



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence

## PRATIQUES UNILATÉRALES | Chroniques

*Concurrences* N° 3-2008 – pp. 95-103

---

### **Catherine PRIETO**

catherine.prieto@wanadoo.fr

■ Professeur, Université Paul Cézanne Aix Marseille 3

### **Anne-Lise SIBONY**

alsibony@ulg.ac.be

■ Chargée de cours en droit européen, Université de Liège

### **Anne WACHSMAN**

anne.wachsmann@Linklaters.com

■ Avocat



Institut de droit  
de la concurrence



## Chroniques

### Catherine PRIETO

catherine.prieto@wanadoo.fr

Professeur,

Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

### Anne-Lise SIBONY

alsibony@ulg.ac.be

Chargée de cours en droit européen,

Université de Liège

### Anne WACHSMAN

anne.wachsmann@Linklaters.com

Avocat

## Abstracts

#### **COLLECTIVE DOMINANCE – TRANSPARENCY – FIDELITY REBATES: 95**

*The Paris Court of appeal upholds qualification of collective entity of the duopoly Lafarge/Vicat and anticompetitive effect of fidelity rebates according to the quantities required but reduces fines*  
**CA Paris, 06.05.08, "Corsican Cement"**

#### **EXCLUSIVE DISTRIBUTION – LIMITS ON**

##### **EXCLUSIVITY – BUNDLING: 96**

*The French NCA decides that, as exclusivity and bundling abuses are not characterized in the catch up TV partnership, the definition of relevant markets in a budding sector is useless*

**Fr. NCA, 07.05.08, Catch-up TV, 08-D-10**

#### **PREDATORY PRICING – PUBLIC SERVICE – INCREMENTAL COST: 97**

*The French judiciary Supreme Court quashes the Paris Court of appeal's decision on the incremental costs analysis in the Vendée sea crossing with express passenger boats*

**Cass. com., 17.06.08, Vedettes inter-îles vendéennes (VIIV), 05-17.566**

#### **PUBLIC SERVICE – COMMERCIAL OPERATION – ATTEMPT TO CONFUSE CONSUMERS: 99**

*The French NCA strikes commercial practices of a public funeral operator causing confusion among consumers as to the distinction between provision of public service and commercial operations*

**Fr. NCA, 06.05.08, 08-D-09**

#### **ESSENTIAL FACILITIES – INTERIM MEASURES: 100**

*The French NCA rejects the request for interim measures as well as the referral of a specialised publisher regarding the qualification as essential facilities of points of sales located in places of interest*  
**Fr. NCA, 29.04.08, 08-D-08**

## PRATIQUES UNILATÉRALES

**RABAIS DE FIDÉLITÉ – ÉVICTION DES CONCURRENTS ÉTRANGERS : La Cour d'appel de Paris confirme la qualification d'entité collective du duopole Lafarge/Vicat et les effets anticoncurrentiels des rabais de fidélité au regard des quantités requises, mais réduit les amendes** (CA Paris, 1ère ch. H, 6 mai 2008, Lafarge Ciments SA e.a., contre Cons. conc., déc. n° 07-D-08, "Ciment Corse"). (V. aussi, note M. D., Chronique Ententes, p. 88)

Le Conseil de la concurrence avait condamné, à hauteur de 25 millions d'euros, les deux cimentiers et leurs distributeurs pour le cloisonnement du marché d'approvisionnement de la Corse au détriment des concurrents étrangers, notamment italiens et grecs (déc. n° 07-D-08 du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse). Il avait retenu une double entente : d'abord, un protocole entre, d'une part, Lafarge et Vicat, et, d'autre part, le Syndicat des négociants-distributeurs, visant à utiliser de manière préférentielle un transporteur structurellement lié aux cimentiers ; ensuite, un contrat avec le GIE "Groupement Logistique Ciment Haute-Corse" concernant le conditionnement du ciment lequel, en l'absence de cimenterie sur l'île, doit être acheminé par voie maritime, stocké et ensaché dans des structures ad hoc (v. note M. D., Le Conseil de la concurrence sanctionne une entente entre plusieurs cimentiers, un GIE logistique et un syndicat de négociants (Ciment corse), Concurrences N° 2-2007, p. 105). Le Conseil de la concurrence avait également retenu un abus de position dominante collective par lequel il avait condamné des rabais de fidélité (note C. P., La position dominante collective des cimentiers, doublement caractérisée par des liens structurels et une interdépendance économique, les a conduit à en abuser par des rabais fidélisants (Ciment corse), Concurrences N° 2-2007, pp. 118-119). Cette condamnation est confirmée, avec toutefois une réduction sensible du montant des amendes. En effet, la Cour d'appel de Paris a minoré le dommage causé à l'économie en prenant en compte la dégradation de la concurrence du fait de deux crises graves ayant affecté l'approvisionnement en gros du ciment en Corse, avec la menace de la disparition des installations de stockage et d'ensachage sur le port de Bastia et la suppression de la subvention publique du transport maritime pour l'île. Selon la Cour, l'avantage concurrentiel extorqué par les cimentiers en a été nécessairement limité. En outre, la durée des pratiques est légèrement moins longue. Il en résulte, en application du principe de proportionnalité, que la sanction passe de 17 à 10 millions pour Lafarge et de 8 à 4,5 millions pour Vicat. S'agissant précisément de l'abus de position dominante, on retiendra les deux points suivants.

En premier lieu, la qualification d'entité collective constituée par Lafarge et Vicat est confirmée. La Cour relève, dans la motivation de la décision, le constat de deux types de corrélation économique : d'une part, des liens contractuels conduisant à une stratégie commune ; d'autre part, une structure de marché propice. Mais elle souligne bien que le constat de liens contractuels n'est pas une condition sine qua non. Il est vrai que, en l'espèce, les contrats conclus entre Lafarge et Vicat conduisaient les deux sociétés à adopter le même comportement vis-à-vis de leurs clients, de leurs concurrents et du consommateur en général. Le constat était si caractérisé qu'il méritait d'être souligné. Mais la Cour rappelle que la corrélation économique peut résulter d'une simple appréciation économique de la structure de marché. Elle en tient compte ici, sous réserve des trois conditions posées par la jurisprudence *Airtours* dans le contrôle des concentrations, étendue ensuite à l'application de l'article 82 CE dans l'arrêt *Piau* (TPICE, 26 janvier 2005, aff. T-193/02, cette chron. 2-2005, p. 62). Sont donc vérifiées ces trois conditions : la structure de marché, en l'occurrence un duopole, est propice à la corrélation ; elle sert une transparence du comportement des acteurs permettant une capacité de repréailles au cas où l'un des protagonistes s'écarterait de la stratégie commune ; enfin, l'existence de fortes barrières de nature réglementaire et contractuelle rend impossible la réaction de la part des concurrents.

En second lieu, l'abus est également confirmé. Les remises accordées par Lafarge et Vicat aux membres du Syndicat des négociants en matériaux de construction sont purement et simplement destinées à lutter contre les importations de ciments italien et grec. Elles sont accordées a posteriori comme des récompenses. Leur effet anticoncurrentiel est démultiplié par l'importance des volumes exigés, qui cantonnait les fournisseurs étrangers à un rôle d'offreurs marginaux. Ces remises s'avèrent dénuées de justifications économiques.

C. P. ■

**DISTRIBUTION EXCLUSIVE LIMITEE – NOUVEAU SERVICE : Le Conseil de la concurrence conclut que les abus d'exclusivité et de vente liée n'étant pas caractérisés dans le partenariat réalisant un nouveau service de télévision de rattrapage, il n'y a pas lieu de trancher sur la détermination de marchés pertinents dans un secteur en pleine mutation** (Cons. conc., déc. n° 08-D-10 du 7 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés France Télécom et France Télévisions dans le secteur de la télévision de rattrapage)

Le Conseil de la concurrence était saisi d'une plainte par l'Association Française des opérateurs de réseaux et de services de télécommunications (AFORST), composée par les sociétés Neuf Cegetel, SFR, Telecom Italia, Altitude Telecom, B3G Telecom, Bouygues Telecom, BT, Colt Telecommunication France, Completel, Hub Telecom, Ipnotic Telecom, Prosodie, SRR et Verizon France. Celles-ci dénonçaient un double abus de position dans le partenariat au terme duquel France Telecom pourrait distribuer en exclusivité certains programmes de France Télévisions sous forme de télévision de rattrapage. D'une part, elles reprochaient à France Telecom l'exclusivité obtenue et une vente liée constitutive d'abus de position dominante sur le marché de la fourniture d'accès haut débit aux offres multiservices des opérateurs ADSL. D'autre part, elles reprochaient à France Télévision d'avoir imposé aux producteurs indépendants une obligation de cession de droits constitutive d'un abus de position dominante sur le marché des services de télévision de rattrapage. Il faut comprendre sous cette expression la possibilité de visionner un programme que le téléspectateur aurait manqué lors de sa diffusion en linéaire et qui lui serait à nouveau proposé en différé et diffusé à la demande sur différents équipements (télévision, ordinateur, téléphone portable). Cette plainte est rejetée à défaut d'avoir pu caractériser les abus invoqués.

### Les hésitations relatives aux marchés en aval et en amont

La première difficulté du Conseil a porté sur la détermination des marchés pertinents, tant à l'aval qu'en amont. En aval, le Conseil de la concurrence se réfère à l'avis qu'il avait donné à propos de l'acquisition des sociétés TPS et Canal Satellite par Vivendi Universal et Groupe Canal Plus (avis n° 06-A-13 du 13 juillet 2006). Il avait relevé lors de cet examen que les opérateurs de l'audiovisuel et ceux des télécommunications étaient en passe de faire des choix hautement stratégiques pour construire de nouveaux modèles économiques. C'est la raison pour laquelle, dans la présente affaire, il lui paraît délicat des définir les contours du marché aval et d'arrêter un choix entre les trois marchés suivants : le marché de la télévision payante ; le marché de l'accès aux offres multiservices des opérateurs ; le marché des offres de télévision sur réseau mobile. À l'amont, la situation est aussi délicate en raison de l'absence de maturité des services de télévision payante. Au surplus, le Conseil considère qu'il faut se soucier de l'articulation avec le marché aval. Ceci l'amène à considérer deux hypothèses distinctes de marché en amont. Si le marché aval est celui de la télévision payante, des hésitations sont permises pour qualifier l'acquisition par les distributeurs de programmes en vue d'une

diffusion en télévision rattrapage. Il pourrait s'agir du marché des services de paiement à l'acte, ou encore du marché nouveau de la diffusion de télévision en rattrapage, voire du marché plus restreint des programmes de France Télévisions accessibles en non linéaire, comme le prétend AFORST. La seconde hypothèse est celle où le marché aval serait celui de l'accès haut débit aux offres multiservices. Selon le Conseil, il est peu probable qu'il existe alors en amont un marché de l'acquisition des droits pour la diffusion en non linéaire des programmes de chaîne de télévision et a fortiori pour une offre émanant du seul groupe France Télévision. En conclusion, le Conseil de la concurrence préfère laisser ouverte ces questions et s'interroger sur l'existence des abus invoqués. Si ces abus n'étaient pas caractérisés, il serait alors inutile de trancher sur la détermination des marchés pertinents.

### Les abus écartés

L'AFORST reprochait à France Télévision un abus dans la négociation des droits de diffusion avec les producteurs. Mais le Conseil constate que certains ayants-droit ont refusé l'offre et que, dans tous les cas, ils se sont dits satisfaits de l'équilibre économique de l'accord. Le contraste avec les autres FAI est d'ailleurs saisissant, puisque ceux-ci refusent de rémunérer les producteurs pour des droits de diffusion en mode non linéaire. L'abus n'est donc pas caractérisé. L'AFORST reprochait ensuite à France Telecom une vente liée consistant à offrir gratuitement le service de télévision de rattrapage des programmes de France Télévision dans le cadre de son offre de télévision sur ADSL, sans qu'il soit possible de dissocier l'accès à ces deux services. L'AFORST s'inspirait directement de l'affaire *Microsoft* pour son argumentation. Mais le Conseil rappelle que le couplage n'est pas en soi interdit. L'éventualité d'effets anticoncurrentiels peut être contrebalancée par des gains d'efficacité. Au demeurant, la définition du couplage suppose que la distinction de deux produits ou services. En l'espèce, la dissociation est déclarée techniquement impossible, ce qui écarte l'existence de deux marchés distincts. Sur ce point, la démonstration du Conseil n'est pas totalement convaincante et l'on aurait préféré une discussion, certainement plus complexe, sur l'existence d'effets anticoncurrentiels et de gains d'efficacité. En dernier lieu, l'AFORST reprochait à France Telecom l'exclusivité que lui avait accordée France Télévisions. Le Conseil de la concurrence reprend la grille d'analyse qu'il a déjà posée pour apprécier dans quelle mesure la clause d'exclusivité peut ou non créer une barrière artificielle à l'entrée du marché (déc. 07-MC-01 relative à une demande mesure conservatoire de la société KalibraXE, cette chronique 3-2007, A. Wachsmann, p. 99). Il en reprend tous les paramètres : le champ d'application, la durée, l'existence d'une justification technique, la contrepartie économique. À tous ces égards, l'exclusivité en cause lui paraît raisonnable. Le champ s'avère restreint puisqu'il exclut les programmes de type "premium" que sont le cinéma, l'information et le sport. La durée est limitée à deux ans. Enfin la recherche d'une contrepartie est l'occasion d'une analyse économique du contrat. C'est ici l'illustration de l'intérêt pour les concurrentialistes de maîtriser les évolutions doctrinales sur l'analyse économique du contrat (cf. *Concurrences* n° 3-2008, Bibliographie, *Droit et économie du contrat*, dir. C. Jamin, LGDJ 2008, p. 189, note C. P.). L'économie générale du partenariat entre France Telecom et

France Télévision est analysée du point de vue des parties à l'accord, mais aussi des tiers que sont les producteurs et les consommateurs. S'agissant des parties au contrat, l'exclusivité apparaît très utile. Elle permet à France Télévision de bénéficier du financement nécessaire à l'acquisition des droits et de partager des revenus équitables avec les producteurs. Quant à France Telecom, l'exclusivité lui permet de pallier l'incertitude relative à la rentabilité de son investissement en raison de la nouveauté du service offert. S'agissant enfin de l'intérêt du consommateur, il apparaît clairement que cela permet de favoriser l'émergence d'un service innovant. Au surplus, il n'est pas démontré que ce partenariat prive les concurrents de la possibilité d'offrir des services de même nature.

C. P. ■

**PRIX PRÉDATEURS – SERVICE PUBLIC – COÛT INCRÉMENTAL : La Cour de cassation censure la Cour d'appel de Paris sur l'analyse du coût incrémental** (*Cass. com.*, 17 juin 2008, *Vedettes inter-îles vendéennes (VIIIV)*, n° 05-17.566). *V. aussi, note D. L.*; *V. aussi le commentaire de cet arrêt dans la chronique Régulations, Concurrences n° 3-2008, p. 155*

La Cour de cassation censure l'arrêt de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire de la vedette vendéenne l'Amporelle exploitée par un établissement public industriel et commercial départemental (CA Paris, 1ère ch. section H, 28 juin 2005, 2005/01605). Cet arrêt avait lui-même confirmé l'analyse du Conseil de la concurrence (déc. n° 04-D-79 du 23 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvres par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée). On se souvient que le Conseil avait considéré que les tarifs pratiqués sur la vedette l'Amporelle n'étaient pas prédateurs si on les rapportait aux coûts de l'entreprise. Pour cette analyse, il avait pris en compte les seuls coûts incrémentaux, c'est-à-dire ceux que l'entreprise ne supporterait pas si elle n'exerçait pas l'activité concurrentielle. Mais la détermination de ces coûts, en l'espèce, n'avait pas complètement convaincu (David Spector, "Definition of the relevant cost benchmark for a predatory pricing assessment in the case of a firm using the same assets for a public service activity taking place in a competitive market", *Concurrences* n° 1-2005, p. 66). Le présent arrêt conforte les doutes suscités par le contenu du coût incrémental et casse l'arrêt pour manque de base légale sous le visa de l'article L. 420-2 (la mention de l'article L. 420-1 est bien évidemment une erreur de plume).

Cette affaire est très intéressante dans son illustration de la problématique posée par la coexistence, au sein d'une même entreprise, d'une mission de service public avec une activité concurrentielle et, partant, la crainte récurrente que l'entreprise se serve des subventions allouées pour sa mission de service public afin de financer une stratégie prédatrice à l'encontre de ses concurrents existant sur le marché concurrentiel. C'est toute la raison de la recherche par la Commission d'un test pour analyser le coût pertinent. Elle se réfère au coût incrémental, à savoir l'ensemble des coûts spécifiquement occasionnés pour le service en cause en excluant les coûts communs (Comm. 2001/354/CE, 20 mars 2001, *Deutsche Post*, aff. COMP/35.141, JOCE n°L 125, 5 mai 2001, p. 27, à

propos des tarifs de l'opérateur historique pour le transport de colis dans le secteur de la VPC ; v° aussi TPICE, 12 septembre 2007, aff. T-60/05, *UFEX, DHL, FEI c/Commission*, pt 181, à propos de la difficulté de preuve d'une infraction à l'article 82 CE à partir du coût incrémental de chaque service d'infrastructure fourni par La Poste à la SFMI-Chronopost). Le problème est que, sous l'apparence d'un test objectif, se cachent des gouffres d'interrogation sur le périmètre exact à donner à l'une ou l'autre de ces catégories de coûts.

### Dans la détermination du coût incrémental, ne doit-on pas prendre en compte les besoins réels de la mission de service public ?

Le Conseil de la concurrence a rappelé que ne devaient pas être compris dans le coût incrémental les coûts que l'entreprise était obligée d'engager pour assurer sa mission de service public et qu'elle serait obligée d'engager même si elle n'offrait pas de prestations en concurrence. Étaient ainsi exclus les coûts fixes communs à la mission de service public et à l'activité concurrentielle (pt 98). Pouvait-on à ce stade faire l'économie d'une recherche sur ce qu'exigeait véritablement le bon accomplissement de sa mission de service public ? Nous verrons qu'il n'en est rien. Au titre de sa mission de service public, la Régie est tenue d'assurer un service quotidien de transport des voyageurs, des marchandises et de véhicules divers et de réserver des tarifs spéciaux aux îslands durant toute l'année. Pour cela, la Régie dispose de deux ferries de 700 passagers chacun et d'une vedette dénommée l'Amporelle avec une capacité de 350 passagers. Aucune autre entreprise ne dispose de ferries. La Régie se trouve ainsi en monopole de fait toute l'année pour le transport de véhicules. La seule activité concurrentielle porte donc sur le transport de personnes pendant la période estivale. Les faits révèlent que pendant l'hiver les ferries circulent tous les jours, alors que l'Amporelle n'est mise en service que le week-end et certains mercredis et que les taux de remplissage sont faibles. Dans ce contexte, quelle est la raison impérieuse qui justifie le recours à l'Amporelle pendant l'hiver ? Est-ce vraiment la nécessité d'affronter les intempéries ? Les besoins de la continuité territoriale pendant l'hiver requièrent-ils un troisième bateau ? La plaignante reprochait de pratiquer des prix prédateurs sur le marché concurrentiel grâce à l'utilisation des aides accordées par le département de la Vendée pour la mission de service public. En d'autres termes, elle reprochait un surdimensionnement de la navette rapide, dicté en réalité par la volonté de saisir la clientèle touristique très importante pendant l'été.

### La portée prêtée à l'arrêt du Conseil d'État

Il s'avère que le Conseil de la concurrence a choisi d'éluder l'appréciation au fond. Pour répondre à la question du surdimensionnement de l'Amporelle, il invoque un arrêt du Conseil d'État statuant sur une requête du département de la Vendée en annulation d'un arrêt de la Cour administrative d'appel de Nantes (CE 8ème et 3ème sous-sections réunies, 30 juin 2004, n° 25012). La même société Vedettes Inter-Iles Vendéennes avait en effet contesté l'arrêté du 30 mars 1998 pris le président du Conseil général de la Vendée, lequel avait considérablement réduit les possibilités d'accostage des vedettes privées dans le port de Fromentine au profit de



l'Amporelle. Le Tribunal administratif de Nantes avait rejeté sa demande, mais il avait été infirmé par la Cour administrative. Or, le Conseil d'État considère que le détournement de pouvoir du président du Conseil général n'était pas établi. À cette occasion, il déclare que l'accomplissement de la mission de service public toute l'année et par tous temps justifiait que la vedette départementale ait un tirant d'eau plus important que les vedettes privées et qu'elle ait l'appui nécessaire à l'exploitation du service public en la faisant bénéficier de la possibilité d'un stationnement prolongé. Néanmoins, le Conseil d'État annule les articles litigieux de l'arrêté au nom d'une rupture d'égalité entre les vedettes privées et la vedette publique dans les contraintes de sécurité publique liées aux conditions de navigation. Il considère qu'il ne ressort pas du dossier que la mission de service public implique une exonération de l'Amporelle du respect de règles édictées dans l'intérêt de la sécurité des mouvements des navires et des passagers. En tout état de cause, et c'est là l'essentiel, le Conseil d'État n'a pas spécialement envisagé le point de savoir si l'exploitation de l'Amporelle était absolument nécessaire pendant la saison d'hiver, parallèlement à l'exploitation toute l'année des deux ferries. Le Conseil de la concurrence ne convainc pas lorsqu'il s'abrite derrière le pouvoir d'autorité persuasive du Conseil d'État dans cet arrêt (pt 102), car les mises en perspective sur l'appréciation de la mission de service public ne sont pas les mêmes.

### La question éludée de la surcapacité amène à exclure le loyer du périmètre du coût incrémental

Ceci conduit le Conseil de la concurrence à retenir le loyer de l'Amporelle dans les coûts fixes et donc à l'exclure des coûts incrémentaux. Il le fait d'ailleurs à regret, puisqu'il ajoute immédiatement que cette considération ne préjuge pas de l'efficacité économique, au rang desquelles la pertinence de l'utilisation d'une vedette de la dimension de l'Amporelle et les conditions dans lesquelles la mission de service public est exercée par la Régie (pt 103). Selon lui, cela ne relève pas de sa compétence. Cette faille dans la détermination du coût incrémental fut immédiatement relevée (D. Spector, préc.). L'exclusion de la totalité des coûts de location aboutissait mécaniquement à neutraliser la prédation, puisqu'il s'agissait du poste le plus lourd dans les comptes de résultat. Le Conseil de la concurrence le reconnaissait également : si le loyer n'est pas introduit dans les coûts incrémentaux, les traversées effectuées par l'Amporelle durant l'été n'aggravent pas le déficit de la Régie, mais au contraire permettent de le réduire légèrement (pt 106). Les critiques n'ont pas manqué et ont suscité un débat dans cette revue (J.-P. Tran Thiet, V. Thouvenin, N. Mouy et C. Barthélémy, Coûts incrémentaux : retour sur les avantages concurrentiels du secteur public, *Concurrentes* n° 2-2005, Tendances, p. 10-19). Il y était invoqué que le Conseil de la concurrence n'était ni le juge de la délimitation par les collectivités locales des obligations de service public, ni le juge des aides d'État (N. Mouy, rapporteure au Conseil). En contrepoint, était regrettée la fausse objectivité d'une méthode d'analyse économique et l'impuissance d'un droit à condamner une inefficacité non justifiée par une mission de service public (J.P. Tran Thiet, préc., V. Thouvenin, préc., D. Spector, préc.). La Cour de cassation n'est pas restée insensible à ces sirènes.

### Le reproche de la Cour de cassation sur un petit air de l'article 86 § 2 CE

La Cour de cassation ne censure pas l'arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Paris pour violation de la loi, mais bien pour manque de base légale. Elle ne tranche pas mais déclare qu'elle n'est pas convaincue par la motivation de la Cour : *“en se déterminant ainsi par des motifs impropres à établir que si elle ne consacrait pas l'Amporelle d'avril à fin septembre à l'exploitation d'une activité sur un marché ouvert à la concurrence, la Régie, qui disposait par ailleurs de ferries, serait obligée de supporter le coût de l'Amporelle pour assurer ses missions de service public, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision”*. Les éléments constitutifs du coût incrémental sont-ils bien réunis ? La Régie était-elle vraiment obligée de supporter le coût de location de l'Amporelle pour assurer sa mission de service public ? Au préalable, la Cour de cassation reproche à la Cour d'appel d'avoir méconnu l'obligation pour le juge de ne pas dénaturer les éléments de la cause (sous le visa déroutant de l'article 1134 du code civil). C'est ainsi qu'elle se réfère à l'arrêt rendu par le Conseil d'État. Il lui paraît excessif d'en avoir déduit que la taille de l'Amporelle répondait à des contraintes liées à l'état de la mer en hiver et qu'elle correspondait aux nécessités de la mission de service public. Elle insiste sur le fait que le Conseil d'État ne s'est pas prononcé sur la nécessité d'utiliser l'Amporelle afin d'accomplir la mission de service public. La question cruciale est donc bien de savoir si l'exploitation de l'Amporelle est véritablement une nécessité impérieuse pour l'accomplissement de la mission de service public. On ne peut s'empêcher de penser que la Cour de cassation intègre implicitement dans sa réflexion l'énoncé de l'article 86 § 2 CE : *“les entreprises chargées de la gestion de service public d'intérêt économique général... sont soumises... aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie”*. La pertinence du coût incrémental ne vaut pour dégager le prix prédateur que dans la mesure où il détermine ce qui est requis pour la mission de service public de ce qui ne l'est pas. Les ferries ne suffiraient-ils pas à satisfaire les exigences de service public ? L'exploitation d'une vedette en hiver, parallèlement aux ferries, se justifierait-elle éventuellement par des besoins de rapidité de transport des personnes ? Comment cette rapidité entrerait précisément dans la mission de service public ? C'est à ces questions que la cour de renvoi devrait répondre. Il n'est pas inutile de souligner ici un contexte marqué par un imbroglio d'intérêts : le propriétaire de la vedette l'Amporelle n'est autre que le Conseil général de la Vendée ; c'est lui qui met à disposition de la Régie cette vedette rapide et en fixe le loyer, en même temps qu'il attribue à la Régie des subventions pour sa mission de service public.

### Les leçons provisoires de l'arrêt

La fiabilité du test relatif au coût incrémental est remise en cause si l'on hésite à se poser frontalement la question des besoins requis pour l'accomplissement de la mission de service public. C'est une question de bon sens, directement inspiré de l'article 86 § 2 CE dans l'interprétation raisonnable qui en est maintenant faite par le juge communautaire.

L'apparente neutralité d'une analyse des coûts ne saurait faire illusion. Elle repose sur des données complexes et aléatoires, selon les prémisses choisies. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle on peut s'interroger sur son utilité. La question mérite d'autant plus d'être posée qu'elle vient en écho aux vives critiques de la doctrine économique adressées au double test des coûts dégagé par la jurisprudence *Akzo* : celui des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables créant une présomption suffisante de prédation ; celui des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables demandant d'être étayé par la preuve d'une stratégie de prédation (CJCE, 3 juillet 1991, aff. C-62/86, *AKZO*, Rec. p. I-3359). Sont également en cause les caractères complexe, aléatoire ... et coûteux de ces tests ! Le Conseil de la concurrence, lui-même, se rallie à ce courant majoritaire et considère dans l'affaire *Glaxo* que le premier test devrait lui aussi être étayé par une stratégie prédatrice, en l'espèce bien établie (déc. n° 07-D-09, 14 mars 2007, A.-L. Sibony, *RLC* 2007-12 ; *Concurrences* n° 2-2007, A. Wachsmann, p. 110-115 ; *Revue des contrats* 2007-2, p. 776, obs. C. P. ; infirmation par CA Paris, 8 avril 2008, 2007/07008, *GlaxoSmithKline*, *Concurrences* n° 2008-2, obs. critiques C. P., p. 118). Il serait donc logique de considérer le test incrémental comme un simple signal et de focaliser l'attention sur la caractérisation d'une stratégie prédatrice par un faisceau d'indices, en intégrant dans ce cadre une discussion sur les besoins réels de la mission de service public.

C. P. ■

**ABUS DE POSITION PRIVILÉGIÉE PAR UN GESTIONNAIRE DE SERVICE PUBLIC : Le Conseil de la concurrence examine la confusion entretenue entre le service public d'exploitation d'une chambre funéraire et les services funéraires commerciaux** (*Cons. conc.*, déc. n° 08-D-09 du 6 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres à Lyon et dans son agglomération)

C'est loin d'être la première fois que des pratiques commerciales courantes d'un ancien titulaire de monopole du service public des pompes funèbres sont considérées comme abusives. L'arrêt *Bodson* (CJCE, 4 mai 1988, *Bodson*, 30/87, Rec. p. 2479) a déjà une longue postérité nationale (Voy. notamment à propos de pratiques similaires Cass. com., 9 mai 2001, Bull. IV N° 85 p. 81 ; Décision n° 04-D-70 du 16 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres de la région de Saint-Germain-en-Laye ; Décision n° 04-D-37 du 27 juillet 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres dans le Val-de-Marne ; Décision n° 04-D-37 du 17 juin 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres de la région grenobloise).

C'est cette fois la régie municipale des pompes funèbres de Lyon qui se voit condamnée pour des pratiques similaires à celles qui ont déjà fait l'objet de décisions du Conseil de la concurrence (notamment la décision n° 04-D-70 préc.). La régie municipale exploitait en effet l'unique chambre funéraire de Lyon (point 103). Comme le Conseil l'a déjà relevé,

l'exploitation d'une telle installation constitue, pour un prestataire de services commerciaux de pompes funèbres un avantage concurrentiel important (point 166). En effet, lorsqu'un décès survient à l'hôpital ou dans un établissement de soins, ce qui est fréquent, le corps du défunt est quasi-systématiquement transféré vers une chambre funéraire dans l'attente des obsèques. À cet égard, la décision contient une riche description des pratiques qui assurent le transfert parfois extrêmement rapide des services de soins vers ces installations – transfert parfois si rapide (dans les deux heures du décès) que les familles sont prises de court en violation de la réglementation applicable (point 189). Nous ne nous attarderons pas ici sur ces aspects qui relèvent plutôt de la qualification d'entente entre hôpitaux et opérateurs de pompes funèbres et ne donnent pas, faute de preuves suffisantes, lieu à condamnation dans la présente décision (point 195). Toujours est-il que, avec ou sans collusion, les établissements de soins lyonnais font prestement acheminer les dépouilles vers la chambre funéraire unique de la ville, sauf très rares exceptions dues à l'insistance des familles.

À ce stade de l'acheminement, la concurrence était faussée une première fois, car parmi les diverses sociétés assurant le transport des corps dans l'agglomération lyonnaise, seule la CGPF possédait la clé permettant d'accéder à la chambre funéraire municipale en dehors des heures d'ouverture (la nuit le week-end). De ce fait, cette société (filiale d'OGF, elle-même propriété d'un fonds d'investissement américain, point 27) était la seule à pouvoir apparaître aux familles concernées en mesure de gérer elle-même la situation. Ainsi, une pratique d'exclusion sur le marché du transport résultait très simplement du refus d'accès à la chambre funéraire opposé de nuit aux concurrents. Il convient de préciser que ce refus était d'une efficacité absolue pour des raisons réglementaires : comme il faut une autorisation délivrée par le maire pour transporter un corps en dehors de l'agglomération (vers une autre chambre), un tel transport est impossible de nuit. Une simple rétention de clé suffisait donc à exclure efficacement les concurrents d'un segment du marché du transport, lui-même porte d'entrée dans le marché des services funéraires. À s'en tenir à cet aspect, on serait dans un cas de figure assez classique d'abus-exclusion, à propos duquel le Conseil relève que son effet sur le marché n'est sans doute pas considérable, car les transports de nuit ne sont pas si nombreux.

Mais la décision condamne également – et c'est peut-être là son aspect le plus intéressant – un abus-exploitation. Les victimes de cet abus sont les consommateurs (les familles des défunts) et non des opérateurs concurrents plus ou moins directs des pompes funèbres municipales. Cet abus exploitation est en quelque sorte double. En effet, les familles sont, d'une part, attirées vers les services commerciaux en raison de la présence d'une chambre funéraire, mais aussi, d'autre part, en raison de la présence des services administratifs. La configuration des lieux, minutieusement décrite dans la décision (point 111 et s.), ainsi que le circuit habituel des documents administratifs provenant des hôpitaux conduisait en effet les familles qui venaient chercher un certificat vers l'étage où se trouvaient les services commerciaux. Une signalétique ambiguë renforçait la confusion et accroissait encore la probabilité de captation.

Il est frappant de constater que les pratiques en cause dans cette partie de la décision n'entrent pas facilement dans la liste exemplative des pratiques mentionnées dans l'article L 420-2, pas plus que dans celle qui figure à l'article 82 CE. Même l'article 82 CE sous b), qui vise les pratiques portant préjudice aux consommateurs, mentionne une limitation de la production, ce qui suggère une exploitation au moyen de prix élevés. À la lecture de la décision, l'abus qui est sanctionné réside fondamentalement dans une restriction de la liberté de choix des consommateurs. L'abus consiste à créer une confusion qui nuit à leur capacité de choix éclairé, déjà altérée, on peut le supposer, par les circonstances. Où l'on retrouve cette idée si chère aux ordo-libéraux que le choix libre, celui des consommateurs comme celui des concurrents, est ce qui mérite par dessus tout protection. Cette valeur précieuse du libre choix, qui est au cœur de la conception originaire du droit de la concurrence en Europe et en France est aisément mise de côté lorsqu'on raisonne en termes de bien-être du consommateur, notamment parce que le *welfare* est associé, à tort ou à raison, une notion quantifiable. La décision commentée nous rappelle que la valeur du libre choix, notion assurément difficile à quantifier, reste bien vivante en droit positif, ce dont il faut se réjouir. On peut parallèlement remarquer que, en droit européen, c'est le droit de la consommation qui semble prendre le relais de la protection du consentement intègre des consommateurs. Ainsi, on pourrait se demander si les comportements jugés abusifs dans la décision rapportée ne constitueraient pas des pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs, au sens de la directive 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs (JO 2005 L 149 p. 22). L'article 6 de ce texte définit en effet une pratique commerciale trompeuse comme celle qui *"d'une manière quelconque, y compris par sa présentation générale, [...] induit ou est susceptible d'induire en erreur le consommateur moyen, même si les informations présentées sont factuellement correctes et que [...], elle l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement"*. Vue à la lumière de ce texte, la décision rapportée contribuera peut-être à nourrir un nouvel épisode du dialogue entre le droit de la concurrence et du droit de la consommation.

A.-L. S. ■

**INFRASTRUCTURES ESSENTIELLES : Le Conseil de la concurrence rejette la demande de mesures conservatoires ainsi que la saisine au fond d'un éditeur spécialisé concernant la qualification d'infrastructure essentielle de points de vente situés dans des sites touristiques** (Cons. conc., déc. n° 08-D-08 du 29 avril 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'édition et de la vente de monographies touristiques)

Une fois encore après le contentieux opposant les moines de l'abbaye des îles de Lérins à un transporteur (Cons. conc., déc. n° 05-D-60, 8 novembre 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la congrégation cistercienne de l'Immaculée Conception, la société Planaria, l'État et la commune de

Cannes V., *Concurrences* n° 1-2006, p. 137-139), le Conseil de la concurrence est amené à exercer ses talents dans une affaire qui mêle tourisme, religion et plus prosaïquement les finances de l'entreprise saisissante. L'affaire commentée nous invite ainsi à un voyage à travers quelques-uns des plus beaux sites de France, le Mont-Saint-Michel, l'abbaye bénédictine de Cluny et la cité médiévale de Carcassonne.

Pour en revenir au droit de la concurrence, la question soulevée en l'espèce portait sur la qualification ou non d'infrastructures essentielles des points de vente (ou "librairies boutiques") situés à l'intérieur des monuments en cause, qui sont gérés par le Centre des Monuments Nationaux (CMN). Le CMN est un établissement public administratif, dépendant du Ministère de la culture, chargé de la mise en valeur, de l'ouverture au public et de la restauration d'une centaine de monuments en France. Dans le cadre de ses missions, le CMN assure l'édition et la diffusion de tous supports liés à ce patrimoine. Pour ce faire, le CMN dirige un service éditorial internalisé, les Editions du Patrimoine et gère en régie directe un réseau de librairies boutiques.

En l'espèce, la plainte émanait d'un éditeur spécialisé dans les livres consacrés aux monuments historiques et au tourisme culturel, de ce fait à la fois concurrent et client du CMN selon le profil d'éditeur ou de diffuseur de cet établissement.

D'après le plaignant, le CMN aurait exploité abusivement un état de dépendance économique en refusant de façon injustifiée de vendre ses propres ouvrages ainsi qu'en réduisant certaines commandes résultant d'un marché public gagné en 2004. Ainsi, la part des commandes du CMN auprès du plaignant se chiffrait à 10,7 % de son chiffre d'affaires total en 2005, à 8,6 % pour 2006 et à 7 % en 2007.

Comme il était prévisible, le Conseil de la concurrence ne s'est pas borné à examiner l'éventuel état de dépendance économique et a recentré la problématique de ce dossier autour des notions d'infrastructure essentielle et d'abus.

### Le marché des monographies grand public à prix accessible et propres à chaque site ou monument

S'agissant de la problématique des infrastructures essentielles, la définition du marché pertinent est une étape absolument cruciale. La conclusion de l'espèce aboutit à un raffinement de segmentation extrêmement étroit (V. pour un autre exemple de définition très étroite du marché pertinent : Conc. conc., déc. n° 08-D-09, 6 mai 2008). Le Conseil de la concurrence s'appuie sur le consensus des parties et des tiers pour conclure à *"la nécessité de définir un marché de produits retroints aux monographies grand public de sites ou monuments servant indifféremment de guide de visite ou de souvenir, mêlant texte et photographies, à prix accessible (inférieur à 10 euros) et propre à chaque site ou monument concerné."* (§ 39).

Il est vrai que le marché du livre a déjà fait l'objet d'une jurisprudence abondante, que ce soit en concentration (Comm. CE, 7 janvier 2004, *Lagardère/Natexis/VUP*, aff. COMP/M.2978, Min. Eco., 22 mars 2004, *La Martinière/Seuil*, aff. C2004-38, Comm. CE, 11 décembre 1997, *Wolters Kluwer/Reed Elsevier*, aff. M.1040) ou en concurrence (Comm. CE, 25 novembre 1981, *VBBB/VBVB*, aff. COMP/IV/428) et



repose désormais sur des piliers solides et éprouvés. On distingue, en effet, classiquement un marché amont de la vente de livres des éditeurs vers les revendeurs, fractionné en catégories d'ouvrages et un marché aval de la vente de livres par les revendeurs au consommateur final, subdivisé lui-même en vente au détail, à distance, par courtage et via les solderies.

En l'espèce, eu égard aux désirs infinis de la clientèle illustrés par un arrêt pourtant déjà ancien de la Cour d'appel dans l'affaire *France Loisir* (CA Paris, 11 mars 1993, *Société France Loisir SARL*) et des analyses produites par les parties, le Conseil de la concurrence est allé beaucoup plus loin que dans les affaires précitées. Si une longue monographie sur le Mont-Saint-Michel n'est peut-être pas comparable à une brochure informative, qu'en est-il d'un livre qui comporterait un plan et qui coûterait un peu plus de 10 euros ou d'un plan du site avec des informations touristiques ?

Le marché géographique est quant à lui défini comme "local" mais plus inspiré (si l'on peut dire s'agissant d'un site religieux) que pour la définition du marché de produit pertinent, le Conseil de la concurrence laisse cette question ouverte en la liant à celle de l'assimilation ou non des librairies boutiques à des infrastructures essentielles. Sans ce raccourci, il y avait de grands risques à ce que l'on retrouve dans cette affaire la zone de chalandise la plus réduite au monde...

### De l'abstinence à l'obligation de faire

Passant ensuite au cœur du sujet, le Conseil de la concurrence rappelle à titre de préambule que dans certaines situations très spécifiques, une entreprise en position dominante doit non seulement s'abstenir de certaines pratiques mais également "(...) promouvoir activement la concurrence en accordant à des concurrents potentiels l'accès à des installations qu'elle a développés." (Conclusions de l'Avocat Général Jacobs, 28 mai 1998, sous CJCE, *Bronner*, aff. C-7/97, § 34).

En effet, la théorie des infrastructures essentielles a été développée, à supposer que des critères stricts soient réunis, pour permettre l'accès, comme le rappelait le Conseil de la concurrence dans l'une de ses toutes premières affaires à ce sujet mettant en cause le monopole d'exploitation d'un hélicoptère, à des "(...) installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables." (CA Paris, 9 septembre 1997, *Héli-Inter Assistance*).

Les jurisprudences communautaire et française sont comparables sur le plan de l'analyse juridique comme en témoignent les paragraphes 52 à 62 de la décision commentée qui se réfèrent indifféremment à des affaires de la Commission et de la Cour de Justice et du Conseil de la concurrence, de la Cour d'appel et de la Cour de cassation. Ces décisions et arrêts ont été adoptés à propos de domaines aussi divers que, en droit européen, les grilles de programme télévisé (CJCE, 6 avril 1995, *Magill*, C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-743), des modules permettant le suivi des ventes en matière pharmaceutique (CJCE, 29 avril 2004, *IMS*, C-418/01, p. 14, Rec. p. I-5039), les informations relatives à l'interopérabilité de systèmes d'exploitation pour serveurs (TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft*, T-201/04, non publié au

recueil) et en droit français, les listes d'abonnés au téléphone (Cons. conc., déc. n° 98-D-60, 29 septembre 1998 ; CA Paris 29 juin 1999 ; Cass. com., 4 décembre 2001, *France Telecom*, n° 99-16.642), la boucle locale (Cons. conc., déc. n° 05-D-59, 7 novembre 2005 ; CA Paris, 4 juillet 2006 et Cass. com., 23 octobre 2007, n° 06-17.852), les logiciels en matière de presse (Cass. com., 12 juillet 2005, *NMPP*, n° 04-12.388, V. *Concurrences* n° 4-2005, p. 77-79 ; Cons. conc., déc. n° 08-D-04, 25 février 2008, V. *Concurrences* n° 2-2008, pp. 120-122), une nomenclature philatélique (Cons. conc., déc. n° 05-D-25, 31 mai 2005, *Yvert et Tellier*), des DRM en matière de téléchargement de musique sur internet (Cons. conc., déc. n° 04-D-54, 9 novembre 2004, *Apple Computer France*), etc. On notera que le Conseil d'État s'est également penché sur ces questions dans une affaire *INSEE/Sirene* (CE, 29 juillet 2002, *Cegedim*, n° 200886) en matière de répertoire d'entreprise, cas également examiné par le Conseil de la concurrence (Cons. conc., déc. n° 01-A-18, 21 décembre 2001).

### Les quatre critères de l'application de la théorie des infrastructures essentielles

Pour répondre à la question principale de cette affaire, le Conseil de la concurrence rappelle le raisonnement qui doit être suivi en l'articulant autour de quatre conditions.

Le Conseil de la concurrence ajoute à titre liminaire que l'entreprise en cause doit être en position dominante raison pour laquelle il distingue, dans sa décision (V. § 56), cinq critères pour l'application de la théorie des infrastructures essentielles. Or, la détermination de l'existence d'une position dominante nous semble faire partie de la première étape du raisonnement en matière de pratiques unilatérales plutôt que de constituer un élément constitutif de l'abus lié au refus d'accès en cas de détention d'une infrastructure essentielle

Le Conseil de la concurrence rappelle ainsi qu'il s'agit d'apprécier si (V. § 56 de la décision commentée) :

- 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 ;
- l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;
- l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
- l'accès à l'infrastructure est possible (notamment sur le plan technique etc.).

En l'espèce, le débat se cristallisait sur la première de ces quatre conditions. En effet, le plaignant affirmait que les boutiques du CMN constituaient des points de vente incontournables pour un "public cultivé ou désireux de le devenir (...)" (V. § 59) et où se déroulent pour lesdits ouvrages entre 80 et 90 % des ventes. Les tiers à la procédure, c'est-à-dire les autres éditeurs présents sur cette catégorie de produits culturels, indiquaient toutefois qu'il fallait distinguer selon qu'il existe ou non d'autres lieux de vente à proximité des sites.



### L'existence de points de vente alternatifs

Le Conseil de la concurrence procède ensuite à une analyse particulièrement *in concreto* des trois lieux sous enquête.

S'agissant du Mont-Saint-Michel, la conclusion est facilement tirée que les librairies boutiques “*tout en occupant globalement une place importante*” (V. § 63) n'étaient pas le seul canal de distribution des produits concernés. En effet, le Conseil de la concurrence constate qu'une partie non négligeable des ventes du plaignant (un quart au moins) avait lieu en dehors du CMN avant même le déréférencement d'avril 2006. Après cette date, les ventes du plaignant hors CMN avaient connu en outre une croissance importante (plus de 40 % en un an et demi).

Pour le site de Carcassonne, la messe est dite encore plus rapidement puisque la brochure éditée par le plaignant n'avait jamais été commandée par le CMN alors même que les deux autres éditeurs concurrents du plaignant vendaient leurs produits en majorité en dehors de la librairie boutique du château de Carcassonne.

Dès lors, le Conseil de la concurrence conclut logiquement que l'accès aux librairies boutiques pour les deux lieux précités n'est pas strictement nécessaire ou indispensable à l'exercice de l'activité d'édition du plaignant et que ces points de vente ne constituent donc pas des infrastructures essentielles.

### Cluny ou les doutes de l'orthodoxie ?

Pour l'abbaye de Cluny, il nous semble que le raisonnement du Conseil de la concurrence relève plus d'une approche *de minimis* du cas que de la stricte obédience juridique. En effet, pour ce bâtiment qui comporte deux librairies boutiques (une à l'entrée qui inclut l'accueil et la billetterie et l'autre à la sortie accessible sans billet), deux éléments différaient de la situation constatée sur les deux autres sites :

→ d'une part, les points de vente alternatifs paraissent beaucoup plus difficiles à trouver, soit qu'ils étaient éloignés (il fallait semble-t-il se rendre dans d'autres communes) ou présentés par le CMN et le plaignant de façon contradictoire (quant aux ventes effectuées, à Cluny, auprès de la maison de la presse et l'office du tourisme). En tout état de cause, le Conseil de la concurrence relève que les deux librairies boutiques du site représentaient 90 % des ventes de monographies sur Cluny.

→ d'autre part, la seule brochure véritablement disponible sur l'abbaye était éditée par les Editions du Patrimoine (avec 85-90 % environ de parts de marché) qui sont, comme il a été indiqué plus haut, un service interne du CMN.

En l'espèce, le rejet de la qualification d'infrastructure essentielle était donc nettement moins évident que pour les autres monuments en l'absence d'alternative de distribution et ce d'autant plus que sur le marché amont de l'édition de brochures, on constate que le CMN était quasiment le seul éditeur présent à Cluny avec sa monographie.

### Le non-référencement du plaignant résultait-il d'un simple hasard ou d'un effet d'éviction ayant pour résultat d'avantager le service interne d'édition du CMN ?

C'est avec une certaine mansuétude, peut-être liée à la nature des lieux, que le Conseil de la concurrence constate que “*Dans cette recherche d'un effet – au moins potentiel – d'éviction, il convient de relever que le CMN est confronté à la nécessité de procéder à des choix compte tenu de l'écart entre l'espace limité de vente dont il dispose et l'offre à la fois abondante et diversifiée de produits ayant vocation à être vendus dans ses librairies-boutiques qui englobe, ainsi qu'il est rappelé au paragraphe 14, divers objets cadeaux.*” (§ 107)

Le Conseil de la concurrence ajoute quand même que l'absence de séparation juridique ou fonctionnelle entre les activités d'édition et de diffusion du CMN peut soulever des interrogations quant à “*(...) l'indépendance des décisions prises par sa centrale d'achats.*” (§ 108)

Toutefois, ce questionnement n'empêche pas le Conseil de la concurrence de conclure que rien n'indiquait, dans le dossier, la mise en œuvre d'une quelconque stratégie d'éviction du CMN en vue d'éliminer ses concurrents ou de favoriser ses propres activités éditoriales...

L'attitude conciliante du CMN qui, en séance, a offert de prendre les mesures propres à lever toutes ambiguïtés et garantir l'objectivité future de ses choix de référencement (V. § 108) a certes dû peser dans l'orientation du Conseil de la concurrence qui avait plutôt habitué sous ouailles à des condamnations exemplaires dans des situations, telles qu'en l'espèce, de conflits d'intérêt notoires. Les voix du seigneur sont décidément impénétrables !

A. W. ■

### À noter :

#### **SUBVENTIONS CROISÉES : Le Conseil de la concurrence rejette faute d'allégations suffisamment précises relatives à un effet sur le marché une plainte visant les pratiques de prestataires de services de re-localisation**

(Cons. conc., déc. n° 08-D-11 du 19 mai 2008 relative à une saisine de la société Executive Relocations)

Le conseil rappelle que le seul fait pour des entreprises qui sont liées par un cadre réglementaire particulier – comme celui du 1 % logement en France – d'utiliser des ressources de l'activité sous monopole pour financer une activité concurrentielle est insuffisant pour caractériser un abus. En l'espèce, le fait que des prestataires de services d'aide à la re-localisation appartenant à la sphère du “1 % logement” bénéficient – au même titre que leurs concurrents n'appartenant pas à cette sphère – d'une aide accordée aux salariés en mobilité pouvant couvrir ce type de dépense n'est pas considéré comme abusif, surtout en l'absence de “captation” d'une partie importante du montant total distribué au titre de cette aide.

## Autres décisions et textes nationaux\*

### AUSTRIA

The Austrian Federal Competition Authority settles a dispute regarding jet fuel supply at the Vienna International Airport (OMV) 04 April 2008

### BULGARIA

The Bulgarian Supreme Administrative Court upholds an NCA decision sanctioning the telecom incumbent for exerting margin squeeze on its competitors in the markets for fixed telephone services (BTC/CPC) 09 January 2008

### CZECH

The Czech NCA clears a 25 % price increase by the dominant fuel card issuer based on a new quantitative rebate system (CCS) 18 February 2008

### FRANCE

The French NCA rejects a complaint and a request for interim measures lodged by an association of tel'co operators regarding an exclusive agreement for the distribution of TV programs as catch-up TV (AFORST/France Telecom - France Televisions) 07 May 2008

A French Court rules that a commercial court has no jurisdiction to withdraw the benefit of the exemption provided by a block exemption regulation (Turbo Europe/Peugeot-Renault-Citroën) 13 March 2008

The French Competition Council refuses to impose interim measures to facilitate the roll out of fiber to the home networks in France (Free/France Telecom) 12 February 2008

The French Competition Council rejects a claim for interim measures regarding access to the incumbent's civil engineering infrastructure for rolling-out fiber (Free/France Télécom) 12 February 2008

### GERMANY

The German Federal Court of Justice finds that there is no uniform product market for heat energy sources on the retail level and rather defines the market merely for the supply of end consumers with natural gas as the relevant product market (Erdgassondervertrag) 19 April 2008

The German Federal Court of Justice confirms decision on infringement of Article 82 EC by a manufacturer of home soda makers (Soda Club II) 04 March 2008

The German Competition Authority rules against market division and information exchange in the sand-lime brick sector (KS-Quadro) 14 February 2008

### HUNGARY

Hungarian Competition Office accepts objective justification defence in an abuse of dominance case in the electricity sector (DEMÁSZ/DHE) 14 February 2008

### ITALY

The Italian Competition Authority opens proceedings in the market of football audiovisual rights for alleged violation of Art. 81 and/or 82 EC (Lega Calcio / Chievo Verona) 10 April 2008

The Italian Competition Authority closes investigations for abusive conducts committed by the incumbent post operator with a commitments decision (Servizi postali) 28 February 2008

### LUXEMBOURG

The President of the Luxembourg Competition Council adopts the first conservatory measures against the telecommunications incumbent regarding alleged abusive bundling of fixed-line telephone, mobile telephone and high-speed Internet access (Entreprise des Postes et Télécommunications) 22 January 2008

### MALTA

The Maltese Commission for Fair Trading strikes down finding of abuse of dominance in the market of cereals while briefly reviewing State aids issue (Federated Mills) 28 April 2008

### NETHERLANDS

The Dutch competition authority clears a collective performance rights organisation of allegations of price discrimination and excessive pricing (Fresh FM - Buma) 02 April 2008

### SPAIN

The Spanish Competition Authority fines electric company for abusing pricing in the electricity technical restrictions market (Iberdrola) 14 February 2008

### TURKEY

The Turkish Competition Authority adopts a notice on the definition of relevant market (Notice 08-04/56-M) 28 January 2008

The Turkish Competition Board orders termination of loyalty-enhancing bonus schemes with travel agents (Amadeus) 03 January 2008

### UK

The UK Gas and Electricity Markets Authority finds that the network operator has abused its dominant position in the market for the provision and maintenance of domestic-sized gas meters (National Grid) 21 February 2008

\* Décisions et commentaires disponibles sur le site [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

**Concurrences** est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits communautaire et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par neuf chroniques thématiques.

# CONCURRENCES

## Editorial

Jean-Bernard Blaise, Nicolas Charbit,  
Laurent Cohen-Tanugi, Claus-Dieter Ehlermann,  
Laurence Idot, Hubert Legal,  
Claude Lucas de Leyssac, Denis Waelbroeck...

## Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,  
Nadine Calvino, Frédéric Jenny, Neelie Kroes,  
Mario Monti, Mustafa Parlak, Dominique Voillemot...

## Tendances

Jean-François Bellis, Guillaume Cerutti,  
John Davies, Céline Gauer, Damien Gérardin,  
Pierre Kirch, Christophe Lemaire, Irène Luc,  
Jorge Padilla, Emil Paulis, Richard Whish...

## Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Serge Durande,  
Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk,  
Laurence Idot, Bruno Lasserre, Stanislas Martin,  
Caroline Montalcino, Catherine Prieto,  
François Souty...

## Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Données publiques et concurrence, Droit pénal et concurrence...

## Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Japon,  
Luxembourg, Suisse, USA...

## Droit et économie

Penelope PAPANDROPOULOS, David SPECTOR

## Chroniques

### Ententes

Emmanuelle CLAUDEL  
Michel DEBROUX  
Cyril SARRAZIN

### Pratiques unilatérales

Laurent FLOCHEL  
Catherine PRIETO  
Anne WACHSMANN

### Pratiques restrictives et concurrence déloyale

Daniel FASQUELLE  
Jean-Patrice de la LAURENCIE  
Marie-Claude MITCHELL

### Concentrations

Jean-Mathieu COT  
Jérôme PHILIPPE  
Stanislas MARTIN

### Aides d'État

Jean-Yves CHÉROT  
Jacques DERENNE  
Christophe GIOLITO

### Procédures

Valérie MICHEL-AMSELLEM  
Chantal MOMÈGE  
Fabien ZIVY

### Régulations

Denis LESCOPE  
Jean-Paul TRAN THIET  
Thierry TUOT

### Secteur public

Bertrand du MARAIS  
Stéphane RODRIGUES  
Jean-Philippe KOVAR

### Politique internationale

Frédérique DAUDRET-JOHN  
François SOUTY  
Stéphanie YON

## Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN  
Umberto BERKANI  
Alain RONZANO

## Bibliographie

Centre de Recherches sur l'Union Européenne  
(Université Paris I – Panthéon-Sorbonne)



	HT <i>Without tax</i>	TTC <i>Tax included (France only)</i>
<b>Revue Concurrences   Review Concurrences</b>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	398 €	406,36 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)</i>	490 €	598,34 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print &amp; electronic versions + free access to e-archives)</i>	580 €	693,68 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	100 €	102,10 €
<input type="checkbox"/> Crédit de 5 articles (version électronique sur concurrences.com) <i>Pack of 5 articles (electronic version on concurrences.com)</i>	110 €	131,56 €
<input type="checkbox"/> 1 article (version électronique sur concurrences.com) <i>1 article (electronic version on concurrences.com)</i>	30 €	35,88 €
<b>Bulletin électronique e-Competitions   e-bulletin e-Competitions</b>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel multi-postes + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription with multi PC access + free access to e-archives</i>	498 €	595,68 €
<input type="checkbox"/> Crédit de 5 articles <i>Pack of 5 articles</i>	90 €	107,64 €
<input type="checkbox"/> 1 article <i>1 article</i>	20 €	23,92 €
<b>Revue Concurrences + bulletin e-Competitions   Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions</b>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin</i>	695 €	831,22 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (print &amp; electronic versions) + e-bulletin</i>	780 €	932,88 €

### Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom | *Name-First name* : ..... e-mail : .....  
 Institution | *Institution* : .....  
 Rue | *Street* : ..... Ville | *City* : .....  
 Code postal | *Zip Code* : ..... Pays | *Country* : .....  
 N° TVA intracommunautaire/ *VAT number (EU)* : .....

### Païement | Payment details

Vous pouvez payer directement sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) (accès immédiat à votre commande) ou bien utiliser ce formulaire :  
*For instant access to your order, pay on-line on www.concurrences.com. Alternatively :*

- Veuillez m'adresser une facture d'un montant de ..... €  
*Please bill me for the sum of ..... €*
- Veuillez débiter ma carte MasterCard/Visa/American Express d'un montant de ..... €  
*Please debit the sum of ..... € from my MasterCard/Visa/American Express*

Numéro de carte/ *Card n°* : .....  
 Date d'expiration/ *Expiry date* : .....  
 Nom-Prénom/ *Name-First name* : .....

Signature

- J'ai transféré au compte bancaire dont références ci-dessous la somme de ..... € à la date du .....  
*I have transferred the sum of ..... € to the bank account below on ..... (date)*

IBAN (International Bank Account Number)	BIC (Bank Identifier Code)
FR76 3000 4007 9900 0255 3523 060	BNPAFRPPOP

**Bank** : BNP - Agence Opéra | 2, Place de l'Opéra - 75 002 Paris - France

### Formulaire à retourner à | Send your order to

**Transactive** – A Thomson Reuters subsidiary  
 1 rue Saint-Georges | 75 009 Paris – France | *contact: [information@transactive.fr](mailto:information@transactive.fr)*

### Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de *Concurrences* et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Consultez les conditions d'utilisation du site sur [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com) ("Notice légale").

*Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

**Frais d'expédition Concurrences hors France : 18 € | 18 € extra charge for sending hard copies outside France**