



HAL
open science

**L’Autorité de la concurrence rejette pour absence
d’éléments probants la demande de mesures
conservatoires accessoire à une saisine au fond portant
sur un refus d’accès à une infrastructure essentielle**

Marie Cartapanis

► **To cite this version:**

Marie Cartapanis. L’Autorité de la concurrence rejette pour absence d’éléments probants la demande de mesures conservatoires accessoire à une saisine au fond portant sur un refus d’accès à une infrastructure essentielle. *Concurrences* [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2020. hal-02612345

HAL Id: hal-02612345

<https://hal.science/hal-02612345v1>

Submitted on 18 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Pratiques unilatérales Chroniques

| Concurrences N° 2-2020 | pp. 83-95

Marie Cartapanis

marie.cartapanis@univ-amu.fr

Maître de conférences

Aix-Marseille Université

Frédéric Marty

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherche

CNRS Sophia-Antipolis Université Côte d'Azur, GREDEG, Nice

CIRANO, Montréal

Anne Wachsmann

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat

Linklaters, Paris

Télécommunications – Refus de contracter – Facilités essentielles :

L'Autorité de la concurrence rejette pour absence d'éléments probants la demande de mesures conservatoires accessoire à une saisine au fond portant sur un refus d'accès à une infrastructure essentielle

(Aut. conc., déc. n° 20-D-02 du 23 janv. 2020 relative à des pratiques mises en œuvre par Orange dans le secteur des communications électroniques) (voir également, infra, chronique "Régulations", obs. O. Berg et A. Martin)

Le 23 janvier 2020, l'Autorité de la concurrence a rejeté la demande de mesures conservatoires accessoire à une saisine au fond de l'OATA, l'Association des Opérateurs Télécoms Alternatifs. L'association, qui représente 40 opérateurs télécom de dimension régionale, dénonçait un abus de position dominante, et soutenait que l'opérateur historique *Orange* avait abusivement refusé l'accès à son infrastructure FttH (*Fiber to the Home*).

Le contexte

Le contexte de l'affaire doit être rappelé. Le secteur concerné était celui des communications électroniques, et, plus précisément, le secteur de la fourniture d'accès à internet haut débit et très haut débit à destination de la clientèle non résidentielle.

La croissance de ce marché de l'accès Internet par le biais de la fibre optique jusqu'à l'abonné est aujourd'hui une priorité pour les pouvoirs publics. Il fait, par ailleurs, l'objet d'une demande importante de la part des entreprises et des particuliers, compte tenu du développement croissant d'usages et de services qui requièrent des débits de plus en plus élevés. Le développement des réseaux fixes s'accompagne donc, depuis 2013 du "Plan France Très Haut Débit", qui doit permettre la couverture du territoire français en très haut débit d'ici à 2022.

En pratique, ce très haut débit passe par des réseaux fixes qui permettent aux opérateurs de proposer leurs offres internet. Les réseaux sont fondés sur le réseau historique cuivre (le circuit physique métallique du réseau téléphonique public fixe et qui constitue, notamment, le support d'accès à l'Internet DSL), qu'il faut distinguer du réseau fibre (lequel repose sur une liaison en fibre optique). Ainsi, peu à peu, les réseaux fixes évoluent, et le réseau historique cuivre fait place au nouveau réseau fondé sur la fibre.

Dans cette affaire, c'est l'infrastructure FttH qui était concernée, c'est-à-dire le réseau fibre qui va du nœud de raccordement optique jusqu'à l'abonné (soit un réseau de bout en bout). Cette technologie permet de conduire la fibre optique au plus près de l'utilisateur afin d'augmenter la qualité de service et le débit internet disponible. L'infrastructure FttH est l'un des composants déployés dans le réseau de génie civil d'*Orange*, infrastructure à laquelle tous les opérateurs ont accès dans des conditions identiques en vertu des règles de l'ARCEP.

Or, selon l'OATA, et malgré de nombreuses demandes, *Orange* refusait abusivement à certains de ses adhérents l'accès à cette infrastructure. Ce refus d'accès aurait eu pour effet de les empêcher de proposer des offres attractives aux entreprises et aux collectivités publiques, et pouvait, à terme, évincer les concurrents du marché et fausser la concurrence.

Dans ce contexte, l'Autorité de la concurrence a d'abord délimité les marchés pertinents en s'appuyant sur sa pratique décisionnelle et sur celle de l'ARCEP. En l'espèce, trois marchés coexistent : le marché de la fourniture en gros d'accès (physique) à l'infrastructure de réseau (le marché 3a), le marché de gros des offres d'accès haut débit et très haut débit activées (marché 3b), et le marché de gros des services de capacité du segment terminal (marché 4). Sur ces trois marchés, *Orange* est l'opérateur dominant.

Le caractère indispensable de l'infrastructure filaire

Mais le cœur de l'affaire n'est pas là. L'enjeu tenait à la qualification – ou non – de l'infrastructure FttH au titre d'infrastructure essentielle au sens du droit de la concurrence. Rappelons à cet égard qu'une infrastructure est considérée comme essentielle, et un refus d'accès à celle-ci comme abusif, si plusieurs conditions sont réunies : premièrement, si l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ; deuxièmement, si l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives ; troisièmement, si l'accès à l'infrastructure est possible, notamment sur le plan technique ; quatrièmement, si l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure est en situation de position dominante.

S'agissant de cette dernière condition, l'Autorité rappelle que la qualification d'infrastructure essentielle exige de rechercher "s'il existe des produits ou des services constituant des solutions alternatives, même si elles sont moins avantageuses, et s'il existe des obstacles techniques, réglementaires ou économiques de nature à rendre impossible, ou du moins déraisonnablement difficile, pour toute entreprise entendant opérer sur ledit marché, de créer, éventuellement en collaboration avec d'autres opérateurs, des produits ou services alternatifs" (CJCE, 29 avril 2004, *IMS Health*, C-418/01).

In concreto, l'Autorité relève, après avoir consulté l'ARCEP, que les besoins de la clientèle sont très hétérogènes, et qu'il existe de nombreuses alternatives. La fibre optique n'apparaît donc pas strictement indispensable pour proposer des services. Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence estime que l'infrastructure est reproductible. En effet, dans le cadre du déploiement du réseau fibre, l'ARCEP a obligé *Orange* à ouvrir l'accès de manière équitable à ses infrastructures de génie civil de boucle locale, et ce, à l'ensemble des opérateurs. L'infrastructure est d'ailleurs reproduite de façon effective par plusieurs

opérateurs, dont les principaux fournisseurs d'accès à Internet (*SFR, Bouygues Telecom* ou *Free*). Ainsi, l'argument de l'AOTA au terme duquel les opérateurs tiers ne peuvent pas “construire à brève échéance tout un parc d'infrastructures de génie civil de boucle locale comparable à l'héritage d'Orange” est inopérant, car il n'est pas nécessaire de reconstruire un réseau de génie civil (fourreaux, chambre de tirage, adduction) pour déployer un réseau FttH. Par ailleurs, il serait prématuré de qualifier d'infrastructure essentielle un réseau qui n'est pas encore entièrement déployé.

L'Autorité déduit de ces différents éléments que, et sans qu'il soit besoin d'analyser les autres conditions posées par la jurisprudence, l'infrastructure FttH d'Orange ne peut être qualifiée d'infrastructure essentielle. Elle rejette la saisine au fond pour défaut d'éléments probants et, partant, la demande de mesures conservatoires accessoire à la saisine au fond.

On le voit, la question était technique. Mais elle révèle également que l'équilibre concurrentiel du marché, dans ce contexte d'évolution du réseau, est encore fragile. Cette saisine a d'ailleurs conduit l'Autorité à ouvrir une enquête exploratoire concernant le marché des télécoms, destinée à s'assurer de l'absence de pratiques de nature à fausser le jeu de la concurrence sur le marché.

M. C. ■

Abus de dépendance économique – Condamnation : L'Autorité de la concurrence condamne un fabricant de produits électroniques pour abus de dépendance économique envers ses distributeurs (*Aut. conc., déc. n° 20-D-04 du 16 mars 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits de marque Apple*) (voir également, *supra*, chronique « Ententes », obs. M. Debroux)

Dans une décision du 16 mars 2020 (non disponible au jour de la rédaction du commentaire ; v. le communiqué de presse), l'Autorité a sanctionné *Apple* à une amende d'un montant de 1,1 milliard d'euros pour des pratiques concernant la distribution de ses produits (hors iPhones) en France. Ses grossistes *Tech Data* et *Ingram Micro* ont également été condamnés à des amendes de 76,1 millions d'euros et 62,9 millions d'euros respectivement.

Cette décision est le résultat d'une enquête de sept ans qui a débuté par des opérations de visite et de saisie réalisées en 2013 dans les locaux d'*Apple* et de ses grossistes. Si elle est historique de par le montant de la sanction à l'encontre d'*Apple*, qu'en est-il de l'analyse des pratiques elles-mêmes ? C'est ce qui retiendra l'attention dans cette chronique sur la base des premiers éléments disponibles dans le communiqué de presse assez détaillé de l'Autorité, dans l'attente de la publication de la décision elle-même.

Afin de préciser le contexte, l'Autorité décrit le réseau de distribution d'*Apple* qui peut être résumé de la manière suivante :

- des points de vente (physiques et numériques) détenus en propre par *Apple* ; et
- des revendeurs indépendants (s'approvisionnant notamment auprès des deux grossistes précités) composés de grandes surfaces et de revendeurs spécialisés. Ces revendeurs spécialisés peuvent être liés à *Apple* par un contrat de distribution classique ou faire partie d'un réseau “premium”.

Dans sa décision, l'Autorité a sanctionné trois pratiques dont seule la dernière fait l'objet de la présente chronique. Aussi, il ne sera dit que quelques mots des deux premières.

Répartition des produits et des clients entre Apple et ses grossistes

Selon l'Autorité, *Apple* indiquait à ses deux grossistes les quantités exactes de ses différents produits devant être livrées à chaque revendeur. Le fait, pour ces deux grossistes, d'avoir mis en œuvre ces instructions a été considéré par l'Autorité comme un acquiescement et donc comme constitutif d'une entente anticoncurrentielle contraire à l'article L.420-1 C. com..

En effet, ces deux grossistes sont des entreprises indépendantes non seulement concurrentes entre elles, mais également concurrentes d'*Apple* s'agissant de l'approvisionnement de certains revendeurs “premium” qui pouvaient se fournir indifféremment auprès de ces grossistes ou auprès d'*Apple*. Il s'agissait donc en l'espèce d'une réduction de la concurrence intramarque.

Pratique de prix imposés

L'Autorité a également sanctionné *Apple* pour des pratiques de prix imposés (“RPM”) contraire à l'article L.420-1 C. com.. En la matière, l'Autorité vérifie trois conditions cumulatives :

- l'évocation, entre fournisseurs et le revendeur, de prix de revente imposés ;
- la mise en œuvre d'une police de prix par le fournisseur telle que, par exemple, la surveillance des prix au détail suivie de mesure de rétorsion en cas de prix déviant des prix “recommandés” ; et
- le constat que les prix évoqués ont été effectivement appliqués.

En l'espèce, l'Autorité a constaté que ces trois critères étaient réunis en raison de :

- la diffusion par *Apple* de prix dits “conseillés” par le biais de nombreux supports y compris son site internet et un ensemble de clauses contractuelles très contraignantes empêchant de fait les revendeurs de baisser eux-mêmes leurs prix ;
- une surveillance des prix conseillés basé sur le témoignage de plusieurs revendeurs ; et
- la constatation d'un “parfait alignement des prix de vente aux consommateurs finals”.