



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence

**PRATIQUES UNILATÉRALES | Chroniques**  
*Concurrences* N° 4-2009 – pp. 105-124

---

**Anne-Lise SIBONY**

[alsibony@ulg.ac.be](mailto:alsibony@ulg.ac.be)

| Chargée de cours en droit européen, Université de Liège

**Anne WACHSMANN**

[anne.wachsmann@linklaters.com](mailto:anne.wachsmann@linklaters.com)

| Avocat à la Cour



**Anne-Lise SIBONY**

alsibony@ulg.ac.be

Chargée de cours en droit européen,  
Université de Liège

**Anne WACHSMANN\***

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat à la Cour

## Abstracts

**ABUSE OF DOMINANT POSITION – EXPLOITATIVE ABUSE: 105**

The ECJ confirms CFI judgement in relation to excessive licencing fees by the operator of the major recycling scheme in Germany  
ECJ, 16.07.09, *Der Grüne Punkt v. Commission*, case C-385/07 P

**ABUSE OF DOMINANT POSITION – EXCLUSIONARY ABUSE – REFUSAL TO SUPPLY – ESSENTIAL FACILITY – DISCRIMINATORY PRICING: 106**

The CFI confirms an abuse of dominant position consisting in hindering access to an essential facility and adopting discriminatory pricing  
ECJ, 09.09.09, **Clearstream v. Commission**, case T-301/04

**ABUSE OF DOMINANT POSITION – EXCLUSIONARY ABUSE –  
CONDITIONAL REBATES – EXCLUSIVITY – NAKED RESTRICTI-  
TIONS – AS EFFICIENT COMPETITOR: 108**

The EC Commission inflicts the highest ever fine for an abuse consisting in offering to manufacturers rebates conditional on exclusivity and engaging in naked restrictions aimed at stopping components manufactured by competitor from reaching the market. EC. Comm., 13.05.09, Intel, case COMP/C-3 /37.990

**ABUSE OF DOMINANT POSITION – RETAIL SECTOR: 112**

**ABUSE OF DOMINANT POSITION – RETAIL SECTOR: 112**  
The European Parliament issues a declaration on investigating and remedying abuse of power by large supermarkets operating in the European Union

**Declaration of the EU Parliament on investigating and remedying abuse of power by large supermarkets operating in the EU. P6 TA(2008)0054. OJ C184E. 08.06.09. p. 23**

**COMPETENCE: 115**

*The French Tribunal des conflits has, for the first time, ruled in favour of the competence of the French Competition Authority (as opposed to administrative courts) in a case concerning anti-competitive practices relating to a public contract*

**Trib. confl., 04.05.09, Éditions Gisserot v. CMN, C3714**

**COLLECTIVE DOMINANT POSITION: 116**

The French Cour de cassation has in part reversed the judgment of the Paris Court of Appeals on the grounds that an exclusive supply clause imposed by two suppliers on their clients is not sufficient to establish joint conduct permitting them to place themselves outside market conditions.

**Cass. com., 07.07.09. Vicat et Lafarge Ciments**

DENIGRATION – PREDATORY PRICING – PHARMACEUTICAL  
SECTOR: 117

*The French Competition Authority rejects the request for interim measures in a predatory pricing case in the pharmaceutical sector but continues its investigations on the merits of the case*  
Fr. NCA, 31.07.09, Janssen-Cilag, 09-D-28

**ESSENTIAL FACILITIES – REFUSAL OF ACCESS – LITIGATION: 119**

**ESSENTIAL FACILITIES – REFUSAL OF ACCESS – ENTIQON:** 719  
*The French Competition Authority continues to examine the alleged practice of refusal of access to a database*

Fr. NCA, 28.07.09, France Telecom (overseas territories), 09-D-24

**DISCRIMINATION – NEUTRALITY OF A BODY CHARGED WITH OPERATING A MONOPOLY: 120**

The French Competition Authority suspects the company in charge of operating the monopoly for waste packaging of lacking in neutrality in discharging its task of redistributing to local authorities funds received from companies whose businesses involve the creation of waste packaging

Fr. NCA. 31.07.09. DKT v. Eco-Emballages, 09-D-26

**EXCLUSIONARY ABUSE – PRICE DIFFERENTIATION – CLUB EFFECT – PRICING OF ACCESS TO AN ESSENTIAL FACILITY – AS EFFICIENT COMPETITOR : 121**

*The French Competition Authority orders the incumbent operator of mobile telecommunication services in the islands of La Réunion and Mayotte to cease abusive pricing practices.*

**Fr. NCA, 16.09.09, Mobile Telephony, Réunion-Mayotte, 09-MC-02**

\*Avec la collaboration de Bastien Thomas et Nicolas Zacharie, avocats à la Cour.

**ABUS – EXPLOITATION : La CJCE confirme l'arrêt du TPICE et juge qu'il n'a jamais été demandé à un opérateur d'accorder obligatoirement une licence sur sa marque, mais seulement de ne pas facturer des services non rendus (CJCE, 16 juillet 2009, Der Grüne Punkt c/ Commission, aff. C-385/07 P)**

La Cour de justice a rendu le 16 juillet 2009 son arrêt sur pourvoi dans l'affaire *Grüne Punkt*. L'entreprise allemande DSD, qui exploite la marque Grüne Punkt est l'acteur principal, au plan national, du marché allemand de recyclage de déchets. Cette activité est née d'un décret sur les emballages, qui fait obligation aux fabricants et aux distributeurs de recycler certains emballages. Ceux-ci peuvent s'acquitter de cette obligation soit individuellement, soit en adhérant à un système collectif de collecte et de valorisation des déchets. DSD exploite un tel système collectif sur tout le territoire national allemand.

Les relations entre DSD et les adhérents à ce système reposent sur un contrat d'utilisation du logo "*Der Grüne Punkt*" (DGP). Les entreprises utilisatrices apposent ce logo sur les emballages qu'elles produisent et versent à DSD une redevance proportionnelle au nombre de ces emballages commercialisés sur le territoire allemand (pt 12). C'est précisément ce mode de tarification qui avait conduit la Commission à constater un abus. En effet, le fait que le montant de la redevance due par chaque fabricant soit proportionnel au nombre d'emballages et soit indépendant de l'utilisation effective des services de recyclages de DSD avait pour effet, d'une part, de faire payer aux fabricants liés à DSD des services qu'ils n'utilisaient pas nécessairement, et d'autre part, de les dissuader de mettre en place leur propre système de recyclage ou de s'affilier à d'autres systèmes collectifs que celui de DSD dans les *länder* où de tels systèmes existaient. La Commission avait donc considéré, approuvée en cela par le Tribunal, que la tarification retenue était constitutive d'un abus exploitation interdit par l'article 82 CE sous a) (prix inéquitables) et créait d'autre part un effet d'éviction (pts 30-32).

La Commission avait enjoint à DSD de ne plus faire payer aux fabricants ses services de recyclages sur la quantité totale d’emballages mis en circulation en Allemagne lorsqu’ils rapportaient la preuve que, pour une partie au moins de ces emballages, ils n’y avaient pas eu de recours. Dans son arrêt, le Tribunal avait précisé que cette obligation imposée à DSD de proportionner les redevances perçues à la quantité d’emballages réellement traités dans son système ne préjugait pas de la possibilité pour elle de demander une rémunération pour l’apposition du logo DGP sur tous les emballages, qu’ils soient traités dans le système DSD ou dans un autre (TPICE, 24 mai 2007, *Duales System Deutschland c/ Commission*, T-151/01, Rec. p. II-1607, obs. C. Prieto, *Concurrences*, n° 3-2007, n° 13870, p. 94-95). Bien entendu, cette redevance ne pouvait être aussi élevée que la redevance destinée à couvrir le coût des services, mais le Tribunal avait jugé qu’il n’était pas exclu que la licence de la marque DGP ait en tant que telle une valeur économique et puisse faire l’objet de la perception d’une redevance même dans le cas où les emballages portant le logo DGP ont été recyclés dans un autre système (pt 196 de l’arrêt du Tribunal).

Dans son pourvoi, DSD prenait appui sur ce point qui lui était favorable pour faire valoir que le Tribunal aurait méconnu l'article 82 CE en lui imposant d'accorder des licences de la marque DGP. La Cour rejette ce moyen, qui était le seul relatif à l'application de l'article 82. Comme le soulignait une des parties intervenantes, l'argument de DSD procédait non seulement d'une lecture erronée de l'arrêt du Tribunal mais aussi d'une perception erronée du litige. DSD avait voulu, lorsqu'elle avait proposé des engagements, restreindre l'utilisation de son logo aux emballages recyclés dans son système. Cette proposition avait été jugée impraticable, non seulement en raison des coûts qu'aurait imposés l'apposition sélective du logo sur certains emballages seulement, mais aussi en raison de l'impossibilité de connaître au moment de l'emballage le mode de retraitement qui serait choisi. Il semble que DSD ait continué à raisonner dans les termes de sa proposition d'engagements, sans accepter la solution qui avait été choisie, à savoir l'apposition du logo DGP par les entreprises utilisatrices sur tous leurs emballages, sans préjudice de la possibilité pour elles d'apposer conjointement sur ces mêmes emballages des signes indiquant que les emballages pouvaient également être confiés à d'autres systèmes. Dans ce schéma.

l'utilisation effective des services de recyclage proposés par DSD et par ses concurrents devait faire l'objet d'un comptage au moment du recyclage et non de l'emballage des produits. C'est précisément dans le cadre de cette solution opérant une disjonction entre l'utilisation du logo et l'utilisation des services de recyclage que la remarque du Tribunal sur la valeur de la licence de marque prenait tout son sens.

C'est donc sans surprise que la Cour confirme l'arrêt du Tribunal sur ce point. Elle rappelle que la Commission «*ne comporte aucune mesure affectant le libre choix de DSD quant aux personnes avec lesquelles elle conclut un contrat d'utilisation du logo [...] mais oblige seulement DSD à ne pas réclamer à ses cocontractants le paiement de services de reprise et de valorisation qu'elle n'a pas rendus*». Aussi DSD n'a, en aucune manière, été condamnée à accorder des licences forcées, mais seulement à ne pas confondre l'utilisation du signe distinctif de sa marque et l'utilisation des services qu'elle offre.

Si l'arrêt n'apporte rien de substantiel à l'interprétation de l'article 82, on retiendra néanmoins qu'il confirme définitivement la condamnation d'un abus-exploitation, ce qui est suffisamment rare pour être relevé.

A.-L. S. ■

**ABUS-EXCLUSION – REFUS DE CONTRACTER – INFRASTRUCTURE ESSENTIELLE – PRIX DISCRIMINATOIRES : Le TPICE confirme une condamnation pour des pratiques d'éviction consistant dans un obstacle à l'accès à une infrastructure essentielle et dans une tarification discriminatoire (TPICE, 9 septembre 2009, *Clearstream c/ Commission*, aff. T-301/04)**

Clearstream est, comme on sait, un organisme de compensation et de règlement des transactions sur titres. Le groupe Clearstream se compose notamment d'une société mère, établie au Luxembourg et d'une filiale, établie en Allemagne. C'est cette dernière société qui avait été condamnée par la Commission pour avoir adopté un comportement abusif visant à l'éviction de son concurrent Euroclear Bank (Comm. UE, déc. n° 2009/C 165/05 du 2 juin 2004, aff. COMP/38.096 – *Clearstream*, JOUE n° C 165, 17 juill. 2009).

Euroclear est le seul opérateur avec Clearstream à assurer en Europe les services de compensation et de règlement pour les transactions internationales. L'abus qui lui était reproché consistait, d'une part, à avoir refusé de fournir à son concurrent Euroclear des services de compensation et de règlement dits primaires et, d'autre part et corrélativement, de lui avoir imposé des conditions discriminatoires pour accéder à un système informatisé ayant les caractéristiques d'une infrastructure essentielle pour le traitement des transactions portant sur des valeurs mobilières émises selon le droit allemand. La Commission avait constaté que ce comportement restreignait la concurrence sur le marché des services de compensation et de règlement dits secondaires (pt 23). Elle

avait enjoint à Clearstream de mettre fin aux comportements en cause sans lui infliger d'amende. Dans l'arrêt rapporté le Tribunal confirme la décision de la Commission.

De cet arrêt, on relèvera brièvement un point concernant la définition du marché pertinent, avant de s'attacher à la discussion qui porte sur les notions d'objet et d'effet d'un comportement abusif au regard de l'article 82 CE et manque de clarté en ce qui concerne le critère de l'intention. Comme souvent, l'absence de principes clairs relatifs à ces points fondamentaux conduit le Tribunal à appréhender les pratiques en cause non au regard de la notion d'abus, mais au regard de définitions plus étroites concernant un type d'abus, en l'occurrence, le refus abusif de contracter et la discrimination tarifaire injustifiée (V. sur ce point, B. Hawk, À propos de la « concurrence par les mérites » : Regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act, *Concurrences*, n° 3-2005, n° 231, p. 33-41, spéc. n° 6, p. 34).

### Définition du marché : L'argument contractuel

La Commission avait défini le marché pertinent comme celui des services de règlement et compensation primaires prestés pour des transactions sur des valeurs mobilières émises selon le droit allemand (pts 20-21). À l'encontre de cette définition, les requérantes faisaient valoir que la Commission avait mal identifié la demande et, partant, le marché pertinent. Selon elles, c'est à tort que la Commission aurait raisonné sur la relation entre la chambre de compensation (Clearstream) et les intermédiaires (banques) plutôt que sur la demande des clients finals, c'est-à-dire des parties aux transactions sur titres. Le Tribunal rejette cet argument au motif que Clearstream n'a de relations contractuelles qu'avec des intermédiaires qui conservent les valeurs mobilières au nom et pour le compte de leurs clients et jamais ces clients eux-mêmes. Dès lors, Clearstream ne pouvait nier fournir un service qui constitue un *imput* pour d'autres prestataires de services, à savoir les intermédiaires.

On retiendra donc que, même si l'approche de l'abus s'oriente en principe désormais vers une attention croissante aux consommateurs finals, cette orientation n'est pas de nature à perturber la méthode de délimitation du marché. En particulier, ces clients finals ne peuvent être convoqués à ce stade de l'analyse si l'entreprise en cause n'a aucune relation contractuelle avec eux.

### Identification de la pratique abusive : Retour sur l'objet, l'effet et l'intention

C'est l'article 81 CE et non l'article 82 CE qui distingue dans sa formulation l'objet et l'effet anticoncurrentiel. Cependant, force est de constater que ce vocabulaire est aussi employé, et ce de manière parfois malheureuse, à propos de l'article 82 CE. Ainsi, le Tribunal a jugé que, pour l'application de l'article 82 CE, l'objet et l'effet anticoncurrentiel se confondent (TPICE, 30 septembre 2003, *Michelin c/ Commission*, T-203/01, Rec. p. II-407, pt 241). Dans l'affaire *Clearstream*, les requérantes ne s'appuyaient pas précisément sur cette jurisprudence, mais leur argumentation est traitée par le Tribunal en termes d'objet et d'effet.

Pour contester le constat d'abus dressé par la Commission, Clearstream faisait valoir qu'«il n'y [avait] eu d'entrave abusive ni du point de vue de l'intention d'entraver, ni du point de vue de l'effet d'entrave» (p. 87). En réponse à cette argumentation, le Tribunal rappelle que, selon une jurisprudence constante l'abus est une notion objective et, partant «l'argument des requérantes, selon lequel elles n'ont poursuivi aucun but anticoncurrentiel, est sans incidence sur la qualification juridique des faits» (pt 142). Cela ne l'empêche pas de relever que la Commission avait bien établi que le but poursuivi par Clearstream était d'évincer Euroclear et d'entraver la concurrence sur le marché des services secondaires de compensation et de règlement (pt 143), avant de déclarer derechef que ce point est sans incidence. À la lecture de ce passage, on ne peut s'empêcher de penser que la jurisprudence mériterait d'être clarifiée sur la pertinence de l'intention pour la qualification d'abus. Le Tribunal donne l'impression de vouloir s'en tenir formellement à la jurisprudence antérieure et de se sentir obligé de nier la pertinence de l'intention pour la qualification d'abus, et ce alors même que cette pertinence transparaît néanmoins.

Il convient sans doute de rappeler que le fait qu'une notion – ici l'abus de position dominante – soit appréhendée de manière objective n'empêche pas de prendre en considération l'intention (V. déjà en ce sens la thèse de Fr. Terré, *L'Influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, LGDJ, 1957). En outre, l'intention établie objectivement (et non du point de vue subjectif de l'entreprise soupçonnée d'abus) est précisément le point d'accroche juridique des raisonnements économiques en termes de stratégie, les scénarios anticoncurrentiels caractéristiques de l'approche économique. Dès lors, nier toute pertinence à l'intention pour la qualification d'abus ne nous paraît pas judicieux. La jurisprudence exige seulement une approche objective, qui nous semble pleinement compatible avec le fait d'établir l'intention d'une entreprise en position dominante à partir de ses manifestations objectives. En outre, si l'intention de prévaloir sur des concurrents ne saurait en aucun cas constituer un élément à charge pour une entreprise, même dominante, cela n'implique pas nécessairement de renoncer à toute prise en considération de l'intention. Le professeur Eilmansberger avait proposé il y a déjà plusieurs années de distinguer entre l'intention légitime de gagner des clients au détriment de ses concurrents et l'intention coupable de fausser le processus concurrentiel (Th. Eilmansberger, "How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC : In search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses", *CML Rev.*, 2005, p. 129-177). L'arrêt rapporté nous semble une nouvelle occasion manquée de tenir compte de cette distinction.

Si une prise en considération plus nette de l'intention de fausser la concurrence avait été retenue, un passage important de l'arrêt aurait pu être mieux intégré au reste du raisonnement du Tribunal. Il s'agit du passage dans lequel le Tribunal juge que, s'agissant d'accès à un *imput* essentiel (le système Cascade) détenu par une société à laquelle incombe une responsabilité spéciale en raison de sa position dominante, le blocage de fait opposé par Clearstream aux demandes d'accès d'Euroclear est abusif (pts 121-138, spéc. pt 136). Le Tribunal retient en particulier que le fait pour Clearstream d'avoir fait traîner les négociations relatives à la demande d'accès

d'Euroclear à Cascade et d'avoir souhaité élargir le périmètre de ces négociations plus d'un an après le début de ces négociations est abusif (pt 136). Les éléments de fait discutés dans ce passage se rapportent à l'appréciation de l'intention de faire obstacle à un concurrent, une intention dont on ne peut sérieusement nier qu'elle soit pertinente aux fins de la qualification d'abus et dont il serait plus clair de dire qu'elle l'est.

En ce qui concerne l'effet du comportement, le Tribunal rappelle sa jurisprudence selon laquelle il n'est pas nécessaire d'établir un effet réel, mais seulement que le comportement «tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature à, ou susceptible de, avoir un tel effet» (pt 144).

### L'abus constaté : Refus de contracter et tarification discriminatoire injustifiée

Les deux pratiques abusives retenues contre Clearstream forment, selon la Commission, deux volets d'une infraction unique. En effet, la décision indique que la discrimination injustifiée existe parce que Clearstream a refusé à Euroclear l'accès à certains services (la tarification discriminatoire concerne des services auxquels Euroclear a dû avoir recours à défaut d'avoir obtenu l'accès qu'elle demandait). Pour appréhender cette infraction, le Tribunal applique la jurisprudence établie en ce qui concerne le refus d'accès à une facilité essentielle (pt 147 et s.), le retard d'accès étant en l'espèce assimilé à un refus. Cette application n'appelle pas d'observations particulières.

En ce qui concerne les prix discriminatoires, la discussion porte surtout sur l'existence d'une discrimination (pts 159 et s.). Une fois celle-ci établie, le Tribunal vérifie que sont réunies les conditions de l'article 82 CE sous b), c'est-à-dire que la différence de prix n'est pas justifiée et qu'elle inflige un désavantage dans la concurrence (pts. 169 et s.).

Au titre des justifications, Clearstream invoquait une différence de coût pour expliquer les prix différents pratiqués à l'égard d'Euroclear et d'autres clients. S'agissant d'une justification objective, le Tribunal relève que c'est sur la requérante que pesait la charge de la preuve (pt 185) et constate que la preuve n'a pas été rapportée.

S'agissant du désavantage concurrentiel infligé par la pratique discriminatoire de Clearstream, le Tribunal rappelle que l'effet du comportement doit s'apprécier sur le marché aval (ici celui des services dits secondaires de règlement et de compensation), sur lequel les différentes entreprises qui utilisent l'infrastructure essentielle se concurrencent (pt 192). Il rappelle également que, comme la Cour l'a jugé dans son arrêt *British Airways*, il n'est pas exigé de la Commission qu'elle démontre une détérioration effective de la position du concurrent moins bien traité par l'entreprise dominante (pt 193 ; CJCE, 15 mars 2007, *British Airways c/ Commission*, C-95/04 P, Rec. p. I-2331, points 143). Ainsi, l'arrêt retient que «[e]n l'espèce, l'application à l'égard d'un partenaire commercial des prix différents pour des services équivalents, et ce de manière ininterrompue pendant cinq ans et par une entreprise détenant un monopole de fait sur le marché situé en amont, n'a pu manquer de produire un désavantage concurrentiel pour ce même partenaire» (pt 194).



L'arrêt rapporté suit donc une approche très classique de la qualification d'abus résultant tant d'un refus de contracter que d'une pratique de prix discriminatoires. En particulier, on n'y trouve aucune discussion sur l'effet probable des pratiques en cause pour les consommateurs finals. L'effet des pratiques en cause est analysé de manière abstraite et centrée sur les concurrents (ici le concurrent unique).

A.-L. S. ■

**ABUS-EXCLUSION – RABAIS DE FIDÉLITÉ – ENGAGEMENT D'EXCLUSIVITÉ – RESTRICTIONS PURES DE CONCURRENCE – CONCURRENT AUSSI EFFICIENT : La Commission européenne inflige l'amende la plus élevée jamais prononcée pour des pratiques d'abus-exclusion consistant, d'une part, dans des rabais conditionnels en contrepartie d'engagements d'exclusivité et, d'autre part, dans des pures restrictions de concurrence liées à des rémunérations versées à la fois aux fabricants d'ordinateurs et aux distributeurs pour qu'ils retardent l'arrivée sur le marché de produits incorporant des composants fabriqués par un concurrent**

(Comm. CE, déc. C(2009) 3726 final du 13 mai 2009, Intel, aff. COMP/C-37.990)

De la décision *Intel* de la Commission, on savait qu'elle avait infligé l'amende la plus élevée jamais prononcée contre une entreprise en application du droit européen de la concurrence (1,06 milliard d'euros). Un communiqué de presse avait exposé la nature des pratiques reprochées au fabricant de micro-processeurs, mais le détail de la décision n'a pas été connu tout de suite, en raison du temps nécessaire pour préparer une version non confidentielle de cette décision de 512 pages. Une version non confidentielle provisoire de la décision du 13 mai 2009 ayant été publiée à des fins d'information le 21 septembre, il est désormais possible d'en rendre compte.

On ne s'attardera pas sur l'analyse de la position dominante d'Intel, qui ne présente pas de particularités notables. La Commission s'appuie classiquement sur les parts de marchés importantes détenues par l'entreprise, ainsi que sur une analyse des barrières à l'entrée résultant pour l'essentiel de l'importance des investissements nécessaires pour entrer sur le marché, d'économies d'échelle et de l'effet de renommée de la marque Intel (considérants 837 et s.).

En ce qui concerne l'abus, la Commission reproche à Intel différentes pratiques adoptées dans le cadre d'une stratégie d'exclusion de son principal concurrent, le fabricant de micro-processeurs AMD. L'infraction unique reprochée à Intel se compose de deux types de pratiques, à savoir, d'une part, des rabais de fidélité et d'autres pratiques assimilées (I) et, d'autre part, des "restrictions pures" de concurrence (*naked restrictions*) (II). Ces deux volets n'appellent pas le même traitement au regard d'une analyse en termes d'effets telle que celle décrite dans les orientations de la Commission relatives aux abus-exclusion (III).

## Les rabais de fidélité et pratiques assimilées

La première catégorie de pratiques abusives reprochées à Intel inclut non seulement des rabais au sens propre – rabais consentis par Intel à ses clients fabricants d'ordinateurs – mais également des pratiques voisines et assimilées au rabais au regard de leurs effets, à savoir des paiements conditionnels consentis à un distributeur et des programmes marketing.

Tout d'abord, des rabais de forme et d'importance variables étaient accordés par Intel à différents fabricants d'ordinateurs (Dell, HP, NEC et Lenovo) sur leurs achats de micro-processeurs. Ces rabais pouvaient être fixes ou liés aux quantités, accordés sur tous les achats de processeurs Intel réalisés par un fabricant ou seulement sur ceux destinés à un certain segment (par exemple les ordinateurs portables). Mais dans tous les cas, ces rabais étaient *de facto* conditionnés à une exclusivité ou à une quasi-exclusivité. Ainsi, les fabricants devaient pour bénéficier des rabais acheter à Intel soit tous les processeurs dont ils avaient besoin (Dell) soit une forte proportion de ceux-ci (95 % des besoins liés à la fabrication d'ordinateurs de bureau destinés aux clients professionnels pour HP, 80 % des besoins liés à la fabrication d'ordinateurs de bureau et d'ordinateurs portables pour NEC, 100 % des besoins liés à la fabrication d'ordinateurs portables pour Lenovo).

Ces accords portant sur les rabais et leur contrepartie en termes d'exclusivité n'étaient jamais écrits (considérants 167 et s.). Les négociations entre Intel et les fabricants d'ordinateurs avaient généralement lieu oralement et, lorsque certains points étaient précisés par e-mail, aucun document écrit ne reprenait l'ensemble des termes. La politique de rabais d'Intel était donc non seulement secrète mais également non transparente pour les fabricants. Ceux-ci ne savaient pas précisément à quel montant de rabais consentis par Intel ils devraient renoncer s'ils s'adressaient à un autre fournisseur (V. notamment considérants 221, 689, 945 et s., 999, 1330). Les rabais n'étant pas explicitement des rabais de fidélité, la Commission prend soin d'établir qu'ils l'étaient en fait (considérant 926 et s.). Elle s'attache notamment au fait que, si un fabricant achetait des processeurs AMD, il perdait le bénéfice des rabais consentis par Intel non seulement sur les commandes transférées à AMD, mais également pour les commandes qui continuaient à être servies par Intel.

Ensuite, outre les rabais accordés aux fabricants d'ordinateurs, sont également reprochés à Intel les paiements qu'elle avait consentis au plus grand distributeur européen de produits informatiques, la société Media Saturn Holding (MSH). MSH n'était pas directement client d'Intel, puisqu'elle ne fabrique pas les ordinateurs qu'elle distribue. À son égard, des rabais n'étaient donc pas envisageables. Pour inciter néanmoins cet acteur-clé de la distribution à favoriser ses produits, Intel avait mis en place un système de paiements également conditionnés à une exclusivité. MSH recevait en effet d'Intel certaines sommes en contrepartie de son engagement de ne distribuer que des ordinateurs contenant des processeurs Intel.

Enfin, Intel finançait des dépenses de publicité et de marketing consenties par les fabricants d'ordinateurs équipés de processeurs Intel, ainsi que par différents distributeurs de ces ordinateurs. En particulier, au terme du programme "*Intel*

*Inside*”, Intel remboursait à ses partenaires les coûts de leurs actions de promotion de la marque Intel. En outre, Intel offrait aux distributeurs un financement, un soutien à l’offre de garanties étendues, ainsi que des informations techniques et des formations.

Ces diverses pratiques de rabais de fidélité consentis aux fabricants et paiements fidélisants consentis aux distributeurs sont jugées abusives en raison de l’influence déterminante qu’elles ont sur les choix des entreprises concernées, qui, ensemble, détenaient les clés de l’accès aux consommateurs finals. Plus précisément, c’est parce que les choix de ces partenaires stratégiques d’Intel sont influencés pour des raisons autres que tenant aux mérites propres des processeurs Intel que les rabais et pratiques assimilées sont jugés abusifs. Il ressort en effet de la décision que les producteurs d’ordinateurs considéraient au cours de la période concernée par la décision que les processeurs AMD avaient acquis des mérites supérieurs à ceux d’Intel. Ainsi Dell considérait par exemple qu’ils “présentaient certains avantages en termes de prix et de performance” (considérant 931). L’éventualité de remplacer une partie des processeurs Intel par des processeurs AMD avait été envisagée par ce producteur, puis rejetée en considération notamment de l’impact financier qu’aurait eu la perte des rabais d’Intel (considérents 933 à 936 et s.). Des constats similaires sont dressés à propos des autres producteurs d’ordinateurs interrogés dans le cadre de l’enquête.

La Commission en conclut que les rabais accordés par Intel constituaient des rabais de fidélité et remplissaient les conditions posées par la jurisprudence pour être qualifiés d’abusifs (jurisprudence citée aux considérants 920 et 921). On peut remarquer le soin particulier avec lequel la Commission cherche à établir que les pratiques en cause avaient pour effet de restreindre la liberté de choix des entreprises partenaires (clientes directes ou indirectes) d’Intel (considérant 924 et s., 933, 942, 971 et s., 981, 989, 1000). C’est certes là l’un des critères issus de la jurisprudence sur les rabais de fidélité (CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, 85/76, Rec. p. 461, pt 90). On peut ajouter que c’est sans doute celui qui est le plus nettement inspiré par la tradition ordo-libérale. La liberté de choix de son fournisseur est en effet centrale dans cette approche. Elle est au cœur même de l’idée d’une concurrence “libre et non faussée”, au sens où la véritable liberté de choix de ses fournisseurs par une entreprise est la condition pour qu’une concurrence non faussée existe sur le marché des fournitures en cause (ici les microprocesseurs). Les ordo-libéraux attachaient la plus grande importance à ce que cette concurrence ne soit pas faussée par l’exercice par une entreprise en position dominante de son pouvoir économique. L’arrêt *Hoffmann-La Roche* porte la trace de cette manière d’appréhender la concurrence et la décision *Intel* montre qu’elle est toujours bien vivante. Il serait donc erroné de croire que l’approche par les effets mise en avant dans la communication de la Commission sur les abus-exclusion a sonné le glas de l’influence durable de l’ordo-libéralisme dans la pratique décisionnelle européenne. Ce constat – qui n’est pas une critique – s’impose également au vu de la partie de la décision consacrée aux “pures restrictions” de concurrence.

## Les pures restrictions de concurrence

La seconde catégorie de pratiques reprochées à Intel est qualifiée dans la décision de pures restrictions de concurrence (*naked restrictions*). De fait, on ne peut rêver d’exemples plus pédagogiques pour illustrer la notion de “concurrence par les obstacles” (*Behinderungsvettbewerb*), traditionnellement opposée, dans la terminologie ordo-libérale, à la notion de “concurrence par les mérites”. Les pratiques en cause en l’espèce consistaient littéralement pour Intel à faire obstacle à la pénétration des produits concurrents d’AMD en versant aux fabricants d’ordinateurs des sommes d’argent en contrepartie de leur engagement de retarder la mise en fabrication de produits incorporant des processeurs AMD, de renoncer à fabriquer de tels produits ou de limiter selon d’autres modalités la commercialisation de produits contenant des composants AMD (considérents 1641 et s.).

De telles pratiques relèvent à l’évidence de la définition de l’abus de position dominante donnée par la Cour dans l’arrêt *Hoffmann-La Roche*. Selon cette formule classique, la notion d’abus “vise les comportements d’une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d’un marché où, à la suite précisément de la présence de l’entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence” (*Hoffmann-La Roche c/ Commission*, préc., pt 91). En effet, rémunérer des fabricants pour qu’ils n’utilisent pas les composants d’un concurrent revient très exactement à faire obstacle à la pénétration de ces composants sur le marché selon un moyen qui ne saurait être considéré comme relevant d’une “concurrence normale”.

Si elle ne se réfère pas explicitement à cette définition, la Commission cite en revanche l’arrêt *Irish Sugar*, dans lequel le Tribunal avait validé l’une de ces décisions condamnant une stratégie visant à faire purement obstacle à des produits concurrents en soudoyant cette fois non des producteurs mais un distributeur. En l’espèce, un fabricant de sucre en position dominante avait menacé des distributeurs importants de leur retirer le bénéfice de remises préférentielles s’ils ne le laissaient échanger les paquets de sucre fabriqués par un concurrent qu’ils détenaient dans leurs stocks contre des paquets de son propre sucre (TPICE, *Irish Sugar c/ Commission*, T-228/97, pts 226 et s.). Le point commun des deux affaires est que, dans les deux cas, une entreprise en position dominante fait pression sur des intermédiaires entre les producteurs et les consommateurs finals afin qu’ils bloquent l’accès d’un produit concurrent au marché.

## L’analyse des effets

Dans sa communication relative aux abus-exclusion, la Commission s’est engagée à privilégier une approche économique, centrée sur l’analyse des effets d’éviction (Comm. CE, 3 décembre 2008, orientations sur les priorités dans l’application de l’article 82 aux pratiques d’exclusion abusives, obs. A.-L. S., cette chronique, *Concurrences*, n° 1-2009, p. 117-121 ;

Si l'affaire *Intel* devait inviter le Tribunal à reconsidérer la question de l'exigence de démonstration d'un effet des pratiques abusives, il conviendrait sans doute de distinguer l'analyse des effets des rabais de fidélité, qui nous semble devoir être exigée, et celle des effets des restrictions pures, qui en revanche ne nous semble pas devoir être requise. En outre et dans les deux cas, il convient de se demander à quel effet l'on s'intéresse : effet sur les consommateurs intermédiaires (ici les fabricants d'ordinateurs et les distributeurs), sur les consommateurs finals ou encore sur le processus concurrentiel lui-même.

Enfin, la décision contient une longue discussion sur l'évaluation des coûts variables qu'il convient de retenir pour répondre à la question de savoir si un concurrent aussi efficace qu'Intel (dont les coûts variables ne sont pas plus élevés) pourrait pénétrer le marché sans encourir des pertes. Cette partie de la décision est visiblement issue d'une discussion serrée avec l'expert économique d'Intel, dont le nom fait partie des données confidentielles effacées de la version publiée. La Commission retient le critère des coûts moyens évitables (*average avoidable costs*), c'est-à-dire les coûts qu'une entreprise peut éviter de supporter en diminuant ou cessant sa



production. La Commission souligne que le choix de ce seuil de coût est favorable à Intel puisqu'il est certain que, si un concurrent aussi efficient doit vendre en dessous de ce coût, il ne peut que réaliser des pertes (considérant 1037). Les analyses menées pour chaque partenaire concerné (constructeur ou distributeur) conduisent à la conclusion qu'un opérateur aussi efficient qu'Intel devrait, pour s'établir, proposer ses produits à un prix inférieur au coût évitable moyen. Il est donc démontré au regard du test du concurrent aussi efficient que les rabais et pratiques assimilées sont de nature à évincer un concurrent aussi efficient (considérant 1575). Outre l'analyse des effets sur les concurrents, la décision contient également une analyse des effets des rabais sur les consommateurs.

### Analyse des effets sur les consommateurs

Dans la décision rapportée, conformément à l'approche annoncée dans la communication sur les abus-exclusion, la Commission examine dans quelle mesure le fait de faire obstacle à l'arrivée sur le marché d'ordinateurs contenant des processeurs AMD est préjudiciable aux consommateurs. Ce passage de la décision est particulièrement intéressant (considéphants 1604 et s.), même si l'on peut regretter qu'il ne soit pas plus détaillé. La difficulté tenait bien sûr au fait que de nombreux consommateurs ne font pas attention à la marque du processeur lorsqu'ils choisissent un ordinateur. Toutefois, la Commission parvient à passer outre cette circonstance et établit qu'il existe chez certains consommateurs une préférence significative pour certaines marques. Dès lors, un ordinateur d'une marque donnée équipé de processeurs AMD ne sera pas identique pour ces consommateurs à un ordinateur similaire mais d'une autre marque ou sans marque et équipé des mêmes processeurs AMD (p.e. considérant 1607). La Commission s'attache aussi au fait que les paiements d'Intel à MSH ont eu pour effet de priver les consommateurs qui attachent une importance à la marque de ce distributeur (la marque Mediamarkt) de possibilités de choix significatives (considérant 1609). Enfin, la Commission relève l'argument d'une fédération européenne d'association de consommateurs, selon laquelle les consommateurs peu enclins à accorder leur attention aux aspects techniques n'ont pas toujours conscience du fait qu'un ordinateur équipé de processeurs AMD pourrait présenter les mêmes caractéristiques à un prix moindre. Ces consommateurs choisiraient en réalité d'abord un distributeur, puis un ordinateur au sein de l'assortiment proposé plutôt qu'un ordinateur particulier (considérant 1611). Si l'on admet cette description du processus de choix, ce que fait la Commission, l'effet d'éviction des ordinateurs équipés de processeurs AMD de l'assortiment proposé par un distributeur majeur a pour effet de priver ces consommateurs de possibilités de choix favorables qu'ils n'auront pas l'idée d'aller chercher ailleurs. La décision ne le dit pas, mais on serait tenté de déduire de ce passage que la Commission protège les consommateurs par-devers eux.

Cette partie de la décision montre en tout cas que la Commission s'intéresse à l'effet du comportement d'Intel sur le bien-être des consommateurs non en référence à la notion économique de surplus du consommateur, qui suppose des préférences définies, mais en tenant compte de manière réaliste du fait que les préférences des consommateurs sont

inégalement définies et ne le sont pas toujours en référence aux mêmes caractéristiques des biens ou de leurs modalités de distribution. L'analyse est de nature qualitative et elle s'attache au désavantage objectif subi par les consommateurs ou certains d'entre eux et non au seul désavantage susceptible d'être perçu subjectivement par les consommateurs réels.

Si l'on ne saurait objecter en principe à la nature qualitative de l'analyse, il demeure que, en principe toujours, il paraîtrait souhaitable de tenir compte de l'importance respective des consommateurs susceptibles de subir objectivement tel ou tel type de préjudice identifié de manière qualitative. À défaut de ce type d'analyse de type quantitatif, il est à craindre, même si le reproche ne vaudrait peut-être pas en l'espèce, que la Commission puisse s'attacher à des situations tout à fait particulières pour en inférer des généralités, à l'instar de la Cour, lorsqu'elle avait dans l'affaire *United Brands* apprécié la substituabilité des bananes avec d'autres fruits en accordant une importance toute particulière au jugement des consommateurs dépourvus de dents ou incapables d'éplucher un fruit à l'aide d'un couteau (CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/ Commission*, 27/76, Rec. p. 207, point 31 jugeant que les enfants et les personnes âgées ou malades constituent une catégorie "*importante*" de la population sans se préoccuper de la question de savoir s'ils constituent également une part importante des consommateurs de bananes). Pour parvenir à une évaluation même indicative de l'importance de différentes catégories de consommateurs, il conviendrait sans doute que la Commission développe encore les études de marché dirigées non seulement vers les acteurs du marché (comme l'enquête de marché effectuée en 2006 et abondamment citée dans la décision), mais aussi vers les consommateurs. Ceci dit, l'analyse des effets sur les consommateurs n'est peut-être pas toujours essentielle, en particulier lorsqu'un effet délétère sur le processus concurrentiel lui-même peut être établi. Telle est en tout cas la question que suscite l'analyse des restrictions pures de concurrence (*naked restrictions*).

### Analyse des effets et restrictions pures

Dans son recours contre la décision rapportée, Intel reproche notamment à la Commission de n'avoir pas mené à propos des "*restrictions pures*" d'analyse de l'exclusion de la concurrence et souligne que la Commission n'a pas même établi "*une capacité ou une probabilité d'exclusion de la concurrence*" (Requête, T-286/09, JO C 220 du 12 septembre 2009, p. 41). Ce sera bien sûr au Tribunal de préciser ce point, mais il nous semble que si l'expression "*être de nature à restreindre la concurrence*", souvent employée dans la jurisprudence, a un sens c'est bien dans le cas de pratiques visant à faire artificiellement obstacle à la pénétration d'un produit concurrent sur le marché en exerçant un pouvoir économique sur d'autres acteurs du marché, à l'instar des "*restrictions pures*" reprochées à Intel ou, dans l'affaire éponyme, à Irish Sugar. Pour de telles pratiques, il ne nous paraît pas choquant de laisser de côté l'approche économique exigeant la démonstration d'un effet, même potentiel. L'élément de déloyauté manifeste de ces pratiques fausse en lui-même le processus concurrentiel et cela doit suffire à justifier la condamnation de ces pratiques. Qu'il convienne d'avoir égard à leur effet pour calculer le montant de la sanction est une question distincte.



À la lecture de la décision *Intel* et au vu des moyens soulevés par le recours dont elle est l'objet, on peut considérer que l'arrêt à intervenir dans cette affaire constituera un test pour la portée de la communication de la Commission sur les abus-exclusion, en particulier en ce qui concerne l'étendue de l'obligation d'établir un effet d'éviction préjudiciable aux consommateurs et sur les modalités de cette démonstration.

A.-L. S. ■

### **ABUS DE POSITION DOMINANTE – SECTEUR DE LA GRANDE DISTRIBUTION : Le Parlement européen publie une déclaration sur la nécessité d'enquêter sur les abus de pouvoir des grands supermarchés établis au sein de l'Union européenne et de remédier à la situation**

(Parlement européen, Déclaration sur la nécessité d'enquêter sur les abus de pouvoir des grands supermarchés établis au sein de l'Union européenne et de remédier à la situation, P6\_TA(2008)0054, JOUE n° C. 184E du 6 août 2009, p. 23)

Au cours du mois d'août dernier, une “Déclaration du Parlement européen sur la nécessité d'enquêter sur les abus de pouvoir des grands supermarchés établis au sein de l'Union européenne et de remédier à la situation” a été publiée au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE C184E du 6 août 2009, p. 23). L'adoption de cette déclaration, qui a recueilli la signature de plus de 430 parlementaires, remonte en fait à février 2008 (v. aussi dans ce *Concurrences*, n° 4-2009, Chronique Pratiques restrictives, note L.R., La *Competition Commission* britannique publie un nouveau code de bonnes conduites pour encadrer les abus de puissance d'achat de la grande distribution).

Ce document ainsi que le communiqué de presse du Parlement européen qui l'accompagne (communiqué de presse n° 20080215 IPR 21454) sont symptomatiques du climat de méfiance qui règne autour de la grande distribution. Les “grands supermarchés” et leurs “supercentrales européennes” sont ainsi accusés d'abuser de leur position dominante en portant atteinte tout à la fois aux fournisseurs, à l'emploi, à l'environnement et entraîneraient “une diminution de la palette de produits proposés, [...] un appauvrissement du patrimoine culturel représenté et [...] une diminution du nombre de points de vente”.

Par conséquent, et bien que n'ayant pas le pouvoir de saisir officiellement la Commission européenne, le Parlement européen invite la direction générale de la concurrence “à enquêter sur les conséquences de la concentration du secteur européen de la grande distribution subies par les petites entreprises, les fournisseurs, les travailleurs et les consommateurs et, en particulier, à évaluer tout abus lié au pouvoir d'achat qui pourrait résulter de cette concentration”. Dans une telle configuration, la Commission européenne devrait alors également proposer toutes les mesures nécessaires destinées à protéger les victimes de ces abus.

### **Grande distribution et centrales d'achats**

Le communiqué de presse du Parlement établit clairement une distinction entre les grandes chaînes de supermarchés regroupées au sein de centrales d'achats nationales et leur regroupement au sein de “supercentrales européennes”.

S'agissant des grandes chaînes de supermarchés, il convient de rappeler qu'il existe deux grands types de structures. Les groupes intégrés, d'une part, dans lesquels l'ensemble des surfaces de ventes appartiennent au même groupe et les groupements d'indépendants, d'autre part, qui réunissent des surfaces de ventes gérées et détenues par de petites structures, généralement individuelles, via par exemple des mécanismes de franchises ou de coopératives.

L'ensemble de ces groupes, qu'ils soient intégrés ou réunissant des indépendants, disposent de centrales d'achats au niveau national. L'intérêt de telles structures est évident : elles permettent de se fédérer dans le but de négocier plus efficacement avec les fournisseurs et faire baisser les prix. Mais par ailleurs, des grands distributeurs de différentes nationalités se sont regroupés depuis une dizaine d'années au sein d'alliances internationales. Celles-ci ont leur justification propre et se veulent complémentaires des alliances nationales afin de répondre à la concentration et la mondialisation de plus en plus forte des fournisseurs internationaux.

### **Un secteur déjà sous surveillance des autorités nationales de concurrence**

Dans ce contexte de pouvoir grandissant attribué à la grande distribution et de crise économique, cette déclaration du Parlement européen en forme de réquisitoire ne surprend pas totalement. Ce secteur est soumis à une surveillance accrue depuis plusieurs années dans les États membres.

En France, de longs débats ont eu lieu sur l'impact du système des “marges arrière” sur les prix. En parallèle, de nouveaux pouvoirs ont été donnés à l'Autorité de la concurrence lui permettant, en cas d'abus de position dominante ou d'un état de dépendance économique par une ou plusieurs entreprises exploitant un commerce de détail, d'adopter des mesures “structurelles” pouvant aller jusqu'à la cession de surfaces de ventes (article L 752-26 C. Com.). Son président, M. Bruno Lasserre, a d'ailleurs publiquement déclaré (Commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire de l'Assemblée nationale, Compte rendu n° 27 du 7 janvier 2009, Avis sur la nomination de M. Bruno Lasserre, candidat à la présidence de l'Autorité de la concurrence) que l'examen du secteur de la grande distribution serait pour lui prioritaire et qu'il n'hésiterait pas, si cela s'avérait nécessaire, à imposer de telles injonctions structurelles en cas d'abus.

Plusieurs autorités nationales de concurrence ont mené des enquêtes et publié des rapports sur le secteur de la grande distribution depuis le début des années 2000. Tel est le cas de l'Espagne en 2003, l'Autriche en 2004, le Danemark en 2005 (qui examine également la situation en Finlande, Islande, Norvège et Suède) ou encore la Pologne en 2005.

## Le zèle du Royaume-Uni après 10 ans d'enquête

Toutefois, l'exemple le plus significatif concerne le Royaume-Uni qui a conduit trois enquêtes successives depuis presque une dizaine d'années. En 2000, la *Competition Commission* a lancé une première enquête sectorielle portant sur une cinquantaine (!) de pratiques de la grande distribution envers ses fournisseurs. Elle en a identifié une trentaine qui, lorsqu'elles sont mises en œuvre par un distributeur possédant une importante puissance d'achat, affectent la compétitivité des fournisseurs et empêchent, faussent ou restreignent la concurrence au niveau de l'approvisionnement en produits de grande consommation au Royaume-Uni. En effet, selon la *Competition Commission*, de nombreux fournisseurs n'ont pas le pouvoir de s'opposer à de telles pratiques ni la possibilité de faire face aux coûts, implicites ou explicites, qu'elles induisent. Même si, dans certaines circonstances, quelques pratiques peuvent avoir des effets positifs pour les consommateurs (comme exiger une contribution financière du fournisseur afin que ses produits fassent l'objet d'une promotion au sein du magasin au cours de l'année), les effets négatifs priment globalement sur les positifs (Voir l'étude "*Supermarkets, A report on the supply of groceries from multiple stores in the United Kingdom*", octobre 2000, disponible sur [www.competition-commission.org.uk](http://www.competition-commission.org.uk)). Cette enquête a abouti à l'adoption d'un Code de conduite en octobre 2001 ("*Code of practice on supermarkets' dealings with suppliers*" du 31 octobre 2001, disponible sur [www.competition-commission.org.uk](http://www.competition-commission.org.uk)) applicable à tout distributeur ayant une part de marché supérieure à 8 % sur le marché amont de l'approvisionnement (soit en pratique : Tesco, Asda, J. Sainsbury's et Safeway – devenu Morrisons en 2004).

Entre 2003 et 2005, l'*Office of Fair Trading* (OFT) a mené une deuxième enquête portant sur l'application de ce Code de conduite qui a montré que la grande distribution s'y était très largement conformée (Voir "*Supermarkets: The code of practice and other competition issues, Conclusions*", août 2005 – OFT807, disponible sur [www.competition-commission.org.uk/inquiries/](http://www.competition-commission.org.uk/inquiries/)).

L'OFT a enfin demandé à la *Competition Commission* de mener une troisième enquête sectorielle qui a débuté en 2006 et s'est achevée avec la publication d'un rapport le 30 avril 2008 (Voir "*Groceries market investigation, Final report*", du 30 avril 2008, disponible sur [www.competition-commission.org.uk](http://www.competition-commission.org.uk)). La *Competition Commission* a alors estimé que la situation concurrentielle était globalement bonne au Royaume-Uni et que les distributeurs se font concurrence au bénéfice des consommateurs. Elle a considéré néanmoins que la concurrence sur certains marchés locaux ainsi que les rapports entre fournisseurs et distributeurs pouvaient encore être améliorés. L'OFT a donc proposé plusieurs mesures dont trois sont particulièrement notables :

→ elle recommande au gouvernement la mise en place d'un "test de concurrence" lors de l'ouverture de nouvelles surfaces de ventes (selon certains critères) ou l'extension de surfaces de ventes existantes ; la création et mise en œuvre d'un tel test a donné lieu à un bras de fer contentieux avec les distributeurs et n'est toujours pas mis en œuvre à l'heure actuelle ;

→ l'OFT propose d'appliquer plus largement le Code de conduite dont elle a publié une version modifiée (v. dans ce *Concurrences*, n° 4-2009, Chronique Pratiques restrictives,

note L.R., La *Competition Commission* britannique publie un nouveau code de bonnes conduites pour encadrer les abus de puissance d'achat de la grande distribution), c'est à dire notamment à tout distributeur réalisant plus d'un milliard de livres de chiffre d'affaires annuel dans la grande distribution au Royaume-Uni ;

→ enfin, l'OFT préconise la création d'un "*Ombudsman*", jouant le rôle d'un médiateur. À ce jour, ce dernier n'a toujours pas été nommé.

## Le rapport basque de 2009

Il convient de noter que le *Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia* ("TVDC"), l'Autorité basque de la concurrence (l'Espagne connaissant une application décentralisée de ce droit), s'est illustré en avril 2009 par la publication d'un rapport de presque 300 pages très documenté analysant le secteur de la grande distribution ("*La distribución de bienes de consumo diario: competencia, oligopolio y colusión tácita*", disponible sur [www.ogasun.ejgv.euskadi.net](http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net)). Dans son introduction, le TVDC énonce, de façon assez polémique, que son rapport n'a pas pour but de démontrer que le marché de la grande distribution est oligopolistique, ni qu'il conduit à l'apparition de comportements parallèles (collusion tacite), estimant que des études antérieures ont déjà démontré ces points. Le TVDC indique que son but est de proposer des remèdes permettant de pallier les aspects anticoncurrentiels observés sur ce marché. Ce rapport développe de manière approfondie la notion de définition de marchés amont et aval de la distribution ainsi que les critères permettant de caractériser l'existence de positions dominantes collectives. *In fine*, seule une petite partie du rapport porte sur les remèdes à proprement parler. Disponible en langue anglaise, ce rapport basque a été largement diffusé auprès des autorités de concurrence des différents pays du monde, contribuant ainsi à développer l'intérêt de ces autorités pour la grande distribution.

## Un regain d'intérêt récent de la part de la Commission européenne

En revanche, la Commission européenne s'était jusque là montrée plutôt discrète. Elle avait commandé une étude d'économistes indépendants au sujet de la grande distribution dont le rapport, remis en mai 1999, concluait à l'absence de nécessité d'intervenir au niveau européen (Voir l'étude de Dobson Consulting, "*Buyer power and its impact on competition in the food retail distribution sector of the European Union*", 13 octobre 1999, disponible sur <http://ec.europa.eu/competition/publications/studies/bpifrs/>). Depuis lors, la Commission avait toujours considéré que les problématiques liées à la grande distribution relevaient des États membres et non de l'Union européenne.

Toutefois, les choses ont évoluées depuis la Déclaration du Parlement européen de février 2008. La Commission européenne a publiée en décembre 2008 une "Communication sur les prix des denrées alimentaires en Europe" ("Communication de la commission au parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Prix des denrées alimentaires en Europe",

COM(2008) 821 final). Cette communication, rédigée par la direction générale de l'agriculture et du développement rural et celle des affaires économiques et monétaire, a été adoptée dans le contexte de la hausse des prix des denrées alimentaires et porte sur l'ensemble de la chaîne d'approvisionnement alimentaire. L'état de la concurrence au niveau de la grande distribution y est donc abordé parmi d'autres sujets.

Dans ce document, la Commission s'est montrée plutôt prudente et équilibrée. Elle constate tout d'abord un phénomène de consolidation qui touche aussi bien les fournisseurs que les distributeurs. Elle observe également que ce mouvement de concentration peut conduire à des gains d'efficacité grâce aux économies d'envergure et d'échelle, notamment par le biais de la baisse des coûts logistiques, ce qui peut entraîner des pressions à une réduction des prix, même si cela ne doit pas se faire au détriment des consommateurs et des producteurs. Dans un tableau, la Commission résume alors les principales pratiques susceptibles de poser des problèmes de concurrence : les ententes sur les prix, les accords d'achats en commun, les prix de ventes imposés, le monomarchisme, les produits sous marque de distributeurs ("MDD"), les ventes liées, les accords d'approvisionnement exclusif et les programmes de certification.

Cette communication se conclut par une feuille de route aux mesures diverses. Du point de vue du droit de la concurrence, la Commission renvoie une fois encore aux autorités nationales de concurrence pour "*assurer l'application rigoureuse et cohérente des règles de concurrence*", dans le cadre du réseau européen de la concurrence. Ces autorités nationales sont invitées à cibler les restrictions de concurrence et/ou les pratiques spécifiques les plus susceptibles de perturber la concurrence au détriment des consommateurs. La feuille de route propose également de revoir les réglementations nationales qui peuvent entraver la grande distribution, telles que celles réglementant la fixation des prix ou encore les heures d'ouverture.

À ce stade, la Commission est donc restée très théorique sur les risques liés au droit de la concurrence. Il est même possible de penser qu'elle a un *a priori* plutôt positif en faveur des groupements d'achats en commun. Ainsi, la commissaire à la concurrence, Neelie Kroes, a-t-elle adoptée un ton mesuré lors d'une réponse en février 2009 à la question d'un parlementaire qui s'interrogeait sur l'implication des alliances entre distributeurs en Europe pour les fournisseurs. Elle a ainsi confirmé que ces alliances pouvaient être positives ou négatives selon les circonstances et que celles-ci seraient examinées par la Commission ou les autorités nationales de concurrence au cas par cas, sur le fondement des lignes directrices verticales et horizontales (Voir "Communication de la Commission – Lignes directrices sur les restrictions verticales", JOCE C291 du 13 octobre 2000, p. 1 et "Communication de la Commission — Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité CE aux accords de coopération horizontale", JOCE C3 du 6 janvier 2001, p. 2).

## Une feuille de route pour développer l'industrie agroalimentaire européenne

L'étape la plus récente s'est déroulée en juillet 2009, avec la publication d'un rapport et d'une feuille de route préparés par le *Groupe de haut niveau sur la compétitivité de l'industrie agroalimentaire* et adoptés par la Commission. Ce groupe de haut niveau avait pour mission d'identifier et d'étudier les facteurs qui déterminent la compétitivité de l'industrie agroalimentaire européenne et de formuler des recommandations. C'est donc à nouveau dans un contexte plus général et de manière accessoire que le droit de la concurrence est envisagé, au travers de deux recommandations sur la trentaine proposée dans la feuille de route.

La recommandation n° 15 lance une étude du fonctionnement du marché par la Commission, et notamment des pratiques potentiellement anticoncurrentielles, dont un premier rapport est attendu pour novembre 2009. Il est également envisagé la création d'un forum européen sur ce thème ainsi que l'adoption d'un Code de conduite.

La recommandation n° 16 est quand à elle plus spécifique. Elle met en place une étude par la Commission européenne des MDD et l'adoption, si cela se révélait nécessaire, de mesures correctives. Les premiers résultats sont attendus pour le milieu d'année 2010. Il est intéressant de noter que la troisième enquête de la *Competition Commission* au Royaume-Uni a déjà examiné l'impact des MDD sur le marché, pour conclure à l'absence d'atteinte à la concurrence (Voir "*Groceries market investigation, Final report*" du 30 avril 2008, disponible sur [www.competition-commission.org.uk](http://www.competition-commission.org.uk)).

## Quelles qualifications juridiques applicables aux pratiques de la grande distribution ?

La grande distribution est donc aujourd'hui observée à la loupe par les autorités de concurrence. Il appartiendra à ces dernières de confirmer ou non la perception que peuvent avoir les parlementaires sur les pratiques supposées de la grande distribution et, surtout, de les qualifier d'un point de vue juridique.

Cette analyse juridique en droit de la concurrence ne manquera pas de susciter l'intérêt. En effet, quand bien même la grande distribution apparaîtrait comme puissante face à ses fournisseurs, la démonstration de la position dominante individuelle d'un distributeur peut être complexe, aussi bien sur les marchés amont de l'approvisionnement ou aval de la distribution. Certes, le rapport basque précité propose la piste de la notion de position dominante collective qui est également envisagée, au moins en filigrane, dans certaines décisions de concentrations du Bundeskartellamt (Voir décisions du Bundeskartellamt *Edeka c/ Spar*, B9 – 52111 du 25 août 2005 et *Edeka c/ Tengelmann*, B2 – 333/07 du 30 juin 2008). Il restera néanmoins à en vérifier la pertinence. De plus, le fait pour des autorités de concurrence de condamner des pratiques qui génèrent des baisses de prix ou la possibilité de pratiquer un juste prix pour préserver le pouvoir d'achat des consommateurs pourrait manquer de popularité à l'heure actuelle.

A. W. ■



**COMPÉTENCE : Le Tribunal des conflits se prononce pour la première fois en faveur de la compétence de l'Autorité de la concurrence pour connaître de pratiques anticoncurrentielles reprochées à un établissement public administratif en matière de marché public** (T. confl., 4 mai 2009, Préfet de Paris (Éditions Gisserot c/ CMN), n° C3714)

“Monument éditorial en péril” avait titré un quotidien vespéral (*Le Monde*, 6 mai 2009) évoquant l’affaire opposant les Éditions Gisserot au Centre des monuments nationaux (“le CMN”), établissement public administratif sous tutelle du ministère de la Culture (sur cette affaire, v. notes J.-P. K., sur cet arrêt, *Concurrences*, n° 3-2009, n°27918, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com), et sur l’arrêt de la CA Paris, *Concurrences*, n° 1-2009, p. 222-223).

Constatant que le CMN, qui leur avait attribué en 2004 un marché de fourniture à bons de commande portant sur des monographies de certains monuments historiques, d’une durée d’un an reconductible trois fois, avait cessé, en 2007, de leur commander des ouvrages de leur collection dans le but de favoriser ses propres publications, les Éditions Gisserot avaient, dans un premier temps, saisi le Conseil d’État. Celui-ci avait rejeté la requête au motif que la décision du CMN n’avait pas le “caractère d’une décision dont le champ d’application s’étend au-delà du ressort d’un seul tribunal administratif” et qu’il ne pouvait donc pas en connaître (ord. CE, 16 juillet 2007, *Éditions Gisserot*, n° 306971). Les Éditions Gisserot avaient alors saisi le tribunal administratif de Paris aux fins, notamment, d’obtenir une injonction de commercialiser leurs ouvrages dans les librairies de certains sites touristiques gérés par le CMN. Par ordonnance du 3 septembre 2007 (ord. TA Paris, 3 septembre 2007, *Éditions Gisserot*, n° 0709772), le tribunal administratif s’était déclaré incompétent pour connaître de ce litige “exclusivement relatif aux relations commerciales” entre ces deux parties.

Les Éditions Gisserot avaient alors saisi le Conseil de la concurrence en demandant le prononcé de mesures conservatoires afin de faire remettre en rayons leurs ouvrages.

Par décision du 29 avril 2008 (Cons. conc., déc. n° 08-D-08, 29 avril 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l’édition et de la vente de monographies touristiques, voir not. obs. G. Decoq, *Contrats, Concurrence, Consommation*, n° 6, juin 2008, comm. 168 et A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 3-2008, p. 100), le Conseil de la concurrence avait considéré qu’il existait des points de vente alternatifs aux librairies du CMN et avait refusé de les considérer comme des infrastructures essentielles. Le Conseil de la concurrence avait également considéré qu’aucun état de dépendance économique n’était établi. Il avait par conséquent rejeté la demande de mesures conservatoires sans ordonner d’instruction au fond.

Les Éditions Gisserot ont alors saisi la Cour d’appel et le ministre de l’Économie a formé un recours incident. Alors que la phase écrite des débats était close et que l’audience avait déjà eu lieu, le Préfet de la région Île-de-France, surgissant de façon étonnante dans le litige quelques temps avant le délibéré, a présenté un déclinatoire de compétence. Il a fait valoir que les relations contractuelles s’inscrivaient dans le cadre d’un marché public passé entre le CMN et les Éditions Gisserot qui

relève, en tant que contrat administratif, du Code des marchés publics. Ce marché devait donc, selon lui, être régi par le droit administratif et ne pouvait relever de la compétence du juge judiciaire.

La Cour d’appel, par arrêt du 2 juillet 2008, a donc rouvert les débats (CA Paris, 1ère ch., sect. H, 2 juillet 2008, *Éditions Gisserot*).

### Un véritable marathon judiciaire

On peut déjà relever que dans ce marathon contentieux l’intervention du Préfet était d’autant plus surprenante que le juge administratif s’était déclaré incompétent et que la question de la compétence n’avait jamais été discutée devant le Conseil de la concurrence.

Dans son arrêt du 29 octobre 2008 (CA Paris, 1ère ch., sect. H, 29 octobre 2008, *Éditions Gisserot*, voir not., obs. J.-P. Kovar, *Concurrences*, n° 1-2009, p. 222), la Cour d’appel, a rejeté le déclinatoire de compétence, en rappelant 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” et que “seules les décisions par lesquelles [elles] 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” (p. 4).

Elle a donc considéré en l’espèce que la décision du CMN de ne pas commander d’ouvrages des Éditions Gisserot ne mettait en œuvre “aucune prérogative de puissance publique” et que le contentieux devant le Conseil de la concurrence ne nécessitait l’appréciation ni de la légalité du marché, ni de son exécution (qui relèvent de la compétence exclusive des juridictions administratives).

Par arrêté du 14 novembre 2008, le Préfet a alors décidé d’élever le conflit et la Cour d’appel a, par un troisième arrêt dans la même affaire, sursis à statuer jusqu’à la décision du Tribunal des conflits (CA Paris, 1ère ch., sect. H, 18 novembre 2008, *Éditions Gisserot*). On remarquera que le CMN a adopté une position plutôt “ingrate” vis à vis du Préfet en demandant “l’annulation de l’arrêté de conflit” (et par conséquent en prenant position en faveur de la compétence du Conseil de la concurrence pour les actes litigieux).

### Une nouvelle affaire devant le Tribunal des conflits, dix ans après Aéroports de Paris

Le Tribunal des conflits a donc été saisi pour la cinquième fois depuis 1986 (voir les jugements Trib. confl., 6 juin 1989, *Ville de Pamiers* ; 4 juin 1996, *Datasport c/ Ligue nationale de football* ; 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris c/ TAT Airlines* et 15 novembre 1999, *Adidas et Ligue nationale de football*) d’une question concernant la compétence du Conseil de la concurrence, la dernière affaire remontant à près de 10 ans...

Au cas présent, le Tribunal des conflits indique que les marchés publics, pas plus que la décision du CMN de cesser de s’approvisionner auprès des Éditions Gisserot, ne traduisent



“la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique” ou ne concernent des actes portant sur l’organisation du service public. Dès lors, le litige ressortit à la compétence judiciaire (voir J.-P. Kovar, “Le Tribunal des conflits revient sur la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire en considérant que les pratiques anticoncurrentielles commises par une personne publique dans le cadre d’un marché public peuvent être sanctionnées par l’Autorité de concurrence”, *Concurrences*, n° 3-2009, p. 155).

Une telle solution paraît conforme à la jurisprudence du Tribunal des conflits dans l’affaire *Aéroports de Paris* précitée, où il avait considéré que “si 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”. Or, en l’espèce, l’exécution d’un marché public ne relève ni de la catégorie des actes organisant un service public, ni de celle nécessitant la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique (voir à ce sujet, G. Eckert, “Le droit de la concurrence à la recherche de ses juges”, *AJDA*, 2009, p. 1490).

### Quid de la notion de pratiques détachables ?

Se pose néanmoins la question de savoir ce qu’il reste de la notion de pratiques “indissociables” ou qui ne seraient pas “détachables” de l’appréciation de la légalité d’un acte administratif, qui disparaît du raisonnement du Tribunal des conflits dans la présente affaire mais figurait très clairement dans l’arrêt précité *Aéroports de Paris* (voir à nouveau G. Eckert, précité). S’agit-il d’une omission voulue qui ouvre la voie à un élargissement des compétences de l’Autorité de la concurrence ou simplement une application de l’espèce, où l’on pouvait présumer que les pratiques étaient détachables de l’acte administratif en cause sans avoir besoin de le souligner ?

La rareté et la brièveté des arrêts du Tribunal des conflits pourraient laisser supposer que chaque terme (ou leur absence) a son importance et que c’est probablement la première option qui s’imposera. Si cette solution tend à élargir le champ d’intervention de la nouvelle Autorité de la concurrence, il faut aussi espérer qu’elle permettra de clarifier une répartition de compétence parfois difficile à déterminer, comme en témoigne le calvaire contentieux subi par les Éditions Gisserot, PME de seulement six salariés...

A. W. ■

**POSITION DOMINANTE COLLECTIVE : La Cour de cassation casse partiellement l’arrêt de la Cour d’appel en estimant qu’une exclusivité d’approvisionnement imposée par deux fournisseurs à leurs clients n’est pas suffisante pour établir un comportement commun permettant de s’abstraire des conditions du marché** (Cass. com., 7 juillet 2009, *Vicat et Lafarge Ciments*, n° 08-15.609 et 08-16.094, *aff. ciments corses*)

En 2007, le Conseil de la concurrence avait sanctionné, Lafarge Ciments, Vicat et leurs distributeurs pour des pratiques de cloisonnement du marché de l’approvisionnement de la Corse en ciment au détriment des concurrents italiens et grecs (cons. conc. 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, C. Prieto, “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”, *Concurrences*, n° 2-2007, p. 116). Par un arrêt du 6 mai 2008, la Cour d’appel de Paris avait confirmé la décision du Conseil de la concurrence sur le fond mais avait réduit le montant des amendes imposées à Lafarge et Vicat (CA Paris, 1<sup>ère</sup> ch. H, 6 mai 2008, *Lafarge Ciments SA e.a.*, contre Cons. conc., déc. n° 07-D-08, C. Prieto, “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”, *Concurrences*, n° 3-2008, p. 95).

S’agissant de la caractérisation de la dominante collective, la Cour d’appel avait retenu les liens contractuels entre Lafarge et Vicat dont la mise en œuvre traduisait une position et une stratégie commune sur le marché de l’approvisionnement de la Corse en ciment.

C’est ce point particulier qui est critiqué par la Cour de cassation. Celle-ci reproche en effet à la Cour d’appel de ne pas avoir recherché si, en l’absence d’accords avec leurs clients, les cimentiers en cause auraient disposé en commun de la possibilité de s’abstraire des conditions du marché en se comportant de façon indépendante vis-à-vis de leurs concurrents et clients (p. 15). La Cour de cassation casse donc l’arrêt pour défaut de base légale, en raison d’une motivation insuffisante, “en ses seules dispositions relatives à l’abus de position dominante collective et aux sanctions y afférent”. Les sanctions afférentes risquent toutefois d’être difficiles à déterminer dans la mesure où pas plus la décision du Conseil de la concurrence que l’arrêt de la Cour d’appel n’avaient distingué entre les sanctions relatives à l’entente et celles relatives à l’abus de position dominante. Les autres moyens sont rejetés et l’affaire est renvoyée devant la Cour de Paris autrement composée qui devra s’atteler aux problématiques relevées ci-dessus.

A. W. ■

**DÉNIGREMENT – PRIX PRÉDATEURS : L'Autorité de la concurrence rejette une demande de mesures conservatoires à l'encontre de pratiques alléguées de prix prédateurs dans le secteur pharmaceutique mais poursuit l'instruction de l'affaire au fond** (Aut. conc., déc. n° 09-D-28 du 31 juillet 2009 relative à des pratiques de Janssen-Cilag France dans le secteur pharmaceutique)

Encore présente dans tous les esprits, l'enquête sectorielle de la Commission s'est achevée par la publication d'un rapport le 8 juillet dernier (Rapport final de la Commission disponible sur son site Internet et voir également la Communication de la Commission, Synthèse du rapport d'enquête sur le secteur pharmaceutique ainsi que le communiqué de presse du 8 juillet 2009 n° IP/09/1098) détaillant un ensemble de pratiques observées dans le secteur pharmaceutique qu'il reste encore à qualifier au regard du droit de la concurrence. Cette tâche sera celle de la Commission et des autorités nationales de concurrence, devant lesquelles plusieurs affaires sont actuellement en cours d'examen (voir Comm. CE, Communiqué MEMO/08/734, 25 novembre 2008 ainsi que Comm. CE, Communiqué MEMO/09/435, 6 octobre 2009).

C'est dans ce contexte que la société Ratiopharm a saisi, au début du mois de mars 2009, l'Autorité de la concurrence d'une demande de mesures conservatoires à l'encontre de pratiques de la société Janssen-Cilag France, filiale du laboratoire pharmaceutique Johnson&Johnson.

Par une décision du 31 juillet 2009, l'Autorité de la concurrence rejette cette demande de mesures conservatoires pour absence d'atteinte grave et immédiate mais décide de poursuivre l'instruction au fond.

### Les pratiques reprochées à Janssen-Cilag

Les pratiques dénoncées par Ratiopharm avaient pour objet de freiner la commercialisation par ce dernier d'un générique du *fentanyl* transdermique, dont le princeps est commercialisé par Janssen-Cilag sous la marque "Durogesic dispositif transdermique". Le *fentanyl* transdermique est un puissant analgésique se présentant sous forme de patches à coller sur la peau. Son utilisation est délicate et très encadrée du fait de son appartenance à la famille des opiacés.

En premier lieu, Ratiopharm reprochait à Janssen-Cilag d'avoir adressé deux courriers à l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé (AFSSAPS) au cours de la procédure réglementaire de délivrance de l'autorisation de mise sur le marché (AMM) du générique de Ratiopharm. Dans ces courriers, Janssen-Cilag avait développé un argumentaire relatif à l'absence de bioéquivalence entre son princeps et le générique, et partant, l'impossibilité de reconnaître le statut de générique à la spécialité de Ratiopharm. Selon Ratiopharm, cette intervention aurait eu pour conséquence de retarder de plusieurs mois la délivrance de l'AMM et avait entraîné la mention d'une "mise en garde" lors de l'inscription au répertoire des génériques portant sur la nécessité d'une surveillance attentive du patient en cas de changement de spécialité à base de *fentanyl* en cours de traitement.

En deuxième lieu, Ratiopharm alléguait que Janssen-Cilag avait réalisé une campagne de dénigrement à l'encontre de la spécialité de Ratiopharm, sous différentes formes tels que des communiqués dans la presse professionnelle, des courriers et des appels téléphoniques à destination des pharmaciens et des médecins ou encore des réunions d'informations sous l'égide d'un grossiste-répartiteur. Dans ses communications, Janssen-Cilag aurait exploité la "mise en garde" de l'AFSSAP en adoptant une présentation destinée à dissuader les pharmaciens d'effectuer une substitution du princeps par le générique. Selon Ratiopharm, Janssen-Cilag aurait également mis en doute la bioéquivalence du générique de Ratiopharm et déconseillé aux pharmaciens de le substituer avec le princeps en évoquant un risque d'engagement de leur responsabilité.

En dernier lieu, selon Ratiopharm, Janssen-Cilag aurait pratiqué des prix prédateurs lors de la commercialisation de son princeps lors de certains appels d'offres à l'hôpital.

### La définition du marché retenue par l'Autorité de la concurrence

De manière habituelle, l'Autorité de la concurrence commence par définir le marché pertinent.

Si le point de départ reste en théorie le troisième niveau de la classification ATC, les caractéristiques très spécifiques du *fentanyl* transdermique font que, selon l'Autorité de la concurrence, ce produit constitue un marché en soi. En effet, les autres produits disponibles sont utilisés en première intention du traitement de la douleur alors que le *fentanyl* n'est prescrit qu'en seconde intention en raison de son efficacité beaucoup plus grande. De plus, les autres formes galéniques du *fentanyl* (orale et injectable) n'ont pas les mêmes indications que la forme transdermique.

On observera que ce sont les caractéristiques propres de cette spécialité qui sont retenues pour définir le marché pertinent et non le fait que les pratiques en causes concernent l'introduction sur le marché d'un générique. Même si les solutions auraient été identiques, il faut se féliciter que cette dernière approche n'ait pas été adoptée car elle aboutit à la détermination systématique d'une position dominante du laboratoire détenant le princeps face à l'arrivée de génériques.

Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence considère que, conformément à sa pratique décisionnelle antérieure (Cons. conc., déc. n° 07-MC-06 du 11 décembre 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Arrow Génériques, voir not. obs. A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 1-2008, p. 117 ; Cons. conc. déc. n° 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France, voir not. obs. A. Wachsmann et L. Flochel, *Concurrences*, n° 2-2007, p. 110), il convient d'établir une distinction entre le marché de la ville (celui des officines) et le marché hospitalier au niveau national. Toutefois, une telle définition n'allait pas de soi dans le cas présent. En effet, Janssen-Cilag faisait valoir l'existence d'un "effet source" liant les segments ville et hôpital. Cela signifie que lorsque du *fentanyl* transdermique est utilisé à l'hôpital sur un patient, celui-ci se voit accorder une prescription de sorties destinée à continuer son traitement en

ville. Janssen-Cilag a mis l'accent sur le fait que la détermination du prix de vente à l'hôpital tient compte de la rentabilité globale de la spécialité qui s'appuie sur les deux segments appréhendés comme un seul et même marché.

Pour l'Autorité de la concurrence cependant, cette connexité ne justifie pas une modification de la définition du marché pertinent qui s'appuie plus sur une analyse de la demande et de l'homogénéité des conditions de concurrence que sur la structuration de l'offre. De plus, l'Autorité relève, sans vraiment convaincre, que les acheteurs ne sont pas les mêmes puisqu'il s'agit de patients en ville ou des hôpitaux. Il faut en outre observer que l'Autorité ne prend pas en compte le fait que du point de vue des besoins du patient, il existe bien une continuité thérapeutique entre l'utilisation de la spécialité à l'hôpital puis en ville.

L'Autorité de la concurrence constate ensuite la position dominante de Janssen-Cilag en ville comme à l'hôpital du fait d'une part de marché toujours supérieure à 95 % et de la *“faible dynamique d'entrée des génériques”* quelques mois après l'arrivée de celui de Ratiopharm sur ces marchés.

### La concurrence des génériques en France

Sur le fond, l'Autorité de la concurrence rappelle qu'un laboratoire en position dominante doit pouvoir développer des moyens commerciaux pour faire face à l'arrivée de nouveaux concurrents, mais qu'il est néanmoins soumis à des obligations particulières.

En l'espèce, elle analyse les mécanismes en œuvre dans le développement du marché des génériques en France, pour constater qu'ils reposent essentiellement sur le pouvoir de substitution du pharmacien. Elle en conclut que *“dans ce contexte, toutes les actions d'un laboratoire auprès des pharmaciens d'officine pour mettre en échec ce mécanisme de substitution du princeps par les génériques sont susceptibles d'être examinées au regard du droit de la concurrence”* (pt 113).

### Les interventions auprès des autorités réglementaires échappent au droit de la concurrence

S'agissant du fait, pour un laboratoire pharmaceutique, d'intervenir auprès des autorités publiques (nationales ou européennes) de la santé, la Commission européenne a relevé lors de son enquête sectorielle que *“Les interventions et actions en justice des laboratoires de princeps au cours des procédures administratives appliquées aux médicaments génériques peuvent être à l'origine de retards dans la mise sur le marché de ces derniers. Dans le cas d'un échantillon examiné, l'enquête a montré que les autorisations de mise sur le marché ont été accordées en moyenne quatre mois plus tard lorsqu'il y avait eu intervention du laboratoire de princeps. Elle a démontré que ces pratiques généraient des recettes supplémentaires importantes dans le cas d'un certain nombre de médicaments princeps”* (Communication de la Commission, Synthèse du rapport d'enquête sur le secteur pharmaceutique, pt 3.2.5, p. 16).

Or, l'Autorité de la concurrence considère, à ce stade de l'instruction, que de telles actions relèvent de la procédure réglementaire auprès des autorités publiques qui disposent de

la compétence nécessaire pour apprécier la pertinence des allégations des laboratoires. Elle considère donc que de telles actions ne sont *a priori* pas susceptibles d'être qualifiées d'abusives.

### Quelle frontière entre information et dénigrement ?

S'agissant de la communication qui a été celle de Janssen-Cilag auprès des pharmaciens, l'Autorité rappelle sa pratique en matière de dénigrement, et notamment dans le domaine pharmaceutique, l'affaire *Schering-Plough* (Cons. conc., déc. n° 07-MC-06 du 11 décembre 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Arrow Génériques, voir not. obs. A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 1-2008, p. 117). Dans son enquête sectorielle, la Commission relève également que certains laboratoires *“cherchaient à remettre en question la qualité des médicaments génériques, même après que les autorités pertinentes les ont autorisés et qu'ils sont arrivés sur le marché”* (Communication de la Commission, Synthèse du rapport d'enquête sur le secteur pharmaceutique, pt 3.2.5, p. 16).

Dans le cas d'espèce, l'AFSSAPS avait assorti l'AMM du générique de Ratiopharm d'une *“mise en garde”* selon laquelle la substitution en cours de traitement du princeps par un générique, d'un générique par le princeps ou d'un générique par un autre générique devait s'accompagner d'un suivi du patient. Or, l'Autorité de la concurrence constate une véritable *“stratégie de communication”* de la part de Janssen-Cilag (pt 146) dans laquelle cette dernière *“ne s'est [...] pas contentée de reproduire la mise en garde de l'autorité de santé : elle l'a utilisée et rapportée de manière tronquée et ambiguë au bénéfice de son produit pour souligner auprès des pharmaciens le seul risque de substitution du princeps vers le générique. Cette attitude était susceptible de jeter le discrédit sur le produit générique de Ratiopharm”* (pt 135). D'ailleurs, l'AFSSAPS a jugé utile d'écrire à Janssen-Cilag afin de préciser la lecture exacte qu'il convenait de faire de sa *“mise en garde”*, ce qui semble confirmer l'ambiguïté entretenue par les propos de Janssen-Cilag (pt 136).

Ainsi, l'Autorité de la concurrence conclut en l'espèce que *“les pratiques de Janssen-Cilag [...] pourraient être susceptibles d'être qualifiées de dénigrement du générique de Ratiopharm, ayant pour objet d'évincer un produit concurrent du marché”* (pt 148).

Toutefois, cette analyse ne convainc pas totalement. En effet, la *“mise en garde”* de l'AFSSAPS, bien que générale, ne pouvait s'appliquer en pratique qu'au générique de Ratiopharm puisqu'il s'agissait du seul générique disponible. *A contrario*, une formulation plus neutre aurait-elle été plus acceptable ? À tout le moins, on peut penser qu'elle aurait eu le même impact auprès des pharmaciens. En tout état de cause, l'instruction au fond se poursuit et devrait permettre de clarifier une frontière bien floue entre abus et pratiques admissibles.



## Prix prédateurs

Enfin, l'Autorité de la concurrence estime devoir poursuivre l'instruction au fond pour se prononcer sur l'existence ou non de prix prédateurs. Observons que cette analyse pourrait être innovante si, comme l'indique Janssen-Cilag, le prix de vente de la spécialité est calculé en tenant compte de la notion d'"*effet source*". Dans cette hypothèse, une vente en apparence à perte à l'hôpital peut-être en réalité profitable si l'on prend en compte les bénéfices des ventes générées en ville.

## Rejet des mesures conservatoires et poursuite de l'instruction

Finalement, l'Autorité de la concurrence a évalué le préjudice pour la sécurité sociale de telles pratiques. Les montants étant relativement faibles, elle a estimé qu'il n'y avait pas d'atteinte grave et immédiate à l'économie de la santé et en particulier aux comptes de l'assurance maladie. Ratiopharm étant un groupe de dimension mondiale, l'absence d'atteinte grave et immédiate est également relevée.

L'Autorité de la concurrence rejette donc la demande de mesures conservatoires mais poursuit l'instruction de l'affaire au fond.

A. W. ■

## FACILITÉS ESSENTIELLES – REFUS D'ACCÈS – PROCÉDURES CONTENTIEUSES : L'Autorité de la concurrence poursuit l'analyse au fond d'une pratique alléguée de refus d'accès à une base de données (Aut. conc., déc. n° 09-D-29 du 31 juillet 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Euris)

La société Euris, spécialisée dans les solutions de gestion de clientèle (CRM) pour l'industrie pharmaceutique, avait saisi l'Autorité de la concurrence du refus de la société Cegedim de la laisser accéder à la base de données *One Key* développée par cette dernière. Elle dénonçait également une stratégie d'éviction engagée par Cegedim consistant en l'introduction de plusieurs actions en contrefaçon et demandait le prononcé de mesures conservatoires. À ce titre, Euris souhaitait notamment obtenir la faculté de distribuer auprès des laboratoires pharmaceutiques l'intégralité des données de la base *One Key*.

Euris soutenait que la base de données développée par Cegedim constituait une infrastructure essentielle nécessaire pour accéder au marché des solutions logicielles de gestion de la relation client dans le secteur de la santé (§ 32 et 42).

S'agissant tout d'abord du marché en cause, l'Autorité de la concurrence, n'exclut pas que Cegedim dispose d'une position dominante sur le marché des solutions CRM pour l'industrie pharmaceutique, dans la mesure où Oracle, présentée par Cegedim comme son premier concurrent, est plutôt un acteur du CRM généraliste.

## Infrastructures essentielles et droits de propriété intellectuelle

La question de la qualification d'installation essentielle et de l'accès à cette infrastructure est parmi l'une des plus disputées en droit de la concurrence.

Il existe déjà plusieurs exemples de reconnaissance de la qualité de facilités essentielles à des services ou des droits de propriété intellectuelle. Ainsi, en droit communautaire, ont été qualifiées comme telles des grilles de programmation de télévision (CJCE, C-241/91 et C-242/91, 6 avril 1995, *Magill*). En France, ont été considérés comme des installations essentielles des listes d'abonnés au téléphone (Cass. com., 4 décembre 2001, *France Telecom*, n° 99-16642), des répertoires d'entreprises (Conseil d'État, 29 juillet 2002, *Cegedim*, n° 200886) ou encore un système informatisé de réservation contenant les informations relatives aux horaires, aux places disponibles, aux tarifs des services de transport ferroviaire de voyageurs (cons. conc. déc. n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne).

La Commission consacre par ailleurs à cette question sensible du refus de fourniture une partie de ses orientations sur l'application de l'article 82. Ainsi, elle indique qu'une "*intervention fondée sur le droit de la concurrence doit être soigneusement pesée lorsque l'application de l'article 82 risque de déboucher sur l'imposition d'une obligation de fourniture à l'entreprise dominante*" (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, § 75).

L'Autorité considère qu'à ce stade de l'analyse, il ne peut être exclu que la base de données de Cegedim constitue une installation essentielle. Elle rappelle toutefois qu'aux termes de sa pratique décisionnelle "*le fait pour les propriétaires ou gestionnaires d'un équipement qui leur donne une position particulière en tant qu'offreur sur le marché, de refuser l'accès ou de donner un accès discriminatoire à cet équipement, constitue un abus de position dominante sans qu'il soit utile d'invoquer la théorie des facilités essentielles*" (voir à cet égard, la décision, dont les extraits sont cités par l'Autorité de la concurrence mais sans références (au § 54), Cons. conc., déc. n° 06-D-36 du 6 décembre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Imagerie médicale du Nivolet, § 154, obs. C. Prieto, "Le Conseil de la concurrence condamne un accès discriminatoire à des équipements lourds de radiographie, en écartant toute discussion sur la théorie des infrastructures essentielles", *Concurrences*, n° 1-2007, p. 94).

## Infrastructures essentielles et droit d'accès

Cette possibilité de sanctionner un refus d'accès sans qualifier l'infrastructure d'essentielle avait déjà été reconnue par le Conseil de la concurrence dans une affaire de 1993 (Cons. conc., déc. n° 93-D-42 du 19 octobre 1993, relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Elf Antar France et Total Réunion Comores sur le marché de la distribution du carburacteur dans le département de la Réunion). Toutefois, dans cette dernière affaire et dans celle de la SCM du Nivolet,



les pratiques de refus d'accès concernaient une infrastructure physique. En outre, le Conseil de la concurrence avait surtout mis en relief dans ces affaires des pratiques d'ententes (quoique non sanctionnées dans le cas de l'affaire de la SCM du Nivolet), comme c'était également le cas dans l'affaire du STAL citée (§ 54) dans la présente décision de l'Autorité (Cons. conc., déc. n° 04-D-39 du 3 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie, confirmé sur ce point par l'arrêt de la Cour d'appel, 1<sup>ère</sup> ch. H, 22 février 2005, *STAL*). Il peut au cas présent sembler douteux que cette pratique décisionnelle spécifique puisse trouver à s'appliquer dans le cas d'un droit de propriété intellectuelle où aucune pratique d'entente n'est alléguée.

En tout état de cause, les explications données par Cegedim pour justifier le refus de contracter opposé à Euris, à savoir le non respect par Euris des stipulations du contrat qui liait antérieurement cette dernière à Cegedim, n'est pas, à ce stade de la procédure, suffisamment convaincant pour l'Autorité de la concurrence. L'Autorité note à cet égard que *“les suspicions à l'égard [d'Euris] pouvaient permettre [à Cegedim] de saisir les juridictions compétentes, ce qu'elle a d'ailleurs fait, mais ne justifiaient pas nécessairement la résiliation préalable du contrat de partenariat”* (§ 59). L'Autorité décide donc de poursuivre l'instruction au fond.

En ce qui concerne, par ailleurs, certains contentieux en cours entre les deux parties susceptibles d'être qualifiés d'abusifs, l'Autorité ne se prononce pas à ce stade (§ 61).

On rappellera toutefois sur ce dernier point la pratique de l'Autorité selon laquelle *“l'accès au juge est un droit fondamental”* et que *“le fait pour une entreprise qui occuperait une position dominante d'intenter une action en justice ne saurait être qualifié de pratique anticoncurrentielle que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, lorsque l'action ne vise manifestement pas à faire valoir ce que l'entreprise peut légitimement considérer comme étant son droit et qu'elle est conçue dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer, par ce harcèlement, la concurrence”* (Cons. conc., déc. n° 99-D-77 du 7 décembre 1999 relative à une saisine de la société Télésélection à l'encontre des sociétés M6, M6 Interactions et Téléshopping ; Cons. conc., déc. n° 04-D-23 du 23 juin 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Hachette Livre sur le marché des guides pratiques à vocation touristique, dans la lignée de la décision *ITT Promédia*, Comm. eur., déc. n° IV/35.268 du 21 mai 1996, *ITT Promedia NV c/ Belgacom*, confirmée par l'arrêt du TPICE, T-111/96 du 17 juillet 1998, *ITT Promedia NV*).

L'Autorité rejette enfin la demande de mesures conservatoires. En effet, il n'est pas démontré que les pratiques dénoncées portent une atteinte suffisamment grave et immédiate à Euris dans la mesure où celle-ci n'établit pas suffisamment le lien de causalité entre les difficultés qu'elle allègue et le comportement de Cegedim. De même, aucune atteinte grave et immédiate portée au secteur intéressé, à l'économie générale et à l'intérêt du consommateur n'est établie.

Cette affaire confirme que la théorie des facilités essentielles, controversée aux États-Unis (voir à ce sujet le rapport du DOJ, *“Competition and monopoly: single-firm conduct under*

*section 2 of the Sherman Act”*, septembre 2008, retiré depuis par la nouvelle administration américaine, selon lequel *“The Department agrees that the essential-facilities doctrine is a flawed means of deciding whether a unilateral, unconditional refusal to deal harms competition”*, p. 129), est toujours d'actualité en France (et en Europe).

A. W. ■

**DISCRIMINATION – NEUTRALITÉ D'UN ORGANISME INVESTI D'UN MONOPOLE : L'Autorité de la concurrence suspecte l'opérateur en charge d'un monopole dans le secteur des déchets de manque de neutralité dans l'exercice de sa mission de redistribution aux collectivités des ressources perçues auprès des producteurs de déchets** (Aut. conc., déc. n° 09-D-26

du 26 juillet 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société DKT international dans le secteur de la reprise et de la valorisation des déchets d'emballages ménagers plastiques)

Le secteur du traitement du tri et du recyclage des déchets d'emballages a été d'une particulière actualité au cours de la période écoulée aussi bien au niveau communautaire que français (CJCE, C-385/07, 16 juillet 2009, *Der Grüne Punkt*, et Aut. conc., déc. n° 09-D-22 du 1<sup>er</sup> juillet 2009 relative à la préparation d'un projet de système d'information géographique pour la collecte et le traitement des déchets par la société Eco-emballages).

Dans la présente affaire, la société DKT, négociant de déchets en plastique avait saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Eco-emballages, investie par les pouvoirs publics français d'un monopole consistant à percevoir une contribution financière des industriels mettant sur le marché des emballages (en verre, plastique, papier ou métal) et à redistribuer cette contribution aux collectivités locales sous forme de soutiens financiers incitant au tri sélectif, et par la société Valorplast dont l'activité consiste en l'intermédiation entre les collectivités ayant trié les déchets d'emballage en plastique et les négociants ou industriels valorisant ces déchets (§ 2-5).

DKT reprochait à Eco-emballages d'avoir adopté plusieurs comportements dont celui de favoriser systématiquement les modes d'organisation de collecte et de traitement des emballages qui faisaient appel à Valorplast, au détriment d'un autre système qui aurait fait intervenir des recycleurs alternatifs (§ 44 et suivants) dont DKT elle-même. DKT sollicitait de l'Autorité le prononcé de mesures conservatoires (et notamment la mise en place d'un véritable processus d'accréditation préalable en matière de “reprise collectivités”, mode de collecte sur lequel DKT entendait développer une activité d'intermédiaire et de négociant, la suppression de clauses restrictives de concurrence jusqu'à l'échéance proche des contrats ou encore la mise en œuvre d'une campagne de communication auprès des collectivités, visant à les rassurer sur leur liberté totale de choisir la filière indépendante).

Pour l'Autorité, Eco-emballages dispose d'un monopole sur le marché dit "d'adhésion", ainsi que sur celui de la collecte sélective et du tri des emballages par les collectivités (§ 38). DKT et Valorplast sont, de leur côté, présentes sur le marché de la "valorisation" sur lequel sont actifs les repreneurs et les filières qui recyclent les matériaux (§ 38-42).

### La mise en relief d'une obligation de neutralité

Aux termes d'une analyse préliminaire menée dans le cadre de l'instruction de la demande de mesures conservatoires, l'Autorité n'exclut pas qu'Eco-Emballages ait pu commettre un abus de position dominante, en omettant de mettre en place "une procédure claire et transparente" de choix entre les différentes formules de collecte possibles (§ 52), et en ne garantissant pas le respect de la neutralité attendue d'un organisme investi d'une mission d'intérêt général (§ 60).

Elle rejette toutefois la demande de mesures conservatoires en l'absence de lien de causalité direct entre le comportement d'Eco-Emballages et les difficultés de DKT.

Cette décision illustre les nouvelles préoccupations de l'Autorité qui semble à la fois vouloir élargir le champ de ses investigations à des secteurs très spécifiques et envoyer des messages clairs aux organismes chargés d'une mission d'intérêt général quant à la nécessité d'assurer leurs missions de manière neutre en s'appuyant sur des procédures claires et transparentes. On suivra donc avec attention la décision qui sera rendue sur le fond même si ce type d'affaires semble plus appeler une solution par des engagements que par une sanction pécuniaire.

On notera que par un arrêt du 11 septembre 2009, la Cour d'appel de Paris a rejeté le recours formé par DKT contre cette décision (CA Paris, pôle 5, chambre 7, 11 septembre 2009, *DKT International*, n° 2009/16626).

A. W. ■

**ABUS-EXCLUSION – DIFFÉRENCIATION TARIFAIRE – EFFET DE CLUB – TARIFICATION DE L'ACCÈS A UNE INFRASTRUCTURE ESSENTIELLE – CONCURRENT AUSSI EFFICACE : L'Autorité de la concurrence enjoint à l'opérateur historique de télécommunication mobile à la Réunion et à Mayotte de mettre fin à une pratique de prix** (Aut. conc., déc. n° 09-MC-02 du 16 septembre 2009 relative aux saisines au fond et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Orange Réunion, Orange Mayotte et Outremer Télécom concernant des pratiques mises en œuvre par la société SRR dans le secteur de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte)

Une fois n'est pas coutume, dans cette affaire, c'est Orange qui se plaignait, au côté de la société Outremer Telecom, des pratiques abusives d'un autre opérateur, la société SRR qui est, à la Réunion et à Mayotte, l'opérateur historique de téléphonie mobile. Plus précisément, la plainte concernait les pratiques tarifaires de SRR. En premier lieu, il lui était reproché de

pratiquer une différenciation tarifaire abusive. La différence entre le prix facturés à ses abonnés lorsqu'ils appelaient un autre abonné du même réseau (prix dit *on net*) et lorsqu'ils appelaient un abonné d'un autre réseau (prix dit *off net*) était considérée par les plaignantes comme trop élevée. Selon elle, cet écart créait un "effet club" d'une telle ampleur pour les abonnés du réseau SRR qu'il était difficile pour d'autres opérateurs de gagner des clients à Mayotte (pt 2). En second lieu, une pratique de ciseau tarifaire était alléguée.

### La différenciation tarifaire exploitant abusivement un "effet club"

Pour établir le caractère abusif de la différenciation tarifaire pratiquée par SRR entre les appels *on net* et *off net*, les plaignantes mettaient en avant le fait que l'écart entre les tarifs était sans lien avec les différences entre les coûts de ces deux types d'appel pour SRR (pt 40). Elles faisaient valoir que cette pratique avait pour effet de faire apparaître leurs propres tarifs comme particulièrement élevés aux consommateurs. En outre, la différence de prix importante pratiquée par SRR entre appels *on net* et *off net* conduisait les clients de SRR à privilégier les appels vers leur réseau, diminuant ainsi les revenus des opérateurs concurrents et l'attractivité de leur offre. En effet, SRR bénéficiant de la base d'abonnés la plus importante, les abonnés avaient intérêt à rester sur ce réseau si la plupart de leurs correspondants y étaient aussi. De la sorte, la différenciation tarifaire entretenait un "effet club", selon lequel chaque abonné a intérêt à être membre du plus grand club.

L'Autorité aborde cette question en commençant par rappeler qu'une différenciation tarifaire pratiquée par un opérateur intégré peut être abusive si elle a pour effet de fausser la concurrence (pt 44) et cite un arrêt de la Cour d'appel ayant condamné une pratique abusive de ce type (pt 66). Elle analyse ensuite les coûts en cause. Les coûts d'acheminement des appels se décomposent en deux éléments, à savoir, d'une part, le coût de départ et, d'autre part, le coût de terminaison. Le coût de départ étant sensiblement le même pour tous les appels au départ d'un même réseau, seul le coût de terminaison d'appel constitue un élément de différenciation (pt 46). Dans le cas d'un appel *on net*, l'opérateur intégré se facture ce coût à lui-même, tandis que dans le cas d'un appel *off net*, il paie ce coût selon le tarif de terminaison d'appel de l'opérateur du réseau destinataire. Chaque opérateur ayant par hypothèse un monopole sur la terminaison d'appels à destination de son réseau, un opérateur en position dominante sur le marché aval doit, en application des règles de concurrence et de régulation sectorielle se facturer les terminaisons d'appel *on net* au même prix qu'il facture aux opérateurs concurrents la terminaison d'appel vers son réseau (pt 47).

L'Autorité constate que, en l'espèce, les différentes offres tarifaires proposées par SRR depuis plusieurs années comportent en général une différence importante de tarif entre les appels *on net* et *off net*. Elle note que ces écarts de prix ne semblent pas justifiés par des écarts de coûts sous-jacents (pt 66). Elle note que la taille du réseau SRR permet l'existence d'un effet club et que la différenciation tarifaire semble un moyen d'entretenir artificiellement un tel effet (pt 67). La décision relève également que SRR a utilisé un argument tiré de l'effet club dans ses publicités, ce qui rend plausible

l'allégation selon laquelle la pratique aurait contribué à diffuser la perception chez les consommateurs qu'Orange et Outremer Télécom étaient des opérateurs "chers à appeler" (pt 70). L'autorité en conclut que les pratiques qui font l'objet de la saisine sont susceptibles de tomber sous le coup de l'interdiction des abus de position dominante (pt 71).

### Ciseau tarifaire

Comme toujours sur un marché de services téléphoniques, chaque opérateur facture aux autres des coûts de terminaison d'appel pour l'acheminement des appels entrants sur son réseau. Selon une pratique décisionnelle constante, chaque opérateur détient un monopole sur le marché de la terminaison d'appel vers les abonnés de son réseau (pt 33 et décisions citées). En l'espèce, les plaignantes faisaient valoir que les prix de terminaison d'appel de SRR (qui constituent pour elles des coûts) étaient si élevés et certains prix de détail pratiqués par l'opérateur en position dominante si bas que l'écart entre les deux ne laissait aucun espace économique aux concurrents pour proposer une offre viable, et ce d'autant moins que certains prix de détails pratiqués par SRR étaient même inférieurs à ses coûts de terminaison d'appel (pt. 2).

### Applicabilité du test du concurrent aussi efficient

L'autorité rappelle que la jurisprudence récente de la Cour de cassation et du Tribunal a consacré le test du concurrent aussi efficient (pt 75 et décisions citées). Ce test consiste à poser les questions suivantes : premièrement, un opérateur qui souhaite entrer sur le marché aval est-il obligé de se procurer certains *inputs* auprès de l'opérateur et verticalement intégré ? Si oui, peut-il entrer sur le marché aval sans faire des pertes ? Si la réponse à cette seconde question est négative, il existe une présomption de prix d'éviction.

Les constats partiels effectués par l'Autorité à ce stade de l'instruction la conduisent à retenir qu'il n'est pas impossible que les tarifs proposés par SRR satisfassent à ce test et, partant, puissent être qualifiées d'abusives. Elle décide donc de poursuivre l'instruction au fond.

En tant qu'elle se rapporte à une demande de mesures conservatoires, la décision rapportée soulève une question. En effet, l'autorité indique qu'"il n'est pas exclu qu'un opérateur aussi efficace ne puisse pas répliquer les offres de SRR sans encourir des pertes" (pt 77). Cependant, et comme le rappelle la décision elle-même, la question pertinente n'est pas de savoir si les opérateurs concurrents sont en mesure de répliquer l'offre de l'opérateur dominant mais s'ils peuvent formuler une offre profitable compte tenu des tarifs d'accès à l'infrastructure essentielle. Il semble que cet argument avait été soulevé par SRR au cours de l'instruction pour contester l'applicabilité du test du ciseau tarifaire (pt 74). Il pourrait cependant l'être à meilleur escient pour contester le test appliqué pour apprécier un risque de pratique d'éviction, puis le cas échéant, au fond, une pratique d'éviction. En effet, la jurisprudence citée dans la décision ne s'attache pas à la question de savoir si l'offre même de l'opérateur dominant est répliquable par des concurrents, mais à celle de savoir s'il existe un espace économique permettant aux concurrents d'élaborer leurs offres propres de sorte que celles-ci soient profitables

(TPICE, 10 avril 2009, *Deutsche Telekom c/ Commission*, T-271/03, obs. ALS, *Concurrences*, n° 2-2008, p. 112-114 ; Cass. com., 3 mars 2009, SFR et France Télécom, n° 08-14.4, obs. ALS, *Concurrences*, n° 2-2009, p. 117-120).

Il semble que, en l'espèce, le risque d'abus aurait pu tout aussi bien être motivé en référence à ce test, ce qui fait que, même si elle était frappée d'un recours, la décision commentée pourrait être validée moyennant une substitution de motifs. Il demeure néanmoins que, juridiquement, ce n'est pas la même chose de s'attacher à la possibilité pour les concurrents de répliquer une offre donnée ou à celle de proposer d'autres offres profitables.

### Les mesures conservatoires

Outre l'existence d'un risque d'abus qui appelle une poursuite de l'instruction au fond, l'Autorité constate que les conditions posées par l'article L 464-1 C. Com. en matière de mesures conservatoires sont réunies. Cette partie de la décision n'appelle pas d'observations particulières si ce n'est que, concernant le critère de l'urgence, l'argument des fêtes de fin d'années semble avoir été décisif (pts 82, 88 et 89). L'Autorité note que, comme dans l'affaire *iPhone*, la période de Noël est décisive pour l'animation de la concurrence dans le marché en cause, notamment en raison du fait que la concurrence sur de nouveaux services dépend du taux d'équipement en smartphones. Il ne serait donc pas étonnant que les terminaux de nouvelle génération soient plébiscités à Noël à la Réunion. En ce qui concerne Mayotte, les mesures conservatoires n'adoptent pas le même calendrier, car la décision relève que c'est principalement au moment des fêtes de fin du Ramadan que se concentrent les achats (pt 98). L'urgence étant moindre pour Mayotte, l'Autorité préfère laisser SRR se concentrer sur la mise en œuvre des mesures conservatoires à la Réunion dans un premier temps (d'ici au 1er décembre) et lui laisse jusqu'au 1er février pour les appliquer à Mayotte.

En ce qui concerne la teneur des mesures conservatoires, l'Autorité fait partiellement droit à la demande d'Orange et enjoint à SRR de réduire l'écart entre ses tarifs *on net* et *off net* à ce qui est justifié par les différences de coûts supportés pour acheminer ces deux types d'appels. D'autres demandes, comme celles de libérer ses abonnés de leurs engagements d'exclusivité sont rejetées comme disproportionnées.

A.-L. S. ■

## À noter

**PROJET SUSCEPTIBLE DE CONSTITUER UN ABUS : L'Autorité de la concurrence considère insuffisamment fondées la demande de mesures conservatoires et la saisine au fond présentées par un prestataire informatique contre le prestataire en charge d'un monopole dans le secteur du traitement des déchets concernant un projet d'activités nouvelles développées dans des conditions prétendument anticoncurrentielles** (*Aut. conc., déc. n° 09-D-22 du 1er juillet 2009 relative à la préparation d'un projet de système d'information géographique pour la collecte et le traitement des déchets par la société Eco-emballages*)

**ABUS-EXCLUSION – COMPORTEMENT DÉLOYAL – PROGRAMME DE RESPECT DU DROIT DE LA CONCURRENCE : L'Autorité de la concurrence condamne l'opérateur dominant dans le secteur des télécommunications à 27,6 millions € d'amende pour avoir abusé de sa position dominante de diverses manières sur des marchés liés au développement de l'accès à internet à la Réunion et au développement de la concurrence sur les services de téléphonie** (*Aut. conc., déc. n° 09-D-24 du 28 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques fixes dans les DOM*)

Outre les aspects liés à la régulation sectorielle des services de télécommunication, on notera que certaines des pratiques jugées abusives le sont en raison de leur déloyauté (pts 207 et s. notamment). En particulier France Télécom a diffusé de manière ciblée aux consommateurs passés à la concurrence des informations tendant à discréditer ses concurrents.

Les engagements pris par France Telecom sont particulièrement détaillés, centrés sur les processus internes visant au respect du droit de la concurrence. Plusieurs éléments du *compliance programme* à mettre en place sont détaillés. Ils comprennent notamment des actions de formation générales et particulières, y compris pour les vendeurs en contact téléphonique avec les usagers. France Telecom s'engage également à faire du respect des règles de concurrence un objectif d'évaluation des responsables (pt 139).

**PRATIQUES DE PRÉCONISATION SUSCEPTIBLES DE CONSTITUER UN ABUS : L'Autorité de la concurrence accepte des engagements destinés à améliorer la transparence en matière de choix de l'opérateur funéraire dans la mesure où ils répondent aux préoccupations de concurrence dénoncées par les pompes funèbres régionales en matière de préconisations sur le marché de l'assurance obsèques** (*Aut. conc., déc. n° 09-D-27 du 30 juillet 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la Mutualité de La Réunion et les mutuelles décès qui lui sont affiliées*)

**ABSENCE DE POSITION DOMINANTE : L'Autorité de la concurrence considère que la position dominante détenue par une société de développement informatique et hébergement d'applications Internet, sur le marché national de l'hébergement de petites et moyennes entreprises sur une plate-forme technique en vue de la fourniture de prestations de commerce électronique n'est pas établie, et rejette la demande de mesures conservatoires** (*Aut. conc., déc. n° 09-D-30 du 21 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des prestations de services de commerce électronique pour les TPE et les PME*)

**ABSENCE DE POSITION DOMINANTE : L'Autorité de la concurrence rejette le grief d'abus de position dominante d'une société sur le marché de la gestion des droits sportifs en France et de la gestion des droits marketing de la Fédération Française de Football, dans la mesure où les dirigeants de la FFF ont pris une part active dans les négociations des accords de mandat relatifs aux recettes commerciales, rendant peu crédible l'exercice d'un pouvoir de marché de pour imposer ses conditions de la part de la société incriminée** (*Aut. conc., déc. n° 09-D-31 du 30 septembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion et de la commercialisation des droits sportifs de la Fédération française de football*)



## Autres décisions et textes nationaux

### BOSNIA

The Competition Authority of Bosnia & Herzegovina rejects the complaint regarding the alleged abuse of dominant position by the incumbent operator of public postal services (*MHS/JP BH Posta*), 04 June 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### BULGARY

The Bulgarian Supreme Administrative Court dismisses the charges of abuse of dominance launched against domestic tobacco producer (*Iosini*), 09 July 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### CZECH REPUBLIC

The Czech NCA accepts the first settlement in a unilateral conduct case (*RWE Transgas – Quiet life*), 24 June 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### DENMARK

The Danish Eastern High Court overturns decision by the Competition Appeal Tribunal and finds that a broadcaster has abused its dominant position by granting rebates (*TV2*), 22 June 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### FRANCE

The French Supreme Court clarifies the standard of proof applicable to collective dominance pursuant to Art. 82 EC and its French equivalent (*Lafarge Ciments – Vicat*), 07 July 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The French Supreme Court recalls the conditions for the demonstration of collective dominance (*Corsican cement cartel*), 07 July 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### GERMANY

The German Federal Court of Justice holds that defendants in patent infringement litigation can raise a “compulsory licence defence” subject to strict conditions (*Orange-Book-Standard*), 06 June 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The German Federal Court of Justice clarifies that defendants can invoke the abuse of dominance against an injunction claim of a patentee if the latter has refused a licence in an abusive manner (*Orange-book-standard*), 06 June 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### ITALY

The Italian Competition Authority starts investigating into alleged abuses of dominant position of a ferry operator (*T-Link/Grandi Navi Veloci*), 06 August 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Italian Antitrust Authority accepts commitments from the official federation operating in the market of sport motoring and closes proceedings without imposing sanctions (*Gargano Corse/ACI*), 11 June 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### MOLDOVA

The Moldovan Competition Authority establishes dominance of the three domestic airlines on the regulated routes (*Air Moldova, Moldavian Airlines, Tandem Aero*), 23 July 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### POLAND

The Polish Supreme Court decides on the validity of the refusal of the gas network access (*Bartimpex*), 15 July 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Polish NCA fines 14 M the railway cargo carrier incumbent for discriminating competitors in concluding freight agreements, raising question on the ability of an undertaking in a dominant position, faced with aggressive comportment of competitors, to respond with similar measures (*PKP Cargo*), 07 July 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### PORTUGAL

The Portuguese Competition Authority fines two telecoms operators 53 M euros for abuse of dominant position in the wholesale and retail broadband markets (*Portugal Telecom and ZON*), 02 September 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### UNITED KINGDOM

The UK Competition Commission releases results of its investigation on supermarkets and quantifies consumer welfare (*Groceries market investigation*), 16 July 2009, e-Competitions, [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 dix chroniques thématiques.

## Editorial

Elie Cohen, Laurent Cohen-Tanugi,  
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,  
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, Frédéric Jenny,  
William Kovacic, Neelie Kroes, Christine  
Lagarde, Mario Monti, Viviane Reding,  
Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott,  
Christine Varney...

## Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, Murielle  
Chagny, Claire Chambole, 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 Theophile, 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 FLOCHÉ, Penelope PAPANDROPOULOS,  
Etienne PFISTER, Francisco ROSATI, David SPECTOR...

## Chroniques

### ENTENTES

Michel DEBROUX  
Laurence NICOLAS-VULLIERME  
Cyril SARRAZIN

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric MARTY  
Anne-Lise SIBONY  
Anne WACHSMANN

### PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel CHAGNY  
Mireille DANY  
Marie-Claude MITCHELL  
Jacqueline RIFFAULT-SILK

### DISTRIBUTION

Nicolas ERESEO  
Dominique FERRÉ  
Didier FERRÉ

### CONCENTRATIONS

Olivier BILLIARD, Jacques GUNTHER, David HULL,  
Stanislas MARTIN, Jérôme PHILIPPE, Igor SIMIC,  
David TAYAR, Didier THÉOPHILE

### AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves CHÉROT  
Jacques DERENNE  
Christophe GIOLITO

### PROCÉDURES

Pascal CARDONNEL  
Christophe LEMAIRE  
Agnès MAÏTREPIERRE  
Chantal MOMÈGE

### RÉGULATIONS

Joëlle ADDA  
Emmanuel GUILLAUME  
Jean-Paul TRAN THIET

### 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)

<b>Revue Concurrences   Review Concurrences</b>	<b>HT Without tax</b>	<b>TTC Tax included (France only)</b>
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	445 €	454,35 €
<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>	395 €	472,42 €
<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>	645 €	771,42 €
<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 + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription + free access to e-archives</i>	575 €	687,7 €
---	-------	---------

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

<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>	745 €	891,02 €
<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>	845 €	1010,62 €

## 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

25 rue Balard - 75 015 Paris - France | contact: webmaster@concurrences.com

Fax : + 33 (0)1 42 77 93 71

### 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](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. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com).*

**Frais d'expédition Concurrences hors France : 30 € | 30 € extra charge for sending hard copies outside France**