



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence

## PRATIQUES UNILATÉRALES

**Chroniques** | Concurrences N° 1-2010 – pp. 100-113

---

### Frédéric MARTY

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

| *Chargé de recherche CNRS, Groupe de Recherche en Droit,  
Économie et Gestion (GREDEG) – Université de Nice Sophia-Antipolis*

### Anne-Lise SIBONY

alsibony@ulg.ac.be

| *Chargée de cours en droit européen, Université de Liège*

### Anne WACHSMANN

anne.wachsmann@linklaters.com

| *Avocat à la Cour*

# Chroniques

**Frédéric MARTY**

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherche CNRS  
Groupe de Recherche en Droit,  
Économie et Gestion (GREDEG) –  
Université de Nice Sophia-Antipolis

**Anne-Lise SIBONY**

alsibony@ulg.ac.be

Chargée de cours en droit européen,  
Université de Liège

**Anne WACHSMANN\***

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat à la Cour

## Abstracts

### FIDELITY REBATES – QUANTITY REBATES – DE MINIMIS (NO) – DISCRIMINATION: 100

The General Court (formerly CFI) rejects an appeal against an EC decision fining Solvay for abuse of a dominant position, applies existing case law on fidelity rebates with great fidelity and reduces the € 20 M fine by € 1 M  
EU Trib., 17.12.09, Solvay/Commission, T-57/01

### PREDATION – COST RECOUPMENT – DISCRIMINATION: 102

The French NCA confirms its decisional practice on cost recoupment in predation cases  
Fr. NCA, 10.11.09, Chep France, 09-D-33

### EXCLUSIVITY – COMMITMENTS: 103

The French NCA welcomes commitments related to exclusivity  
Fr. NCA, 26.10.09, Photomaton, 09-D-32

### EXCLUSIVITY – SINGLE BRANDING – NETWORK EFFECT – SQUEEZE: 107

The French NCA heavily fines abuses consisting in exclusive distributorship agreements and differentiated pricing of mobile telecommunication for on net and off net calls and, for the first time, applies EU law parent liability  
Fr. NCA, 09.12.09, Orange Caraïbe and France Télécom, 09-D-36

### EXCLUSIONARY CONDUCT – DISCRIMINATION – ESSENTIAL FACILITIES DOCTRINE: 109

The French NCA rules, in a case of discrimination and exclusionary conduct, against independent car repairs  
Fr. NCA, 10.12.09, Volvo Trucks France, 09-D-37

### JURISDICTIONAL COMPETENCE – PUBLIC PROCUREMENT, SERVICES OF GENERAL INTEREST – PREDATION: 111

The EC Commission confirms the primacy of administrative jurisdictions in the assessment of the compliance to competition law of general interest services outsourcing decisions  
Fr. NCA, 25.11.09, Emergency transport, 09-D-35

### UNDERTAKINGS – CONSUMER CHOICE – COMPETITION ON THE MERITS: 112

The EC Commission renders legally binding commitments by Microsoft to facilitate users choice of alternative browsers  
EC Commission Decision, 16.12.09, Microsoft, not yet published. Press release IP/09/1941

### UNDERTAKINGS – IP – EXCESSIVE PRICING – PATENT AMBUSH: 112

The EC Commission renders legally binding commitments by Rambus to put a worldwide cap on royalty rates for memory chip compliant with a standard Rambus helped develop as a member of a standard-setting body  
EC Commission Decision, 09.12.09, Rambus, not yet published. Press release IP/09/1897

### UNDERTAKINGS – GAS – ACCESS TO ESSENTIAL FACILITY: 112

The EC Commission renders legally binding commitments by GDF-Suez to substantially reduce long-term reservations on French gas import infrastructure capacity, so as not to foreclose access of potential gas suppliers to the French market  
EC Commission Decision, 03.12.09, GDF Suez, not yet published. Press release IP/09/1872

### UNDERTAKINGS – GAS – ACCESS TO ESSENTIAL FACILITY: 112

The EC Commission reviews E.ON's commitment to a significant, structural reduction of its long-term gas capacity reservations so as to permit access of competitors to transport infrastructure, which is needed to supply gas to customers within the supplier's network.

EC Commission Press release, 17.12.09., MEMO/09/567

\* En collaboration avec Bastien Thomas, avocat à la Cour.

# PRATIQUES UNILATÉRALES

## 1. JURISPRUDENCE COMMUNAUTAIRE

### RABAIS DE FIDÉLITÉ – RABAIS DE QUANTITÉ – DE MINIMIS (NON) – DISCRIMINATION : Le Tribunal applique fidèlement la jurisprudence européenne sur des rabais de fidélité et rejette le pourvoi du demandeur (Trib. UE, 17 décembre 2009, Solvay c/ Commission, aff. T-57/01)

Assurément, c'est sur le plan procédural que les deux arrêts Solvay rendus par le Tribunal le 17 décembre dernier appellent le plus de commentaires (V. rubrique procédures dans ce numéro). Toutefois, dans ces colonnes, on ne traitera que du fond, et du seul arrêt relatif à un abus de position dominante, à l'exclusion de celui concernant des pratiques d'ententes (arrêt T-58/01 rendu le même jour).

Les pratiques en cause – qui remontaient au début des années 1980 – concernaient le carbonate de soude vendu par Solvay aux fabricants de verre notamment. Plus précisément, les griefs notifiés à cette entreprise en 1989 au visa de l'article 82 CE (désormais 102 TFUE) étaient relatifs à diverses pratiques par lesquelles Solvay aurait, dans les années 1980, cherché à pérenniser sa position de fournisseur exclusif ou principal auprès d'industriels utilisateurs de soude. Ces pratiques consistaient en substance pour Solvay à subordonner l'octroi à ses clients de divers rabais et ristournes à des engagements d'approvisionnement exclusif pour la totalité ou pour une très large part des besoins et pour des périodes longues. Elles étaient donc de nature à rendre plus difficile l'accès des producteurs de soude concurrents de Solvay à ces clients industriels.

Après annulation de sa première décision pour des motifs de procédure, la Commission avait adopté en 2000 une décision identique sur le fond à sa première décision. C'est le recours en annulation contre cette seconde décision qui fait l'objet du présent arrêt. Celui-ci n'apporte aucune nouveauté marquante à la jurisprudence relative aux abus-exclusion en général et aux rabais de fidélité en particulier, ce qui est décevant mais mérite d'être noté alors que la décision Intel de la Commission est frappée d'un pourvoi (décision C(2009) 3726 final du 13 mai 2009, COMP/C-3/37.990 – Intel, obs. Anne-Lise Sibony, cette chronique, Concurrences, n° 4-2009, p. 108-112).

En ce qui concerne l'appréciation de la position dominante, l'affaire Solvay offrait l'occasion au Tribunal de se prononcer sur le traitement de la puissance d'achat. Il aurait été intéressant de connaître la position du Tribunal sur ce point, spécialement après la publication de la communication de la Commission sur les abus-exclusion, dans laquelle l'examen de la puissance d'achat compensatrice figure parmi les trois étapes de l'examen d'une position 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, JO C 45 du 24 févr. 2009, p. 7-20, para. 18). Malheureusement, l'arrêt esquive cette question (I.). Sur l'analyse des pratiques de fidélisation, l'arrêt se signale par une fidélité sans faille à une jurisprudence critiquée de longue date pour son formalisme et son absence d'analyse des effets et, partant, n'est pas en cohérence avec la communication sur les abus-exclusion (II.). De même en ce qui concerne l'analyse du caractère discriminatoire, le Tribunal répète sans les résoudre les mystères de la jurisprudence (III.).

### I. Appréciation de la position dominante : La puissance d'achat peut-elle être ignorée ? Une question esquivée

En ce qui concerne l'établissement de la position dominante de Solvay, une question de droit intéressante était soulevée par l'appelante. Celle-ci faisait valoir que le pouvoir compensateur des acheteurs n'avait pas du tout été pris en considération dans la décision de la Commission alors qu'il aurait dû l'être (pt 272). La non-prise en considération de cet aspect dans la décision s'explique sans doute par le fait que la première décision de la Commission, reprise quasiment à l'identique par la seconde décision de 2000, avait été adoptée en 1989, à une date à laquelle la jurisprudence n'avait pas encore consacré ce critère d'appréciation d'une position dominante (notamment arrêt du Tribunal du 10 mars 1992, SIV e.a. c/ Commission, T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. p. II-1403, pt 366 et, plus récemment, arrêt du Tribunal, 23 février 2006, Cementbouw c/ Commission, T-282/02, Rec. p. II-319, pt 230 et s.).

Toutefois, cette explication ne vaut pas justification et il n'était pas clair que, en droit, l'argument de la requérante ne puisse prospérer. En effet, c'est une propriété bien connue du droit jurisprudentiel que d'être "rétroactif". Plus précisément, on enseigne traditionnellement que les dispositions interprétées sont censées avoir toujours eu le sens qui leur est donné par la jurisprudence, fut-elle postérieure aux faits de la cause ou à la décision déferée. En l'occurrence, si l'appréciation d'une position dominante suppose la vérification que l'éventuelle puissance d'achat n'est pas de nature à compenser la puissance de l'entreprise dominante, cette vérification s'impose à la Commission, et ce quelle que soit la date de sa décision.

En outre, la prise en considération du pouvoir compensateur de la puissance d'achat est sinon explicitement prescrite du moins en pleine cohérence avec la définition de la position dominante donnée dès l'arrêt *United Brands*, selon laquelle constitue une caractéristique d'une position dominante "la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis [...] de ses clients" (CJCE, 14 février 1978, *United Brands c/ Commission*, 27/76, Rec. p. 207, pt 65 ; en ce sens aussi, citant l'arrêt *Michelin I*, O'Donoghue et R. Padilla, *The law and economics of article 82 EC*, Hart, 2006, p. 129). Dès lors l'arrêt rapporté aurait pu clarifier le statut de la puissance d'achat et préciser si cet examen est requis dans tous les cas ou, à tout le moins, si la Commission peut se dispenser de motiver sa décision sur ce point lorsqu'il est explicitement allégué. Malheureusement, le Tribunal préfère évacuer la question de droit par un argument d'espèce, en retenant que "à supposer que la Commission ait dû prendre en compte le critère du pouvoir compensateur des clients de la requérante, il résulte des pourcentages indiqués ci-dessus [selon lesquels les achats de Saint-Gobain, le plus gros acheteur, représentent environ 14 % de la production de Solvay et 16 % de ses ventes en Europe] que ni Saint-Gobain ni aucun autre de ses clients n'était en mesure de contrebalancer sa puissance de marché" (pt 303). On avouera ne pas être pleinement convaincu par cet argument. Sans préjuger de l'existence ou de l'absence en l'espèce d'une puissance d'achat de nature à discipliner le comportement de Solvay, l'unique argument pris de la part de la production de l'entreprise supposée dominante achetée par plus gros acheteur ne semble pas suffisant. Une entreprise disposant d'une forte ou même d'une très forte part de marché ne serait-elle pas quelque peu disciplinée dans l'hypothèse où, par exemple, les trois plus gros acheteurs acquerraient respectivement 14 %, 12 % et 8 % de sa production ? La part du plus gros acheteur n'est qu'une indication très partielle de la concentration des acheteurs, qui est le critère déterminant (en ce sens, O'Donoghue et R. Padilla, *op. cit.*, p. 130). Le Tribunal n'esquive donc pas seulement la question de droit qui lui était posée quant au statut de la puissance d'achat dans l'appréciation de la position dominante, il le fait de manière insuffisamment motivée.

## II. Rabais de fidélité : rien ne bouge

Des rabais et autres avantages destinés à fidéliser les clients ont fait récemment l'objet de la décision *Intel* de la Commission (citée supra). Dans cette décision, une ouverture à l'analyse des effets des rabais était perceptible (nos obs. citées supra). Dans l'affaire *Solvay*, qui présentait quelques similarités

factuelles avec l'affaire *Intel* (notamment les paiements directs de *Solvay* à ses clients fidèles, v. pt 324), rien de tel. L'arrêt *Solvay* du Tribunal enchaîne les formules reprises d'arrêts antérieurs sur les rabais, obscurités comprises.

Ainsi, une formule de l'arrêt *Michelin II* est-elle reprise dans toute son ambiguïté. Dans un premier temps, il est affirmé qu'"[u]n système de rabais qui a un effet de forclusion sur le marché sera considéré comme étant contraire à l'article 82 CE s'il est appliqué par une entreprise en position dominante" (TPICE, 30 septembre 2003, *Michelin c/ Commission*, T-203/01, Rec. p. II-4071, pt 57, nous soulignons). Ceci laisse à première vue entendre que l'effet d'éviction doit être démontré. Cependant, l'idée d'une telle exigence probatoire est immédiatement neutralisée par le rappel d'une présomption que l'on sait difficilement réfragable : "[p]our cette raison, la Cour a jugé qu'un rabais lié à la réalisation d'un objectif d'achat violait l'article 82 CE" (ibid. et pt 317 de l'arrêt rapporté). Le Tribunal reprend aussi la justification embarrassée de cette présomption, en réitérant là encore une formule de l'arrêt *Michelin II*, selon laquelle "les rabais de quantité sont [...] censés refléter des gains d'efficacité et des économies d'échelle réalisées par l'entreprise en position dominante" (pt 318, nous soulignons). Aussi bien, l'argument de la requérante sur le lien réel – plutôt que supposé – entre la structure des rabais et la structure des coûts (pt 308) n'est-il pas examiné. Si cet examen ne semble pas nécessaire au Tribunal, c'est qu'il raisonne (pt 326) selon la distinction critiquable mais établie de longue date entre, d'une part, rabais de quantité – présumés licites sauf si leur caractère fidélisant ou l'absence de justification économique sont établis (pts 319-320) – et, d'autre part, des rabais de fidélité – présumés abusifs dès lors qu'une intention de fidélisation est établie. En l'espèce, le fait que *Solvay* avait cherché à fidéliser ses clients n'était pas contesté. Les rabais sont donc jugés abusifs en raison de leur nature de rabais de fidélité.

Aucune mention des effets n'est à signaler, sinon un point, qui se trouve dans une partie de l'arrêt consacrée aux ristournes de groupe, laquelle n'appelle pas de commentaire en tant que telle (pts 342 et s). Le Tribunal y précise, en réponse à un argument de la requérante selon lequel la ristourne en cause, d'un montant minime (1,5 %) ne saurait avoir eu d'effet, que "même modeste, le montant d'un rabais de fidélité exerce une influence sur les conditions de la concurrence" (pt 355). On retiendra donc, pour une éventuelle analyse des effets des rabais dans le futur, qu'il n'y a pas de règle de minimis en la matière.

Outre les pratiques de rabais, la décision attaquée condamnait également *Solvay* pour des accords d'exclusivité. Sur ce point cependant, le moyen portait sur une question de fait et cette partie de l'arrêt n'appelle pas de commentaire particulier. En revanche, en ce qui concerne l'appréciation du caractère discriminatoire des pratiques reprochées à *Solvay*, on ne peut que déplorer le fait que le Tribunal réitère une jurisprudence que l'on avoue ne pas comprendre.

## III. Discrimination : la réitération d'une jurisprudence obscure

En ce qui concerne le caractère discriminatoire des pratiques reprochées à *Solvay*, le Tribunal se montre aussi très fidèle à la jurisprudence. Il se réfère principalement à l'arrêt

Portugal / Commission (CJCE, 29 mars 2001, Portugal / Commission, C-163/99, Rec. p. I-2613, spéc. pts 50 à 53), ce qui explique peut-être l’obscurité de l’arrêt sur la méthode d’appréciation du caractère discriminatoire des rabais de fidélité.

Le Tribunal commence par rappeler que les rabais de fidélité ne peuvent garantir une parfaite égalité entre les acheteurs, ce qu’on admettra sans difficulté. Ainsi, une même quantité – par exemple 100 tonnes de soude – ne coûtera pas, en moyenne, le même prix à un acheteur de faibles quantités et à un acheteur de quantités plus importantes, car le second bénéficiera de rabais plus élevés sur les quantités qu’il achète au delà d’un seuil que le premier acheteur n’atteint pas (par exemple 300 tonnes). Le rabais le plus élevé (sur la dernière tranche achetée) du gros acheteur se répercute sur la quantité totale achetée si l’on calcule le prix moyen de la tonne. En ce sens, comme le relève le Tribunal, “le seul fait que le résultat d’un système de rabais de quantité aboutisse à ce que certains clients bénéficient, sur des quantités données, d’un taux moyen de réduction proportionnellement plus élevé que celui accordé à d’autres clients par rapport à la différence de leurs volumes d’achat respectifs est inhérent à ce type de système et ne saurait à lui seul permettre d’en déduire que le système est discriminatoire” (pt 396). La discrimination abusive n’inclut donc pas les différences de traitement inhérentes à un rabais quantitatif.

Ce point étant acquis, le Tribunal souligne que, dans certaines conditions, un rabais de quantité peut néanmoins être discriminatoire. La difficulté porte sur l’identification de ces conditions. Le Tribunal distingue deux hypothèses dans lesquelles des rabais de quantités seront présumés discriminatoires. La première ne pose pas de difficulté conceptuelle, il s’agit du cas où un seuil de déclenchement du système de rabais est si élevé que seuls les plus gros acheteurs peuvent en bénéficier (pt 396). Dans ce cas, il est clair que les gros acheteurs sont mieux traités que les autres. La seconde hypothèse est plus mystérieuse : il s’agit de “l’absence de linéarité de l’augmentation du taux de rabais avec les quantités” (pt 396 in fine). Si l’on comprend bien, le Tribunal, après la Cour, énonce que, si les rabais évoluent par exemple comme suit : 5 % de 0 à 100 tonnes, 10 % de 101 à 200 tonnes, 15 % de 201 à 300 tonnes, etc. (soit une augmentation linéaire du taux de rabais en fonction des quantités), le système de rabais sera présumé justifié. En revanche, si les rabais évoluent, par exemple, comme suit : 5 % de 0 à 100 tonnes, 10 % de 101 à 200 tonnes, 20 % de 201 à 300 tonnes, 25 % au delà (soit une augmentation non linéaire du taux de rabais en fonction des quantités), le système sera présumé non justifié.

Au-delà des interrogations que l’on ne peut s’empêcher de nourrir sur le sens littéral de ce passage (le Tribunal voulait-il vraiment parler de la linéarité de l’augmentation du taux de rabais ou du taux de rabais ?), on peut, plus fondamentalement se demander comment il est possible de présumer qu’une certaine forme de la fonction de rabais est acceptable et une autre ne l’est pas si la justification réside dans la transmission des économies de coûts aux acheteurs via les rabais. En procédant ainsi, la Cour puis le Tribunal ne font-ils pas une hypothèse sur la forme “normale” des coûts ? Si tel est bien le cas, on regrettera que le juge de l’Union se comporte une fois encore en expert en cristallisant au passage

dans une règle de droit (une présomption) ce qui devrait relever d’un examen factuel au cas par cas (D. Gerber, “Courts as Economic Experts in European Merger Law”, Fordham Corp. L. Inst. 2004, p. 475-494). Autant il appartient au juge de dire les conditions auxquelles des rabais de quantités sont discriminatoires – par exemple le fait qu’ils ne reflètent pas des économies de coûts mais la volonté de favoriser certains partenaires – autant présumer implicitement ce qu’est une fonction de coût “normale” ne nous paraît pas relever de sa fonction.

Espérons donc qu’un prochain arrêt sur les rabais, peut-être dans l’affaire Intel, permettra au Tribunal à la fois de donner une place à l’analyse concrète des effets et de clarifier les obscurités de la jurisprudence, quitte à lui être moins fidèle.

A.-L. S. ■

## 2. JURISPRUDENCE ET PRATIQUE DÉCISIONNELLES NATIONALES

### PRÉDATION – RÉCUPÉRATION DES COÛTS – DISCRIMINATION : L’Autorité de la concurrence réaffirme sa position en matière d’utilisation du critère de récupération des coûts dans les stratégies de prix prédateurs

(Aut. conc., déc. n° 09-D-33 du 10 novembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Chep France dans le secteur de la location-gestion de bacs plastiques et de palettes)

L’Autorité de la Concurrence considère qu’une entreprise dominante ne peut rationnellement pas s’engager dans une stratégie de prédation si l’érosion de sa part de marché et la faiblesse des barrières à l’entrée font qu’elle ne saurait être en mesure de récupérer à terme le manque à gagner ou les pertes initialement consenties dans la première phase de la prédation.

La question de la possibilité de récupération des pertes occupe une large place dans les débats autour de la qualification comme prédatrices de certaines stratégies de prix des entreprises. Il n’existe de consensus sur la place à accorder à un tel critère ni entre les jurisprudences américaines et européennes ni entre la pratique décisionnelle européenne et la pratique interne (I.). À ce titre et bien qu’il s’agisse d’une décision de non-lieu, l’analyse de la position dominante et du comportement de l’entreprise Chep par l’Autorité de la concurrence (II.) constitue un point d’observation pertinent pour analyser le statut de la possibilité de récupération des pertes dans la pratique décisionnelle française quelques mois après l’arrêt Wanadoo de la Cour de justice (III.).

#### I. Le critère de la récupération dans la prédation : État des questions

Dans sa communication sur les orientations sur les priorités retenues pour l’application de l’article 82 du Traité CE (actuel article 102 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne), la Commission européenne considère qu’une entreprise s’engage dans une stratégie prédatrice si elle accepte de consentir à un sacrifice à court terme (en supportant

délibérément des pertes ou en renonçant à des bénéfices) en vue de maintenir ou de renforcer son pouvoir de marché (communication 2009/45/02, JOUE C 45 du 24 février 2009, p. 7), § 63. Un tel sacrifice est évalué sur la base du rapport entre les prix et les coûts évitables moyens, évaluation devant être renforcée par la mise en évidence de l'existence d'un plan de prédation mis en œuvre par l'entreprise dominante visant à une éviction anticoncurrentielle. Le critère de la capacité éventuelle de l'entreprise prédatrice à voir à terme son sacrifice initial compensé n'apparaît pas comme un critère central, à l'inverse de la démarche adoptée aux Etats-Unis. En effet, dans le cadre de la jurisprudence antitrust américaine (*Brooke Group Ltd c/ Brown and Williamson Tobacco Corp.*, 509US209, 1993), la prédation ne saurait être retenue que si l'entreprise dominante mettant en œuvre une stratégie d'éviction des concurrents sur une base autre que celle des mérites a de sérieuses chances de pouvoir récupérer à terme les fruits de son investissement initial, lequel prend la forme d'un manque à gagner si les prix s'établissent au-delà des coûts voire de pertes s'ils sont fixés en deçà. En effet, une stratégie de prix prédateurs peut se définir comme un investissement en pouvoir de marché.

Pour l'Autorité de la Concurrence française une stratégie de prédation se définit comme "la pratique par laquelle une entreprise en position dominante fixe ses prix à un niveau tel qu'elle subit des pertes ou renonce à des profits à court terme dans le but d'évincer ou de discipliner un ou plusieurs concurrents, ou encore de rendre plus difficile l'entrée de futurs compétiteurs sur le marché, afin ultérieurement de remonter ses prix pour récupérer ses pertes" (Cons. Conc., Rapport Annuel 2007, p. 221). Or, le critère de la probabilité significative d'être en mesure de récupérer ses investissements initiaux, pourtant central dans la rationalité économique même d'une stratégie de prédation, ne reçoit pas dans la jurisprudence communautaire le statut d'élément nécessaire à la qualification de prédation, comme en témoigne l'arrêt *Wanadoo de la Cour de justice (CJCE, 2 avril 2009, France Télécom c/ Commission, aff. C-202/07P, obs. Anne-Lise Sibony, cette chronique, Concurrences, n° 2-2009, p. 112-116)*. Cet arrêt a été rendu sur conclusions contraires de l'Avocat Général Mazák, qui avait essayé de promouvoir une lecture – orientée – de l'arrêt *Tetra Pak II*, selon laquelle l'exigence de démonstration d'une possibilité de récupération des pertes serait en réalité déjà présente dans la jurisprudence de la Cour. Une telle lecture pouvait conduire à un rapprochement des tests utilisés en Europe avec la démarche en vigueur aux Etats-Unis (*Gurpegui Ballesteros I. and Szarka A.*, "Predatory Pricing in the Telecoms Sector : the ECJ Rules on the Issue of Recouping Losses", *Competition Policy Newsletter*, n° 2009-2. Si au niveau européen, le débat semble pour l'heure tranché en faveur des tests actuels (tests de coûts et critère du plan de prédation), la situation en droit interne de la concurrence présente toujours une relative spécificité, issue des décisions *Eurostar* et *Glaxo* du Conseil de la Concurrence (déc. n° 07-D-39 du 23 novembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de personnes sur la route Paris-Londres et déc. n° 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire *GlaxoSmithKline France*). Cette spécificité tient à la place dévolue au critère de la récupération des pertes, lequel joue un rôle notable dans la décision *Chep*.

## II. Le comportement prédateur reproché à l'entreprise *Chep*, la fragilité de sa position dominante et la question de la possibilité de récupération des pertes

En l'espèce, l'Autorité de la concurrence a été saisie par le MINEFI, le 8 novembre 2006 suite à une plainte déposée par l'Interprofession des fruits et légumes à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société *Chep France* dans le domaine des palettes. Selon les plaignants, *Chep* aurait mis en œuvre une stratégie de prédation consistant à appliquer des tarifs abusivement bas jusqu'en 2002 (couplée avec une gestion pour le moins approximative de ses stocks et de ce fait favorable à ses clients). Il s'agissait, selon les plaignants, d'obtenir le retrait de son concurrent du marché de la gestion-location des palettes aux professionnels du secteur des fruits et légumes. À la suite de cette première phase, *Chep* aurait dès 2003 significativement augmenté ses tarifs et durci ses conditions commerciales au détriment de ses clients, désormais captifs. *Chep* se serait en outre rendue coupable de pratiques discriminatoires envers ces derniers.

La palettisation représente entre 5 et 7 % du budget logistique des entreprises, lequel peut s'élever de 8 à 20 % de leur chiffre d'affaires global. Si certaines palettes sont à usage unique (palettes dites perdues), d'autres sont destinées à de nombreuses rotations. Pour limiter leurs immobilisations financières et pour ne pas avoir à gérer les flux de palettes, certaines entreprises recourent à des entreprises de services donnant accès à des pools locatifs de palettes. Il s'agit d'entreprises louant les palettes, les mettant à disposition de l'émetteur (ou chargeur), assurant leur récupération auprès des destinataires (les distributeurs), leur relocalisation et prenant en charge l'entretien et la réparation des palettes. Dans un tel système le client n'a pas à se préoccuper du devenir des palettes expédiées, il lui suffit d'indiquer l'adresse de livraison au loueur. Le marché de la location-gestion des palettes présente quelques spécificités. À une offre extrêmement concentrée répond une demande des plus diversifiée et aux caractéristiques particulièrement hétérogènes. L'offre tout d'abord est constituée par trois opérateurs, *Chep* (*Commonwealth Handling Equipment Pool*), filiale d'un groupe australien, *IPP Logipal*, filiale du principal fabricant européen de palettes neuves situé aux Pays-Bas et *LPR*, groupe travaillant principalement avec la grande distribution. *Chep* apparaît comme l'opérateur dominant sur le marché en cause mais voit sa puissance de marché s'éroder significativement, sa part de marché passant de plus de 75 % à environ 55 % entre 2002 et 2007. La demande présente quant à elle une très forte hétérogénéité. 2 % des clients représentent à eux seuls 50 à 60 % du chiffre d'affaires quand 80 % des clients n'atteignent une part cumulée que de 12 %. Le marché concerné par les pratiques incriminées, les palettes utilisées par les professionnels du secteur des fruits et légumes, représentent 9 % des mouvements de palettes et 11 % du chiffre d'affaires des loueurs. Ce marché s'avère particulièrement spécifique du fait du très grand nombre de grossistes et des difficultés que rencontrent les loueurs en matière de responsabilisation des distributeurs, de pertes ou d'usages frauduleux de palettes (un distributeur peut être tenté d'utiliser les palettes pour ses besoins propres sans rémunérer le loueur) voire d'impayés.

Ces difficultés expliquent en partie la décision d'IPP de ne travailler avec les professionnels du secteur qu'à la condition qu'ils ne livrent que des grandes surfaces et peut être la décision de LPR de quitter le secteur, laissant donc Chep en situation de quasi-monopole. Or, selon les plaignants cette sortie aurait été suivie par un net changement dans les pratiques commerciales de Chep. Ce dernier aurait non seulement augmenté ses tarifs mais aussi appliqué un certain nombre de surcharges en fonction du degré de coopération des distributeurs auxquels les palettes sont adressées et du nombre de palettes stockées en moyenne par ces derniers. Les plaignants dénoncent une complexité tarifaire qui traduirait des pratiques discriminatoires en sus de la mise en œuvre d'une stratégie de prix prédateurs.

Dans sa décision, l'Autorité de la Concurrence met en exergue le caractère pour le moins précaire de la position dominante de Chep sur le marché de la location-gestion des palettes (déjà défini comme marché pertinent dans le cadre de l'avis n° 00-A-17 rendu par le Conseil de la Concurrence le 4 juillet 2000 relatif à un projet d'acquisition – au final abandonné – de LPR par Chep France) mais aussi la faiblesse des barrières à l'entrée qui protégeraient la position de Chep sur le marché de la location-gestion des palettes destinées au professionnels des fruits et légumes. En effet, il existe non seulement un certain degré de substituabilité avec les autres modes de gestion (pools privés) mais en outre, les deux concurrents de Chep pourraient sans délai ni investissement particulier entrer à nouveau sur ce segment de marché s'il apparaissait que Chep y réalisait des profits extra-concurrentiels.

La question qui était posée à l'Autorité de la Concurrence était donc de savoir si une entreprise dominante, dans une situation aussi précaire que celle de Chep France, était en mesure de mettre en œuvre une stratégie de prédation. Il convient en premier lieu de souligner que la jurisprudence communautaire considère qu'une entreprise qui voit ses parts de marché se réduire peut être considérée comme en position dominante (TPICE, 8 octobre 1996, *Compagnie maritime belge transports e.a. c/ Commission*, aff. T-24/93 à T-26/93, Rec., p. II-1201)). De la même façon, la réduction des parts de marché ne constitue pas une preuve irréfutable d'absence de mise en œuvre d'une stratégie de prédation. Celle-ci pourrait viser à ralentir l'érosion des parts de marché (Conseil de la Concurrence, *Rapport d'activité 2007*, p. 226). Cependant, l'examen de la position de marché de Chep pose la question de sa capacité à effectivement s'abstraire de la pression concurrentielle pour exercer son pouvoir de marché. D'où l'importance de l'évaluation de la capacité de l'entreprise suspectée de prédation de récupérer ses investissements initiaux.

Dans sa décision, l'Autorité de la Concurrence a repris le test de coûts mis en œuvre pour les décisions 07-D-09 et 07-D-39, issu de la règle d'Areeda-Turner (P. Areeda and D. Turner, "Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act", *Harvard Law Review*, volume 88, 1975, p. 697) et utilisé dans le cadre de la jurisprudence communautaire (CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO c/ Commission*, C-62/86, Rec. p. I-3359, pts 71-72). Comme le soulignait le Conseil de la Concurrence dans son Rapport Annuel 2007, la présomption selon laquelle les prix inférieurs à au coût variable moyen sont prédateurs peut être combattue par l'entreprise en

fournissant une explication alternative à son comportement (coûts d'apprentissage, réponse à un changement brutal des conditions de marché...). Il n'en demeure pas moins que, dans une telle situation, la charge de la preuve pèse sur l'entreprise. S'il apparaît par contre que le prix pratiqué s'établit entre les coûts variables moyens et les coûts moyens complets, "il incombe à l'autorité de concurrence de démontrer que la politique de prix de l'entreprise s'inscrit dans une stratégie d'éviction, c'est-à-dire un plan destiné à éliminer, discipliner ou décourager un concurrent".

Chep se situe, selon l'Autorité, dans ce second cas de figure. L'entreprise aurait certes systématiquement couvert ses coûts variables moyens mais pas constamment ses coûts complets. Or, toujours selon l'Autorité, il ne saurait exister de plan de prédation rationnel si le prédateur n'est pas en mesure de récupérer ses investissements initiaux en seconde phase. D'ailleurs, le résultat d'exploitation de Chep dans le marché en question demeure négatif dans ce qui est dénoncé par les plaignants comme cette seconde phase (2003-2007). Ainsi, selon l'Autorité, "en l'absence de tout autre élément, l'impossibilité de récupération des pertes permet de conclure à l'absence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent" (§ 110, p.23). Il apparaît donc que la possibilité de récupérer les pertes initiales est à nouveau utilisée par l'Autorité comme un critère permettant de conclure sur la plausibilité même d'une stratégie de prédation.

Avant de s'attacher plus particulièrement à la question de la possibilité de récupération des pertes, il convient d'aborder succinctement la position de l'Autorité de la Concurrence sur une seconde pratique alléguée par la partie saisissante. Il est reproché à Chep d'avoir également mis en œuvre des pratiques discriminatoires. L'Autorité considère que les différences de traitement entre ses différents clients sont pleinement justifiées dès lors qu'elles ne traduisent que les différences de coûts induits par les différentes catégories de clients. Ainsi, introduire des modulations en fonction du degré de coopération des distributeurs ou du nombre de palettes reçues dans l'année ne fait qu'introduire une tarification incitative dont l'effet est de nature pro-concurrentielle.

### III. La place de la possibilité de récupération dans le raisonnement de l'Autorité

La prise en considération du critère de la récupération des investissements distingue l'approche interne de la position européenne. Si la possibilité de récupération devait être pris en considération, il conviendrait également de s'interroger sur l'agencement optimal des différentes phases des tests susceptibles d'être utilisés en la matière par les autorités de concurrence.

Tout d'abord, la démarche retenue par l'Autorité de Concurrence traduit encore une spécificité vis-à-vis de la position communautaire, réaffirmée dans l'arrêt France Télécom du 2 avril 2009. Dans l'affaire en question, il était reproché à Wanadoo Interactive d'avoir pratiqué des tarifs ne lui permettant pas de couvrir ses coûts moyens variables avant août 2001 puis d'avoir établi ces derniers jusqu'en octobre 2002 entre ces derniers et le coût total moyen. Cette stratégie selon la Commission (décision du 16 juillet 2003),

suivie en ceci par le TPICE (arrêt 30 janvier 2007, T-340/03) et enfin la CJCE (arrêt du 2 avril 2009) aurait eu pour objet de préempter un marché naissant, celui de l'accès Internet haut débit via la technologie ADSL. France Télécom arguait de l'incapacité dans laquelle elle se serait trouvée de recouvrer les fruits d'une éventuelle prédation. Ceci mettait en cause l'existence même d'un plan rationnel de prédation. Notons au passage que cette dernière est appréciée par les autorités communautaires à travers des éléments matériels témoignant d'une intention prédatrice ou d'un faisceau d'indices mettant en lumière l'absence de toute autre justification économique à la pratique incriminée. La Cour a réaffirmé, après ses précédents arrêts sur la question (CJCE, 3 juill. 1991, *Akzo c/ Commission*, aff. C-62/86, Rec., p. I-3359 et CJCE, 14 nov. 1996, *Tetra Pak c/ Commission*, aff. C-333/94, Rec. p. I-5951), que la possibilité de récupération des pertes subies du fait de l'application par une entreprise dominante ne constitue pas une condition nécessaire afin d'établir le caractère abusif d'une politique de prix. Ainsi, la Cour ne fait pas de la possibilité de récupération des pertes un élément nécessaire à la qualification de prédation (Anne-Lise Sibony, op. cit.) mais admet cependant que "la Commission puisse considérer une telle possibilité de récupération des pertes comme étant un élément pertinent dans l'appréciation du caractère abusif de la pratique en question, en ce qu'elle peut contribuer, par exemple à exclure, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables, des justifications autres que l'élimination d'un concurrent, ou à établir, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent".

Il n'en demeure pas moins que le critère de l'intention prédatrice demeure un critère de fond pour qualifier les pratiques et que celui-ci n'intervient qu'une fois les tests de coûts réalisés. La première question qu'il serait possible de se poser tient à la place accordée aux "intentions" dans l'approche européenne. L'approche américaine, influencée en ceci par l'École de Chicago (et la philosophie pragmatiste américaine), considère la question des intentions avec la plus grande méfiance. En effet, pour ces derniers, notamment Friedman, "les raisons d'agir sont inconnues car elles sont inobservables" (Samuel Ferey, *Une histoire de l'analyse économique du droit. Calcul rationnel et interprétation du droit*, Bruylant, collection Droit & Économie, Bruxelles, 2008, p. 26). De la même façon, la jurisprudence concurrentielle américaine met l'accent sur les risques liés à la difficulté de distinguer entre les disparitions de concurrents résultant d'une concurrence par les mérites et les évictions liées à des pratiques anticoncurrentielles (Kolasky W.J., "What is competition? A comparison of US and European Perspectives", *The Antitrust Bulletin*, Spring-Summer 2004, p. 29-53). À ce titre, les intentions constituent une notion pour le moins périlleuse, dans la mesure où le processus de concurrence lui-même est animé par la volonté des firmes d'évincer leurs rivales pour acquérir un pouvoir de marché (pour reprendre la position du juge Frank Easterbrook dans la décision de la Cour d'appel du 7<sup>ème</sup> Circuit de 1989, *AA. Poultry Farms Inc c/ Rose Aue Farms Inc* (881 F.2d 1396-1401, "Firms intend to do all the business they can, to crush their rival if they can [...] To penalize this intent is to penalize competition itself").

La deuxième question qui pourrait être posée est celle de la place souhaitable du critère de la récupération des coûts vis-à-vis des tests de coûts que mettent en œuvre tant l'Autorité de la Concurrence française que les autorités communautaires. Comme le note Anne-Lise Sibony (op. cit., p. 114), les critères de coûts issus de l'arrêt *Akzo* demeurent des "critères de vraisemblance de l'intention prédatrice". Il ne s'agit donc pas de critères de fond mais d'indices permettant d'étayer l'hypothèse d'un plan de prédation. Prendre en compte, à titre liminaire, la possibilité de récupération permettrait de faire l'économie de telles évaluations des rapports entre les prix et les coûts. La prédation pourrait être d'emblée exclue dans des cas où la récupération apparaît comme une hypothèse peu vraisemblable du fait des spécificités des conditions de marché (Anne-Lise Sibony, op. cit., p. 113). Il serait donc utile, dans le cadre de la démarche initiée par le Conseil de la Concurrence en 2007 et réaffirmée dans la présente décision, de renverser l'ordre de la démarche et de n'envisager les critères de coûts qu'une fois la condition de récupérabilité des investissements satisfaite.

Une troisième et dernière question posée par la démarche suivie par l'Autorité de la Concurrence concerne ces mêmes critères de coûts. À l'instar de la démarche adoptée aux États-Unis, le recours à des règles de décision fondées sur la confrontation des prix et des coûts conduit à ne pas retenir de possibilité de prédation – sauf circonstances exceptionnelles – s'il apparaît que les prix pratiqués s'établissent au-delà du coût moyen complet (Cons. Conc., Rapport d'activité 2007, p. 223). Or, la prédation ne suppose en rien le consentement à une perte, il peut ne s'agir que de la renonciation à un profit potentiel. Il conviendrait peut être plus d'apprécier la vraisemblance d'un plan de prédation à partir des anticipations formées par le prédateur sur les coûts et la capacité de résistance de sa proie qu'à partir du rapport entre ses coûts propres et le prix qu'il impose.

F. M. ■

**EXCLUSIVITÉ – ENGAGEMENTS : L'Autorité de la concurrence accepte des engagements relatifs à des clauses d'exclusivité** (*Aut. conc.*, déc. n° 09-D-32 du 26 octobre 2009 relative des pratiques mises en œuvre par la société Photomaton)

On se souviendra que dans sa décision du 3 juillet 2008 (Cons. Conc., déc. n° 08-D-32 du 3 juillet 2008, *Photomaton*, comm. A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 4-2008, p. 90), le Conseil de la concurrence (le "Conseil") avait rejeté la demande de mesures conservatoires présentée contre Photomaton mais avait poursuivi l'instruction au fond afin de déterminer si les clauses d'exclusivité figurant dans les contrats de location de cabines de photographie d'identité n'instauraient pas une barrière artificielle à l'entrée et au développement sur le marché de la location d'emplacements pour ces équipements.

Le Conseil avait eu dans cette décision l'occasion de rappeler sa méthode d'analyse des clauses d'exclusivité figurant dans des contrats conclus avec une entreprise en position dominante (cf. notamment Cons. Conc., déc. n° 07-MC-01 du 25 avril 2007, société *KallibraXE*, commentaire A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 3-2007, p. 99).

La décision de rejet de mesures conservatoires de juillet 2008 ne laissait planer aucun doute sur le caractère abusif des clauses d'exclusivité en question avec près de neuf pages d'analyse fouillée (voir § 52 à 96 de la déc. n° 08-D-32). Alors même que la charge de la preuve du caractère potentiellement anticoncurrentiel des pratiques a été largement assouplie par la Cour d'appel en matière de mesures conservatoires depuis 2004, on a vu se développer une pratique décisionnelle de l'Autorité tout à fait volontariste en vue d'aboutir à ce que les

sa tacite reconduction, sa date de "prise d'effet", qui était décalée au jour de l'installation de la cabine ce qui permettait une prolongation artificielle du contrat ainsi que des primes liées à l'exclusivité.

La solution proposée par la société Photomaton présente l'avantage de la simplicité : la suppression ou la modification radicale de l'ensemble des clauses contestées, ainsi que le résume le tableau ci-dessous :

Clause critiquée	Proposition d'engagement	Engagement accepté in fine
<b>Exclusivité</b>	Suppression des clauses d'exclusivité à l'occasion de la signature de tout nouveau contrat	Suppression des clauses, l'Autorité faisant ajouter la suppression de "tout mécanisme produisant des conséquences juridiques similaires" à l'occasion de la signature de tout nouveau contrat (§ 51)
<b>Durée (pouvant dépasser 5 ans)</b>	Limitation à 3 ans (sauf pour les appels d'offres où le contractant exige une durée supérieure)	Limitation à 3 ans sauf pour les appels d'offres où le contractant exige une durée supérieure, l'Autorité faisant préciser que la notion d'appel d'offres et indiquant que cette exception ne peut s'appliquer à la conquête de la clientèle diffuse (§ 56)
<b>Tacite reconduction (renouvellement par périodes identiques)</b>	Reconduction tacite par périodes d'un an	Reconduction tacite par périodes d'un an (§ 64).
<b>Date de "prise d'effet" du contrat (à la date de livraison du matériel)</b>	"Prise d'effet" du contrat : à la date de sa signature sur base du matériel désigné dans le contrat. L'ajout d'un nouveau matériel doit faire l'objet de la signature d'un autre contrat	"Prise d'effet" du contrat à la date de sa signature sur la base du matériel désigné dans le contrat l'Autorité faisant préciser que le remplacement d'une cabine en cours de contrat ne permettra pas de faire signer un nouveau contrat (§ 66)
<b>Octroi d'une "prime d'exclusivité" au détenteur d'emplacement</b>	Suppression de tout système de prime	Suppression de tout système de prime, l'Autorité ayant fait réduire le champ de cet engagement aux primes "d'exclusivité" (§ 52)

parties en cause optent pour une procédure d'engagements (voir par exemple les affaires ayant donné lieu aux déc. Cons. Conc., n° 07-MC-03 du 7 juin 2007 et n° 08-D-21 du 7 octobre 2008, Solutel ou encore Cons. Conc., n° 07-MC-04 du 28 juin 2007 et n° 07-D-43 du 10 décembre 2007, Direct Énergie). Le résultat escompté s'est réalisé en l'espèce puisque la société Photomaton a proposé des engagements afin de remédier aux problèmes de concurrence identifiés par le Conseil puis par le rapporteur dans les "préoccupations de concurrence" formulées lors de la procédure au fond (§ 33, qui renvoie d'ailleurs largement à la décision de juillet 2008).

Ces "préoccupations de concurrence" concernaient différentes clauses et modalités du contrat de location des cabines qui accroissaient ce que l'étude thématique du Conseil de 2007 appelait la "viscosité" du marché (Rapport annuel 2007, p. 92) : la clause d'exclusivité en elle-même, qui empêchait l'installation de cabines de concurrents de Photomaton dans tous les points de vente concernés, la durée du contrat qui pouvait aller jusqu'à 5 ans (voire parfois plus),

L'Autorité est entrée dans un luxe de détail important en vue de faire préciser ou faire amender les engagements contractuels proposés comme en témoigne les aménagements finalement apportés (décrits dans la colonne 3 du tableau ci-dessus). On relèvera que certains engagements peuvent parfois être réduits dans leur portée, l'Autorité ayant constaté que l'un d'entre eux "dépassait ce qui était pertinent et nécessaire pour répondre aux préoccupations de concurrence" (§ 52). Ainsi la suppression de tout système de prime initialement proposée a été remplacée par un engagement de suppression de tout système de prime d'exclusivité.

L'une des principales critiques adressées aux engagements proposés par Photomaton par les deux sociétés ayant répondu au test de marché concernait l'application dans le temps de ces engagements. En effet, pour Photomaton, ces modifications (à l'exception de celle portant sur la limitation de la durée des contrats qui avait fait l'objet d'une modification plusieurs mois avant la proposition d'engagements) étaient destinées à être appliquée au fur et à



mesure de la signature de nouveaux contrats. Or, dans la mesure où l'on sait que de nombreux contrats ont une durée de 5 ans, voire plus, les effets anticoncurrentiels relevés par l'Autorité pouvaient se prolonger dans le temps, même s'ils allaient en s'atténuant progressivement au fur et à mesure de la signature de nouveaux contrats. On comprend dans ces conditions que l'une des sociétés ayant répondu au test de marché ait demandé une "annulation pure et simple de la clause d'exclusivité sur les contrats signés avant novembre 2008" (§ 76).

Or, le droit de la concurrence se heurte ici au droit civil : comme le relève l'Autorité, pour modifier un contrat en cours l'accord du cocontractant est nécessaire et l'entreprise ne peut pas s'engager à l'obtenir (§ 79). Certes, il aurait pu théoriquement être possible d'appeler les cocontractants dans la procédure (voir sur ce point le communiqué de procédure du 2 mars 2009 relatif aux engagements en matière de concurrence, § 38), mais l'Autorité relève qu'une telle solution n'aurait pas été réaliste (§ 80). Dans ces conditions, "les seules possibilités réelles pour Photomaton de mettre en œuvre ses engagements à bref délai et de renforcer leur effectivité transitoire" consistent à ne pas s'opposer à une demande de levée de l'exclusivité formulée par un cocontractant, Photomaton s'engageant par ailleurs à diffuser une circulaire à ses clients les informant des modifications contractuelles et leurs modalités. On relèvera enfin que l'une des sociétés demandait que Photomaton donne à ses concurrents des informations sur ses contrats arrivant à échéance dans les 6 prochains mois. L'Autorité rejette assez nettement cette demande en indiquant qu'elle aboutirait à donner aux concurrents de Photomaton des "informations stratégiques" (§ 88). Elle rappelle à cette occasion que l'entreprise dont le comportement a suscité des préoccupations de concurrence prend des engagements (qui modifient parfois substantiellement son business model) et qu'il revient alors aux concurrents d'être actifs et de procéder à une veille concurrentielle (plutôt que de se voir divulguer des informations sensibles) les clients devant ensuite faire jouer la concurrence à leur avantage en se signalant aux différents opérateurs (§ 88). On peut cependant se demander si une telle mesure exceptionnelle de police du marché et de transparence, en la limitant à une durée transitoire, n'aurait, au contraire, pas été bienvenue dans un secteur où le plaignant est en liquidation judiciaire et où la domination du leader sera très difficile à contester en l'absence de possibilité pour les concurrents de savoir à quelle date les contrats se renouvelleront.

A.W. – B. T. ■

**ABUS – EXCLUSIVITÉ – MONOMARQUISME – EFFET DE RÉSEAU – CISEAU TARIFAIRE : L'Autorité de la concurrence inflige conjointement et solidairement à France Telecom et à Orange Caraïbes une amende de 52,5 millions d'euros au titre de la violation des articles L. 420-1 C. com. et 82 CE par des pratiques de distribution exclusive et par ailleurs sanctionne individuellement à hauteur de 10,5 millions d'euros des pratiques de ciseau tarifaire de France Telecom** (*Aut. conc., déc. n° 09-D-36 du 9 décembre 2009, relative à des pratiques mises en œuvre par Orange Caraïbe et France Télécom sur différents marchés de services de communications électroniques dans les départements de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane*)

Dans une nouvelle décision sur des pratiques relevées dans le secteur de la téléphonie mobile outre mer, l'Autorité de la Concurrence condamne d'une part solidairement France Télécom et sa Filiale Orange Caraïbes pour des pratiques d'exclusivité (I.) et de tarification discriminatoire (II.) et d'autre part France Télécom pour des pratiques de ciseau tarifaire (III.). La distinction entre condamnation solidaire de l'entité économique unique formée par la société mère et sa filiale mérite une attention particulière, en ce que, pour la première fois, l'Autorité adopte le raisonnement du droit européen sur la question de l'imputabilité (IV.)

## I. Exclusivité abusive

Orange Télécom, premier entrant sur le marché de la téléphonie mobile dans les départements d'Outre mer, avait opté pour la distribution de ses services et terminaux pour un système de distribution exclusive. Les revendeurs indépendants s'engageaient à ne commercialiser que la marque Orange Télécom. Ils étaient à cet égard liés par une clause d'exclusivité assortie de fortes pénalités. Suspendue à titre de mesure provisoire (déc. 04-MC-02 du 9 décembre 2004), la clause n'en avait pas moins produit des effets structurants sur la distribution des produits et services de téléphonie mobile. C'est ce que constate l'Autorité dans la décision rapportée, qui statue au fond (spéc. pts 250 et s.).

Pour parvenir à cette conclusion, l'Autorité s'attache aux effets du monomarquisme organisé par Orange Télécom (pt 249 et s.). Elle relève que, en tant que premier entrant, Orange Télécom s'était naturellement tournée vers les distributeurs indépendants qui jouissaient des meilleurs emplacements. Dans un contexte de relative rareté des distributeurs indépendants adaptés, il en est résulté un effet de verrouillage au détriment des entrants ultérieurs, dont l'accès au marché a ainsi été entravé (pt 254). Ces opérateurs ont dû se contenter de boutiques non spécialisées ou trop petites, ce qui a pu nuire à leur image de marque.

L'effet d'entrave étant établi, l'Autorité envisage les justifications au monomarquisme (pt 260 et s.). Une attention particulière est accordée à la justification classique en matière de restrictions verticales, à savoir la volonté de se prémunir contre le parasitisme des concurrents, qui pourraient, en l'absence de telles restrictions, profiter d'investissements promotionnels auxquels ils n'ont pas contribué. À cet égard,

Orange Télécom mettait en avant les investissements qu'elle avait réalisés auprès des distributeurs exclusifs, notamment pour l'aménagement de leurs boutiques et la promotion des services. L'autorité rejette l'argument pour deux raisons. Tout d'abord, tous ces investissements n'étaient pas de nature à être parasités. À cet égard, l'investissement dans une boutique (parasitable en l'absence d'exclusivité) n'est pas à considérer comme l'investissement (non parasitable) dans la promotion des services propres d'Orange Télécom. En second lieu et de manière complémentaire, les investissements en cause étaient bien trop faibles (0,6 % du résultat net sur la période considérée) pour justifier une clause d'exclusivité de durée illimitée et assortie d'une clause de non concurrence de deux ans. L'effet de verrouillage constaté est donc jugé manifestement disproportionné aux investissements consentis.

## II. Tarification discriminatoire

Le second grief retenu à l'égard d'Orange Caraïbe (et de France Télécom, v. infra) concerne la différenciation tarifaire pratiquée entre les communications mobiles à destination d'appelés utilisant le réseau du même opérateur (appels on net) et celles à destinations d'appelés utilisant le réseau d'un autre opérateur (appels off net). Ironiquement, France Télécom est ici condamnée pour une pratique identique à celle qu'elle reproche à son concurrent SRR à Mayotte et à la Réunion dans une affaire encore à l'instruction au fond (Aut. Conc., déc. n° 09-MC-02 du 16 septembre 2009, obs. Anne-Lise Sibony, Concurrences, n° 4-2009, p. 121-122).

Conformément à une pratique décisionnelle déjà fournie, l'Autorité juge abusive cette différenciation tarifaire de la part de l'opérateur dominant. L'effet anticoncurrentiel résulte d'un effet dit de réseau ou de club. Citant un document de l'OCDE, l'Autorité définit cet effet dans les termes suivants : "il y a des effets directs de réseau lorsque l'avantage qu'un consommateur tire d'un produit augmente non seulement avec la quantité qu'il/elle consomme, mais avec le nombre d'autres personnes qui le consomment également" (pt 341). En matière de télécommunications mobiles, un tel effet se constate aisément. Il est d'autant plus important que la différence entre la part de marché de l'opérateur dominant et celle des autres opérateurs est importante et que la différence de tarifs entre les appels on net et off net est importante (pt 344). En effet, en cas de forte asymétrie de la taille des réseaux et de forte différenciation tarifaire, les abonnés ont une forte incitation à choisir le réseau dominant.

Selon une pratique rédactionnelle qui semble désormais établie, et dont il faut se réjouir, l'Autorité, après avoir établi que la pratique examinée est de nature à restreindre la concurrence, s'attache dans une section autonome à caractériser l'effet concret des pratiques en l'espèce (pts 340 et s.). À cet égard, l'Autorité estime les effets de la différenciation tarifaire difficiles à quantifier isolément (pt 350), mais relève qu'ils sont réels et ajoute que cette différenciation tarifaire a en outre eu pour effet de ternir l'image des opérateurs concurrents, les faisant passer pour des opérateurs "chers à appeler" (pt 351 et s.). Elle souligne également l'effet de cette pratique tarifaire sur les revenus des opérateurs concurrents,

qui sont diminués par la réticence des abonnés d'Orange Télécom à appeler ou à appeler longtemps des abonnés d'autres réseaux (pts 354 et s.).

Passant enfin à l'examen des justifications, l'Autorité rappelle qu'une certaine différenciation tarifaire entre les appels on net et off net peut se justifier dans le cas où les coûts de terminaison d'appel (facturés par l'opérateur du réseau de l'appelé à l'opérateur du réseau de l'appelant) sont plus élevés pour les appels sortant du réseau que pour les appels intra-réseau. Toutefois, en l'espèce, la comparaison des charges de terminaisons d'appel et de l'écart de tarif on net et off net pratiqués par Orange Télécom disqualifie cette justification (pts 358 et s.) La différenciation tarifaire est donc abusive. France Télécom est cependant prise à son propre jeu de différenciation tarifaire, à travers l'abus consistant dans une pratique de ciseau tarifaire, qui lui est spécifiquement imputable.

## III. Les pratiques de ciseau tarifaire

La différenciation tarifaire, si elle était avantageuse pour France Télécom sur le marché des télécommunications mobiles, l'était un peu moins de son point de vue d'opérateur fixe proposant des offres fixes vers mobiles ou des offres intégrant de telles prestations. En cette capacité, et pour remporter une commande publique, France Télécom avait recouru à un montage dit de "hérissron", consistant à faire passer l'appel fixe vers mobile vers une carte SIM du réseau appelé, de façon à bénéficier du tarif on net de l'opérateur appelé (pt 118). Selon l'Autorité, ce type de mécanisme, peu pérenne et peu sûr, n'était pas réellement disponible pour les opérateurs concurrents, qui n'étaient dès lors pas en mesure d'offrir une offre comparable à celle proposée par France Télécom, car ils se trouvaient pris dans un ciseau tarifaire. Pour l'appréciation de cet effet, l'Autorité applique la définition retenue par la Cour de cassation conformément à la jurisprudence européenne (Cass. com., 3 mars 2009, SFR et France Télécom, n° 08-14.435 et 08-14.464, obs. Anne-Lise Sibony, Concurrences, n° 2-2009, p. 118-120). De même que dans l'affaire SFR, où le mécanisme du re-routage avait été qualifié de détour financièrement avantageux mais techniquement aberrant et de ce fait considéré comme ne constituant pas une alternative sérieuse à l'accès à une infrastructure essentielle, le mécanisme dit du hérissron n'est pas considéré comme une alternative réelle à l'interconnexion directe (pt 396). Dès lors, la condition relative au caractère indispensable des prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise verticalement intégrée est remplie et l'effet d'éviction de la pratique de ciseau tarifaire est présumé (pt 398)

## IV. Une condamnation solidaire au visa du droit européen

L'Autorité condamne solidairement France Télécom – société mère – et Orange Télécom – sa filiale – pour plusieurs des chefs d'abus retenus. Le passage de la décision relatif à l'imputabilité des pratiques (pts 407 et s.) est motivé de manière particulièrement soignée, sans doute parce que l'Autorité s'avance ici sur un terrain encore peu exploré en droit interne. En effet, et comme l'autorité le rappelle dans sa décision, la

pratique décisionnelle et la jurisprudence française ont fait preuve jusqu'ici d'une assez grande retenue lorsqu'il s'est agi d'imputer à une société mère des violations du droit de la concurrence mises en œuvre par une filiale (pts 408 et s.). En droit français, les actes d'une filiale lui sont en principe imputables, le critère déterminant étant une autonomie dans la mise en œuvre des pratiques reprochées. À l'inverse, la pratique décisionnelle de la Commission et la jurisprudence de l'Union ont admis beaucoup plus facilement la responsabilité d'une société mère pour les agissements d'une filiale (pts 411 et s.). Le principe est en effet, à l'opposé du principe français, celui de l'imputabilité à la société mère dès lors que les deux sociétés forment une unique entité économique, l'existence d'une telle entité n'étant pas empêchée par une autonomie de la filiale dans la mise en œuvre d'une stratégie décidée au niveau du groupe.

Pour retenir la responsabilité de France Télécom en tant que société mère pour les agissements de sa filiale Orange Caraïbes, l'Autorité prend donc soin d'exposer que les abus en cause sont caractérisés non seulement au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce, mais aussi au titre de l'article 102 TFUE (ex-82 CE). Dès lors, il convient d'appliquer le droit de l'Union dans tous ces éléments (la décision, datée du 9 décembre est postérieure à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, aussi emploie-t-on la nouvelle terminologie, à l'instar de l'Autorité elle-même, qui emploie la nouvelle numérotation). Or, expose l'Autorité, le droit matériel de l'Union ne régit pas uniquement les conditions de fond de l'infraction, mais aussi son champ d'application, à travers la notion d'entreprise notamment (pt 423).

En l'espèce, Orange Télécom était détenue, au cours de la période considérée en quasi-totalité par France Télécom, ce qui suffit, en application de la jurisprudence européenne, à établir que les deux sociétés formaient une unique entité économique ou entreprise (V. en dernier lieu : CJCE, 10 septembre 2009, Akzo Nobel e.a. / Commission, C-97/08 P, non encore publié au Recueil, pts 58-60 ; TPICE, 30 septembre 2009, T-168/05, Arkema / Commission, non encore publié au Recueil, pt 71, Adde (en matière de cartels) : James Bourke, Parental Liability for Cartel Infringements, Competition Policy International, nov. 2009).

Le raisonnement suivi par l'autorité nous paraît irréprochable. En particulier, le principe d'autonomie procédurale ne saurait être invoqué pour maintenir la jurisprudence française contraire au droit de l'Union, notamment parce que la question de l'imputabilité d'une pratique est, comme le souligne la décision rapportée, une question de fond, régie par le droit de l'Union, et non une question de procédure, laissée au droit des États membres. Restera pour la Cour d'appel à décider, sous le contrôle de la Cour de cassation, si les règles d'imputabilité seront les mêmes lorsque le seul droit français est applicable à une pratique anticoncurrentielle. Cette question pourrait du reste avoir des répercussions en matière d'indemnisation des victimes de pratiques anti-concurrentielles. En cas de non-alignement du droit français sur le droit commun, les victimes de pratiques de portée purement interne pourraient se trouver dans une position moins favorable que les victimes de pratiques de dimension européenne.

A.-L. S. ■

**ABUS EXCLUSION – DISCRIMINATION – THÉORIE DES FACILITÉS ESSENTIELLES : L'Autorité de la concurrence rejette une saisine dénonçant des pratiques d'éviction anticoncurrentielle et de discrimination à l'encontre de réparateurs indépendants** (Aut. conc., déc. n° 09-D-37 du 10 décembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la réparation de véhicules industriels, de moteurs de bateaux et d'engins de travaux publics)

L'Autorité de la Concurrence rejette la saisine d'un réparateur indépendant de véhicules industriels arguant d'un accès insuffisant et discriminatoire en matière technique et tarifaire à des informations essentielles pour exercer son activité sur des moteurs de marque Volvo.

Alors que les prestations liées au service après vente automobile représentent 40 % du coût global d'un véhicule (Cons. Conc., déc. n° 07-D-31 du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Automobiles Citroën) et que cette part tend à s'accroître du fait de la complexification technique de ces derniers, l'accès au marché des réparateurs indépendants peut être remis en question par la sophistication des systèmes électroniques nécessitant l'accès à des bases de données et logiciels propriétaires développés par les constructeurs. Au minimum, un risque d'accès dans des conditions discriminatoires aux points de vue techniques et tarifaires peut se faire jour entre les réseaux de réparateurs agréés et les réparateurs indépendants. Dans cet esprit, le Règlement européen 1400/2002 vise notamment à créer les conditions d'une réelle concurrence sur le marché des services de réparation et d'entretien des véhicules automobiles.

Il s'agit, tout en accordant un certain nombre d'exemptions, tenant par exemple à certains organes de sécurité, de rejeter certaines restrictions caractérisées constitutives de clauses noires. Les réparateurs indépendants, fabricants de composants, éditeurs de données techniques et concepteurs d'outils de diagnostic multimarques doivent pouvoir accéder à des données et fonctionnalités essentielles leur permettant de poursuivre leur activité sur le marché (voir dans de même sens le Règlement CE n° 715/2007 du 20 juin 2007 relatif à la réception des véhicules à moteur au regard des émissions des véhicules particuliers et utilitaires légers (Euro 5 et Euro 6) et aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules, lequel rend notamment obligatoire à compter du 3 janvier 2009 la divulgation d'un ensemble d'informations sur les systèmes de diagnostic embarqués).

Les difficultés d'accès à de telles ressources logicielles et informationnelles peuvent également être lues sous l'angle de la théorie des facilités essentielles. Un refus d'accès objectif ou implicite (sous la forme de conditions d'accès discriminatoires ou imparfaites) peut permettre à un constructeur, détenteur d'un pouvoir de monopole conféré par des droits de propriété intellectuelle – en l'occurrence les données relatives à ses propres véhicules –, d'évincer du marché des concurrents de ses propres activités de réparation aval. L'existence de tel pouvoir de marché lié à la maîtrise des données et outils logiciels relatifs à la maintenance des véhicules de chaque marque peut donner aux constructeurs les moyens d'étendre par l'intermédiaire d'une stratégie de levier anticoncurrentielle leurs positions monopolistiques du marché des véhicules neufs de leur marque à celui – de plus en plus rémunérateur – de leur maintenance.

C'est dans ce cadre que peut être analysée la saisine de la société Grafeuille à l'encontre de Volvo Trucks et de Volvo Construction Equipment Europe en date du 3 avril 2009 et initialement accompagnée d'une demande de mesures conservatoires. Grafeuille est un réparateur multi-marques de véhicules industriels. Son activité consiste notamment en des opérations de reconstruction de moteurs se traduisant par le remplacement des composants d'origine usés par des pièces adaptables pouvant provenir d'autres fabricants. Il ne réalise que 2,5 % de son chiffre d'affaires sur des organes de marque Volvo.

Ce réparateur dénonçait des conditions d'accès aux informations techniques nécessaires à la réparation des véhicules industriels et moteurs de bateaux et d'engins de travaux publics de marque Volvo. En particulier, les informations délivrées par Volvo dans le cadre d'un contrat de licence pour le logiciel Impact on Line seraient incomplètes. Ceci empêcherait les réparateurs indépendants de pleinement concurrencer les réparateurs agréés. La licence sur le logiciel de Volvo serait en outre trop onéreuse par rapport aux licences acquises auprès des autres constructeurs – ce qui laisserait craindre des stratégies de compression de marge.

À première vue, l'affaire faisait écho à la saisine des sociétés Autodistribution et AD Net relative à des pratiques de Citroën (déc. n° 07-D-31 du 9 octobre 2007), voire à des contentieux liés à l'accès à des facilités essentielles, à l'instar de la décision 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 (Obs. Anne-Lise Sibony, Concurrences, n° 2-2009, p. 124-125). Il s'agit d'ailleurs de deux décisions qui ont donné lieu à des engagements comportementaux. Dans les deux cas, ces mesures correctives visaient à garantir un accès non discriminatoire des tiers à des ressources jugées comme essentielles dans la mesure où la poursuite de leur activité était conditionnée à leur accès. L'argument des facilités essentielles perce d'ailleurs dans la saisine : “dès lors que Volvo détient les droits de propriété intellectuelle sur des informations techniques relatives à ses véhicules [...] cette société est en position dominante sur les marchés des informations techniques relatives à ses véhicules pour les éditeurs et les réparateurs” (§ 5).

La comparaison entre ces différentes affaires s'arrête cependant bien vite dans la mesure où l'entreprise plaignante – qui s'était d'ailleurs entre temps désistée de sa demande de mesures conservatoires – n'a pas, selon les termes mêmes de l'Autorité, “[fourni] un minimum d'informations et d'explications crédibles et vérifiables afin qu'une instruction puisse être poursuivie à bon escient” (§ 44). Il n'en demeure pas moins que l'affaire présente un intérêt quant à ses liens possibles avec les orientations publiées la Commission en février 2009 quant aux pratiques d'éviction menées par des entreprises dominantes, notamment en matière de stratégies de refus d'accès et de compression des marges.

En l'espèce, Grafeuille considère que les restrictions imposées par Volvo contreviennent à la fois à l'article 4, paragraphe 2 du Règlement CE n° 1400/2002 et à l'article 81, paragraphe 3, CE (désormais article 101, paragraphe 3, TFUE). Grafeuille dénonce tout d'abord un accès incomplet aux informations techniques relatives aux pièces de rechange pour les véhicules

industriels de marque Volvo Trucks. Malgré l'acquisition d'une licence pour l'outil Impact on line, Grafeuille considère que ce dernier d'un coût excessif, non seulement ne fournit pas un service d'une qualité équivalente à ceux proposés par les autres constructeurs mais surtout donne une information moins précise que celle obtenue par les réparateurs agréés par Volvo, lesquels possèdent un outil spécifique Volvo Vision. L'Autorité de la Concurrence considère cependant, comme nous l'avons noté, que les éléments apportés au dossier par Grafeuille ne s'avèrent pas suffisants pour que l'instruction puisse être poursuivie. Parallèlement de nombreux éléments viennent à l'encontre des allégations de l'entreprise. Par exemple, l'un des principaux défauts dénoncés tient au fait qu'un numéro de châssis donné peut renvoyer lors d'une interrogation d'Impact on Line à plusieurs références pour une même pièce. Il apparaît en fait qu'un tel résultat est tout à fait possible pour quelques modèles produits avant 2004 pour lesquels il est possible de faire produire la même pièce par plusieurs fournisseurs différents. En outre, en cas de difficultés, la licence – que Grafeuille n'a jamais réglée depuis l'installation du logiciel mi-2005 – ouvre gratuitement le droit d'accéder à un centre de support (Volvo Action Service) lequel donne une réponse communément en moins d'une journée. Enfin, l'argument selon lequel Volvo possède une position dominante sur les informations techniques relatives à ses propres produits du fait de ses droits de propriété intellectuelle ne pose pas de problème en lui-même, dans la mesure où seul l'abus d'une position dominante peut être sanctionné sur la base de l'article 102 TFUE (ex. 82 CE) et non la position dominante en elle-même.

Le rejet de la saisine de la société Grafeuille apparaît comme pour le moins logique. Il est cependant à relever que l'affaire peut être remise en contexte avec d'une part un contentieux déjà engagé devant le Tribunal de Commerce de Pontoise (assignation du 20 juin 2008 faisant suite à contestation de la facture pour le paiement de la redevance en mai 2008) et actuellement pendant devant la Cour d'appel et d'autre part, un ensemble de contentieux concurrentiels opposant des utilisateurs de logiciels et de bases de données à leurs fournisseurs actuels ou potentiels sur la base de la théorie des facilités essentielles. Il en va par exemple ainsi, toujours dans le domaine de la réparation automobile, de la décision Citroën du Conseil de la Concurrence (07-D-31) en date du 9 octobre 2007. Le constructeur était accusé d'abuser de sa position dominante à l'encontre des réparateurs indépendants par l'intermédiaire d'un accès insuffisant aux données techniques relatives à ses véhicules et à un logiciel de diagnostic. De la même façon, il lui était reproché de mettre en place un traitement dissymétrique entre le réseau officiel des réparateurs agréés et les réparateurs indépendants. Par exemple, l'outil de diagnostic fourni aux réparateurs indépendants était relativement bridé ce qui empêchait ces derniers de procéder aux réparations après avoir identifié les pannes électroniques. Ces pratiques, très proches de celles qu'il était possible de décrire pour les voyageurs en ligne dans la décision voyages-sncf.com de février 2009 (Frédéric Marty et Julien Pillot, “L'application de la théorie des facilités essentielles dans la décision du Conseil de la Concurrence voyages-sncf.com : une analyse économique”, RLC, n° 19, avril-juin 2009, p. 20-26), étaient potentiellement constitutives d'un abus de position dominante dans la mesure où elles pouvaient se traduire par des évictions anticoncurrentielles de réparateurs

indépendants. L'argument initialement avancé par Citroën tenait à l'impossibilité d'accorder un accès à des fonctions de télécodage et à des bases de cas pour des raisons relatives à la sécurité des véhicules, faisant ainsi une lecture pour le moins extensive du considérant 26 du règlement 1400/2002. De la même façon, toujours comme dans le cas voyages-sncf.com, les réparateurs indépendants mettaient en cause les prix particulièrement élevés des outils de diagnostic pouvant faire craindre des phénomènes de compression de marge.

Le cas Citroën – qui s'est réglé au travers d'une procédure d'engagements sur la base de l'article L. 464-2 du Code de commerce – ainsi que certains éléments mis en avant dans la saisine de Grafeuille – font donc écho à l'activation de la théorie des facilités essentielles dans le domaine des actifs immatériels. Les orientations de la Commission (Commission européenne, 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, JO C 45 du 24 févr. 2009, p. 7-20.) détaillent d'ailleurs dans quelles circonstances exceptionnelles, une entreprise dominante peut se voir sanctionnée sur la base de l'article 102 du TFUE et obligée de contracter dans des termes fixés par l'autorité de la concurrence. La Commission regroupe dans la catégorie "refus de fourniture et compression des marges", le fait de refuser de fournir des produits ou services à des clients actuels ou potentiels et les refus d'accorder des licences pour des droits de propriété intellectuelle (§ 78). Le refus d'accès peut prendre la forme d'un refus implicite. Il s'agit alors, à l'instar de ce qui était reproché à Volvo Trucks, "[de] retarder indûment ou [de] perturber la fourniture d'un produit par d'autres moyens ou [d'] imposer des conditions déraisonnables en contrepartie de la fourniture" (§ 79). Ces refus implicites peuvent également se traduire non seulement par des entraves techniques mais aussi par des conditions tarifaires inéquitables visant à éroder la rentabilité des firmes qui sont obligées d'accéder aux ressources en question pour au final accéder au marché (§ 80). La décision Citroën sur laquelle la société Grafeuille semblait s'appuyer ainsi que certaines dispositions du Règlement 1400/2002 visent à prévenir un verrouillage du marché au détriment des réparateurs indépendants par des constructeurs. Les capacités de coercion de ces derniers vis-à-vis des opérateurs en aval ont d'ailleurs été très significativement augmentées par l'accroissement de la part de l'électronique dans les véhicules et notamment le multiplexage. Par exemple, le point 39 de la décision Citroën affirme que "l'un des principaux objectifs du règlement CE n° 1400/2002 est en effet de créer les conditions d'une concurrence effective sur les marchés des services de réparation et d'entretien des véhicules automobiles et de permettre à tous les opérateurs présents sur ces marchés, y compris les réparateurs indépendants et les éditeurs d'informations techniques de proposer des services de qualité". De la même façon, le point 51 de la décision souligne qu'il incombe à Citroën "de donner accès à ces informations essentielles pour l'activité d'entretien et de réparation automobile".

D'un point de vue sectoriel, la décision de l'Autorité dans l'affaire Volvo fait écho aux efforts engagés par les autorités de concurrence pour prévenir le verrouillage du marché de la réparation automobile au profit des constructeurs. Il s'agit de jouer sur les règles de concurrence pour prévenir

l'éviction des réparateurs indépendants. Les droits de propriété et la liberté contractuelle des constructeurs sont sans doute remis en cause par de tels objectifs (passant souvent par des procédures négociées), mais il en va peut-être de la préservation d'une structure de concurrence effective sur ce marché. Garantir l'égalité de tous les opérateurs en matière d'accès au marché peut alors supposer une intervention pour le moins active des autorités en charge de la mise en œuvre du droit de la concurrence pour maintenir une situation de concurrence complète au sens d'Eucken (Eucken W., *The Foundations of Economics – History and Theory in the Analysis of Economic Reality*, Springer, NY and Berlin, 1939, 1992) se traduisant par l'absence de capacités de coercion d'un acteur économique sur les comportements des autres.

F. M. ■

## A noter

**COMPÉTENCE – MARCHÉ PUBLIC – SERVICE D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL – PRÉDATION : L'Autorité de la concurrence réaffirme la compétence de la juridiction administrative en matière de contrôle de la légalité d'actes de dévolution de missions de service public en regard au droit de la concurrence** (*Aut. conc., déc. n° 09-D-35 du 25 novembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport médical d'urgence*)

L'Autorité de la Concurrence déclare irrecevable la saisine d'entreprises de transport sanitaire varoises écartées par une décision Centre Général Hospitalier Jean Marcel de Brignoles d'un marché de transports sanitaires au titre du Service Médical d'Urgence et de Réanimation (SMUR). Sans surprise, l'autorité se déclare incompétente s'agissant d'un acte d'organisation d'un service public (sur l'appartenance du service de transport d'urgence au service public, tant en droit interne qu'en droit européen : arrêt du Conseil d'Etat n° 132067 du 13 juin 1997 et arrêt de la CJCE du 25 octobre 2001, Firma Ambulanz Glöckner, Landkreis Südwestpfalz, aff. C-475/99). L'Autorité réaffirme donc s'il en était besoin qu'une entreprise qui se considère victime d'une violation des règles relatives aux marchés publics ne peut disposer d'une action devant l'Autorité sur le fondement des articles L. 420-1 et/ou L. 420-2 du Code de commerce.

Sur le fond, on suivra avec intérêt les développements éventuels de cette affaire devant les juridictions administratives, dans la mesure où les faits présentaient quelques similarités avec l'affaire des vedettes vendéennes (Cons. Conc., déc. n° 04-D-79 du 23 décembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV), obs. David Spector, *Concurrences*, n° 1-2005, p.66-67 ; CA Paris, 1ère ch. section H, 28 juin 2005 ; 2005/01605700, Cass. com., 17 juin 2008, Vedettes inter-îles vendéennes (VIIV), n° 05-17.566, obs. Catherine Prieto, *Concurrences*, n° 3-2008, n° 20017, p. 97-99, obs. Thierry Tuot, Denis Lescop, *Concurrences* n° 3-2008, p. 155-156 et, en dernier lieu, CA Paris, ch. 5-7, 9 juin 2009, obs. Anne-Lise Sibony, *Concurrences*, n° 3-2009, p. 88-91).

En effet, le prestataire choisi par l'hôpital est accusé par son concurrent malheureux de pratiques de prédation rendues possibles par le fait qu'il tirerait profit des moyens humains et matériels par ailleurs mis à sa disposition pour ses autres missions de service public. Étant donné le dernier état, insatisfaisant, de la jurisprudence (CA Paris, ch. 5-7, 9 juin 2009, préc.) sur cette question, on ne peut que former le vœu que les juridictions administratives, si elles sont saisies, n'aboutiront pas, pour leur part, à un blanc-seing donné aux entreprises en charge de services publics pour s'engager dans des stratégies d'éviction anticoncurrentielle.

F. M. ■

**ENGAGEMENTS – CHOIX DES CONSOMMATEURS – CONCURRENCE PAR LES MÉRITES : La Commission européenne rend exécutoire l'engagement de Microsoft d'offrir aux utilisateurs un choix entre douze navigateurs sous la forme d'un écran de choix spécifique** (Décision de la Commission, 16 décembre 2009, Microsoft, non encore publiée. Communiqué de presse IP/09/1941)

Dans une communication des griefs adressée à Microsoft le 15 janvier 2009, la Commission avait indiqué que la vente de liée par Microsoft de son navigateur web Internet Explorer à celle du système d'exploitation Windows pour PC pourrait constituer un abus de position dominante. Par une décision non encore publiée du 16 décembre 2009, elle rend obligatoire l'engagement de Microsoft de diffuser, par voie de mise à jour automatique de Windows, un programme qui fait apparaître pour l'utilisateur un écran l'invitant à exprimer un choix. L'utilisateur sera ainsi invité à choisir un navigateur parmi douze, qu'il pourra installer en plus ou à la place de Microsoft Explorer. Microsoft diffusera cette mise à jour à partir de mars 2010 et celle-ci sera disponible pour une durée de 5 ans. La Commission indique que ces engagements sont de nature à favoriser l'innovation et la concurrence par les mérites sur le marché des navigateurs ainsi que sur des marchés connexes tels que celui des applications web.

Cette décision sera commentée dans la présente chronique lorsqu'elle sera publiée. À l'heure où ce numéro partait à l'impression, seul un communiqué de presse était disponible.

A.-L. S. ■

**ENGAGEMENTS – PRIX ABUSIVEMENT ÉLEVÉS – NORMES TECHNIQUES – EMBUSCADES TENDUES AU MOYEN DE BREVETS : La Commission européenne accepte des engagements de Rambus destinés à réduire le taux de redevances sur des puces à mémoire** (Décision de la Commission du 9 décembre 2009, non encore publiée. Communiqué de presse IP/09/1897).

Par une décision du 9 décembre, la Commission rend juridiquement contraignants les engagements offerts par Rambus Inc plafonnant notamment ses taux de redevances sur certains brevets relatifs à des puces à mémoire. Les puces conformes à un standard que Rambus avait contribué à développer en tant que membre d'un organisme de

standardisation sont utilisées dans 95 % des ordinateurs, de sorte que les brevets détenus par Rambus plaçaient cette société en position d'exploiter de manière abusive une rente considérable (embuscade tendue au moyen de brevets).

A.-L. S. ■

**ENGAGEMENTS – SECTEUR GAZIER – FRANCE – ACCÈS À UNE INFRASTRUCTURE ESSENTIELLE – ENGAGEMENTS DE CAPACITÉ : La Commission européenne accepte des engagements de GDF-Suez destinés à réduire la proportion de capacité d'infrastructures essentielles réservée à long terme** (Décision de la Commission du 3 décembre 2009, GDF Suez, non encore publiée. Communiqué de presse IP/09/1872)

Suite à une enquête sectorielle sur le marché du Gaz, la Commission avait indiqué que pourraient être constitutives d'un abus de position dominante de la part de GDF Suez les réservations à long terme pour la plupart de ses capacités d'importation de gaz en France, ainsi que son comportement en matière d'investissements et d'allocation de capacités dans deux terminaux méthaniens en France. Les infrastructures de GDF Suez étant essentielles à l'importation de Gaz en France, la Commission craignait que l'accès de fournisseurs potentiels de gaz au marché du gaz français ne soit empêché. La décision adoptée le 3 décembre et non encore publiée rend obligatoires les engagements de GDF Suez de renoncer rapidement à une grande partie de ses réservations à long terme de capacités d'importation de gaz en France et de continuer ensuite à réduire sa part de ces réservations pour la ramener en deçà de 50 %.

A.-L. S. ■

**ENGAGEMENTS – SECTEUR GAZIER – ALLEMAGNE – ACCÈS À UNE INFRASTRUCTURE ESSENTIELLE – ENGAGEMENTS DE CAPACITÉ : La Commission européenne va évaluer des propositions d'E.ON relatives à des engagements destinés à accroître la concurrence sur le marché allemand du gaz** (Communiqué de presse de la Commission du 17 décembre 2009, MEMO/09/567, «E.ON»)

La Commission avait identifié un possible abus de position dominante de la part d'E.ON sur le marché allemand du gaz. Le risque mis en avant était que E.ON, par le biais de contrats à long terme, réserve à l'avance la quasi-totalité sa capacité de transport. L'infrastructure de transport d'E.ON étant essentielle pour l'accès des producteurs de gaz concurrents aux utilisateurs allemands, les engagements pris par E.ON de limiter la capacité réservée sont considérés comme de nature à résoudre le problème identifié. La Commission va mener des tests de marché pour le vérifier.

A.-L. S. ■

## Autres décisions et textes nationaux

### ALL EU MEMBER STATES

**Abusive margin squeeze: An overview of European national case laws**, 11 November 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### BULGARIA

**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)

**The Bulgarian Competition Authority applies economic value test in assessment of the alleged exploitative abuse of dominance committed by the bus terminal administration (Avtobusni prevoziw)**, 28 July 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### FRANCE

**The French National Competition Authority dismisses a claim for predatory pricing under Art. 82 EC and article L. 420-2 of the French commercial Code (Chep France)**, 10 November 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

**The French Competition Authority holds again that the main telecom operator had exploited its dominant position (France Télécom)**, 28 July 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

**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)

### ITALY

**The Tribunal of Milan holds a decision on the private enforcement of Art. 82 EC (Sky / Mediaset)**, 26 October 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

**The Italian Competition Authority closes two investigations against the manager of rail network group without finding any competition infringement (NTV/RFI-Accesso al Nodo di Napoli)**, 22 October 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

**The Italian Antitrust Authority finds no abusive conduct for travel facility access and accepts commitments for maintenance area access (NTV/RFI-Accesso al Nodo di Napoli)**, 22 October 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

**The Italian Competition Authority is investigating the sale of television rights for soccer matches ("Lega Calcio" – Procedure selettiva lega nazionale professionisti campionati)**, 22 July 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

**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)

### 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 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)

**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)

### 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)

**The Portuguese Competition Authority adopts landmark decision concerning an abuse of dominant position case in the Internet broadband access markets (PT and ZON)**, 02 September 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

**The Portuguese Competition Authority finds companies guilty for abuse of dominant position on wholesale and retail markets for broadband access services (PT Group and ZON Group)**, 02 September 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

**The Portuguese Competition Authority dismisses tying charges following commitments (Heinz tomato seeds – Sugaldal)**, 15 October 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

**The Portuguese Competition Authority forbids abusive behaviour and imposes commitments in agricultural market (Sugaldal-Heinz)**, 15 October 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)

### UNITED STATES OF AMERICA

**The New York Attorney General files a complaint alleging that the leading microprocessors manufacturer violated Section 2 of the Sherman Act by engaging in a pattern of illegal conduct intended to maintain its monopoly power and profits in the market for x86 microprocessors (Intel)**, 04 November 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.

# CONCURRENCES

## 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 Chambolle, Luc Chatel,  
John Connor, Dominique de Gramont,  
Damien Gérardin, Christophe Lemaire,  
Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla,  
Emil Paulis, Joëlle Simon, Richard Whish...

## Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Thierry Dahan,  
Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk,  
Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre,  
Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto,  
Patrick Rey, Didier 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 FLOCHEL, 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](mailto: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**