



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence

## PRATIQUES UNILATÉRALES

---

**Chronique** | Concurrences N° 2-2011 – pp. 108-119

**Frédéric MARTY**

[frederic.marty@gredeg.cnrs.fr](mailto: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](mailto:alsibony@ulg.ac.be)

| *Professeur de droit européen, Université de Liège,  
Professeur invité, Université catholique de Louvain, Professeur invité, université Paris II*

**Anne WACHSMANN**

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

| *Avocat à la Cour, Linklaters, Paris*

**Frédéric MARTY**

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherche CNRS

Groupe de recherche en droit, économie et gestion

(GREDEG) Université de Nice-Sophia Antipolis

**Anne-Lise SIBONY**

alsibony@ulg.ac.be

Professeur de droit européen, Université de Liège,

Professeur invité, Université

Catholique de Louvain,

Professeur invité, Université Paris II

**Anne WACHSMANN\***

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat à la Cour, Linklaters, Paris

## Abstracts

### 1. EU

**MARGIN SQUEEZE – INDISPENSIBLE CHARACTER OF INTERMEDIARY SERVICES – EXCLUSIONARY EFFECTS: 108**

The CJEU rules that an abuse of a dominant position in the form of margin squeeze may be constituted even where intermediary services do not constitute an indispensable input for new entrants on the downstream market, provided potential exclusionary effect is established

CJEU, 17.02.11, Konkurrenter v. TeliaSonera, case C-52/09

**NOTION OF UNDERTAKING – SCHEME FOR SUPPLEMENTARY REIMBURSEMENT OF HEALTHCARE COSTS – COMPULSORY AFFILIATION TO A SPECIFIC INSURING BODY – EXPRESS EXCLUSION OF ANY POSSIBILITY OF EXEMPTION FROM AFFILIATION: 111**

The CJEU rules that an exclusive right granted to a specific insuring body does not amount to a violation of article 102 TFEU where justified by a risk of adverse selection

CJEU, 03.03.11, AG2R Prévoyance v. Beaudout Père et Fils, case C-437/09

**ELECTRICITY MARKET – ESSENTIAL FACILITY –**

**COMMITMENTS – DRAWING RIGHTS: 111**

The European Commission implements a market consultation relative to Greek commitments proposed for allowing incumbent's competitor to access to lignite-fired power plant capacities

Eur. comm., 13.01.11, Greek lignite and electricity markets, case COMP/38700

### 2. France

**MARGIN SQUEEZE – INDISPENSIBLE CHARACTER OF INTERMEDIARY SERVICES – EXCLUSIONARY EFFECTS: 114**

The Paris Court of Appeal annuls a fine of 18 m€ in a margin squeeze case on the grounds that indispensable character of services sold to competitors by the dominant undertakings was not sufficiently established

CA Paris, 27.01.11, SFR and France Telecom ; v. Fr. NCA, 14.10.04, 04-D-48

**FOOD DISTRIBUTION INDUSTRY – ECONOMIC DEPENDENCE: 115**

The French NCA rejects the demand for interim measures submitted by a franchisee against a distribution group but continue its investigation to determine if the practices implemented by this group can be considered as an abuse of economic dependence

Fr. NCA, 23.02.11, practices implemented by Carrefour group in the food distribution sector, 11-D-04

**EXCLUSIONARY CONDUCT – DISCRIMINATION: 118**

The French NCA dismisses charges in an inquiry concerning exclusionary abuses in funeral industry

Fr. NCA, 24.02.11, practices in the funeral sector in the city of Tours, 11-D-06

## 1. UNION EUROPEENNE

**COMPRESSION DES MARGES – CISEAU TARIFAIRE – CARACTÈRE INDISPENSIBLE DES PRESTATIONS INTERMÉDIAIRES – EFFET D'ÉVICTION : La CJUE juge qu'il peut y avoir abus par compression des marges même si la prestation intermédiaire n'est pas un intrant indispensable pour les nouveaux entrants sur le marché aval, dès lors qu'un effet d'éviction potentiel peut être établi (CJUE, 17 février 2011, Konkurrenter v. TeliaSonera, aff. C-52/09)**

Peu de temps après avoir rendu son premier arrêt sur l'abus par compression des marges dans l'affaire *Deutsche Telekom* (CJUE, 14 octobre 2010, aff. C-280/08 P, *Concurrences*, n° 1-2011, cette chronique, pp. 91-95), la Cour a été invitée à préciser sa jurisprudence en la matière. L'occasion lui en est donnée par la juridiction suédoise chargée de la concurrence, qui avait posé pas moins de dix questions préjudicielles, dans une affaire opposant l'opérateur historique de télécommunications, devenu TeliaSonera, à l'autorité suédoise de concurrence.

Dans l'affaire au principal, il s'agissait de savoir si cet opérateur avait pu ou non commettre un abus de position dominante en compressant les marges de ses concurrents sur le marché de l'accès Internet haut débit pour les particuliers. Les faits étaient donc très proches de ceux de l'affaire *Deutsche Telekom*. Dans les deux cas, un opérateur historique verticalement intégré disposait d'un monopole sur la boucle locale. Cet opérateur vendait, d'une part, aux utilisateurs finals, un service d'accès à Internet et, d'autre part, à ses concurrents, des prestations qui leur permettaient de proposer au public leurs propres services d'accès à Internet.

Une particularité factuelle doit toutefois être soulignée, car elle joue un rôle important dans l'analyse : en l'espèce, Telia fournissait à ses concurrents deux types de services, qui constituaient pour eux deux moyens alternatifs en vue de mettre au point leur propre offre sur le marché aval. L'un de ces moyens était classiquement un accès dégroupé à la boucle locale ; l'autre, un service à valeur ajoutée appelé prestation RNA (pts 5-6). L'important est ici que cette prestation, dont la tarification était en cause, n'était pas indispensable aux nouveaux entrants en vue de pénétrer sur le marché aval. Ceux-ci pouvaient faire usage de leur droit d'accès dégroupé à la boucle locale pour composer leur offre. Autrement dit, l'affaire soulevait la question de savoir si un opérateur peut commettre un abus par compression des marges de ses concurrents alors même que l'écart de prix trop faible qui lui est reproché porte sur la différence entre les prix de détail (ici prix de l'accès Internet proposé par Telia aux abonnés) et le prix de gros d'un intrant "*non indispensable*" aux concurrents pour pénétrer sur le marché aval. En n'excluant pas que la compression des marges puisse être abusive dans un tel cas, la Cour adopte une acception extensive de ce type d'abus.

### L'intrant fourni aux concurrents doit-il être indispensable ?

On pouvait penser que l'abus par compression des marges n'était susceptible d'être constitué que lorsqu'une entreprise en position dominante et verticalement intégrée prend dans un "ciseau tarifaire" ses concurrents en leur facturant un intrant indispensable à un prix tel que, compte tenu du prix de détail par ailleurs pratiqué sur le marché aval par l'entreprise en position dominante elle-même, les concurrents se trouvent dans l'impossibilité d'entrer sur ce marché aval de manière profitable. En d'autres termes, on pouvait penser que, si l'intrant fourni n'était pas indispensable aux concurrents, l'abus était exclu. En effet, plusieurs sources semblaient à première vue aller en ce sens, mais l'arrêt rapporté, en ce qu'il écarte la condition d'indispensabilité comme condition nécessaire à la qualification de compression des marges abusive (pt 72), invite à s'y pencher de plus près.

Dans ses conclusions sous l'arrêt commenté, l'avocat général Mazák avait très clairement exposé que, selon lui, l'intrant devait être indispensable pour qu'il y ait abus (pt 12). Cette position se justifiait par le rapprochement entre la compression des marges et le refus de vente, rapprochement qui se trouve déjà dans la communication de la Commission sur les abus-exclusion et que l'avocat général

\* Avec la collaboration de Jérémie Marthan, Avocat à la Cour

considère comme pleinement justifié (v. 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, pp. 7-20, pts 75 et s.). Ce rapprochement se fonde sur l'idée selon laquelle les deux pratiques aboutissent à l'éviction des concurrents en les privant d'une source d'approvisionnement indispensable ; la privation vient dans un cas du refus pur et simple de contracter et dans l'autre d'une offre de contracter à des conditions inacceptables pour les concurrents, car elles ne leur permettent pas une activité rentable (v. pt 80 de la communication). Dès lors, la Commission a pu, dans la définition de ses priorités – puisque tel est l'objet de sa communication sur les abus-exclusion – s'en tenir au cas de l'intrant indispensable (pt 81), ce cas étant assez clairement assimilable à un refus de vente.

Mais dans la présente affaire, et ce d'autant que la Cour statuait à titre préjudiciel, il ne s'agissait pas de définir des priorités, il s'agissait de dire le droit, et de le dire précisément dans le cas où l'intrant proposé par l'entreprise en position dominante n'est pas indispensable à ses concurrents. C'est donc un saut que faisait l'avocat général Mazák par rapport à la doctrine de la Commission lorsqu'il proposait à la Cour de considérer que, en droit, il est “nécessaire”, pour qu'une pratique de compression des marges soit abusive, que l'intrant fourni par l'entreprise dominante à ses concurrents leur soit indispensable (pt 12). Il proposait en réalité de restreindre la catégorie de compression des marges abusive au cas de figure que la Commission considère comme prioritaire. Au soutien de cette position, l'avocat général invoquait notamment un arrêt de la Cour de cassation française, l'arrêt *SFR* du 3 mars 2009 (Cass. com., 3 mars 2009, *SFR et France Télécom*, n° 08-14.435 et 08-14.464, “téléphonie fixe vers mobile des entreprises”, *Concurrences*, n° 2-2009, cette chronique, pp. 118-120). Il faut à cet égard avouer que nous avons fait de cet arrêt la même lecture que l'avocat général. Mais, dans la mesure où la Cour ne suit pas son avocat général, il est intéressant de revenir sur cet arrêt de la Cour de cassation et de se demander s'il y a vraiment une divergence entre les deux cours ou bien s'il est temps pour l'auteur de ces lignes de faire amende honorable. En réalité, nous allons voir que, même s'il convient sans doute de corriger la lecture de l'arrêt *SFR* que nous avons proposée, cela ne permet pas d'échapper au constat d'une divergence entre les deux cours.

### Une divergence de jurisprudence entre la Cour et la Cour de cassation ?

Dans son arrêt *SFR*, la chambre commerciale avait jugé qu’*“une pratique de ‘ciseau tarifaire’ a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l’entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu’en subissant des pertes ; qu’un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l’entreprise auteur du ‘ciseau tarifaire’ leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval”*. Nous avons cru pouvoir écrire à propos de ce passage que, *“malgré les termes de l’arrêt, il ne s’agit pas d’une véritable présomption, c’est-à-dire d’un mode de preuve, mais d’un critère de fond explicitant le critère général de l’impossibilité d’entrer sauf à perte. En effet, le caractère*

*indispensable des biens ou services en cause est une condition nécessaire pour gêner l’entrée”* (Obs. préc. p. 119). À la réflexion, il était sans doute hasardeux d’interpréter l’arrêt de cette manière. En tout cas, la comparaison avec l’arrêt *Telia* de la Cour invite à revenir à la lettre même de l’arrêt de la Cour de cassation, qui sait évidemment mieux que quiconque la différence entre une condition de fond et une présomption. Si on lit l’arrêt exactement pour ce qu’il dit, il n’y a pas de contradiction entre l’arrêt *SFR* de la Cour de cassation et l’arrêt *Telia* de la Cour sur la question de la présomption. En effet, les deux cours disent pour droit que, si l'intrant fourni par l'entreprise dominante à ses concurrents leur est indispensable, l'effet d'éviction de concurrents aussi efficaces – effet qui est pour les deux cours le critère de fond – peut être présumé. C'est du reste ainsi que la Cour d'appel de Paris a lu l'arrêt de la Cour de cassation, dans un nouvel arrêt *SFR*, rapporté ci-dessous.

En revanche, il existe bien une divergence entre les deux cours sur un point de fond. La Cour de cassation avait en effet retenu qu’*“une pratique de ‘ciseau tarifaire’ a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace [...] ne peut entrer sur le marché aval qu’en subissant des pertes”*. Or, la Cour de justice retient une acception plus large des circonstances dans lesquelles une tarification en ciseau comprime les marges des concurrents de manière abusive. En effet, elle juge qu’il peut aussi y avoir abus lorsque les concurrentes *“ne subissent pas de pertes”*, mais que la pratique induit néanmoins des effets anticoncurrentiels (pt 72). Cela amène la Cour à distinguer deux cas : celui où la marge est *“négative”*, dans lequel l'effet d'éviction de concurrents aussi efficaces est *“probable”* (pt 73), et celui où la marge est *“positive”*, et dans lequel il faut (mais il est loisible de) démontrer que la pratique tarifaire *“est susceptible de rendre au moins plus difficile pour les opérateurs concernés l'exercice de leurs activités sur le marché concerné”*. Un peu comme dans le test AKZO en matière de prix prédateurs, on a donc deux cas de figure, un cas simple et un cas difficile, qui nécessite un effort probatoire supplémentaire. Le cas simple est celui de la marge négative, dans lequel l'effet d'éviction peut être présumé et le cas difficile est celui de la marge positive, dans lequel il faut prouver par tout moyen l'effet d'éviction. On imagine sans peine les difficultés de cette preuve, surtout dans le cas de firmes multiproduits où il faut, pour calculer la marge réalisée pour un produit, allouer des coûts communs d'une manière nécessairement conventionnelle et le plus souvent non consensuelle.

Pour revenir au droit, on peut retenir qu'une divergence existe bien entre l'arrêt *Telia* de la Cour et l'arrêt *SFR* de la Cour de cassation, mais elle est circonscrite à l'admission en principe de la possibilité d'un abus dans le cas où la marge des concurrents est compressée sans être négative. La Cour de justice retient une acception en principe plus large de l'abus par compression des marges que la Cour de cassation, puisque les juges de Luxembourg n'excluent pas qu'un abus puisse être constitué dans le cas où la marge des concurrents est positive.

Une fois encore, la jurisprudence de la Cour pourra donc être lue comme plus favorable en principe aux concurrents que soucieuse du bien-être des consommateurs. En effet, on ne retrouve pas dans l'arrêt les considérations qui

plaident dans le sens d'une acception restrictive de l'abus au nom des incitations néfastes que pourrait produire une interprétation trop extensive. Ces considérations, que l'on trouve à la fois dans les conclusions de l'avocat général (pt 26) et dans la communication de la Commission (pt 75), ont essentiellement trait aux incitations à investir. L'argument principal est pris du risque que les concurrents laissent l'entreprise dominante investir en espérant pouvoir profiter indirectement de l'investissement qu'ils n'auraient pas réalisé, grâce aux obligations de contracter – ou, dans le cas de la compression des marges, de contracter à certaines conditions – qui peuvent être imposées à ladite entreprise dominante en application des règles de concurrence. Il serait sans doute intéressant de mettre cet argument économique en termes d'incitation à l'épreuve d'une approche empirique, qui s'attacherait à étudier comment les décisions d'investissement sont réellement prises. Alors, seulement, on pourrait dire si vraiment la Cour tourne le dos à une saine approche économique ou si, au contraire, elle fait preuve d'une certaine clairvoyance empreinte de réalisme.

### Les autres précisions de l'arrêt Telia

Dans l'arrêt *Telia*, la Cour devait répondre en tout à dix questions préjudicielles. Elle se prononce donc sur d'autres points que ceux qui viennent d'être discutés. Ceux-ci n'appellent toutefois qu'une simple mention, car ils représentent essentiellement des confirmations.

#### Prix et coûts pertinents : Ceux de l'entreprise en position dominante

En ce qui concerne les prix et coûts à prendre en considération pour apprécier l'existence d'une compression des marges, la Cour confirme qu'il convient de raisonner en principe à partir des coûts de l'entreprise dominante elle-même (pt 41). Il faut se demander dans quelles conditions de rentabilité cette entreprise aurait pu pénétrer sur le marché aval si elle avait été à la place de ses concurrentes et avait dû faire face à sa propre tarification, mais en tant que cliente et concurrente. Cela résultait déjà de l'arrêt *Deutsche Telekom*, qui est abondamment cité dans l'arrêt rapporté. La seule précision additionnelle apportée ici est la suivante : selon la Cour, *“il ne peut pas être exclu que les coûts et les prix des concurrents puissent être pertinents dans l'examen de la pratique tarifaire”* dans certains cas (détaillés au pt 45). Toutefois, la Cour indique clairement que c'est à titre subsidiaire, uniquement lorsqu'il n'est pas possible de raisonner exclusivement à partir des coûts de l'entreprise en position dominante, que l'on s'attachera aux coûts des concurrents (pt 46).

#### Indifférence d'une obligation réglementaire de fourniture

Dans l'affaire *Telia*, l'une des questions soulevées par la juridiction de renvoi concernait la prise en considération de l'existence (ou de l'absence) d'une obligation réglementaire de fourniture. Comme on l'a signalé plus haut, l'opérateur historique proposait à ses concurrents deux types de prestations : l'accès dégroupé, qu'il était obligé de fournir en application de la réglementation sectorielle, et les services dits “RNA”, objets de la plainte, services qu'il n'était pas obligé de fournir. L'avocat général s'était attaché dans ses conclusions à cet aspect de l'articulation entre l'article

102 TFUE et la réglementation sectorielle. Il avait conclu en ce sens qu'il pouvait, en droit, y avoir compression des marges abusive lorsque, soit l'intrant était indispensable, soit il existait une obligation réglementaire de le fournir (pt 11). Il était compréhensible de mettre les deux cas de figure sur le même plan, dans la mesure où une obligation légale de fourniture est généralement fondée sur le jugement du législateur selon lequel l'intrant dont la fourniture est rendue obligatoire est indispensable aux concurrents (et donc au développement de la concurrence sur un marché nouvellement ouvert). Autrement dit, l'existence d'une obligation légale de fourniture semble pouvoir être assimilée à une présomption légale du caractère indispensable de l'intrant. Mais, comme on l'a vu, la Cour n'a pas suivi son avocat général dans le traitement de la condition d'indispensabilité de l'intrant. Assez logiquement, elle s'est également écartée de ses conclusions en ce qui concerne le traitement de l'obligation réglementaire de fourniture. En réalité, la Cour n'a considéré cet aspect que sous l'angle de la marge de manœuvre dont dispose l'entreprise régulée, laquelle définit le champ de sa “responsabilité particulière” en tant qu'entreprise en position dominante (pt 53). La Cour a conclu que l'absence de toute obligation réglementaire de fourniture n'a aucune incidence (pt 59) sur la qualification d'abus par compression des marges.

#### Autres considérations indifférentes : “Super-dominance”, nouveau client, récupération des pertes et nouvelles technologies

La Cour a par ailleurs écarté, sans surprise, la pertinence d'autres considérations sur lesquelles elle était interrogée. Elle a ainsi jugé que l'étendue de la position dominante était sans pertinence (pts 83-89). Par conséquent, il n'y a pas lieu de réserver un traitement particulier au cas des entreprises en situation de “super-dominance”.

De même, la Cour a déclaré indifférente la circonstance selon laquelle le client qui se plaint du ciseau tarifaire est un nouveau client plutôt qu'un client habituel. Il n'y a donc pas de parallèle à faire sur ce point avec le refus de livrer.

La Cour a encore été amenée à préciser qu'il n'y avait pas lieu de tenir compte d'une possibilité de récupérer des pertes, pour la simple et bonne raison qu'une pratique de compression des marges n'implique pas nécessairement des pertes pour l'entreprise en position dominante (pts 96-103).

Pas d'avantage ne convient-il de tenir compte de la circonstance selon laquelle on est en présence d'une nouvelle technologie (pts 104 et s.). Les avocats pourront donc s'appuyer sur ce passage de l'arrêt pour essayer de convaincre leurs clients qu'il n'est pas utile de passer du temps à développer une argumentation tirée de la spécificité de leur secteur, et ce, même si ce secteur est celui des nouvelles technologies. Cela vaut *a fortiori* si l'on est dans le domaine des télécoms, dont la Cour remarque au passage qu'il ne s'agit pas précisément de technologies très nouvelles (pt 109).

A.-L. S. ■





Ainsi, nous discutons, dans notre seconde partie, de la portée de tels droits d'accès à la production d'électricité destinée au ruban de base comme outils de développement de la concurrence sur les marchés en cours de libéralisation.

## I. Les engagements proposés par la Grèce et soumis au test de marché

La Grèce avait déjà proposé des mesures correctives à même de répondre aux exigences de la Commission formulées dans une décision du 5 mars 2008. Aux termes de celle-ci, les droits exclusifs accordés à l'opérateur historique en matière d'exploitation de gisements de lignite étaient de nature à donner à ce dernier un avantage déterminant sur ses concurrents en matière de production d'électricité. Les centrales fonctionnant au lignite ayant le plus faible coût variable dans le cas du marché grec, de tels droits étaient de nature à entraver le développement d'une concurrence par les mérites en plaçant l'opérateur historique dans une situation privilégiée vis-à-vis des nouveaux entrants en matière de fourniture pour la demande de base. Ces droits exclusifs induisaient non seulement une distorsion de concurrence, sanctionnée dans le cadre de l'article 102, mais s'avéraient également contraires à l'article 106-1 interdisant aux États membres de concéder des droits exclusifs de nature à faire obstacle aux règles de concurrence.

Invitée à prendre des mesures correctives de nature à mettre fin à de telles distorsions, la Grèce proposa des engagements, rendus obligatoires par une décision du 4 août 2009, consistant en de nouveaux appels d'offres – desquels l'opérateur historique serait exclu – portant sur l'exploitation de nouvelles mines de lignite, représentant quelque 40 % des réserves grecques. Ce faisant, les nouveaux entrants pourraient accéder à des sources de production d'énergie électrique peu onéreuses leur permettant de concurrencer pleinement l'opérateur historique. Cependant, les évolutions de la politique énergétique grecque ne permettent plus de mettre en œuvre ces engagements. En effet, la plupart des gisements ne seront pas mis en exploitation et, dans le même temps, la durée d'exploitation des unités de production actuelles sera prolongée. Par voie de conséquence, la Grèce a proposé à la Commission des engagements alternatifs permettant de répondre à son exigence d'ouverture du marché grec sur la base d'un *level playing field* de nature à permettre l'exercice d'une réelle concurrence par les mérites.

Ces mesures alternatives résident en l'allocation de droits de tirage sur la production de l'opérateur historique, lequel conserve *de facto* un accès exclusif sur la source d'énergie primaire la moins onéreuse. De tels droits devraient permettre le développement d'une réelle concurrence effective en supprimant les barrières à l'entrée sur le marché de la fourniture de l'électricité de base. En outre, les engagements proposés stipulent que tous les nouveaux investissements en matière d'unité de production à base de lignite réalisés par l'opérateur historique devront associer les concurrents à hauteur de 40 %.

Le test de marché vise à recueillir les avis des différentes parties intéressées quant à la capacité des engagements proposés à répondre aux problèmes de concurrence, notamment quant aux modalités d'allocation des droits de tirage. Ces derniers

porteront sur quelque 900 MW. 457 feront l'objet de droits de tirage "structurels" ; 443 de droits de tirages "transitoires", dans la mesure où ils porteront sur un portefeuille de centrales destinées à une fermeture d'ici une échéance fixée à 2020.

Les droits de tirage structurels seraient, selon les propositions grecques, alloués en premier lieu sur la base de contrats d'échange d'énergie, sous forme de *swaps*. Pourraient s'engager dans ces contrats les opérateurs ne possédant aucun lien avec PPC, offrant toutes les garanties techniques et financières requises et ne posant *a priori* pas de problèmes de concurrence. La formule de valorisation soumise au test de marché réside en une part équivalant au coût de l'énergie et à une part fixe, correspondant à un paiement de capacité, destinée à couvrir les coûts fixes et les investissements de maintenance de l'opérateur historique pour les centrales concernées. Par voie de conséquence, un prix de réservation est inclus dans le mécanisme. Si ces droits de tirage structurels ne permettent pas d'atteindre l'objectif de 457 MW, une solution alternative est proposée au travers de l'allocation de droits de tirage par le jeu d'enchères. Cette même procédure est proposée pour les droits de tirage transitoires (443 MW), lesquels pourraient d'ailleurs être prorogés si les centrales concernées venaient à être exploitées au-delà de l'échéance de 2020.

## II. Droits d'accès à la production de l'opérateur historique et contestabilité du marché de l'électricité

Le mécanisme proposé par la Grèce est intéressant à deux titres. Tout d'abord, il pose la question de la possibilité de créer – à partir des instruments du droit de la concurrence – une concurrence par les mérites sur un marché en voie de libéralisation au travers de droits d'accès sur la production d'un opérateur dominant jouissant d'un avantage de coûts tels qu'une entrée profitable de concurrents sur le segment de base peut apparaître comme illusoire. Ensuite, les engagements proposés par la Grèce ne sont pas sans faire écho aux engagements jadis pris par l'opérateur historique français dans le cadre de l'affaire *Direct Energie* (Cons. conc., déc. n° 07-D-43 du 10 décembre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par Électricité de France), et partant, à la récente et très controversée loi NOME de décembre 2010 (loi n° 2010-1488 portant nouvelle organisation du marché de l'électricité, JO, 8 décembre 2010 ; v. "Nome acte I : Un cadre législatif pour l'ouverture du marché français de l'électricité", *Concurrences*, n° 1-2011, pp. 12-29).

Il apparaît tout d'abord que les nouvelles mesures correctives proposées par la Grèce s'avèrent plus intrusives que celles de 2009 dans la mesure où il est possible de mettre en exergue un glissement d'un modèle de concurrence par les investissements à une concurrence par l'accès à des actifs considérés comme essentiels. Or, à l'instar de la décision *Direct Energie* du Conseil de la concurrence, elle aussi prise dans le cadre d'une procédure d'engagements, les actifs essentiels ne sont plus les actifs de réseaux, indubitablement constitutifs d'un monopole naturel, mais des actifs de production eux-mêmes. Se pose alors la question de la possibilité de qualifier ces derniers comme des facilités essentielles au vu des critères dégagés par la pratique décisionnelle des autorités de concurrence tant interne qu'européenne (v. A. de Hautecloque, F. Marty et

J. Pillot, “The Influence of the Essential Facilities Doctrine in Matter of Regulation and Competition Policy in Energy Network Industries” , in *Competition, Contracts and Electricity Markets : A New Perspective*, à paraître). Il s’agit de prévenir, dans le cadre d’un processus de libéralisation, une éviction des nouveaux entrants fondée sur l’accès privilégié de l’opérateur historique à des sources de production d’énergie de base particulièrement peu coûteuses. Dans le cas français, la question se posait avec d’autant plus d’acuité que le maintien de tarifs réglementés exposait les concurrents d’EDF à un phénomène de compression des marges.

Il n'en demeure pas moins que cette logique doit s'apprécier de façon différente selon que la position dominante est le fruit des investissements passés de l'opérateur dominant – et donc de ses propres mérites – ou de droits exclusifs accordés par la puissance publique. À cet aune, une obligation d'accès ne peut avoir les mêmes effets dans les deux situations, notamment en termes incitatifs. La Commission insiste d'ailleurs dans ses orientations de février 2009 sur l'absence de nécessité dans de tels cas de figure de s'écarter de son approche générale fondée sur la seule démonstration d'une probabilité d'éviction anticoncurrentielle (v. 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, pp. 7-20, pt 82).

Ce faisant, les mesures correctives proposées par la Grèce sont proches, dans leur logique, de la solution obtenue par le Conseil de la concurrence français dans le cas *Direct Energie* et étendue, selon les recommandations de la “Commission Champsaur I”, dans le cadre de la loi. Elles suscitent donc des réflexions comparables quant à la praticabilité de la concurrence et à la capacité de règles d’accès aux capacités de production des opérateurs historiques pour garantir le développement et la pérennité d’une concurrence effective dans le cadre de marchés dont la libéralisation n’a pas affecté le degré de concentration en matière horizontale (v. P.L. Joskow, “Lessons Learned from Electricity Market Liberalization”, *The Energy Journal*, 2008).

F. Lévêque, "France's New Electricity Act: a Potential Windfall Profit for Electricity Suppliers and a Potential Incompatibility with the EU Law", *EU Law Electricity Journal*, vol. 24, Issue 2, mars 2011.



## 2. FRANCE

### **COMPRESSION DES MARGES – CISEAU TARIFAIRE – CARACTÈRE INDISPENSABLE DES PRESTATIONS INTERMÉDIAIRES – EFFET D'ÉVICTION : La Cour d'appel de Paris annule l'amende de 18 millions d'euros prononcée en 2004 contre deux opérateurs de téléphonie fixe et mobile pour un abus par compression des marges, au motif que l'effet d'éviction ne pouvait pas être présumé – le caractère indispensable de la prestation litigieuse n'étant pas suffisamment établi – et qu'il n'était par ailleurs pas suffisamment établi**

(CA Paris, ch. 5-7, 27 janvier 2011, SFR et France Télécom ; sur deuxième renvoi après cassation ; contre, Aut. conc., déc. n° 04-D-48 du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom)

Hasard du calendrier, la Cour d'appel de Paris a rendu en janvier un arrêt en matière d'abus par compression des marges ("ciseau tarifaire" dans l'arrêt), quelques semaines à peine avant l'arrêt *Telia* de la Cour rapporté ci-dessus. La Cour d'appel, qui statuait sur renvoi après seconde cassation, annule finalement la décision du Conseil de la concurrence, ainsi que la sanction de 18 millions infligée à SFR et à France Télécom. L'affaire dans laquelle la Cour d'appel statuait ici pour la troisième fois concernait des pratiques tarifaires de deux opérateurs de téléphonie fixe et mobile, à savoir SFR et France Télécom. Il leur avait été reproché d'avoir abusé de leur position dominante sur leurs réseaux mobiles respectifs (chacun détenant par hypothèse un monopole sur les prestations d'interconnexion vers son réseau), et ce en pratiquant un "ciseau tarifaire". Plus précisément, ce ciseau concernait l'écart entre les prix de détail facturés aux abonnés mobiles et le coût de terminaison d'appel (CTA) facturé par les deux entreprises en cause aux autres opérateurs pour acheminer les appels émis par les abonnés de ces opérateurs et destinés aux abonnés des réseaux mobiles SFR et France Télécom. Il avait initialement été retenu qu'il était impossible pour les opérateurs nouveaux entrants d'entrer sur le segment des prestations téléphoniques fixes vers mobiles sans faire de pertes, dès lors qu'ils devaient payer ces CTA élevés et qu'il n'était pas possible pour eux de les répercuter dans les tarifs de détail, dès lors que ceux-ci devaient être compétitifs avec ceux proposés par SFR et France Télécom.

#### **Rappel des épisodes précédents**

Dans un premier arrêt du 12 avril 2005, la Cour d'appel avait annulé la décision du Conseil de la concurrence, pour un motif assez proche de celui qui sera retenu finalement, à savoir que le Conseil n'avait pas suffisamment établi que les opérateurs nouveaux entrants étaient contraints de recourir à l'interconnexion directe, c'est-à-dire à la prestation des opérateurs en position dominante pour laquelle ceux-ci facturaient des CTA élevés. Cet arrêt avait été cassé par un arrêt de la chambre commerciale du 10 mai 2006, dont l'attendu de cassation contenait une formule que nous continuons de trouver fâcheuse, en ce qu'elle assimile l'article 102 à l'article 101 TFUE (conformément à la rédaction du Code de commerce français, il est vrai). La Cour de

cassation avait ainsi reproché à la Cour d'appel de ne pas avoir recherché si les pratiques de ciseau tarifaire litigieuses "avaient pour objet ou pouvaient avoir pour effet [...] de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence".

Sur la base de cette cassation pour manque de base légale qui manquait elle-même de précision, la Cour d'appel avait à nouveau statué. Elle avait examiné, comme elle y était invitée, les accords conclus par France Télécom et SFR avec des opérateurs étrangers afin de rendre moins attractive la solution qu'avaient trouvée leurs concurrents pour échapper aux CTA, à savoir le reroutage international. Il s'agissait d'acheminer artificiellement un appel issu d'un téléphone fixe français et destiné à un mobile français dans un premier temps vers un autre pays, puis de le réacheminer vers le réseau mobile destinataire (SFR ou France Télécom). Cette manœuvre permettait à l'opérateur de l'appelant de bénéficier des tarifs entrants applicables aux appels issus d'un réseau étranger, lesquels étaient beaucoup plus avantageux que les CTA (environ huit fois moins élevés). Cet examen avait conduit la Cour d'appel, dans son arrêt du 2 avril 2008, à se pencher sur cette pratique du reroutage (sur cet arrêt, v. *Concurrences*, n° 2-2008, obs. C. Prieto, cette chronique, p. 116). Elle avait constaté que le reroutage était une solution techniquement aberrante et que l'existence même d'accords anti-reroutage conclus par France Télécom et SFR avec leurs homologues étrangers attestait une stratégie d'éviction dans le chef de ces opérateurs. En effet, le développement de ces accords était une manière de chercher à supprimer pour leurs concurrents les solutions alternatives à l'interconnexion directe, de sorte qu'ils ne puissent échapper au ciseau tarifaire qui leur était tendu. La Cour d'appel avait cru pouvoir en déduire que la stratégie d'éviction de France Télécom et SFR était suffisamment établie. Elle avait donc rejeté la demande d'annulation, redonnant ainsi effet à la condamnation prononcée en 2004 et à l'amende correspondante.

Cet arrêt avait à son tour été cassé, à nouveau pour manque de base légale (Cass. com., 3 mars 2009, *SFR et France Télécom*, n° 08-14.435 et 08-14.464, "téléphonie fixe vers mobile des entreprises", *Concurrence*, n° 2-2009, cette chronique, pp. 118-120), mais cette fois pour un motif très clairement formulé et qui a été rappelé ci-dessus dans la discussion sur l'arrêt *Telia* de la Cour. La chambre commerciale avait dit pour droit que "qu'une pratique de 'ciseau tarifaire' a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée auteur de la pratique ne peut entrer sur le marché aval qu'en subissant des pertes". Elle avait ensuite précisé "qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à ses concurrents par l'entreprise auteur du 'ciseau tarifaire' leur sont indispensables pour la concurrencer sur le marché aval". La Cour d'appel était donc renvoyée à l'examen des effets de la pratique litigieuse et, pour savoir si cet effet pouvait en l'espèce être présumé, à la question de savoir si la prestation d'interconnexion directe était ou non indispensable. C'était revenir à la question même qui avait retenu l'attention de la Cour d'appel dès 2005 et à laquelle elle avait alors répondu par la négative.



## Une application des arrêts de cassation en forme de retour à la case départ : De la condition d'indispensabilité

Dans son nouvel arrêt, la Cour d'appel ne s'est pas contentée d'appliquer le second arrêt de cassation. Elle a visiblement tenu à intégrer l'intégralité des apports de la chambre commerciale qui ont jalonné cette affaire. C'est ce qui explique le début au premier abord un peu mystérieux de la partie consacrée à la qualification d'abus (les autres parties de l'arrêt ne sont pas commentées ici). Le considérant qui tient lieu de visa surprend en effet, puisque la Cour d'appel amorce son raisonnement sur l'abus par un *"considérant que sont prohibées lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché les actions concertées, contentions, ententes expresses ou tacites ou coalitions"* (p. 15). On est surpris de trouver l'interdiction des ententes au visa d'un arrêt qui porte exclusivement sur des pratiques d'abus. C'est que les pratiques en cause examinées à nouveau par la Cour d'appel ne sont pas seulement les pratiques tarifaires de compression des marges, mais aussi les *accords* anti-reroutage conclus par les deux entreprises en position dominante avec les opérateurs étrangers. Sous cet angle, il s'agissait de savoir si ces accords avaient restreint la concurrence pour des tiers, que sont les concurrents des demanderesse. De fait, c'était là le point crucial, puisqu'il s'agissait de déterminer si, par le biais de ces accords avec des tiers, les deux entreprises en position dominante avaient *"rendu indispensable"* pour leurs concurrents l'interconnexion directe (et facturée au prix fort) à leurs réseaux mobiles respectifs.

Cette particularité factuelle de l'affaire met en lumière le caractère contingent de la condition d'indispensabilité discutée plus haut à propos de l'arrêt *Telia* : le caractère indispensable d'une prestation proposée par un opérateur en position dominante à ses concurrents n'est pas, on le voit, une question purement technique. C'est une question de fait dont l'appréciation mêle des aspects techniques, tarifaires et éventuellement d'autres aspects comportementaux (comme ici le choix de conclure des accords anti-reroutage avec des opérateurs étrangers des pays limitrophes, mais pas avec des opérateurs de pays plus lointains). Surtout, le caractère indispensable ou non d'une prestation pour pénétrer sur un marché donné peut varier au cours du temps. Lorsque la condition d'indispensabilité est de droit, comme cela semble être le cas en droit français, l'appréciation rigoureuse de l'ensemble des circonstances pertinentes sera donc cruciale, comme elle l'était dans cette affaire.

En effet, le constat d'abus – et, partant, l'amende – est ici annulé au motif que le caractère indispensable de l'interconnexion directe n'est pas suffisamment établi. France Télécom avait dès l'origine contesté avec force ce constat, comme l'avait relevé la Cour d'appel dans son premier arrêt. Dans l'arrêt rapporté, la Cour d'appel revient sur les éléments de fait qui suggèrent que le reroutage a été pratiqué, au moins pour une partie (non négligeable) des appels fixes vers mobiles, jusqu'en 2002, notamment en faisant transiter les appels par des pays plus lointains, comme les États-Unis. Elle s'appuie sur ce constat pour considérer qu'il n'était donc pas possible d'estimer que, au cours de la période couverte

par la décision (1999-2001), les nouveaux entrants étaient contraints de recourir à l'interconnexion directe. Les juges d'appel relèvent en outre que les opérateurs à l'origine de la plainte n'avaient, à l'époque des faits, ni conclu ni demandé à conclure des accords d'interconnexion directe, ce qui indique derechef, selon la Cour d'appel, que cette prestation ne leur était pas indispensable (p. 14). Le caractère indispensable de la prestation en cause n'étant pas établi, l'effet anticoncurrentiel des pratiques litigieuses ne pouvait pas, en application du second arrêt de la Cour de cassation (et conformément à la jurisprudence *Telia* de la Cour), être présumé. Comme la Cour d'appel constate par ailleurs que l'effet d'éviction n'est pas suffisamment prouvé par d'autres éléments, elle annule, pour la seconde fois, la décision de 2004.

## Questions de preuve

Les entreprises mises en cause pourront se féliciter de leur ténacité et de celle de leurs conseils. Ceux-ci pourront peut-être, pour leur part, se féliciter des perspectives de contentieux ouvertes par l'arrêt rapporté. En effet, la Cour d'appel juge à propos de la preuve d'un effet anticoncurrentiel que *"seul le procédé d'un examen objectif et approfondi de la situation relative aux pertes subies par un concurrent aussi efficace que l'auteur de la pratique reprochée permet d'apporter la démonstration que la pratique a eu ou pouvait [a]voir un effet anticoncurrentiel"* (p. 15). On imagine déjà combien cet examen approfondi pourra faire les délices des avocats et des économistes. Ces derniers seront sans doute également enchantés d'apprendre que la Cour d'appel motive encore son annulation en retenant que *"l'autorité de concurrence n'a pas rapporté d'éléments de preuve suffisants de nature à identifier les pertes exactes subies par un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante"* (p. 16). Peut-être était-ce ce genre de preuve impossible que la Cour de justice a voulu éviter d'exiger en retenant dans son arrêt *Telia* (*supra*) qu'il n'est pas indispensable de prouver des pertes, *a fortiori* de les chiffrer avec précision.

A.-L. S. ■

**DISTRIBUTION ALIMENTAIRE – DÉPENDANCE ÉCONOMIQUE : L'Autorité de la concurrence rejette la demande de mesures conservatoires sollicitée par un franchisé d'un groupe de distribution, mais poursuit son instruction au fond pour déterminer si les pratiques mises en œuvre par ce groupe sont constitutives d'abus de dépendance économique** (*Aut. conc., déc. n° 11-D-04 du 23 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire*)

Actuellement, le secteur de la grande distribution est sous la haute surveillance de l'Autorité de la concurrence (l'"Autorité"). On se souvient en effet qu'à la suite d'une enquête sectorielle engagée par une décision d'autosaisine du 25 février 2010, l'Autorité a publié de manière concomitante deux avis concernant le secteur de la grande distribution alimentaire (avis n° 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de "management catégoriel" entre les opérateurs

de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs, et avis n° 10-A-26 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire). Dressant un constat pour le moins négatif, l'Autorité a ainsi indiqué dans l'avis n° 10-A-26 (l'"Avis") que la situation était figée du fait de l'existence de nombreuses barrières à l'entrée et des multiples clauses contractuelles qui freinent la mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes (v. *Concurrences*, n° 1-2011, p. 89, obs. M. Debroux). Dans cet Avis, l'Autorité a, en conséquence, formulé un certain nombre de recommandations aux professionnels du secteur afin, notamment, de faciliter les conditions de sortie du réseau des magasins indépendants, sous peine de faire appel au législateur ou d'engager des contentieux (v. ci-après). Or, les pratiques des têtes de réseau stigmatisées dans cet Avis sont, peu ou prou, celles qui étaient dénoncées par le plaignant dans la présente affaire.

### Une future décision aux conséquences potentiellement explosives

Bien qu'elle ne se prononce pas sur le fond, la décision n° 11-D-04 (la "Décision") – première décision contentieuse rendue par l'Autorité depuis la publication de son Avis précité – constitue très certainement l'une des premières manifestations de la politique qu'entend suivre l'Autorité dans le secteur de la grande distribution alimentaire.

Dans la présente affaire, l'Autorité était saisie d'une plainte assortie d'une demande de mesures conservatoires d'un franchisé Carrefour exploitant à Paris un supermarché sous enseigne Champion, qui estimait, entre autres, que les obstacles mis à son départ du réseau Carrefour étaient constitutifs d'abus de dépendance économique.

Les liens unissant ce franchisé à Carrefour, qui selon lui participaient de sa situation de dépendance économique, étaient relativement complexes puisqu'ils étaient à la fois de nature capitalistique, contractuelle et commerciale. En effet, et outre la conclusion d'accords que l'on rencontre habituellement dans le domaine de la franchise alimentaire (en l'espèce, un contrat de franchise et d'approvisionnement à la centrale d'achat Champion et un contrat de fidélisation Carrefour), Carrefour se trouvait être le propriétaire du local commercial à partir duquel était exploité le supermarché et, également, via une participation de 34 % dans le capital de sa société, l'associé de l'entreprise plaignante. Or, cette participation n'était pas neutre puisqu'elle conférait à Carrefour un droit de veto sur toute décision concernant le changement d'enseigne du supermarché de son franchisé. En somme, et à l'instar de l'entrelacs des pratiques contractuelles dénoncé dans l'Avis précité, Carrefour était à la fois l'associé, le partenaire commercial et le bailleur du plaignant.

### Les arguments du plaignant

Les abus de dépendance économique reprochés au groupe Carrefour étaient multiples. L'entreprise plaignante soutenait ainsi que :

– Premièrement, Carrefour lui imposait des restrictions non justifiées et excessives l'empêchant de sortir du réseau. Étaient ici particulièrement visés l'interdépendance entre leurs différents accords, le droit de veto dont disposerait Carrefour sur tout changement d'enseigne et les clauses de non-concurrence et de non-réaffiliation postcontractuelles contenues dans le contrat de franchise (§ 32 à 34).

– Deuxièmement, la clause d'approvisionnement prioritaire contenue dans le contrat de franchise constituait un obstacle absolu à la possibilité pour lui de s'approvisionner auprès des fournisseurs de son choix, ce qui créait une restriction de concurrence sur ce marché en amont (§ 35).

– Troisièmement, lui avait imposé, à la faveur de l'évolution de l'enseigne Champion vers son nouveau concept "*Carrefour Market*", de nouvelles conditions commerciales. Pour ce faire, Carrefour aurait ainsi cessé de promouvoir et de valoriser l'enseigne Champion, proposé de nouveaux contrats de franchise "*Carrefour Market*" contenant des clauses plus restrictives, substitué des produits sous marque de distributeur ("MDD") Carrefour en lieu et place des MDD Champion et enfin, aurait mis un terme au contrat de fidélité Champion (§ 36 à 39).

– Quatrièmement, Carrefour avait perçu divers avantages injustifiés "*ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu*" via des redevances et cotisations liées à l'exploitation de l'enseigne Champion, alors même que celle-ci était en cours d'abandon (§ 40 et 41).

– Enfin, Carrefour l'avait évincé de son local commercial en refusant de renouveler le bail commercial à partir duquel son fonds de commerce était exploité (§ 42).

Contraint de quitter son local commercial, le franchisé avait assorti sa plainte d'une demande de mesures conservatoires tendant à ce que Carrefour renouvelle son bail commercial et mette en œuvre des actions de promotion de l'enseigne Champion.

### Tout en rejetant la demande de mesures conservatoires et en refusant d'assimiler le non-renouvellement du contrat de bail à un abus de dépendance économique, l'Autorité décide néanmoins de poursuivre l'instruction au fond

Si les demandes de mesures conservatoires du franchisé sont rejetées, l'Autorité adopte cependant une position nuancée quant aux pratiques visées par le plaignant.

Ainsi, tout d'abord, et au motif que Carrefour n'avait fait ici qu'exercer le droit dont dispose chaque partie de mettre fin au contrat de bail à son arrivée à échéance, l'Autorité écarte d'emblée l'analyse conduisant à qualifier le non-renouvellement du contrat de bail de l'entreprise plaignante d'abus de dépendance économique. Rappelons à cet égard que si le non-renouvellement d'un bail commercial semble *a priori* brutal et traduit, à proprement parler, une volonté d'éviction, la loi impose cependant au bailleur de compenser le préjudice subi par le preneur, visant à lui permettre de retrouver un local de qualité équivalente (article L. 145-14 du Code de commerce).

Les autres pratiques critiquées dans la plainte suivent cependant un sort différent. Selon l'Autorité : *“Ces pratiques nécessitent d'être instruites au fond afin d'évaluer si les saisissantes sont effectivement dans un état de dépendance économique à l'égard de Carrefour, si les pratiques dénoncées constituent un abus de cette dépendance économique de la part de Carrefour et si elles sont de nature à affecter la structure ou le fonctionnement de la concurrence”* (§ 61).

Cette conclusion traduit un changement notoire par rapport à une autre affaire antérieure très similaire.

### Une décision qui marque une évolution par rapport à l'affaire 10-D-08 (SEFAG)

On se souvient en effet que dans le cadre de la décision n° 10-D-08 du 3 mars 2010 (“décision SEFAG”), l'Autorité avait été saisie par le Syndicat de l'épicerie française et de l'alimentation générale (“SEFAG”) d'une plainte tendant à voir sanctionner les abus de dépendance économique prétendument commis par Carrefour à l'égard de ses franchisés Shopi, 8 à huit et Marché Plus. Dans cette affaire, l'Autorité avait eu à se prononcer sur les liens contractuels, relativement similaires à ceux de la présente affaire, unissant Carrefour à ses différents franchisés du commerce de proximité. Carrefour se voyait ainsi reprocher l'imposition de restrictions à la *“liberté d'approvisionnement”* ainsi que *“l'imposition de restrictions non justifiées et excessives”* empêchant des changements d'enseigne, résultant notamment des prises de participation dans le capital des franchisés, de clauses de non-réaffiliation dans les contrats de franchise, l'enchevêtrement de contrats de durées décalées ou encore des obstacles contractuels à la vente du fonds de commerce des franchisés.

Cependant, l'Autorité avait considéré, dans cette précédente affaire, qu'aucun état de dépendance économique des franchisés ne pouvait être caractérisé :

- ni d'une part entre Carrefour et son réseau de franchisés, du fait de l'absence d'homogénéité des situations respectives de ces franchisés qui relevaient de sept régimes contractuels différents ;

- ni, d'autre part, entre Carrefour et chacun de ses franchisés pris individuellement, compte tenu de l'absence d'éléments sur la situation individuelle de chaque franchisé dans le dossier présenté par les plaignants.

La décision retenue dans l'affaire SEFAG – à savoir un non-lieu – contraste fortement avec l'analyse de ces mêmes dispositifs contractuels menée ultérieurement dans son Avis précité, ainsi qu'avec l'affaire commentée.

### Une future décision au fond dans le cadre de laquelle l'Autorité pourrait mettre en œuvre les orientations annoncées dans son Avis précité

Bien que la situation de la concurrence dans le secteur de la grande distribution alimentaire soit une question intéressant de nombreux pays européens (v. not. *Concurrences*, n° 4-2009, p. 112, obs. A. Wachsmann), la Commission européenne a eu l'occasion d'indiquer, par la voie de son commissaire à

la concurrence, que la situation de la concurrence dans ce secteur devait être traitée en priorité à l'échelon national (interview de Joaquin Almunia publiée le 6 décembre 2010 dans *Global Competition Review*).

C'est donc dans le cadre d'une initiative, semble-t-il, purement nationale, que, par une décision d'autosaisine du 25 février 2010, l'Autorité s'est donnée pour mission d'analyser en profondeur les dispositifs contractuels liant les têtes de réseau à leurs affiliés.

Amenée à examiner des pratiques contractuelles similaires à celles qu'elle avait pourtant étudiées quelques mois seulement auparavant dans sa décision SEFAG, l'Autorité dresse dans cet Avis un constat sans appel de la situation de la concurrence dans ce secteur, pour conclure à la nécessité de *“lever les barrières comportementales à l'entrée”* et *“favoriser la mobilité des magasins indépendants entre enseignes concurrentes”*.

Or, tout en reconnaissant que les règles applicables seraient complexes à mettre en œuvre, l'Autorité n'exclut pas de sanctionner les groupes de distribution à l'occasion des contentieux qui lui seront soumis. Tel est précisément le cas de l'affaire ici examinée.

### La modification des pratiques par la voie contentieuse : Les pistes juridiques de l'Avis seront-elles applicables ?

Si l'Autorité a estimé dans son Avis que les différentes barrières comportementales doivent être supprimées, elle admet cependant que son analyse se heurte à des difficultés d'application. En effet, force est de constater que ni le droit des pratiques anticoncurrentielles ni le droit des concentrations ne constituent des leviers d'action pleinement satisfaisants pour faire évoluer les pratiques actuelles.

Sur le terrain des ententes, tout d'abord, l'Autorité a reconnu que les accords conclus entre les groupes de distributeurs avec leurs affiliés indépendants bénéficient, dans la mesure où les parts de marché des différentes parties à l'accord sont inférieures à 30 %, de l'exemption par catégorie prévue par le règlement d'exemption par catégorie n° 330/2010 en matière de restrictions verticales. Si l'Autorité a souligné que cette exemption pourrait être retirée en application de la théorie de *“l'effet cumulatif”*, il faut bien reconnaître que les conditions d'application de cette notion sont rarement réunies, à telle enseigne d'ailleurs que, depuis 2000, ce concept n'a été appliqué que très rarement en France (décisions n° 00-D-82 du 26 février 2001 relative à des pratiques relevées dans le secteur des glaces et crèmes glacées industrielles sur le marché de l'impulsion, et n° 05-D-49 du 28 juillet 2005 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la location entretien des machines d'affranchissement postal), et une seule fois au niveau européen (affaire T-65/1998 du 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods Ltd*). L'appréhension des relations contractuelles entre magasins indépendants et tête de réseau à travers la théorie de l'effet cumulatif demeure ainsi, bien que possible, relativement difficile à manier.

Sur le terrain du droit des concentrations ensuite, et même si les liens unissant les groupes de distribution à leurs affiliés indépendants peuvent relever du contrôle des concentrations





Le cas s'inscrit dans un ensemble de contentieux liés aux distorsions de concurrence pouvant procéder de discriminations mises en œuvre par des opérateurs verticalement intégrés gérant des chambres funéraires ou des crématoriums à l'encontre de leurs concurrents n'exerçant leur activité que sur le segment aval. Les problèmes de concurrence se posent notamment depuis la loi n° 93-23 du 8 janvier 1993, laquelle a offert la possibilité à toute entreprise ou association bénéficiaire d'une attestation délivrée en préfecture d'exercer des activités dans le domaine funéraire aux côtés des services assurés directement par les communes ou leurs délégataires.

Parmi ces risques de distorsions figurent les possibles avantages indus liés au contrôle des chambres funéraires par certains opérateurs. En effet, si n'importe quel type d'opérateur peut exploiter lesdites chambres funéraires, la loi du 8 janvier 1993 a imposé de strictes conditions visant à prévenir que leur gestion ne se traduise par un avantage commercial pour ses autres activités. Il s'agit, en d'autres termes, d'éviter toute distorsion de concurrence au profit des opérateurs contrôlant un tel "actif essentiel" en amont qui pourrait se traduire par l'éviction des concurrents ou du moins leur marginalisation sur le marché des services funéraires. Il peut en l'espèce s'agir de tout élément susceptible d'entretenir une confusion entre les activités de gestionnaire de chambres funéraires et d'opérateur d'obsèques (v. not. Cons. conc., déc. n° 08-D-09 du 6 mai 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres à Lyon et dans son agglomération). De mêmes pratiques peuvent survenir pour les crématoriums où le délégataire de service public peut tirer avantage, faute d'une suffisante séparation des activités, de son intégration verticale sur ses concurrents sur les activités du segment ouvert à la concurrence. Dans le cas d'espèce, il s'agissait notamment de questions relatives à la séparation des chambres avec les espaces commerciaux de l'opérateur.

Un deuxième ensemble de pratiques susceptibles de conférer un avantage à certains opérateurs peut être le fait de maisons de retraites, de centres hospitaliers, lesquels orienteraient de façon privilégiée sinon exclusive par divers biais les personnes décédées vers cette dernière. Dans le cas d'espèce, des établissements de soins et de séjour ne possédant pas eux-mêmes de chambres funéraires et ne pouvant joindre les familles dans les délais impartis transféraient ces dernières vers celles de la société en cause, l'avantageant de ce fait pour ses activités concurrentielles.

Enfin, deux autres types de pratiques susceptibles de remettre en cause une concurrence non faussée étaient relevés par la saisissante. Il s'agissait de comportements témoignant d'un relatif manque de neutralité émanant des personnels hospitaliers et du recours systématique à la société d'économie mixte de la part des services de police de l'agglomération tourangelle en matière de réquisitions liées à la découverte de corps.

L'Autorité prononça un non-lieu, n'ayant pu établir la réalité matérielle des trois ensembles de pratiques dénoncées par la saisissante ou imputer celles-ci aux Pompes Funèbres intercommunales.

Tout d'abord, aucun élément n'est de nature à montrer que la société d'économie mixte a tiré un avantage concurrentiel de son contrôle de la chambre funéraire ou du crématorium en entretenant une confusion entre ces activités de gestionnaire d'un "actif essentiel" et ses activités concurrentielles. L'organisation matérielle des espaces garantit la neutralité des lieux vis-à-vis des opérateurs de services funéraires tiers. Ensuite, il apparaît que la société d'économie mixte ne peut être mise en cause du fait des conventions avec certains établissements de soins et de séjour de nature à favoriser le transfert systématique des défunts vers elle. Les conventions signées préservent la liberté de choix des familles des défunts et le transfert ne se fait par défaut que si et seulement s'il a été impossible de joindre les familles dans les délais impartis par la loi. Enfin, concernant les pratiques dénoncées quant au manque de neutralité des personnels hospitaliers vis-à-vis des différents opérateurs de services funéraires ou encore quant aux pratiques de réquisitions des services de police, la responsabilité de la société d'économie mixte ne peut également être établie.

F. M. ■

## À noter

**ARTICLE 102 TFUE – REJET DE PLAINTE – DÉFAUT D'INTÉRÊT COMMUNAUTAIRE : La Commission européenne rejette, au motif que l'Autorité de concurrence slovène est saisie des mêmes pratiques, la plainte déposée contre un opérateur téléphonique pour des pratiques de prix prédateurs et de ciseau tarifaire qui auraient été commises sur le marché de détail slovène de la téléphonie mobile et rejette également la plainte concernant les pratiques abusives qui auraient été commises sur le marché de gros pour défaut d'intérêt communautaire** (*Comm. eur., déc. C(2011) 355 final du 24 janvier 2011, Si.mobil c/ Mobitel, aff. COMP/39707*)

**DISCRIMINATION – REFUS D'ACCÈS – MESURES CONSERVATOIRES (REJET) : L'Autorité de la concurrence rejette la demande de mesures conservatoires sollicitée par plusieurs agences de publicité à l'encontre d'un éditeur d'annuaire tendant à ce qu'il mette un terme à ses pratiques abusives sur les marchés de l'édition et de la commercialisation d'espaces publicitaires dans les annuaires, mais décide de poursuivre l'instruction au fond** (*Aut. conc., déc. n° 10-D-38 du 22 décembre 2010 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par la société PagesJaunes SA*)

**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 FLOCHET, Penelope PAPANDROPOULOS, Etienne PFISTER, Francisco ROSATI, David SPECTOR...

## Chroniques

### ENTENTES

Michel DEBROUX  
Laurence NICOLAS-VULLIERME  
Cyril SARRAZIN

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric MARTY  
Anne-Lise SIBONY  
Anne WACHSMANN

### PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

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

### DISTRIBUTION

Nicolas ERESEO  
Dominique FERRÉ  
Didier 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 MAÎTREPIERRE  
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>	405 €	484,38 €
<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>	150 €	153,15 €

## 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>	585 €	699,66 €
---	-------	----------

## 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>	755 €	902,98 €
<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>	855 €	1 022,58 €

## 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. Tariffs 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**