



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence

## PRATIQUES UNILATÉRALES | **Chroniques**

*Concurrences* N° 3-2009 – pp. 88-96

---

### **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

**Anne-Lise SIBONY**

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

Chargée de cours en droit européen,  
Université de Liège

**Anne WACHSMANN\***

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

Avocat à la Cour

### Abstracts

**PREDATORY PRICING – INCREMENTAL COSTS – SERVICE OF GENERAL ECONOMIC INTEREST – RELEVANT MARKET: 88**

*The Paris Court of appeal rules that notions of incremental costs and stand alone costs have no meaning in the case of an undertaking operating a service of general economic interest (passenger transport by boat between an island and the continent)*

**CA Paris, 09.06.09, Vedettes inter-îles vendéennes**

**MONOPOLY – RELATED MARKETS – CONFUSION OF ACTIVITIES – USE OF DATA – CROSS SUBSIDIES – COMMITMENTS: 92**

*The French Competition Authority turns the spotlight on the electricity incumbent's commercial communication policy and the separation of its public service activities from those of its subsidiaries in the competitive business sector*

**Fr. NCA, 08.04.09, Solaire Direct, 09-MC-01**

**OBJECTIVE COMPETITIVE ADVANTAGE – MANIPULATION OF PUBLIC TENDER: 95**

*The French Competition Authority rules that an incumbent public transport operator does not commit an abuse by organising a selection procedure in order to find a partner with a view to submitting a joint offer in response to a public tender: objective competitive advantage of the incumbent and specification of the tender procedure may be justifications for such conduct*

**Fr. NCA, 02.06.09, Tramway de la ville de Marseille, 09-D-18**

**DOMINANT POSITION – JURISDICTION: 96**

*The French Tribunal des conflits has, for the first time, ruled in favour of the jurisdiction of the Competition Authority concerning alleged anti-competitive practices related to a public contract of a public administrative body*

**Trib. confl., 04.05.09, Préfet de Paris**

**ABUSE – LEVERAGING – MARGIN SQUEEZE: 96**

*The French Competition Authority rules that the telecommunications incumbent's promotional offer does not cause serious and immediate harm to competitors, to the telecommunications sector nor to consumers*

**Fr. NCA, 02.04.09, "Unik" (France Telecom), 09-D-15**

**RELEVANT MARKET: 96**

*The French Competition Authority rules that human resources software for French universities does not constitute a relevant market*

**Fr. NCA, 08. 04.09, Paie des universités, 09-D-16**

## PRATIQUES UNILATÉRALES

### PRIX PRÉDATEURS – SERVICE D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL :

#### **La Cour d'appel de Paris juge qu'aucun test de prix prédateur n'est applicable à une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général lorsqu'il est trop difficile de distinguer rationnellement entre les prestations effectuées au titre du service public et les prestations soumises à la concurrence (CA Paris, ch. 7, 9 juin 2009, Vedettes inter-îles vendéennes, sur renvoi après cassation ;**

**contre 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)**

L'affaire des vedettes vendéennes connaît probablement son épilogue avec l'arrêt de la Cour d'appel du 9 juin, rendu sur renvoi après cassation. En effet, cet arrêt ne fera probablement pas l'objet d'un pourvoi puisque l'entreprise à l'origine du recours dans cette procédure était représentée à l'instance par son liquidateur. C'est un bien curieux épilogue. En effet, le débat semblait précisément cadré après une décision du Conseil de la concurrence, un premier arrêt de la Cour d'appel et un arrêt de la Cour de cassation. Il portait sur la méthode d'appréciation des prix prédateurs lorsque leur auteur supposé est un opérateur de service public. Au lieu de se situer sur ce terrain et de trancher le débat au fond, la Cour d'appel fait plutôt exploser la question et le cadre d'analyse dans lequel elle était invitée à fournir une réponse. De fait, plutôt que de rendre un jugement sur l'abus, elle revient sur la délimitation du marché (qui n'était plus contestée) et met l'accent sur la spécificité des services publics au point de considérer qu'ils sont par nature au-dessus des notions économiques et des tests de coûts.

#### **I. Le débat initial : la méthode d'appréciation des prix prédateurs pratiqués par un opérateur de service public**

Au cœur de cette affaire, se trouvait jusqu'ici la question de la méthode d'appréciation des prix prédateurs dans le cas particulier où l'entreprise qui pratique des prix bas assure à la fois une mission de service public et un service commercial soumis à la concurrence. En l'espèce, étaient en cause les prix pratiqués par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV) pour le transport de passagers entre le continent et l'île d'Yeu en été sur une vedette rapide, l'*Amporelle*. Initialement, le Conseil avait conclu au caractère prédateur des prix pratiqués (déc. Cons. conc., 23 déc. 2004, n° 04-D-79, obs. David Spector, *Conurrences*, n° 1-2005, p. 66-67).

Pour parvenir à cette conclusion, le Conseil avait mandaté un expert et avait retenu le critère des coûts incrémentaux, c'est-à-dire les coûts propres à l'activité en cause (le transport de passagers en été), à l'exclusion des coûts fixes, communs à cette activité et à l'activité de service public (qui comprend le transport de fret et s'étend à toute l'année). En d'autres termes, il s'agit des coûts "*que l'entreprise ne supporterait pas si elle n'exerçait pas l'activité concurrentielle*" (p. 5). Ce choix était justifié par référence à la pratique décisionnelle de la Commission (depuis codifiée dans les 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, *JOUE C 45* du 24 février 2009, p. 7-20, N. McCarthy, "Predatory conduct : The case of the transport sector", *Conurrences*, n° 2-2009, p. 17-18).

Sur le fond, le choix du critère des coûts incrémentaux s'expliquait par le raisonnement suivant : les coûts du service public pèsent sur les entreprises quoi qu'il arrive, ce qui peut justifier de ne pas les prendre en considération pour l'analyse du comportement concurrentiel. Cependant, on voit l'inconvénient de ce raisonnement : exclure les coûts fixes communs peut donner lieu à une manipulation de la part de l'entreprise chargée du service public. En effet, celle-ci peut alors être tentée de faire apparaître comme coût fixe du service public des coûts qu'elle choisit en réalité d'encourir pour se mettre en place une stratégie de prédation sur le segment concurrentiel du marché. En d'autres termes, le critère retenu par le Conseil comportait le risque de rejeter à tort l'hypothèse de prix prédateurs (erreur dite de type I) et de laisser impunies des stratégies d'abus de subventions publiques. La ministre de l'Économie soulignait du reste ce risque dans ses observations devant la Cour d'appel (p. 11 de l'arrêt rapporté).

\* Avec la collaboration de Bastien Thomas, Avocat à la Cour.

La première fois où elle avait statué dans cette affaire, la Cour d'appel avait validé la décision du Conseil de la concurrence. Son arrêt avait cependant été censuré par la chambre commerciale (Cass. com., 17 juin 2008, obs. C. Prieto, *Concurrences*, n° 3-2008, p. 97-99 ; obs. Th. Tuot, D. Lescop, *Concurrences*, n° 3-2008, p. 155-156). La cassation partielle qui avait été prononcée ne remettait pas en cause le critère du coût incrémental en lui-même, mais l'application qui en avait été faite en l'espèce. Il était ainsi reproché à la Cour d'appel d'avoir admis trop vite que les coûts de la vedette rapide l'*Amporelle* étaient imputables à l'activité de service public. La Cour de cassation soulignait que la Régie disposait d'autres bateaux, en particulier des ferries, également affectés au transport des passagers. Dès lors, la véritable nécessité pour le service public de financer en outre une vedette rapide de la taille de l'*Amporelle* ne paraissait pas suffisamment établie. Indiquant à la Cour d'appel en quoi sa motivation était défailante, l'arrêt de cassation précisait la question à laquelle il aurait fallu répondre. Selon la Cour de cassation, la Cour d'appel aurait dû raisonner par rapport à la situation hypothétique dans laquelle la Régie n'aurait pas consacré l'*Amporelle* d'avril à septembre à l'exploitation d'une activité sur un marché ouvert à la concurrence. Elle aurait alors dû se demander si, sous cette hypothèse, la Régie aurait été contrainte de supporter les coûts de l'*Amporelle* pour assurer ses missions de service public, et ce compte tenu des autres bateaux dont elle disposait par ailleurs.

Compte tenu de cette nette cassation pour manque de base légale, on aurait pu s'attendre à ce que la Cour d'appel, sur renvoi, reconsidère la question de savoir si la vedette rapide était vraiment indispensable au service public et motive plus précisément son choix d'imputer le coût de ce bateau à l'activité de service public plutôt qu'à l'activité concurrentielle. Ce n'est pourtant pas ce qui s'est produit. La Cour d'appel est au contraire revenue en arrière dans le raisonnement et s'est attachée à des questions relatives à la délimitation du marché pertinent en présence d'un opérateur de service public.

## II. Le terrain choisi par la Cour d'appel : Le marché pertinent et la défense des services publics

Assez curieusement, étant donné qu'elle n'était saisie d'aucun moyen ayant trait à la délimitation du marché – il était probablement constant entre les parties qu'on n'en était plus là –, la Cour d'appel relève d'office un moyen pris de la mauvaise délimitation du marché en présence d'un opérateur de service public (p. 11 et s.).

### 1. Les raisons du retour à la case marché pertinent : l'injustice faite aux opérateurs de service public

Opérant un retour vers la délimitation du marché, la Cour d'appel commence par observer que *"l'examen d'une attitude de prédation, quelle que soit l'analyse juridique et économique menée à son sujet, impose la définition du marché pertinent dans lequel s'exercent les activités concurrentes"* (p. 11). Rappelant ensuite les principes jurisprudentiels qui gouvernent la délimitation du marché et se référant à la communication de la Commission relative à ce sujet, la Cour juge que *"cette recherche du marché pertinent, préalablement à toute définition d'une position dominante et à toute comparaison*

*des prix, prend, lorsque comme en l'espèce le concurrent accusé d'abus de position dominante est un service public d'intérêt général, un relief particulier"*. Cela pourrait surprendre, car lorsque, comme en l'espèce, on est en présence d'un opérateur historique, il est généralement assez simple d'établir l'existence d'une position dominante. La Cour d'appel ne manque d'ailleurs pas de le relever. Elle remarque en effet que *"le fait de fournir un service public crée une présomption de position dominante"* (p. 12). Mais c'est précisément ce que la Cour semble regretter. L'arrêt expose à cet égard avec beaucoup de transparence le sentiment des juges, selon lequel cette présomption serait injuste : *"il n'est ni juste ni rationnel de retenir contre un service d'intérêt économique général l'imputation, juridiquement désavantageuse, de position dominante sur la seule période ou dans les seuls lieux ou bien avec les seuls moyens de l'exercice en concurrence, en omettant les charges que constituent – le plus souvent jusqu'au déficit chronique – le temps, le lieu, l'objet et les moyens de l'exercice en monopole"* (p. 12). La Cour poursuit en précisant son objection : *"une telle démarche systématique rendrait irréfragable par le biais d'une segmentation du marché, la présomption de position dominante"* (ibid).

### 2. Mais pourquoi s'attacher à la délimitation du marché ?

En formulant ces objections, il semble que la Cour d'appel doute du bien fondé de la démarche intellectuelle inhérente à l'application du critère des coûts incrémentaux à un opérateur de service public. En effet, par construction, et comme cela a été rappelé plus haut, les coûts incrémentaux sont ceux qui n'auraient pas été encourus si l'entreprise ne s'était pas livrée à une activité donnée (ici l'activité concurrentielle de transports de passagers en été). Dès lors, le découpage de l'activité de la régie en un segment en monopole et un segment en concurrence fait partie intégrante de l'appréciation de la prédation à l'aune d'un critère de coûts incrémentaux. La Cour d'appel, tout en reconnaissant que *"la segmentation du marché [constitue une] démarche intellectuelle indispensable pour dessiner les contours d'un marché pertinent"* éprouve le besoin de *"vérifier la validité de cette segmentation"* en précisant *"qu'il est notamment permis de s'assurer que les coûts de l'activité sur le marché invoquée (sic) peuvent être calculés de manière plausible"* (ibid).

Il nous semble que la gêne qu'éprouve la Cour d'appel à appliquer le critère des coûts incrémentaux en présence d'une activité de service public est tout à fait compréhensible, car l'application des tests de coût est effectivement délicate. En revanche, on avoue avoir quelques difficultés à saisir pourquoi la Cour d'appel considère que ces problèmes méthodologiques relèvent de la délimitation du marché plutôt que de l'appréciation de l'abus. Les juges d'appel ont-ils considéré que la segmentation entre différentes activités, nécessaire par construction à l'application d'un critère de coûts incrémentaux, renvoie à la définition du marché ? Si tel était le cas, c'est sans doute que les explications économiques n'ont pas été suffisamment claires dans cette affaire. En effet, la logique du critère des coûts incrémentaux consiste à raisonner à partir d'une situation contre-factuelle : que se serait-il passé si la décision de proposer tel service (activité) n'avait pas été prise ? Quelle incidence cela aurait-il eu sur les coûts ?

Ce questionnement ne renvoie pas à la délimitation du marché. Le niveau d'analyse est plus fin et les décisions que l'on fait hypothétiquement varier pour les besoins de l'analyse seront généralement des décisions d'offrir ou de ne pas offrir tel service à l'intérieur d'un même marché. Quand bien même elles ne le seraient pas, cela n'a pas d'incidence pour l'analyse de la prédation puisque ce qui compte en dernière analyse, c'est l'équilibre des coûts et des revenus de l'entreprise pour l'activité en cause. À la lecture de cet arrêt, on ne peut s'empêcher de penser que, une fois encore, l'accent mis par les juges sur la délimitation du marché les écarte paradoxalement du raisonnement économique (A.-L. Sibony, *Le Juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, p. 291 et s.).

### 3. Les critiques de la Cour d'appel sur l'analyse des coûts : analyse de la prédation et délimitation du marché mêlées

Considérant que “dans une conception élargie du marché pertinent, les coûts sont nécessairement abordés d'une manière peu fractionnée” (p. 12), la Cour d'appel énonce une série d'objections à l'analyse des coûts qui a été menée pour l'appréciation de la prédation. Il n'est pas facile de rendre compte de ces critiques, car on peine à entrer dans le raisonnement de la Cour d'appel, qui mêle constamment la délimitation du marché et l'analyse des coûts.

### III. Les critiques de la Cour d'appel relatives à la définition des coûts incrémentaux

La Cour d'appel cite la décision *Deutsche Post* de la Commission (COMP/38.745) et la définition des coûts incrémentaux qui y est donnée dans le cadre de l'analyse des subventions croisées opérées par un opérateur de service public à partir de son activité de service public et à destination de son activité concurrentielle. Rappelant que la Commission exclut – tout comme le Conseil de la concurrence l'avait fait en l'espèce – les coûts fixes communs pour ne retenir comme coûts incrémentaux que les coûts propres à la fourniture d'un service donné (service en concurrence), la Cour considère que cette définition apparaît “plutôt restrictive, comparée à celle que donne la littérature économique de différence entre le profit d'une entreprise en concurrence et le profit d'une entreprise en concurrence astreinte à un service universel”. Il n'est certes pas de tradition dans les jugements français de citer des auteurs ; pourtant, on ne peut s'empêcher de penser que cela aurait pu donner plus de poids à cet argument, utilisé dans l'arrêt comme un argument d'autorité en vue de peser dans le sens d'une conception large des coûts communs (et donc de l'absence de prédation).

### IV. Les critiques de la Cour d'appel relatives à l'absence de prise en considération de la situation particulière des services d'intérêt économique général

Après cette critique de la définition trop étroite des coûts incrémentaux, la Cour d'appel revient au lien qu'elle opère entre allocation des coûts et délimitation du marché et indique que “les énonciations de la Commission sur les coûts des S.I.E.G. imposent [...] une segmentation plausible, à la fois juridiquement et économiquement, du marché pour permettre de dessiner les contours du « marché pertinent »” (p. 13). Or,

poursuit la Cour d'appel, cette segmentation est particulièrement difficile lorsque, comme en l'espèce, l'activité en concurrence est la même que l'activité de service public (ici le transport de passagers) et que le seul critère de distinction est “l'irruption de la concurrence de droit privé dans certaines [...] circonstances seulement” (ici en été). La préoccupation principale de la Cour d'appel à cet égard semble résider dans l'inadéquation des instruments comptables pour analyser de manière différenciée différentes périodes de l'année. À la lecture de ce passage (p. 14), il est difficile de savoir si cette critique s'adresse à l'expert qui avait été désigné dans cette affaire et qui est nommément cité dans l'arrêt ou s'il s'agit pour la Cour d'appel d'une limite méthodologique objective.

En revanche, la Cour d'appel considère manifestement comme une limite objective et indépassable faisant obstacle à l'application des critères AKZO la circonstance selon laquelle l'entreprise en cause “est un service d'intérêt économique général, qui reçoit des aides d'État au sens du traité [...] et dont les « coûts moyens » sont en bonne part irréels” (p. 14). Sur ce dernier point, on peut toutefois se demander s'il s'agit véritablement d'une spécificité des entreprises de service public. En effet, les coûts moyens sont toujours reconstruits, il s'agit d'un concept économique qui n'a le plus souvent aucune correspondance empirique dans la gestion des entreprises, et ce même pour une entreprise privée dont l'activité n'a aucun lien avec un service d'intérêt économique général (R. Demeestere, *La détermination des coûts en comptabilité et contrôle de gestion*, *Rev. conc. conso.*, 2000, n° 113, p. 21-23). Aussi, l'argument de la spécificité des services d'intérêt économique général semble manquer en fait. La Cour d'appel juge que, “à supposer que les tests « AKZO » soient sérieusement évaluables nonobstant le mécanisme particulier de la subvention d'équilibre, ils le seront presque nécessairement sur des exercices annuels globaux, qui seront le cadre normal de l'aide d'État, sans possibilité de segmentation géographique, chronologique ou autre, sinon par l'effet d'une règle de trois dont l'artifice n'échapperait pas à la critique”. Il est pourtant à craindre que la règle de trois soit un artifice assez généralement utilisé, y compris dans le cas de l'évaluation des coûts d'entreprise privée non chargée d'une mission de service public. En outre, parmi les artifices nécessaires à toute comparaison de coût, la règle de trois n'est sans doute pas le plus critiquable.

La Cour d'appel invoque ensuite un argument de principe très général – bien qu'il soit exposé de manière circonstanciée – selon lequel la gestion d'un service public n'obéit pas aux mêmes objectifs que la gestion d'une entreprise privée. Elle souligne notamment qu'il est loisible à une collectivité publique d'être généreuse et d'accepter de couvrir des coûts élevés du service public pour offrir un service de qualité à bas prix, voire pour offrir des salaires intéressants aux employés, en somme, comme le dit la Cour d'appel, de privilégier l'usager au détriment du contribuable (p. 14). Mais même si l'on admet que la gestion d'un service public “ne répond pas, en tout cas structurellement, aux priorités d'économies” (ibid), peut-on en tirer argument pour autoriser une entreprise chargée d'un service public à exploiter la générosité de la collectivité publique qui la finance en vue de se livrer à des pratiques de prédation ?



La Cour tire de ses analyses la conclusion que ni le test AZKO en matière de prédation ni le test Altmak en matière d'aides d'État ne sont des instruments adéquats pour répondre aux questions de l'espèce (p. 15) et en revient, une fois encore, à la définition du marché, considérant que ces tests "*montrent en tous cas la nécessité d'une définition appropriée du marché pertinent aussi peu segmenté que possible*" (ibid).

### ***L'aporie selon la Cour d'appel ou l'impossibilité de segmenter le marché d'une manière "plausible"***

L'arrêt se conclut par deux pages visant à démontrer l'impossibilité de segmenter en l'espèce le marché d'une manière plausible. La Cour d'appel examine successivement les différentes segmentations possibles : selon un aspect temporel, selon les particularités de la clientèle ou selon le type de moyen (bateau) mis en œuvre pour prester le service de transport de passagers. Dans chaque cas, elle conclut que la segmentation est impossible ou non plausible. Les arguments avancés sur ces différents points ne sont pas tous convaincants. Ainsi, à propos de la segmentation temporelle, on reste dubitatif devant la remarque selon laquelle la segmentation temporelle ne serait pas possible notamment parce que la période de mars à octobre "*ne correspond à rien dans le calendrier civil ou scolaire*" : elle correspond en effet seulement à un pic d'activité économique. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel en conclut de rebelle qu'il n'était pas possible d'appliquer les notions de "*coûts fixes communs*" (à plusieurs activités) et de "*coûts de fourniture isolée*", notions centrales dans la décision *Deutsche Post* de la Commission (p. 15). La Cour en conclut que la preuve n'est pas rapportée que "*la Régie ait bénéficié sur un marché pertinent clairement et rationnellement défini d'une position qui serait conséquemment dite « dominante », ni qu'elle ait abusé de cette position selon un examen fiable des coûts engagés pour exploiter ce marché*".

Oserait-on voir dans cette conclusion un lapsus révélateur ? La Cour d'appel parle "d'exploitation du marché" plutôt que d'exploitation d'un service de transport. Or, la véritable conclusion de la Cour semble être que les règles de droit de la concurrence relatives à l'abus de position dominante sont impuissantes à saisir les circonstances qu'elle considère comme si particulières d'une régie de service public soumise pour une partie de son activité seulement à la concurrence. Si cette impossibilité d'appliquer les règles de concurrence était si radicale que la Cour d'appel le juge, il en résulterait que les entreprises chargées d'une mission de service public se verraient précisément accorder un blanc-seing pour se livrer à la prédation ou à d'autres abus-exclusion en recouvrant du voile pudique du service public les sacrifices consentis pour exclure leurs concurrents et *in fine*, pouvoir réellement "exploiter" non le marché mais les consommateurs.

## **V. Les interrogations suscitées par l'arrêt de la Cour d'appel**

Sur le terrain de l'appréciation des pratiques de prédation, la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle aucun test de coût existant n'est applicable (au sens de possible à appliquer) à une situation comme celle en cause en l'espèce est assurément déstabilisante. Sans doute cette opinion ne sera-t-elle pas universellement partagée (V. notamment la contribution de

V. Thouvenin dans *in* J.-P. Tran Thiet, V. Thouvenin, N. Mouy, C. Barthélémy, "« Coûts incrémentaux » : Retour sur les avantages concurrentiels du secteur public", *Concurrences*, n° 2-2005, n° 1476, p. 10-19).

Sur le plan du raisonnement qui préside à la qualification d'abus de position dominante en général, l'arrêt de la Cour d'appel semble illustrer la persistance d'un attachement fort des juges à la délimitation du marché en toutes circonstances, et ce indépendamment de l'utilité de cette délimitation pour le raisonnement d'ensemble. En l'espèce, encore une fois, la délimitation du marché n'était pas contestée. C'est donc d'office que la Cour d'appel relève un moyen relatif à la délimitation du marché. La teneur exacte de ce moyen demeure d'ailleurs assez peu claire au fil de l'arrêt. La Cour d'appel ne dit pas que le marché a été défini trop largement ou trop étroitement, ce qui serait éventuellement de nature à remettre en cause l'appréciation de la position dominante. Elle dit que le marché n'est pas rationnellement divisible en segments. Il semble que la Cour d'appel ait jugé cette question de la segmentation du marché non seulement pertinente mais encore indispensable pour appliquer la notion de coûts incrémentaux qui ne s'y réfère pourtant pas. La distinction entre les coûts incrémentaux et les coûts communs se réfère à une pluralité de produits, pas à une pluralité de marchés ou de sous-marchés. À travers son insistance à affirmer qu'il n'est pas possible de segmenter le "marché", la Cour d'appel semble se référer à la difficulté qu'il y a à préciser de quels services vers quels autres services il y avait en l'espèce une subvention. Aborder cette question relative à la mise en œuvre d'un test de l'abus sous l'angle du marché entretient une confusion entre les différentes étapes du raisonnement et sur le sens même de la notion de marché pertinent.

Enfin, au-delà des technicités du droit de la concurrence, l'arrêt de la Cour d'appel apparaît critiquable au regard de l'interdiction du déni de justice. L'article 4 C. Civ. énonce en effet que "*le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice*". Que penser au regard de ce texte de la Cour qui refuse d'appliquer l'article L. 420-2 C. Com. au motif que les critères issus de la jurisprudence et de la pratique décisionnelle de la Commission lui semblent obscurs ? Le procureur général près la Cour de cassation souhaitera peut-être éclaircir ce point en faisant usage de la faculté qui lui est ouverte par l'article 621 C. Proc. Pén. de former un pourvoi dans l'intérêt de la loi.

A.-L. S. ■

**MONOPOLE – MARCHÉ CONNEXE – CONFUSION DES ACTIVITÉS – SUBVENTIONS CROISÉES – ENGAGEMENTS : Quid novi sub sole ? Pleins feux de l’Autorité de la concurrence sur la politique de communication commerciale d’EDF et la séparation de ses activités de service public de celle de ses filiales intervenant dans le secteur concurrentiel** (Aut. conc., déc. n° 09-MC-01 du 8 avril 2009 relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct)

Les activités d’un opérateur historique contribuent une fois encore à faire l’actualité du droit de la concurrence. De nouvelles pratiques anticoncurrentielles viennent en effet d’être provisoirement mises en lumière (si l’on peut dire) par l’Autorité de la concurrence dans le secteur de l’électricité (cf. par exemple, Cons. conc., 22 novembre 2000, déc. n° 00-D-47, relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citélum sur le marché de l’éclairage public, ou encore Cons. conc., 28 juin 2007, déc. n° 07-MC-04, relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Énergie ; pour une présentation générale, Cons. conc., Rapport annuel, “Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel”, 2003, p. 79).

Dans la présente affaire, la société Solaire Direct, dont l’activité consiste notamment à développer des solutions photovoltaïques (c’est-à-dire destinées à produire de l’énergie solaire) “clés en main” pour particuliers et professionnels, avait saisi l’Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par EDF et ses filiales actives dans le même secteur et au premier rang desquelles EDF ENR (pour une présentation détaillée de l’organisation de ce secteur et notamment des obligations d’achat imposées à EDF ainsi que des mesures incitatives mises en place, voir obs. D. Lescop, “L’Autorité de la concurrence prononce à nouveau des mesures conservatoires à l’encontre d’EDF”, *Concurrences*, n° 2-2009, p. 180 et P. de La Bouillierie, “Énergie photovoltaïque et Grenelle de l’environnement : des opportunités à saisir”, *JCP E*, n° 12, 19 mars 2009, 1290).

Solaire Direct reprochait à EDF d’abuser de sa position dominante, d’une part, en entretenant une confusion sur son rôle d’opérateur historique et son activité en matière d’énergie photovoltaïque et, d’autre part, en permettant à EDF ENR d’accéder à sa base de clients soumis aux tarifs réglementés. Solaire Direct dénonçait également l’octroi d’avantages matériels à EDF ENR ainsi qu’une stratégie de verrouillage du marché des équipements photovoltaïques. Elle sollicitait donc des mesures conservatoires pour mettre fin à ces pratiques.

L’Autorité de la concurrence prononce un certain nombre de mesures conservatoires et décide de poursuivre l’instruction au fond, à l’exception de l’allégation de verrouillage du marché, qui n’est pas appuyée sur des éléments suffisamment probants.

### I. Lien de causalité et connexité des marchés

L’Autorité de la concurrence commence par établir qu’EDF ENR n’était en position dominante ni sur un éventuel marché de l’offre de services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d’énergie photovoltaïque ni même sur un éventuel marché, plus restreint, des offres clés en main de ce service (pt 91-92).

Toutefois l’Autorité de la concurrence rappelle qu’une “entreprise en position dominante sur un marché peut se voir reprocher un abus dont les effets affectent d’autres marchés” (pt 93) d’une part s’il existe un lien de causalité entre la position dominante et le comportement en cause et, d’autre part, si le marché dominé et le marché où les pratiques produisent un effet sont “suffisamment connexes”. Cette approche a déjà été appliquée par le Conseil de la concurrence, par exemple, dans l’affaire *JC Decaux* où il avait été considéré que la position dominante de JC Decaux sur le marché du mobilier urbain avait permis les pratiques commises sur le marché de l’affichage extérieur, ce dernier, aval, étant connexe au premier (Cons. conc., 8 juillet 2004, déc. n° 04-D-32, relative à la saisine de la société More group France contre les pratiques du groupe JC Decaux et CA Paris, 1ère ch., sect. H, 22 février 2005, *JC Decaux*, voir également Cons. conc., 27 février 2009, déc. n° 09-D-10, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, pt 112-113). Elle reste toutefois délicate à manier et est sévèrement appréciée par la Cour d’appel, afin d’éviter toute tentation de vider de sa substance la notion même de position dominante en interprétant de façon laxiste le concept de connexité. Le récent arrêt *GSK* de la Cour d’appel qui a annulé la décision du Conseil de la concurrence qui avait sanctionné GSK pour avoir mis en œuvre des prix prédateurs sur un marché connexe de celui où il disposait d’une position dominante, illustre la complexité de la mise en œuvre de la théorie de la connexité (CA Paris, 8 avril 2008, *GSK*, obs. obs. A.-L. Sibony, “Prix prédateurs : La Cour d’appel de Paris réforme la décision condamnant Glaxo pour une pratique de prix prédateurs évinçant les fabricants de médicaments génériques du marché des hôpitaux”, *Concurrences*, n° 2-2008, p. 118).

Au cas présent, l’Autorité de la concurrence considère qu’il existe bien un lien de connexité et de causalité entre le marché de la fourniture d’électricité aux clients résidentiels, dominé par EDF, et le marché de l’offre de services sur lequel est actif EDF ENR, en raison de l’image de service public attachée à EDF, de l’utilisation des moyens matériels, immatériels et non reproductibles dont dispose EDF et du fait qu’EDF est présente à toutes les étapes de la mise en place d’une installation photovoltaïque (pt 94).

### II. Critique par Solaire Direct des pratiques d’EDF

L’examen des pratiques reprochées à EDF s’inscrit dans le cadre de l’analyse de la diversification des activités des opérateurs historiques dont le cadre a été fixé à plusieurs reprises dans des avis concernant les secteurs des télécoms (voir, par exemple, Cons. conc., 27 mai 1997, avis n° 97-A-07, relatif à une demande d’avis de l’Association française des opérateurs privés de télécommunications sur les questions soulevées au regard du droit de la concurrence par la coexistence à France Télécom, au sein d’une même structure juridique et commerciale, d’activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole), de l’énergie (voir, par exemple, Cons. conc., 10 mai 1994, avis n° 94-A-15, relatif à une demande d’avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d’EDF et de GDF au regard de la concurrence), de services postaux (voir, par exemple, Cons. conc., 25 juin 1996, avis n° 96-A-10, relatif à

une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence) ou encore du transport ferroviaire (voir, par exemple, Cons. conc., 17 octobre 1995, avis n° 95-A-18, relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par les activités de messagerie de SNCF au regard de la concurrence). On notera d'ailleurs que l'Autorité de la concurrence, exerçant pour la première fois sa nouvelle compétence, s'est très récemment saisie d'office de la situation dans le secteur du transport public terrestre de voyageurs afin notamment d'examiner la question de la diversification de l'opérateur historique sur l'ensemble de la chaîne multimodale des transports (Cons. conc., 18 mai 2009, déc. n° 09-SOA-01, relative à une saisie d'office pour avis dans le secteur du transport public terrestre de voyageurs).

L'Autorité de la concurrence rappelle à cet égard que *“la pratique décisionnelle du Conseil, qui ne méconnaît pas l'intérêt d'une diversification des activités des opérateurs historiques, susceptible, dans certaines circonstances, de stimuler la concurrence sur les marchés, a néanmoins et de manière constante recommandé que soit effectué un suivi vigilant d'un tel processus”* (pt 97). Les conditions requises pour une telle diversification sont une séparation *“juridique, matérielle, comptable, financière et commerciale”* étanche (pt 99).

### 1. Confusion des activités

La confusion alléguée par Solaire Direct concernait d'une part l'exploitation de la marque Bleu Ciel et d'autre part, l'utilisation, par EDF, de sa position sur le marché de la production et la fourniture d'électricité aux tarifs réglementés pour favoriser l'activité d'EDF ENR.

C'est donc d'abord la stratégie de communication d'EDF qui était visée. La politique de communication par une entreprise en position dominante a déjà été examinée par le Conseil de la concurrence, dans l'affaire des numéros de service de renseignement (le “12”, Cons. conc., 28 juillet 2005, avis n° 05-A-16, relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes relative à la transition vers un nouveau format de numérotation pour les services de renseignements téléphoniques). Il avait été rappelé que, dans certains cas, *“l'utilisation, par une entreprise en position dominante, de certains moyens de promotion d'une activité ne relève pas d'une concurrence par les mérites et constitue une pratique ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence”* (pt 70).

Selon Solaire Direct, le mélange, via la plateforme Bleu Ciel d'EDF, des activités réglementées et de celles pleinement ouvertes à la concurrence engendrait confusion et ambiguïté et profitait à EDF ENR au détriment de ses concurrents. En outre, comme l'avait relevé la Commission de régulation de l'énergie, qui avait présenté des observations écrites et orales dans la procédure, les logos et les marques des différentes entités d'EDF comprenaient des similitudes entraînant une confusion entre les activités du champ concurrentiel et celles relevant du champ réglementé.

À cette politique de communication s'ajoutait également le recours à du personnel d'EDF pour promouvoir les offres d'EDF ENR. En effet, aux termes d'un accord entre EDF ENR et sa mère, cette dernière, via sa plateforme téléphonique joignable au numéro 3929, fournissait aux consommateurs des conseils en matière d'énergie photovoltaïque permettant d'orienter les clients vers les activités d'EDF ENR et ce, alors même que le 3929 avait également pour fonction d'assurer l'interface commerciale avec les clients d'EDF restant au tarif réglementé.

Sur ce fondement, l'Autorité de la concurrence a donc considéré que ces pratiques étaient susceptibles de constituer un abus de position dominante et enjoint à EDF de supprimer, dans tous les supports de communication portant la marque Bleu Ciel d'EDF (notamment la Lettre Bleu Ciel, la facture de fourniture d'électricité d'EDF, ou encore la plateforme téléphonique du 3929), toute référence à l'activité d'EDF ENR dans la filière photovoltaïque. En outre, EDF doit faire cesser, toute référence, par les agents répondant au 3929, aux services offerts par EDF ENR.

En revanche, d'autres pratiques dénoncées par Solaire Direct comme l'utilisation par EDF de sa position d'acheteur d'électricité photovoltaïque ne sont pas constitutives d'un abus dans la mesure où cette obligation d'achat est prévue par la loi. De même, les retards de raccordement au réseau, qui peuvent éventuellement être constitutifs d'un abus quand ils favorisent des pratiques de dénigrement (voir, Cons. conc., 7 juin 2007, déc. n° 07-MC-03, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Solutel), n'ont pas été considérés comme abusifs.

### 2. Accès à la base de données

Solaire Direct contestait également l'accès d'EDF ENR à la base de données d'EDF. EDF, en sa qualité d'opérateur historique, détient en effet un certain nombre d'informations considérées comme *“non reproductibles par les autres opérateurs”* (pt 137), comme la situation géographique exacte des clients potentiels, leurs habitudes de consommation d'électricité, la superficie de leur habitation, etc.

Or, la transmission d'informations par une société en position dominante à l'une de ses filiales actives sur un marché connexe peut constituer une pratique anticoncurrentielle.

Le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion d'indiquer que des informations *“privilegiées”* c'est-à-dire celles *“dont le marché ne dispose pas dans des conditions de fonctionnement habituel”* en tenant compte de la *“rapidité”* de leur obtention et de la *“fiabilité”* de leur contenu, communiquées à une filiale pouvaient constituer un abus (Cons. conc., 20 juin 2006, déc. n° 06-D-16, relative à des pratiques mises en œuvre par les NMPP sur le marché de la distribution de la presse pour la vente au numéro et des marchés d'activités connexes, pt 81).

De même, dans son avis n° 94-A-15 (précité), le Conseil de la concurrence s'était opposé à ce que les filiales d'EDF et de GDF puissent avoir accès à des informations privilégiées concernant les marchés connexes à ceux détenus en monopole en considérant qu'il s'agissait de *“facteurs de distorsions de concurrence”* dans la mesure où cela contribuait *“à consentir*



aux filiales des avantages appréciables par rapport aux concurrents. À long terme, de telles pratiques risquaient d'éliminer du marché tous les acteurs économiques ne bénéficiant pas de conditions analogues".

France Télécom, autre opérateur historique, avait également été sanctionné par le Conseil de la concurrence pour avoir, notamment, "abusé de sa position dominante sur le marché de la boucle locale, en utilisant des données qu'elle seule détenait en sa qualité de propriétaire et d'exploitant de la boucle locale, dans le but de faciliter la commercialisation de services d'accès à Internet de sa filiale Wanadoo" (Cons. conc., 15 octobre 2007, déc. n° 07-D-33, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à l'Internet à haut débit).

En l'espèce, l'Autorité de la concurrence considère que l'accès d'EDF ENR aux données d'EDF est de nature à lui conférer un avantage indu au détriment de ses concurrents. En conséquence, elle enjoint à EDF de cesser de communiquer à sa filiale les informations en cause.

### 3. Mise à disposition des moyens matériels et humains et verrouillage du marché de la fourniture de matériels photovoltaïques

Selon Solaire Direct, EDF ENR bénéficiait d'un certain nombre de subventions croisées en raison de la mise à disposition de moyens matériels et humains d'EDF (voir notamment, à ce sujet, Cons. conc., 5 mars 2001, déc. n° 00-D-50, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir).

L'Autorité de la concurrence examine d'abord les conditions de mise à disposition des personnels et considère que le nombre de personnes faisant l'objet d'une refacturation par EDF à EDF ENR apparaît faible (pt 146-147). S'agissant de l'envoi de documents promotionnels par EDF, l'Autorité de la concurrence relève que les documents diffusés ne pourraient être reproduits dans les mêmes conditions financières par les concurrents d'EDF ENR. L'Autorité de la concurrence renvoie donc à l'instruction au fond la question consistant à déterminer si la mise à disposition des moyens matériels et humains de l'opérateur historique au profit de sa filiale opérant dans un secteur concurrentiel donne lieu à des contreparties financières reflétant la réalité des coûts et d'autre part, si l'appui ainsi apporté revêt un caractère anormal.

En revanche, l'Autorité de la concurrence considère qu'aucun élément probant ne permet d'établir un éventuel verrouillage du marché des équipements photovoltaïques.

### III. Échec de la procédure d'engagements et mesures conservatoires prononcées

Cette affaire a également donné lieu à un événement procédural rare, le rejet des propositions d'engagements présentées par EDF et EDF ENR. L'opérateur historique et sa filiale avaient en effet présenté une série de propositions (comme, par exemple, de ne plus faire référence à l'offre d'EDF ENR dans les documents publicitaires accompagnant les factures d'EDF, de ne collecter des informations utiles à

l'activité solaire que via le 3929 mais non via l'activité de fournisseur d'électricité au tarif réglementé, de mettre en place des canaux de commercialisation distincts pour l'offre photovoltaïque dans le courant de l'année 2010, etc.).

Pour l'Autorité de la concurrence, ces engagements, qualifiés d'"insuffisants" (pt 165), ne pouvaient pas résoudre de manière satisfaisante les problèmes de concurrence soulevés. L'Autorité leur reprochait notamment de laisser subsister une confusion dans la mesure où les services commerciaux d'EDF pouvaient continuer à collecter des informations transmises à EDF ENR. Quant à la perspective de mise en place de canaux commerciaux distincts, elle semblait assez lointaine. En outre, les commerciaux d'EDF ENR pouvaient toujours avoir accès aux informations "non reproductibles", détenues par EDF. Dans ces conditions, l'Autorité a rejeté la proposition d'engagements et prononcé des mesures conservatoires contre EDF et EDF ENR.

Il s'agit d'une première dans une pratique décisionnelle qui compte aujourd'hui environ une trentaine de décisions. Jusqu'alors, les entreprises avaient parfois été contraintes de consentir des engagements finalement plus exigeants que ceux initialement proposés. Jusqu'à la présente affaire, il ressort de la pratique décisionnelle qu'une seule procédure ayant donné lieu à un test de marché des engagements proposés n'était pas allée à son terme, l'entreprise ayant retiré sa proposition d'engagements et finalement obtenu un non-lieu (Cons. conc., 7 novembre 2007, déc. n° 07-D-35, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Sirona Dental Systems GmbH et ses distributeurs nationaux de matériels et équipements dentaires).

L'échec de la procédure d'engagements met l'entreprise dans une situation délicate puisqu'elle se voit imposer des mesures plus exigeantes que les engagements qu'elle avait proposés avec "en prime" un risque d'amende à l'issue de l'instruction au fond. Du côté de l'Autorité, cette situation constitue une perte de temps et une mobilisation de moyens qui auraient pu être affectés ailleurs.

Faut-il donc voir dans cette décision un renforcement des exigences de l'Autorité de la concurrence en matière d'engagements ? S'agit-il d'un cas particulier lié au caractère émergent du marché en cause ? Ou encore de la volonté de sanctionner un opérateur historique déjà impliqué dans de nombreuses procédures devant les autorités de concurrence ?

A. W. ■



**MANIPULATION D'UNE PROCÉDURE DE MISE EN CONCURRENCE : Selon l'Autorité de la concurrence, un opérateur en place ne commet pas d'abus en s'appuyant sur ses avantages concurrentiels objectifs et la sélection d'un partenaire pour répondre à un appel à candidature ne constitue pas nécessairement un signal anticoncurrentiel** (Aut. conc., déc.

*n° 09-D-18 du 2 juin 2009 relative aux pratiques mises en œuvre à l'occasion de la constitution du groupement momentanée d'entreprises RTM-Veolia en vue de sa candidature à la délégation de service public de la CUMPM pour l'exploitation du réseau de tramway de la ville de Marseille)*

L'affaire du tramway marseillais est à première vue assez curieuse. En effet c'est un syndicat (SNTU-CGT) qui avait saisi l'Autorité de la concurrence. Cette circonstance est assez rare, mais n'a rien de surprenant en elle-même – elle est du reste prévue par les articles L. 462-1 et L. 462-5 C. Com.. Ce qui cause l'étonnement à la lecture de la décision est plutôt la position qui était défendue par le syndicat. Celui-ci reprochait en effet à la Régie des transports marseillais (RTM) d'avoir abusé de sa position dominante en cherchant à s'adjoindre un partenaire pour répondre à un appel d'offres plutôt que d'y répondre seule.

Le contexte était le suivant : la RTM est l'exploitant historique du métro et des bus à Marseille. Pour la réalisation d'un tramway, la communauté urbaine avait apparemment souhaité ménager la possibilité d'une concurrence (pt 51). En effet, elle avait décidé de restreindre la mission de la RTM en la limitant à l'exploitation du métro et du réseau de bus, alors que le libellé précédent de cette mission se référait aux "transports terrestres", formulation plus générale qui aurait inclus le tramway. Cette modification avait donc pour effet que l'opérateur historique des transports en commun marseillais n'était pas, en droit, la seule entreprise à pouvoir prétendre exploiter le tramway. Aussi, la communauté urbaine avait-elle lancé une procédure d'appel public à candidature pour l'attribution de la délégation de service public ("DSP" dans la décision). La RTM entendait être candidate et n'en était pas empêchée par la modification du libellé de sa mission. Ce qui mécontentait le syndicat était que la régie avait souhaité répondre à l'appel à candidature non pas seule, mais en groupement avec un partenaire. Le partenaire, qui avait été sélectionné par la RTM au terme d'une procédure que le syndicat critiquait également, était Veolia. Le groupement RTM/Veolia avait obtenu le marché et le syndicat avait déposé une stratégie contentieuse, enchaînant plusieurs recours devant les juridictions administratives, avec succès, puisque la décision attribuant l'exploitation du tramway au groupement RTM/Veolia avait été annulée. Dès lors, comme le relève l'Autorité, on pouvait s'interroger sur l'intérêt du syndicat à agir devant elle (pt 19). L'Autorité considère qu'il n'est pas nécessaire de trancher ce point et considère que la saisine n'était pas dépourvue d'objet (pt 30), ce qui la conduit à l'examiner au fond.

Sur le fond, l'Autorité rappelle les principes qui gouvernent l'appréciation d'une position dominante en présence d'une procédure de mise en concurrence (pts 39 à 44), mais, par économie de motivation, ne tranche pas en l'espèce la question de la délimitation du marché, car elle ne retient pas d'abus (pt 46).

C'est précisément l'appréhension de l'abus qui est intéressante dans cette décision. L'abus allégué par le syndicat consistait dans le fait que la régie des transports marseillais se serait appuyée sur ses avantages concurrentiels indéniables (connaissance du marché des transports à Marseille, synergies possibles en termes d'interconnexion et de billetterie notamment) pour apparaître vis-à-vis des autres entreprises intéressées par le marché du tramway marseillais comme un partenaire obligatoire dans la procédure de mise en concurrence organisée par la communauté urbaine (pts 58-59). Au fond, le syndicat considérait que la RTM avait manipulé la mise en concurrence, car, en organisant une procédure de sélection d'un partenaire, elle aurait envoyé un signal aux entreprises potentiellement intéressées par le marché qu'elles n'avaient aucune chance si elles présentaient une offre seules.

L'Autorité introduit son analyse en précisant qu'"il convient d'examiner successivement les raisons qui ont conduit à la recherche d'un partenaire et le contexte dans lequel la consultation lancée par RTM s'est déroulée". En d'autres termes, l'Autorité cherche à comprendre la stratégie de RTM. À cet égard, le contexte fournit effectivement des éléments d'explication déterminants. En effet, la collectivité publique (la communauté urbaine) avait clairement mis en avant à travers le choix du type de régie choisi (affermage), qu'elle souhaitait confier l'exploitation du tramway à une société qui en supporterait les risques. Or, la RTM a pour actionnaire unique la communauté urbaine elle-même, si bien que, si l'opérateur historique s'était vu confier l'exploitation du tramway, le partage des risques n'aurait été que formel puisque, en cas de déficit, ce serait de toute façon la communauté urbaine qui aurait dû en supporter le coût (pt 69). Dans ce contexte, la décision de la RTM de trouver un partenaire pour répondre à l'appel à candidatures apparaissait justifiée par le souci de présenter une offre satisfaisant les objectifs de la collectivité publique. L'autorité relève en outre que des facteurs objectifs conféraient un avantage concurrentiel à la RTM, si bien qu'il était raisonnable d'anticiper que la communauté urbaine privilégierait une solution impliquant l'opérateur en place. Aussi n'était-il pas besoin de recourir à l'hypothèse d'une stratégie de manipulation de la concurrence pour rendre compte du comportement de l'entreprise. L'Autorité en conclut qu'il n'est pas possible de considérer dans ces conditions que le principe de la sélection d'un partenaire soit constitutif d'un abus.

L'autorité considère de plus que les modalités de sélection d'un partenaire ne sont pas davantage constitutives d'abus, car la procédure a été conduite par la RTM de manière "transparente, équitable et non discriminatoire". Enfin, l'argument pris d'une prétendue manipulation du processus de sélection par une stratégie de signal est écarté. La décision retient à cet égard que "la RTM n'a pas sensiblement contribué à accréditer l'idée qu'un partenariat avec elle constituait un point de passage obligé pour toute entreprise souhaitant participer à la gestion du tramway".

On peut donc retenir de cette décision qu'un opérateur en place n'est pas soupçonné d'abus du seul fait qu'il possède des avantages concurrentiels objectifs. Cela peut paraître assez évident, mais les limites, même de bon sens, à la "responsabilité particulière" des entreprises en position dominante méritent d'être répertoriées.

A.-L. S. ■

## À noter

**COMPÉTENCE : Le Tribunal des conflits rappelle que les pratiques anticoncurrentielles commises à l'occasion d'une procédure de marché public relèvent de la compétence de l'Autorité de la concurrence** (*T. conflits, 4 mai 2009, Préfet de Paris*). Cette décision fera l'objet d'un commentaire détaillé dans le prochain numéro de la revue.

Le Tribunal des conflits se prononce pour la première fois en faveur de la compétence de l'Autorité de la concurrence pour connaître de pratiques anticoncurrentielles reprochées à un établissement public administratif en matière de marchés publics.

**EFFET DE LEVIER – CISEAU TARIFAIRE : Selon l'Autorité de la concurrence, l'offre "Unik" de France Telecom ne crée aucune atteinte grave et immédiate au secteur des communications électroniques, à l'intérêt des consommateurs ou à la situation des concurrents, auteur de la saisine** (*Aut. conc., déc. n° 09-D-15 du 2 avril 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société SFR concernant diverses pratiques mises en œuvre par le groupe France Télécom sur les marchés de la téléphonie mobile et de l'Internet haut débit (offre "Unik")*)

L'Autorité de la concurrence a rejeté la demande de mesures conservatoires formée par la société SFR à l'encontre de France Telecom et tendant à la suspension de l'offre promotionnelle "Unik" de cette dernière (offre dite "de convergence" permettant de téléphoner à partir d'un terminal mobile unique en utilisant tantôt le réseau internet tantôt le réseau mobile). L'Autorité poursuit l'instruction au fond sur l'effet de levier et l'effet de ciseau tarifaire allégués dans la saisine.

**MARCHÉ PERTINENT – LOGICIELS INFORMATIQUES : L'Autorité de la concurrence estime que les logiciels de gestions du personnel universitaire ne forment pas un marché pertinent** (*Aut. conc., déc. n° 09-D-16 du 8 avril 2009 relative des pratiques mises en œuvre dans le secteur des logiciels de gestion des données de ressources humaines et de la gestion de la paie pour les universités*)

L'Autorité prononce une décision de non-lieu suite à la plainte de la Cégape, société éditrice de logiciels, qui reprochait à l'agence de mutualisation des universités et des établissements d'enseignement supérieur ou de recherche (AMUE) d'avoir dénigré les produits Cégape auprès des universités et autres établissements d'enseignement supérieur et de chercher à exclure la Cégape du marché des logiciels de gestion du personnel destinés aux universités. La décision retient que le marché pertinent est plus large que celui allégué par la plaignante et que la part de marché de l'AMUE n'est pas supérieure à 5 %.

## Autres décisions et textes nationaux

### AUSTRIA

The Austrian Supreme Court voids a judgment of the Cartel Court on the assessment of a "radius clause" provided for in the lease agreements of a shopping centre (*PlusCity*), 25 March 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### BELGIUM

The President of the Belgian Competition Council confirms refusal by the Competition Auditor to adopt interim measures following alleged abuse of dominance by 10 pharmaceutical companies concerning pharmaceuticals parallel imports (*Bofar / Alcon-Couvreur, Astra-Zeneca, Bayer, Biogen Idec, Boehringer Ingelheim, Bristol Meyers Squibb, Jansens-Cilag, Pfizer*), 02 April 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Brussels court of appeal confirms a Belgian Competition Council's decision on an abuse of dominance but annuls the fine for predictability issues (*Occasiemarkt - Honda Motor Europe*), 02 February 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### BOSNIA

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

### CROATIA

The Croatian Competition Authority finds abuse of dominance on the market for airport catering services (*Zagreb Airport*), 26 March 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### CZECH REPUBLIC

The Czech Chamber of Deputies votes a bill on abuse of economic dependence (*Bill on significant market power and the abuse thereof*), 15 May 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### DENMARK

A Danish Court awards ? 10 M damages for loss suffered as a result of an abuse of a dominant position in the postal services sector (*Danish Postal Service*), 20 May 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### FRANCE

The French Supreme Court confirms rebutting of an appeal against an NCA's decision sanctioning predatory pricing in the market for sodic cefuroxime (*GlaxoSmithKline*), 17 March 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### GREECE

The Greek telecommunications regulator prohibits the incumbent's "Double-Play" bundled offering of unlimited international calls taking into account a risk of a margin squeeze of its competitors (*OTE*), 23 February 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Hellenic Competition Commission fines coffee maker nearly € 30 M for infringements of Art. 81 and 82 EC and their domestic equivalents (*Nestle Hellas*), 12 February 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### ITALY

The Italian Antitrust Authority opens an investigation in the market of collection and payment services for an alleged abuse by the national postal operator (*Poste Italiane - Aumento Commissione Bollettini C/C*), 23 April 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Italian Competition Authority opens an investigations for violation of Art. 82 EC in the plasterboard market (*Saint-Gobain*), 05 March 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Italian Antitrust Authority opens an investigation for an alleged abuse of dominance in the market for plasterboards (*Mercato del Cartongesso*), 05 March 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Italian Supreme Court underlines the need for correct market definition in a private enforcement case concerning an alleged abuse of dominant position (*Cetel / Enel*), 13 February 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### SPAIN

The Spanish competition authority fines electricity distributors € 35,8 million for abusing their dominant position on the power commercialisation market (*Central/ Electra de Viesgo, Endesa and Union Fenosa*), 02 April 2009, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### UNITED STATES OF AMERICA

The US Supreme Court rejects the price squeeze theory, noting that the upstream and downstream claims should be considered separately (*linkLine*), 25 February 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 neuf 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, 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...

## Tendances

Marie-Laure Allain, Jacques Barrot, Jean-François Bellis, Murielle Chagny, Claire Chambolle, Luc Chatel, Dominique de Gramont, Damien Gérardin, Christophe Lemaire, 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, 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

Catherine PRIETO  
Anne-Lise SIBONY  
Anne WACHSMANN

### Pratiques restrictives et concurrence déloyale

Mireille DANY  
Daniel FASQUELLE  
Marie-Claude MITCHELL

### Concentrations

Jean-Mathieu COT  
Jérôme PHILIPPE  
Stanislas MARTIN

### Aides d'État

Jean-Yves CHÉROT  
Jacques DERENNE  
Christophe GIOLITO

### Procédures

Pascal CARDONNEL  
Christophe LEMAIRE  
Agnès MAÏTREPIERRE  
Chantal MOMÈGE

### Régulations

Denis LESCOP  
Jean-Paul TRAN THIET  
Thierry TUOT

### Secteur public

Bertrand du MARAIS  
Stéphane RODRIGUES  
Jean-Philippe KOVAR

### Politique internationale

Frédérique DAUDRET-JOHN  
François SOUTY  
Stéphanie YON

## Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN  
Umberto BERKANI  
Alain RONZANO

## Bibliographie

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





	<b>HT</b> <i>Without tax</i>	<b>TTC</b> <i>Tax included (France only)</i>
<b>Revue Concurrences   Review Concurrences</b>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	420 €	428,80 €
<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>	510 €	609,96 €
<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>	620 €	741,52 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	125 €	127,62 €
<b>Bulletin électronique e-Competitions   e-bulletin e-Competitions</b>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription + free access to e-archives</i>	560 €	669,76 €
<b>Revue Concurrences + bulletin e-Competitions   Review Concurrences + e-bulletin e-Competitions</b>		
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin</i>	730 €	873,08 €
<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>	820 €	980,72 €

### Renseignements | Subscriber details

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

### Païement | Payment details

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

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

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

Signature

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

IBAN (International Bank Account Number)	BIC (Bank Identifier Code)
<b>FR76 3006 6108 5400 0103 5440 101</b>	<b>CMCIFRPP</b>
<b>Compte 30066 10854 00010354401 01</b>	

**Bank : CIC - Paris le Marais | 58 rue du Temple - 75 004 Paris | France**

### 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)

### 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**