

Résumé de la décision de la Commission**du 25 janvier 2022****modifiant la décision C(2013) 306 final relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'UE (ci-après le «traité»)****(Affaire AT.39839 — Telefónica et Portugal Telecom)***(notifiée sous le numéro C(2022) 324)***(Les textes en langues anglaise et portugaise sont les seuls faisant foi)**

(2022/C 286/10)

Le 25 janvier 2022, la Commission a adopté une décision relative à une procédure d'application de l'article 101 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Conformément aux dispositions de l'article 30 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil ⁽¹⁾, la Commission publie ci-dessous les noms des parties intéressées et l'essentiel de la décision, y compris les sanctions imposées, en tenant compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

1. INTRODUCTION

- (1) Le 23 janvier 2013, la Commission a adopté une décision infligeant des amendes à Telefónica et à Portugal Telecom en raison de leur participation à un accord de non-concurrence ayant pour objet de restreindre la concurrence sur le marché intérieur en violation de l'article 101 du TFUE (ci-après la «décision de 2013»). Le Tribunal, dans son arrêt du 28 juin 2016 ⁽²⁾ (confirmé ultérieurement par l'arrêt de la Cour de justice du 13 décembre 2017), a confirmé le raisonnement concernant l'infraction développé par la Commission dans sa décision, mais a annulé les amendes infligées par la Commission. Conformément aux arrêts de la Cour, la décision détermine les services pour lesquels Telefónica et Portugal Telecom n'étaient pas des concurrentes potentielles au moment de l'infraction et les exclut aux fins du calcul du montant des amendes.

2. PROCÉDURE

- (2) Dans sa décision du 23 janvier 2013, la Commission a constaté que Telefónica et Portugal Telecom avaient enfreint l'article 101 du TFUE en participant à un accord de non-concurrence, inséré en tant qu'article 9 dans l'accord d'achat d'actions conclu entre elles le 28 juillet 2010 dans le contexte de l'acquisition du contrôle exclusif, par Telefónica, de l'opérateur brésilien de téléphonie mobile Vivo.
- (3) Pour cette infraction, la Commission a infligé une amende de 66 894 000 EUR à Telefónica et une amende de 12 290 000 EUR à Portugal Telecom, en application de l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003.
- (4) Telefónica et Portugal Telecom ont toutes deux formé un recours contre la décision de la Commission devant le Tribunal. Dans ses arrêts du 28 juin 2016, le tribunal a confirmé la conclusion de la Commission, énoncée à l'article 1^{er} de la décision de celle-ci, selon laquelle, entre le 27 septembre 2010 et le 4 février 2011, Telefónica et Portugal Telecom ont enfreint l'article 101 du TFUE en participant à un accord de non-concurrence.
- (5) En ce qui concerne les amendes infligées, le Tribunal a annulé l'article 2 de la décision de la Commission dans la mesure où le montant des amendes avait été fixé sur la base de la valeur des ventes retenue par la Commission.
- (6) Telefónica a fait appel de l'arrêt Telefónica. Le 13 décembre 2017, la Cour de justice a rendu son jugement dans l'affaire C-487/16 P *Telefónica SA/Commission européenne*, rejetant le recours formé par Telefónica. Pharol n'a pas contesté l'arrêt PT.

⁽¹⁾ JO L 1 du 4.1.2003, p. 1. Règlement modifié par le règlement (CE) n° 411/2004 (JO L 68 du 6.3.2004, p. 1).

⁽²⁾ Affaire T-216/13 *Telefónica SA/Commission européenne* (ci-après l'«arrêt Telefónica») et affaire T-208/13 *Portugal Telecom SGPS SA/Commission européenne* (ci-après l'«arrêt PT»).

3. LES FAITS

- (7) La situation dans laquelle la conclusion de la Commission relative à l'existence d'une infraction reste valable et a valeur de chose jugée, tandis que les amendes infligées pour cette infraction ont été annulées, doit être corrigée par une nouvelle décision au titre de l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 en raison de l'infraction à l'article 101 du TFUE commise par Telefónica et Portugal Telecom et établie dans la décision de 2013.
- (8) Aux fins du calcul de l'amende, la Commission se fonde sur l'appréciation des faits établie dans la décision de 2013. En parallèle, elle applique les principes établis dans les arrêts du Tribunal concernant l'obligation pour la Commission de déterminer, sur la base des éléments avancés par les parties, les services pour lesquels celles-ci n'étaient pas en concurrence potentielle sur le marché ibérique pendant la durée d'application de la clause de non-concurrence. La Commission exclut donc ces services de la valeur des ventes utilisée pour calculer le montant des amendes.
- (9) De plus, lors de la nouvelle détermination des amendes, la Commission a découvert plusieurs erreurs de calcul faites par Telefónica lorsque celle-ci a communiqué ses chiffres de ventes, ce qui, in fine, a affecté le calcul des amendes dans la décision de 2013.
- (10) Ces erreurs de calcul ne peuvent pas rester ignorées. Si elles n'étaient pas corrigées, la valeur des ventes resterait incorrecte et indûment faible et elle conduirait au calcul des amendes sur la base d'informations inexacts. En conséquence, la Commission s'est basée sur les nouveaux chiffres révisés fournis par Telefónica au cours de l'enquête actuelle pour établir la valeur des ventes correcte dans sa décision.
- (11) Dans la nouvelle décision, la Commission soustrait la valeur des ventes des services pour lesquels elle considère que les parties n'étaient pas concurrentes potentielles pendant la durée d'application de la clause de non-concurrence.
- (12) Le comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes a rendu un avis favorable le 21 janvier 2022. La décision a été adoptée le 25 janvier 2022.

4. APPRÉCIATION JURIDIQUE

4.1. Concurrence potentielle

- (13) La Commission estime, conformément à la jurisprudence constante ⁽³⁾, que dans les accords de répartition de marché, tels que celui concerné par la présente décision, le niveau de preuve pour apprécier la concurrence potentielle est l'existence de «*barrières insurmontables à l'entrée sur le marché*». Parallèlement à cela, Commission applique en l'espèce une approche plus stricte que celle requise et vérifie que la possibilité d'entrer sur le marché n'était pas purement hypothétique, en tenant compte des circonstances particulières des différents marchés ou services.
- (14) En conséquence, les services pour lesquels la Commission considère que les parties n'étaient pas concurrentes potentielles pendant la durée d'application de la clause de non-concurrence sont les suivants:
- A) pour Telefónica:
- (i) accès de gros aux infrastructures de réseau (physique) (LLU);
 - (ii) services universels;

⁽³⁾ Arrêt Telefónica, point 221, et arrêt PT, point 181; affaire T-691/14, *Servier SAS e.a./Commission européenne*, ECLI:EU:T:2018:922, points 319, 327 et 328, arrêt du Tribunal du 21 mai 2014, T-519/09, *Toshiba Corp./Commission européenne*, ECLI:EU:T:2014:263, point 231.

- (iii) services SIRDEE (système de radiocommunications digitales d'urgence); et
 - (iv) certains services, faisant partie des services de communications fixes dans les espaces publics fournis par Telefónica (services de paiement, vente de défibrillateurs et location de solutions de publicité en plein air).
- B) pour Pharol:
- (i) accès de gros aux infrastructures de réseau (physique) (LLU);
 - (ii) services de vente en gros pour la diffusion de la télévision numérique; et
 - (iii) services de vente en gros pour la diffusion de la télévision analogique terrestre.

5. AMENDES

- (15) La Commission applique, aux fins du calcul des amendes, les mêmes considérations qu'en 2013 en ce qui concerne le degré de gravité, la durée de l'infraction, le pourcentage de la valeur des ventes à prendre en considération et l'existence de circonstances aggravantes et atténuantes.
- (16) Le montant de base ajusté n'excède pas 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par Telefónica en 2020. À la suite d'une série d'opérations successives et d'une réorganisation au sein de l'entreprise, Pharol n'a pas réalisé le moindre chiffre d'affaires en 2020, ce qui ne reflète pas de manière appropriée son poids économique. La Commission estime que, comme l'exige la jurisprudence, le chiffre d'affaires de Pharol en 2013, dernier exercice complet d'activité économique normale de l'entreprise pendant une période de douze mois ⁽⁴⁾, reflète le mieux la situation économique de Pharol et garantit un effet dissuasif suffisant. Le montant de base ajusté de Pharol n'excède pas 10 % du chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise au cours de l'exercice 2013.
- (17) Enfin, bien que les erreurs concernant la valeur des ventes de Telefónica découlent des propres calculs erronés de l'entreprise, la Commission n'aurait pas découvert ces erreurs et, partant, n'aurait pas pu augmenter le montant de l'amende si les amendes infligées par la décision de 2013 n'avaient pas été annulées par le Tribunal. Dans ces circonstances, compte tenu de l'effet relativement modeste que ces erreurs ont eu sur le niveau de l'amende et du fait qu'un délai important s'est déjà écoulé depuis que ces erreurs ont été commises (12 septembre 2012), la Commission juge raisonnable en l'espèce d'utiliser sa marge d'appréciation, conformément au point 37 des lignes directrices pour le calcul du montant des amendes ⁽⁵⁾, pour réduire l'amende infligée à Telefónica et la ramener au niveau qui avait été établi en 2013.
- (18) Le montant final des amendes individuelles infligées en application de l'article 23, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 s'établit donc comme suit:

Partie	Montant total de l'amende (EUR)
Telefónica	66 894 000
Pharol	12 146 000

⁽⁴⁾ Comme mentionné par exemple dans l'arrêt du Tribunal du 28 avril 2010, affaires T-456/05 et T-457/05, *Gütermann et Zwicky*, ECLI:EU:T:2010:168, points 94 à 103, et autres références.

⁽⁵⁾ «Bien que les présentes lignes directrices exposent la méthodologie générale pour la fixation d'amendes, les particularités d'une affaire donnée ou la nécessité d'atteindre un niveau dissuasif dans une affaire particulière peuvent justifier que la Commission s'écarte de cette méthodologie ou des limites fixées au point 21.»