

Concurrences

Revue des droits de la concurrence

PRATIQUES UNILATÉRALES | Chroniques
Concurrences N° 2-2009 – pp. 112-127

Anne-Lise SIBONY

alsibony@ulg.ac.be

■ Chargée de cours en droit européen, Université de Liège

Anne WACHSMANN

anne.wachsmann@linklaters.com

■ Avocat à la Cour

Chroniques

Anne-Lise SIBONY

alsibony@ulg.ac.be

Chargée de cours en droit européen,
Université de Liège

Anne WACHSMANN*

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat à la Cour

Abstracts

PREDATION – RECOUPMENT OF LOSSES: 112

The ECJ rules that possibility of recoupment is not part of the legal test for predation. Meeting competition defence is not available for dominant firms engaging in predatory pricing
ECJ, 02.04.09, France Télécom v. Commission, case C-202/07 P

UNDERTAKING – SOLIDARITY PRINCIPLE – STATE CONTROL: 116

The ECJ, applying its *Cisal* ruling, holds that a body providing insurance against accidents at work and occupational diseases is not an undertaking within the meaning of article 82 EC if its activity is subject to the principle of solidarity and subject to State control
ECJ, 05.03.09, Kattner Stahlbau, case C-350/07

UNDERTAKING – ECONOMIC ACTIVITY – PUBLIC POWERS: 117

The ECJ rules that Eurocontrol is not an undertaking: providing assistance to the national administrations in the implementation of tendering procedures for the acquisition of air traffic management systems is closely linked to the task of technical standardisation entrusted to Eurocontrol with a view to maintaining and developing the safety of air navigation and is thus connected with the exercise of public powers
ECJ, 26.03.09, Selex Sistemi Integrati v. Commission and Eurocontrol, case C-113/07 P

PREDATION: 117

The French Supreme Court upholds the analysis of the Paris Court of Appeal regarding the absence of predatory pricing on the part of GSK
Cass. com., 17.03.09, Ministry of economy, n° 08-14.503, GlaxoSmithKline France

MARGIN SQUEEZE – INDISPENSABILITY OF GOOD OR SERVICE: 118

The French Supreme Court rules that the test for abusive margin squeeze is whether pricing by dominant firm inflicts losses to as efficient entrants. Such losses cannot occur unless the good or service at hand is indispensable for a new entrant in order to penetrate the market
Cass. com., 03.03.09, SFR and France Télécom, n° 08-14.435 et 08-14.464

DISCRIMINATION – LOYALTY REBATES – EFFECT: 120

The French Competition Authority imposes a fine to the NMPP for loyalty-enhancing practices
Fr. NCA, 27.01.09, NMPP, 09-D-04

EXCLUSIONARY ABUSE – ESSENTIAL FACILITIES: 124

The French Competition Authority inflicts a limited fine to the incumbent rail operator for abusing its dominant position on the market for distribution of train tickets. SNCF undertakes to end commercial practices which favour the on-line travel agency operated by its subsidiary against other travel agents
Fr. NCA, 05.02.09, SNCF et Expedia Inc., Travel agencies online, 09-D-06

DOMINANT POSITION – GLOBAL OFFER: 125

The French Competition Authority confirms its analysis characterising SNCM's anticompetitive behaviour during a call for tender for maritime services between Corsica and Marseilles
Fr. NCA, 27.02.09, SNCM, 09-D-10

ABUSIVE DENIGRATION: 126

The French Competition Authority holds that denigration practices may constitute an abuse provided a link is established between dominance and the practices
Fr. NCA, 25.03.09, Supply of electricity to small businesses, 09-D-14

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

PRATIQUES UNILATÉRALES

PRÉDATION – EXCEPTION D'ALIGNEMENT : La CJCE refuse d'ériger la possibilité de récupération des pertes en condition nécessaire à la qualification de prix de prédation et confirme l'inexistence d'un droit absolu de s'aligner sur les prix des concurrents (CJCE,

2 avril 2009, France Télécom c/ Commission, aff. C-202/07 P)

Le Tribunal, dans son arrêt *Wanadoo*, avait confirmé la condamnation par la Commission de pratiques de prix mises en œuvre par France Télécom à l'époque du lancement de l'accès à internet haut débit pour les particuliers en France (TPICE, 30 janvier 2007, *France Télécom/Commission*, T-340/03, Rec. p. II-107, note A.-L. Sibony, *LPA*, 6 juin 2007, p. 14-22). Cet arrêt avait retenu l'attention, car l'affaire *Wanadoo* était la première depuis longtemps à donner au juge communautaire l'occasion de se prononcer sur l'analyse des prix de prédation. Or, depuis les arrêts *Akzo et Tetra Pak II* (CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO/Commission*, C-62/86, Rec. p. I-3359 ; CJCE, 14 novembre 1996, *Tetra Pak/Commission*, C-333/94 P, Rec. p. I-5951), nombre d'analyses doctrinales favorables à une évolution de la jurisprudence s'étaient fait jour, ainsi que l'a souligné l'avocat général Mazák dans ses conclusions (pt 75, pour une synthèse de cette doctrine dans une perspective pratique, v. OCDE, *Predatory Foreclosure*, 2005, DAF/COMP(2005)14, disponible sur le site de l'OCDE; adde A. Perrot, "Les pratiques de prix bas sont-elles anticoncurrentielles ?", *RLC*, 2006/8, n° 613. Pour une discussion, v. A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, LGDJ, 2008, n° 760 et s., p. 480 et s.).

Au regard de l'abondante production doctrinale concernant la prédation, mais surtout de l'argumentation des parties, l'arrêt du Tribunal avait paru faiblement motivé, au point que l'avocat général dans ses conclusions préconisait une cassation pour défaut de motivation notamment (pts 58 à 60 des conclusions). Dans l'arrêt rapporté, la Cour juge pour sa part l'arrêt du Tribunal suffisamment motivé et ne semble pas gênée par les défauts de réponse aux moyens des parties (soulignés au pt 61 des conclusions de l'avocat général). En ce sens, l'arrêt *Wanadoo* de la Cour s'inscrit dans la lignée de ceux qui illustrent un contrôle de motivation de faible intensité, y compris sur les points de droit, ce que rien ne paraît justifier.

Sur le fond, la Cour refuse nettement d'exiger de la Commission qu'elle établisse la possibilité pour l'entreprise soupçonnée de prédation de récupérer les pertes qu'elle a consenties pour pratiquer des prix bas. À première vue donc, la Cour rejette un critère mis en avant par l'analyse économique, ce qui semble aller à l'encontre de l'approche plus économique de l'abus de position dominante promue par la récente communication de la Commission. Pourtant il faut prendre garde à ne pas lire l'arrêt trop vite. En effet, l'argument économique de la récupération peut être intégré à un jugement selon plusieurs techniques juridiques. En faire un élément obligatoire de la qualification n'est qu'une technique parmi plusieurs et ce n'est pas nécessairement la meilleure (en ce sens, A.-L. Sibony, *Le juge et le raisonnement économique*, précité, n° 781 et s., p. 491 et s.). C'est pourquoi le refus de la Cour d'ériger la possibilité de récupérer les pertes en critère de fond de la prédation ne paraît pas critiquable en tant que tel (I). En revanche, la place donnée par la Cour à l'argument de la récupération dans le raisonnement d'ensemble menant à la qualification d'abus par prédation n'est pas convaincante et conduit à s'interroger sur la compatibilité de l'arrêt *Wanadoo* avec une véritable approche économique (II). Il convient par ailleurs de noter que l'arrêt rapporté, qui rejette le pourvoi en toutes ses branches, confirme également la position du Tribunal en ce qui concerne l'impossibilité pour une entreprise dominante de justifier une pratique de prix abusive par la nécessité de s'aligner sur les prix des concurrents (III).

I. Le refus d'ériger la possibilité de récupérer les pertes en critère de fond de la prédation

1. L'argument économique relatif à la possibilité de récupération

L'un des *leitmotiv* de la critique économique adressée à la jurisprudence communautaire en matière de prédation consiste à mettre en avant l'intérêt qu'il y aurait pour les autorités de concurrence et pour le juge à tenir compte de la possibilité

pour l'entreprise soupçonnée de comportement prédateur de récupérer les pertes occasionnées par la baisse de prix à l'origine des soupçons. Le raisonnement économique qui sous-tend cette proposition part de la définition de la prédation comme une stratégie en deux temps. Dans un premier temps, l'entreprise prédatrice subit volontairement des pertes en vue d'évincer ou de discipliner ses concurrents, puis, dans un second temps, elle récupère ces pertes et tire profit de sa position renforcée. Les économistes déduisent de cette analyse que, si, dans une situation donnée, il est possible de dire *a priori* qu'une entreprise qui vendrait à perte pendant un certain temps ne pourrait raisonnablement espérer recouvrer par la suite les sommes ainsi sacrifiées, une entreprise rationnelle se trouvant face à cette situation n'aurait aucune raison de se lancer dans une stratégie de prédation. Partant, une autorité de concurrence n'aurait aucune raison non plus de la soupçonner de prédation.

L'impossibilité de récupérer les pertes consenties lors d'un épisode de prédation peut résulter de certaines circonstances de marché, notamment de l'absence de barrières à l'entrée. En effet, si l'entrée est aisée, la ré-entrée l'est aussi. Dès lors, les concurrents de l'entreprise dominante qui seraient évincés par une baisse des prix pourraient facilement revenir sur le marché dès que l'entreprise prédatrice s'aviserait d'augmenter à nouveau ses prix. C'est la raison pour laquelle il a été proposé d'examiner à titre liminaire la possibilité de récupération des pertes, telle que celle-ci peut être évaluée *a priori* par l'entreprise concernée, c'est-à-dire au moment où celle-ci définit sa stratégie de prix (en ce sens, OCDE, *Predatory Foreclosure*, préc.). La raison de procéder à cet examen à titre liminaire tient à la recherche d'économie de moyens dans les décisions des autorités de concurrence. En effet, si l'on conclut à l'absence de possibilité de récupération, le reste de l'analyse – notamment les comparaisons prix/coûts toujours délicates – n'est plus nécessaire. La prédation est tout simplement invraisemblable. Ainsi, selon ce raisonnement, la possibilité de récupération devrait être vérifiée systématiquement et son absence devrait conduire à écarter la qualification de prédation. En d'autres termes, la possibilité de récupération serait une condition nécessaire de la prédation.

2. Le traitement juridictionnel de l'argument économique : Le défaut de motivation non sanctionné

Dans le pourvoi à l'origine de l'arrêt rapporté, la requérante avait précisément fait valoir cet argument au soutien de l'un des moyens de cassation (7^{ème} moyen). Elle invoquait une erreur de droit commise par le Tribunal en ce qu'il avait jugé que la démonstration de la possibilité de récupérer les pertes n'était pas un préalable à la constatation d'une pratique de prix prédateurs (pt 101). Dans ses conclusions, l'avocat général Mazák avait à juste titre critiqué les faiblesses de ce passage de l'arrêt et souligné que le Tribunal procédait à une généralisation à partir d'une formule qui ne s'y prêtait absolument pas, et ce sans la moindre explication (pt 59 des conclusions). De fait, le Tribunal s'était appuyé sur un point de l'arrêt *Tetra Pak II* dans lequel la Cour avait considéré que, “dans les circonstances de la présente espèce, il ne serait pas opportun d'exiger en outre, à titre de preuve supplémentaire, qu'il soit démontré que *Tetra Pak* avait une chance réelle de récupérer ses pertes” (CJCE, C-333/94 P, 14 novembre 1996,

Tetra Pak/Commission, Rec. p. I-5951, pt 44). Le Tribunal, défiant d'un même mouvement les lois de la déduction et les exigences de motivation, en avait conclu abruptement que “[c'était] dès lors à bon droit que la Commission [avait] considéré que la démonstration d'une récupération des pertes n'était pas un préalable à la constatation d'une pratique de prix prédateurs” (TPICE, T-340/03, 30 janvier 2007, *France Télécom/Commission*, Rec. p. II-107, pt 228).

Il est indéniable que, comme l'avait souligné l'avocat général dans ses conclusions, ce seul défaut de motivation aurait en lui-même dû suffire à justifier l'annulation. La Cour n'en a pas jugé ainsi. Comme il est peu vraisemblable que les juges aient eux-mêmes été convaincus par l'arrêt du Tribunal, on en est réduit à se demander si ce ne sont pas les faiblesses de la motivation des conclusions de l'avocat général qui ont dissuadé la Cour de prononcer l'annulation. En effet, sur un point connexe, ces conclusions ne sont pas convaincantes. L'avocat général émet l'opinion que la jurisprudence de la Cour exigerait déjà la démonstration de la possibilité de récupération, du moins en principe. Le passage cité plus haut de l'arrêt *Tetra Pak II* étant en quelque sorte l'exception qui confirme la règle. On avouera être demeurée perplexe face aux arrêts auxquels les conclusions renvoient pour étayer cette opinion (spécialement les arrêts *AKZO* et *Hoffmann-La Roche* cités au pt 73 des conclusions). On ose toutefois espérer que, même si la Cour a partagé cette perplexité, ce n'est pas là ce qui l'a dissuadée de prononcer une cassation méritée. Le défaut de motivation pouvait en tout état de cause être censuré, quand bien même la formation de jugement aurait été partagée sur le statut exact qu'a ou que devrait avoir la possibilité de récupération dans la qualification de prédation. Toujours est-il que la Cour a confirmé l'arrêt du Tribunal et s'est contentée de réitérer les formules des arrêts *AKZO* et *Tetra Pak II* (pts 103 et s.).

3. Les ouvertures au raisonnement économique

Tout au plus peut-on se réjouir de constater que la Cour, même sans censurer le Tribunal, corrige une confusion fâcheuse relative à l'argument tiré de la possibilité pour l'entreprise prédatrice de récupérer ses pertes. En effet, comme cela a été rappelé plus haut, ce qui compte du point de vue économique c'est la possibilité *a priori* pour l'entreprise dominante de récupérer les pertes si elle se livrait à un épisode de prédation. Ce n'est pas la récupération effective des pertes, qui ne peut être appréciée qu'à l'issue de l'épisode de prédation et ne peut être constatée qu'en cas de succès de celle-ci. Il semble que la confusion entre ces deux critères remonte aux conclusions de l'avocat général Colomer dans l'affaire *Tetra Pak II* (citées au pt 71 des conclusions Mazák sous l'arrêt rapporté). Cette confusion avait fâcheusement perduré et conduit la Cour puis le Tribunal à rejeter à plusieurs reprises pour de mauvaises raisons l'argument de la récupération (A-L. Sibony, “Les prix prédateurs entre la lettre de la jurisprudence et l'esprit du raisonnement économique : à propos de l'arrêt *Wanadoo* du Tribunal de première instance des communautés européennes”, *LPA*, 6 juin 2007, p. 14-22, spéc. p. 20).

Dans l'arrêt rapporté, la Cour prend acte de la distinction qu'il convient d'opérer entre, d'une part, la possibilité de récupération, telle qu'elle peut être appréciée par un exercice

mental, en se replaçant fictivement à la date à laquelle l'entreprise a arrêté sa stratégie de prix et, d'autre part, la récupération effective des pertes, qui ne peut être appréciée qu'*ex post* et ne saurait en aucun cas constituer un critère de qualification acceptable. Cette clarification résulte du point 32 de l'arrêt.

Un autre point positif de l'arrêt se trouve dans un *obiter par* lequel la Cour précise que l'interprétation qu'elle donne de l'article 82 CE comme n'exigeant pas, en droit, la démonstration de la possibilité de récupération, "*n'exclut pas, bien entendu, que la Commission puisse considérer une telle possibilité de récupération des pertes comme étant un élément pertinent dans l'appréciation du caractère abusif de la pratique en question*" (pt 111). Autrement dit, la Cour refuse d'ériger la possibilité de récupération des pertes en élément nécessaire à la qualification de prédation, mais reconnaît qu'il peut s'agir d'un élément pertinent. Ayant recommandé ailleurs un tel usage du critère de la possibilité de récupération, l'auteur de ces lignes ne saurait y trouver d'objection (v. nos observations sous l'arrêt *Wanadoo* du Tribunal, préc.). La pertinence de la possibilité de récupération dans un cas donné devrait être appréciée en relation avec le scénario retenu par la Commission et devrait résulter de la motivation retenue dans sa décision. Comme on le verra (*infra* II.2), cette pertinence peut être liée non seulement à l'analyse de l'intention prédatrice, mais aussi à l'appréciation du risque de dommage pour les consommateurs.

Dans l'arrêt rapporté, la Cour évoque à titre d'illustration deux cas de figure dans lesquels un argument tiré de la possibilité de récupération serait *a priori* pertinent, à savoir pour "*exclure, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts variables des justifications économiques autres que l'élimination d'un concurrent, ou [pour] établir, en cas d'application de prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, l'existence d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent*" (*ibid*). On confessa ne pas trouver ces précisions particulièrement éclairantes. Sans doute indiquent-elles que la Cour envisage d'assigner à l'argument tiré de la possibilité de récupération des pertes une fonction de simple renforcement des critères retenus dans l'arrêt *AKZO*. En effet, dans les deux hypothèses évoquées dans ce passage de l'arrêt, l'argument pris de la l'existence ou de l'absence d'une possibilité de récupération serait interprété comme un indice de la rationalité ou de l'irrationalité – donc de vraisemblance ou d'in vraisemblance – d'une stratégie de prédation.

Le rôle d'indice d'une intention prédatrice que la Cour assigne à l'argument de la possibilité de récupération est conforme à sa nature, car, dans le raisonnement des économistes aussi, la possibilité de récupération est une condition de vraisemblance de la stratégie de prédation. En ce sens, l'arrêt rapporté, en dépit des reproches que l'on peut par ailleurs lui adresser, intègre un argument économique sans le dénaturer. C'est pour cela que le rejet de la thèse selon laquelle la possibilité de récupérer les pertes devrait être un critère de fond de la qualification de prédation nous paraît devoir être approuvé. En revanche, approuver l'admission d'un nouvel indice de l'intention prédatrice ne signifie certainement pas que l'intention prédatrice devrait demeurer le seul critère de fond

de la prédation. C'est sur ce point que l'on peut se demander si l'arrêt rapporté est vraiment compatible avec l'approche économique que la Commission souhaite promouvoir.

II. L'arrêt Wanadoo est-il compatible avec une approche économique ?

L'approche économique ne se caractérise pas principalement par l'admission ou le refus de tel ou tel critère de qualification, mais par une démarche d'ensemble, qui consiste à tenir compte des effets des pratiques examinées, en particulier des effets sur les consommateurs. Or l'arrêt rapporté maintient la rigidité de la jurisprudence sur les critères de coûts issus de l'arrêt *AKZO* et ne marque aucun progrès dans la prise en considération de ces effets.

1. La rigidité maintenue des critères de l'arrêt AKZO et les incohérences qui en résultent pour la preuve de l'intention prédatrice

La Cour maintient les critères de coûts issus de l'arrêt *AKZO* sans saisir l'occasion de les réinterpréter dans le sens d'un raisonnement plus économique. Cela n'aurait pourtant pas été superflu, car, si le raisonnement de l'arrêt *AKZO* lui-même est assez satisfaisant d'un point de vue économique, l'utilisation qui en a été faite par le Tribunal est loin de l'être (v. nos obs. précitées). Les critères de coûts sont des critères de vraisemblance de l'intention prédatrice. C'est pourquoi ils devraient être considérés comme le fondement de deux présomptions distinctes mais toutes deux relatives à l'intention. Les prix inférieurs aux coûts variables moyens permettent de présumer l'intention prédatrice, tandis que des prix supérieurs aux coûts variables moyens mais inférieurs aux coûts totaux moyens ne donnent naissance qu'à une présomption partielle, autrement dit une présomption valant commencement de preuve de l'intention. Si l'on suit cette interprétation, il en résulte que les critères de coûts ne sont pas des critères de fond de la qualification de prédation, mais des indices qui se rapportent à un objet de preuve unique : l'intention prédatrice.

Le Tribunal était très loin de cette interprétation, puisqu'il avait au contraire appliqué de manière particulièrement mécanique les critères de l'arrêt *AKZO*. La Cour ne se rallie pas non plus à notre point de vue. Au contraire, ces seuils de coûts semblent bien demeurer des passages obligés pour la qualification de prédation. Il en résulte une certaine incohérence dans le traitement de différents arguments pertinents pour la démonstration de l'intention prédatrice. Aux termes de l'arrêt, on comprend en effet qu'une décision de la Commission en matière de prédation devra toujours être motivée au regard des critères de coûts de l'arrêt *AKZO* et qu'elle pourra, à titre surabondant donc, être en outre motivée au regard de la possibilité de récupération des pertes. Si cette lecture de l'arrêt est correcte, une bonne partie de l'intérêt de l'analyse de la possibilité de récupération sera perdue. En effet, comme on l'a dit plus haut, cet argument est mis en avant comme un argument permettant de faire, au moins dans un certain nombre de cas, l'économie d'une analyse des coûts. Si au contraire cette analyse des coûts reste exigée en tout état de cause, aucune simplification dans la mise en œuvre de l'article 82 CE aux pratiques de prix bas ne sera obtenue.

En outre, on ne peut que critiquer l'asymétrie de traitement entre les différents indices de l'intention prédatrice. Les critères de coût restent des indices obligatoires, et ce alors même qu'ils ne sont pas meilleurs et sont les plus difficiles à établir, tandis que l'indice tiré de la possibilité de récupérer des pertes est facultatif, alors qu'il est *a priori* plus simple à mettre en œuvre dès lors qu'un raisonnement qualitatif suffit.

2. L'absence de toute considération relative aux effets de la pratique de prix condamnée

On ne peut s'empêcher de relever que l'arrêt rapporté ne comporte aucune indication concernant le bien-être des consommateurs, dont la Commission a récemment affirmé dans sa communication sur les abus-exclusion qu'elle devait orienter sa démarche de qualification toute entière (*Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, JO C 45 du 24 février 2009, p. 7-20, pts 19 et s. ; cette chronique, n° 1-2009, p. 118-121). Certes, il ne faut jamais oublier que la Cour doit avant tout trancher un litige et non faire œuvre doctrinale. Elle ne statue que sur les moyens dont elle est saisie, et ce pour autant qu'ils soient recevables. En l'espèce, la requérante soulevait bien un moyen pris du fait que l'épisode de prédation supposée n'avait pas été suivi d'une augmentation des parts de marché de France Télécom et donc n'aurait pas eu d'effet néfaste sur la concurrence (pts 83 et s.). Mais elle le soulevait pour la première fois devant la Cour, si bien que le moyen est jugé irrecevable (pt 87).

Il n'en reste pas moins que, sans statuer *ultra petita*, la Cour aurait pu, si elle l'avait souhaité, envoyer un signal de son accord avec l'approche proposée par la Commission, par exemple dans l'*obiter* cité plus haut. Ainsi, la Cour aurait pu indiquer que la possibilité de récupération, qui était indéniablement au centre du litige, peut aussi être envisagée comme un indice de probable dommage aux consommateurs. En effet, la possibilité de récupération des pertes n'est pas seulement un indice de rationalité d'une stratégie de prédation du point de vue de l'entreprise. C'est aussi, du point de vue de l'autorité de concurrence ou du juge, un fait qui peut être interprété en vue d'apprécier le risque de dommage pour les consommateurs. Cela résulte très simplement du fait que, si elle avait lieu, la récupération des pertes par l'entreprise responsable de la prédation s'effectuerait au détriment direct des consommateurs, qui verraient les prix augmenter à l'issue de l'épisode de prédation.

Là encore tout n'est cependant pas perdu. En faisant de la possibilité de récupération un critère pertinent et non un critère nécessaire, la Cour ne limite pas son rôle dans la qualification de prédation à l'appréciation de l'intention. Les exemples que donne la Cour d'emplois possibles de cet argument ne sont heureusement pas limitatifs (pt 111 évoqué *supra*). L'arrêt rapporté laisse donc à la Commission et aux parties la possibilité d'invoquer la possibilité ou l'impossibilité de récupération des pertes à différents stades du raisonnement, y compris en relation avec un risque de dommage pour les consommateurs.

En ce sens, l'arrêt *Wanadoo*, tout en ne constituant certainement pas un jalon marquant de la réception du raisonnement économique par la Cour, n'apparaît pas non plus incompatible avec l'approche décrite dans la communication de la Commission. Si la motivation décevante de l'arrêt donne l'impression que la Cour a privilégié la fidélité à sa jurisprudence antérieure et qu'aucun consensus n'a pu être réuni autour d'une vision claire du rôle que doit jouer le critère de récupération dans la qualification de prédation, du moins cette motivation ne dresse-t-elle pas d'obstacle *a priori* au développement par la Commission comme par les parties et leurs conseils d'argumentations qui feraient un usage sensé du critère de la possibilité de récupération.

On peut même, en adoptant une lecture optimiste de l'arrêt, se demander si la Cour ne fait pas une ouverture au raisonnement par scénarios que la communication de la Commission annonce en matière d'abus de position dominante. Cette ouverture se situerait dans un paragraphe inédit qui apparaît au sein d'une suite de considérants repris d'arrêts antérieurs (pt 107). La Cour y indique qu'"il convient de considérer qu'exploite de façon abusive sa position dominante une entreprise qui, dans un marché dont la structure concurrentielle est déjà affaiblie en raison précisément de sa présence, met en œuvre une politique de prix ne poursuivant d'autre finalité économique que celle d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, tirer profit de la réduction du degré de concurrence existant encore sur le marché". Certes, cette formulation nouvelle reprend des éléments connus et sa portée n'est sans doute pas considérable. Néanmoins, par cette nouvelle formule, sans doute appelée à être à son tour répétée par la suite, la Cour met l'accent sur la *stratégie* de prédation et en accepte la caractérisation économique comme une stratégie en deux temps orientée vers la conquête d'un supplément de pouvoir de marché. Encore une fois, il n'y a là rien de révolutionnaire, mais il est quelque peu rassurant de constater que, après l'application purement mécanique des critères de l'arrêt *AKZO* par le Tribunal dans l'arrêt déferé, la Cour rappelle, fût-ce du bout des lèvres, que l'essentiel est la démonstration de l'existence d'une stratégie répréhensible et non les critères de coûts en tant que tels.

III. La confirmation de l'inexistence d'une exception d'alignement sur les prix des concurrents

Un dernier point de l'arrêt doit être mentionné. Il s'agit de la possibilité pour une entreprise dominante de justifier une pratique de prix qui lui est reprochée par le fait qu'elle s'est contentée d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents. La requérante avait en première instance cherché à donner un éclat particulier à cet argument, en invoquant un "droit fondamental" de s'aligner sur ses concurrents (pt 72 de l'arrêt du Tribunal). Cette approche en termes de droits fondamentaux n'avait pas convaincu les premiers juges. Le Tribunal s'était montré en cela parfaitement fidèle à la jurisprudence. En effet, contrairement à ce que prétendait la requérante, la jurisprudence communautaire ne consacre pas de droit pour une entreprise occupant une position dominante d'aligner en toutes circonstances ses prix sur ceux de ses concurrents. L'alignement peut certes être invoqué par une telle entreprise, mais au titre d'une mesure commerciale visant à "*préserver ses intérêts commerciaux*". Or le droit de préserver ses intérêts

commerciaux est un droit protégé mais non un droit absolu. Cela résulte de l'arrêt *United Brands* dans lequel la Cour avait mis en balance le droit d'une entreprise en position dominante de défendre ses intérêts légitimes avec les nécessités de la répression des abus (CJCE, 27/76, 14 février 1978, *United Brands/Commission*, Rec. p. 207, pt 189). La Cour avait alors jugé que le droit d'une entreprise en position dominante de protéger ses intérêts commerciaux justifiait que soit accordée à cette entreprise "dans une mesure raisonnable, la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger ses intérêts, pour autant, cependant, que de tels comportements n'aient pas pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser". Pour plus de clarté encore, la Cour ajoutait "qu'il est donc loisible à une entreprise dominante d'invoquer des motifs de nature à justifier les pratiques qu'elle adopte, sans toutefois que puissent être admis l'existence de motifs d'exemption" (*ibid*). Cette jurisprudence n'a pas été démentie par la suite (TPICE, T-228/97, 7 octobre 1999, *Irish Sugar/Commission*, Rec. p. II-2969, point 112 et jurisprudence citée).

Avant les arrêts *Wanadoo* du Tribunal et de la Cour, il n'y avait donc pas, dans la jurisprudence communautaire, d'exception d'alignement au sens où une pratique abusive pourrait être sauvée du seul fait qu'elle procède d'un alignement sur les prix des concurrents. C'est au contraire le droit de s'aligner sur les prix des concurrents qui a toujours été limité par l'interdiction des abus formulée à l'article 82 CE. L'arrêt rapporté ne fait que s'inscrire dans cette jurisprudence constante et l'on peut donc en conclure que, après l'arrêt *Wanadoo*, il n'y a pas davantage d'exception d'alignement en droit communautaire.

À l'époque de l'arrêt du Tribunal, on ne pouvait que constater une tension entre cette solution et le document de travail soumis à la consultation par la Commission dans le cadre de sa recherche de principes de mise en œuvre de l'article 82 CE plus orientés vers une approche économique. En effet, la Commission y proposait que l'exception d'alignement soit acceptée en principe, sous réserve d'un examen de proportionnalité et sous réserve qu'ils ne soient pas prédateurs (*DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuse*, décembre 2005, pts 81 à 83). Cette proposition a disparu des *Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes* (préc.), si bien que la cohérence du droit des abus de position dominante sur ce point n'est plus menacée.

A.-L. S. ■

NOTION D'ENTREPRISE – ORGANISME À CARACTÈRE SOCIAL – ENCADREMENT ÉTATIQUE : La CJCE applique et précise la jurisprudence *Cisal* et retient qu'un organisme d'assurance obligatoire ne constitue pas une entreprise et échappe dès lors aux règles de concurrence si son activité est soumise à des règles mettant en œuvre le principe de solidarité sous le contrôle de l'État (CJCE, 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau GmbH*, aff. C-350/07)

Dans un arrêt rendu à titre préjudiciel, la Cour est amenée à revenir sur la notion d'entreprise au sens de l'article 82 CE pour répondre à une juridiction qui l'interrogeait dans le cadre d'un litige opposant une société allemande de construction, la société Kattner, à l'organisme d'assurance auprès duquel elle devait obligatoirement, en vertu de la législation allemande, souscrire une assurance contre les risques d'accidents du travail. La société demanderesse au principal souhaitait s'assurer pour ce risque auprès d'un assureur danois et invoquait la contrariété de la réglementation allemande tant avec les dispositions relatives à la libre circulation de services qu'avec la prohibition des abus de position dominante. Les circonstances de cette affaire étaient donc très proches de celles ayant donné lieu à l'arrêt *Cisal* (CJCE, C-218/00, 22 janvier 2002, *Cisal*, Rec. p. I-691).

La Cour rappelle sa jurisprudence constante en matière d'organismes sociaux (pt 34 et s.). Aux termes de cette jurisprudence, le critère déterminant pour la qualification d'entreprise est celui de l'activité économique. En revanche, le statut juridique de l'entité comme son mode de financement sont indifférents (pt 34 et jurisprudence citée). Concernant les organismes sociaux tel que celui en cause en l'espèce, la Cour s'attache à sa fonction à caractère social (pt 35 et jurisprudence citée), tout en rappelant qu'une telle fonction n'est pas suffisante en elle-même pour exclure que l'activité concernée soit qualifiée d'activité économique (pt 42 et jurisprudence citée). À cet égard, deux critères sont déterminants : l'encadrement de l'activité par un régime mettant en œuvre le principe de solidarité et le contrôle exercé par l'État. Appliquant et précisant l'arrêt *Cisal* (préc.), la Cour détaille l'examen auquel doit se livrer le juge national pour apprécier ces deux critères.

Concernant le critère de solidarité, les considérations qui apparaissent déterminantes sont les suivantes : l'absence de proportionnalité des cotisations par rapport au risque assuré (pt 44), l'absence de proportionnalité des prestations servies à la rémunération de l'assuré (pt 55) et l'existence de communautés de risque, entre professionnels d'une même branche et/ou entre organismes d'assurance à l'échelle du territoire national (pts 47 et 48). En revanche, ne sont pas déterminantes en elles-mêmes les considérations suivantes : le plafonnement des cotisations et l'existence d'un monopole (pt 49). On le voit, l'approche adoptée par la Cour pour la caractérisation de la solidarité est celle du faisceau d'indices. Au-delà des critères mentionnés, tout élément de nature à renforcer le principe de solidarité doit être considéré comme pertinent (pts 52, 54).

Concernant le critère du contrôle étatique, la Cour indique, et c'est là la principale précision par rapport à l'arrêt *Cisal*, que l'existence d'un tel contrôle n'exclut pas que les organismes d'affiliation jouissent d'une certaine marge de liberté, notamment dans le calcul des cotisations ou la détermination des classes de risques ou des barèmes d'indemnisation (pt 60). En d'autres termes, encadrement étatique ne signifie pas centralisation administrative. La condition d'encadrement par l'État est satisfaite dès lors qu'il existe un strict encadrement par la loi des éléments essentiels du régime en cause. S'agissant comme en l'espèce d'un régime d'assurance obligatoire, ces éléments concernent le montant des cotisations et des prestations (pt 65).

Sur chacun de ces points, la Cour a soin de souligner qu'il appartient à la juridiction de renvoi de porter ses propres appréciations. Ce n'est que sous réserve de ces appréciations en droit et en fait que la Cour juge que l'activité de l'organisme en cause en l'espèce, soumise à des règles mettant en œuvre au principe de solidarité sous le contrôle de l'État, échappe à la qualification d'activité économique, entraînant l'inapplicabilité des règles de concurrence à l'organisme concerné.

A.-L. S. ■

ACTIVITÉ ÉCONOMIQUE : La CJCE retient que l'activité d'Eurocontrol relève de prérogatives de puissance publique et n'est pas une activité économique, quand bien même il s'agit d'une activité de conseil facultative proposée aux autorités nationales, dès lors que cette activité est un moyen au service de l'objectif de réalisation d'un système européen harmonisé de gestion de la circulation aérienne (CJCE, 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati c/ Commission et Eurocontrol*, aff. C-113/07 P)

L'arrêt *Selex* relève à titre principal de la chronique *secteur public* (v. ce N° 2-2009). Toutefois, il convient de mentionner son apport concernant la qualification d'activité économique, en ce qu'elle détermine le champ d'application de la notion d'entreprise et, partant, de l'article 82 CE. Selon la jurisprudence constante de la Cour, les activités qui se rattachent à l'exercice de prérogatives de puissance publique ne constituent pas des activités économiques (pt 70). Les organismes qui en sont chargés échappent donc aux règles de concurrence applicable aux entreprises.

La Cour avait déjà eu l'occasion de juger qu'Eurocontrol, qui exerce des activités de régulation du trafic aérien, n'était pas une entreprise (pt 71). L'arrêt rapporté précise que cette conclusion vaut également pour l'activité d'assistance qu'Eurocontrol exerce au profit des administrations nationales, à leur demande, à l'occasion des procédures d'appel d'offres pour l'acquisition, notamment, d'équipements et de systèmes dans le domaine de la gestion du trafic aérien (pt 72). Même si cette activité peut paraître proche du conseil, elle relève d'une prérogative de puissance publique, car elle constitue un

instrument au service de l'objectif assigné à Eurocontrol en vue de la réalisation d'un système européen harmonisé de gestion de la circulation aérienne (pt 76). L'assistance offerte aux administrations nationales lors de la mise en œuvre de procédures d'appel d'offres, pour être facultative, n'en est pas moins un outil d'harmonisation et d'intégration techniques dans le domaine de la circulation aérienne, de sorte qu'elle se rattache à l'exercice de prérogatives de puissance publique (pts 76 et 79.). C'est donc la considération de la finalité de l'activité apparemment économique d'Eurocontrol qui permet à la Cour de démêler les contours de la sphère économique et de la sphère régalienne.

A.-L. S. ■

PRIX PRÉDATEURS : La Cour de cassation approuve l'analyse de la Cour d'appel de Paris concernant l'absence de prix prédateurs de la part de GlaxoSmithKline (Cass. com., 17 mars 2009, *Ministre de l'économie*, n° 08-14.503, aff. *GlaxoSmithKline France*)

Le 14 mars 2007, le Conseil de la concurrence avait rendu sa première décision, particulièrement remarquée, condamnant une société pour avoir pratiqué des prix prédateurs (cons. conc. déc. n° 07-D-09 du 14 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par le laboratoire GlaxoSmithKline France, voir not. obs. A.-L. Sibony, "Retour sur la méthode de qualification des prix prédateurs", *RLC* 2007, n° 12, p. 17 et A. Wachsmann et L. Flochel, *Concurrences*, n° 2-2007, p. 110).

Le Conseil de la concurrence avait considéré que le laboratoire GSK avait mis en œuvre une politique de prix bas sur un marché où il ne disposait pas d'une position dominante, dans le but de dissuader ses concurrents d'entrer sur un autre marché où il était en revanche l'opérateur dominant. Le Conseil avait considéré qu'"observant cette agressivité, et pourvu que la crédibilité du message soit assurée, les concurrents potentiels s'abstiendront d'entrer sur les autres marchés, redoutant un comportement identiquement agressif du prédateur" (cons. conc. déc. n° 07-D-09 du 14 mars 2007, précitée, pt 257). Le Conseil de la concurrence avait à cette occasion fait sienne la notion de prédation dite "*par réputation*" ou "*par signal*".

Cette approche avait été critiquée par la Cour d'appel qui, dans son arrêt du 8 avril 2008, *Laboratoires GSK* (obs. A.-L. Sibony, "Prix prédateurs : La Cour d'appel de Paris réforme la décision condamnant Glaxo pour une pratique de prix prédateurs évinçant les fabricants de médicaments génériques du marché des hôpitaux", *Concurrences*, n° 2-2008, p. 118), avait annulé la décision du Conseil de la concurrence en considérant que les deux marchés en cause n'étaient pas étroitement liés et qu'il n'était pas établi que les concurrents potentiels de GSK disposaient immédiatement d'informations précises et complètes sur les prix pratiqués et sur les pertes subies par GSK, dont l'analyse aurait dû influencer sur leur propre décision d'entrer ou non sur le marché en

cause. La Cour d'appel avait en outre indiqué que les notions de perception d'une "réputation" et d'identification d'un "signal" étaient "empreintes d'une forte part de subjectivité" (p. 13).

Se prononçant sur le pourvoi formé par le ministre de l'économie contre cet arrêt, la Cour de cassation fait sienne l'analyse de la Cour d'appel en énonçant clairement que "les articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE présupposent l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif qui n'est normalement pas présent lorsqu'une pratique abusive est mise en œuvre sur un marché distinct du marché dominé". Cette situation peut toutefois se présenter lorsqu'il est démontré que :

→ "c'est pour renforcer sa position dominante sur un marché qu'une entreprise a mis en œuvre une pratique abusive sur un marché distinct qu'elle ne domine pas" (voir sur ce point l'arrêt de la CJCE du 3 juillet 1991, *Akzo Chemie BV*, C-62/86, pts 35 à 45, selon lequel : "la Commission était fondée à considérer que le marché des peroxydes organiques était le marché en cause, et cela même si le comportement abusif allégué était destiné à saper l'activité principale d'ECS sur un marché distinct")

→ ou bien lorsque "des marchés présentent des liens de connexité si étroits qu'une entreprise se trouve dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble des marchés en cause" (voir sur ce point, l'arrêt de la CJCE du 14 novembre 1996, *Tetra Pak International*, aff. C-333/94, pts 21 à 33, selon lequel : "c'est à bon droit que le Tribunal a admis l'application en l'espèce de l'article 8[2] du traité, compte tenu de ce que la position quasi monopolistique détenue par Tetra Pak sur les marchés aseptiques et sa position prééminente sur les marchés non aseptiques, distinctes, mais étroitement connexes, plaçaient cette entreprise dans une situation assimilable à la détention d'une position dominante sur l'ensemble des marchés en cause").

Au cas présent, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel pour avoir considéré qu'il n'y avait pas de circonstances particulières permettant d'établir un lien entre le comportement de GSK sur le marché non dominé et la position dominante détenue sur l'autre marché.

A.W. ■

ABUS D'EXCLUSION – CISEAU TARIFAIRE : La Cour de cassation juge que le caractère indispensable des prestations de l'entreprise intégrée pour les nouveaux entrants ainsi que les pertes infligées aux nouveaux entrants sont des éléments indispensables à la qualification (Cass. com., 3 mars 2009, *SFR et France Télécom*, n° 08-14.435 et 08-14.464, "téléphonie fixe vers mobile des entreprises")

L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt SFR et France Télécom du 3 mars est bien connue des observateurs du secteur des télécoms comme des lecteurs de cette chronique. En effet, il s'agit du second arrêt de cassation. I. Retour sur la saga : Ciseau tarifaire, reroutage, cassation sibylline et analyse désordonnée des effets

Les pratiques initialement condamnées par le Conseil de la concurrence étaient des pratiques de prix, dites de ciseau tarifaire. Ces pratiques sont propres aux entreprises verticalement intégrées, qui sont en mesure d'adopter une combinaison de prix de leurs produits ou services situés respectivement sur un marché amont et sur un marché aval ne laissant aux opérateurs non intégrés aucun espace pour concurrencer les entreprises en place. En l'espèce, il s'agissait de France Télécom et SFR, deux opérateurs intégrés en ce sens qu'ils sont actifs à la fois dans la téléphonie fixe et dans la téléphonie mobile. En fixant la redevance facturée aux autres opérateurs pour acheminer les appels en provenance de postes fixes à destination de leurs réseaux mobiles respectifs, ils déterminent certains coûts des opérateurs concurrents, appelés coûts de terminaison d'appel (CTA). Si ces coûts sont élevés, ainsi qu'en l'espèce, un opérateur non intégré doit payer ces CTA au prix fort sans recevoir lui-même de recettes de même type dès lors qu'il ne dispose pas d'un réseau mobile. Si par ailleurs les coûts pratiqués par les opérateurs intégrés pour les communications initiées à partir de postes fixes sont relativement bas (compte tenu des CTA élevés qu'ils doivent intégrer), les opérateurs concurrents se retrouvent dans une situation impossible : d'un côté, ils ne peuvent facturer les communications "fixe vers mobile" à un tarif plus élevé que celui des opérateurs intégrés, mais, d'un autre côté, leur tarif doit néanmoins leur permettre de couvrir les coûts élevés que ces opérateurs leur imposent pour les terminaisons d'appels sur leurs réseaux mobiles respectifs (coûts d'autant plus élevés globalement que ces réseaux sont grands). C'est l'effet de ciseau tarifaire.

C'est précisément un tel effet que le Conseil avait constaté et condamné dans sa décision de 2004 (déc. n° 02-D-48 du 14 octobre 2004, obs. D. Spector, *Concurrences*, n° 1-2005, n° 1516, p. 65-66). En appel, cette décision avait été annulée au motif que le Conseil aurait, à tort, supposé que les nouveaux entrants étaient contraints de payer les CTA litigieux, alors qu'il aurait dû, selon la Cour d'appel, s'assurer qu'il n'existait pas d'autres solutions techniquement disponibles. Toute une discussion avait en effet été menée autour des techniques de contournement, notamment le "reroutage", consistant pour un opérateur à dérouter artificiellement un appel national "fixe vers mobile" en un appel "fixe vers international" puis à le transformer en appel "international vers mobile" afin de bénéficier des tarifs de CTA plus avantageux réservés aux appels entrants internationaux.

Cet arrêt de la Cour d'appel avait été cassé par un premier arrêt de la chambre commerciale (Cass. Com. 10 mai 2006, ETNA France, obs. A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 3-2006, p. 98-99). La cassation était prononcée pour erreur de droit, la Cour de cassation reprochant à la Cour d'appel d'avoir mis à la charge du Conseil la démonstration d'un élément non requis en droit, à savoir l'impossibilité pour les concurrents non intégrés d'échapper au ciseau tarifaire. Pour le reste, la chambre commerciale n'avait pas donné beaucoup de directives sur la méthode de qualification des abus par tarification de ciseau. Elle s'était contentée de rappeler les critères généraux de qualification de l'abus de position dominante en droit français (alors que l'arrêt est également rendu au visa de l'article 82 CE) à savoir si les pratiques en cause *“avaient pour objet ou pouvaient avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la téléphonie fixe vers mobile des entreprises”*.

La Cour d'appel statuant sur renvoi avait alors confirmé la décision du Conseil en tentant d'appliquer les critères généraux (CA Paris, 1^{ère} ch. H, 2 avril 2008, SFR et France Télécom, n° 2007/05604, Obs. C. Prieto, *Concurrences*, n° 2-2008, p. 116). Constatant qu'il n'était pas dans cette affaire question d'objet anticoncurrentiel (p. 7), les juges d'appel s'étaient tournés vers l'examen des effets des pratiques tarifaires condamnées par le Conseil. Ce faisant, la Cour d'appel avait été amenée à revenir sur les possibilités de contournement de l'effet de ciseau. Ce raisonnement de manquant pas de logique, puisque si de telles possibilités sont avérées, cela réduit nécessairement l'effet de la tarification en ciseau. Cependant, l'arrêt illustre aussi les difficultés à séparer, selon une lecture littérale des textes français, l'objet et l'effet. Ainsi, après avoir dit qu'elle situait son analyse sur le plan des effets, la Cour d'appel prenait en considération l'intention qui avait pu animer France Télécom et SFR dans le choix de leur tarification, et ce à juste titre puisqu'il s'agit de stratégie, mais néanmoins à distance de sa propre motivation (p. 8). Paradoxalement encore, mais sans doute en vue d'appliquer les directives de la chambre commerciale, la Cour d'appel déclarait qu'il n'était pas nécessaire d'apprécier dans quelle mesure le reroutage international avait ou non permis aux opérateurs concurrents d'échapper au ciseau tarifaire de France Télécom et SFR (p. 8). Pour confirmer la décision du Conseil, l'arrêt se fondait finalement sur la stratégie de France Télécom, qui avait consisté à rendre le reroutage moins avantageux en renégociant ses accords avec les opérateurs étrangers et sur la circonstance, relevée par le Conseil, selon laquelle, pendant la période en cause, aucun concurrent ne s'était connecté aux réseaux mobiles des opérateurs intégrés (p. 9). La motivation un peu sinueuse de la Cour d'appel mêlait donc des éléments de stratégie et des éléments objectifs relatifs aux effets, mais sans les intégrer dans un schéma de raisonnement véritablement apparent.

II. Une leçon de qualification

L'arrêt est cette fois cassé pour manque de base légale. La chambre commerciale, statuant sur le rapport du Conseiller Jenny, explicite le raisonnement devant présider à la qualification spécifique de l'abus-exclusion par tarification en ciseau et en précise les éléments indispensables. Un considérant de principe commence par énoncer le critère qui

doit guider l'analyse de l'effet d'une pratique de ciseau tarifaire. Une telle pratique, expose la Cour, *“a un effet anticoncurrentiel si un concurrent potentiel aussi efficace que l'entreprise dominante verticalement intégrée ne peut entrer sur le marché qu'en subissant des pertes”*. Voici qui est clair et pleinement compatible avec le principe du concurrent aussi efficace retenu tant par le Tribunal dans l'arrêt *Deutsche Telekom* que par la Commission dans sa communication relative aux abus-exclusion (TPICE, T-271/03, 10 avril 2008, *Deutsche Telekom/Commission*, obs. A.-L. Sibony, *Concurrences*, n° 2-2008, p. 112-113 ; *Orientations sur les priorités retenues pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes*, JO C 45 du 24 février 2009, p. 7-20, pts 19 et s., commentaire A.-L. Sibony, *Concurrences*, n° 1-2009, p. 118-121).

Ayant énoncé le critère de fond – l'impossibilité pour un concurrent aussi efficace de pénétrer sur le marché sinon à perte – la Cour précise l'objet de la démonstration exigée. Ainsi est-il énoncé *“qu'un tel effet peut être présumé seulement lorsque les prestations fournies à des concurrentes par l'entreprise auteur du « ciseau tarifaire » sont indispensables à la concurrence sur le marché aval”*. Cela paraît aller de soi, puisque la tarification ne poserait pas de problème d'exclusion si elle ne concernait pas un bien ou un service auquel il est nécessaire d'avoir accès pour entrer sur le marché. Néanmoins, la précision n'a rien de superflu puisque cet élément de la qualification n'avait pas retenu l'attention lors des précédents épisodes de la saga. Il en résulte 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, comme le dit du reste la Cour dans la même phrase. Pour dire les choses simplement, si cette condition n'est pas remplie, il peut exister un ciseau tarifaire, mais les nouveaux entrants ne seront pas pris dedans.

La cassation est donc prononcée au motif que la Cour d'appel aurait dû démontrer que les opérateurs non intégrés étaient obligés de passer par l'interconnexion directe – ce qui aurait supposé de trancher la question que la Cour d'appel avait laissée en suspens – ou bien, s'il existait des possibilités de contournement, que l'entrée ne pouvait néanmoins se faire qu'à perte. Dans son troisième arrêt, la Cour d'appel devra donc, dans chaque hypothèse factuellement pertinente et pour chaque période sous examen, réexaminer les faits au regard de la question unique : *“l'entrée sur le marché des appels fixe vers mobile pour les entreprises était-elle ou non être profitable pour un concurrent non intégré de France Télécom et/ou de SFR ?”*.

III. L'appréciation du critère du concurrent aussi efficace

La saga touche ans doute à sa fin. Pour autant, l'arrêt rapporté ne résout pas tout. La question qui vient à l'esprit à propos des pratiques de ciseau tarifaire est en effet de savoir comment l'on doit comparer l'efficacité d'entreprises concurrentes. À cet égard, la position adoptée par le Tribunal dans l'arrêt *Deutsche Telekom* (préc.) paraît un bon guide, sous réserve de

l'arrêt de la Cour actuellement saisie d'un pourvoi. Le Tribunal avait considéré qu'il n'était pas nécessaire pour mettre en œuvre le test du concurrent aussi performant d'avoir égard aux coûts réels des concurrents et qu'il était possible de raisonner sur les seuls coûts de l'entreprise en position dominante. Un tel critère présente des avantages, en particulier celui de permettre à l'entreprise en position dominante d'évaluer la légalité de sa propre tarification en se demandant si elle-même serait à même d'y résister si elle était un nouvel entrant. Toutefois, ce critère n'est pas suffisant dans tous les cas, car il ne permet pas un raisonnement *a fortiori*. En effet, les coûts de l'entreprise en place sont, par hypothèse, une borne *supérieure* des coûts des concurrents aussi performants. Aussi est-il envisageable que, face à une tarification suspecte de produire un effet de ciseau, un concurrent beaucoup plus performant que l'entreprise en place puisse entrer sur le marché sans faire de pertes. Pour autant, s'il existe par ailleurs d'autres concurrents aussi efficaces que l'entreprise en place mais moins efficaces que le nouvel entrant le plus efficace, cette même tarification pourrait prendre ces concurrents en ciseau. Convierait-il alors de retenir que la tarification doit pour être abusive infliger des pertes à *tout* nouvel entrant aussi efficace que l'entreprise en place ?

A.-L. S. ■

DISCRIMINATION – REMISES DE FIDÉLITÉ – EFFET :
Le Conseil de la concurrence sanctionne des pratiques fidélisantes des NMPP (Cons. conc., déc. n° 09-D-04 du 27 janvier 2009 relative à des saisines de la société les Messageries Lyonnaises de Presse à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe des Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne dans le secteur de la distribution de la presse)

Ce n'est pas le moindre des paradoxes du droit de la concurrence que de constater que la presse, souvent présentée comme un secteur en crise et où la rentabilité est faible (voir à ce sujet, not., le *Livre vert des États généraux de la presse écrite* du 8 janvier 2009, La Documentation française, p. 52), a, ces dernières années, tout autant focalisé l'attention du Conseil de la concurrence que d'autres domaines beaucoup plus innovants comme les télécoms ou, actuellement, les médias audiovisuels.

Il faut reconnaître que les Messageries Lyonnaises de Presse ("MLP"), l'unique concurrent national des Nouvelles Messageries de la presse parisienne ("NMPP") sur le marché de la distribution de la presse vendue au numéro, ont fait preuve d'une persévérance remarquable dans la lutte sans relâche qu'elles ont engagée contre leur concurrent. Les MLP ont ainsi saisi le Conseil de la concurrence à plusieurs reprises depuis 2003 et ces saisines ont donné lieu à pas moins de sept décisions (dont deux accordant des mesures conservatoires et deux acceptant des engagements pris par les NMPP). Si l'on y ajoute l'ensemble des décisions rendues à l'issue de saisines par d'autres entreprises que les MLP, le nombre d'affaires impliquant les NMPP est encore plus significatif.

Après avoir examiné la question de l'accès au logiciel " Presse 2000 " des NMPP (voir à ce sujet cons. conc., déc. n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les MLP, n° 04-D-34 du 22 juillet 2004 relative à l'exécution de l'article 1^{er}, 1^{er} tiret de la décision n° 03-MC-04, et n° 08-D-04 du 25 février 2008 relative à des pratiques mises en œuvre par les NMPP, les arrêts de la Cour d'appel de Paris du 12 février 2004 et du 31 janvier 2006 ainsi que les arrêts de la Cour de cassation du 12 juillet 2005 et du 20 février 2007), puis la question de la rémunération complémentaire des diffuseurs de presse (cons. conc., déc. n° 06-MC-01 du 23 février 2006 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les MLP et Agora Diffusion Presse et cons. conc. déc. n° 07-D-32 du 9 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par les NMPP et la SAEM-TP), le Conseil de la concurrence s'est penché dans la présente décision sur certaines pratiques tarifaires des NMPP dénoncées par les MLP et qui avaient déjà fait l'objet de deux demandes de mesures conservatoires accordées pour partie dans la décision n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003 (le Conseil de la concurrence ayant enjoint la suspension de la mise en œuvre de certaines remises), et pour une autre partie refusées dans la décision n° 05-D-01 du 12 janvier 2005 (cons. conc., déc. n° 05-D-01 du 12 janvier 2005 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les MLP).

Dans la présente affaire, les MLP reprochaient à la société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Transports Presse ("TP") et à sa mère les NMPP (considérées par le Conseil de la concurrence, à l'occasion de plusieurs décisions antérieures, comme une seule unité économique en raison des liens structurels les unissant ainsi que d'une unité de comportement sur le marché de la distribution de la presse au numéro, pts 146-149) d'avoir, d'une part, consenti certaines remises à des conditions discriminatoires et, d'autre part, mis en œuvre des pratiques fidélisantes.

I. Absence de discrimination dans l'octroi de certaines remises

Dans l'organisation de la distribution de la presse, telle qu'elle résulte notamment de la loi dite Bichet de 1947, les messageries de presse comme les NMPP, TP et les MLP sont chargées de réceptionner les titres publiés par les éditeurs (tels qu'Hachette Filipacchi, Prisma Presse, Socpresse ou encore la société éditrice du Monde), les trier et les répartir auprès des dépositaires (pt 11). Les dépositaires de presse, également appelés "*grossistes répartiteurs*" ("niveau 2"), répartissent les journaux auprès des diffuseurs. Ces derniers, en tant que détaillants, constituent le dernier maillon de la chaîne de la distribution ("niveau 3") et vendent les titres de presse au consommateur final. Les messageries fixent leur coût d'intervention via un barème qui inclut le coût du dépositaire et du diffuseur et qui, aux termes des textes applicables, est plafonné (pt 12).

1. Les remises critiquées par les MLP

Plusieurs des remises accordées par les NMPP et TP aux éditeurs étaient critiquées par les MLP comme étant discriminatoires :

→ Les remises accordées sur des prestations optionnelles, dites “*prestations hors barèmes*” concernant, par exemple, la récupération des invendus ou l'accès à certaines bases de données (pts 16 et 110 et s.) ;

→ La “*bonification pour distribution régulée*”, attribuée sous certaines conditions, dont la livraison du titre aux NMPP trois jours avant la date de sa mise en vente (pt 92), et le “*crédit nouveauté*”, consistant en une réduction des frais d'invendus, accordée par les NMPP et TP aux éditeurs qui leur confieraient la distribution de nouveaux titres (pts 99 et s.). Le Conseil de la concurrence avait considéré dans sa décision n° 05-D-01 que les conditions d'octroi de ces deux remises pouvaient éventuellement être “*utilisées de façon discrétionnaire pour retenir les titres qui envisageaient de recourir aux services des MLP*” (pt 37 de la décision n° 05-D-01) mais, en l'absence d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, il n'avait pas prononcé leur suspension ;

→ La “*bonification exceptionnelle*” (pts 71 et s.), consistant en un rabais attribué aux éditeurs prenant l'engagement de confier un ou plusieurs titres pendant une année sans interruption aux NMPP ou à TP (alors que chaque éditeur a la possibilité de changer de messagerie à tout moment sous réserve de respecter un préavis de trois mois). En 2003, le Conseil de la concurrence avait enjoint aux NMPP de ne pas reconduire cette remise, à cause de son effet fidélisant (cf. *infra*), sans en avoir relevé une attribution éventuellement discriminatoire (décision n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003, pt 64) ;

→ La “*prime de fidélité*” (cela ne s'invente pas !) accordée par TP à un groupe de presse lui confiant l'ensemble de ses titres (pts 81 et s.). Cette prime avait également été suspendue à la demande du Conseil de la concurrence en raison, cette fois encore, de son éventuel effet fidélisant (décision n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003, pt 65) mais non d'un risque de discrimination.

2. L'absence de transparence ne suffit pas à qualifier un rabais d'anticoncurrentiel

Le Conseil de la concurrence avait indiqué dans l'étude thématique de son rapport annuel 2004 consacrée aux rabais (*Les remises, rabais et ristournes en droit de la concurrence*, p. 95), que “*l'absence de transparence d'un système de remises peut constituer un indice sérieux*” de son caractère anticoncurrentiel. En droit communautaire, l'absence de transparence d'un système de remises a ainsi été considérée dans l'affaire *Michelin I* (arrêt de la CJCE du 9 novembre 1983, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin contre Commission*, aff. 322/81, pt 83) comme contribuant au caractère anticoncurrentiel (en l'espèce via un effet fidélisant) desdites remises : “*le manque de transparence de l'ensemble du système de ristournes de [Michelin] [...] ainsi que la circonstance que ni l'échelle de ristournes, ni les*

objectifs de vente et les ristournes y relatives n'étaient communiqués par écrit aux revendeurs, avaient pour effet que ceux-ci se trouvaient dans une situation d'insécurité et ne pouvaient généralement pas prévoir avec certitude les conséquences qu'aurait une réalisation ou une non-réalisation de leurs objectifs”. Au contraire, le caractère transparent et objectif d'un système de rabais empêche *a priori* la reconnaissance d'un quelconque effet discriminatoire (voir la décision n° 07-D-23 du 12 juillet 2007 relative à la saisine de la SA Édition presse magazines 2000 relative à des pratiques mises en œuvre par les NMPP, pt 61, obs. “*Traitement différencié : le Conseil de la concurrence rejette un grief de discrimination en mettant l'accent sur les justifications objectives au traitement différencié constaté*”, *Concurrences*, n° 2-2007, p. 73).

Au cas présent, le Conseil de la concurrence considère que le système de remises n'est pas transparent (pt 158) dans la mesure où les conditions générales de vente ne prévoyaient aucune remise, les critères d'attribution du “*crédit nouveauté*” étaient imprécis et “*laissaient place à une large interprétation*”, l'un des critères conditionnant l'octroi de la bonification pour distribution régulée “*n'était pas vérifiable a posteriori*” et le concept de “*groupe de presse*” visé dans les conditions d'octroi de la prime de fidélité n'était pas explicitement défini.

Toutefois l'absence de transparence d'un système de remises n'est pas anticoncurrentielle en soi et le Conseil de la concurrence prend donc soin d'examiner si les pratiques ont causé d'éventuelles restrictions de concurrence soit entre messageries (“*primary line price discrimination*”, voir à ce sujet D. Gérard, *Price Discrimination under Article 82 (2) (c) EC : Clearing up the Ambiguities*, GCLC, 2005, p. 22-23) soit entre éditeurs, clients des NMPP et de TP (appelée “*secondary line price discrimination*”).

Aucun élément du dossier ne permettant de constater une restriction de concurrence entre les éditeurs, le Conseil de la concurrence s'attache plus longuement à l'analyse des éventuels effets anticoncurrentiels entre messageries. Il constate que, dans le secteur de la distribution de la presse au numéro, la concurrence entre messageries s'exerce sur chaque titre plutôt que sur chaque éditeur, que les coûts de distribution varient en fonction de multiples caractéristiques et que, par conséquent, les conditions tarifaires peuvent être différentes d'un titre à l'autre. Dans ces conditions, “*l'octroi d'avantages tarifaires en dehors des conditions d'attribution prévues par les barèmes (...) peut simplement résulter du jeu normal de la concurrence sur ce marché*” (pt 163). Toutefois, de tels avantages tarifaires auraient pu être considérés comme anticoncurrentiels s'il avait été établi qu'ils visaient particulièrement les titres les plus susceptibles de rejoindre les MLP ou bien si les tarifs en résultant étaient inférieurs aux coûts variables. Le TPICE dans l'affaire *Irish Sugar* a ainsi considéré qu'une politique de prix bas appliquée de manière sélective aux clients potentiels de son concurrent pouvait être prédatrice lorsqu'elle est mise en œuvre par une entreprise en position dominante (TPICE, arrêt du 7 octobre 1999, *Irish Sugar plc*, aff. T-228/97). En l'espèce, aucune prédation ciblée ne pouvant être établie, le Conseil de la concurrence conclut à l'absence de toutes pratiques discriminatoires (pt 168).

II. Caractère fidélisant de certaines pratiques

La présente affaire donne par ailleurs l'occasion au Conseil de la concurrence de rappeler la méthode qu'il applique en matière d'analyse des rabais (voir, par exemple, déc. cons. conc. n° 04-D-13 du 8 avril 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société des Caves et des Producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillées ou encore l'avis très circonstancié n° 07-A-17 du 20 décembre 2007 relatif à une demande d'avis de l'ARCEP sur le dispositif de remises commerciales de La Poste) : le Conseil de la concurrence commence par rechercher si les remises en cause ont pu avoir *“un effet réel ou potentiel d'éviction”* des concurrents (au cas présent, les MLP), puis examine les *“éventuelles contreparties réelles en termes de gains d'efficacité qui peuvent être positives pour les entreprises clientes”* (pt 171). De telles contreparties doivent être établies par l'entreprise sur laquelle pèse la charge de la preuve. Comme l'a déjà relevé le Conseil de la concurrence, celle-ci a ainsi *“la possibilité de démontrer [...] que sa stratégie tarifaire génère des gains d'efficacité dont une partie est restituée aux consommateurs”* (voir à ce sujet, la décision n° 07-D-14 du 2 mai 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Transmontagne, pt 119, obs. A. Wachsmann, “le Conseil de la concurrence rejette des griefs de remises discriminatoires en mettant l'accent sur l'absence d'effet d'éviction des pratiques examinées”, *Concurrences*, n° 3-2007, p. 95).

En l'espèce, il s'agissait de déterminer si l'octroi de la *“bonification exceptionnelle”*, subordonné à l'engagement de recourir aux services des NMPP et de TP pendant une certaine durée, et de la *“prime de fidélité”* accordée en contrepartie de l'engagement de confier l'ensemble de ses titres à TP, qui avaient été suspendues par le Conseil de la concurrence en 2003, était susceptible de trouver une justification par les gains d'efficacité reflétés ou engendrés.

1. Analyse du critère de durée d'un système de remise

Le cadre d'analyse des remises subordonnées à l'engagement de s'approvisionner pendant une certaine durée, défini de façon dans l'étude thématique de 2004 du Conseil de la concurrence, précitée, sur les remises et rabais (*“si la durée d'engagement est longue les coûts de changement de fournisseur (switching costs) qui seraient subis en cas de rupture de l'engagement ou de non-atteinte de l'objectif et de perte de la remise sont suffisamment importants pour décourager le départ d'un client vers un concurrent. Les clients sont donc liés pour une période donnée à leur fournisseur de référence. Il n'est donc pas possible de leur proposer un contrat attrayant pendant la durée de l'engagement. Cette durée doit être comparée à la fréquence à laquelle les ventes aux acheteurs concernés peuvent être remises en concurrence. Si elle conduit à allonger de façon artificielle la durée au cours de laquelle les clients sont captifs, alors de telles remises peuvent avoir pour effet d'élever artificiellement les barrières à l'entrée pour les concurrents”*, pt 94) est rappelé clairement par le Conseil de la concurrence (pt 172 ; voir également, pour une période de plus d'un an, cons. conc. déc., n° 05-D-32 du 22 juin 2005 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Royal Canin et

son réseau de distribution, pt 263, obs. A. Wachsmann, “Remises de fidélité, Royal Canin sanctionné pour des pratiques fidélisantes”, *Concurrences*, n° 3-2005, p. 75-77).

Le Conseil considère notamment (pts 173 et 177) que :

→ le mécanisme de la *“bonification exceptionnelle”*, versée en fin d'année et assise sur le montant des ventes de l'année écoulée, incitait les éditeurs présents en début d'année à rester pour l'année entière, et ce alors même qu'ainsi qu'indiqué ci-dessus les éditeurs sont libres de changer de messagerie à tout moment sous réserve de respecter un préavis de trois mois ;

→ le départ d'un titre avant la fin de l'année faisant perdre le bénéfice de la remise pour l'année écoulée, les incitations des éditeurs à ne pas quitter les NMPP et TP s'accroissaient au fur et à mesure du déroulement de l'année ;

→ la progressivité de la bonification (0,2 % la première année, 0,3 % la deuxième et 1,1 % la troisième) avait comme conséquence d'inciter les éditeurs à rester au moins trois ans.

2. Évaluation de l'effort tarifaire que les concurrents doivent fournir

Lorsqu'il analyse l'effet anticoncurrentiel d'une remise, le Conseil de la concurrence cherche à évaluer l'*“effort tarifaire”* qui doit être fourni par les concurrents pour être en mesure de compenser l'effet fidélisant de la remise, c'est-à-dire de permettre aux clients de réaliser une économie identique à celle engendrée par le rabais octroyé. Si cet effort est *“disproportionné”*, l'effet fidélisant est établi (voir, par exemple, pour un chiffrage du taux de *“contre-remise”* qu'auraient dû proposer les concurrents de l'entreprise en position dominante, cons. conc., déc. n° 07-D-08 du 12 mars 2007 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'approvisionnement et de la distribution du ciment en Corse, pt 278). Cette méthode est également appliquée par la Commission européenne (*“la Commission estimera le prix qu'un concurrent devrait offrir pour indemniser le client pour la perte du rabais conditionnel si ce dernier retirait à l'entreprise dominante une partie de sa demande”*, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JO C 45 du 24 février 2009, p. 7-20, pt 41).

Le Conseil de la concurrence relève que, cette fois, compte tenu de la *“complexité des barèmes et de la diversité des titres concernés”*, l'effort tarifaire est très difficile à évaluer (pt 178) mais que l'effet de cette remise était toutefois *“significatif”*, notamment dans la mesure où le montant total versé par les NMPP au titre de cette remise avait atteint 2,5 % des coûts de distribution facturés aux clients éditeurs (et près de 10 % des seuls coûts liés au service de messagerie, pt 179). En outre, prenant en compte les caractéristiques du marché concerné, le Conseil relève que l'effet fidélisant est renforcé par le fait que la part de marché des NMPP et de TP est quatre fois supérieure à celle des MLP (voir à ce sujet l'article d'A. Perrot, “Abus de position dominante : prédation, ventes liées, remises”, in Rapport du Conseil d'analyse économique,

Politiques de la concurrence, 2006, p. 267 : “l’effet anticoncurrentiel est d’autant plus probable que les entreprises sont de tailles très dissymétriques, et que la possibilité d’entrer sur le marché est réduite, par exemple parce que les remises transforment la concurrence en une compétition « pour chaque client » et non « pour chaque unité » : dans ce cas en effet, l’entreprise dominante peut être en position favorable vis-à-vis de sa concurrente, par exemple du fait de sa plus grande taille”.

3. Analyse de l’effet potentiel en question

Tout en constatant l’“*effet significatif*” de la remise sur le marché (voir supra), le Conseil de la concurrence prend la précaution d’indiquer que “l’*effet potentiel*” suffit et qu’il n’est pas nécessaire de démontrer un “*effet constaté de verrouillage*” (pt 181). Cette solution, rappelée en droit communautaire dans l’affaire *British Airways* (arrêt du TPICE du 17 décembre 2003, T-219/99, pt 293) et évoquée dans la communication sur l’article 82 (précitée, pt 40), a été récemment appliquée à plusieurs reprises par le Conseil (cons. conc., déc. n° 09-D-10 du 27 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, pt 180) ou l’Autorité de la concurrence (déc. n° 09-D-14 du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l’électricité, pt 79). Cette approche peut paraître paradoxale et source de difficultés d’analyse. On peut ainsi se demander si le constat d’un simple effet potentiel n’offre pas trop de marge de manœuvre aux autorités de la concurrence et ne favorise dès lors pas trop les *challengers* au détriment de l’entreprise en position dominante.

Quelle que soit la nature de l’effet retenu, le Conseil de la concurrence confirme ici l’approche par les effets en faveur de laquelle il s’est souvent prononcé (voir par exemple B. Lasserre, “*the Conseil has been resolutely following such an approach for already some time. And it has done so not only as regards the substantive law it applies (by making room for thorough economic analysis in its decisions and opinions) or as concerns the procedures it follows (by hearing experts, debating economics with the parties during the hearing, recruiting economists as Case Officers or setting up a Chief Economist and economic service), but also when it comes to fines and remedies*”, “*Remedies and Sanctions for Unlawful Unilateral Conduct: The French experience*”, Fordham Competition Law Institute’s 34th Annual Conference on International Antitrust Law and Policy, 27- 28 septembre 2007) et qu’il a déjà eu l’occasion d’appliquer à plusieurs reprises en matière de remises et rabais (voir à ce sujet, par exemple, cons. conc. avis n° 07-A-17 du 20 décembre 2007, précité).

S’agissant des justifications par les gains d’efficacité, le Conseil de la concurrence rejette l’argument des NMPP qui expliquaient que cette remise s’inscrivait dans le cadre d’un plan stratégique de modernisation dont la mise en œuvre nécessitait une certaine stabilité du chiffre d’affaires (et donc de ses clients), au motif qu’elles n’apportent pas d’éléments de preuve suffisants. Ce faisant, le Conseil de la concurrence confirme la tendance de sa pratique décisionnelle qui se montre très stricte en matière d’admission de justifications par les gains d’efficacité (voir à ce sujet l’analyse très minutieuse menée à l’occasion de l’avis n° 07-A-17 du 20 décembre 2007, précité, pts 162 et s.).

4. Prime de fidélité et effet de levier

La “*prime de fidélité*” accordée par TP était pour sa part la contrepartie d’une exclusivité de distribution des titres des éditeurs. Le Conseil de la concurrence considère que cette remise était de nature à inciter les éditeurs à confier l’ensemble de leurs titres à TP : en effet, une partie de la demande (certains titres) n’était pas réellement contestable par les MLP, l’écart entre les parts de marché de l’ensemble NMPP/TP et des MLP était très important, la disproportion en termes de capacité de production entre ces concurrents était forte et les contraintes de capacité ainsi que les coûts fixes étaient également importants (pts 191 à 195). Le Conseil de la concurrence considère donc que la remise “*a pour effet de transformer le mode de concurrence sur ce marché d’une concurrence titre par titre à une concurrence éditeur par éditeur*” (pt 197), TP faisant jouer un effet de levier entre les titres d’un éditeur qui lui sont confiés et les titres du même éditeur qui pourraient rejoindre les MLP. Ce faisant, cette remise augmente le coût d’un transfert d’un titre d’une messagerie à une autre. En l’espèce, l’effet de cette exclusivité était d’autant plus fort que la demande était fortement concentrée.

En l’absence de justification à ce rabais en termes d’économies de coûts, le Conseil de la concurrence estime donc que cette remise est de nature anticoncurrentielle.

Prenant notamment en compte le fait que les NMPP avaient déjà été sanctionnées à deux reprises en 1987 et en 2003 (ce qui a pour conséquence l’augmentation de 30 % du montant de la sanction des NMPP au titre de la réitération des pratiques), le Conseil de la concurrence inflige une sanction de 2,4 millions d’euros et de 0,65 millions d’euros à TP.

La contribution involontaire des NMPP à l’évolution de la notion d’abus de position dominante n’est pas prête de s’achever. En effet, au moins une décision au fond est toujours pendante dans l’affaire concernant le comportement des NMPP à l’occasion de l’achat de dépôts de presse (cons. conc., déc. n° 09-D-02 du 20 janvier 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Syndicat National des Dépositaires de Presse).

A.W. ■

ABUS D'EXCLUSION – DISCRIMINATION ENTRE DISTRIBUTEURS – FACILITÉS ESSENTIELLES : Le Conseil de la concurrence accepte les engagements de la SNCF en vue de mettre fin à une série de pratiques abusives dans la distributions des billets de train et lui inflige une amende minime

(Cons. conc., déc. n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative à des pratiques mises en œuvre par la SNCF et Expedia Inc. dans le secteur de la vente de voyages en ligne)

La plupart des voyageurs empruntant les lignes de chemin de fer en France connaissent le site voyages-sncf.com, l'agence de voyage en ligne qui commercialise entre autres des billets SNCF et détient, pour la commercialisation de ces billets, une position unique. En 2006, cette agence contrôlée par la SNCF détenait une part de marché de 51 % sur le marché de la vente de billets de train (pt 147). La partie de la décision du Conseil qui relève de la présente chronique (une autre partie traite d'une entente entre la SNCF et Expedia, son partenaire pour la vente en ligne) concerne précisément les pratiques commerciales qui ont créé et maintenu cette position unique parmi les agences de voyages.

Cinq griefs avaient été notifiés à la SNCF. Deux d'entre eux étaient relatifs aux conditions de commercialisation des outils informatiques qui permettent aux agences de voyages de se connecter à la base de données de la SNCF pour réserver et émettre des billets. Les trois autres concernaient des discriminations de nature techniques, par lesquelles la SNCF permettait à l'agence voyages-sncf.com d'offrir aux voyageurs des services appréciés auxquels les agences concurrentes n'avaient pas accès.

La décision étant rendue au terme d'une procédure de non-contestation des griefs, les différents abus sont exposés sans être discutés. Cette particularité procédurale explique aussi la modicité de l'amende infligée à la SNCF, 5 millions d'euros, soit 0,025 % de son chiffre d'affaires (N. Lenoir et M.-L. Combet, "The French Competition Council finds the incumbent rail operator guilty of implementing discriminatory practices in favor of its online subsidiaries and for entering into an anticompetitive partnership (SNCF/Expedia)", *e-Competitions*, March 2009-II, n° 25714, p. 3). Le montant minime de l'amende mérite d'être relevé s'agissant de pratiques qualifiées de graves au regard de leur caractère d'abus-exclusion (pt 290), de leur durée de plus de six ans (*ibid.*) et du caractère potentiellement structurant de ces pratiques sur un segment de marché émergent (*ibid.*), étant observé que, concernant la gravité, le Conseil relève à décharge que les agences de voyage en ligne ont continué à croître au cours de la période malgré les pratiques anticoncurrentielles constatées (pt 291).

Les restrictions de concurrence reprochées à la SNCF avaient toutes lieu sur le marché aval (par rapport au marché du transport de voyageurs) de la distribution de billets de train. Il s'agissait de restrictions de concurrence entre distributeurs, ce que la doctrine américaine nomme des *secondary line offenses*. Celles-ci passaient toutes par un traitement discriminatoire des distributeurs, c'est-à-dire des agences de voyage, sans que la décision ne retienne la distinction entre agences en ligne et agences traditionnelles (pt 108). De fait, la SNCF favorisait de multiples manières sa filiale.

I. Les abus résultant d'une tarification excessive de l'accès à la plateforme informatique de la SNCF

À l'instar de La Française des Jeux dans qui avait cherché à étendre sa position dominante au-delà du marché dominé en imposant aux détaillants un mobilier qu'elle seule commercialisait (Décision du Conseil de la concurrence n° 00-D-50 du 5 mars 2001, BOCCRF du 24 avril 2001), la SNCF avait adopté une stratégie de contrôle sur les outils informatiques nécessaires à ses distributeurs, ou plus exactement, rendus nécessaires par l'effet-même de ses pratiques. Les agences de voyages étaient en effet contraintes d'acquiescer une licence sur le logiciel Ravel afin d'avoir accès à Résarail, la plateforme informatique de la SNCF, qualifiée de facilité essentielle pour les agences de voyage souhaitant vendre des billets de train (pts 238 et s.). Le logiciel Ravel était le seul disponible, non pour des raisons techniques mais parce que la SNCF n'avait jamais rendu publiques les informations qui auraient permis de développer des outils informatiques concurrents. Autrement dit, Ravel était imposé par la SNCF aux agences de voyages sans nécessité objective. Or les licences Ravel étaient commercialisées à des prix particulièrement élevés (pt 245) allant de 1 500 € à 54 000 € selon les options. La décision ne le précise pas, mais on suppose qu'il s'agit de tarifs annuels. Ceux-ci apparaissent particulièrement élevés au regard des tarifs pratiqués pour des logiciels de même type permettant l'accès à d'autres plateformes de réservation de produits touristiques, de l'ordre de 20 € par mois (pt 247). Cette considération est suffisante, en l'absence de contestation, pour conclure à une pratique de prix inéquitable pour l'accès à une facilité essentielle (pt 248).

Ce chef d'abus donne lieu à des remèdes structurels (pts 254 et s.), dont le Conseil souligne la portée (pts 256, 257 et 306). La SNCF s'engage tout d'abord à abaisser substantiellement le prix de la licence Ravel et à modifier la structure de sa tarification (pts 254 et 305). Le Conseil précise à cet égard qu'il "se refuse à fixer le niveau des prix et se contente donc de prendre acte des engagements de la SNCF portant sur les prix de la licence Ravel". En revanche, il se félicite de l'engagement pris par la SNCF de permettre le développement d'outils alternatifs (pts 254 et 307) en soulignant que cet engagement réduit non seulement les problèmes de concurrence actuels mais aussi futurs (pt 257). En effet, à l'approche de la libéralisation du marché du transport ferroviaire, l'émergence d'intermédiaires tiers à la SNCF devrait permettre aux agences de voyage de disposer d'outils qui leur permettront d'afficher ensemble les produits proposés par la SNCF et par ses concurrents et donc de les comparer plus facilement (*ibid.*).

II. Les abus tenant à des pratiques discriminatoires

Plusieurs pratiques constituaient des discriminations avantageant l'agence voyage-sncf.com par rapport aux autres agences, tant sur le plan économique que sur le plan technique. La discrimination économique touchait tant les coûts que les recettes des agences de voyages. Pour ce qui est des coûts, l'agence en ligne de la SNCF n'était pas tenue d'acquiescer l'onéreuse licence Ravel et bénéficiait d'un accès direct à la plateforme informatique de la SNCF (pt 249 et s.). Cette cause de discrimination est éliminée par l'engagement pris

d'appliquer la nouvelle tarification de la licence Ravel à toutes les agences sans discrimination (pt 255). En ce qui concerne les recettes, les agences n'étaient pas non plus à égalité, puisque leurs commissions sur la vente de billets n'étaient pas calculées de la même manière. Sur ce point également, la SNCF prend l'engagement de mettre place des modalités de rémunération non-discriminatoires (pt 276).

Plusieurs discriminations d'ordre techniques étaient également à l'œuvre. Ainsi, le site voyage-sncf.com était le seul à permettre aux internautes de consulter l'ensemble de l'offre de la SNCF, y compris les offres des dernière minute ou les billets iDTGV, qui sont des billets à coût réduit correspondant au modèle du *low cost* largement répandu dans le domaine aérien et commercialisés par une filiale de la SNCF en charge d'affréter des rames supplémentaires dédiées au transport des voyageurs sensibles au prix, (pts 261 et s.). La SNCF réservait également au site voyage-sncf.com certaines fonctionnalités particulièrement appréciées des voyageurs, comme la possibilité d'imprimer son billet à domicile (pt 258 et s.). En l'absence de cette possibilité, les agences ne pouvaient commercialiser des billets de train à une date trop proche du départ, sauf à proposer au voyageur de retirer son billet en gare et à perdre toute commission. Ici encore, les engagements sont principalement de nature technique. La SNCF s'engage ainsi à réaliser les développements nécessaires afin de rendre disponibles pour toutes les agences de voyage la fonctionnalité billet imprimé, ainsi qu'un système intégré permettant de visualiser l'ensemble des offres simultanément. Un dispositif d'expérimentation associant des agences volontaires est prévu (pt 269). Il devra également permettre de préparer la dématérialisation complète des titres de transport.

Pour tous ces griefs, on peut noter que, en l'absence de contestation, le simple constat d'une différence de traitement suffit à emporter la qualification de discrimination sans qu'aucune analyse des effets soit nécessaire (p.e. pt 260). On mesure ainsi, malgré la relative longueur de la décision, l'économie de motivation et surtout d'instruction permise par la procédure de non-contestation des griefs.

S'il faut certainement s'en réjouir, on peut néanmoins se demander si le suivi des engagements n'appelle pas des mesures de transparence. Ainsi, lorsque la décision retient que *"la SNCF présentera à l'Autorité de concurrence l'état d'avancement de [certaines] négociations"* (pt 256), on peut se demander si et comment l'Autorité communiquera sur les progrès accomplis. Une publicité du suivi des engagements serait un moyen efficace pour inciter les entreprises qui s'engagent à tenir parole. Vu la modicité de la sanction pécuniaire infligée, un tel mécanisme d'incitation semble particulièrement nécessaire pour éviter qu'il ne suffise de s'engager sur le papier.

A.-L. S. ■

POSITION DOMINANTE – OFFRE GLOBALE : Le Conseil de la concurrence confirme l'analyse du caractère anticoncurrentiel du comportement de la SNCM à l'occasion du déroulement de l'appel d'offres pour la desserte maritime de la Corse depuis le Port de Marseille (Cons. conc., déc. n° 09-D-10 du 27 févr. 2009, SNCM)

En décembre 2006, saisi par la Compagnie Méridionale de Navigation ("CMN") et la société Corsica Ferries, le Conseil de la concurrence avait considéré que le dépôt par la Société Nationale Maritime Corse Méditerranée ("SNCM") d'une offre globale et indivisible à l'occasion de la consultation lancée par la collectivité territoriale de Corse pour la desserte maritime entre l'île et le continent, était susceptible de constituer un abus de position dominante. Le Conseil de la concurrence avait enjoint à la SNCM de s'abstenir de signer tout contrat avant d'avoir indiqué à la collectivité locale que son offre pouvait être considérée soit de manière globale, soit ligne par ligne, et d'avoir précisé le montant de la subvention demandée pour chaque ligne (cons. conc., déc. n° 06-MC-03 du 11 décembre 2006 relative à des demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent, obs. J.-P. Kovar, "SNCM : déboires contentieux devant le Conseil d'État et le Conseil de la concurrence", *Concurrences*, n° 1-2007, p. 170). Quelques jours après la décision du Conseil de la concurrence, le Conseil d'État avait pour sa part annulé l'attribution du contrat de desserte maritime et enjoint à la collectivité de reprendre la procédure d'appel d'offres (arrêt du Conseil d'État, du 15 décembre 2006, *Corsica Ferries*). Tirant les conséquences de cette annulation et du fait que les offres n'existaient plus à la date du recours, la Cour d'appel avait déclaré irrecevable le recours formé par la SNCM contre la décision de mesures conservatoires.

Dans le cadre de la présente décision, qui, on le notera pour l'anecdote, restera comme sa dernière, le Conseil de la concurrence était amené à se prononcer sur le fond de l'affaire.

Il estime d'abord que la SNCM détient une position dominante sur le marché du renouvellement de la délégation de service public pour le transport maritime au départ de Marseille.

S'agissant de la pratique en cause, il prend soin de rappeler que le dépôt d'une offre globale n'est pas en soi anticoncurrentiel dans la mesure où cette offre peut éventuellement permettre de réaliser des économies d'échelle ou d'optimiser la production (pt 148). Conformément à ce qu'il avait déjà énoncé dans sa décision de décembre 2006, le Conseil indique que le fait que le dépôt d'une offre globale soit autorisé ou encouragé par l'entité qui l'organise n'interdit pas de qualifier ce comportement au regard du droit de la concurrence (voir, également à ce sujet, cons. conc. déc. n° 01-D-46 du 23 juillet 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1999). On peut se demander toutefois si le caractère public de la collectivité en cause ne devrait pas être apprécié de façon plus fine par le Conseil de la concurrence dans ce genre de situation.

l'économie a été limité, pour des raisons précisément exposées tenant à l'évolution des tarifs libres et réglementés sur le marché de l'électricité (pts 95 et s.). La faiblesse du dommage à l'économie semble peser davantage que la gravité intrinsèque de la pratique puisque la sanction infligée – 0,25% du chiffre d'affaires – reste somme toute modique.

A.-L. S. ■

À noter

ABUS DE POSITION PRIVILÉGIÉE PAR UN PRESTATAIRE DE SERVICE PUBLIC : La Cour d'appel confirme en tous points la décision du Conseil de la concurrence dans l'affaire des Pompes funèbres de Lyon (CA Paris, 31 mars 2009, Agence funéraire lyonnaise pompes funèbres Viollet ; contre Cons. conc., déc. n° 08-D-09 du 6 mai 2008, secteur des pompes funèbres à Lyon et dans son agglomération, Concurrences n° 3-2008, p. 99, obs. A.-L. Sibony)

ENTRAVE À L'OUVERTURE DU MARCHÉ POSTAL : Le Conseil de la concurrence rejette faute d'éléments probants suffisant la demande de mesures conservatoires de l'opérateur nouvel entrant Fox Messenger et poursuit son instruction au fond (Cons. conc., déc. n° 09-D-09 du 26 février 2009 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Stamper's (nom commercial Fox Messenger)

Autres décisions et textes nationaux

CANADA

The Canadian competition authority releases an update of its draft enforcement abuse of dominance guidelines (Draft Enforcement Abuse of Dominance Guidelines), 16 January 2009, e-Competitions, www.concurrences.com

FRANCE

The French Competition Council hands out two key decisions in relation to the concept of abuse of state of economic dependence (Concurrence - National union of the written press distributors SNDP), 20 January 2009, e-Competitions, www.concurrences.com

ITALIA

The Italian Competition Authority accepts the commitments offered in the voice communications and broadband internet access services markets following its investigation into alleged abuse of dominant position (Telecom Italia), 11 December 2008, e-Competitions, www.concurrences.com

LATVIA

The Latvian Competition Council fines a dominant liquified gas provider for excessive pricing (Propana Gaze), 10 December 2008, e-Competitions, www.concurrences.com

LITHUANIA

The Lithuanian Supreme Administrative Court upholds the annulment of the NCA's Art. 82 EC decision and sends the case back for re-investigation (Mazeikiu nafta II), 08 December 2008, e-Competitions, www.concurrences.com

PORTUGAL

The Portuguese competition authority suspends promotional TV campaign of multimedia operator on the basis of alleged abuse of dominant position (ZON Multimédia), 06 January 2009, e-Competitions, www.concurrences.com

SPAIN

The Spanish National Competition Commission fines collecting societies for the second time in two years for abuse of dominance in their management of intellectual property rights (AGEDI), 09 December 2008, e-Competitions, www.concurrences.com

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits communautaire et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par neuf chroniques thématiques.

Concurrences

Editorial

Elie Cohen, Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny,
Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal,
Claude Lucas de Leyssac, Louis Vogel,
Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge,
Nadia Calvino, Frédéric Jenny, William Kovacic,
Neelie Kroes, Christine Lagarde, Mario Monti,
Viviane Reding, Robert Saint-Esteben, Sheridan Scott...

Tendances

Marie-Laure Allain, Jacques Barrot, Jean-François
Bellis, Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, Dominique de Gramont,
Damien Gérardin, Christophe Lemaire,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Thierry Dahan,
Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk,
Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre,
Anne Perrot, Catherine Prieto, Patrick Rey,
Didier Theophile, Joseph Vogel...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique
des engagements, Droit pénal et concurrence,
Legal privilege, *Cartel Profiles in the EU*...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Chine,
Hong-Kong, Japon, Luxembourg, Suisse, USA...



Droit et économie

Emmanuel COMBE, Philippe CHONÉ,
Laurent FLOCHEL, Penelope PAPANDROPOULOS,
Etienne PFISTER, Francisco ROSATI, David SPECTOR...

Chroniques

Ententes

Michel DEBROUX
Laurence NICOLAS-VULLIERME
Cyril SARRAZIN

Pratiques unilatérales

Catherine PRIETO
Anne-Lise SIBONY
Anne WACHSMANN

Pratiques restrictives et concurrence déloyale

Mireille DANY
Daniel FASQUELLE
Marie-Claude MITCHELL

Concentrations

Jean-Mathieu COT
Jérôme PHILIPPE
Stanislas MARTIN

Aides d'État

Jean-Yves CHÉROT
Jacques DERENNE
Christophe GIOLITO

Procédures

Pascal CARDONNEL
Christophe LEMAIRE
Agnès MAÏTREPIERRE
Chantal MOMÈGE

Régulations

Denis LESCOPE
Jean-Paul TRAN THIET
Thierry TUOT

Secteur public

Bertrand du MARAIS
Stéphane RODRIGUES
Jean-Philippe KOVAR

Politique internationale

Frédérique DAUDRET-JOHN
François SOUTY
Stéphanie YON

Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN
Umberto BERKANI
Alain RONZANO

Bibliographie

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

Revue Concurrences | Review Concurrences

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
☐ Abonnement annuel - 4 n° (version papier) 1 year subscription (4 issues) (print version)	420 €	428,80 €
☐ Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives) 1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)	510 €	609,96 €
☐ Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives) 1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + free access to e-archives)	620 €	741,52 €
☐ 1 numéro (version papier) 1 issue (print version)	125 €	127,62 €

Bulletin électronique e-Competitions | e-bulletin e-Competitions

☐ Abonnement annuel + accès libre aux e-archives 1 year subscription + free access to e-archives	560 €	669,76 €
--	-------	----------

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

☐ Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin 1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin	730 €	873,08 €
☐ Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin 1 year subscription to the review (print & electronic versions) + e-bulletin	820 €	980,72 €

Renseignements | Subscriber details

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

Paieement | Payment details

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

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

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

Signature

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

IBAN (International Bank Account Number)	BIC (Bank Identifier Code)
FR76 3000 4007 9900 0255 3523 060	BNPAFRPPPOP
Bank : BNP - Agence Opéra 2, Place de l'Opéra - 75 002 Paris - France	

Formulaire à retourner à | Send your order to

Transactive – A ThomsonReuters subsidiary

1 rue Saint-Georges | 75 009 Paris – France | contact: information@transactive.fr

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 ("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.

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