



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence

## PRATIQUES UNILATÉRALES

---

**Chroniques** | Concurrences N° 3-2010 – pp. 88-100

### **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*
- | *Chargée de cours invitée, Université Catholique de Louvain*

### **Anne WACHSMANN**

anne.wachsmann@linklaters.com

- | *Avocat à la Cour*

**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

Chargée de cours invitée,

Université Catholique de Louvain

**Anne WACHSMAN**

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat à la Cour

## Abstracts

### 1. EU

#### **DISCRIMINATION BETWEEN CUSTOMERS – INTERNAL MARKET – ELECTRICITY: 88**

*The European Commission renders legally binding commitments of the Swedish electricity grid operator to change its method for managing congestion risk on the network and cease to discriminate between Swedish and Danish customers and to reinforce network capacity*

**Eur. Comm., dec. art. 9 Reg. 1/2003, 14.04.10, Swedish Interconnectors, case COMP/39.351**

### 2. France

#### **ABUSES OF JOINT DOMINANCE: 91**

*The Paris Court of Appeal holds that the criteria of collective dominance are not met in the Corsican cement case but confirms the fines for imposed to firms which took part in the cartel agreement*

**CA Paris, 15.04.10, Vicat et Lafarge Ciments v. Fr. NCA, 12.03.07, Corsican cement, 07-D-08**

#### **EMERGENCY MEASURES – REFUSAL TO DEAL – DENIGRATION: 94**

*The French NCA rejects an application for interim measures in a case of alleged anticompetitive practices in the pharmaceutical sector, which consist in refusing to license a competitor and in denigration of competing products*

**Fr. NCA, 17.05.10, Sanofi-Aventis France, 10-D-06**

#### **EMERGENCY MEASURES – FORECLOSURE – HISTORICAL OPERATOR: 97**

*The French NCA rejects a complaint filed by a competitor of the electricity incumbent in the area of renewable energies and consequently also rejects the application for interim relief*

**Fr. NCA, 16.04.10, biogas, 10-D-14 and, on appeal, CA Paris, 01.06.10, Euro Power Technology, RG 2010/07349**

# PRATIQUES UNILATÉRALES

## 1. UNION EUROPÉENNE

**PRATIQUES DISCRIMINATOIRES – MARCHÉ INTÉRIEUR – NON-DISCRIMINATION À RAISON DE LA NATIONALITÉ – CONCURRENCE DÉLOYALE : La Commission rend obligatoires les engagements du gestionnaire du réseau de transport d'électricité en Suède visant à lever un doute sur la compatibilité avec l'article 102 TFUE d'une pratique consistant à gérer les risques de congestion du réseau en favorisant les flux à destination du marché national par rapport aux flux destinés à l'exportation**  
*(Comm. eur., déc. art. 9 R. 1/2003 du 14 avril 2010, Interconnexions suédoises, aff. COMP/39.351)*

Par une décision du 14 avril 2009, la Commission a rendu obligatoires les engagements proposés par le gestionnaire du réseau de transport d'électricité en Suède, SvK. Ces engagements répondent aux préoccupations émises par la Commission concernant l'une des méthodes de gestion des risques de congestion du réseau mise en œuvre par SvK depuis plusieurs années (au moins depuis 2002). Les pratiques en cause concernaient plus particulièrement le fonctionnement des interconnexions entre le réseau haute tension suédois et les réseaux des pays limitrophes, en particulier le Danemark. Lorsqu'il prévoyait un engorgement, le gestionnaire du réseau attribuait en priorité la capacité de transport disponible à l'électricité destinée au marché suédois, au détriment du transport d'électricité à l'exportation. Cette pratique entretenait la rareté sur le marché danois, ce qui avait pour effet d'y faire augmenter les prix. C'est ce qui avait conduit une fédération danoise d'entreprises actives dans le secteur de l'énergie à saisir la Commission d'une plainte contre ces pratiques en invoquant leur contrariété avec l'article 102 TFUE.

On ne s'attardera pas sur le constat d'une position dominante détenue par SvK, qui relève de l'évidence une fois que, conformément à sa pratique décisionnelle, la Commission définit le marché pertinent comme celui du transport d'électricité en Suède (y compris aux frontières) (pts 16 à 18). On ne détaillera pas non plus l'analyse des engagements, qui consistent, d'une part, dans la création de "zones de formation des prix" distinctes au sein du territoire suédois et, d'autre part, dans un engagement d'accroître la capacité de transport du réseau à haute tension dans l'une des quatre zones présentant un goulet d'étranglement, en raison du fait que cette zone ne présente pas les caractéristiques permettant au premier type d'engagement de résoudre le problème constaté. À cet égard, on se contentera de relever qu'un engagement consistant dans une obligation d'investissement n'est imposé que parce que des engagements comportementaux ne permettraient pas d'obtenir le résultat escompté.

Ce qui dans cette décision mérite avant tout de retenir l'attention est l'articulation très explicite qui y est faite entre les règles de concurrence et le droit commun de l'Union, à savoir, d'une part, les règles régissant le marché intérieur et, d'autre part, le principe général de non-discrimination à raison de la nationalité. En un sens, cette décision se présente comme un avatar de l'arrêt *Consten et Grundig* dans le domaine de l'abus de position dominante.

### **Abus consistant en une discrimination : Retour sur les liens entre concurrence et marché intérieur**

Dans une décision d'engagements, les règles de concurrence ne sont pas appliquées à proprement parler, puisque la procédure vise précisément à en éviter l'application. Aussi, les pratiques de SvK ne sont-elles pas qualifiées d'abusives. Pour autant, les explications sur les "préoccupations de concurrence" exprimées dans cette décision renseignent sur la doctrine de la Commission en matière d'abus consistant en une pratique discriminatoire. Ce type de pratique est visé à l'article 102, paragraphe 2, sous c) comme des pratiques consistant à "appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence". En l'espèce, les méthodes de gestion des congestions sur le réseau avaient pour effet de soumettre les acheteurs d'électricité situés de part

et d'autre de la frontière entre la Suède et le Danemark à de conditions de marché différentes. Cette particularité factuelle donne à la Commission l'occasion de revenir sur le lien entre l'application des règles de concurrence et le droit de la libre circulation des marchandises (spéc. pts 42 et 43).

Le raisonnement suivi par la Commission est le suivant. Les règles de priorité mises en œuvre par le gestionnaire du réseau suédois constituent une discrimination entre transport domestique et transport à des fins d'exportation. Ce constat d'un traitement différencié des flux d'électricité selon leur destination – qui ne semblait pas contesté – aboutit à un traitement différent des consommateurs en fonction de leur lieu de résidence : les utilisateurs situés en deçà du goulet d'étranglement bénéficient de prix plus bas que ceux dont les installations se situent au-delà. Dans la mesure où cet effet se produit de part et d'autre d'une frontière entre deux États membres, il tombe sous le coup des règles du marché intérieur (art. 34 et 35 TFUE, portant interdiction des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives). Plus précisément, la pratique de SvK a pour effet de restreindre les exportations, ce qui est prohibé par l'article 35 TFUE. Si l'application de ce texte avait été en cause, l'affaire aurait soulevé une question intéressante concernant son application horizontale (dans le cadre d'un litige entre entreprises). En effet, SvK, bien qu'elle soit une entité étatique, est visée ici en tant qu'entreprise. Il s'agit donc d'une entrave aux exportations d'origine non réglementaire. S'agissant d'une décision rendue en matière de concurrence, ce point n'a pas à être tranché. On notera toutefois avec intérêt que, comme dans l'arrêt *Consten et Grundig*, qui est cité à la note 40, la Commission raisonne par analogie avec les règles du marché intérieur. De même qu'il est interdit aux États de restreindre les exportations, de même il est interdit aux entreprises (ici plus particulièrement aux entreprises en position dominante) d'adopter des comportements qui ont le même effet (pt 43). L'application des règles de concurrence apparaît donc ici très clairement, et exactement comme il y a un peu plus de quarante ans, mise au service de la réalisation du marché intérieur.

Cette fidélité à l'identité européenne des règles de concurrence aurait néanmoins dû s'accompagner d'une modification terminologique. En effet, si la Commission emploie bien le terme marché "*intérieur*" (pt 44), la décision montre que, comme tout un chacun, la Commission éprouve encore des difficultés à changer ses habitudes, car elle réfère aussi au marché "*commun*" (pt 26), et ce alors que le traité de Lisbonne a introduit une modification horizontale de la terminologie, remplaçant dans tout le traité – y compris dans l'article 102 TFUE – "*marché commun*" par "*marché intérieur*". De même, il ne devrait plus être fait mention des "*règles de concurrence communautaires*" (pt 43), puisque la Communauté a cessé d'exister depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Il faut donc logiquement parler désormais des règles européennes de concurrence.

Au-delà de cette nécessaire modernisation terminologique, on s'interroge sur la compatibilité de cette décision avec l'approche par les effets prônée par la Commission. En effet, à la lecture de la décision, les arguments de principe semblent déterminants. Il n'y a pratiquement aucune analyse des effets du comportement reproché à SvK. Tout au plus peut-on relever dans la motivation de la décision un bref passage

empruntant le vocabulaire de l'approche par les effets, mais même ce passage revient à un argument de principe. Qu'on en juge : la Commission relève que les agissements de SvK contribuent à une segmentation des marchés entre États membres, "*empêchant les consommateurs et les producteurs de tirer parti des avantages offerts par le marché intérieur*" (pt 44). L'effet sur les consommateurs (au sens large d'utilisateurs, incluant les entreprises) est donc visé, mais il est apprécié de manière assez abstraite, au regard des objectifs fondamentaux du traité. Du reste, la Commission ne se cache pas d'adopter une approche *per se*, en ce qu'elle retient que les discriminations entre clients nationaux et ceux d'une autre État membre ont "*pour objet*" de restreindre la concurrence par leur objet (pt 43). Cet emprunt au langage de l'article 101 TFUE contraste avec singulièrement avec une approche plus économique et centrée sur les effets. Il est vrai que la Communication dans laquelle la Commission a annoncé sa nouvelle approche ne concerne que les abus-exclusion. Force est de constater que la même doctrine ne semble pas applicable aux abus-discrimination.

L'empreinte du droit du marché intérieur est ici si nette que l'on retrouve aussi dans la décision rapportée l'une des faiblesses du droit de la libre circulation, à savoir l'indifférence des situations purement internes au regard du droit européen. En l'espèce, certaines parties intéressées, dans leurs observations sur les engagements proposés par SvK avaient relevé que le principal engagement, consistant à diviser le territoire suédois en plusieurs "*zones de formation de prix*" distinctes, créerait des discriminations entre consommateurs suédois. Ceux qui se trouvent au nord du pays – à proximité des capacités de production – allaient bénéficier de prix plus bas, tandis que ceux qui se trouvent au sud allaient devoir faire face à des augmentations de prix. Dans la partie de la décision qui examine le caractère approprié et proportionné des engagements (pts 50 et s.), la Commission répond en substance à cette objection que ces différences de prix ne sont pas pertinentes. Pour la Commission, rien ne s'oppose à créer des différences de traitement entre utilisateurs situés à l'intérieur d'un État membre afin de remédier à une discrimination interdite par le droit européen parce qu'elle touche des utilisateurs situés dans des États membres différents (pt 58). Cela pourra paraître au moins paradoxal aux intéressés suédois, mais c'est dans la droite ligne de la jurisprudence constante en matière de libertés de circulation, selon laquelle le droit européen ne s'applique pas aux situations purement internes et ne peut donc être invoqué pour remédier à une inégalité ou à une discrimination qui est cantonnée à l'intérieur d'un État membre.

Pour justifier plus positivement le caractère approprié des engagements, la Commission invoque un argument qui réjouira sans doute les économistes parmi les lecteurs de ses décisions. Elle indique que la création de différentes zones de formation de prix permettra aux prix de jouer leur rôle d'indicateur de rareté. La Commission précise ainsi que "*les signaux de prix donneront des indications plus claires aux investisseurs quant aux endroits les plus adaptés à la construction de nouvelles capacités de production*" (pt 57).

En résumé donc, les différences de prix sont analysées du point de vue des utilisateurs lorsqu'elles sont constatées de part et d'autre d'une frontière entre États membres, selon une logique de promotion du marché intérieur. En revanche, lorsque



## 2. FRANCE

### **POSITION DOMINANTE COLLECTIVE : La Cour d'appel de Paris annule et réforme partiellement la décision relative à l'affaire du ciment corse sur son volet concernant l'abus de position dominante collective**

(CA Paris, ch. 5-7, 15 avril 2010, Vicat et Lafarge Ciments ; sur renvoi après cassation, contre Aut. conc., déc. n° 07-D-08 du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse)

L'affaire du ciment corse dont le premier acte avait été donné par la décision n° 07-D-08 du Conseil de la concurrence du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le domaine de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, vient de connaître un nouvel épisode avec l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 avril dernier, rendu sur renvoi après cassation. La chambre commerciale avait en effet confirmé un premier arrêt de la Cour d'appel en date du 6 mai 2008, sur son volet ententes mais censuré ce même arrêt – et donc indirectement la décision du Conseil de la concurrence – sur son second volet afférent à un abus de position dominante collective<sup>1</sup>.

Ce nouvel arrêt – qui ne met pas un point final à l'affaire, un nouveau pourvoi en cassation étant engagé – permet de s'attacher à l'épineuse question des critères permettant de caractériser une situation de dominance collective et un éventuel abus<sup>2</sup>. Il s'agit donc, après avoir analysé la position de la Cour d'appel dans le cas d'espèce (I.) de nous attacher à la discussion des critères utilisés pour caractériser une telle pratique (II.) mais aussi du montant de la sanction pécuniaire fixée, après l'annulation de la décision du chef d'abus de dominance collective.

#### **I. De la censure de l'abus de position dominante collective dans l'affaire du ciment corse**

Le Conseil de la concurrence avait sanctionné en mars 2007 les cimentiers Vicat et Lafarge ainsi que deux organisations de négociants corses pour avoir verrouillé au travers de pratiques particulièrement “*pernicieuses*” (§ 323) le marché corse du ciment. Ces pratiques visaient notamment à exclure des rivaux grecs et sardes du marché îlien. Selon le Conseil les pratiques sanctionnées se seraient traduites par une élévation des prix du ciment de 20 % dans le département de Corse du Sud et de 50 % en Haute Corse.

Les pratiques en cause recouvraient en fait une double entente avec des syndicats de négociants-distributeurs de ciment et un abus de position dominante collective. Une première entente conclue avec le syndicat des négociants-distributeurs de ciment corses conduisait ces derniers à s'approvisionner auprès des deux cimentiers pour l'essentiel de leurs besoins et à s'engager à n'utiliser que le navire vraquier de la Someca pour leurs importations pour une durée de quatre ans. La seconde entente nouée avec le GIE des négociants de Haute-Corse conduisait ces derniers à ne recourir qu'aux

installations de stockage et d'ensilage du ciment du Port de Bastia, contrôlées par les deux cimentiers, dans le cadre d'une convention d'une durée de trente ans.

Parallèlement à ces deux pratiques tombant sous le coup de l'article 101 TFUE, les deux cimentiers auraient abusé de leur position dominante collective sur le marché. Il s'agissait de pouvoir faire pièce à d'éventuelles déviations de la part des négociants corses malgré les engagements pris par leurs mandants de s'approvisionner de façon quasi-exclusive auprès d'eux. Des remises de fidélités conditionnelles et rétroactives étaient, selon le Conseil, utilisées pour discipliner les entreprises. Un approvisionnement auprès des concurrents italiens ou grecs pourrait induire, pour un négociant, la perte de l'ensemble des remises espérées. Ces remises, non justifiées au point de vue économique, permettaient donc de renforcer la fermeture du marché et constituaient donc une violation de l'article 102 TFUE.

Si la décision ne fut réformée qu'en matière de fixation des sanctions pécuniaires par la Cour d'appel de Paris, le 6 mai 2008 (arrêt n° 21, 2007/06172), elle fit l'objet d'une cassation partielle et d'un renvoi à la Cour d'appel par la Cour de cassation, le 7 juillet 2009 (arrêt n° 706). Pour cette dernière les deux cimentiers ont pu agir sur le marché comme une entité unique seulement au travers des liens structurels établis au travers des ententes constituées avec les négociants corses. En d'autres termes, la Cour d'appel n'a pas réussi à démontrer que les deux cimentiers auraient été effectivement en mesure de mettre en œuvre une stratégie commune et de s'abstraire des éventuelles réactions de leurs clients et de leurs concurrents en l'absence des ententes anticoncurrentielles présentes dans le cas d'espèce. En ne fournissant pas de tels éléments, la Cour n'a pas légalement fondé sa décision.

La Cour d'appel de Paris, autrement formée, à laquelle l'affaire fut renvoyée, eut donc à se prononcer sur la capacité des deux firmes à mettre en œuvre une stratégie coordonnée indépendamment des deux ententes. Pour ce faire, elle s'appuya sur les critères dégagés par la jurisprudence européenne, notamment dans le cadre de l'affaire *Airtours*<sup>3</sup>. Il est dans ce cadre nécessaire de démontrer que les firmes opèrent dans le cadre d'un marché oligopolistique et transparent, qu'elles sont effectivement en mesure de détecter d'éventuelles déviations par rapport à l'équilibre collusif et de les sanctionner de façon crédible et suffisamment prompte, et enfin que les tiers (clients ou concurrents) ne soient pas en mesure de faire obstacle à la stratégie commune.

Le Conseil de la concurrence avait considéré que la première condition était effectivement remplie du fait de la très forte dominance des deux entités sur le marché corse et de l'homogénéité du produit. La transparence du marché était encore renforcée par la possibilité offerte aux deux cimentiers d'observer les livraisons sur le marché corse, lesquelles transitaient à 97 % par le vraquier de la Someca (§ 244). La seconde condition était considérée comme satisfaite dans la mesure où un négociant qui se tournerait vers la concurrence perdrait le bénéfice des remises de fidélité (§ 254). Enfin, la troisième exigence était, selon le Conseil, remplie dans la mesure où non seulement il n'était pas de

1 Voir A. Wachsmann, cette chronique, *Concurrences*, n° 4-2009, p. 116.

2 N. Petit, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire*, Bruylant-LGDI, Bruxelles-Paris, 2007, 685 p.

3 TPICE, 6 juin 2002, T-342/99.

l'intérêt des négociants de se tourner vers des concurrents (ils perdraient auquel cas l'avantage des économies d'échelle liées aux accords (§ 246)) mais en outre les concurrents grecs et sardes étaient pénalisés par l'absence de norme NF – indispensable pour les marchés publics. Les importations étaient également entravées par la nécessité d'approvisionner le marché corse par des navires rouliers et non vraquiers.

Cependant, comme le souligna la Cour de cassation, la position dominante collective et l'abus de celle-ci ne peuvent être seulement démontrés à partir des liens structurels créés par le biais des ententes anticoncurrentielles. Il faut établir de quelle façon les deux entités ont en commun disposé de la capacité de se comporter d'une façon significativement indépendante des autres acteurs du marché<sup>4</sup>. Le Conseil aurait dû montrer comment, en l'absence de l'infraction à l'article 101 TFUE, les deux firmes auraient pu abuser de leur position dominante commune<sup>5</sup>.

La Cour d'appel met en doute la capacité des deux firmes à abuser d'une dominance conjointe en l'absence des ententes en s'appuyant sur le fait que sur les marchés où l'entente n'était pas effective (en l'occurrence Propriano) les parts de marché respectives des deux cimentiers connaissent de fortes variations (§ 12). De la même façon, l'exclusivité en matière de transport maritime ne porte que sur le transport en vrac. Des négociants qui auraient voulu s'abstraire des accords négociés par leurs syndicats auraient toujours pu recourir à des navires rouliers (§ 12). Il apparaît également que la nécessité dans laquelle ont été Lafarge et Vicat d'adosser leurs engagements avec la Someca pour le transport maritime à des accords équivalents avec les négociants corses témoigne de leur incapacité d'agir indépendamment de ces derniers. En d'autres termes, les deux cimentiers n'auraient pas été capables d'agir d'une façon appréciable indépendamment des négociants en l'absence des liens verticaux déjà sanctionnés sur la base de l'article 101.

La Cour d'appel évalue ensuite la portée réelle des remises de fidélité (§ 13 de l'arrêt), lesquelles occupent une place centrale dans le raisonnement qui a conduit le Conseil à sanctionner les deux firmes sur la base de l'article 102. Celles-ci constituent l'élément essentiel qui a permis au Conseil de conclure que les deux cimentiers ont abusé de leur position dominante conjointe (§ 279 de la décision) afin de pouvoir pratiquer des prix alignés et artificiellement élevés (§ 280). Si les remises de fidélité ne sont pas prohibées per se par les règles de concurrence, elles peuvent néanmoins être mises en œuvre de façon discriminatoire par un opérateur dominant à des fins d'éviction de la concurrence<sup>6</sup>.

Comme le relevait la Commission dans ses orientations sur l'application de l'article 82 CE (actuel 102 TFUE) aux abus d'éviction, des rabais rétroactifs accordés par une entreprise dominante peuvent se traduire par des effets d'éviction équivalents à ceux de clauses d'achat exclusif<sup>7</sup>. Par le jeu des

seuils à partir desquels la remise est accordée à un client, il est possible d'exclure sans perte pour l'opérateur dominant un concurrent aussi efficace que lui du marché dans la mesure où le client met en balance le gain réalisable sur la partie de sa consommation qui pourrait aller vers ce dernier avec la perte de la ristourne sur l'ensemble de sa consommation.

Pour le Conseil de la concurrence, les remises mises en place par Vicat et Lafarge étaient susceptibles de produire de tels effets dans la mesure où il s'agissait de remises de fidélité rétroactives, accordées sans justification économique. Pour Vicat, le Conseil concluait qu'il s'agissait de remises attribuées a posteriori à la condition que le négociant concerné ait respecté leur condition d'attribution, à savoir "n'avoir pas importé de ciment étranger au cours du mois faisant l'objet de la remise" (§ 266). Cependant, pour Lafarge le Conseil ne disposait pas d'éléments probants équivalents. La démonstration du caractère "anti-importations" des remises accordées reposait sur "un faisceau d'indices graves, précis et concordants" (§ 268).

Or, pour la Cour d'appel, les remises en question constituent des dispositifs accessoires des accords conclus avec les cimentiers corses. Elles sont intrinsèquement liées aux ententes anticoncurrentielles et ne peuvent de ce fait être considérées en l'absence de ces dernières (§ 13). Quand bien même celles-ci seraient prises en compte, seules les ristournes accordées par Vicat pourraient être retenues. Or leurs effets risquent d'être d'autant moins significatifs qu'elles ont une durée des plus limitées.

Après avoir discuté de l'existence de la dominance conjointe vis-à-vis des négociants et des effets des remises de fidélité, la Cour d'appel s'attache à la capacité des deux cimentiers à s'extraire d'une façon appréciable de la pression des concurrents et à l'importance des barrières à l'entrée protégeant le marché corse.

La Cour considère, d'une part, que, en l'absence des ententes conclues avec les négociants de ciment corses, les deux firmes n'auraient pas été en mesure de pouvoir agir indépendamment de leurs concurrents étrangers. D'autre part, à l'inverse du Conseil, la Cour d'appel conclut à un certain degré de contestabilité du marché. Les importations qui représentaient 11 % du marché en 1997 atteignaient 22 % en 1999. Si les qualités de ciment pouvaient s'avérer différentes entre les fournisseurs continentaux, sardes ou grecs, il n'en demeure pas moins que des différences de prix très significatives étaient relevées. L'existence de remises de fidélité peut de la même façon être interprétée comme une preuve indirecte de l'existence d'une réelle pression concurrentielle. En fait, ces importations ont concerné plus du tiers des négociants corses dont certains couvraient le tiers de leurs besoins par des importations (§ 14).

De plus, la Cour d'appel considère qu'il ne saurait être admis que la norme NF constitue une barrière à l'entrée (ne serait-ce que dans la mesure où certains cimentiers étrangers l'ont acquise). Elle montre, de la même façon, que le contrôle conjoint des installations de stockage et d'ensachage du port de Bastia par Vicat et Lafarge ne constituait pas une barrière infranchissable à l'entrée dans la mesure où un nouvel entrant aurait disposé d'emprises disponibles pour édifier ses propres installations (§ 15).

4 CJCE, 31 mars 1998, *Kali et Salz*, C 68/94.

5 CJCE, 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge*, C-395/96.

6 A.-L. Sibony, cette chronique, *Concurrences*, n° 1-2010, p. 100-102.

7 Commission européenne, *Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du Traité CE aux pratiques d'évictions abusives des entreprises dominantes*, communication de la Commission, 2009/C45/02, *JOUE*, 2009 C 45, p. 7-20.





brevet relatif à l'association entre ce dernier et l'aspirine. Non seulement Sanofi refusa-t-il d'accorder une licence aux fabricants de génériques mais les pratiques de dénigrement qui lui sont reprochées reposent sur une communication centrée sur les différences "objectives" qui en découlent.

Il s'agit donc d'envisager successivement les pratiques dénoncées en matière de refus de licence et de dénigrement, avant de s'attacher à la décision de l'Autorité relative à la demande de mesures conservatoires.

Pour Téva, la stratégie d'éviction anticoncurrentielle menée par Sanofi, repose notamment sur une communication mettant l'accent sur les différences entre les produits, certes objectives, mais pouvant induire les praticiens et les pharmaciens en erreur, quant à leur bioéquivalence, et susceptible d'instiller des doutes quant à leur efficacité et à leur sécurité. Or, ces différences découlent du refus d'accorder des licences à d'autres opérateurs qu'à sa propre filiale sur le marché des génériques.

Une première question tient donc à la possibilité que ce refus de licence s'intègre dans une stratégie d'éviction anticoncurrentielle. L'enquête sectorielle de la Commission a notamment mis en exergue la possibilité de réduire la contestabilité du marché par les producteurs de princeps à travers d'une stratégie de brevet défensive reposant sur le dépôt de brevets secondaires. Comme nous le verrons dans notre seconde partie, la difficulté pour l'Autorité de la concurrence tient à l'évaluation de la légitimité de ce refus de licences. Une autorité de concurrence, en imposant une licence obligatoire, risque de priver l'innovateur des bénéfices liés à ses droits de propriétés intellectuelles. Or les droits exclusifs espérés par l'innovateur sont déterminants en termes d'incitations à l'investissement. Les incitations à l'efficacité dynamique pourraient être réduites quand bien même la licence obligatoire accroîtrait l'efficacité allocative de court terme.

Il n'en demeure pas moins que si le droit d'exclure les tiers est le propre des droits de propriété intellectuelle, ces derniers ne sauraient exonérer leur détenteur du respect des règles de concurrence. Ces derniers peuvent en effet servir de support à des abus de position dominante<sup>14</sup>. Il en va de même au niveau interne, le Conseil de la concurrence ayant reconnu à un opérateur dominant le droit d'exploiter et de défendre ses brevets à la condition que ce dernier ne mette en œuvre des stratégies de gel des droits attachés ou des pratiques de dépôts visant à ériger des barrières à l'entrée (Cons. conc., déc. n° 01-D-57 du 21 septembre 2001, relative à une demande de mesures conservatoires d'AMM à l'encontre de Iomega). Un examen sur le fond apparaît nécessaire à l'Autorité pour jauger de la nature des pratiques de Sanofi et pour évaluer leur effet sur le marché. En effet, à court terme, le refus de licence ne s'est pas traduit par une fermeture du marché dans la mesure où les producteurs de génériques ont pu utiliser un autre sel de clopidogrel. Seule l'indication SCA leur est pour l'instant interdite par ce refus de licence. L'Autorité ne peut donc conclure, comme nous le verrons, que nous sommes dans le cadre de "circonstances exceptionnelles" qui justifieraient une licence obligatoire.

Il n'en demeure pas moins que la seconde partie des faits reprochés à Sanofi découle directement de ce refus de licence. Selon Téva, Sanofi se serait livrée à une campagne de dénigrement exploitant les différences entre le Plavix et son auto-générique et les différents génériques mis sur le marché. Les pratiques susceptibles de constituer des actes de concurrence déloyale au travers de dénigrement tiennent à la communication mise en œuvre par la firme pharmaceutique vis-à-vis des professionnels de santé. Les démarches auprès de l'AFSSAPS, préalablement à la mise du générique sur le marché, relèvent, conformément à la pratique décisionnelle de l'Autorité<sup>15</sup>, du seul débat scientifique.

Cependant, dès lors que le générique est sur le marché, un éventuel dénigrement de la part d'un opérateur dominant peut être susceptible de constituer une infraction à l'article 102 du Traité<sup>16</sup>. De la même façon, dans le secteur de la pharmacie, le Conseil de la concurrence avait déjà considéré que des actions mises en œuvre par le producteur d'un princeps de nature à entraver la commercialisation d'un générique pouvaient constituer un abus<sup>17</sup>.

Dès lors que la communication ne se fait plus sur des différences objectives et avérées entre les médicaments mais est de nature à instiller un doute quant à son efficacité ou sa sécurité, une stratégie de dénigrement est mise en œuvre. Même si le producteur de princeps juge que le produit concurrent n'apporte pas les mêmes garanties que le sien, il ne peut, dans le cadre d'un comportement commercial légitime, diffuser des informations en ce sens ou mettre en œuvre un comportement susceptible de favoriser son éviction du marché<sup>18</sup>. Dans le cas d'espèce, les différences de compositions entre les médicaments mises en avant ne conduisent pas pour autant à des différences quant aux indications thérapeutiques dans la mesure où les deux sels de clopidogrel sont bio-équivalents. En outre, comme nous l'avons vu, l'absence d'indication SCA procède également du seul refus de Sanofi d'octroyer une licence aux producteurs de génériques.

Cependant, la communication mise en œuvre par Sanofi est de nature à entretenir une ambiguïté quant à l'absence de conséquences en termes d'efficacité et d'innocuité des différences entre les sels utilisés. Partant des différences objectives entre les différents médicaments, la communication du fabricant du princeps s'axerait sur les preuves d'innocuité de son médicament et sur le taux de morbi-mortalité particulièrement élevé chez les patients souffrant d'un SCA. Ce faisant, il serait possible de conclure, en creux, à une moindre efficacité des génériques. Les médecins pourraient être dissuadés de prescrire ces derniers et les pharmaciens d'opérer des substitutions au profit des génériques. Cette communication semblerait d'autant plus efficace que l'accent serait mis sur les risques juridiques pesant sur les professionnels de santé et qu'elle bénéficierait du relais d'un important réseau de visiteurs commerciaux.

<sup>15</sup> Aut. Conc., déc. n° 09-D-28 du 31 juillet 2009 r relative à des pratiques de Janssen-Cilag France dans le secteur pharmaceutique.

<sup>16</sup> Cons. Conc., déc. n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par France Telecom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit

<sup>17</sup> Cons. Conc., déc. n° 07-MC-06 du 11 décembre 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Arrow Génériques.

<sup>18</sup> Aut. Conc., déc. n° 09-D-28, *op. cit.*

<sup>14</sup> CJCE, 6 avril 1995, *RTE et ITP c/ Commission*, aff. C-241/91P et C-241/92P.

Si ces pratiques sont effectivement susceptibles de constituer un dénigrement pouvant de faire l'objet d'une sanction au titre du droit de la concurrence, il n'en demeure pas moins que l'Autorité, en l'attente d'une décision sur le fond, n'a pas donné suite à la demande de mesures conservatoires de Téva. En effet, les mesures conservatoires ne sont accordées que si les pratiques en cause induisent des risques graves et immédiats à l'économie dans son ensemble, au secteur considéré ou à l'entreprise plaignante. Bien que l'Autorité poursuive l'instruction sur le fond, elle considère que, dans le cas d'espèce, le prononcé de mesures conservatoires ne se justifie pas, faute notamment de pouvoir mesurer à ce stade le dommage réel découlant des pratiques en cause.

En effet, alors qu'en moyenne le taux de substitution par les génériques est de 75 % au bout d'un an, l'Autorité constate que le taux est déjà de 68 % au bout de trois mois. De plus, l'éviction du plaignant du marché n'est que très peu probable du fait de sa puissance globale sur le marché du médicament. Il n'en demeure pas moins que l'érosion des parts de marché du Plavix ne saurait être tenue comme la preuve de l'absence d'effets des pratiques incriminées dans la mesure où rien n'indique que la baisse n'aurait pas été plus forte en leur absence et que, surtout, la baisse des ventes du princeps s'explique en grande partie par le succès de l'auto-générique (§ 115), lequel bien échappe, bien évidemment, aux pratiques incriminées.

## II. Des stratégies que peut mettre en œuvre un laboratoire pharmaceutique à l'encontre des fabricants de génériques

La décision de l'Autorité est intéressante à plusieurs titres. D'une part, elle fait écho à certaines conclusions de l'enquête sectorielle de la Commission, notamment en matière de risque d'entrave à l'accès au marché au travers des droits de propriété intellectuelle. D'autre part, l'affaire pose la question des octrois de licences pour les brevets secondaires en matière de médicaments génériques.

La décision de l'Autorité peut, en effet, être mise en perspective avec les conclusions de l'enquête sectorielle de la Commission relative au secteur de la pharmacie. Cette enquête a conduit à la publication d'un rapport le 8 juillet 2009. Celui-ci s'attachait notamment aux questions de concurrence entre princeps et génériques. La Commission européenne s'interrogeait sur l'insuffisant développement des génériques et un certain ralentissement du rythme d'innovation des grands laboratoires pharmaceutiques. Si le rapport final met l'accent sur les problèmes de régulation sectorielle, le rapport intermédiaire, publié le 28 novembre 2008, accordait une place centrale aux pratiques mises en œuvre par les laboratoires pharmaceutiques<sup>19</sup>.

Il était reproché à ces derniers d'entraver le développement des médicaments génériques au travers du recours à une boîte à outils, comprenant non seulement des stratégies liées à la gestion des droits de propriété intellectuelle mais aussi d'autres stratégies de marché. Ces dernières recouvraient par exemple des actions de lobbying auprès des organismes

délivrant des autorisations de mises sur le marché, des actions de communications auprès des prescripteurs et des pharmaciens, des campagnes de dénigrement des produits concurrents<sup>20</sup> ou encore des accords d'exclusivités négociés avec les fournisseurs de principes actifs. En matière de stratégie de brevets, le rapport intermédiaire mettait en exergue l'existence d'un large éventail de pratiques susceptibles d'entraver le développement de la concurrence et, en premier lieu, celle des producteurs et commercialisateurs de génériques. En fait, il s'agit dans ces cas d'empêcher, autant que faire se peut, le producteur de génériques de dupliquer exactement le princeps.

Ces derniers peuvent tout d'abord se heurter à un ensemble de brevets portant sur une même spécialité. Il peut s'agir de stratégies de grappes ou de maquis de brevets ou encore de stratégies de brevets divisionnaires permettant de scinder les demandes de protection de façon à accroître indirectement l'insécurité juridique pour les fabricants de génériques<sup>21</sup>. De telles stratégies peuvent aussi reposer sur des dépôts de brevets secondaires. L'objectif est dans ce cas de protéger à nouveau le même médicament modifié à la marge ou une combinaison donnée de principes actifs. L'enquête sectorielle révèle qu'une large part des contentieux ayant opposé producteurs de princeps et de génériques a porté sur de tels brevets. Les seconds ont, dans la majeure partie des cas, obtenu gain de cause, que cela soit par un arrangement à l'amiable ou par une décision de justice. Il n'en demeure pas moins que la gestion défensive des droits de protection intellectuelle de la part des grands laboratoires peut jouer un rôle significatif en matière d'entrave au développement des génériques.

À ce titre, le droit de la concurrence peut-il constituer un contrepoids efficace aux droits de propriété intellectuelle, ou en l'occurrence, à l'utilisation stratégique de ces derniers<sup>22</sup> ? Si l'article 102 du Traité a été utilisé pour sanctionner des laboratoires pharmaceutiques pour des abus de position dominante tirant leurs racines de stratégies de gestion des droits de propriété intellectuelle<sup>23</sup>, il n'en demeure pas moins que les autorités de la concurrence s'exposent dans de telles affaires à un risque de première espèce particulièrement élevé. Ce risque se traduit par la sanction d'un comportement de marché comme anticoncurrentiel alors qu'il relève en fait du seul jeu d'une concurrence par les mérites. Privilégier l'accès des producteurs de génériques aux droits de propriété intellectuelle des producteurs de princeps peut avoir des effets particulièrement dissuasifs en termes d'incitations à l'innovation<sup>24</sup>.

La mise en cause des droits de propriété intellectuelle – sous la forme par exemple d'une obligation de licence – ne peut se faire que dans le cadre de circonstances exceptionnelles.

<sup>19</sup> N. Petit, "The outcome of the EC pharmaceutical sector inquiry: « Bark at the Moon? »", *Concurrences*, n° 3-2009, p. 11-13.

<sup>20</sup> Voir A. Wachsmann, cette *chronique*, n° 4-2009, p. 117-119.

<sup>21</sup> G. Wibaux, "The outcome of the EC pharmaceutical sector inquiry: un point de vue français", *Concurrences*, n° 3-2009, p. 22-25.

<sup>22</sup> J. Tirole, "Quelles finalités pour les propriétés intellectuelles?", *Les Petites Affiches*, n° 99, p. 67-73, mai 2005.

<sup>23</sup> Commission, 15 juin 2005, *Astra Zeneca*, COMP/A.37.507/F3 et TPICE, *ITT Promedia NV c/ Commission*, T-111/96, 1998.

<sup>24</sup> D. Hull, "Proceed with caution across the IP/competition intersection", *Concurrences*, n° 3-2009, p. 14-17.

Les orientations sur l'application de l'article 82 (actuel 102) aux pratiques d'évictions publiées en février 2009<sup>25</sup> soulignent qu'une entreprise dominante peut être sanctionnée si elle refuse abusivement d'approvisionner une entreprise avec laquelle elle est en concurrence sur un marché aval.

Le refus de fournir un intrant donné peut être considéré comme anticoncurrentiel si ce dernier empêche le concurrent d'exercer efficacement son activité sur un marché aval, s'il est susceptible de conduire à une élimination de la concurrence sur ce même marché et si le consommateur est lésé par ce refus (§ 81). La Commission doit donc s'assurer de l'essentialité de l'intrant pour les firmes opérant sur le marché aval. Or, cela ne signifie pas que le concurrent soit dans l'impossibilité technique d'accéder au marché<sup>26</sup>. Comme le souligne la Commission dans ses orientations (§ 83), "en fait un intrant est indispensable s'il n'existe aucun produit de substitution réel ou potentiel auquel les concurrents du marché aval pourraient recourir afin de contrer – à tout le moins à long terme – les conséquences négatives d'un refus". Le caractère "reproductible" de l'intrant s'entend donc comme la possibilité de trouver une autre solution technique ou une autre source d'approvisionnement permettant de concurrencer efficacement la firme dominante dans le cadre de ses activités aval.

Un refus de licence peut donc s'apprécier – dans une certaine mesure – sous le prisme de la théorie des facilités essentielles. En effet, un laboratoire pharmaceutique peut forclorre un marché en aval en refusant d'octroyer une licence sur certains de ses droits de propriété intellectuelle. Dans le cadre de la pratique décisionnelle de la Commission, un refus de licence par une entreprise dominante peut être considéré comme abusif, s'il a pour effet d'interdire l'accès au marché de nouveaux produits pour lesquels il existe une demande potentielle et s'il ne repose sur aucune raison objective<sup>27</sup>.

*Dans le cas d'espèce, la théorie des facilités essentielles peut sembler difficile à appliquer. D'une part, les producteurs de génériques sont effectivement entrés sur le marché, malgré le refus de Sanofi de leur octroyer une licence. D'autre part, le critère de la nouveauté est ici difficile à satisfaire. Le but d'un générique est de reproduire le principe actif même du princeps. Ce faisant, il convient de s'interroger sur la pertinence même de ce critère en matière de développement des génériques. Le refus d'octroyer une licence pourrait éventuellement être interprété comme participant d'une stratégie de levier anticoncurrentielle visant à étendre une position dominante de l'amont vers l'aval. En effet, les différences objectives entre le princeps et les génériques – qui sont au centre des accusations de dénigrement – ne concernent pas l'auto-générique diffusé sous la marque Winthrop.*

*Il serait alors possible d'interpréter le cas comme relevant d'une stratégie d'éviction des concurrents d'un marché aval – celui des génériques (ce qui suppose de distinguer le marché*

*du princeps de celui des génériques) – mise en œuvre par un opérateur verticalement intégré. Le fait pour l'auto-générique de disposer du même sel de clopidogrel, de l'indication SCA et d'être épargné de ce fait de la campagne de dénigrement – si dénigrement il y a – lui donnerait un avantage concurrentiel majeur sur ses concurrents sur le marché des génériques. Si du fait de la loi du profit unique il n'existe pas d'intérêt pour un opérateur disposant d'une position dominante sur un marché amont d'étendre cette dernière sur un marché situé en aval (R. Bork, *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*, Basic Books, 1978, 472p.), la donne peut être différente si l'on considère qu'à terme le princeps (facturé 56 euros la boîte) n'occupera une place que résiduelle face aux génériques (dont le prix moyen est de 31 €).*

F. M. ■

## DEMANDE DE MESURES CONSERVATOIRES – ÉVICTION ANTICONCURRENTIELLE – DIVERSIFICATION – OPÉRATEUR HISTORIQUE : L'Autorité de concurrence rejette une saisine relative à des pratiques dans le secteur du biogaz et voit sa décision confirmée par la Cour d'appel de Paris (Aut. conc., déc. n° 10-D-14

*du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz, et sur recours, CA Paris, ch. 5-7, 1er juin 2010, Euro Power Technology, RG 2010/07349)*

Saisie le 17 juin 2008 par Euro Power Technology, société spécialisée dans l'installation de centrales électriques indépendantes alimentées au biogaz destinées à vendre leur production à EDF, l'Autorité de la concurrence a eu à se prononcer sur des pratiques mises en œuvre par EDF et deux de ses filiales opérant dans le secteur des énergies renouvelables. L'Autorité rejeta la saisine et la demande de mesures conservatoires faute d'éléments probants. Sa décision a été confirmée en appel par la CAP.

Cette affaire permet de revenir sur les conditions dans lesquelles un opérateur historique peut diversifier ses activités sans bénéficier d'un avantage indu de nature à fausser la concurrence. Cette décision vient certes seize ans après que le Conseil de la concurrence s'est prononcé dans le cadre d'un avis sur les règles afférentes au relâchement progressif du principe de spécialité dans le domaine énergétique (Cons. conc., avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 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) mais seulement un an après une décision de l'Autorité relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le domaine de l'électricité d'origine photovoltaïque<sup>28</sup>.

### I. Une saisine et une demande de mesures conservatoires rejetées faute d'éléments probants

La saisine d'Euro Power Technology visait des pratiques relevant du secteur de la valorisation électrique du biogaz par EDF et deux de ses filiales spécialisées dans les énergies renouvelables à savoir Verdesis SA et Verdesis SASU.

<sup>25</sup> 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", Communication de la Commission, 2009/C45/02, JOUE, 24 février 2009, p. C45/7 - C45/20.

<sup>26</sup> TPICE, 17 septembre 2007, *Microsoft c/ Commission*, T-201/04.

<sup>27</sup> P. Siciliani, "Collective Dominance and Refusal to Supply: Closing the Gap in Article 82?", *The Antitrust Bulletin*, volume 54, issue 3, Fall 2009, p. 683-748.

<sup>28</sup> Aut. conc., déc. n° 09-MC-01 du 8 avril 2009 relative à la saisine présentée par la société Solaire Direct.

Le biogaz est issu de la dégradation anaérobie de matières organiques par des bactéries. Il s'agit en d'autres termes d'une méthanisation qu'il est possible de provoquer et d'intensifier artificiellement au sein de digesteurs installés sur des décharges. Il est alors possible de produire à partir de ce biogaz de l'électricité, bénéficiant d'une obligation d'achat dans des conditions extrêmement favorables par EDF. Si en 2008, la part du biogaz dans l'énergie électrique d'origine renouvelable ne s'établissait qu'autour de 1 %, celle-ci n'en a pas moins doublé depuis 2000.

Euro Power – par ailleurs déjà engagé dans pas moins de quatre procédures commerciales contre l'opérateur historique – considère qu'EDF et sa filiale Verdesis (intégrée dans EDEV-EDF Développement Environnement) ont mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles de nature à l'évincer du marché. Tout d'abord, l'appartenance au groupe EDF ferait bénéficier Verdesis d'avantages indus liés à l'appartenance au groupe EDF. Il s'agit, par exemple, des arguments de vente auprès des clients, d'un support technique non rémunéré à sa juste valeur, d'avantages en termes de délais de raccordement au réseau ou, encore, d'utilisation de la puissance de marché du groupe pour obtenir des remises sur le prix des turbines. Ensuite, EDF manœuvrerait auprès des collectivités territoriales pour favoriser le recours à des marchés de gré à gré au détriment de procédures d'appel d'offres – renforçant ainsi les barrières à l'entrée sur le marché. Il se livrerait également à des pratiques de dénigrement à son encontre.

Le marché pertinent étant celui de la fourniture et de l'exploitation d'installations produisant de l'électricité à partir de biogaz, la position dominante d'EDF ne saurait être retenue. En effet, ce dernier n'intervient sur ce marché que dans le cadre de son obligation d'achat de l'électricité produite. Quant à sa filiale, Verdesis, sa part de marché se limite à 2 % quand les groupes Veolia et Suez (via Sita) pèsent quelque 86 %. Cependant, il est de jurisprudence constante qu'une entreprise en position dominante sur un marché donné peut se voir imputer un abus sur un autre marché du moment où son comportement sur ce dernier a un lien de causalité avec sa dominance sur le premier et que la connexité des deux marchés considérés est suffisamment forte. Du fait de son image, de sa puissance de marché pour ce qui est du secteur de la production, du transport et de la distribution d'électricité, EDF semble effectivement en mesure d'exercer une telle dominance.

Si depuis la libéralisation des industries de réseau, le principe de spécialité qui contraignait les possibilités de diversifications des opérateurs historiques a disparu, il n'en est pas moins nécessaire de s'assurer de l'absence de distorsions de concurrence liée à ces dernières. Le Conseil de la concurrence avait par exemple rappelé, pour le secteur des télécommunications, qu'une entrée sur un marché tiers pouvait donner lieu à un abus de position dominante s'il avait pour effet de restreindre l'accès au marché des concurrents en recourant à des moyens autres que ceux relevant d'une concurrence par les mérites<sup>29</sup>. Comme nous le verrons dans notre seconde section, il convient de s'assurer que l'opérateur historique ne soit pas en mesure d'évincer ses concurrents

et de forclure le marché en tirant profit de sa puissance de marché, en mettant, par exemple, en œuvre des subventions croisées.

Dans le cas d'espèce, l'Autorité devait successivement se prononcer sur la question de la distorsion de concurrence liée à l'appartenance de Verdesis au groupe EDF et sur celle de la mise en œuvre par ce dernier de pratiques d'éviction au profit de sa filiale.

Les distorsions liées à l'appartenance au groupe EDF pouvaient tenir à une confusion volontairement entretenue par la communication de Verdesis, aux soutiens commerciaux et techniques dont elle bénéficiait de la part de sa maison mère et d'éventuels avantages techniques à son profit. Au point de vue commercial, tout d'abord, la mention de l'appartenance à un groupe ne suffit pas à constituer un abus de position dominante. En matière de soutiens, ensuite, un abus ne peut être caractérisé que si et seulement si la rémunération versée à la maison mère apparaît comme sous-évaluée. Enfin, dans le domaine des avantages techniques – tels un raccordement plus rapide au réseau des nouvelles installations –, l'Autorité requiert également des éléments probants pour conclure à des pratiques contraires au droit de la concurrence.

Cette absence d'éléments probants ne permet également pas de caractériser un abus lié à d'éventuelles pratiques de la part d'EDF pour évincer les concurrents de sa filiale. Il en est ainsi des accusations de manœuvres auprès des collectivités territoriales pour qu'elles privilégient les marchés négociés, de démarches auprès des constructeurs de turbines pour obtenir des ristournes discriminatoires au profit de Verdesis ou de dénigrement – publics – à son encontre.

En conséquence, la saisine a été rejetée par l'Autorité faute d'éléments probants. Le fait que la demande de mesures conservatoires ait été rejetée par la même décision a motivé un recours devant la Cour d'appel de Paris, laquelle a réaffirmé que lorsque l'Autorité rejetait une saisine sur la base de l'article L. 464-8(2) C. Com. pour insuffisance des éléments venant appuyer les faits invoqués, les demandes de mesures conservatoires associées étaient également rejetées – dans le cadre de la même décision et sans examen.

## II. Des questions de concurrence posées par la diversification de l'opérateur historique

La décision de l'Autorité peut être à la fois lue sous l'angle du traitement par les politiques de concurrence des activités des opérateurs historiques sur des marchés aval ou connexes et par comparaison avec la décision n° 09-MC-01 relatives à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'électricité d'origine photovoltaïque.

Tout d'abord, l'extension de la zone de marché d'opérateurs bénéficiant de droits exclusifs avait très précocement conduit le Conseil de la concurrence, au travers d'un certain nombre d'avis sectoriels, à fixer un ensemble de règles permettant de définir dans quelles conditions des opérations de diversification pouvaient être entreprises sans induire de distorsions de concurrence majeures. Il en fut par exemple

<sup>29</sup> Cons. conc., déc. n° 02-D-63 du 8 octobre 2002 relative à des pratiques constatées dans le secteur des télécommunications.



## Autres décisions et textes nationaux\*

### ALL EU MEMBER STATES

Network access and essential facilities in the energy sector: An overview of European and national case laws, 01 July 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### BULGARIA

The Bulgarian Competition Authority fines an electricity supplier for exploitative abuse of dominant position (EVN Bulgaria *Elektrorazpredelenie*), 03 June 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Bulgarian Competition Authority fines margin squeeze on the construction services market (*International Fair Plovdiv*), 20 May 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Bulgarian Supreme Administrative Court partially upholds the decision of the Bulgarian Competition Authority finding an abuse of dominance on the market for electricity distribution and accessory services (*CEZ Distribution Bulgaria*), 10 May 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Bulgarian Competition Authority accepts the commitments offered by the electricity provider in order to prevent abusive practices on the market for electricity distribution (*E.ON Bulgaria Sales*), 25 March 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Bulgarian Competition Authority defines the termination of electricity supply due to the debts accumulated by the previous owner as an abuse of dominant position (*EVN Bulgaria Elektrosnabdavane*), 11 March 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Bulgarian competition authority considers behavioural commitments in cases of refusal to supply (*E.On Bulgaria, EVN Bulgaria*), 10 March 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### CROATIA

The Croatian Administrative Court upholds the decision of the NCA finding an abuse of dominance on the market for distribution of cigarettes (*Adris grupa, Ronhill*), 24 March 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### CZECH REPUBLIC

The Czech Supreme Administrative Court confirms fine against a regional bus company for abuse of dominant position against its competitor (*CSAD Liberec - STUDENT AGENCY*), 26 April 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### FRANCE

The Paris Court of Appeal, while confirming the NCA decision on maritime servicing of Corsica, raises more expectations on clear criteria for delineating jurisdiction between the NCA and the administrative courts and for assessing the necessity of an effect on the market (*SNCM a.o.*), 09 March 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The French competition authority rules that an over-general exclusivity clause to the benefit of an undertaking in a dominant position prevents access to the market for other potential operators (*Titres Cadeaux/Kadéos*), 02 March 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The French NCA rejects a claim for interim measures but holds that a pharmaceutical company may be at fault for promoting the differences between its product and competing generic products whereas such differences have no therapeutic value (*Sanofi Aventis*), 17 May 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### GERMANY

The German Federal Supreme Court confirms the permissibility of flexible pricing systems under competition and consumer protection law, 29 April 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### ITALY

The Tribunal of Milan rejects a request for injunctive relief against the Italian soccer association for illegitimate award procedures of TV rights for live broadcast of soccer matches (*CONTO TV/LEGA CALCIO*), 24 May 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Italian Competition Authority closes investigating into alleged abuses of dominant position of a ferry operator by imposing a set of behavioural commitments (*T-Link/Grandi Navi Veloci*), 19 May 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

An Italian regional administrative tribunal annuls a decision from the NCA for ineffectiveness of the undertakings imposed to address the competition concerns raised on the market for broadcasting rights of football matches (*Conto TV*), 10 May 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### PORTUGAL

A Portuguese Commerce Court acquits the telecommunications incumbent and the NCA appeals to the Lisbon Appeals Court in a case dealing with the essential infrastructures doctrine (*PT Comunicações Conduit Network*), 02 March 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

The Portuguese Competition Authority condemns a professional association for anticompetitive practices in the training market (*Order of Certified Accountants*), 18 May 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

### RUSSIA

The Russian Supreme Commercial Court upholds a €28.5 mln fine on a British-Russian oil company for abuse of dominance (*TNK-BP*), 25 May 2010, e-Competitions, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

\* Textes et décisions accessibles sur le site de la revue aux abonnés du Bulletin e-Competitions, accompagnés d'une présentation détaillée en langue anglaise.

**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, Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac, Mario Monti, Christine Varney, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

## Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge, Nadia Calvino, Thierry Dahan, John Fingleton, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, 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 FLOCHÉL, Penelope PAPANDEPOULOS, 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 FERRIÉ

### CONCENTRATIONS

Olivier BILLIARD, Jacques GUNTHER, David HULL, Stanislas MARTIN, 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)

## Revue Concurrences | Review Concurrences

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	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

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - 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**