



Concurrences

Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

PRATIQUES UNILATÉRALES

Chroniques | Concurrences N° 1-2012 – pp. 103-116

Frédéric MARTY

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

| *Chargé de recherche CNRS, Groupe de recherche en droit, économie et gestion (GREDEG),
Université de Nice-Sophia Antipolis*

Anne-Lise SIBONY

alsibony@ulg.ac.be

| *Professeur de droit européen, Université de Liège
Professeur invité, Université Panthéon-Assas, Paris II*

Anne WACHSMANN

anne.wachsmann@linklaters.com

| *Avocat à la Cour, Linklaters, Paris*

Frédéric MARTY

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherche CNRS,
Groupe de recherche en droit,
économie et gestion (GREDEG),
Université de Nice-Sophia Antipolis

Anne Lise SIBONY

alsibony@ulg.ac.be

Professeur de droit européen, Université de Liège,
Professeur invité,
Université Paris II, Panthéon-Assas

Anne WACHSMANN*

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat à la Cour, Linklaters, Paris

Abstracts

1. EU

Exclusionary abuse – Refusal to deal – Bad Faith –

Telecommunications – Regulation – 103

The European Commission imposes a 127 million Euros fine on the Polish incumbent telecom operator for having abused its dominant position by delaying entry in the market for Internet access

Eur. Comm., 22.06.11, Telekomunikacja Polska, case COMP/39525

Commitment – Exploratory abuse – 107

The European Commission makes mandatory the commitments proposed by a company in order to respond to its statement of objections on its practices concerning the license fees for the use of International Securities Identification Numbers (ISIN)

Eur. Comm., 15.11.11, Standard and Poor's, case COMP/39592

2. France

Commitment – Vertical integration – 108

French NCA makes a funeral operator's commitments mandatory in order to prevent competition distortions resulting from vertical integration

Fr. NCA, 20.10.11, funeral services, 11-D-14

Commitment – Essential facilities – 109

The French NCA makes mandatory commitments proposed to remedy its concerns about the access to heavy medical equipment

Fr. NCA, 15.12.11, access to medical equipment Arcachon hospital, 11-D-18

Denigration – Abuse of legal procedure – 111

The French Competition Authority declares itself incompetent to rule on practices restricting access to Airport facilities and rejects the complaint of a company running a car parking area near Lille airport

Fr. NCA, 16.11.11, practices implemented by SOGAREL in the sector of car parking areas for Lille airport passengers, 11-D-15

Commitment – Economic dependence – 113

The French NCA accepts and makes legally binding commitments from Carrefour aimed at addressing the competition concerns raised by its practices towards its franchisees

Fr. NCA, 16.12.11, practices implemented by Carrefour group in the food sector, 11-D-20

* Avec la collaboration de Jérémie Marthan,
Avocat, Linklaters, Paris.

1. UNION EUROPÉENNE

ABUS D'EXCLUSION – REFUS DE CONTRACTER – NÉGOCIATION DE MAUVAISE FOI – TÉLÉCOMMUNICATIONS – SECTEUR RÉGULÉ : La Commission européenne condamne l'opérateur historique polonais de télécommunications pour avoir abusé de sa position dominante en entravant l'accès de nouveaux entrants au marché de l'Internet (Comm. eur., 22 juin 2011, Telekomunikacja Polska, aff. COMP/39525)

Dans une décision de juin publiée en novembre 2011, la Commission européenne a infligé à l'opérateur historique polonais une amende de 127 millions d'euros pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de l'accès à Internet. L'existence de cette décision de constatation d'infraction mérite en elle-même d'être relevée en un temps où les procédures négociées sont fortement privilégiées. En l'espèce, la Commission souligne qu'elle a tenu à adopter une décision, car elle entendait infliger une amende (pt 12). Sans doute s'agissait-il pour la Commission d'être cohérente à la fois avec les priorités de mises en œuvre exposées dans sa communication de 2009 relative aux abus-exclusion (JOUE, 24 février 2009, C 45/7) et avec sa pratique décisionnelle antérieure. Peut-être des considérations d'égalité de traitement entre opérateurs européens ont-elles également joué. En effet, et comme le relève la Commission dans sa décision (§ 892 à propos de l'amende), l'affaire relevait d'une catégorie connue. Les faits reprochés à Telekomunikacja Polska (ci-après TP) n'étaient pas très différents de ceux qui ont valu à d'autres opérateurs historiques de télécommunications d'être condamnés pour avoir abusé de leur position dominante en entravant l'accès de concurrents sur le marché naissant de l'accès à Internet à haut débit.

La particularité des pratiques reprochées à TP dans la présente affaire tient au fait que les entraves résultaient de pratiques non tarifaires, à la différence des pratiques en cause dans les affaires Wanadoo (prix prédateurs), Deutsche Telekom et Telia Sonera (compression de marges) (CJCE, 2 avril 2009, France Télécom c/ Commission, aff. C-202/07 P ; CJUE, 14 octobre 2010, Deutsche Telekom c/ Commission, aff. C-280/08 P ; CJUE, 17 février 2011, Konkursverket c/ TeliaSonera, aff. C-52/09). À l'instar de l'affaire *Trinko* aux États-Unis (*Verizon Communications Inc. v Law Office of John Curtis Trinko LLP*, 540 U.S.398), l'affaire TP porte sur des pratiques visant à dégrader les conditions techniques et commerciales d'accès des nouveaux entrants à la boucle locale de télécommunications, en retardant les négociations, en ne transmettant pas l'ensemble des protocoles d'interface nécessaires à la fourniture d'un service de qualité aux usagers et en privilégiant sa propre filiale sur le marché aval de l'accès à Internet. En l'espèce, les pratiques qualifiées d'abusives consistaient pour l'essentiel dans des pratiques dilatoires et des restrictions d'accès à des informations techniques essentielles, qui ont tant retardé l'accès des nouveaux entrants aux infrastructures essentielles de TP qu'elles sont assimilées par la Commission à un refus de contracter constitutif d'un abus.

La décision rapportée concerne donc une hypothèse de refus implicite de contracter, qu'il convient tout d'abord d'exposer (I). Cette décision se situe par ailleurs dans la ligne de la jurisprudence récente concernant l'articulation entre les procédures de concurrence et la régulation sectorielle, qui admet l'application du droit de la concurrence aux secteurs régulés (II).

I. Le refus implicite de contracter ou quand les pratiques dilatoires deviennent abusives

→ Un refus implicite d'accès à la boucle locale

La boucle locale d'un opérateur historique de télécommunications est un élément essentiel dans la phase d'ouverture d'un marché à la concurrence. Construire un réseau de télécommunications n'est généralement pas, pour les nouveaux entrants une option économiquement envisageable. Dans la décision rapportée, la Commission dresse ce constat à propos du marché polonais (§ 48). Le développement de la

concurrence sur le marché de l'accès à Internet en Pologne supposait donc que les concurrents de TP aient accès au réseau de l'opérateur historique. Plus précisément, pour que les opérateurs alternatifs puissent développer une offre sans construire un réseau complet, il était nécessaire qu'ils puissent connecter leur réseau partiel (réel ou virtuel) au réseau de l'opérateur historique et acheter à ce dernier une prestation d'acheminement des données sur "le dernier kilomètre du réseau". Autrement dit, l'accès des nouveaux entrants à la "boucle locale" de l'opérateur historique était indispensable au développement de la concurrence. De manière générale, cette nécessité constitue précisément la raison pour laquelle les opérateurs disposant d'un pouvoir de marché sont obligés – par les réglementations sectorielles qui transposent des directives européennes – d'accorder cet accès aux nouveaux entrants, sous la surveillance d'un régulateur.

En l'espèce, TP n'avait jamais explicitement refusé aux nouveaux entrants l'accès à sa boucle locale. En revanche, l'opérateur dominant avait, à proprement parler, abusé de pratiques dilatoires et ainsi retardé pendant plusieurs années l'entrée et le développement d'autres opérateurs sur le marché de l'accès à Internet à haut débit.

Pour caractériser le refus de contracter abusif, la Commission s'appuie sur plusieurs constats qui, pris individuellement, n'auraient sans doute pas justifié la qualification d'abus, mais qui, pris ensemble, sont assimilés à un refus de contracter. On peut relever que, en l'espèce, la mauvaise foi de l'opérateur dominant dans la conduite des négociations avec ses concurrents est soulignée à plusieurs reprises (§§ 339, 343, 364, 715-716, 746). Elle constitue l'un des éléments qui, outre les preuves directes trouvées dans les documents internes (§§ 149 et 159), permettent de caractériser une stratégie d'exclusion des concurrents.

Les pratiques dilatoires reprochées à TP concernent quatre aspects des négociations, à savoir : i) le retard à entamer des négociations avec les nouveaux entrants ; ii) les retards systématiques dans la conduite des négociations ; iii) le fait de déléguer aux réunions de négociation des représentants ne disposant pas du pouvoir d'engager TP et iv) les retards dans la signature des contrats.

À la lecture de la décision, la stratégie dilatoire de TP semble solidement établie. Le caractère dilatoire des agissements de TP est apprécié à l'aune de l'encadrement réglementaire auquel TP était soumis. En effet, cet encadrement portait non seulement sur l'obligation pour TP de présenter une offre répondant à certaines conditions (rassemblées dans "l'offre de référence" approuvée par le régulateur) et devant servir de point de départ aux négociations (§ 72 et s.) mais aussi sur différents délais, tels que le délai de réponse à une demande d'un opérateur concurrent ou la durée maximale de la négociation (§ 75 et tableau p. 26 au point 87).

En ce qui concerne le début des négociations, TP ne respectait généralement pas le délai réglementaire imparti pour répondre aux demandes des nouveaux entrants. Ce délai était de 3 jours, étant précisé que la réponse attendue de l'opérateur historique s'apparentait à un simple accusé de réception : il s'agissait en effet d'envoyer un projet de contrat conforme à l'offre de référence et destiné à servir de point

de départ aux négociations, un tel contrat type étant fourni aux opérateurs par le régulateur. Concernant ce premier aspect, la Commission s'appuie sur la fréquence des retards et sur leur importance en prenant l'exemple de réponses envoyées 226 jours après la demande dans un cas, 81 jours après la demande dans un autre (§ 725 et 726).

Une fois les négociations commencées, TP organisait leur lenteur. La durée globale des négociations ne pouvait, selon la réglementation applicable, excéder 90 jours. Ainsi, TP proposait des contrats non conformes à l'offre de référence applicable (destinée à garantir certaines prérogatives minimales aux nouveaux entrants). Il revenait donc aux opérateurs qui sollicitaient l'accès à la boucle locale de TP de faire valoir, pour chaque clause concernée, le minimum réglementaire, qui aurait en principe dû être incorporé dans le projet de contrat servant de point de départ à la négociation. L'attitude de TP revenait donc à négocier en s'éloignant d'un point d'accord possible plutôt que de s'en rapprocher. Face à ces blocages, les opérateurs demandeurs d'accès étaient fréquemment amenés à saisir le régulateur d'une demande d'arbitrage. Cependant, cette procédure était elle-même fort longue. Elle l'était à vrai dire d'autant plus que TP était en mesure de la faire durer, en arguant par exemple de difficultés à refléter dans les propositions de contrats les fréquents changements survenus dans les exigences réglementaires, et ce alors même que ces changements étaient généralement effectués à l'initiative de TP, comme le souligne la Commission avec une pointe d'exaspération (§ 732).

Les négociations étaient en outre ralenties par la pratique de TP consistant à déléguer aux réunions avec les opérateurs alternatifs des représentants qui n'avaient pas le pouvoir de l'engager. Il en résultait que les accords auxquels parvenaient les négociateurs pouvaient toujours être remis en cause par la suite. Dans plusieurs cas, TP renvoyait, après la négociation, un contrat qui revenait à sa proposition initiale (non conforme à l'offre de référence). Cette stratégie amenait les opérateurs soit à signer un contrat désavantageux et non conforme aux exigences réglementaires, soit à renoncer à entrer sur le marché aval de l'accès à Internet (§ 735).

Enfin, même après qu'un accord final eut été trouvé, TP retardait généralement la signature des contrats par des procédures internes très longues, consistant à faire approuver non seulement le contrat dans son ensemble par une direction mais chaque clause du contrat par les différentes directions qui pouvaient être concernées (§ 738 et 324 et s.)

La Commission souligne que chacune des pratiques dilatoires ci-dessus était évitable et se réfère à cet égard à un accord finalement conclu en 2009 entre TP et le régulateur polonais des télécommunications, aux termes duquel TP, sous la menace d'une séparation fonctionnelle forcée, a accepté de mettre fin aux diverses pratiques qui lui étaient reprochées depuis des années (§ 727, 733, 737 et 740).

Les pratiques dilatoires ainsi établies, parce qu'elles forment une stratégie d'ensemble (§ 803), sont assimilées à un refus de contracter. Venant d'un opérateur dominant et portant sur l'accès à un service indispensable pour pénétrer sur le marché aval dominé par l'opérateur verticalement intégré, ce refus est qualifié d'abusif. La Commission souligne que ce

n'est pas la première fois qu'un refus implicite de contracter est qualifié d'abus. À cet égard, elle cite le précédent de l'affaire *Clearstream* (§ 702 ; TPICE, 9 sept. 2009, *Clearstream c/ Commission*, T-301/04, obs. ALS, cette chronique, *Concurrences* n° 4-2009, p. 106). Le caractère implicite du refus ne paraît effectivement pas devoir poser de difficulté au regard de la qualification d'abus. Le droit de la concurrence n'est pas formaliste et l'important au regard de la qualification d'abus est d'établir une stratégie d'éviction anticoncurrentielle. À cet égard, on peut observer que la Commission s'attache ici principalement à établir l'intention de l'opérateur dominant, sans recourir explicitement à la théorie des infrastructures essentielles.

→ La théorie des infrastructures essentielles n'est pas essentielle au raisonnement de la Commission

La proximité des faits de l'affaire TP avec ceux ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour suprême américaine dans l'affaire *Trinko* (*op. cit.*) invite à comparer l'usage de la théorie des infrastructures essentielles par la Commission et par la Cour suprême. Dans son arrêt *Trinko*, la Cour suprême des États-Unis a jugé que la théorie des infrastructures essentielles ne trouve pas application lorsque l'accès à une telle infrastructure est organisé au moyen d'une régulation sectorielle.

Dans l'affaire TP, on se trouve précisément dans un secteur régulé, où le régulateur a pour mission d'organiser un accès à une infrastructure présentant les traits d'une infrastructure essentielle en ce qu'elle est i) non répliquable à des conditions économiques raisonnables et ii) indispensable pour que les concurrents de l'entreprise détenant cette infrastructure exercent leur activité sur un marché aval (sur ces deux conditions définissant l'infrastructure essentielle, v. par exemple OCDE (1996), *The Essential Facility Concept*, OCDE/GD(96)113, p. 69).

Une comparaison terme à terme entre la décision de la Commission et l'arrêt de la Cour suprême n'est pas possible, car la Commission ne parle pas d'infrastructures essentielles. Cela semble un parti pris de nature terminologique, puisque la Commission se réfère par ailleurs aux deux conditions ci-dessus dans sa décision (v. notamment § 652 et s. sur la non répliquabilité de l'infrastructure). On peut noter que ce choix est conforme à la pratique décisionnelle de la Commission comme aux orientations de février 2009 relatives aux priorités dans la mise en œuvre de l'actuel article 102 du Traité en matière d'abus-exclusion, dans lesquelles l'expression infrastructure essentielle n'est pas employée. Dans cette communication, les pratiques procédant d'un refus d'accès sont regroupées sous le terme "refus de fournitures et les stratégies de compression des marges". Entrent dans cette catégorie les pratiques pouvant "consister à retarder indûment ou à perturber la fourniture d'un produit par d'autres moyens" (§ 79 de la communication). De même, dans la décision rapportée, la Commission préfère parler de partenaire incontournable (§ 815) que d'infrastructure essentielle.

Pour autant, il semble possible de comparer sur le fond l'orientation de la Commission avec celle de la Cour suprême dans l'arrêt *Trinko*. En effet, dans la décision rapportée, l'accès à une infrastructure essentielle qui ne dit pas son nom est bien ordonné sur le fondement des règles de droit de la

concurrence et dans un secteur régulé. Dès lors, c'est peut-être autant pour éviter une terminologie principalement associée à des critiques doctrinales (à peu près constantes depuis Ph. Areeda (1989), "Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles", *Antitrust Law Journal*, vol. 58, no. 3, pp. 841-853) que pour ne pas accentuer la divergence avec la jurisprudence américaine que la Commission a choisi une terminologie différente.

Le non-usage de la terminologie économique est également cohérent avec l'inflexion qu'apporte la Commission à l'approche "plus économique" préconisée dans la communication sur les abus-exclusion.

→ La prise en compte de l'effet sur les consommateurs, élément surabondant de la motivation

Dans sa communication sur les abus-exclusion, la Commission mettait en avant une démarche "plus économique" qui faisait de la caractérisation d'un dommage aux consommateurs une étape importante dans l'examen des affaires d'abus. Ce faisant, la Commission s'engageait à accorder la priorité aux affaires dans lesquelles des consommateurs étaient lésés. Elle semblait aussi prête à motiver ses décisions de constat d'infraction au regard d'un dommage aux consommateurs. Toutefois, on pouvait se demander s'il était bien rationnel pour la Commission de s'infliger un fardeau probatoire qui n'est pas requis par la jurisprudence.

À cet égard, la décision rapportée apparaît comme un tournant rationnel de la part de la Commission. En effet, la section intitulée "impact probable sur la concurrence et sur les consommateurs" (§ 812 et s.) débute par un rappel de la jurisprudence aux termes de laquelle il n'est pas nécessaire, pour caractériser un abus de position dominante, de rapporter la preuve que le comportement de l'entreprise en position dominante a causé un préjudice aux consommateurs (§ 813 citant CJCE, 15 mars 2007, *British Airways*, C-95/04 P, § 107).

La Commission souligne qu'elle entend seulement démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante "tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature à, ou susceptible de, avoir un tel effet" (§ 812 citant notamment TPICE, 9 septembre 2009, *Clearstream*, T-301/04, § 144). Elle rappelle aussi que l'analyse porte davantage sur les concurrents que sur les consommateurs. Ainsi, aux termes de la jurisprudence, il n'est pas nécessaire d'établir que les candidats à l'entrée sur le marché aval ont été évincés. Il suffit de démontrer qu'ils sont désavantagés (§ 815).

Pour établir dans ce cadre le probable effet négatif des pratiques en cause sur la concurrence, la Commission relève que les agissements de TP créent pour les nouveaux entrants de l'incertitude, limitent la possibilité de proposer des offres compétitives sur le marché aval, pourraient limiter la qualité de leurs offres, augmenter leurs coûts et nuire à leur image auprès des consommateurs (§ 814). Le point le mieux étayé (par des témoignages) concerne la détérioration de l'image des opérateurs alternatifs aux yeux des consommateurs, qui résulte de la mauvaise qualité de service de ces opérateurs causée en particulier par les refus d'interconnexion opposés par TP après la conclusion des contrats (§ 816).

La décision fait aussi clairement apparaître une corrélation temporelle entre les pratiques reprochées à TP et la lenteur de la pénétration des opérateurs concurrents (tableau § 825) : l'accès à la boucle locale décolle exactement au moment de l'accord passé en 2009 entre TP et le régulateur mettant fin aux pratiques qualifiées d'abusives par la Commission.

La Commission relève aussi, à titre surabondant au regard de la jurisprudence rappelée ci-dessus, que les pratiques de TP ont découragé plusieurs opérateurs d'entrer sur le marché (§ 819). Cette observation n'est pas rattachée à l'analyse d'un préjudice subi par les consommateurs, la Commission ne cherchant pas à établir que ces opérateurs étaient au moins aussi efficaces que TP. Il est vrai que, dans la communication de 2009, le critère du concurrent aussi efficace est réservé aux pratiques tarifaires (§ 23 de la communication), ce qui n'était pas le cas ici.

Il convient toutefois de souligner que l'effet adverse des pratiques de TP pour les consommateurs fait l'objet d'une section dans la décision (§ 829 et s.). La Commission relève qu'il est très probable que, en l'absence des pratiques abusives, les consommateurs polonais auraient eu plus de choix et auraient bénéficié de prix plus bas. Conformément à une jurisprudence souvent critiquée, mais de manière convaincante en l'espèce, la Commission fait un lien direct entre l'effet des pratiques sur la structure du marché et leur effet sur le bien-être des consommateurs (§ 830). En outre, la Commission avance des indicateurs chiffrés du préjudice subi par les consommateurs polonais, en comparant leur situation avec celle qui prévalait à la même époque dans d'autres États membres. La Commission relève à cet égard un taux de pénétration de l'Internet à haut débit très faible et très inférieur à la moyenne européenne (12,8 % en Pologne contre une moyenne européenne de 24,88 % en 2009), seul le taux de pénétration de la Bulgarie étant inférieur à celui de la Pologne à cette date. La décision comporte aussi des indications sur le faible taux de croissance de l'Internet à haut débit en Pologne, attribué à un cercle vicieux entre prix élevés de l'accès à Internet, faible vitesse de connexion et sous-équipement en ordinateurs. Pour n'être pas indispensables en droit à la caractérisation d'un abus de position dominante, ces chiffres suggèrent tout de même que la Commission a pu être guidée dans son choix d'adopter une décision formelle, par le souhait de sanctionner des pratiques préjudiciables aux consommateurs.

L'affaire TP donne par ailleurs l'occasion à la Commission de revenir sur la question de l'articulation entre sanction de l'abus de position dominante et régulation.

II. Sanction de l'abus de position dominante et régulation : Superposition et complémentarité

→ Application de la jurisprudence : La Commission peut appliquer l'article 102 TFUE aux entreprises régulées

La décision rapportée s'inscrit dans la ligne des arrêts *Deutsche Telekom* du Tribunal et de la Cour (TPICE, 10 avril 2008, *Deutsche Telekom*, T-271/03 et CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom*, C-280/08 P). Conformément à l'approche des juridictions de l'Union, la Commission fait ici application du droit de la concurrence dans un secteur régulé. Elle rappelle ainsi la jurisprudence, dont

TP ne semble pas avoir tenu compte dans son argumentation, au terme de laquelle la présence d'un régulateur sectoriel n'empêche pas la Commission de constater une infraction à l'article 102 TFUE. Pour qu'une entreprise régulée détenant une position dominante soit soumise à l'article 102 TFUE, il faut et il suffit qu'elle dispose, compte tenu de la régulation à laquelle elle est soumise, d'une marge de manœuvre suffisante pour être en mesure d'éviter de commettre un abus. En l'espèce, l'existence d'une telle marge de manœuvre n'était pas contestée (§ 127).

La Commission rappelle également qu'elle n'est pas liée par l'éventuel constat d'absence de violation de l'article 102 TFUE qui pourrait être dressé par une autorité de régulation (hypothèse *Deutsche Telekom*). Elle ajoute en outre, se référant à un arrêt récent qui concerne précisément l'autorité polonaise de la concurrence (CJUE, 3 mai 2011, *Tele2 Polska*, C-375/09), que les autorités nationales de concurrence n'ont pas le pouvoir d'adopter des décisions constatant l'absence d'infraction à l'article 102 TFUE (§ 129). En l'espèce, l'autorité polonaise avait bien été saisie, mais pas sur le fondement de l'interdiction des abus de position dominante. Sa décision de non-lieu à poursuivre ne pouvait donc en aucun cas être assimilée à une décision négative portant sur l'absence d'abus par TP. Bien que cela n'ait donc pas véritablement été en cause en l'espèce, l'argumentation développée par TP conduit la Commission à enfoncer le clou jurisprudentiel et à rappeler que les opérateurs, régulés ou non, ne peuvent jamais lui opposer la décision d'une autorité nationale qui reconnaîtrait leur innocence au regard de l'interdiction des abus de position dominante.

Jusqu'ici, la décision ne fait qu'appliquer la jurisprudence. Son apport consiste à éclairer en quoi la superposition admise du droit de la concurrence aux régulations sectorielles peut être utile et non simplement redondante.

→ Le droit de la concurrence à la rescousse de la régulation

La décision fait clairement apparaître l'impuissance du régulateur polonais à faire appliquer le droit d'accès à la boucle locale à des conditions prévues par lui. Le président de l'autorité de régulation en était pleinement conscient. Ainsi a-t-il indiqué à la Commission que les mesures à la disposition de son autorité n'étaient pas de nature à infléchir le comportement de TP, qui les intégrait dans sa planification stratégique (§ 153). Ce n'est que lorsque le régulateur a fait usage de la menace de procéder à une séparation fonctionnelle de TP en entités distinctes qu'il a pu obtenir de l'opérateur des engagements comportementaux (§ 154). Dans ce contexte, on a l'impression que le droit de la concurrence vient, un peu tard cependant, à la rescousse d'une régulation inefficace.

Cet aspect temporel explique un autre élément relatif à l'articulation du régime général de droit de la concurrence avec le régime spécial de la régulation : au stade du calcul de l'amende, la Commission tient compte des sanctions déjà infligées par le régulateur pour des pratiques qui tombent à la fois sous le coup de la régulation des télécoms et du droit européen de la concurrence. Ainsi, le montant total des sanctions infligées par le régulateur national est déduit du montant de l'amende proposé par la Commission (§ 919).

L'amende est ainsi diminuée de 8 millions d'euros et ramenée à un montant de 127 millions et demi, ce qui suggère à nouveau que la force de frappe du droit européen de la concurrence est bien plus considérable que celle de la régulation. La superposition des régimes est peut-être insatisfaisante à certains égards, mais, compte tenu du manque d'effectivité des pouvoirs conférés aux autorités de régulation, elle est sans doute utile néanmoins.

A.-L. S. – F. M. ■

ENGAGEMENTS – ABUS D'EXPLOITATION : La Commission européenne rend obligatoires des engagements proposés par une entreprise pour mettre un terme à la procédure engagée à l'encontre de ses pratiques tarifaires en matière de diffusion et d'utilisation des numéros internationaux d'identification des valeurs mobilières (ISIN)

*(Comm. eur., déc. C(2011) 8209 final du 15 novembre 2011,
Standard and Poor's, aff. COMP/39592)*

La Commission, par sa décision du 15 novembre 2011 dans l'affaire COMP 39.592, rend obligatoires, après modifications, les engagements proposés par Standard and Poor's en matière de diffusion et de facturation des numéros ISIN, les codes de numérotation internationale pour l'identification des valeurs mobilières émises aux États-Unis. Cette procédure d'engagements (voir cette chronique, F. Marty, "La Commission soumet à un test de marché les engagements proposés par Standard and Poor's pour mettre un terme à la procédure engagée à l'encontre de ses pratiques tarifaires en matière de diffusion et d'utilisation des numéros internationaux d'identification des valeurs mobilières (ISIN)", *Concurrences* n° 3-2011, pp. 108-110) met fin à une procédure témoignant à la fois de l'accent mis par la Commission à l'application des règles de concurrence dans le secteur financier et de la réapparition dans la politique de concurrence européenne de la notion d'abus-exploitation, longtemps laissée en sommeil, alors qu'il s'agissait de la base même de la politique européenne en matière d'abus de position dominante, comme l'avait montré la polarisation de la communication de la Commission de février 2009 sur l'application de l'actuel article 102 sur les seuls abus d'éviction (voir à ce sujet : P. Hubert and M. L. Combet, "Exploitative abuse : The end of the paradox ?", *Concurrences* n° 1-2011, pp. 44-51 et N. Petit, "Excessive Pricing : The Flaws of 'Tea Party' Competition Policy", *Journal of European Competition Law and Practice*, vol. 2, issue 6, December 2011).

En l'espèce, la décision rendant obligatoires les engagements vient clore une procédure ouverte par la Commission le 6 janvier 2009 et ayant donné lieu à l'expression de préoccupations de concurrence dans le cadre d'une communication des griefs le 13 novembre 2009. L'ouverture de la procédure résultait d'une plainte déposée par des associations représentant des gestionnaires de fonds d'investissements et d'utilisateurs de données financières quant aux pratiques de S&P's en matière de redevances

de licence pour l'utilisation en Europe des codes ISIN. Ces codes, indispensables pour identifier des valeurs mobilières, sont dans le cadre de la norme ISO 6166, établis par des agences nationales de codification désignées. Pour les États-Unis (et un certain nombre d'autres États ou territoires), S&P's joue ce rôle, en basant ses codes sur les codes nationaux américains, les CUSIP. Ce faisant, S&P's détient un monopole sur le marché de l'attribution et de la diffusion des codes ISIN (§ 24). La Commission considère que ses pratiques tarifaires sont susceptibles de constituer un abus de position dominante, au travers de prix excessifs (§ 26). En effet, l'article 102 TFUE sanctionne les pratiques conduisant à "imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente [...] non équitables".

S'appuyant sur la pratique décisionnelle de la Cour de justice (arrêt du 14 février 1978, *United Brands v Commission*, aff. 27/76), la Commission considère qu'un prix excessif peut être considéré comme abusif dès lors qu'il est "sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie". Une telle disproportion peut être appréciée soit par rapports aux coûts soit par comparaison avec des produits concurrents. De la même façon, imposer le paiement de services non demandés peut être tenu comme participant d'une pratique déloyale (Cour de Justice, arrêt du 10 décembre 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova SpA v Siderurgica Gabrielli SpA*, aff. C-179/90).

La Commission souligne tout d'abord que la norme ISO (développée en tant que service public destiné au secteur financier) pose que le niveau des redevances exigées doit se limiter au recouvrement des coûts induits. Ce faisant, les redevances doivent se limiter aux seuls utilisateurs directs et couvrir les seuls coûts (§ 29). La pratique de S&P's consistant à exiger des utilisateurs indirects (les établissements financiers s'adressant à des services d'information financière qui s'acquittent déjà d'une redevance auprès de lui) un paiement pour obtenir une licence d'utilisation des codes ISIN est donc contestable au regard de la norme ISO. En outre, il apparaît que la pratique de vente groupée par S&P's des codes ISIN et d'informations financières additionnelles induit un surcoût pour les utilisateurs directs (§ 34). De surcroît, l'analyse provisoire réalisée par la Commission montre que le niveau de redevance imposé par S&P's n'a guère de liens avec les coûts induits et se distingue de la pratique des autres agences nationales de codification (§ 37 et 38). Ainsi, comme le soulignent Hubert et Combet (*op. cit.*), la Commission suit le schéma d'analyse qui ressort des arrêts de la Cour de justice *Grüne Punkt* et *Bodson* (respectivement, aff. C-385/07, 16 juillet 2009 et aff. 30/87, 4 mai 1988), reposant sur la double analyse des coûts effectivement supportés par l'opérateur et des prix pratiqués par ses homologues étrangers.

L'évaluation des pratiques par la Commission présente également un intérêt en termes d'interaction entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence. En effet, S&P's considère qu'elle détient des droits d'auteurs sur les bases de données ISIN, légitimant ses exigences de redevances. La Commission se prononce sur la validité même de ces droits, en considérant d'une part que la protection accordée d'une base de données est liée à l'effort consenti pour sa création (S&P's ne pouvant en revendiquer

l'exclusivité) et que d'autre part, la seule utilisation de codes à titres de référence ne peut être soumise au droit d'auteur, du fait du caractère trop insignifiant ou trop peu original de ces derniers (§ 40 et 41).

Ainsi, une application de l'article 102 TFUE à pratique de prix excessifs était-elle envisageable en l'espèce. Le risque de "faux positifs" (condamnation à tort) ou du moins le risque de voir les autorités de concurrence s'investir dans des évaluations coûteuses et périlleuses des rapports des prix aux coûts était relativement limité dans le cas d'espèce. En effet, la position de marché de S&P's est lié au monopole légal conféré par l'ISO. Ce monopole lui confère un pouvoir sur les autres acteurs du marché, dont elle est un partenaire incontournable. Ce faisant, le marché considéré constitue un "bon candidat" pour une application de l'article 102 TFUE sur la base d'un abus-exploitation au sens de M. Motta et A. de Streel (A. Motta and A. Streel (de), "Excessive Pricing in Competition Law : Never Say Never ?", in *The Pros and Cons of High Prices*, Konkurrensverket, Stockholm, 2007, chap. 2, pp. 14-46). Les quatre critères dégagés par les auteurs sont ici réunis. Premièrement, le marché est protégé par des barrières à l'entrée significatives et pérennes. Deuxièmement, l'opérateur concerné jouit d'une situation de monopole résultant de droits exclusifs ou spéciaux. Troisièmement, l'autorité de concurrence ne peut mettre en œuvre des mesures correctives de nature à éliminer les barrières à l'entrée. Enfin, quatrièmement, il n'existe pas de régulateur sectoriel apte à lever les préoccupations de concurrence.

En l'espèce, les préoccupations de concurrence furent levées, comme cela est de plus en plus souvent le cas en matière d'application de l'article 102 TFUE, par l'acceptation d'une procédure d'engagements. Si celle-ci est apte à répondre rapidement et efficacement à un problème de concurrence, on peut regretter qu'elle ne permette pas de bénéficier des avantages d'une décision rendue sur la base d'une procédure contradictoire en termes de clarification de la doctrine et de création de connaissances sur la mise en œuvre des règles de concurrence pour les différentes parties prenantes (D. Sévy, "Procédures négociées : une perspective d'économiste", *Concurrences* n° 2-2008, www.concurrences.com).

Les engagements proposés par S&P's et révisés à l'issue du test de marché et de la négociation apparaissent à la Commission comme de nature à lever ses préoccupations de concurrence (§ 77) et proportionnés au sens de l'arrêt *Alosa* (Cour de justice, arrêt du 29 juin 2010, aff. C-441/07P). En d'autres termes, S&P's n'a pas proposé d'engagements moins contraignants que ceux rendus obligatoires et qui auraient pu également répondre aux préoccupations de la Commission (§ 79). Les engagements rendus obligatoires par la décision (et conduisant à la clôture de la procédure) conduisent tout d'abord à la suppression de toutes les redevances imposées aux utilisateurs indirects. Pour les utilisateurs directs, S&P's s'engage à cesser ses pratiques de ventes couplées, en dissociant les fichiers ISIN des autres informations financières à valeur ajoutée. Notons que la Commission a écarté quelques arguments soulevés par certains tiers intéressés ayant répondu au test de marché. Il en est ainsi de demandes de modifications des engagements conduisant à ne plus imposer aux utilisateurs indirects à signer des contrats de licence avec

S&P's, à lever les restrictions posées à l'extraction des codes CUSIP américains à partir des ISIN, aux clauses portant sur des limitations de possibilité de rediffusion des fichiers ISIN par les utilisateurs finaux ou encore à la limitation de la portée des engagements à l'EEE ou aux seuls codes ISIN américains émis et diffusés par S&P's (alors qu'elle est l'agence nationale de codification de substitution pour un ensemble d'États ou de territoires dont la liste est reproduite dans la décision de la Commission).

F. M. ■

2. FRANCE

ENGAGEMENTS – DISTORSION DE CONCURRENCE – SECTEUR FUNÉRAIRE : L'Autorité de la concurrence rend obligatoires les engagements d'un opérateur de pompes funèbres de Cherbourg pour prévenir les distorsions de concurrence résultant du contrôle d'un crématorium et de chambres funéraires (Aut. conc., déc. n° 11-D-14 du 20 octobre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres dans le département de la Manche)

La décision de l'Autorité de la concurrence n° 11-D-14 du 20 octobre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres dans le département de la Manche vient s'ajouter à une longue série de contentieux liés aux distorsions de concurrence pouvant apparaître du fait du contrôle par un opérateur donné de chambres funéraires ou de crématoriums.

La loi n° 92-23 du 8 janvier 1993 a libéralisé le marché des pompes funèbres français en permettant à toute entreprise ou association habilitée d'en assurer le service extérieur (les prestations relevant de l'organisation des obsèques ; pour une synthèse voir F. Trompette, *Le marché des défunts*, Presses de Sciences Po, Paris, 2008). Cette libéralisation a suscité l'émergence de divers problèmes de concurrence. Un premier problème peut procéder des distorsions de concurrence entre les opérateurs privés et les régies, lesquelles peuvent tirer un avantage indu de leur insertion dans les services municipaux, comme l'avait illustré la décision n° 11-D-10 du 6 juillet 2011 (voir cette chronique, F. Marty, "L'autorité de la concurrence sanctionne la ville de Marseille pour non-respect d'un engagement rendu obligatoire à l'issue d'une procédure négociée", *Concurrences* n° 4-2011, pp. 104-105). Un second type de contentieux procède également de distorsions pouvant naître de l'intégration verticale de certains opérateurs. Il s'agit en l'espèce de l'avantage concurrentiel que certains pourraient tirer du contrôle de chambres funéraires ou de crématoriums. Les premières sont intégrées dans le service extérieur (article L. 2223-19 du CGCT). Elles peuvent être gérées par une collectivité ou par une entreprise privée, notamment un opérateur de pompes funèbres. Les seconds peuvent également faire l'objet d'une gestion directe ou d'une gestion déléguée (article L. 2223-40 du

CGCT). Qu'il s'agisse des chambres funéraires ou des crématoriums, l'opérateur est tenu de séparer tant aux points de vue physiques que commerciaux les deux activités afin de préserver des conditions de concurrence non faussées vis-à-vis des opérateurs ne disposant pas des actifs considérés.

En l'espèce, la société OGF (exerçant son activité sous le nom de PFG – Pompes Funèbres Générales) a saisi l'Autorité le 18 novembre 2009 au sujet de pratiques mises en œuvre par l'un de ses concurrents, la SAS Marbrerie Jaumaux-Mazurier, gestionnaire du crématorium local ainsi que deux des cinq chambres funéraires de la communauté urbaine de Cherbourg-Octeville. La politique de communication de cette dernière, ainsi que la configuration de certains de ses locaux, serait de nature à créer une confusion dans l'esprit des familles des défunts, les conduisant à n'utiliser qu'un seul opérateur pour l'ensemble des prestations funéraires. Si les chiffres d'affaires des deux opérateurs sont pour le moins dissymétriques (505 millions d'euros de chiffre d'affaires pour l'exercice clos en mars 2011 pour les PFG contre 3,2 pour la Marbrerie Jaumaux-Mazurier), il n'en demeure pas moins que les parts de marché des opérateurs dans la région cherbourgeoise ont connu des évolutions fortes différentes entre 2007 et 2009, le premier baissant de 16 % quand le second progressait de 21,4 %.

L'examen des pratiques par l'Autorité confirma la présence d'une signalétique extérieure susceptible d'entretenir une confusion avec les activités ouvertes à la concurrence ainsi que de l'absence de numéros de téléphones différents. Ces pratiques, couplées à une politique de communication ambiguë sur les annuaires téléphoniques et sur le site Internet de la société, ne constituent pas en elles-mêmes des pratiques abusives (voir à ce propos les décisions n° 04-D-21 et 08-D-09 du Conseil de la concurrence). Leur caractère systématique et simultané est néanmoins de nature à soulever des préoccupations de concurrence, lesquelles ont été signifiées à la société le 6 mai 2011. Celle-ci proposa, le 10 juin 2011, un ensemble d'engagements de nature à répondre aux préoccupations de l'Autorité. Ces derniers, rendus obligatoires par voie de décision, après négociation avec cette dernière, portent sur la politique de communication de l'entreprise, sur la signalétique des sites et sur l'absence de documents commerciaux dans les chambres funéraires ou le crématorium qui seraient susceptibles de fausser les conditions de concurrence vis-à-vis des autres opérateurs. La pratique décisionnelle quant au contentieux relatif au secteur des pompes funèbres s'avérant solidement établie, la part des procédures négociées dans leur règlement est appelée à croître significativement, d'autant qu'elles permettent de remédier efficacement et rapidement à une situation préjudiciable en termes de concurrence.

F. M. ■

ENGAGEMENTS – ÉVICTION ANTICONCURRENTIELLE – ACTIF ESSENTIEL : L'Autorité de la concurrence rend obligatoires des engagements levant ses préoccupations de concurrence en matière d'accès au scanner et à l'IRM d'Arcachon

(Aut. conc., déc. n° 11-D-18 du 15 décembre 2011 relative à des pratiques concernant l'accès au scanner et à l'IRM du Centre hospitalier d'Arcachon)

La décision n° 11-D-18 clôt au travers d'une procédure d'engagements une procédure initiée par un médecin radiologue à l'encontre des gestionnaires du scanner et de l'IRM du Centre hospitalier d'Arcachon. La saisine était liée à un refus d'accès à des équipements présentés comme indispensables à l'exercice de son activité. Cette saisine était initialement assortie d'une demande de mesures conservatoires. Dans sa décision n° 10-D-25 du 28 juillet 2010, l'Autorité avait rejeté ces dernières pour défaut d'urgence tout en estimant nécessaire de poursuivre l'instruction sur le fond.

Après avoir, dans une première partie, analysé les pratiques dénoncées et les engagements rendus obligatoires par l'Autorité, nous envisageons, dans un second temps, la possibilité de lire ce cas sous le prisme de la théorie des facilités essentielles.

Un refus d'accès à une infrastructure essentielle réglé au travers d'une procédure d'engagements

Les scanners et les IRM constituent au sens du code de la santé publique des équipements lourds dont l'installation et l'exploitation sont soumises à une autorisation de l'Agence régionale de santé compétente. Le nombre d'équipements installés est limité par la carte sanitaire. De plus, les demandes d'autorisation émanant de groupements d'un nombre significatifs de radiologues ou d'établissements de santé sont considérées comme prioritaires. En contrepartie, la circulaire du 24 avril 2002 du ministère de l'emploi et de la santé requiert un accès de tous les praticiens relevant de la zone géographique considérée.

En l'espèce, le scanner du Centre hospitalier d'Arcachon est exploité depuis 1994 dans le cadre d'une convention nouée entre ce dernier et les praticiens libéraux utilisateurs (regroupés au sein du conseil des radiologues). L'IRM, en service depuis 2007, fait l'objet d'une gestion par un groupement de coopération sanitaire (GCS) "IRM Bassin d'Arcachon" regroupant le centre hospitalier, la clinique et des radiologues libéraux. Ces derniers sont regroupés au sein du Groupement des praticiens "imagerie médicale" du Bassin d'Arcachon (GPIMBA). Les vacations de scanner (50 % sont réservées aux praticiens libéraux) sont attribuées par le directeur de l'hôpital à tout radiologue qualifié, après délibération du conseil des radiologues. L'accès à l'IRM semble en fait être subordonné à l'accord du GPIMBA. En effet, un praticien peut obtenir des vacations soit en intégrant le groupement considéré, soit en obtenant un agrément du groupement de coopération sanitaire. Cependant, si les droits au sein de ce dernier se partagent en trois tiers (hôpital, clinique et GPIMBA), les statuts prévoient que tout contrat de collaboration libérale doit être approuvé à une majorité des trois quarts.

La saisine porte sur un refus d'accès allégué à ces deux équipements lourds, émanant d'un praticien, implanté à Biscarosse, autrefois associé à un cabinet participant aux groupements considérés, impliqué dans un contentieux avec ses anciens associés (relatif à une clause de non-concurrence), s'estimant victime d'abus de position dominante ou d'un boycott. Les refus d'accès le conduisent à utiliser des vacations à l'hôpital de Mont-de-Marsan. La distance additionnelle imposée à ses patients (89 km contre 39 km) serait susceptible de l'écarter du "marché".

En l'espèce, une demande d'accès au scanner en octobre 2005 a fait l'objet d'une réponse négative de la part du directeur du centre hospitalier en mars 2006, suite à un avis défavorable du conseil des radiologues. De la même façon, une demande d'accès à l'IRM (accompagnée d'une nouvelle demande d'accès au scanner), transmise en novembre 2009, a fait l'objet d'un avis défavorable du GPIMBA en janvier 2010, sur la base du contentieux judiciaire en cours avec ses anciens associés et d'un second avis défavorable du conseil des radiologues arguant des conséquences sur la qualité de la prise en charge des patients du "caractère conflictuel généré par le praticien".

L'évaluation préliminaire réalisée par l'Autorité dans le cadre de sa décision n° 10-D-25 avait conclu à des positions de monopole respectives du scanner et de l'IRM sur le marché pertinent (voir la décision n° 06-D-36 du 6 décembre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par la société civile de moyens Imagerie Médicale du Nivolet). Elle avait également conduit à soulever des préoccupations de concurrence tenant à de possibles pratiques concertées entre le centre hospitalier et les praticiens ou à un éventuel abus de position dominante passant par des conditions d'accès discriminatoires.

Les préoccupations de concurrence exprimées par l'Autorité ont suscité de la part du centre hospitalier d'Arcachon, du GPIMBA et du Groupement de coopération sanitaire des propositions d'engagements en date du 24 juin 2011. Ces dernières portent sur de nouvelles conditions d'accès au scanner et à l'IRM. Après le test de marché et une négociation avec l'Autorité, des engagements définitifs furent transmis le 7 novembre 2011. Ils précisent notamment les compétences respectives du directeur du centre hospitalier et du conseil des radiologues, en matière d'accès au scanner, et du directeur du groupement de coopération sanitaire et du GPIMBA en matière de vacations pour l'IRM. Dans les deux cas, le circuit décisionnel et les modalités de traitement des demandes sont précisés. Les engagements conduisent à attribuer au directeur du centre hospitalier ou à l'administrateur du GCS le pouvoir décisionnel. Il s'agit également d'éviter d'éventuelles situations de blocage, résultant de la distribution des droits, et d'obliger les gestionnaires des équipements à motiver l'ensemble des décisions. De la même façon, des règles d'accès aux vacations de scanner et d'IRM sont fixées dans des conditions claires, objectives et transparentes. Les cas de refus sont encadrés (manquements aux obligations du médecin envers son patient ou envers les autres professionnels de la santé). S'agissant de l'accès à l'IRM, il est d'ailleurs à souligner que le praticien n'a nulle obligation d'intégrer le GPIMBA mais doit simplement être agréé par le GCS et conclure avec ce dernier un contrat de collaboration libérale. Enfin, un certain

nombre d'engagements portent sur les modalités d'attribution des vacations, sur leur réévaluation, sur les critères de priorité pour l'attribution de vacations en cas d'excès de demande tant pour le scanner que pour l'IRM ou encore sur les modalités de centralisation des demandes de rendez-vous pour ce dernier. La décision prise par l'Autorité rend ces derniers engagements obligatoires et clôt donc la saisine.

Un éclairage particulier sur la notion de facilités essentielles

S.W. Waller relevait récemment que malgré son rejet manifeste par la Cour suprême des États-Unis (*Verizon Communications Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko LLP*, 540 U.S. 398, 2004), la théorie des facilités essentielles survivait de façon implicite au travers des procédures négociées (S.W. Waller, "Access and Information Remedies in High Tech Antitrust", *Loyola University Chicago School of Law Research Paper*, n° 2011-018, 25 p.). Dans le cas d'espèce, la théorie semble également sous-jacente à la procédure d'engagements, sans qu'elle soit – à l'instar de la situation américaine – nommément citée. Les orientations et priorités de la Commission de février 2009 relatives au traitement des pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes n'utilisent d'ailleurs pas plus ce terme. Elles classent ces pratiques dans les refus de fournitures (voir F. Marty et J. Pillot, "Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne", *Reflets et perspectives de la vie économique*, tome L, 2011/4, pp.197-221).

Dans la décision, l'Autorité s'appuie sur la décision n° 06-D-36 du Conseil prise pour l'IRM du Nivolet pour considérer que les deux équipements en cause sont en situation de monopole sur le marché des examens par scanner ou IRM effectués à titre libéral sur le territoire intermédiaire d'Arcachon. Le terme de facilité essentielle se voit donc substituer celui de monopole, en l'occurrence un monopole légal et non naturel, dans la mesure où, comme nous l'avons vu, l'installation de tels équipements lourds est encadrée et limitée par la carte sanitaire. Il convient d'ailleurs de relever que dans la décision relative au Nivolet, le Conseil avait souligné que l'atteinte à la concurrence, liée à des conditions d'accès discriminatoires entre praticiens et l'absence de critères clairs d'attribution des vacations (§ 152), pouvait être constatée indépendamment de la qualification des dites infrastructures comme essentielles (§ 153). Le Conseil s'appuyait en l'occurrence sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 juillet 1994 (société Elf Antar France et Total Réunion Comores), confirmant la décision n° 93-D-42 du 19 octobre 1993. Les deux sociétés, titulaires d'un droit d'occupation d'une partie de l'aéroport – par convention avec la CCI – exploitaient dans le cadre d'un GIE des infrastructures de stockage d'hydrocarbures. Le refus d'accès opposé à un tiers (comme utilisateur ou comme membre du GIE) était de nature à créer une barrière artificielle à l'entrée sur le marché – et constituait donc un abus de position dominante.

Pour les scanners et les IRM, l'existence d'une procédure administrative d'autorisation et d'installation de tels équipements constitue indubitablement une barrière à l'entrée sur le marché pour les radiologues libéraux.

Ce faisant, un refus d'accès ou un accès discriminatoire émanant d'une entité gestionnaire d'un équipement lui donnant une position particulière sur le marché en tant qu'offreur, constitue un abus de position dominante de fait (§ 153), sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur la complétion des critères permettant d'activer la théorie des facilités essentielles. Par ailleurs, il convient de relever que dans le cas du scanner et de l'IRM d'Arcachon, la saisine et les préoccupations de concurrence portaient à la fois sur l'article L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. Si la théorie des facilités essentielles est souvent analysée sous l'angle de l'abus de position dominante, elle peut également être appréhendée dans le cadre de pratiques concertées.

Un parallèle avec les États-Unis peut être éclairant à cet égard. En effet, l'arrêt de la Cour Suprême *Terminal Railroad Association* de 1912 (224 U.S. 363), à l'origine de la théorie, portait sur le verrouillage de l'accès au nœud ferroviaire de Saint Louis dans l'État du Missouri par des compagnies ayant mis en commun leurs infrastructures, leur offrant ainsi un pouvoir de monopole conjoint. L'accès aux infrastructures permettant de traverser le Mississippi était ouvert aux tiers mais à des conditions tarifaires que nous pourrions qualifier d'excessives (les membres de l'association bénéficiaient eux de ses versements, compensant le coût des péages, induisant une discrimination tarifaire indirecte). C'est au regard de la Section 1, et non la Section 2, du Sherman Act que les pratiques furent examinées par la Cour Suprême. Elle enjoignit à l'Association d'accepter en son sein toute entreprise qui en ferait la demande sous peine de dissolution (D. Reiffen and A.N. Kleit, "Terminal Railroad Revisited : Foreclosure of an Essential Facility or Simple Horizontal Monopoly ?", *Journal of Law and Economics*, vol. 33, n° 2, October 1990, pp. 419-438). Plus proche encore de notre cas, l'arrêt *Associated Press* de 1945 (326 U.S. 1) répondait à une logique d'éviction au travers de pratiques discriminatoires résultants de pratiques concertées. *Associated Press* fonctionnait comme un joint-venture permettant à 1 200 entreprises de presse américaines de mutualiser leurs informations et de disposer de droits exclusifs sur les dépêches de l'agence. Or les statuts donnaient à chaque membre un droit de veto sur de nouvelles adhésions, conduisant ainsi à écarter d'éventuels concurrents. Cette possibilité de traitement discriminatoire conduisait donc à un risque d'éviction anticoncurrentielle.

À la lumière de ces différents cas, il apparaît qu'un éventuel recours à la théorie des facilités essentielles dans le cas du scanner et de l'IRM d'Arcachon conduit à renouer avec ses origines. Or dans le même temps, la présence d'une barrière artificielle à l'entrée fait qu'elle ne s'avère pour autant guère indispensable. L'épithète en l'espèce peut au demeurant être donné par la Cour Suprême dans son arrêt *Trinko* de 2004 : "These cases involved concerted action, which presents greater anticompetitive concerns and is amenable to a remedy that does not require judicial estimation of free market forces : simply requiring that the outsider be granted non discriminatory admission to the club".

F. M. ■

DÉNIGREMENT – DÉCLENCHÉMENT ABUSIF DE PROCÉDURES JUDICIAIRES – AÉROPORT : L'Autorité de la concurrence se déclare incompétente pour apprécier une pratique de restriction d'accès et rejette la saisine d'une société exploitant un parking près de l'aéroport de Lille

(Aut. conc., déc. n° 11-D-15

du 16 novembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Sogarel dans le secteur des parkings à destination des passagers de l'aéroport de Lille)

Où l'on apprend qu'une attestation rédigée par la mère du plaignant, contrairement aux excuses que l'on produisait à l'école, est dépourvue de valeur probante devant l'Autorité de la concurrence...

Dans cette affaire, l'Autorité de la concurrence rejette l'ensemble des griefs soulevés par le plaignant, la société Park and Fly, qui venait de commencer à exploiter un parking d'une centaine de places à 2 km de l'aéroport de Lille à l'encontre de la Sogarel, société détenue par la Chambre de commerce et d'industrie de Lille à 61 %, Veolia transport à 34 % et Sanef à 5 % et qui est chargée de la gestion de l'aéroport de Lille.

Cette décision vient compléter une pratique décisionnelle assez pléthorique en matière aéroportuaire dont l'issue, à quelques rares exceptions, est en général identique, les griefs étant soit rejetés pour défaut d'élément probant, soit pour incompétence de l'Autorité de la concurrence (et préalablement du Conseil de la concurrence). Le résultat de la présente affaire se place sous ces mêmes auspices.

La gestion des aéroports a donné lieu à un contentieux très nourri mais depuis toujours, peu fructueux pour les plaignants

Dès la fin des années 90, des loueurs avaient introduit divers recours contre les aéroports en matière de mise à disposition des espaces nécessaires à la location de véhicules sur certains aéroports (Cons. conc., déc. n° 98-MC-14 du 11 décembre 1998, "Marché des locaux et espaces nécessaires aux activités des sociétés de location de véhicules sans chauffeur à Nice" ; déc. n° 98-MC-13 "Marché des locaux et espaces nécessaires aux activités des sociétés de location de véhicules sans chauffeur à Orly et Roissy" et déc. n° 95-MC-16 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés EDA et Générale de location marseillaise). Alors que ces plaintes avaient finalement été retirées, c'est le Tribunal des conflits (TC) qui a rendu la décision la plus importante de ce secteur, et qui dépasse de loin la question des aéroports, lorsqu'il s'est penché sur la répartition des aérogares entre les compagnies aériennes (en l'espèce entre Orly sud et Orly ouest) et a adopté un arrêt de principe le 18 octobre 1999 dans l'affaire célèbre *Aéroports de Paris* (ADP) *cl* TAT (Trib. confl., jugement du 18 octobre 1999, n° 03174, *Aéroports de Paris cl* TAT Airlines). Dans cette affaire, le TC a jugé que "dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions par lesquelles

ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques” (2^{ème} considérant). Se succèdent ensuite diverses affaires de location de véhicules (Cons. conc., déc. n° 02-D-73 du 10 décembre 2002, rejet de plainte pour incompétence), de redevance trop élevée imposée à un chocolatier (Cons. conc., déc. n° 00-D-41 du 20 septembre 2000, rejet pour incompétence), de publicité (Cons. conc., déc. n° 03-D-25 du 28 mai 2003, rejet pour incompétence) ou de gestion des boutiques (Cons. conc., déc. n° 08-D-05 du 27 mars 2008, rejet pour défaut d’élément probant) ou encore de signalisation hôtelière (Cons. conc., déc. n° 98-D-77 du 15 décembre 1998, où ADP a été condamné pour abus de position dominante, voir l’arrêt de la Cour d’appel de Paris du 8 février 2000 et l’arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2004).

Les pratiques reprochées à la Sogarel, qui exploite elle-même, dans ou autour de l’aérogare, 5 parkings d’environ 1 645 places au total pour un chiffre d’affaires associé de près de 2 millions d’euros en 2009 étaient de plusieurs ordres :

- restrictions d’accès de Park and Fly à une voie proche du “dépose-minute” ;
- discrimination quant à l’endroit où Park and Fly pouvait déposer ses clients en navette ;
- dénigrement par des agents de sécurité de l’aéroport et par l’usage de la mention du titre “officiel” pour qualifier les parkings de l’aéroport ;
- création et usage d’un site d’hameçonnage ;
- procédure abusive aboutissant à un harcèlement judiciaire de Park and Fly.

La position dominante voire monopolistique de la Sogarel ne faisait aucun doute sur un marché défini depuis de nombreuses années, dans les affaires précitées, comme celui des services de parkings de la zone aéroportuaire et de sa périphérie immédiate (§ 25 et 26).

Sur le premier sujet (§ 29 à 33), l’Autorité se place fort logiquement dans la ligne de l’arrêt du TC *Aéroports de Paris c/ TAT* précité ainsi que l’affaire plus récente concernant les Éditions Gisserot du 4 mai 2009 (Trib. confl., 4 mai 2009, n° C3714, obs. A. Wachsmann, cette chronique, *Concurrences* n° 4-2009, p. 115) et renvoie la question de l’accès à la “voie réservée aux professionnels” au juge administratif. Sur le second grief, l’Autorité de la concurrence fait l’effort d’analyser la zone dédiée aux navettes commerciales par opposition à celle accessible aux navettes dites de “service” (pour aider les handicapés notamment) et pour le transport du personnel navigant. Il en résulte qu’aucune discrimination n’a pu être constatée eu égard aux statuts et fonctions différentes des navettes en cause (§ 34 à 39).

Pareillement, le soi-disant dénigrement des agents de sécurité est écarté dans la mesure où le seul témoignage provenait de la mère du Directeur de Park and Fly, et encore rien ne prouvait (notamment aucun ticket) qu’elle ait utilisé les services de la société de son fils (§ 40 à 42)... Selon Park and Fly, le dénigrement provenait également de l’usage par la Sogarel du terme “officiel” dans la signalétique de ses 5 parkings. Ne voulait-on pas insinuer par là, que les autres parkings étaient, le cas échéant, clandestins ? C’était en tout cas la théorie de Park and Fly (§ 44). Sur ce grave sujet, l’Autorité de la concurrence développe plusieurs arguments et indique que la Sogarel a finalement supprimé ce terme, à quelques exceptions près (§ 49 et 50).

L’hameçonnage méritait-il une condamnation ?

Plus sérieux, le grief suivant mettait en relief le fait que la Sogarel avait lancé un site d’hameçonnage (terme utilisé pour la première fois par l’Autorité de la concurrence à notre connaissance). Pour les non-initiés, il s’agit de la création d’un faux site Internet, en l’espèce dénommé <http://park-fly.eu> (celui de Park and Fly étant intitulé <http://parkandfly.fr>) permettant de renvoyer à la page “parkings” de l’aéroport de Lille, en vue d’attirer la clientèle susceptible de se renseigner sur Park and Fly. S’il semble que la Sogarel ait invoqué la notion de “meet competition defence” (cf. 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 du 24 février 2009, Section III D, § 28 et 29), l’Autorité rejette cette justification (§ 52) sans pour autant considérer qu’il y a eu pratique abusive en l’espèce dans la mesure où le site avait été désactivé et l’hameçonnage n’ayant “duré que quelques mois” (§ 53). C’est ainsi sur la question des effets que se positionne l’Autorité en concluant que la pratique d’hameçonnage de la Sogarel “*compte tenu de sa durée et de sa portée très limitée, ne saurait avoir affecté de manière sensible le marché en cause*” (§ 54).

Enfin, l’Autorité de la concurrence écarte le dernier grief tiré d’un harcèlement judiciaire de la Sogarel à l’encontre de Park and Fly (§ 55 à 61). Rappelant sa pratique décisionnelle, qui s’inspire de la célèbre affaire européenne, *ITT Promedia NV/Belgacom* (TPI, 17 juillet 1998, *ITT Promedia c/ Commission*, aff. T-111/96), qui n’a d’ailleurs jamais trouvé à s’appliquer ni en Europe ni en France (voir Cons. conc., déc. n° 02-D-35 du 13 juin 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Spinevision), l’Autorité constate que le recours de la Sogarel contre le plaignant pour concurrence déloyale a été partiellement (nous n’en saurons pas plus) accueilli par le Tribunal de commerce de Lille et qu’il en découle que l’action en cause ne peut donc pas “être manifestement dépourvue de tout fondement, au point de ne pouvoir être raisonnablement considérée comme visant à faire valoir les droits de l’entreprise concernée” (§ 59).

Mais qu’en est-il si, en appel, la Cour infirme l’ensemble du premier jugement qui de ce fait se trouve intégralement invalidé, et les demandes de la Sogarel s’en trouvent infondées ? La protestation à ce sujet de Park and Fly n’a pas éveillé de mansuétude de la part de l’Autorité.

La charge de l'Autorité ne devrait-elle pas être allégée de certaines affaires manifestement dépourvues d'intérêt "national" ?

Sans faire injure aux plaignants, et à l'exception de la question de l'hameçonnage où la position de l'Autorité peut paraître particulièrement clémente vis-à-vis d'une entreprise en position dominante, on peut s'interroger sur la charge de traitement que représentent de telles affaires, même si en l'espèce, l'instruction a duré moins d'un an. Ne devrait-on pas réfléchir à des pistes permettant à l'Autorité de sélectionner certains cas pour en rejeter d'autres, à l'image de ce qui existe au niveau européen (article 10 du Règlement 1/2003) et sous le contrôle du juge (voir encore l'affaire Trib. UE, 15 décembre 2010, *CEAHR c/ Commission*, aff. T-427/08, obs. A. Wachsmann, cette chronique, *Concurrences* n° 1-2011 p. 95-97). L'arrêt *Tele 2 Polska* (CJUE, 3 mai 2011, *Tele2 Polska*, aff. C-375/09, obs. C. Lemaire, chronique Procédures, *Concurrences* n° 3-2011, n° 38075, pp. 173-177), qui confirme la lecture de l'article 5 du Règlement n° 1/2003 selon laquelle seule la Commission peut constater l'absence de violation des articles 101 et 102 du TFUE, permettrait-il d'ouvrir une brèche à la situation française (malgré ou grâce au texte de l'article L. 464-6 du code de commerce utilisé en l'espèce...) pour rejeter certaines affaires pour lesquelles il n'y a manifestement pas lieu d'intervenir au sens de l'article 10 précité ? Il est vrai que, en l'espèce, la question de l'affectation du commerce entre États membres permettant l'application de l'article 102 TFUE aurait été en tout état de cause difficile à résoudre.

A. W. ■

ENGAGEMENTS – DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE – DISTRIBUTION ALIMENTAIRE – CONTRAT DE FRANCHISE : L'Autorité de la concurrence accepte les engagements proposés par un distributeur afin de lever les préoccupations de concurrence relatives à ses pratiques mises en œuvre à l'égard de l'un de ses franchisés (*Aut. conc., déc. n° 11-D-20 du 16 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire*)

Suite... et fin de l'affaire *Carrefour* portant sur les pratiques contractuelles de ce groupe à l'égard de l'un de ses franchisés sous enseigne Champion.

On se souvient en effet qu'en août 2010, un franchisé du groupe Carrefour avait saisi l'Autorité de la concurrence pour dénoncer certaines pratiques mises en œuvre à son égard par Carrefour et avait demandé que des mesures conservatoires soient prononcées sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce.

Bien qu'intéressante sur le fond, c'est surtout le contexte dans lequel s'inscrivait cette décision qui méritait une attention particulière, puisqu'il s'agissait de la première affaire contentieuse depuis la publication par l'Autorité de l'Avis n° 10-A-26 relatif aux contrats d'affiliation

de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire (l'"Avis"), dans le cadre duquel était stigmatisé un certain nombre de dispositions contractuelles qui étaient, selon l'Autorité, de nature à freiner la mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes.

Une affaire paradoxale où l'Avis est utilisé par les franchisés pour essayer de rester dans un même réseau

Or, comme cela sera exposé ci-après, l'un des paradoxes de cette affaire est que les principes énoncés dans l'Avis, dont la philosophie est de permettre une meilleure fluidité des indépendants entre les enseignes, sont précisément invoqués pour permettre au plaignant, non pas de sortir du réseau Carrefour... mais plutôt d'y rester.

En l'espèce, le franchisé reprochait à Carrefour plusieurs pratiques qui, selon lui, étaient constitutives d'abus de dépendance économique et qui consistaient en (i) des restrictions d'ordre contractuel l'empêchant de sortir du réseau Carrefour (interdépendance des différents accords, clauses de non-réaffiliation post-contractuelles et de non-concurrence), (ii) l'imposition de nouvelles conditions commerciales à l'occasion du changement de l'enseigne Champion vers la nouvelle enseigne "*Carrefour Market*" et enfin, (iii) le refus de renouveler le bail commercial du local dont Carrefour était le propriétaire et dans lequel le franchisé exploitait son activité, ayant pour effet de l'évincer.

Par une première décision n° 11-D-04 du 23 février 2011, l'Autorité de la concurrence avait rejeté la demande de mesures conservatoires faute d'atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise plaignante, à l'économie générale, au secteur ou aux consommateurs mais avait décidé de poursuivre l'instruction au fond afin de déterminer si les pratiques en cause étaient susceptibles, dans la droite ligne de l'analyse de l'Autorité figurant dans l'Avis, de s'analyser en un abus de dépendance économique de la part de Carrefour (voir not. obs. A. Wachsmann, cette chronique, *Concurrences* n° 2-2011, p. 115).

C'est dans le cadre de l'instruction au fond de cette affaire que certaines préoccupations de concurrence ont été exprimées et résolues par la mise en œuvre de la procédure d'engagements qui fait l'objet de la présente décision n° 11-D-20 (la "Décision").

Les préoccupations de concurrence identifiées : Un potentiel abus de dépendance économique commis par Carrefour

C'est en effet sur le fondement d'une notion souvent invoquée mais très rarement appliquée, à savoir l'abus de dépendance économique, qu'a été exprimé un certain nombre de préoccupations de concurrence. Il convient en effet de rappeler qu'au cours des dix dernières années, ce n'est, à notre connaissance, qu'à deux reprises qu'un abus de dépendance économique a été sanctionné (Voir Cons. conc., déc. n° 04-D-26 du 30 juin 2004 relative à la saisine de la

SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt public Champagne Ardenne et Cons. conc., déc. n° 04-D-44 du 15 septembre 2004 relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films). Pour mémoire, la dépendance économique est caractérisée par la réunion de quatre critères, d'application cumulative : la notoriété de l'entreprise en position de force, l'importance de sa part de marché, l'importance de sa part dans le chiffre d'affaires de la victime et enfin l'impossibilité pour la victime de trouver une solution commerciale équivalente (voir Aut. conc., déc. n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité).

Même si l'Autorité avait relevé dans son Avis précité qu'«une telle voie n'apparaît guère effective pour remédier aux préoccupations de concurrence» soulevées par certaines dispositions contractuelles (§ 209), il est considéré néanmoins dans l'évaluation préliminaire du dossier que le plaignant était susceptible de se trouver en état de dépendance économique à l'égard de Carrefour compte tenu, notamment, de la pénurie de locaux commerciaux résultant pour partie de l'existence de barrières réglementaires et économiques à la création de nouveaux magasins, des liens contractuels et capitalistiques le liant au groupe Carrefour, de leur taux d'approvisionnement d'environ 90 % auprès de ce même groupe et, enfin, de la notoriété et de la part de marché susceptible d'être détenue par Carrefour sur les marchés concernés par les pratiques (§ 33).

Or, toujours selon l'Autorité, la moindre visibilité de l'enseigne Champion, au profit de la nouvelle enseigne, malgré le contrat en cours avec le plaignant, pouvait s'analyser comme une pratique abusive dans la mesure où les conditions figurant dans le nouveau contrat de franchise *Carrefour Market* étaient plus strictes que celles qui prévalaient dans le contrat de franchise Champion. Les dispositions plus strictes critiquées par le plaignant prévoyaient ainsi une durée de contrat de 7 ans renouvelable par période de même durée, une clause de non-concurrence et de non-réaffiliation, un droit de priorité au profit de Carrefour sur la vente du fonds de commerce du franchisé et enfin, un droit d'entrée à paiement différé (§ 34 et 35).

C'est donc afin d'éviter un constat d'abus de dépendance économique que Carrefour a, en réponse aux préoccupations de concurrence exprimées, soumis plusieurs engagements visant à amender ses contrats et ainsi mettre un terme à la procédure.

Des engagements conformes aux recommandations de l'Autorité figurant dans l'Avis n° 10-A-26

Carrefour s'est ainsi engagé à proposer au plaignant un nouveau contrat de franchise *Carrefour Market*, contenant des conditions équivalentes à celles qui figuraient dans le contrat de franchise Champion. Dans le cadre de l'analyse de ces engagements, l'Autorité s'est également attachée à vérifier systématiquement que ces concessions soient conformes aux recommandations figurant dans son Avis.

→ L'aménagement de la durée du contrat

Afin d'offrir des conditions équivalentes à celles dont le plaignant bénéficiait auparavant, Carrefour s'est engagé à réduire la durée du contrat de franchise *Carrefour Market* (d'une durée initiale de 7 ans renouvelable par périodes successives de 7 ans) à une période de trois ans, renouvelable par périodes de même durée (§ 41). Comme le relève l'Autorité, cette durée de trois ans est compatible avec celle qui était préconisée dans son Avis. L'engagement de Carrefour va d'ailleurs même au-delà puisque, dans son Avis, l'Autorité recommandait une durée contractuelle de 5 ans au maximum (§ 222 de l'Avis).

→ La suppression de la clause de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelle

Toujours afin d'offrir des conditions équivalentes à celles figurant dans le contrat de franchise Champion, Carrefour s'est également engagé à supprimer toute clause de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelle (§ 42). Ainsi que le relève l'Autorité, un tel engagement est non seulement compatible avec les recommandations figurant dans l'Avis mais il va là aussi au-delà puisque l'Avis prévoyait simplement de limiter de telles stipulations à une durée d'un an et au seul magasin objet du contrat, dès lors que de telles clauses sont nécessaires «à la protection du savoir-faire, à la préservation de l'identité commune et de la réputation du réseau» (§ 228 de l'Avis).

→ L'aménagement du droit de priorité portant sur la vente du fonds de commerce

Alors que le contrat de franchise *Carrefour Market* accorde un droit de priorité au franchiseur pendant toute la durée du contrat et pendant les deux années suivant son expiration, Carrefour s'est engagé à prévoir que ce droit de priorité ne pourra s'exercer que pendant la durée du contrat. L'Autorité préconisait dans l'Avis (§ 69 et 79) de supprimer tout droit de priorité au profit des franchiseurs, sauf si ce dernier est, comme en l'espèce, propriétaire des murs du magasin et détient également une participation dans le capital de la société du franchisé. Dans une telle hypothèse, où le distributeur est un réel partenaire du développement du magasin indépendant, «l'existence d'un droit de priorité ou d'un dispositif assimilé au profit du franchiseur paraît justifiée» (§ 227 de l'Avis). L'engagement soumis par Carrefour s'inscrit donc bien dans cette situation spécifique, mais force est de constater qu'à l'heure où sont écrites ces lignes, le texte du projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, encore en débat au Parlement, prévoit l'interdiction pure et simple de tels droits de priorité (projet de loi adopté par le Sénat le 22 décembre 2011).

→ La suppression du droit d'entrée à paiement différé

Le contrat de franchise Champion ne comportant aucune obligation de verser un tel droit d'entrée, Carrefour s'est engagé à supprimer de son contrat de franchise *Carrefour Market* la stipulation prévoyant un droit d'entrée, exigible le jour où le contrat prend fin (§ 44). Là encore, l'Autorité prend le soin de vérifier qu'un tel engagement est bien en ligne avec l'Avis, qui prévoit de remplacer les paiements différés par des mécanismes d'étalement dans la durée du paiement de ce droit d'entrée (§ 229 de l'Avis).

→ La prise en charge d'une partie des coûts des travaux liés au changement d'enseigne

Carrefour s'est enfin engagé, notamment au regard de la situation potentiellement précaire du plaignant liée au non-renouvellement de son bail commercial, à prendre en charge 75 % du coût des travaux liés au changement d'enseigne et ce jusqu'à concurrence de 225 000 euros. Bien que cet engagement permette d'éviter que le changement d'enseigne se traduise par une augmentation des charges pesant sur le franchisé, on relèvera que seul cet engagement n'a pas pour objet d'aligner les dispositions du contrat de franchise *Carrefour Market* sur celles du contrat de franchise *Champion*, constituant ainsi une concession en tant que telle de la part de Carrefour.

Des engagements acceptés par l'Autorité mais jugés insuffisants par le plaignant

Les préoccupations de concurrence identifiées ne recouvrant pas l'intégralité des griefs formulés par le plaignant dans sa saisine, ce dernier a considéré fort logiquement que les engagements soumis par Carrefour étaient insuffisants.

Ainsi, *premièrement*, les engagements de Carrefour relatifs à la réduction de la durée du contrat à trois ans et la suppression des clauses de non-réaffiliation et du droit de priorité post-contractuel ne constitueraient nullement, selon le plaignant, des concessions tant que Carrefour maintiendrait sa volonté de ne pas renouveler le bail commercial du local à partir duquel était exploitée son activité. En effet, dans la mesure où la "procédure d'éviction" menée à son encontre aura abouti avant cette période de trois années, qu'il est matériellement impossible de se réinstaller à Paris et que le fonds de commerce est invendable en présence d'un risque d'éviction, le plaignant estimait que les engagements en cause n'avaient de sens que si, à titre complémentaire, Carrefour s'engageait également à renoncer à cette "procédure d'éviction" – en réalité le non-renouvellement de son bail commercial – ou, à défaut, que Carrefour lui fasse une offre de réinstallation dans des conditions équivalentes en mettant à sa disposition des locaux équivalents dans Paris intra-muros (§ 48 et 49).

Reprenant la solution retenue dans la décision précitée n° 11-D-04 en matière de mesures conservatoires, l'Autorité considère qu'un tel non-renouvellement n'est pas susceptible de s'analyser en un abus de dépendance économique dès lors que Carrefour ne faisait là qu'exercer le droit dont dispose chaque partie de mettre fin au contrat et que ce droit s'est exercé pour des motifs légitimes dans le respect des délais contractuels de préavis (l'Autorité se transformant au passage en juge du contrat). Aussi selon l'Autorité n'était-il pas légitime d'attendre de Carrefour qu'il prenne des engagements concernant le renouvellement du bail commercial (§ 54 à 56). Dans ce cadre, l'Autorité s'est également attachée à vérifier que l'interdépendance existant entre les différents contrats liant Carrefour à son franchisé n'avait pas pour effet de prolonger artificiellement la durée d'engagement de ce dernier, pour conclure qu'aucun abus ne pouvait être identifié à ce sujet, en particulier dès lors qu'il n'était pas démontré que le plaignant se trouvait déjà en situation de dépendance économique au moment de la signature des conventions en cause (§ 58 et 59).

Deuxièmement, le plaignant contestait la poursuite du paiement de redevances de franchise liées à l'enseigne *Champion* dont Carrefour avait cessé de faire la promotion ainsi que l'augmentation du montant des redevances de fidélité résultant du nouveau contrat de franchise *Carrefour Market* (§ 51). Dans la mesure cependant où les engagements proposés par Carrefour avaient précisément pour objet d'offrir au plaignant une solution équivalente à celle dont il bénéficiait lors de l'exploitation du contrat de franchise *Champion*, l'Autorité a estimé que la poursuite du paiement des redevances de franchise *Champion* ne saurait être regardée comme étant la manifestation d'un abus de dépendance économique (§ 82). S'agissant ensuite de l'examen du caractère excessif ou non du montant des redevances de fidélité applicables dans le cadre du contrat de franchise *Carrefour Market*, l'Autorité indique que de telles hausses n'étaient pas de nature à affecter le jeu de la concurrence et, refusant cette fois de s'ériger en juge du contrat, que cette appréciation relève davantage du juge commercial et des dispositions de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce (§ 85).

En dépit des objections du plaignant, l'Autorité conclut donc qu'il n'y avait pas lieu d'exiger d'engagements supplémentaires de la part de Carrefour.

Une décision qui s'inscrit dans un contexte légal et réglementaire encore mouvant

Si la présente Décision s'inscrit dans la droite ligne de l'Avis de l'Autorité, il convient cependant de rappeler que celle-ci s'intègre dans un contexte légal et réglementaire qui n'est pas encore totalement figé.

En effet tout d'abord, comme cela a été rappelé plus haut, est toujours en débat au Parlement le projet de Loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, dont l'article 1^{er} vise à lever les obstacles aux changements constatés dans le secteur de la distribution alimentaire de détail. Ainsi, même si le texte actuellement en discussion est proche des recommandations de l'Autorité, aucun texte définitif n'a encore été voté, maintenant le secteur dans une relative incertitude juridique.

Ensuite, on se souvient que l'Avis fait actuellement l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État, qui a été initié par le groupe Leclerc. Bien qu'un avis de l'Autorité ne constitue pas une décision et ne soit donc pas, en principe, un acte susceptible de recours, seule l'issue de la procédure pendante devant le Conseil d'État permettra de confirmer que les recommandations de l'Autorité figurant dans l'Avis – il est vrai particulièrement comminatoires – ne s'analysent pas en une décision faisant grief.

Enfin, plus largement, on peut constater que le secteur de la distribution alimentaire est sous le feu des projecteurs de nombreuses autorités de concurrence européennes. En effet, on constate une multiplication des enquêtes sectorielles (Belgique, Danemark, Finlande, Italie, Lituanie, Portugal, Espagne, Islande, etc.), des affaires de pratiques anticoncurrentielles (Bulgarie, Allemagne, Espagne, Croatie, etc.) ou encore des interventions réglementaires et législatives

(Hongrie) dont l'issue pourrait également avoir pour effet de modifier le mode de fonctionnement du secteur (voir *ECN brief, extended issue 05/2011* et déjà pour une activité très fournie en 2009, obs. A. Wachsmann, cette chronique, *Concurrences* n° 4-2009, p. 112). Il semble cependant que la question des relations contractuelles unissant les têtes de réseau aux magasins indépendants reste l'apanage exclusif de l'Autorité.

Au cas présent, c'est en définitive par l'acceptation d'engagement classiques, consistant à modifier certaines dispositions contractuelles potentiellement anticoncurrentielles, qu'est close la présente procédure (voir également une pratique d'engagements déjà bien ancrée en France : Cons. conc., déc. n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 "Festina France", déc. n° 06-D-01 du 7 février 2006, "NMPP", déc. n° 06-D-28 du 5 octobre 2006, "distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma", déc. n° 07-D-17 du 10 mai 2007, "exploitation de salles de cinéma", déc. n° 07-D-30 du 5 octobre 2007 "TDF", déc. n° 07-D-43 du 10 décembre 2007, "EDF" et 08-D-21 du 7 mai 2008 "France Télécom", et Aut. conc. déc. n° 09-D-27 du 30 juillet 2009 "Mutualité de La Réunion", déc. n° 09-D-32 du 26 octobre 2009 "Photomaton", déc. n° 10-D-01 du 11 janvier 2010 "distribution des iPhones", déc. n° 10-D-06 du 26 janvier 2010 "STGM", déc. n° 10-D-18 du 14 janvier 2010 dans le secteur des analyses vétérinaires bovines, déc. n° 10-D-27 du 15 septembre 2010 "Michelin", déc. n° 10-D-29 du 27 septembre 2010, "Eco-Emballages" et 11-D-08 du 27 avril 2011, "Accentiv'Kadéos").

Le classicisme des solutions retenues ne remet cependant pas en cause la nature plutôt équilibrée de cette décision, qui parvient à imposer certaines concessions à Carrefour sans donner totalement gain de cause au franchisé.

A. W. – J. M. ■

À noter

ABUS DE POSITION DOMINANTE – REJET DE PLAINTÉ – CONTRÔLE DU TRIBUNAL : Le Tribunal de l'UE juge que la Commission a pu refuser de poursuivre l'enquête sur des pratiques dont se plaignaient certains fabricants de cartouches d'encre pour imprimantes (*Trib. UE, 24 novembre 2011, EFIM c/ Commission, aff. T-296/09*)

Cet arrêt est traité dans la chronique Procédures. On peut observer que le Tribunal contrôle certains éléments de la définition du marché pertinent et de l'analyse concurrentielle pour parvenir à la conclusion que la Commission n'a pas commis d'erreur en retenant que la probabilité d'établir un abus était faible.

A.-L. S. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne 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 onze chroniques thématiques.

CONCURRENCES

Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo
Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Thierry Dahan,
John Fingleton, Frédéric Jenny,
William Kovacic, Neelie Kroes,
Christine Lagarde, Doug Melamed,
Mario Monti, Viviane Reding,
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,
Christine Varney...

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor, Dominique de
Gramont, Damien Gérardin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe,
Thierry Dahan, Luc Gyselen,
Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Frédéric Jenny,
Bruno Lasserre, Anne Perrot, Nicolas Petit,
Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la
pratique des engagements, Droit pénal et
concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles
in the EU...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,
Hong-Kong, India, Japon, Luxembourg,
Suisse, Sweden, USA...

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister,
Francesco Rosati, David Sevy,
David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Michel Debroux
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel Chagny, Mireille Dany
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa
Marie-Claude Mitchell, Laurent Roberval

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré
Didier Ferrié

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Olivier Billiard
Jean-Mathieu Cot, Jacques Gunther
David Hull, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves Chérot
Jacques Derenne
Bruno Stromsky

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

Bertrand du Marais
Stéphane Rodrigues
Jean-Philippe Kovar

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Jean-Christophe Roda, Florian Bien
Silvia Pietrini

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John
François Souty
Stéphanie Yon

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

Institut de recherche en droit international
et européen de la Sorbonne (IREDIÉS)

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	425 €	508,30 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	465 €	474,77 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	675 €	807,30 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

Bulletin électronique e-Competitions | *e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	595 €	711,62 €
--	-------	----------

Revue Concurrences + bulletin e-Competitions | *Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions*

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	775 €	926,90 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	875 €	1046,50 €

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)*

Formulaire à retourner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

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. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur 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. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € extra charge for shipping outside France