisprudence européenne, en passant en revue le développement de la jurisprudence européenne à cet égard jusqu'à des arrêts *Post Danmark* du 27 mars 2012 et *Post Danmark II* du 6 octobre 2015 de la CJUE. A sa connaissance, aucune jurisprudence analyserait un rabais multi-produits comme une violation *per se* du droit de la concurrence. La seule décision ayant appliqué un raisonnement se rapprochant de l'approche défendue par la partie étatique serait l'arrêt *Intel* du TUE, qui aurait considéré que, pour un type particulier de rabais, à savoir les rabais d'exclusivité, il ne serait pas nécessaire de démontrer leur capacité de restreindre la concurrence. Or, cette décision traiterait des rabais de fidélité et non pas des rabais multi-produits, l'EPT soulignant que suivant cette décision, il conviendrait de faire la distinction entre les rabais quantitatifs, considérés en général comme n'ayant pas un effet de forclusion interdit par l'article 102 TFUE, les rabais d'exclusivité, qui seraient réputés anti-concurrentiels dès lors qu'ils sont mis en place par un partenaire commercial incontournable utilisant cette position pour s'accaparer la part discutable de la demande et ne reposant sur aucune justification objective, et les rabais de fidélité dits de la troisième

catégorie où l'octroi d'une incitation financière n'est pas directement lié à une condition d'approvisionnement exclusif mais où le mécanisme d'octroi du rabais peut revêtir un effet fidélisant, requérant un examen des effets, l'EPT étant d'avis que les rabais Integral ne rentreraient dans aucune de ces catégories puisqu'il s'agirait de rabais de couplage et non de rabais de fidélité. L'EPT souligne encore que cette décision serait critiquée en doctrine, ferait l'objet d'un pourvoi pendant devant la CJUE et viserait, par ailleurs, une pratique différente de celle du cas de l'espèce. En outre, les effets pro concurrentiels de l'offre Integral empêcheraient toute caractérisation d'abus *per se*.

Ensuite, l'EPT insiste sur l'amalgame fait par la partie étatique entre les effets fidélisant et les effets d'éviction tel qu'opéré dans le mémoire en réponse, en soulignant que l'existence d'un effet fidélisant ne signifierait pas nécessairement l'existence d'un abus de position dominante, mais qu'il faudrait examiner s'il a pour effet de réduire de manière notable la part du marché potentiellement accessible aux concurrents. Elle fait valoir, d'une part, que toute offre quelle qu'elle soit présenterait par nature une forme de fidélisation et que, d'autre part, il n'y aurait pas d'effet fidélisant anticoncurrentiel s'il n'existe pas une partie *captive* de la demande, l'éviction résidant dans la capacité de verrouiller le marché en empêchant les clients de se tourner vers des produits des autres opérateurs concurrents, cette capacité découlant de la position de partenaire commercial incontournable, l'EPT soulignant qu'elle ne serait pas un partenaire commercial incontournable et que l'entièreté de la demande serait ouverte à la concurrence.

Troisièmement, l'EPT critique la position de la partie étatique s'agissant du type d'effets d'éviction à prouver et lui reproche une certaine confusion à cet égard entre effets d'éviction potentiels et effets d'éviction réels. Elle souligne que la démonstration des effets d'éviction potentiels serait une condition nécessaire pour la caractérisation d'un abus, tandis que la démonstration des effets d'éviction réels pourrait être requise quand la pratique concernée a nécessairement dû sortir ses effets sur le marché en raison de son caractère historique. En toute hypothèse, même l'approche formaliste telle que préconisée par l'Etat supposerait d'établir pour le moins que la pratique litigieuse a la capacité de restreindre la concurrence.

Dans son mémoire en duplique, l'Etat souligne que les rabais de couplage de l'EPT auraient un caractère fidélisant puisqu'ils inciteraient les consommateurs à s'approvisionner exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de leurs besoins en télécommunication. Or, suivant la jurisprudence européenne, des rabais à effet fidélisant offerts par une entreprise dominante constitueraient une infraction *per se*, puisque l'effet potentiel serait évident et serait présumé en raison de l'effet fidélisant, de sorte qu'aucun test économique de répliquabilité ne serait nécessaire.

En l'espèce, l'effet potentiel de l'offre Integral sur les concurrents serait indéniable et aurait d'ailleurs été constaté par le Conseil de la concurrence. La circonstance que l'effet potentiel sur la concurrence suffirait pour conclure à un abus et pourrait être démontré par une variété de facteurs signifierait que l'usage d'un test basé sur les prix ne serait pas nécessaire dans l'analyse des rabais de l'offre Integral, de sorte que l'argumentation de l'EPT sur la nécessité d'effectuer un test de répliquabilité serait sans pertinence.

En raison de ses parts de marché très élevées sur les marchés de téléphonie fixe et internet, la position de l'EPT sur ces marchés aurait été assimilable à celle d'un partenaire commercial incontournable, de sorte que les consommateurs concernés représenteraient une

demande captive. A travers les rabais de l'offre Integral, l'EPT aurait utilisé cette partie captive de la demande comme levier pour acquérir la partie discutable du marché de téléphonie mobile. L'offre aurait été lancée à travers les factures pour les réseaux fixes, et, afin de bénéficier de réductions pour ces services, les consommateurs devraient souscrire à un abonnement mobile, donc un marché connexe. L'incitation pour le consommateur de s'approvisionner exclusivement auprès de l'EPT pour les services de téléphonie fixe, internet et mobile aurait dès lors été importante. Cette pratique aurait eu pour effet de réduire de manière notable la part du marché potentiellement accessible aux concurrents de l'EPT et d'ériger une barrière d'entrée importante pour les concurrents.

L'Etat souligne encore que le fait qu'une telle offre par une entreprise en position dominante constitue un abus de position dominante ne signifierait pas que tout rabais multi-produits constituerait un abus, tout en relevant que ce seraient des circonstances particulières de la présente affaire qui qualifieraient le comportement de l'EPT comme abus, en l'occurrence le comportement d'une entreprise ayant une position super dominante pour deux des trois services concernés offrant des rabais incitant à un approvisionnement exclusif.

Pour le surplus, l'Etat reprend en substance l'argumentation développée dans son mémoire en réponse.

Appréciation du tribunal

L'argumentation de la partie étatique fondée sur une violation *per se* de l'article 102 TFUE est basée en substance sur la considération que le fait pour une entreprise d'avoir des parts de marché extrêmement importantes constituerait la preuve de l'existence d'une position dominante, l'Etat se référant à cet égard aux arrêts *Hoffmann-La Roche*⁴¹ et *Tomra*⁴² de la CJUE et à l'affaire *Intel* du TUE⁴³, pour conclure que si une entreprise en position dominante incite les clients à s'approvisionner exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de leurs besoins auprès d'elle, celle-ci se comporterait de manière abusive et qu'un système de rabais devrait être considéré comme contraire à l'article 102 TFUE s'il tend à empêcher l'approvisionnement des clients de l'entreprise en position dominante auprès de producteurs concurrents, sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à une analyse des effets réels d'éviction sur le marché, ce raisonnement reposant sur la prémisse que les rabais offerts dans le cadre de l'offre Integral seraient à qualifier de rabais de fidélité au sens de ces jurisprudences européennes et seraient assimilables à un approvisionnement exclusif.

Le tribunal relève à titre liminaire que la partie étatique a fondamentalement changé sa position en cours de procédure en ce que c'est pour la première fois dans le cadre de la procédure contentieuse devant le tribunal qu'elle invoque comme motif justifiant la décision du Conseil de la concurrence une violation *per se* de l'article 102 TFUE, tandis que le Conseil de la concurrence n'a pas fait application d'une telle approche.

A cet égard, il convient de relever que dans sa décision, le Conseil de la concurrence, après s'être référé à l'approche défendue dans la communication des griefs⁴⁴, dans laquelle il avait été retenu que si, par référence à l'arrêt *Tomra*, un rabais fidélisant est avéré il ne serait en principe pas nécessaire d'apporter la preuve d'effets concrets sur le marché, « une

⁴¹ Points n° 41, 110 et 111.

⁴² Points n° 72 et 79.

⁴³ Points n° 143 et 144.

⁴⁴ Point n° 148 de la décision du Conseil de la concurrence.

approche considérant les rabais remplissant les conditions des rabais de fidélité comme une infraction per se n'est plus de mise, car trop rigide et souvent critiquée puisqu'elle présume des effets d'éviction, mais n'analyse ni les effets anti-concurrentiels, ni les effets pro-concurrentiels qu'une pratique de rabais peut produire », a procédé à l'application d'un test afin d'examiner l'effet d'éviction des rabais appliqués dans l'offre Integral, partant sans fonder sa décision sur une approche dite *per se*.

En l'espèce, le Conseil de la concurrence a retenu principalement une violation de l'article 82 TCE, devenu l'article 102 TFUE, ayant souligné que cette disposition trouve application puisque les comportements incriminés ont un effet direct sur le commerce entre Etats membres, et subsidiairement une violation de l'article 5 de la loi du 17 mai 2004, aux termes duquel « *Est interdit le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché.*

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à:

1) *imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables;*

2) *limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs;*

3) *appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;*

4) *subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation par les partenaires de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.* », et de l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011, ayant en substance repris les dispositions de l'ancien article 5 de la loi de 2004.

Aux termes de l'article 82 TCE, devenu l'article 102 TFUE, dont l'applicabilité n'est pas contestée en l'espèce, « *Est incompatible avec le marché intérieur et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché intérieur ou dans une partie substantielle de celui-ci.[...]* »

L'analyse d'un comportement au regard de l'article 82 TCE implique de prime abord la définition du marché concerné, ensuite l'examen de l'existence d'une position dominante dans le chef de l'entreprise visée sur ce marché et, enfin, la vérification si cette dernière a exploité de façon abusive sa position dominante sur le marché en question.

S'agissant plus particulièrement de l'appréciation de l'existence d'un abus, face à l'argumentation de l'Etat fondée sur une violation *per se* de l'article 82 TCE, le tribunal examinera de prime abord la pratique administrative de la Commission, ainsi que l'approche des juridictions européennes en la matière, pour ensuite en tirer des conclusions dans l'affaire de l'espèce.

La position de la Commission en la matière découle de la Communication de la Commission intitulée « *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* », ci-après désignée par « la Communication », publiée au Journal officiel de l'Union européenne en février 2009.

Il se dégage de cette Communication, qui, d'après ses propres termes, a pour objet de définir les priorités guidant l'action de la Commission dans l'application de l'article 82 TCE sans viser à établir le droit applicable et sans préjudice de l'interprétation de ces dispositions par la CJUE respectivement par le TUE, que la Commission adopte clairement une approche économique, orientée vers l'analyse des effets des pratiques incriminées. La Commission souligne qu'elle oriente son action en veillant à ce que les marchés fonctionnent convenablement et à ce que les consommateurs profitent de l'efficacité et de la productivité résultant d'une concurrence effective entre les entreprises⁴⁵, et que l'important est de protéger l'exercice d'une concurrence effective et non de protéger simplement les concurrents⁴⁶.

De manière générale, il se dégage de la Communication que la Commission ne conclut ni à l'existence d'une position dominante sur la seule base de la part de marché⁴⁷, ni à l'existence d'un abus sur la seule considération qu'un type déterminé de rabais soit accordé par une entreprise dominante, mais elle préconise une analyse des effets des diverses pratiques et permet aussi à l'entreprise en position dominante de fournir la preuve de gains d'efficacité et des effets bénéfiques pour les consommateurs.

Parmi les pratiques d'évictions fondées sur le prix, la Commission consacre une section spécifique aux ventes liées et groupées - la vente liée étant définie par la Commission comme étant l'hypothèse où la vente d'un produit donné (le produit liant) est subordonnée à l'achat d'un autre produit (le produit lié) à l'entreprise dominante, la vente groupée pure visant le cas où les produits ne sont vendus qu'ensemble dans des proportions fixes, tandis que dans le cadre de la vente groupée mixte ou encore appelée « *rabais multi-produits* », les produits sont également disponibles séparément, mais la somme des prix de chacun des produits est supérieure au prix total résultant de la vente groupée⁴⁸, en précisant qu'elle examinera les effets d'éviction anticoncurrentiels sur le marché lié et/ou sur le marché liant, en prenant en considération un certain nombre de facteurs, dont, d'une part, des facteurs plus généraux pris en compte pour tout type d'abus potentiel, à savoir la position de l'entreprise dominante, les conditions régissant le marché en cause, la position des concurrents de l'entreprise dominante et la position des clients ou des fournisseurs d'intrants, la portée du comportement abusif présumé, les preuves éventuelles d'une éviction réelle, les preuves directes d'une stratégie d'éviction, et, d'autre part, des facteurs plus spécifiques aux ventes liées et groupées, à savoir notamment le caractère durable de la stratégie de vente liée ou groupée, la vérification d'une position dominante pour plusieurs des produits groupés, l'éventuel affaiblissement de la concurrence pour les clients souhaitant acheter le produit lié mais non pas le produit liant⁴⁹.

La CJUE définit encore plus précisément une certaine méthodologie s'agissant des rabais multi-produits, en faisant la distinction selon que des concurrents aussi efficaces sont ou non à même de vendre des groupes de produits sans être dissuadés par des coûts supplémentaires, ou peuvent le faire rapidement⁵⁰, et en appliquant un test d'éviction différent à ces deux hypothèses, point sur lequel le tribunal reviendra ci-après.

⁴⁵ Point 5 de la Communication de la Commission.

⁴⁶ Ibidem, point 6.

⁴⁷ Ibidem points 14 et 15 ; cf. aussi Revue des droits de la concurrence, « *Pratiques unilatérales* », n°1-2009, p. 120.

⁴⁸ Ibidem, point n° 48.

⁴⁹ Ibidem, points n° 20 et 52 et suivants.

⁵⁰ Ibidem, points 59 et suivants.

D'autre part, s'agissant de la jurisprudence européenne, si la jurisprudence classique issue de l'arrêt *Hoffmann-La Roche*⁵¹, invoqué par la partie étatique, adoptait certes une approche dite formaliste, consistant à présumer comme abusives certaines catégories de situations déterminées, sans procéder à un examen concret des effets de ces pratiques, l'examen de la jurisprudence européenne récente amène au constat que la CJUE, respectivement le TUE, certes sans complètement abandonner les principes consacrés par la jurisprudence *Hoffmann-La Roche*, ont une certaine tendance à n'adopter une approche de l'abus *per se* que dans des rares hypothèses, mais ont davantage tendance à adopter une approche impliquant l'examen des effets de la pratique en question, partant également une approche plus économique, à l'instar de la Commission.

Ainsi, dans une affaire *Post Danmark* du 27 mars 2012, la CJUE a annoncé son adhésion à une approche par les effets⁵².

Dans cette affaire, la CJUE a rappelé qu'il est de jurisprudence constante que la constatation de l'existence d'une position dominante n'implique par elle-même aucun reproche à l'égard de l'entreprise concernée⁵³, en soulignant que l'article 82 TCE n'a pas pour but d'empêcher une entreprise de conquérir, par ses propres mérites, la position dominante sur un marché, ni ne vise-t-il à assurer que des concurrents moins efficaces que l'entreprise occupant une position dominante restent sur le marché. La CJUE en a conclu que tout effet d'éviction ne porte pas nécessairement atteinte au jeu de la concurrence, en soulignant que, par définition, la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation de concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation⁵⁴.

Certes, dans cette même affaire, la CJUE a encore retenu, tel que cela est relevé par la partie étatique, qu'une entreprise détenant une position dominante a une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence efficace et non faussée dans le marché intérieur et que si cette position dominante trouve son origine dans un ancien monopole légal, cette circonstance doit également être prise en compte⁵⁵. Toutefois, la CJUE a souligné que l'article 82 TCE interdit à une entreprise occupant une position dominante de mettre en œuvre des pratiques produisant des effets d'éviction pour ses concurrents considérés comme étant aussi efficaces qu'elle-même, en renforçant sa position dominante en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites⁵⁶, consacrant ainsi le critère du concurrent aussi efficace. Suivant la CJUE, le fait pour une entreprise dominante de pratiquer une discrimination par les prix ne constitue dès lors en tant que tel pas forcément un abus, mais il convient d'examiner l'effet de la pratique sur un concurrent aussi efficace⁵⁷. La CJUE poursuit qu'il convient, afin de déterminer si l'entreprise occupant une position dominante a exploité de manière abusive cette position par l'application de ses pratiques tarifaires, d'apprécier l'ensemble des circonstances et

⁵¹ L'arrêt *Hoffmann-La Roche* ayant retenu qu'est abusif pour un opérateur dominant de subordonner l'octroi d'une remise à l'obligation imposée au client d'effectuer la majeure partie ou un pourcentage élevé de ses achats auprès de l'opérateur dominant puisque de telles remises tendraient à empêcher, par la voie de l'octroi d'un avantage financier, l'approvisionnement des clients auprès des producteurs concurrents.

⁵² Cf. aussi Revue des droits de la concurrence « *Pratiques unilatérales* » n° 2-2012, page 64 et suivantes.

⁵³ Affaire *Post Danmark*, Point n° 21.

⁵⁴ Point n° 22.

⁵⁵ Point n° 23.

⁵⁶ Point n° 25.

⁵⁷ Points n° 38 et 39.

d'examiner si ces pratiques tendent 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 au concurrent, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée, la référence à une telle analyse impliquant que la CJUE n'a pas retenu dans cette affaire une approche de violation *per se*. Dans cette affaire, la CJUE a dit pour droit qu'une politique de prix bas sélective n'est pas en elle-même abusive au seul motif que le prix appliqué à l'un des clients se situe à un niveau inférieur aux coûts totaux moyens imputés à l'activité concernée, mais supérieur aux coûts incrémentaux moyens afférents à celle-ci, et qu'afin d'apprécier l'existence d'effets anticoncurrentiels, il conviendrait d'examiner si la pratique de prix en question, sans justification objective, a pour résultat l'éviction effective ou probable de ce concurrent au détriment du jeu de la concurrence et dès lors des intérêts du consommateur. Cette conclusion implique que c'est seulement l'éviction effective ou probable d'un concurrent aussi efficace qui permet, en l'absence de justifications, de constater l'abus.

S'agissant des critères des coûts pertinents qu'il convient de prendre en considération, la CJUE, en se référant à un arrêt du 3 juillet 1991, dans une affaire *AKZO c. Commission*, souligne que dans l'hypothèse de prix prédateurs, afin d'apprécier la licéité d'une politique de prix bas appliquée par une entreprise dominante, la jurisprudence a recours à des critères fondés sur une comparaison des prix concernés et de certains coûts encourus par l'entreprise dominante ainsi que sa stratégie⁵⁸, en faisant la distinction entre l'hypothèse où les prix sont inférieurs à la moyenne des coûts variables (ceux qui varient en fonction des quantités), qui devraient être considérés comme abusifs en principe puisque l'entreprise dominante est présumée ne poursuivre aucune finalité économique autre que celle d'éliminer ses concurrents, et l'hypothèse où les prix sont inférieurs à la moyenne des coûts totaux, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, qui devraient être considérés comme abusifs lorsqu'ils ont pour but d'éliminer un concurrent. Elle en conclut qu'afin d'apprécier la licéité de prix bas appliqués par une entreprise en position dominante, il conviendrait recourir à des critères fondés sur une comparaison des prix concernés et certains coûts encourus par l'entreprise ainsi que sur la stratégie de l'entreprise. Dans l'affaire *Post Danmark*, la CJUE a examiné le dossier suivant une variante de ce test mentionné dans l'affaire *AKZO*, l'analyse des coûts variables étant remplacé par un examen des coûts dits « *incrémentaux* », c'est-à-dire ceux résultant de la fourniture d'un service spécifique et disparaissant si ce service n'est plus fourni.

L'approche de ne pas retenir en toute hypothèse une violation *per se* de l'article 102 TFUE a été confirmée dans une affaire plus récente, *Post Danmark* du 6 octobre 2015, dite *Post Danmark II*. Dans cette affaire la CJUE a rappelé que suivant la jurisprudence, il convient de faire la distinction entre les rabais de quantité, liés exclusivement au volume des achats effectués auprès du producteur concerné qui, suivant la CJUE, ne sont, en principe, pas de nature à enfreindre l'article 82 TCE, et les rabais de fidélité, tendant à empêcher, par l'octroi d'avantages financiers, l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents pour la totalité ou une partie importante de leurs besoins, qui, suivant la CJUE, constituent un abus au sens de cet article, la CJUE s'étant référée à cet égard aux arrêts *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin c. Commission* et *Tomra*, précités⁵⁹. Après avoir retenu que les rabais litigieux dans cette affaire n'étaient ni à qualifier de rabais de quantité ni

⁵⁸ Point n° 28.

⁵⁹ Point n° 27.

de rabais de fidélité comportant un engagement d'exclusivité, puisque, s'agissant plus particulièrement de cette deuxième qualification, ils n'étaient pas assortis d'une obligation ou d'une promesse des acheteurs de s'approvisionner exclusivement ou pour une certaine quotité de leurs besoins auprès de l'entreprise en position dominante, la CJUE a conclu qu'il fallait examiner l'ensemble des circonstances.

Dans son considérant n° 29, la CJUE précise qu'afin de déterminer si l'entreprise en position dominante a exploité de manière abusive cette position en appliquant un système de rabais tel que celui en cause dans l'affaire en question, il faudrait apprécier l'ensemble des circonstances et plus particulièrement les critères et les modalités d'octroi du rabais, et examiner si ce rabais tend, par un avantage qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité 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 faussée, en reprenant ainsi la formulation employée dans l'affaire *Post Danmark* de 2012 et en se référant d'ailleurs à cet égard encore à l'affaire *Tomra*. La CJUE souligne que dans l'affaire dont elle était saisie, il faudrait encore tenir compte de la position dominante et des conditions de concurrence spécifiques du marché et qu'à cet égard, il conviendrait plus particulièrement d'examiner si les rabais appliqués sont susceptibles de produire un effet d'éviction, c'est-à-dire s'ils sont à même, d'une part, de rendre plus difficile, voire impossible, l'accès au marché des concurrents et, d'autre part, de rendre plus difficile, voire impossible, pour les concurrents de l'entreprise en position dominante, le choix entre plusieurs sources d'approvisionnement ou partenaires commerciaux, respectivement l'existence d'une justification économique objective des rabais⁶⁰, l'entreprise visée gardant la possibilité de justifier que son comportement est contrebalancé, voire surpassé, par des avantages en termes d'efficacité profitant aux consommateurs⁶¹.

En l'espèce, le tribunal est amené à examiner le moyen fondé sur une violation *per se* tel que présenté par la partie étatique au regard de la jurisprudence actuelle de la CJUE, ensemble l'approche de la Commission à laquelle il se rallie.

A cet égard, il est certes vrai que la Communication ne lie ni les juridictions européennes ni les autorités de concurrence nationales⁶², mais qu'elle se limite à circonscrire l'approche de la Commission quant au choix des affaires qu'elle entend poursuivre de manière prioritaire. Le tribunal relève toutefois qu'il s'agit d'un outil consolidant en large partie la jurisprudence européenne en la matière et qu'elle est le reflet de la pratique administrative actuelle de la Commission que le tribunal ne saurait ignorer. Le tribunal souligne encore que dans les documents parlementaires à la base de la loi du 17 mai 2004⁶³, les auteurs du projet de loi recommandent à l'autorité de concurrence de se référer, s'agissant de la notion de l'affectation du commerce intracommunautaire, à la Communication afférente de la Commission, impliquant que l'intention des auteurs du projet de loi était celle que les Communications de la Commission pourraient valablement être prises en considération en tant que guide d'orientation. D'ailleurs, dans l'affaire ayant donné lieu au jugement du tribunal du 30 mars 2015, n° 33903a du rôle, invoqué par la partie étatique, le tribunal s'est

⁶⁰ Points n° 29, 30, 31 et 50.

⁶¹ Points n° 47 et 48.

⁶² Arrêt *Post Danmark II* du 6 octobre 2015, point n° 52

⁶³ Doc. parl. n° 5229, commentaire des articles, page 19.

également référé aux lignes directrices émises par la Commission s'agissant du calcul des amendes.

Il convient encore de relever qu'il se dégage clairement de la Communication que les interdictions découlant de l'article 102 TFUE ne constituent pas une fin en soi et ne visent pas à protéger même les concurrents qui sont inefficaces contre la concurrence, mais qu'elles tendent essentiellement à assurer le fonctionnement convenable des marchés dans l'intérêt du consommateur, d'où l'importance d'un examen des effets concrets d'une pratique, approche à laquelle le tribunal ne peut que souscrire.

Certes encore la Communication a été publiée en 2009, soit postérieurement à la période infractionnelle retenue par le Conseil de la concurrence. Or, non seulement cette Communication fait suite à un premier document de discussion publié déjà en décembre 2005 par la Direction générale de la concurrence de la Commission et largement débattu, mais encore décrit l'approche actuelle de la Commission que le tribunal, saisi d'un recours en réformation, ne saurait ignorer dans la mesure où il doit opérer son appréciation au regard de la situation de droit et de fait existant au moment où il rend son jugement.

Au regard de la jurisprudence communautaire, ensemble l'approche de la Commission telle qu'elle se dégage de la Communication de 2009, le tribunal retient qu'en l'espèce l'argumentation de la partie étatique fondée sur une violation *per se* du droit de la concurrence est à rejeter comme étant non fondée, ni la Communication, ni la jurisprudence communautaire récente ne permettant de retenir qu'indépendamment de la qualification de la nature des rabais accordés, et sans qu'un examen des effets ne soit requis, ceux-ci devraient en toute hypothèse être considérés comme abusifs du seul fait qu'ils sont offerts par une entreprise en position dominante.

Certes, dans l'affaire *Tomra* du 19 avril 2012, invoquée par l'Etat, dans laquelle il s'agissait de l'appréciation du cas de rabais rétroactifs, la CJUE a retenu qu'il suffisait de prouver que le comportement abusif de l'entreprise dominante tend à restreindre la concurrence ou que le comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet, sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à une analyse des effets concrets des rabais sur la concurrence⁶⁴. Il convient toutefois de relever que cette affaire concernait l'hypothèse très spécifique de rabais rétroactifs, de sorte que les conclusions y dégagées ne sont pas nécessairement transposables en l'espèce, pour le moins à défaut d'examen concret de la nature exacte des rabais de l'espèce.

Certes encore, le TUE a retenu dans l'arrêt *Intel* de 2014, invoqué encore par la partie étatique, et rendu à propos de l'hypothèse de rabais d'exclusivité liés à la condition que le client s'approvisionne pour la totalité ou une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise dominante, que de tels rabais sont abusifs sans qu'il ne soit requis de démontrer leur capacité de restreindre la concurrence. Force est toutefois de constater, d'une part, que cet arrêt a fait l'objet de critiques en doctrine⁶⁵, et que, d'autre part, cet arrêt ne permet pas de retenir que la jurisprudence communautaire entend exclure l'approche économique consistant à examiner les effets, étant donné que l'arrêt vise l'hypothèse spécifique des rabais d'exclusivité, de manière que le champ d'application de l'approche d'une incompatibilité *per*

⁶⁴ Points n° 68 et 79.

⁶⁵ Nicolas Petit, professeur à la Faculté de droit, de science politique et de criminologie, Université de Liège, « *Le droit européen de l'abus de position dominante en 2014* » dans Contrats Concurrence Consommation - Mai 2015 - n° 5.

se est, même suivant cette jurisprudence, limité, le TUE ayant encore relevé que si les rabais critiqués ne constituent ni des rabais de quantité, ni des rabais liés à un engagement exclusif, il serait nécessaire d'apprécier l'ensemble des circonstances⁶⁶.

Le tribunal est dès lors amené à retenir qu'au regard des principes retenus par la CJUE dans l'affaire *Post Danmark*, confirmés dans l'arrêt *Post Danmark II*, les deux jurisprudences dont se prévaut la partie étatique, qui concernaient les cas spécifiques de rabais d'exclusivité, respectivement des rabais rétroactifs, ne permettent pas de retenir qu'indépendamment de la qualification de la nature des rabais accordés, ceux-ci devraient en toute hypothèse être considérés comme abusifs car offerts par une entreprise en position dominante sans examen concret des effets d'éviction.

Il convient ensuite d'examiner les différents moyens présentés par l'EPT pour critiquer l'analyse faite en l'espèce par le Conseil de la concurrence.

3.2.2. Quant au reproche tenant à une définition de marché erronée et à des erreurs dans la conclusion d'existence d'une position dominante

Position des parties

Le reproche afférent vise, d'une part, la téléphonie sur réseau fixe, et, d'autre part, le marché des offres multi-produits.

En ce qui concerne la téléphonie sur le réseau fixe, l'EPT fait valoir que la décision litigieuse ne rencontrerait pas l'exigence de définition de marché au sens du droit de la concurrence, dès lors qu'elle se contenterait de faire référence aux analyses de marché de l'ILR sans en avoir vérifié la pertinence et sans avoir fait une analyse de substituabilité. De plus, la décision présenterait une incohérence manifeste en ce que dans la section relative à l'analyse de l'existence d'une position dominante, elle ne procèderait pas à une analyse de la position dominante de l'EPT sur chacun des marchés retenus par ailleurs dans la section visant la définition du marché, le Conseil de la concurrence s'étant référé à l'analyse de l'ILR du 4 mars 2005 ayant identifié quatre marchés distincts de l'accès au réseau téléphonique et quatre marchés distincts couvrant les services téléphoniques. Il en résulterait que soit la définition du marché, soit la caractérisation d'une position dominante serait incorrecte. Dans un cas comme dans l'autre, cette conclusion justifierait l'annulation de la décision.

L'EPT insiste ensuite sur l'existence incontestable d'un marché des offres multi-produits, dès lors qu'il existerait une demande spécifique pour ces services, soutenue par une offre correspondante des différents opérateurs actifs sur le marché luxembourgeois. L'existence d'une offre et d'une demande pour les services multi-produits serait d'autant plus manifeste que, contrairement aux données disponibles en 2007, le Conseil de la concurrence disposerait aujourd'hui de l'ensemble des informations obtenues dans le cadre d'une analyse *ex post*. En refusant de retenir un marché distinct pour les offres multi-produits, la décision méconnaîtrait les règles applicables en matière de définition de marché.

Le raisonnement du Conseil de la concurrence serait d'autant plus critiquable qu'il aurait fait l'économie d'une analyse de substituabilité détaillée entre offres multi-produits, qui constituerait pourtant un prérequis à toute définition de marché en droit de la

⁶⁶ Arrêt *Intel*, considérants n° 84 et 85.

concurrence. La seule référence aux analyses de l'ILR ne suffirait pas à cet égard. Alors que la décision renvoie aux analyses de substituabilité menées par l'ILR dans le cadre de la définition du marché selon son approche *ex ante*, aucune analyse de substituabilité satisfaisante n'aurait été menée dans le cadre du présent dossier, qui pourtant reposerait sur une analyse *ex post*.

L'EPT ajoute que l'omission d'une analyse *ex post* de substituabilité serait d'autant plus surprenante que ce serait précisément le critère de substituabilité entre offres individuelles et offres mufti-produits, substituabilité contestée par elle, que la décision invoquerait pour arrêter la période infractionnelle sur la base d'un test par composante au 31 décembre 2007. S'agissant d'une analyse se trouvant au cœur du raisonnement suivi par le Conseil de la concurrence, il serait incompréhensible pour quelle raison celui-ci en aurait fait l'économie au niveau de la définition du marché.

L'EPT reproche les mêmes erreurs au niveau de la conclusion quant à l'existence d'une position dominante, de manière à conclure que le Conseil de la concurrence resterait en défaut de prouver la position dominante sur les marchés tels qu'allégués par rapport aux services d'accès et de communications vocales.

L'Etat répond que le Conseil de la concurrence aurait été tout à fait en droit d'adhérer à l'analyse de l'ILR, qui contiendrait un examen de substituabilité. Il souligne qu'en vertu d'une recommandation de la Commission européenne, l'ILR était chargé d'effectuer une analyse détaillée des marchés susceptibles de devoir être soumis à une régulation *ex ante* afin de garantir une concurrence efficace. Les analyses de l'ILR auraient tenu compte de la substituabilité entre les différents marchés composant la téléphonie fixe, de sorte que le Conseil de la concurrence aurait pu se fier à la définition de marché adoptée par l'ILR plutôt que de refaire des tests de substituabilité d'ores et déjà menés par cette dernière institution. L'Etat souligne encore que le Conseil de la concurrence aurait d'ores et déjà commenté et approuvé les définitions de marché de l'ILR dans une série d'avis publiés en 2005 et 2006.

S'agissant des reproches tenant à une incohérence entre la définition de marché et l'analyse de la dominance, la partie étatique fait valoir que le Conseil de la concurrence aurait considéré dans la section concernant la dominance tous les marchés tels qu'établis dans la section relative à la définition de marché.

Par ailleurs, la partie étatique estime qu'une fois la position dominante établie sur un marché au moins, le Conseil de la concurrence aurait pu examiner si le comportement incriminé constitue un abus.

S'agissant de l'analyse d'un marché des offres multi-produits, la partie étatique fait valoir que même à admettre qu'il fallait retenir un marché séparé pour les offres multi-produits, l'EPT se serait en tout état de cause trouvée en position dominante ou tout le moins présumée dominante sur ce marché.

La partie étatique affirme encore que, contrairement à ce qui est soutenu par l'EPT, les offres individuelles et les offres groupées seraient substituables entre elles, étant donné que si les prix d'une offre groupée étaient plus élevés ou devenus plus élevés que le prix total des offres individuelles, le client serait tenté d'acheter les produits individuels séparément.

Enfin, la partie étatique reproche une position incohérente à l'EPT qui aurait défendu, dans le cadre de la procédure en mesures conservatoires, que le marché des offres multi-produits ne constituerait pas un marché pertinent.

Dans son mémoire en réplique, l'EPT continue à reprocher au Conseil de la concurrence de s'être basé sur les analyses de l'ILR effectuées dans le cadre de sa mission de régulation *ex ante*, alors que le contrôle *ex post*, qui aurait dû être fait en l'espèce, aurait un objet différent, à savoir celui de sanctionner les comportements passés ayant porté atteinte à la concurrence sur le marché. Ensuite, l'EPT souligne que le droit de la concurrence exigerait que le Conseil de la concurrence démontre qu'elle est dominante pour chacun des marchés de produits pertinents, de sorte que la caractérisation de la position dominante retenue dans la décision serait incorrecte.

Enfin, l'EPT fait valoir qu'une simple dominance sur un ou plusieurs marchés de téléphonie fixe ne suffirait pas pour conclure à un abus de position dominante sur le marché distinct de la téléphonie mobile.

Par ailleurs, l'EPT observe que la jurisprudence du Conseil de la concurrence elle-même confirmerait qu'il est nécessaire de démontrer une position dominante sur l'ensemble des marchés en cause, en se référant à une affaire *Philharmonie* du 22 mai 2015.

S'agissant de l'argumentation fondée sur l'existence d'un marché des offres multi-produits, l'EPT constate que la partie étatique n'apporterait aucune explication quant à l'omission d'un test de substituabilité entre les offres multi-produits elles-mêmes, en reprochant au Conseil de la concurrence de conclure à l'absence d'un marché distinct des offres multi-produits sur la seule base d'un test sommaire de substituabilité entre les services individuels et les offres multi-produits, alors que l'existence d'un marché des offres multi-produits constituerait une réalité, circonstance d'ailleurs reconnue par l'Inspection de la concurrence dans sa demande de mesures conservatoires du 16 août 2007.

L'EPT reproche ensuite à la partie étatique d'argumenter que si le Conseil de la concurrence avait conclu à l'existence d'un marché séparé pour les offres multi-produits, elle aurait pourtant été dominante sur ce marché, en soulignant que le constat de dominance ne pourrait intervenir qu'à la suite d'une analyse détaillée de sa position sur ce marché et des pressions concurrentielles exercées par les autres opérateurs, analyse qui n'aurait jamais été menée par le Conseil de la concurrence.

Ensuite, l'EPT insiste sur son argumentation suivant laquelle un client ayant souscrit à une offre multi-produits ne reviendrait plus aux produits individuels. A cet égard, elle se réfère à la position de l'Etat ayant relevé que la substituabilité ne s'exercerait que dans un sens, pour conclure que dans une telle hypothèse où, comme en l'espèce, la substituabilité n'allait que dans un sens, elle n'existerait pas et les marchés de produits en cause seraient dès lors distincts. En soutenant péremptoirement et en l'absence de toute analyse économique que si le prix des offres multi-produits dépassait la somme des prix de ses différents composantes, les clients reviendraient vers les offres individuelles, la partie étatique précéderait à une pétition de principe non vérifiée.

Enfin, par rapport au reproche de contradiction s'agissant de la définition de marché opérée par elle-même, l'EPT donne à considérer qu'elle ne serait pas liée par la définition de marché qu'elle avait défendue dans le cadre de la procédure en mesures conservatoires.

S'agissant d'une prétendue position dominante sur le marché mobile, l'EPT reproche à la partie étatique d'avoir retenu une présomption, en soulignant qu'une présomption de dominance ne suffirait pas pour retenir une position dominante laquelle ne pourrait exister que si la conclusion afférente est précédée d'une analyse approfondie de la position de l'entreprise en cause sur le marché concerné.

Dans son mémoire en duplique, la partie étatique réfute cette argumentation en se référant en substance à la position du Conseil de la concurrence et aux moyens développés dans le mémoire en réponse. S'agissant plus spécifiquement de la définition d'un marché des offres multi-produits, la partie étatique estime que la définition des marchés opérés par le Conseil de la concurrence serait conforme au droit de l'Union européenne, le marché de produits ou de services comprenant suivant la jurisprudence tous les produits ou services que les consommateurs considèrent comme substituables en raison de leur caractéristiques, de leurs prix et de l'usage auquel ils sont destinés, en faisant valoir que l'internet, la téléphonie fixe et la téléphonie mobile auraient des caractéristiques et usages individuels et distincts, de sorte à constituer des marchés distincts, la partie étatique soulignant que plus particulièrement par rapport à la téléphonie fixe et la téléphonie mobile la Commission aurait toujours considéré ces services comme relevant de marchés distincts. La partie étatique donne encore à considérer que la Commission et les autorités nationales de concurrence n'auraient jamais conclu à un marché multi-produits de télécommunications dans leur pratique décisionnelle et auraient toujours défini des marchés individuels pour chaque service, l'EPT ayant d'ailleurs vigoureusement défendu cette même définition de marché dans ses observations d'octobre 2007. Par ailleurs, le Conseil de la concurrence aurait motivé sa décision en retenant la substituabilité des offres groupées avec les services individuels sous-jacents. Enfin, la partie étatique souligne que suivre la thèse défendue par l'EPT impliquerait que ce ne serait pas la structure commerciale de l'offre, mais la demande qui serait déterminante pour définir un marché, approche qui serait sans précédent.

3.2.3. Quant aux critiques de l'EPT s'agissant de l'analyse des rabais de couplage

Position des parties

L'EPT reproche au Conseil de la concurrence d'avoir appliqué un test d'éviction par composante alors que d'après elle, le test portfolio serait le test normal pour déterminer l'existence ou non d'un rabais de couplage anticoncurrentiel. Ce serait dès lors de façon illégale que le Conseil de la concurrence a rejeté l'approche portfolio pour les années 2006 et 2007.

De surcroît, il aurait fait une application incorrecte de l'approche par composante.

L'EPT estime en effet qu'en l'espèce seul un test d'éviction suivant une approche portfolio aurait été valable. En effet, lorsque les concurrents de l'entreprise dominante commercialisent également des offres groupées, le test des rabais de couplage à appliquer devrait être mené non pas sur un seul segment de produits, mais bien sur le groupe de produits dans son ensemble, suivant l'approche portfolio. Cette approche aurait été confirmée par la jurisprudence européenne⁶⁷, par la Commission européenne⁶⁸, par les autorités

⁶⁷ Affaires *Telefonica* et *Deutsche Telekom*.

⁶⁸ Points n° 59 et 61 de la Communication de la Commission.

nationales de la concurrence lorsqu'elles sont appelées à statuer sur la licéité de rabais en lien avec des offres groupées⁶⁹ et par le Conseil de la concurrence lui-même⁷⁰.

D'autre part, suivant l'EPT, l'écoulement d'un délai excessif empêcherait toute conclusion d'abus, compte tenu des principes d'attente légitime et de sécurité juridique.

Par ailleurs, l'EPT invoque l'illégalité de l'argument statistique tenant au ratio du nombre d'abonnements à l'Internet large bande vendu dans et hors Integral. Conformément à la pratique administrative et à la jurisprudence européenne et nationale⁷¹, le seul critère permettant de justifier l'application du test par composante ou de manière globale serait fonction du caractère répliquable ou non de l'offre multi-produits, répliquabilité qui serait donnée en l'espèce. Ce ne serait pas le volume statistique d'offres multi-produits effectivement vendues qui serait pertinent, mais la possibilité qu'ont les concurrents de vendre de telles offres. L'argument statistique tenant au ratio du nombre d'abonnements à l'Internet large bande vendu dans et hors Integral serait donc illégal. Cet argument, qui ne connaîtrait d'ailleurs aucun précédent en la matière, reposerait sur le postulat selon lequel l'offre Integral procéderait d'une stratégie de consolidation de sa position sur le mobile, alors que les données factuelles produites par elle montreraient que tel n'est pas le cas. Ce critère statistique serait en outre fondamentalement arbitraire et dépourvu de toute crédibilité, aussi bien économique que juridique et aurait même des effets anticoncurrentiels.

De même, le Conseil de la concurrence aurait commis des erreurs dans l'application de l'approche par composante, de sorte que le test par composante tel qu'appliqué en l'espèce ne serait pas conforme au test par composante tel qu'appliqué par la Commission européenne⁷².

Contrairement aux calculs présentés dans la décision litigieuse, qui imputeraient la valorisation de toutes les remises sur les seuls revenus mobiles de l'offre Integral, une application correcte de l'approche par composante aurait exigé que les remises soient ventilées par composante et que ne soient attribuées aux coûts et revenus pris en compte que les ristournes octroyées pour la composante mobile. L'approche préconisée par le Conseil de la concurrence serait d'ailleurs contraire à toute logique économique.

D'autre part, la décision contiendrait des erreurs dans la manière dont le critère statistique est appliqué, tant s'agissant de la durée de la période visée qu'en ce qui concerne les calculs.

De plus, les calculs prendraient en compte la valeur théorique des rabais et non pas leur valeur réelle. Il en résulterait que la valeur des rabais serait artificiellement gonflée dans le test de rabais de couplage reproduit dans la décision et que ses résultats seraient, en conséquence, erronés.

Ensuite, ce ne serait pas à partir de janvier 2008 mais bien à partir de janvier 2007 que le nombre de clients Integral aurait dépassé le nombre de clients large bande « hors Intergral ».

⁶⁹ Par références au Conseil belge de la concurrence et à l'autorité britannique *Ofcom*.

⁷⁰ Avis à l'ILR des 28 août 2013 et 2 mai 2014.

⁷¹ Points n° 61 de la Communication de la Commission ; affaires *Telefonica* et *Deutsche Telekom*.

⁷² Orientation sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 TCE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes.

Enfin, l'EPT souligne qu'elle aurait produit devant le Conseil de la concurrence l'ensemble des calculs démontrant qu'il n'existait aucun rabais anticoncurrentiel pendant la période 2006 et 2007.

L'Etat conclut au rejet de ces moyens.

Au-delà du moyen suivant lequel les moyens invoqués par l'EPT en ce qui concerne les rabais de couplage seraient inopérants au motif que les rabais Integral procéderaient d'une violation *per se* du droit de la concurrence ne nécessitant pas la démonstration d'effets anticoncurrentiels réels, moyen que le tribunal vient de rejeter ci-avant, l'Etat explique, d'une part, la justification du test utilisé pour conclure à l'existence d'un rabais de couplage entre 2006 et 2007 et, d'autre part, prend position sur l'application de ce test.

S'agissant de la justification du test par composante, l'Etat fait en premier lieu valoir que les moyens de l'EPT seraient inopérants puisqu'ils auraient trait à une partie surabondante de la décision. Comme l'EPT se serait rendue coupable de rabais multi-produits ayant par nature des effets d'exclusion, au vu de la jurisprudence de la CJUE et du TUE⁷³, il ne serait pas requis d'établir les effets réels anticoncurrentiels de ce mécanisme, l'Etat soulignant que l'application de ce test aurait même eu pour effet de réduire la durée de l'infraction finalement retenue.

En second lieu, l'Etat invoque la marge d'appréciation dont disposeraient les autorités de concurrence, pour soutenir que le Conseil de la concurrence aurait été libre d'appliquer le test de répliquabilité de son choix et n'aurait pas été tenu par l'application d'un test portfolio. A cet égard, il soutient que la Communication de la Commission sur l'application de l'article 102 TFUE invoquée par l'EPT n'aurait aucune force contraignante, serait de surcroît postérieure aux années 2006 et 2007, et proposerait en tout état de cause plusieurs tests à titre d'exemples. Dans le même ordre d'idées, l'Etat conteste que la méthode portfolio soit une règle appliquée par la pratique administrative et la jurisprudence européenne et nationale⁷⁴.

La partie étatique précise que le Conseil de la concurrence se serait basé sur le point 41 des orientations de la Commission et sur un article du professeur Nalebuff, transposant la notion de « prix effectif » mentionné par la Commission à une situation impliquant plusieurs marchés.

L'Etat souligne que le Conseil de la concurrence n'aurait pas appliqué un test par composante au sens où l'EPT l'entend, mais aurait appliqué « *un test d'éviction, dans le but d'examiner les effets potentiels d'éviction de la pratique des rabais de couplage sur le marché de la téléphonie mobile visé par l'entreprise en position dominante* ».

Par rapport à l'argumentation de l'EPT fondée sur le fait que dans un avis à l'ILR le Conseil de la concurrence aurait préconisé le test portfolio, l'Etat donne à considérer que cet avis se rapporterait au marché en 2013 et non pas à la période litigieuse.

Au-delà de l'argumentation suivant laquelle le moyen de l'EPT critiquant le test employé serait inopérant et de l'affirmation que le Conseil de la concurrence n'aurait pas été

⁷³ Affaire *Tomra* et *Intel Corp.* précitées.

⁷⁴ En citant l'affaire *Telefonica* et le point n°41 de la Communication de la Commission.

obligé de suivre le test portfolio, non seulement en raison du pouvoir d'appréciation dans le choix des tests et méthodes dont disposeraient les autorités de concurrence, mais encore du fait que les tests appliqués seraient conformes aux orientations de la Commission sans que ses propres avis le lient à cet égard, la partie étatique souligne, en troisième lieu, qu'il ne serait pas démontré que les concurrents de l'EPT aient été techniquement en mesure de répliquer l'offre Integral pendant les années 2006 et 2007.

Enfin, et en quatrième lieu, l'Etat justifie le choix du critère statistique employé pour mener un test de couplage sur deux périodes et de deux manières différentes. A cet effet, il rappelle les passages de la décision relatifs à l'évolution du marché des offres groupées. D'après l'Etat, le critère statistique serait objectif, mesurable et logique.

Finalement, l'Etat, tout en reconnaissant n'avoir pas considéré les statistiques plus précises du nombre de clients fournies par l'EPT, fait valoir que le moyen afférent aurait perdu sa pertinence, au motif que dans ses observations présentées en réponse à la Communication des griefs, l'EPT n'avait pas soulevé cette erreur.

S'agissant, d'autre part, de l'application du test par composante, après avoir rappelé son argumentation fondée sur une violation *per se*, l'Etat reprend les motifs avancés dans la décision litigieuse pour soutenir que le marché mobile aurait, parmi les marchés en présence, été le seul marché contestable par les concurrents de l'EPT et aurait constitué pour ceux-ci une porte d'entrée suivant la théorie de l'échelle des investissements.

L'EPT aurait utilisé sa position sur les marchés fixes (contrôle de 99% des lignes fixes en 2005) afin de lier la clientèle de la téléphonie mobile. L'Etat donne à considérer que face à une telle situation, les concurrents auraient dû proposer un prix pour la téléphonie mobile qui soit en mesure de compenser le client potentiel pour l'intégralité des rabais Integral.

L'Etat refuse ensuite d'accorder une quelconque pertinence aux éléments de preuve matériels avancés par l'EPT pour démontrer que l'offre Integral ne visait pas à renforcer sa position sur le mobile, au motif que l'existence d'une stratégie d'éviction anticoncurrentielle ne serait pas nécessaire pour conclure à un abus de position dominante. Par contre, la partie étatique produit des factures de l'EPT, qui démontreraient que celle-ci s'adressait à ses clients Internet afin de les gagner comme clients en téléphonie mobile.

En ce qui concerne les calculs opérés par le Conseil de la concurrence, l'Etat soutient que les calculs effectués par l'EPT et les preuves de l'absence de rabais anticoncurrentiels fournies seraient inopérants car basés sur la méthode portfolio. Il réfute encore l'argumentation de l'EPT fondée sur la différence entre la valeur théorique et la valeur réelle des rabais, et ajoute que même si les calculs comportaient certaines erreurs factuelles relatives aux différents profils de consommation, celles-ci ne modifieraient pas les résultats du test d'éviction dans son ensemble.

L'EPT réplique en concluant à l'illégalité de l'approche par composante utilisée par le Conseil de la concurrence pour les années 2006 et 2007, en se référant à la jurisprudence européenne et à la Communication de la Commission en la matière et en soulignant que l'application du test par composante et du test portfolio ne relèverait pas du libre choix des autorités de concurrence, mais qu'il s'agirait d'un test de répliquabilité alternatif et obligatoire dont la portée dépendrait de la question de savoir si les concurrents offrent également des

groupes de produits identiques. En l'espèce, tous les services fournis au sein de l'offre Integral auraient été accessibles aux concurrents en 2006 et 2007, de sorte que le Conseil de la concurrence aurait dû appliquer un test de rabais de couplage sur base agrégée. L'EPT reproche au Conseil de la concurrence d'avoir utilisé un test « *rafistolé* » ayant trait à la matière des rabais de fidélité, alors que la Communication de la Commission consacrerait une section spécifique aux tests de couplage. Tout en admettant que la Communication de la Commission ne lierait pas formellement le Conseil de la concurrence, celui-ci aurait pourtant l'obligation d'en tenir le plus grand compte en vue d'assurer une application uniforme des règles de la concurrence au niveau européen.

L'EPT reproche encore à la partie étatique de faire une distinction entre test d'éviction et test par composante, alors que tant le test par composante que le test portfolio seraient des tests d'éviction, dans la mesure où ils auraient tous les deux pour objet de déterminer si les rabais Integral sont susceptibles de présenter des effets d'éviction. La différence entre ces tests résiderait essentiellement en un élément de méthode tenant au niveau d'agrégation des tests d'éviction. Dans le test portfolio, le calcul porterait sur l'ensemble des coûts et revenus générés par les trois composantes de l'offre Integral, tandis que dans le test par composante, le calcul n'inclurait que les revenus générés par les services mobiles.

Par ailleurs, l'EPT se réfère à la confirmation par le Conseil de la concurrence de la pertinence du test portfolio par la suite dans ses avis adressés à l'IRL.

L'EPT souligne ensuite que l'entièreté du portefeuille de ses services aurait été répliquable au moyen de ses offres de gros au courant de la période litigieuse, tout en donnant à considérer que cette répliquabilité technique aurait d'ailleurs été constatée par le Conseil de la concurrence puisqu'il aurait rejeté les motifs tirés d'un refus de vente et de ciseaux tarifaires en lien avec l'offre de revente de l'abonnement.

L'EPT affirme que le seul critère déterminant pour le niveau d'agrégation du test à mener serait fonction de la répliquabilité de l'offre multi-produits, tout en reprochant au Conseil de la concurrence d'avoir pris en considération comme critère l'évolution du marché pour les offres groupées. Elle ajoute que dès que les concurrents auraient la possibilité de proposer les offres multi-produits, une nouvelle dynamique concurrentielle se créerait et la concurrence se jouerait entre offres multi-produits, sans qu'il ne soit nécessaire de fixer un point précis dans le temps marquant le basculement de la dynamique concurrentielle. Il s'ensuivrait que le nombre de clients ayant souscrit à une offre isolée et celui de ceux ayant souscrit à une offre groupée ne serait d'aucune pertinence pour apprécier l'existence d'une concurrence entre offre multi-produits.

Enfin, par rapport à ses critiques tenant à l'application du test par composante, l'EPT souligne que la partie étatique reconnaîtrait que le Conseil de la concurrence n'avait pas tenu compte des séries mensuelles statistiques du nombre de clients fournies par elle-même.

Au-delà de ses critiques quant à la légalité de l'approche par composante utilisée par le Conseil de la concurrence pour la période des années 2006 et 2007, l'EPT affirme, en second lieu, qu'elle n'aurait eu aucune stratégie de renforcement sur le marché du mobile en utilisant par un effet de levier ses assises sur les réseaux fixes. A cet égard, elle souligne que l'ensemble des marchés concernés par l'offre Integral auraient été ouverts à la concurrence, tout en donnant à considérer qu'elle serait un opérateur verticalement intégré et régulé,

soumis à une obligation réglementaire de fournir l'accès à son réseau fixe. Dès lors, les opérateurs alternatifs auraient été en mesure d'offrir les services de téléphonie fixe et internet sur base de ses offres d'accès de gros.

La nature commerciale de l'offre Integral aurait été conçue comme une offre multi-produits de façon à promouvoir l'ensemble des composantes de l'offre. Au moment de son lancement cette offre aurait visé surtout à augmenter le taux de pénétration de l'internet large bande qui aurait été en phase de développement à l'époque. L'argumentation étatique suivant laquelle son but aurait été celui de développer sa position sur le marché du mobile serait encore contredite par la considération qu'elle aurait subi des pertes de marché conséquentes sur le segment mobile pendant la période litigieuse au profit de ses concurrents.

En troisième lieu, l'EPT épingle des erreurs dans les calculs opérés par le Conseil de la concurrence et souligne que l'Etat n'aurait pas pris position par rapport à cette argumentation.

Dans sa duplique, l'Etat renvoie en substance à son mémoire en réponse et insiste, pour le surplus, sur l'incidence de la jurisprudence *Hoffmann-La Roche* relative aux rabais de fidélité et en soulignant que le test employé par le Conseil de la concurrence pour la période de 2006 et 2007 reposerait sur les notions de prix effectifs et de rabais anti-concurrentiels développées par la Commission dans ses orientations de 2009⁷⁵ et, d'autre part, sur un article de doctrine. La partie étatique rappelle, par ailleurs, son argumentation suivant laquelle le Conseil de la concurrence aurait eu une marge d'appréciation dans le choix du test, en faisant valoir qu'il n'y aurait pas un seul test obligatoire tel que cela ressortirait des orientations de la Commission, orientations qui de plus ne lieraient pas le Conseil de la concurrence. Par ailleurs, l'Etat met en doute l'argumentation de l'EPT suivant laquelle elle n'aurait pas cherché, via l'offre Integral, à se renforcer principalement sur le marché de téléphonie mobile, au motif que, vu les parts de marché sur la téléphonie fixe et l'internet, l'EPT n'aurait eu aucun intérêt substantiel de consolider ses positions sur ces marchés. L'EPT n'aurait d'ailleurs présenté aucune justification économique et objective permettant de comprendre l'inclusion de la téléphonie mobile pour consolider une position sur les services de téléphonie fixe et internet.

D'autre part, l'Etat fait valoir que si le Conseil de la concurrence avait préconisé dans un avis à l'ILR en 2013 un certain test pour la prévention *ex ante* de ciseaux tarifaires, ceci ne l'obligerait pas de choisir le même test pour les rabais multi-produits pendant la période de 2006 à 2007. S'agissant du moment du changement du test, l'Etat fait valoir que le Conseil de la concurrence aurait même pu appliquer le test portfolio plus tard, à savoir seulement à partir du 6 février 2008, au moment où il y aurait eu pour la première fois une offre de gros régulée sur le marché de gros d'accès au réseau fixe et que les concurrents auraient pu offrir des services de téléphonie fixe et internet. Pourtant, le Conseil de la concurrence aurait choisi de privilégier le dynamisme et la réalité du marché pour opter pour un autre test un peu plus tôt, choix qui aurait donc été plus favorable pour l'EPT.

⁷⁵ Points 41, 59 et 60 de la Communication de la Commission.

3.2.4. Quant au moyen fondé sur une absence d'analyse des effets

Arguments des parties

L'EPT affirme que, contrairement à la communication des griefs, le Conseil de la concurrence n'aurait procédé à aucune analyse des effets de l'offre Integral sur le marché, ce qui serait en contradiction avec la pratique et la jurisprudence européennes et nationales, qui adopteraient une approche économique basée sur les effets anticoncurrentiels de la pratique en cause⁷⁶. Cette lacune serait d'autant plus incompréhensible que, pour d'autres abus allégués, le Conseil de la concurrence se serait expressément basé sur l'absence d'effet anticoncurrentiel pour rejeter le grief.

Par ailleurs, l'examen d'une éventuelle violation de l'article 102 TFUE comporterait nécessairement une mise en balance des effets pro-concurrentiels et des effets anticoncurrentiels de la pratique en cause. Ce ne serait que lorsque les effets anticoncurrentiels supplanteraient les effets pro-concurrentiels que l'autorité conclurait à une violation du droit de la concurrence. Dans l'affaire *Post Danmark*, la CJUE aurait expressément invoqué la possibilité pour une entreprise en position dominante de justifier son comportement soit qu'il ait été objectivement nécessaire, soit que l'effet d'éviction pourrait être contrebalancé par des avantages en termes d'efficacité profitant aux consommateurs. En matière de rabais multi-produits, cette règle serait d'autant plus importante que les rabais auraient des effets pro-concurrentiels tant pour les entreprises (gains d'efficacité) que pour les consommateurs (réductions de prix). L'OCDE définirait d'ailleurs la vente groupée et liée comme « *des pratiques courantes même chez les entreprises qui n'ont pas de pouvoir de marché, et reflètent en général des efficacités ou un comportement concurrentiel que la politique de concurrence entend promouvoir* ». La Communication sur l'application de l'article 102 TFUE consacrerait également une section spécifique aux gains d'efficacité que peuvent entraîner des rabais multi-produits.

Dans son mémoire en réponse l'Etat argumente que dès lors que les rabais de l'offre Integral constitueraient une violation *per se* du droit de la concurrence, aucune analyse des effets ne serait requise, argumentation que le tribunal vient de rejeter ci-avant.

Il affirme, pour le surplus, que le Conseil de la concurrence aurait examiné les effets, en l'occurrence dans la section 7.4.4 traitant du test de rabais de couplage. L'Etat avance également que les références à la réussite commerciale de l'offre Integral, aux barrières à l'entrée et à la stabilisation de la part de marché de l'EPT sur le mobile faites dans la décision, seraient des indices des effets anticoncurrentiels concrets de l'offre Integral sur le marché. Enfin, l'Etat soutient avoir tenu compte des effets pro-concurrentiels de l'offre Integral comme circonstance atténuante réduisant l'amende infligée à l'EPT.

Dans son mémoire en réplique, l'EPT passe en revue, s'agissant de la question des effets sur le marché, l'évolution de la jurisprudence de la CJUE à partir d'une approche formaliste vers une approche plus économique, ces explications ayant été relevées par le tribunal ci-avant à propos de l'argumentation fondée sur une violation *per se* du droit de la concurrence. L'approche formaliste se fonderait sur une classification des pratiques en fonction de leur forme pour présumer que, par nature même, ces pratiques seraient anti-

⁷⁶ Par référence à la Communication de la Commission, à l'affaire *Post Danmark* du 27 mars 2012 et aux approches des autorités françaises de la concurrence.

concurrentielles, alors que l'approche par les effets mettrait l'accent sur les effets d'exclusion des rabais et chercherait à identifier une théorie du dommage concurrentiel. Ce serait cette dernière approche qui prévaudrait actuellement.

L'EPT souligne ensuite que la partie étatique opérerait un raccourci erroné dans son analyse puisque l'existence d'un effet fidélisant ne signifierait pas automatiquement un abus de position dominante, puisqu'il faudrait, en outre, pour qu'un effet fidélisant puisse être considéré comme anticoncurrentiel, qu'il ait pour effet de réduire de manière notable la part du marché potentiellement accessible aux concurrents, cette argumentation ayant été relevée ci-avant par le tribunal à propos de l'argumentation de l'EPT face au moyen de l'Etat fondé sur une violation *per se* du droit de la concurrence.

D'autre part, l'EPT reproche au Conseil de la concurrence une confusion entre les effets d'éviction potentiels et les effets d'éviction réels.

Il existerait en effet plusieurs standards de preuve en ce qui concerne la nature des effets d'éviction que l'autorité devrait démontrer afin de conclure à un abus de position dominante. Il s'agirait, en substance, des effets potentiels ou probables d'éviction, ou encore la « *capacité* » pour le comportement en cause de restreindre la concurrence, souvent opposée aux effets réels, avérés, concrets ou encore actuels d'éviction observés sur le marché. L'Etat ferait un amalgame entre ces différents types d'effets et, par conséquent, entre les différents standards de preuve à retenir en ce qu'il soutient que l'approche *per se* dispenserait de toute analyse des effets d'éviction, même probables ou potentiels, de l'offre Integral, que le test de répliquabilité porterait sur « *les effets concrets et avérés d'éviction* » de l'offre Integral et qu'aucun effet réel d'éviction ne devrait être démontré en l'espèce.

L'EPT conclut que le constat d'abus de position dominante passerait nécessairement par une appréciation et une démonstration des effets anticoncurrentiels. S'il n'était pas nécessaire de prouver des effets d'éviction réels ou encore existants, la démonstration d'un effet anticoncurrentiel potentiel serait à tout le moins une condition nécessaire de l'abus, étant entendu que cette démonstration ne devrait pas avoir un caractère purement hypothétique.

L'EPT reproche ensuite à la partie étatique de ne pas avoir répondu à ses contestations selon lesquelles le Conseil de la concurrence n'aurait opéré aucune analyse des effets anticoncurrentiels réels de l'offre Integral sur le marché. En effet, les tests de rabais de couplage décrits par le Conseil de la concurrence ne viseraient pas à examiner les effets d'éviction réels de l'offre Integral, mais permettraient seulement d'apprécier si l'offre Integral est susceptible de produire un effet d'éviction. L'EPT souligne ensuite que les passages de la décision litigieuse cités par la partie étatique pour décrire l'effet de l'offre Integral sur le marché ne seraient pas pertinents.

Enfin, l'EPT reproche à la partie étatique d'avoir fait intervenir les effets pro-concurrentiels de l'offre Integral seulement au stade de l'amende et non pas au stade de la caractérisation de l'abus.

Dans son mémoire en duplique, la partie étatique reprend en substance les explications exposées dans son mémoire en réponse ainsi que dans la décision du Conseil de la concurrence.

La partie étatique souligne, par ailleurs, que la démonstration des effets réels sur le marché ne serait pas une condition à la conclusion d'un abus de position dominante pour une pratique de rabais à effet fidélisant, tel que cela ressortirait d'une jurisprudence établie et constante de la CJUE, en se référant à cet égard également à l'arrêt *Post Danmark II*, de sorte qu'il suffirait que la pratique incriminée ait un effet potentiel sur la concurrence. Or, en l'espèce, les rabais de fidélité de l'offre Integral auraient eu un effet potentiel sur la concurrence, l'Etat se référant à ses explications fournies dans le cadre de son argumentation d'une violation *per se* du droit de la concurrence, tout en soulignant qu'il ne se serait pas référé à une infraction *per se* sans considération d'un effet potentiel.

La partie étatique affirme encore que le Conseil de la concurrence aurait examiné les effets d'éviction sous la section intitulée « *Les effets de la pratique des rabais de couplage* », tout en soulignant que le test d'éviction appliqué montrerait que les concurrents de l'EPT sur le marché mobile n'auraient pas pu compenser les rabais proposés par l'EPT. Il en résulterait un effet d'éviction potentiel, sans que le Conseil de la concurrence ait eu l'obligation d'effectuer une analyse plus approfondie de l'effet de l'offre Integral. Pareillement, par rapport à la jurisprudence requérant que toutes les circonstances d'une affaire doivent être appréciées, la partie étatique souligne que le Conseil de la concurrence aurait retenu divers éléments dans sa décision en renvoyant aux considérants n° 193 et 196, à l'incitation au consommateur de s'abonner à l'offre Integral, au fonctionnement de l'offre et à la structure des marchés concernés. Le Conseil de la concurrence aurait montré que les rabais à effets fidélisant pratiqués par l'EPT auraient clairement eu un effet néfaste pour les concurrents, la partie étatique soulignant que la part de marché pour la téléphonie mobile de l'EPT n'aurait pas été en baisse et que, par ailleurs, l'entière de la demande pour les services concernés n'aurait pas été ouverte à la concurrence pendant toute la période concernée puisqu'il n'aurait pas existé d'offres de gros régulées pour l'accès au réseau téléphonique avant le règlement ILR de février 2008. D'autre part, les effets pro-concurrentiels mis en avant par l'EPT ne concerneraient que les consommateurs, mais ne diminueraient pas le constat d'un effet anticoncurrentiel pour la concurrence et donc, à terme, également pour les consommateurs.

3.2.5. Quant aux critiques visant l'amende telle qu'appliquée

Arguments des parties

Dans la mesure où le Conseil de la concurrence conclurait erronément à l'existence d'un abus de rabais de couplage, l'imposition d'une amende n'aurait pas lieu d'être. Toutefois, à titre subsidiaire et dans l'hypothèse où le tribunal devait conclure à l'existence d'un abus, l'EPT estime que tant le principe que le montant de l'amende ne se justifient pas, pour les raisons suivantes:

- La longueur excessive de la procédure constituerait une violation du droit à être jugé dans un délai raisonnable dont la conséquence devrait être l'absence de sanction ou, à tout le moins, la diminution du montant de l'amende ;
- Conformément au Règlement 1/2003, le Conseil de la concurrence ne pourrait infliger une amende pour infraction imprévisible. Or, au vu du caractère inédit de l'abus de rabais de couplage sanctionné en l'espèce, l'EPT n'aurait légitimement pu prévoir que l'offre Integral serait jugée contraire au droit de la concurrence ;
- En n'apportant aucune justification ni au coefficient de gravité de 5 % retenu pour la fixation de l'amende, ni aux raisons pour lesquelles il se départirait de sa

jurisprudence antérieure ainsi que du niveau d'amende retenu dans la Communication des griefs, le Conseil de la concurrence n'aurait pas respecté l'obligation de motivation ;

- Etant donné que, sur base des données communiquées par l'EPT au Conseil *in tempore non suspecto*, le fait constitutif de l'infraction se serait produit en 2007 et non en 2008 (vu le « basculement » du nombre de clients Internet large bande dans et hors Integral), la période litigieuse devrait être ramenée à la seule année 2006, avec pour conséquence l'application d'un coefficient de durée de 1 et non pas 2 ;
- Au regard de l'amende indiquée dans la Communication des griefs et de la jurisprudence du Conseil de la concurrence, le montant de l'amende apparaîtrait excessif et incompatible avec le principe de proportionnalité. La décision litigieuse serait en effet la première décision de condamnation pour abus de position dominante et l'amende qu'elle inflige à l'EPT serait l'amende la plus élevée jamais prononcée par le Conseil de la concurrence.

L'Etat conclut au rejet de l'ensemble de ces moyens.

3.2.6. Appréciation du tribunal par rapport à l'ensemble des moyens tenant à la méthodologie employée par le Conseil de la concurrence

Tel que cela a été retenu ci-avant, le constat d'une violation de l'article 82 TCE présuppose de prime abord la définition du marché pertinent, ensuite l'examen de l'existence d'une position dominante sur ce marché et, enfin, le constat d'une exploitation abusive de cette position dominante.

Le tribunal retient que les critiques formulées en ordre principal par l'EPT à l'appui de son recours ont essentiellement pour objet la méthodologie employée par le Conseil de la concurrence pour retenir une violation de l'article 82 TCE, et qui ont essentiellement trait à la définition du marché pertinent, au test à appliquer pour l'analyse des rabais de couplage et à l'analyse des effets de l'offre Integral sur le marché, l'EPT argumentant en substance que l'approche adoptée par le Conseil de la concurrence à ces différents niveaux ne serait pas conforme à la jurisprudence européenne et à la position de la Commission, de sorte que nécessairement, la conclusion tirée par le Conseil de la concurrence quant à une violation du droit de la concurrence reposerait sur des prémisses erronées.

A cet égard, force est à titre liminaire au tribunal de constater que le Conseil de la concurrence a déclaré utiliser la méthodologie la « *plus fréquemment utilisée* » et qui se base sur les concepts établis par la Commission européenne dans sa Communication sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence de 1997⁷⁷. D'autre part, le tribunal constate qu'à divers endroits de la décision, le Conseil de la concurrence s'est référé à la Communication de 2009⁷⁸, de manière à retenir qu'il n'était *a priori* pas dans son intention de s'en départir. Si dès lors, de l'avis du Conseil de la concurrence, plus particulièrement la Communication de 2009 de la Commission et les lignes d'orientation y contenues sont susceptibles de trouver application en l'espèce, il est d'autant plus surprenant qu'à l'heure actuelle, l'Etat entend se départir des principes consacrés dans la

⁷⁷ Point n° 22 de la décision du Conseil de la concurrence.

⁷⁸ Cf. plus particulièrement points 48 et 142 et suivants, 151 et 173.

Communication, en adoptant une position diamétralement opposée à l'approche économique préconisée par la Commission, à savoir en fondant son argumentation principalement sur l'approche d'une violation *per se* de l'article 82 TCE dont le caractère non fondé a été retenu ci-avant par le tribunal.

Tel que cela a été retenu ci-avant, s'il est vrai que la Communication de 2009 n'est pas contraignante, la CJUE ayant d'ailleurs eu l'occasion de souligner dans l'affaire *Post Danmark II* que la pratique administrative poursuivie par la Commission ne s'impose pas aux autorités de la concurrence et aux juridictions nationales⁷⁹, elle est pourtant le reflet de la tendance actuelle de la Commission relativement à l'application de l'article 82 TCE devenu l'article 102 TFUE, s'orientant vers une approche économique, et ne saurait dès lors être ignorée par le tribunal, étant d'ailleurs précisé, tel que le tribunal vient de le relever dans son analyse faite ci-avant de l'argumentation étatique fondée sur une approche d'une violation *per se*, que la jurisprudence récente de la CJUE issue des arrêts *Post Danmark* de 2012 et 2015, précités, s'oriente également vers une approche économique. S'y ajoute que si la partie étatique, dans le cadre de la procédure contentieuse, semble se départir de cette Communication, il n'en reste pas moins que le Conseil de la concurrence s'y est expressément référé dans la décision litigieuse ainsi que dans des avis de 2013 et 2014 à l'ILR.

Dans ces conditions, le tribunal est amené à retenir que si la Communication ne s'impose pas à lui, il est amené à s'orienter, dans le cadre de son analyse, aux recommandations y décrites, à l'instar de l'approche du tribunal dans l'affaire ayant donné lieu au jugement du tribunal du 30 mars 2015, n° 33903a du rôle.

C'est au niveau de la définition du marché pertinent que se situe une des critiques formulées par l'EPT, qui estime que ce serait à tort que le Conseil de la concurrence n'a pas retenu l'existence d'un marché distinct pour les offres multi-produits pour la période de 2006 à 2007, alors qu'il en a retenu l'existence à partir de l'année 2008, et qui lui reproche qu'il n'aurait même pas procédé à sa propre analyse de l'existence d'un tel marché.

La jurisprudence de la CJUE définit la notion de marché concerné (*relevant market*) comme impliquant 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 »⁸⁰. Le marché pertinent est déterminé tant par rapport aux produits en cause, comprenant ainsi tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés, que géographiquement, comprenant le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes⁸¹. S'agissant de la délimitation du marché quant aux produits, la Commission procède à un examen en plusieurs étapes conduisant après une première analyse à un examen fondé sur le concept de substituabilité du côté de la demande, c'est-à-dire des clients, et du côté de l'offre, c'est-à-dire des fournisseurs, consistant à vérifier si les clients, suite à une légère mais constante variation du prix courant, ont la possibilité d'accéder de façon immédiate et efficace à un produit similaire et de vérifier si d'autres fournisseurs ont la

⁷⁹ Arrêt *Post Danmark II* du 6 octobre 2015, considérant n° 52.

⁸⁰ Arrêt *Hoffmann-La Roche*, considérant n° 28.

⁸¹ Cf. aussi communication de la Commission n° 97/C 372/03, sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence.

possibilité de réorienter de façon immédiate et efficace leur production et leur commercialisation sur le marché en cause. Par ailleurs, la Commission tient compte d'un certain nombre d'autres critères, à savoir les résultats d'un examen du passé récent, les résultats issus d'études spécifiques, le point de vue des clients et des concurrents, les préférences des consommateurs, les barrières et les coûts associés à un transfert de la demande vers d'autres produits et les différentes catégories de clients et des prix discriminatoires⁸².

En l'espèce, force est de constater que, de manière générale, le Conseil de la concurrence a, s'agissant de la définition de marché pertinent, adhéré en substance à celle retenue dans la communication des griefs qui, à son tour, reprend les définitions de marché retenues par l'ILR dans le cadre d'une analyse *ex ante*⁸³. Si le Conseil de la concurrence affirme certes qu'il est obligé de définir lui-même le marché en cause et déclare examiner de façon critique si les définitions de marché retenues par l'ILR en tant que régulateur, sont ou restent pertinentes dans la présente affaire⁸⁴, le tribunal relève néanmoins que, s'agissant plus particulièrement de la question de l'existence d'un marché distinct pour les offres multi-produits, il n'a pas procédé à une analyse propre. Sous la section 4.2.5 intitulée « *Offres multi-produits (marché des détails)* »⁸⁵, le Conseil de la concurrence se limite en effet à se référer, d'une part, à la position de l'EPT défendue dans sa note du 8 octobre 2007 soumise au président du Conseil dans le cadre des mesures conservatoires, qui à ce moment-là arguait qu'il n'existait pas de marché distinct des offres multi-produits, et à affirmer, d'autre part, qu'une application rapide d'un test de substituabilité montrerait que l'offre groupée pourrait être facilement substituée par les services qui la composent pris séparément, en se référant à cet égard à la décision du président du Conseil prise en 2008 et à des informations reçues de la part d'autres autorités de concurrence européennes dans le cadre du réseau européen des autorités de concurrence, sans toutefois procéder à un examen propre de la substituabilité, que ce soit entre les offres multi-produits elles-mêmes, ou entre les offres multi-produits et les offres individuelles. Tout en soulignant que suivant la communication des griefs, la question d'un marché distinct des offres multi-produits serait controversée vu l'évolution des marchés en raison de la prolifération et des caractéristiques propres de ce type d'offres groupées dans le secteur des communications électroniques et en se référant, par ailleurs, au point 61 de la Communication de la Commission visant parmi les rabais multi-produits l'hypothèse d'un marché distinct des offres multi-produits et se référant expressément à l'examen de la répliquabilité comme critère de définition d'un marché distinct⁸⁶, le Conseil de la concurrence a toutefois considéré qu'il n'était pas nécessaire de procéder à une définition du marché en deux temps mais qu'il serait suffisant de retenir la substituabilité des offres groupées avec les services individuels sous-jacents⁸⁷, sans justifier autrement sa position.

Une analyse propre du Conseil de la concurrence aurait pourtant été d'autant plus importante que celle effectuée par l'ILR, sur laquelle le Conseil de la concurrence a déclaré

⁸² Ibidem.

⁸³ Point n° 26 de la décision du Conseil de la concurrence.

⁸⁴ Ibidem, point n° 28.

⁸⁵ Ibidem, points 43 et 44.

⁸⁶ Ibidem, point n° 44; point n° 61 de la Communication « *si les preuves donnent à penser que les concurrents de l'entreprise dominante vendent des groupes de produits identiques ou pourraient le faire rapidement sans en être dissuadés par d'éventuels coûts supplémentaires, la Commission considérera généralement qu'il s'agit d'une concurrence entre groupes de produits, auquel cas il conviendra de se demander, non pas si les recettes marginales couvrent les coûts marginaux de chaque produit groupé, mais bien si le prix du groupe de produits dans son ensemble constitue un prix prédateur.* ».

⁸⁷ Point n° 44 *in fine* de la décision du Conseil de la concurrence.

s'être référé, constitue une analyse *ex ante*, alors que l'appréciation que doit effectuer le Conseil de la concurrence constitue une appréciation *ex post*, c'est-à-dire en prenant en considération un comportement concret d'un opérateur économique donné face à des conditions de marché concrètes, appréciation qui est, en l'espèce, de surcroît intervenue après l'écoulement de 8 ans après la période litigieuse, de sorte que l'analyse *ex ante* n'était plus nécessairement pertinente et aurait aisément pu être complétée par des éléments tenant compte de l'évolution concrète des marchés à partir de l'année 2006.

Or, au regard des éléments à la disposition du Conseil de la concurrence au moment où il a statué, plus particulièrement la question de l'existence d'un marché pour les offres multi-produits était pour le moins litigieuse, - le Conseil de la concurrence ayant identifié l'offre Integral comme une offre groupée ou multi-produits⁸⁸, étant donné qu'il se dégage des pièces soumises au Conseil de la concurrence⁸⁹ que des offres multi-produits émanant d'autres opérateurs étaient lancées dès 2005, l'existence d'offres multi-produits de la part de concurrents étant d'ailleurs reconnue par le Conseil de la concurrence lui-même dans sa décision⁹⁰.

Le simple fait que l'EPT a, à un stade déterminé de la procédure, dénié l'existence d'un marché pour des offres multi-produits, ne dispense pas le Conseil de la concurrence d'effectuer une analyse propre de l'existence d'un tel marché, d'autant plus que la définition d'un tel marché a des incidences sur la détermination de l'existence d'une position dominante, ainsi que sur la méthodologie à appliquer par la suite pour examiner si un abus de position dominante se trouve vérifié.

Il s'ensuit que l'approche du Conseil de la concurrence s'agissant de la définition des marchés pertinents est sujette à critique. Ce constat implique encore que l'analyse subséquente faite quant à l'existence d'une position dominante, indépendamment des contestations des parties quant à la question de savoir sur quel marché la position dominante doit être vérifiée, repose sur des prémisses incorrectes.

S'agissant ensuite de l'examen de l'existence d'un comportement ayant pour effet une éviction préjudiciable pour les consommateurs susceptible d'être qualifié d'éviction anticoncurrentielle⁹¹, l'approche du Conseil de la concurrence et les conclusions qu'il tire de son analyse reposent sur la prémisse que les remises accordées dans le cadre de l'offre Integral seraient à assimiler à des rabais de fidélité au sens de la jurisprudence *Hoffmann-La Roche*, les rabais de fidélité étant définis par cette jurisprudence comme des remises liées à la condition que le client s'approvisionne exclusivement ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise dominante⁹², le Conseil de la concurrence ayant encore appliqué, pour la période litigieuse située de 2006 à 2007, le test d'éviction suivant la méthode par composante.

⁸⁸ Ibidem, point n°134.

⁸⁹ Pièce A 4 des pièces de l'EPT.

⁹⁰ Point n° 192 décision du Conseil de la concurrence.

⁹¹ Communication de la Commission, points 19 et suivants, l'éviction anticoncurrentielle étant définie comme « une situation dans laquelle un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux marchés est entravé ou supprimé sous l'effet du comportement de l'entreprise dominante ».

⁹² Point n° 89.

En effet, le Conseil de la concurrence suit l'analyse faite dans la communication des griefs suivant laquelle les rabais de couplage seraient à qualifier de rabais de fidélité, en se fondant sur la jurisprudence de la CJUE dans les affaires *Hoffmann-La Roche* et *Michelin* et en soulignant que les rabais multi-produits pourraient avoir le même effet restrictif que celui caractérisé pour des rabais de fidélité s'ils incitent les clients à s'approvisionner de façon exclusive auprès de l'entreprise dominante⁹³. Pour justifier cette approche, le Conseil de la concurrence donne à considérer que les rabais de l'offre Integral ne s'appliqueraient qu'à partir du moment où le client s'approvisionne pour l'ensemble des services composant l'offre auprès de l'EPT et que dès que le client avait l'intention de résilier son abonnement sur un seul de ces services, il perdait les avantages financiers sur l'ensemble des services associés à l'offre groupée même s'il restait client pour ces services. Dans ces conditions, l'offre Integral inciterait le client à s'approvisionner exclusivement auprès de l'EPT. En constatant que l'EPT occuperait une position dominante sur le marché de détail de l'accès au réseau téléphonique fixe et sur le marché de détail d'accès à l'internet large bande, le Conseil de la concurrence estime que les conditions posées par la Commission pour permettre de retenir comme abusives des ventes groupées seraient remplies, en se référant à cet égard aux points 49 et 50 de la Communication⁹⁴.

Or, en opérant une assimilation entre rabais de couplage et rabais de fidélité se caractérisant par un approvisionnement exclusif, et en procédant à un test d'éviction suivant la méthode par composante, le Conseil de la concurrence a ignoré les lignes directrices contenues dans la Communication de la Commission, qu'il déclare pourtant lui-même vouloir suivre.

A titre liminaire, le tribunal relève que, tel que cela a été souligné à juste titre par l'EPT, et tel que le Conseil de la concurrence l'a retenu lui-même, les rabais de couplage s'appliquent à plusieurs produits distincts, offrant des remises ou des rabais subordonnés à l'achat de deux produits différents, alors que les rabais de fidélité s'appliquent sur un ou plusieurs produits d'un même marché⁹⁵ et récompensent l'achat supplémentaire de produits d'un même marché. Il s'ensuit qu'il s'agit de deux types de rabais différents qui *a priori* ne sont pas assimilables tels quels.

L'argumentation de la partie étatique repose sur la prémisse que les rabais de l'espèce seraient à assimiler à des rabais d'exclusivité, de sorte qu'il convient d'examiner cette approche au regard plus particulièrement de la pratique administrative de la Commission et de la jurisprudence européenne.

Quant à la qualification des rabais de l'offre Integral et de la méthodologie à appliquer afin d'examiner l'existence d'un effet d'éviction préjudiciable, force est de constater que la Commission distingue, s'agissant des pratiques d'éviction fondées sur le prix, entre, d'une part, les accords exclusifs et, d'autre part, les ventes liées et groupées.

Les accords exclusifs visent, suivant la Commission, soit des obligations d'achat exclusif impliquant que le consommateur lié par une telle obligation doit s'approvisionner

⁹³ Point n° 142 de la décision du Conseil de la concurrence.

⁹⁴ Communication de la Commission, point n° 50 : « *En principe, la Commission interviendra au titre de l'article 82 lorsqu'une entreprise occupe une position dominante sur le marché liant et que les conditions suivantes sont également réunies : i) les produits liants et liés sont des produits distincts et ii) la vente liée est susceptible de déboucher sur une éviction anticoncurrentielle* ».

⁹⁵ Point n° 139 de la décision du Conseil de la concurrence.

exclusivement ou dans une large mesure auprès de l'entreprise dominante, correspondant ainsi à la définition des rabais de fidélité donnée par la CJUE dans l'affaire *Hoffmann-La Roche*, soit constituent des rabais conditionnels consistant à accorder aux consommateurs un rabais si ses achats pendant une période donnée dépassent un certain seuil, soit par rapport à la totalité des achats (rabais rétroactif) soit uniquement sur ceux qui dépassent le volume requis pour atteindre le seuil fixé (rabais progressif)⁹⁶.

S'agissant, d'autre part, des ventes liées et groupées, celles-ci constituent, suivant la Commission, une forme distincte de pratique, à côté des accords exclusifs, la vente liée étant définie par la Commission comme étant celle où la vente d'un produit donné (le produit liant) est subordonnée à l'achat d'un autre produit (le produit lié) à l'entreprise dominante. Parmi les ventes liées, la Commission distingue entre les ventes groupées pures, c'est-à-dire celles où les produits ne sont vendus qu'ensemble dans des proportions fixes, et les ventes groupées mixtes appelées encore rabais multi-produits, où les produits sont également disponibles séparément mais où la somme de chacun des produits est supérieure au prix total résultant de la vente groupée⁹⁷.

Par rapport à la catégorie spécifique des ventes liées ou groupées, si la Commission retient que celles-ci sont des pratiques courantes qui visent à proposer aux clients des meilleurs produits ou offres de façon plus économique, impliquant que de telles pratiques ne sont pas condamnées par principe, elle précise toutefois que de telles pratiques peuvent léser les consommateurs si la vente liée ou groupée verrouille le marché des autres produits faisant l'objet de la vente liée ou groupée et indirectement le marché liant. A cet égard, la Commission souligne qu'elle interviendrait lorsque l'entreprise occupe une position dominante sur le marché liant et si les conditions suivantes sont remplies, à savoir, premièrement, que les produits liants et liés sont des produits distincts et, deuxièmement, que la vente liée est susceptible de déboucher sur une éviction anticoncurrentielle.

Par rapport à la première condition, la Commission précise que l'existence de produits distincts serait fonction de la demande des consommateurs, deux produits étant distincts si en l'absence de vente liée ou groupée, de nombreux clients achèteraient ou auraient acheté le produit liant sans acquérir également le produit lié auprès du même fournisseur permettant ainsi une production indépendante du produit liant comme du produit lié⁹⁸.

S'agissant de la deuxième condition tenant à l'existence d'un effet d'éviction anticoncurrentiel, tel que cela a été relevé ci-avant, suivant la Commission, il convient de prendre en considération non seulement les facteurs plus généraux définis par elle sous le point n° 20 de sa Communication et tenant à la position de l'entreprise dominante, aux conditions régnant sur le marché en cause, à la position des concurrents de l'entreprise dominante, à la position des clients ou des fournisseurs d'intrants, à la portée du comportement abusif présumé, aux preuves éventuelles d'une éviction réelle et aux preuves directes d'une stratégie d'éviction, mais encore les facteurs plus spécifiques propres aux ventes liées et groupées, à savoir le caractère durable de la stratégie de vente liée ou groupée, le nombre des produits pour lesquels l'entreprise détient une position dominante, la question de savoir si la vente liée affaiblit la concurrence pour les clients souhaitant acheter le produit lié mais non pas le produit liant, la question de savoir si la vente liée et le produit lié peuvent être utilisés dans des proportions variables comme intrants dans un processus de production,

⁹⁶ Ibidem, points n° 32 et suivants.

⁹⁷ Ibidem, point n° 48.

⁹⁸ Ibidem, point n° 51.

la question de savoir si les prix de l'entreprise dominante sur le marché liant sont réglementés, ainsi que celle de savoir si le produit lié constitue un produit complémentaire important pour les acheteurs du produit liant⁹⁹.

Le tribunal relève encore que la Commission consacre une section spécifique aux rabais multi-produits, par rapport auxquels elle retient qu'un tel rabais « *peut être anticoncurrentiel sur le marché lié ou le marché liant lorsqu'il est si élevé que des concurrents aussi efficaces ne proposant que quelques-uns seulement des composants ne sont pas à même de concurrencer le groupe de produits pour lesquels il est accordé* »¹⁰⁰. S'agissant du test d'éviction à appliquer, la Commission retient que dans cette hypothèse, il convient en principe d'apprécier les effets du rabais en examinant si les recettes marginales couvrent les coûts marginaux de chacun des produits groupés de l'entreprise dominante en adoptant ainsi un test suivant l'approche par composante. En revanche, si les preuves donnent à penser que les concurrents de l'entreprise dominante vendent des groupes de produits identiques ou pourraient le faire rapidement sans en être dissuadés par d'éventuels coûts supplémentaires, la Commission considère généralement qu'il s'agit d'une concurrence entre groupes de produits, auquel cas il convient de se demander, non pas si les recettes marginales couvrent les coûts marginaux de chaque produit groupé, mais bien si les prix du groupe de produits dans son ensemble constituent des prix prédateurs¹⁰¹, la Commission préconisant ainsi un test suivant l'approche portfolio dans l'hypothèse où les concurrents vendent des offres groupées ou sont à même de le faire rapidement.

Il se dégage des principes retenus dans la Communication de la Commission, d'une part, qu'un accord exclusif et une vente groupée, ne sont pas assimilables, et, d'autre part, que l'appréciation de l'effet d'éviction de ces différents types de pratiques est différente, impliquant également que le test d'éviction à appliquer est différent, la Commission préconisant plus particulièrement dans l'hypothèse de rabais multi-produits l'approche du test suivant la méthode dite portfolio ou suivant la méthode par composante suivant que les concurrents de l'entreprise dominante vendent ou non des groupes de produits identiques ou pourraient le faire rapidement sans en être dissuadés par d'éventuels coûts supplémentaires.

Pour ce qui est de la qualification de l'offre Integral, le tribunal relève que cette offre n'est pas directement assortie d'une obligation d'achat exclusif sur un marché donné, ni ne contient-elle des rabais conditionnels, en l'occurrence des rabais rétroactifs ou encore des rabais progressifs, de manière à ne répondre *a priori* pas à la définition d'un accord exclusif, et partant d'un rabais de fidélité. En revanche, elle s'apparente davantage à la définition donnée par la Commission des ventes groupées, en l'occurrence à un rabais multi-produits tel que défini sous le point 48 de la Communication de la Commission et examiné plus en détail aux points 59 et suivants de la Communication, puisqu'elle est de nature à subordonner l'achat d'un produit à l'achat d'un autre, qui est par ailleurs aussi disponible individuellement.

D'ailleurs, le Conseil de la concurrence a lui-même identifié les rabais de l'offre Integral comme des rabais multi-produits¹⁰².

⁹⁹ Ibidem, points n° 52 et suivants.

¹⁰⁰ Ibidem, point n° 59.

¹⁰¹ Ibidem, point n° 61.

¹⁰² Ibidem, point 134.

Malgré ce constat, le Conseil de la concurrence a basé son approche sur le point 41 de la Communication de la Commission visant toutefois les accords exclusifs, sans que l'application de ces principes ne soit justifiée par une analyse détaillée des conditions concrètes de l'offre Integral dans l'optique d'une qualification de cette offre comme étant un accord exclusif, le Conseil de la concurrence s'étant limité à se référer à un effet fidélisant de l'offre, qui toutefois, tel que cela est relevé à juste titre par l'ETP, est à lui seul insuffisant pour retenir un abus.

S'agissant ensuite du test d'éviction à appliquer, le tribunal relève à titre liminaire que l'argumentation de la partie étatique suivant laquelle le Conseil de la concurrence n'aurait pas appliqué un test par composante, mais un test d'éviction, est sans pertinence étant donné que, tel que cela est souligné à juste titre par l'EPT, tant le test par composante que le test portfolio constituent des tests d'éviction.

Pour ce qui est plus précisément de la question de savoir si les concurrents aussi efficaces que l'EPT vendaient à l'époque litigieuse des groupes de produits identiques ou auraient pu le faire rapidement sans être dissuadés par d'éventuels coûts supplémentaires, conformément aux conditions posées par la Commission dans sa Communication sous le point 61, il se dégage des pièces soumises au Conseil de la concurrence¹⁰³, d'une part, que les concurrents de l'EPT ont commercialisé dès l'année 2005 des offres multi-produits, et, d'autre part, que l'expérience des années suivantes a démontré, tel que cela est d'ailleurs reconnu par le Conseil de la concurrence lui-même, que la commercialisation des offres multi-produits est devenue pratique courante sur le marché des télécommunications, de sorte que le Conseil de la concurrence se trouvait face à une situation dans laquelle il aurait dû procéder à un examen plus poussé afin d'examiner si la situation ne rentre pas dans le champ d'application du point 61 de la Communication ; pourtant, il a procédé à un test par composante.

Au regard de la pratique de la Commission, consacrée dans la Communication, le tribunal est ainsi amené à retenir que l'approche du Conseil de la concurrence d'assimiler, pour la période de 2006 à 2007, les remises accordées dans le cadre de l'offre Integral purement et simplement, sans autre analyse détaillée, à des rabais de fidélité se caractérisant par l'existence d'une obligation d'achat exclusif, et d'effectuer le test d'éviction nécessaire afin de déterminer si la pratique incriminée a eu pour conséquence l'éviction de concurrents sur base d'un test par composante, alors que ce test par composante ne se justifie, suivant l'approche de la Commission, que dans l'hypothèse où l'offre multi-produits n'est pas répliquable, est critiquable.

A cet égard, il convient encore de relever que, contrairement à ce qui est soutenu par la partie étatique, le test à appliquer afin de déterminer si un rabais de couplage est abusif ne relève pas d'un choix discrétionnaire de l'autorité de concurrence, mais le choix du test, suivant l'approche de la Commission à laquelle le tribunal se rallie, est fonction d'un critère de distinction objectif, à savoir la question de la répliquabilité de l'offre par un concurrent aussi efficace¹⁰⁴, étant précisé encore que la Communication n'offre pas non plus différents tests alternatifs au choix.

¹⁰³ Pièce A4 de la farde de pièces de l'EPT.

¹⁰⁴ Ibidem, point n° 61.

C'est d'ailleurs également l'approche suivant la méthode portfolio, en présence de rabais multi-produits, que préconise le Conseil de la concurrence dans ses avis du 28 août 2013 et 2 mai 2014 invoqués par l'EPT en se référant aux affaires *Telefonica* du 4 juillet 2007 et *Deutsche Telekom* du 21 mai 2008 du TUE. Le Conseil de la concurrence invoque en effet dans l'avis du 28 août 2013 expressément le point n° 61 précité de la Communication de la Commission. Dans son avis du 2 mai 2014, il souligne que « *la méthode produit par produit est l'approche privilégiée à présent par les autorités de concurrence* », en se référant au point 61 de la Communication de la Commission tout en poursuivant que « *la Commission ainsi que le Tribunal adoptent également une approche agrégée dans les affaires Telefonica et Deutsche Telekom* ».

Le tribunal est dès lors amené à retenir qu'indépendamment des critiques soulevées par ailleurs par l'EPT quant à des éventuelles erreurs commises par le Conseil de la concurrence dans l'application du test par composante, le principe même de l'application de ce test en l'espèce à une offre susceptible d'être qualifiée de vente groupée mixte ou rabais multi-produits au sens de la pratique administrative de la Commission, sans procéder à un examen de répliquabilité d'une telle offre, malgré le fait qu'il était en présence d'indices quant à la possibilité d'une telle répliquabilité et malgré sa position contraire affichée par rapport à la même problématique dans le cadre de ses avis à l'égard de l'ILR, est critiquable et n'est pas conforme au droit de la concurrence.

Enfin, il se dégage de la jurisprudence européenne, tant de la CJUE que du TUE, que de la pratique administrative de la Commission telles qu'elles ont été retracées par le tribunal ci-avant dans le cadre de l'examen de l'argumentation de la partie étatique fondée sur une violation *per se* du droit de la concurrence, que la vérification d'un abus de position dominante passe à travers un examen des circonstances de l'espèce. A cet égard, il se dégage encore clairement de la Communication de la Commission, que la Commission s'engage à ne pas conclure à l'existence d'une position dominante sur la seule base de la part de marché sans examiner l'ensemble des facteurs susceptibles de contraindre le comportement de l'entreprise supposée dominante, la Commission souhaitant adopter une approche plus économique et orientée vers l'analyse des effets, en orientant son analyse essentiellement vers le bien-être des consommateurs. La Commission précise en effet sous le point 5 de sa Communication qu'elle oriente son action en veillant à ce que les marchés fonctionnent convenablement et à ce que les consommateurs profitent de l'efficacité et de la productivité résultant d'une concurrence effective entre les entreprises, le droit de la concurrence admettant que la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de l'innovation¹⁰⁵.

Tel que cela a été relevé ci-avant, l'examen de l'existence d'un effet d'éviction anticoncurrentiel passe, suivant la Communication de la Commission, à travers l'analyse d'un certain nombre de facteurs, tant généraux que spécifiques, par rapport au type de pratique visée.

Dans son arrêt *Post Danmark* du 27 mars 2012, la CJUE a d'ailleurs rappelé sous le considérant n° 26 qu'afin de déterminer si l'entreprise occupant une position dominante a exploité de manière abusive cette position par l'application de ses pratiques tarifaires, il y

¹⁰⁵ Arrêt *Post Danmark* du 27 mars 2012, point n° 22.

aurait lieu d'apprécier l'ensemble des circonstances et d'examiner si ces pratiques tendent 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, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée, en se référant à cet égard à l'arrêt *Deutsche Telekom* précité. Dans cette même affaire, la CJUE a encore rappelé que le fait qu'une pratique d'une entreprise occupant une position dominante puisse être qualifiée de discrimination par les prix ne saurait à lui seul suggérer la présence d'une pratique d'éviction abusive. D'autre part, la CJUE retient qu'une entreprise occupant une position dominante peut justifier des agissements susceptibles de tomber sous le champ d'application de l'interdiction consacrée à l'article 82 TCE, en démontrant soit que son comportement est objectivement nécessaire, soit que l'effet d'éviction qu'il entraîne peut être contrebalancé voire surpassé par des avantages en termes d'efficacité profitant également aux consommateurs¹⁰⁶. Cette mise en balance des effets pro-concurrentiels et anticoncurrentiels est également recommandée par la Commission¹⁰⁷.

Force est toutefois de constater qu'une telle analyse complète des effets de l'offre Integral sur le marché fait défaut en l'espèce.

En effet, la seule référence faite par la partie étatique aux explications contenues dans la section 7.4.4. de la décision, qui se limite à une description du test d'éviction appliqué, ainsi que les références tout à fait générales à la réussite commerciale de l'offre Integral, respectivement à des barrières à l'entrée au marché de la téléphonie mobile et à une stabilisation de parts de marché de l'EPT, faites à divers endroits de la décision, respectivement encore la prise en compte des effets pro-concurrentiels dans le cadre de l'application de l'amende, sont insuffisants. En effet, d'une part, la section 7.4.4. de la décision est exclusivement consacrée au choix du test d'éviction à appliquer, mais ne contient aucune analyse approfondie des effets de l'offre Integral sur le marché, en l'occurrence d'effets éventuellement positifs, au bout de laquelle le Conseil de la concurrence aurait pu arriver à la conclusion qu'une éviction anticoncurrentielle au sens de l'article 82 TCE ne se trouve pas vérifiée. D'autre part, si le Conseil de la concurrence semble avoir tenu compte des effets pro-concurrentiels au niveau de la fixation de l'amende, sans avoir pour autant précisé son analyse concrète afférente, de sorte que celle-ci n'est pas retraceable par le tribunal, force est de constater que, tel que cela se dégage de l'approche de la Commission dans sa Communication de 2009 ainsi que des jurisprudences de la CJUE et du TUE citées ci-avant, l'appréciation des effets sur le marché constitue une étape nécessaire dans la détermination de l'existence d'un effet d'éviction anticoncurrentiel de la pratique incriminée, de sorte que l'examen des effets intervient à un stade antérieur à la fixation de l'amende.

Il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent, qu'outre le non-respect flagrant du délai raisonnable et d'une violation du droit d'accès au dossier, respectivement d'une irrégularité au niveau de la demande d'information adressée à l'EPT, tels que retenus ci-avant, que le Conseil de la concurrence a, à divers égards, appliqué une méthodologie qui n'est pas en phase avec la Communication de la Commission en la matière à laquelle il a pourtant déclaré vouloir s'orienter, de sorte que le tribunal est amené à retenir que la décision

¹⁰⁶ Arrêt *Post Danmark* du 27 mars 2012, points n° 40 et 41.,

¹⁰⁷ Communication de la Commission, points n° 28 à 31.

du 13 novembre 2014 est viciée pour reposer sur une méthodologie non conforme au droit de la concurrence.

L'ensemble de ces éléments, pris globalement et même si ceux-ci pris isolément ne conduisent pas forcément tous à l'annulation de la décision litigieuse, amènent dès lors le tribunal, statuant en tant que juge de la réformation, à annuler purement et simplement la décision du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014, n° 2014-F0-07, sans qu'il n'y ait lieu d'examiner plus en avant les autres moyens présentés par l'EPT, cet examen devenant surabondant, et partant à décharger l'EPT de l'amende lui imposée de 2.520.000 euros, toute autre décision, dans le sens d'un allègement de la sanction imposée se heurtant en effet - abstraction faite de l'instruction irrégulière du dossier au vu des irrégularités extrinsèques ci-avant retenues et de la méthodologie erronée -, d'une part, de manière encore plus accentuée au principe du délai raisonnable. Or, le tribunal statuant conformément à l'article 28 de la loi du 23 octobre 2011 en tant que juge de la réformation, doit nécessairement statuer suivant les éléments de fait et de droit présentement acquis : à cet égard, le délai depuis le dépôt de la plainte en avril 2006 jusqu'au jour du prononcé s'élèverait à plus de 10 ans, durée à mettre en perspective avec le délai de prescription de 10 ans (susceptible certes de suspension) tel que prescrit par l'article 23 (5) de la loi du 23 octobre 2011, instauré en vue d'assurer la sécurité juridique¹⁰⁸. D'autre part, le but d'une sanction en matière de concurrence est essentiellement dissuasif : pour être doté d'une certaine efficacité, à savoir pour qu'une sanction soit utile à la société, dans le contexte précis du droit de la concurrence, il faut que le prononcé d'une telle sanction intervienne rapidement, afin, d'une part, de refléter la réalité économique du comportement sanctionné, et d'autre part, d'éviter que d'autres acteurs adoptent un même comportement : en d'autres termes, l'essence de l'action de l'autorité de la concurrence devrait être de s'exercer immédiatement, sinon rapidement. En l'espèce toutefois, force est au tribunal de constater que le comportement sanctionné par le Conseil de la concurrence a pris fin début 2008 au plus tard¹⁰⁹, de sorte que l'imposition *ex post* d'une amende éventuellement moindre par le tribunal plus de 8 ans après la cessation de l'activité prétendument anti-concurrentielle doit être considérée, en tout état de cause, comme largement en inadéquation avec le but poursuivi par le droit de la concurrence en général et par les sanctions prises en cette matière en particulier, ce raisonnement s'imposant d'autant plus si le tribunal avait décidé, suite à l'annulation de la décision déferée, de renvoyer le dossier en vue d'une nouvelle instruction par le Conseil de la concurrence, le délai supplémentaire requis n'étant alors plus justifiable.

L'EPT réclame une indemnité de procédure d'un montant de 5.000.- euros sur base de l'article 33 de la loi du 21 juin 1999.

Au vu des circonstances particulières du présent litige et notamment en raison de son issue, du fait que l'EPT a été obligée de se défendre en justice sous l'assistance d'un avocat et a été obligée de déposer de nombreux actes de procédure, le tribunal retient qu'il serait inéquitable de laisser à la charge de l'EPT l'intégralité des frais et honoraires non compris dans les dépens.

Par conséquent, au vu des circonstances particulières du présent litige, compte tenu des éléments d'appréciation en possession du tribunal, des devoirs et du degré de difficulté de

¹⁰⁸ Voir Règlement (CEE) n° 2988/74 du Conseil, du 26 novembre 1974, relatif à la prescription en matière de poursuites et d'exécution dans les domaines du droit des transports et de la concurrence de la Communauté économique européenne.

¹⁰⁹ Point n° 214 de la décision du Conseil de la concurrence.

l'affaire, notamment au vu des moyens de l'Etat rencontrant ceux de la partie demanderesse, ainsi que du montant réclamé, et au vu de l'article 33 de la loi du 21 juin 1999, il y a lieu d'évaluer *ex aequo et bono* l'indemnité à allouer à l'EPT à un montant de 3.500.- euros.

En revanche, s'agissant de la demande de distraction des frais au profit du mandataire de l'EPT concluant qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance, il convient de rappeler qu'il ne saurait être donné suite à la demande en distraction des frais posée par le mandataire d'une partie, pareille façon de procéder n'étant point prévue en matière de procédure contentieuse administrative.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, première chambre, statuant contradictoirement ;

reçoit le recours en réformation en la forme ;

déclare irrecevable la demande de réformation *in pejus* formulée par l'Etat au titre de demande incidente ;

déclare le recours en réformation fondé ;

partant, dans le cadre du recours en réformation, annule la décision du Conseil de la concurrence du 13 novembre 2014, n° 2014-F0-07 et décharge l'EPT de l'amende lui imposée de 2.520.000 euros ;

condamne l'Etat au paiement d'une indemnité de procédure de 3.500 euros ;

rejette la demande en distraction des frais formulée par le mandataire de l'EPT ;

condamne l'Etat aux frais.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 21 novembre 2016 par :

Marc Sünner, président,
Annick Braun, vice-président,
Alexandra Castegnaro, premier juge,

en présence du greffier en chef Arny Schmit.

s. Arny Schmit

s. Marc Sünner

Reproduction certifiée conforme à l'original

Luxembourg, le 21.11.2016
Le greffier du tribunal administratif