

Concurrences

Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

PRATIQUES UNILATÉRALES

Chroniques | Concurrences N° 1-2012 – pp. 103-116

Frédéric MARTY

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

| *Chargé de recherche CNRS, Groupe de recherche en droit, économie et gestion (GREDEG),
Université de Nice-Sophia Antipolis*

Anne-Lise SIBONY

alsibony@ulg.ac.be

| *Professeur de droit européen, Université de Liège
Professeur invité, Université Panthéon-Assas, Paris II*

Anne WACHSMANN

anne.wachsmann@linklaters.com

| *Avocat à la Cour, Linklaters, Paris*



Frédéric MARTY

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherche CNRS,
Groupe de recherche en droit,
économie et gestion (GREDEG),
Université de Nice-Sophia Antipolis

Anne Lise SIBONY

alsibony@ulg.ac.be

Professeur de droit européen, Université de Liège,
Professeur invité,
Université Paris II, Panthéon-Assas

Anne WACHSMANN*

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat à la Cour, Linklaters, Paris

Abstracts

1. EU

Exclusionary abuse – Refusal to deal – bad Faith – telecommunications – Regulation 103
The European Commission imposes a 127 million Euros fine on the Polish incumbent telecom operator for having abused its dominant position by delaying entry in the market for Internet access
Eur. Comm., 22.06.11, Telekomunikacja Polska, case COMP/39525

commitment – Exploratory abuse – 107
The European Commission makes mandatory the commitments proposed by a company in order to respond to its statement of objections on its practices concerning the license fees for the use of International Securities Identification Numbers (ISIN)
Eur. Comm., 15.11.11, Standard and Poor's, case COMP/39522

2. France

commitment – Evolving field – Funeral industry – 108
French NCA makes a funeral operator's commitments mandatory in order to prevent competition distortions resulting from vertical integration
Fr. NCA, 20.10.11, funeral services, 11-D-14

commitment – Essential facilities – Exclusionary abuse – 109
The French NCA makes mandatory commitments proposed to remedy its concerns about the access to heavy medical equipment
Fr. NCA, 15.12.11, access to medical equipment Arcachon hospital, 11-D-18

denigration – Abuse of informational tools – 111
The French Competition Authority declares itself incompetent to rule on practices restricting access to Airport facilities and rejects the complaint of a company running a car parking area near Lille airport
Fr. NCA, 16.11.11, practices implemented by SOGAREL in the sector of car parking areas for Lille airport passengers, 11-D-15

commitment – Economic dependence – Food distribution – Franchise agreement – 113
The French NCA accepts and makes legally binding commitments from Carrefour aimed at addressing the competition concerns raised by its practices towards its franchisees
Fr. NCA, 16.12.11, practices implemented by Carrefour group in the food sector, 11-D-20

* Avec la collaboration de Jérémie Marthan,
Avocat, Linklaters, Paris.

1. UNION EUROPÉENNE

ABUS D'EXCLUSION – REFUS DE CONTRACTER – NÉGOCIATION DE MAUVAISE FOI – TÉLÉCOMMUNICATIONS – SECTEUR RÉGULÉ : La Commission européenne condamne l'opérateur historique polonais de télécommunications pour avoir abusé de sa position dominante en entravant l'accès de nouveaux entrants au marché de l'Internet (Comm. eur., 22 juin 2011, Telekomunikacja Polska, aff. COMP/39525)

Dans une décision de juin publiée en novembre 2011, la Commission européenne a infligé à l'opérateur historique polonais une amende de 127 millions d'euros pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de l'accès à Internet. L'existence de cette décision de constatation d'infraction mérite en elle-même d'être relevée en un temps où les procédures négociées sont fortement privilégiées. En l'espèce, la Commission souligne qu'elle a tenu à adopter une décision, car elle entendait infliger une amende (pt 12). Sans doute s'agissait-il pour la Commission d'être cohérente à la fois avec les priorités de mises en œuvre exposées dans sa communication de 2009 relative aux abus-exclusion (*JOUE*, 24 février 2009, C 45/7) et avec sa pratique décisionnelle antérieure. Peut-être des considérations d'égalité de traitement entre opérateurs européens ont-elles également joué. En effet, et comme le relève la Commission dans sa décision (§ 892 à propos de l'amende), l'affaire relevait d'une catégorie connue. Les faits reprochés à Telekomunikacja Polska (ci-après TP) n'étaient pas très différents de ceux qui ont valu à d'autres opérateurs historiques de télécommunications d'être condamnés pour avoir abusé de leur position dominante en entravant l'accès de concurrents sur le marché naissant de l'accès à Internet à haut débit.

La particularité des pratiques reprochées à TP dans la présente affaire tient au fait que les entraves résultaient de pratiques non tarifaires, à la différence des pratiques en cause dans les affaires Wanadoo (prix prédateurs), Deutsche Telekom et Telia Sonera (compression de marges) (CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom c/ Commission*, aff. C-202/07 P ; CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff. C-280/08 P ; CJUE, 17 février 2011, *Konkurrensverket c/ TeliaSonera*, aff. C-52/09). À l'instar de l'affaire *Trinko* aux États-Unis (*Verizon Communications Inc. v Law Office of John Curtis Trinko LLP*, 540 U.S.398), l'affaire TP porte sur des pratiques visant à dégrader les conditions techniques et commerciales d'accès des nouveaux entrants à la boucle locale de télécommunications, en retardant les négociations, en ne transmettant pas l'ensemble des protocoles d'interface nécessaires à la fourniture d'un service de qualité aux usagers et en privilégiant sa propre filiale sur le marché aval de l'accès à Internet. En l'espèce, les pratiques qualifiées d'abusives consistaient pour l'essentiel dans des pratiques dilatoires et des restrictions d'accès à des informations techniques essentielles, qui ont tant retardé l'accès des nouveaux entrants aux infrastructures essentielles de TP qu'elles sont assimilées par la Commission à un refus de contracter constitutif d'un abus.

La décision rapportée concerne donc une hypothèse de refus implicite de contracter, qu'il convient tout d'abord d'exposer (I). Cette décision se situe par ailleurs dans la ligne de la jurisprudence récente concernant l'articulation entre les procédures de concurrence et la régulation sectorielle, qui admet l'application du droit de la concurrence aux secteurs régulés (II).

I. Le refus implicite de contracter ou quand les pratiques dilatoires deviennent abusives

→ Un refus implicite d'accès à la boucle locale

La boucle locale d'un opérateur historique de télécommunications est un élément essentiel dans la phase d'ouverture d'un marché à la concurrence. Construire un réseau de télécommunications n'est généralement pas, pour les nouveaux entrants une option économiquement envisageable. Dans la décision rapportée, la Commission dresse ce constat à propos du marché polonais (§ 48). Le développement de la

concurrence sur le marché de l'accès à Internet en Pologne supposait donc que les concurrents de TP aient accès au réseau de l'opérateur historique. Plus précisément, pour que les opérateurs alternatifs puissent développer une offre sans construire un réseau complet, il était nécessaire qu'ils puissent connecter leur réseau partiel (réel ou virtuel) au réseau de l'opérateur historique et acheter à ce dernier une prestation d'acheminement des données sur "le dernier kilomètre du réseau". Autrement dit, l'accès des nouveaux entrants à la "boucle locale" de l'opérateur historique était indispensable au développement de la concurrence. De manière générale, cette nécessité constitue précisément la raison pour laquelle les opérateurs disposant d'un pouvoir de marché sont obligés – par les réglementations sectorielles qui transposent des directives européennes – d'accorder cet accès aux nouveaux entrants, sous la surveillance d'un régulateur.

En l'espèce, TP n'avait jamais explicitement refusé aux nouveaux entrants l'accès à sa boucle locale. En revanche, l'opérateur dominant avait, à proprement parler, abusé de pratiques dilatoires et ainsi retardé pendant plusieurs années l'entrée et le développement d'autres opérateurs sur le marché de l'accès à Internet à haut débit.

Pour caractériser le refus de contracter abusif, la Commission s'appuie sur plusieurs constats qui, pris individuellement, n'auraient sans doute pas justifié la qualification d'abus, mais qui, pris ensemble, sont assimilés à un refus de contracter. On peut relever que, en l'espèce, la mauvaise foi de l'opérateur dominant dans la conduite des négociations avec ses concurrents est soulignée à plusieurs reprises (§§ 339, 343, 364, 715-716, 746). Elle constitue l'un des éléments qui, outre les preuves directes trouvées dans les documents internes (§§ 149 et 159), permettent de caractériser une stratégie d'exclusion des concurrents.

Les pratiques dilatoires reprochées à TP concernent quatre aspects des négociations, à savoir : i) le retard à entamer des négociations avec les nouveaux entrants ; ii) les retards systématiques dans la conduite des négociations ; iii) le fait de déléguer aux réunions de négociation des représentants ne disposant pas du pouvoir d'engager TP et iv) les retards dans la signature des contrats.

À la lecture de la décision, la stratégie dilatoire de TP semble solidement établie. Le caractère dilatoire des agissements de TP est apprécié à l'aune de l'encadrement réglementaire auquel TP était soumis. En effet, cet encadrement portait non seulement sur l'obligation pour TP de présenter une offre répondant à certaines conditions (rassemblées dans "l'offre de référence" approuvée par le régulateur) et devant servir de point de départ aux négociations (§ 72 et s.) mais aussi sur différents délais, tels que le délai de réponse à une demande d'un opérateur concurrent ou la durée maximale de la négociation (§ 75 et tableau p. 26 au point 87).

En ce qui concerne le début des négociations, TP ne respectait généralement pas le délai réglementaire imparti pour répondre aux demandes des nouveaux entrants. Ce délai était de 3 jours, étant précisé que la réponse attendue de l'opérateur historique s'apparentait à un simple accusé de réception : il s'agissait en effet d'envoyer un projet de contrat conforme à l'offre de référence et destiné à servir de point

de départ aux négociations, un tel contrat type étant fourni aux opérateurs par le régulateur. Concernant ce premier aspect, la Commission s'appuie sur la fréquence des retards et sur leur importance en prenant l'exemple de réponses envoyées 226 jours après la demande dans un cas, 81 jours après la demande dans un autre (§ 725 et 726).

Une fois les négociations commencées, TP organisait leur lenteur. La durée globale des négociations ne pouvait, selon la réglementation applicable, excéder 90 jours. Ainsi, TP proposait des contrats non conformes à l'offre de référence applicable (destinée à garantir certaines prérogatives minimales aux nouveaux entrants). Il revenait donc aux opérateurs qui sollicitaient l'accès à la boucle locale de TP de faire valoir, pour chaque clause concernée, le minimum réglementaire, qui aurait en principe dû être incorporé dans le projet de contrat servant de point de départ à la négociation. L'attitude de TP revenait donc à négocier en s'éloignant d'un point d'accord possible plutôt que de s'en rapprocher. Face à ces blocages, les opérateurs demandeurs d'accès étaient fréquemment amenés à saisir le régulateur d'une demande d'arbitrage. Cependant, cette procédure était elle même fort longue. Elle l'était à vrai dire d'autant plus que TP était en mesure de la faire durer, en arguant par exemple de difficultés à refléter dans les propositions de contrats les fréquents changements survenus dans les exigences réglementaires, et ce alors même que ces changements étaient généralement effectués à l'initiative de TP, comme le souligne la Commission avec une pointe d'exaspération (§ 732).

Les négociations étaient en outre ralenties par la pratique de TP consistant à déléguer aux réunions avec les opérateurs alternatifs des représentants qui n'avaient pas le pouvoir de l'engager. Il en résultait que les accords auxquels parvenaient les négociateurs pouvaient toujours être remis en cause par la suite. Dans plusieurs cas, TP renvoyait, après la négociation, un contrat qui revenait à sa proposition initiale (non conforme à l'offre de référence). Cette stratégie amenait les opérateurs soit à signer un contrat désavantageux et non conforme aux exigences réglementaires, soit à renoncer à entrer sur le marché aval de l'accès à Internet (§ 735).

Enfin, même après qu'un accord final eut été trouvé, TP retardait généralement la signature des contrats par des procédures internes très longues, consistant à faire approuver non seulement le contrat dans son ensemble par une direction mais chaque clause du contrat par les différentes directions qui pouvaient être concernées (§ 738 et 324 et s.)

La Commission souligne que chacune des pratiques dilatoires ci-dessus était évitable et se réfère à cet égard à un accord finalement conclu en 2009 entre TP et le régulateur polonais des télécommunications, aux termes duquel TP, sous la menace d'une séparation fonctionnelle forcée, a accepté de mettre fin aux diverses pratiques qui lui étaient reprochées depuis des années (§ 727, 733, 737 et 740).

Les pratiques dilatoires ainsi établies, parce qu'elles forment une stratégie d'ensemble (§ 803), sont assimilées à un refus de contracter. Venant d'un opérateur dominant et portant sur l'accès à un service indispensable pour pénétrer sur le marché aval dominé par l'opérateur verticalement intégré, ce refus est qualifié d'abusif. La Commission souligne que ce

n'est pas la première fois qu'un refus implicite de contracter est qualifié d'abus. À cet égard, elle cite le précédent de l'affaire *Clearstream* (§ 702 ; TPICE, 9 sept. 2009, *Clearstream c/ Commission*, T-301/04, obs. ALS, cette chronique, *Concurrences* n° 4-2009, p. 106). Le caractère implicite du refus ne paraît effectivement pas devoir poser de difficulté au regard de la qualification d'abus. Le droit de la concurrence n'est pas formaliste et l'important au regard de la qualification d'abus est d'établir une stratégie d'éviction anticoncurrentielle. À cet égard, on peut observer que la Commission s'attache ici principalement à établir l'intention de l'opérateur dominant, sans recourir explicitement à la théorie des infrastructures essentielles.

Le non-usage de la terminologie économique est également cohérent avec l'inflexion qu'apporte la Commission à l'approche "plus économique" préconisée dans la communication sur les abus-exclusion.

→ La théorie des infrastructures essentielles n'est pas essentielle au raisonnement de la Commission

La proximité des faits de l'affaire TP avec ceux ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour suprême américaine dans l'affaire *Trinko* (*op. cit.*) invite à comparer l'usage de la théorie des infrastructures essentielles par la Commission et par la Cour suprême. Dans son arrêt *Trinko*, la Cour suprême des États-Unis a jugé que la théorie des infrastructures essentielles ne trouve pas application lorsque l'accès à une telle infrastructure est organisé au moyen d'une régulation sectorielle.

Dans l'affaire TP, on se trouve précisément dans un secteur régulé, où le régulateur a pour mission d'organiser un accès à une infrastructure présentant les traits d'une infrastructure essentielle en ce qu'elle est i) non répliquable à des conditions économiques raisonnables et ii) indispensable pour que les concurrents de l'entreprise détenant cette infrastructure exercent leur activité sur un marché aval (sur ces deux conditions définissant l'infrastructure essentielle, v. par exemple OCDE (1996), *The Essential Facility Concept*, OCDE/GD(96)113, p. 69).

Une comparaison terme à terme entre la décision de la Commission et l'arrêt de la Cour suprême n'est pas possible, car la Commission ne parle pas d'infrastructures essentielles. Cela semble un parti pris de nature terminologique, puisque la Commission se réfère par ailleurs aux deux conditions ci-dessus dans sa décision (v. notamment § 652 et s. sur la non répliquabilité de l'infrastructure). On peut noter que ce choix est conforme à la pratique décisionnelle de la Commission comme aux orientations de février 2009 relatives aux priorités dans la mise en œuvre de l'actuel article 102 du Traité en matière d'abus-exclusion, dans lesquelles l'expression infrastructure essentielle n'est pas employée. Dans cette communication, les pratiques procédant d'un refus d'accès sont regroupées sous le terme "refus de fournitures et les stratégies de compression des marges". Entrent dans cette catégorie les pratiques pouvant "consister à retarder indûment ou à perturber la fourniture d'un produit par d'autres moyens" (§ 79 de la communication). De même, dans la décision rapportée, la Commission préfère parler de partenaire incontournable (§ 815) que d'infrastructure essentielle.

Pour autant, il semble possible de comparer sur le fond l'orientation de la Commission avec celle de la Cour suprême dans l'arrêt *Trinko*. En effet, dans la décision rapportée, l'accès à une infrastructure essentielle qui ne dit pas son nom est bien ordonné sur le fondement des règles de droit de la

→ La prise en compte de l'effet sur les consommateurs, élément surabondant de la motivation

Dans sa communication sur les abus-exclusion, la Commission mettait en avant une démarche “plus économique” qui faisait de la caractérisation d’un dommage aux consommateurs une étape importante dans l’examen des affaires d’abus. Ce faisant, la Commission s’engageait à accorder la priorité aux affaires dans lesquelles des consommateurs étaient lésés. Elle semblait aussi prête à motiver ses décisions de constat d’infraction au regard d’un dommage aux consommateurs. Toutefois, on pouvait se demander s’il était bien rationnel pour la Commission de s’infliger un fardeau probatoire qui n’est pas requis par la jurisprudence.

À cet égard, la décision rapportée apparaît comme un tournant rationnel de la part de la Commission. En effet, la section intitulée “impact probable sur la concurrence et sur les consommateurs” (§ 812 et s.) débute par un rappel de la jurisprudence aux termes de laquelle il n’est pas nécessaire, pour caractériser un abus de position dominante, de rapporter la preuve que le comportement de l’entreprise en position dominante a causé un préjudice aux consommateurs (§ 813 citant CJCE, 15 mars 2007, *British Airways*, C-95/04 P, § 107).

La Commission souligne qu'elle entend seulement démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante "tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que le comportement est de nature à, ou susceptible de, avoir un tel effet" (§ 812 citant notamment TPICE, 9 septembre 2009, Clearstream, T-301/04, § 144). Elle rappelle aussi que l'analyse porte davantage sur les concurrents que sur les consommateurs. Ainsi, aux termes de la jurisprudence, il n'est pas nécessaire d'établir que les candidats à l'entrée sur le marché aval ont été évincés. Il suffit de démontrer qu'ils sont désavantagés (§ 815).

Pour établir dans ce cadre le probable effet négatif des pratiques en cause sur la concurrence, la Commission relève que les agissements de TP créent pour les nouveaux entrants de l'incertitude, limitent la possibilité de proposer des offres compétitives sur le marché aval, pourraient limiter la qualité de leurs offres, augmenter leurs coûts et nuire à leur image auprès des consommateurs (§ 814). Le point le mieux étayé (par des témoignages) concerne la détérioration de l'image des opérateurs alternatifs aux yeux des consommateurs, qui résulte de la mauvaise qualité de service de ces opérateurs causée en particulier par les refus d'interconnexion opposés par TP après la conclusion des contrats (§ 816).

La décision fait aussi clairement apparaître une corrélation temporelle entre les pratiques reprochées à TP et la lenteur de la pénétration des opérateurs concurrents (tableau § 825) : l'accès à la boucle locale décolle exactement au moment de l'accord passé en 2009 entre TP et le régulateur mettant fin aux pratiques qualifiées d'abusives par la Commission.

La Commission relève aussi, à titre surabondant au regard de la jurisprudence rappelée ci-dessus, que les pratiques de TP ont découragé plusieurs opérateurs d'entrer sur le marché (§ 819). Cette observation n'est pas rattachée à l'analyse d'un préjudice subi par les consommateurs, la Commission ne cherchant pas à établir que ces opérateurs étaient au moins aussi efficaces que TP. Il est vrai que, dans la communication de 2009, le critère du concurrent aussi efficace est réservé aux pratiques tarifaires (§ 23 de la communication), ce qui n'était pas le cas ici.

Il convient toutefois de souligner que l'effet adverse des pratiques de TP pour les consommateurs fait l'objet d'une section dans la décision (§ 829 et s.). La Commission relève qu'il est très probable que, en l'absence des pratiques abusives, les consommateurs polonais auraient eu plus de choix et auraient bénéficié de prix plus bas. Conformément à une jurisprudence souvent critiquée, mais de manière convaincante en l'espèce, la Commission fait un lien direct entre l'effet des pratiques sur la structure du marché et leur effet sur le bien-être des consommateurs (§ 830). En outre, la Commission avance des indicateurs chiffrés du préjudice subi par les consommateurs polonais, en comparant leur situation avec celle qui prévalait à la même époque dans d'autres États membres. La Commission relève à cet égard un taux de pénétration de l'Internet à haut débit très faible et très inférieur à la moyenne européenne (12,8 % en Pologne contre une moyenne européenne de 24,88 % en 2009), seul le taux de pénétration de la Bulgarie étant inférieur à celui de la Pologne à cette date. La décision comporte aussi des indications sur le faible taux de croissance de l'Internet à haut débit en Pologne, attribué à un cercle vicieux entre prix élevés de l'accès à Internet, faible vitesse de connexion et sous-équipement en ordinateurs. Pour n'être pas indispensables en droit à la caractérisation d'un abus de position dominante, ces chiffres suggèrent tout de même que la Commission a pu être guidée dans son choix d'adopter une décision formelle, par le souhait de sanctionner des pratiques préjudiciables aux consommateurs.

L'affaire TP donne par ailleurs l'occasion à la Commission de revenir sur la question de l'articulation entre sanction de l'abus de position dominante et régulation.

II. Sanction de l'abus de position dominante et régulation : Superposition et complémentarité

→ Application de la jurisprudence : La Commission peut appliquer l'article 102 TFUE aux entreprises régulées

La décision rapportée s'inscrit dans la ligne des arrêts *Deutsche Telekom* du Tribunal et de la Cour (TPICE, 10 avril 2008, *Deutsche Telekom*, T-271/03 et CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom*, C-280/08 P). Conformément à l'approche des juridictions de l'Union, la Commission fait ici application du droit de la concurrence dans un secteur régulé. Elle rappelle ainsi la jurisprudence, dont

TP ne semble pas avoir tenu compte dans son argumentation, au terme de laquelle la présence d'un régulateur sectoriel n'empêche pas la Commission de constater une infraction à l'article 102 TFUE. Pour qu'une entreprise régulée détenant une position dominante soit soumise à l'article 102 TFUE, il faut et il suffit qu'elle dispose, compte tenu de la régulation à laquelle elle est soumise, d'une marge de manœuvre suffisante pour être en mesure d'éviter de commettre un abus. En l'espèce, l'existence d'une telle marge de manœuvre n'était pas contestée (§ 127).

La Commission rappelle également qu'elle n'est pas liée par l'éventuel constat d'absence de violation de l'article 102 TFUE qui pourrait être dressé par une autorité de régulation (hypothèse *Deutsche Telekom*). Elle ajoute en outre, se référant à un arrêt récent qui concerne précisément l'autorité polonaise de la concurrence (CJUE, 3 mai 2011, *Tele2 Polska*, C-375/09), que les autorités nationales de concurrence n'ont pas le pouvoir d'adopter des décisions constatant l'absence d'infraction à l'article 102 TFUE (§ 129). En l'espèce, l'autorité polonaise avait bien été saisie, mais pas sur le fondement de l'interdiction des abus de position dominante. Sa décision de non-lieu à poursuivre ne pouvait donc en aucun cas être assimilée à une décision négative portant sur l'absence d'abus par TP. Bien que cela n'ait donc pas véritablement été en cause en l'espèce, l'argumentation développée par TP conduit la Commission à enfoncer le clou jurisprudentiel et à rappeler que les opérateurs, régulés ou non, ne peuvent jamais lui opposer la décision d'une autorité nationale qui reconnaîtrait leur innocence au regard de l'interdiction des abus de position dominante.

Jusqu'ici, la décision ne fait qu'appliquer la jurisprudence. Son apport consiste à éclairer en quoi la superposition admise du droit de la concurrence aux régulations sectorielles peut être utile et non simplement redondante.

→ Le droit de la concurrence à la rescousse de la régulation

La décision fait clairement apparaître l'impuissance du régulateur polonais à faire appliquer le droit d'accès à la boucle locale à des conditions prévues par lui. Le président de l'autorité de régulation en était pleinement conscient. Ainsi a-t-il indiqué à la Commission que les mesures à la disposition de son autorité n'étaient pas de nature à infléchir le comportement de TP, qui les intégrait dans sa planification stratégique (§ 153). Ce n'est que lorsque le régulateur a fait usage de la menace de procéder à une séparation fonctionnelle de TP en entités distinctes qu'il a pu obtenir de l'opérateur des engagements comportementaux (§ 154). Dans ce contexte, on a l'impression que le droit de la concurrence vient, un peu tard cependant, à la rescousse d'une régulation inefficace.

Cet aspect temporel explique un autre élément relatif à l'articulation du régime général de droit de la concurrence avec le régime spécial de la régulation : au stade du calcul de l'amende, la Commission tient compte des sanctions déjà infligées par le régulateur pour des pratiques qui tombent à la fois sous le coup de la régulation des télécoms et du droit européen de la concurrence. Ainsi, le montant total des sanctions infligées par le régulateur national est déduit du montant de l'amende proposé par la Commission (§ 919).

l'exclusivité) et que d'autre part, la seule utilisation de codes à titres de référence ne peut être soumise au droit d'auteur, du fait du caractère trop insignifiant ou trop peu original de ces derniers (§ 40 et 41).

F.M.

ENGAGEMENTS – DISTORSION DE CONCURRENCE
– SECTEUR FUNÉRAIRE : L'Autorité
de la concurrence rend obligatoires
les engagements d'un opérateur de pompes
funèbres de Cherbourg pour prévenir
les distorsions de concurrence résultant
du contrôle d'un crématorium et de chambres
funéraires (*Aut. conc., déc. n° 11-D-14 du 20 octobre*
2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur
des pompes funèbres dans le département de la Manche)

En l'espèce, les préoccupations de concurrence furent levées, comme cela est de plus en plus souvent le cas en matière d'application de l'article 102 TFUE, par l'acceptation d'une procédure d'engagements. Si celle-ci est apte à répondre rapidement et efficacement à un problème de concurrence, on peut regretter qu'elle ne permette pas de bénéficier des avantages d'une décision rendue sur la base d'une procédure contradictoire en termes de clarification de la doctrine et de création de connaissances sur la mise en œuvre des règles de concurrence pour les différentes parties prenantes (D. Sévy, "Procédures négociées : une perspective d'économiste", *Concurrences* n° 2-2008, www.concurrences.com).

Les engagements proposés par S&P's et révisés à l'issue du test de marché et de la négociation apparaissent à la Commission comme de nature à lever ses préoccupations de concurrence (§ 77) et proportionnés au sens de l'arrêt *Alrosa* (Cour de justice, arrêt du 29 juin 2010, aff. C-441/07P). En d'autres termes, S&P's n'a pas proposé d'engagements moins contraignants que ceux rendus obligatoires et qui auraient pu également répondre aux préoccupations de la Commission (§ 79). Les engagements rendus obligatoires par la décision (et conduisant à la clôture de la procédure) conduisent tout d'abord à la suppression de toutes les redevances imposées aux utilisateurs indirects. Pour les utilisateurs directs, S&P's s'engage à cesser ses pratiques de ventes couplées, en dissociant les fichiers ISIN des autres informations financières à valeur ajoutée. Notons que la Commission a écarté quelques arguments soulevés par certains tiers intéressés ayant répondu au test de marché. Il en est ainsi de demandes de modifications des engagements conduisant à ne plus imposer aux utilisateurs indirects à signer des contrats de licence avec

F. M. ■

La saisine porte sur un refus d'accès allégué à ces deux équipements lourds, émanant d'un praticien, implanté à Biscarosse, autrefois associé à un cabinet participant aux groupements considérés, impliqué dans un contentieux avec ses anciens associés (relatif à une clause de non-concurrence), s'estimant victime d'abus de position dominante ou d'un boycott. Les refus d'accès le conduisent à utiliser des vacations à l'hôpital de Mont-de-Marsan. La distance additionnelle imposée à ses patients (89 km contre 39 km) serait susceptible de l'écarter du "marché".

En l'espèce, une demande d'accès au scanner en octobre 2005 a fait l'objet d'une réponse négative de la part du directeur du centre hospitalier en mars 2006, suite à un avis défavorable du conseil des radiologues. De la même façon, une demande d'accès à l'IRM (accompagnée d'une nouvelle demande d'accès au scanner), transmise en novembre 2009, a fait l'objet d'un avis défavorable du GPIMBA en janvier 2010, sur la base du contentieux judiciaire en cours avec ses anciens associés et d'un second avis défavorable du conseil des radiologues arguant des conséquences sur la qualité de la prise en charge des patients du "caractère conflictuel généré par le praticien".

L'évaluation préliminaire réalisée par l'Autorité dans le cadre de sa décision n° 10-D-25 avait conclu à des positions de monopole respectives du scanner et de l'IRM sur le marché pertinent (voir la décision n° 06-D-36 du 6 décembre 2006 relative à des pratiques mises en œuvre par la société civile de moyens Imagerie Médicale du Nivolet). Elle avait également conduit à soulever des préoccupations de concurrence tenant à de possibles pratiques concertées entre le centre hospitalier et les praticiens ou à un éventuel abus de position dominante passant par des conditions d'accès discriminatoires.

Les préoccupations de concurrence exprimées par l'Autorité ont suscité de la part du centre hospitalier d'Arcachon, du GPIMBA et du Groupement de coopération sanitaire des propositions d'engagements en date du 24 juin 2011. Ces dernières portent sur de nouvelles conditions d'accès au scanner et à l'IRM. Après le test de marché et une négociation avec l'Autorité, des engagements définitifs furent transmis le 7 novembre 2011. Ils précisent notamment les compétences respectives du directeur du centre hospitalier et du conseil des radiologues, en matière d'accès au scanner, et du directeur du groupement de coopération sanitaire et du GPIMBA en matière de vacations pour l'IRM. Dans les deux cas, le circuit décisionnel et les modalités de traitement des demandes sont précisés. Les engagements conduisent à attribuer au directeur du centre hospitalier ou à l'administrateur du GCS le pouvoir décisionnel. Il s'agit également d'éviter d'éventuelles situations de blocage, résultant de la distribution des droits, et d'obliger les gestionnaires des équipements à motiver l'ensemble des décisions. De la même façon, des règles d'accès aux vacations de scanner et d'IRM sont fixées dans des conditions claires, objectives et transparentes. Les cas de refus sont encadrés (manquements aux obligations du médecin envers son patient ou envers les autres professionnels de la santé). S'agissant de l'accès à l'IRM, il est d'ailleurs à souligner que le praticien n'a nulle obligation d'intégrer le GPIMBA mais doit simplement être agréé par le GCS et conclure avec ce dernier un contrat de collaboration libérale. Enfin, un certain

nombre d'engagements portent sur les modalités d'attribution des vacations, sur leur réévaluation, sur les critères de priorité pour l'attribution de vacations en cas d'excès de demande tant pour le scanner que pour l'IRM ou encore sur les modalités de centralisation des demandes de rendez-vous pour ce dernier. La décision prise par l'Autorité rend ces derniers engagements obligatoires et clôt donc la saisine.

Un éclairage particulier sur la notion de facilités essentielles

S.W. Waller relevait récemment que malgré son rejet manifeste par la Cour suprême des États-Unis (*Verizon Communications Inc. v. Law Office of Curtis V. Trinko LLP*, 540 U.S. 398, 2004), la théorie des facilités essentielles survivait de façon implicite au travers des procédures négociées (S.W. Waller, "Access and Information Remedies in High Tech Antitrust", *Loyola University Chicago School of Law Research Paper*, n° 2011-018, 25 p.). Dans le cas d'espèce, la théorie semble également sous-jacente à la procédure d'engagements, sans qu'elle soit – à l'instar de la situation américaine – nommément citée. Les orientations et priorités de la Commission de février 2009 relatives au traitement des pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes n'utilisent d'ailleurs pas plus ce terme. Elles classent ces pratiques dans les refus de fournitures (voir F. Marty et J. Pillot, "Des critères d'application de la théorie des facilités essentielles dans le cadre de la politique de concurrence européenne", *Reflets et perspectives de la vie économique*, tome L, 2011/4, pp.197-221).

Dans la décision, l'Autorité s'appuie sur la décision n° 06-D-36 du Conseil prise pour l'IRM du Nivolet pour considérer que les deux équipements en cause sont en situation de monopole sur le marché des examens par scanner ou IRM effectués à titre libéral sur le territoire intermédiaire d'Arcachon. Le terme de facilité essentielle se voit donc substituer celui de monopole, en l'occurrence un monopole légal et non naturel, dans la mesure où, comme nous l'avons vu, l'installation de tels équipements lourds est encadrée et limitée par la carte sanitaire. Il convient d'ailleurs de relever que dans la décision relative au Nivolet, le Conseil avait souligné que l'atteinte à la concurrence, liée à des conditions d'accès discriminatoires entre praticiens et l'absence de critères clairs d'attribution des vacations (§ 152), pouvait être constatée indépendamment de la qualification des dites infrastructures comme essentielles (§ 153). Le Conseil s'appuyait en l'occurrence sur un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 juillet 1994 (société Elf Antar France et Total Réunion Comores), confirmant la décision n° 93-D-42 du 19 octobre 1993. Les deux sociétés, titulaires d'un droit d'occupation d'une partie de l'aéroport – par convention avec la CCI – exploitaient dans le cadre d'un GIE des infrastructures de stockage d'hydrocarbures. Le refus d'accès opposé à un tiers (comme utilisateur ou comme membre du GIE) était de nature à créer une barrière artificielle à l'entrée sur le marché – et constituait donc un abus de position dominante.

Pour les scanners et les IRM, l'existence d'une procédure administrative d'autorisation et d'installation de tels équipements constitue indubitablement une barrière à l'entrée sur le marché pour les radiologues libéraux.

F.M.

ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques” (2^{ème} considérant). Se succèdent ensuite diverses affaires de location de véhicules (Cons. conc., déc. n° 02-D-73 du 10 décembre 2002, rejet de plainte pour incompétence), de redevance trop élevée imposée à un chocolatier (Cons. conc., déc. n° 00-D-41 du 20 septembre 2000, rejet pour incompétence), de publicité (Cons. conc., déc. n° 03-D-25 du 28 mai 2003, rejet pour incompétence) ou de gestion des boutiques (Cons. conc., déc. n° 08-D-05 du 27 mars 2008, rejet pour défaut d’élément probant) ou encore de signalisation hôtelière (Cons. conc., déc. n° 98-D-77 du 15 décembre 1998, où ADP a été condamné pour abus de position dominante, voir l’arrêt de la Cour d’appel de Paris du 8 février 2000 et l’arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 2004).

Les pratiques reprochées à la Sogarel, qui exploite elle-même, dans ou autour de l'aérogare, 5 parkings d'environ 1 645 places au total pour un chiffre d'affaires associé de près de 2 millions d'euros en 2009 étaient de plusieurs ordres :

- restrictions d'accès de Park and Fly à une voie proche du "dépose-minute" ;
- discrimination quant à l'endroit où Park and Fly pouvait déposer ses clients en navette ;
- dénigrement par des agents de sécurité de l'aéroport et par l'usage de la mention du titre "officiel" pour qualifier les parkings de l'aéroport ;
- création et usage d'un site d'hameçonnage ;
- procédure abusive aboutissant à un harcèlement judiciaire de Park and Fly.

La position dominante voire monopolistique de la Sogarel ne faisait aucun doute sur un marché défini depuis de nombreuses années, dans les affaires précitées, comme celui des services de parkings de la zone aéroportuaire et de sa périphérie immédiate (§ 25 et 26).

Sur le premier sujet (§ 29 à 33), l'Autorité se place fort logiquement dans la ligne de l'arrêt du TC *Aéroports de Paris c/ TAT* précité ainsi que l'affaire plus récente concernant les Éditions Gisserot du 4 mai 2009 (Trib. confl., 4 mai 2009, n° C3714, obs. A. Wachsmann, cette chronique, *Concurrences* n° 4-2009, p. 115) et renvoie la question de l'accès à la "voie réservée aux professionnels" au juge administratif. Sur le second grief, l'Autorité de la concurrence fait l'effort d'analyser la zone dédiée aux navettes commerciales par opposition à celle accessible aux navettes dites de "service" (pour aider les handicapés notamment) et pour le transport du personnel navigant. Il en résulte qu'aucune discrimination n'a pu être constatée en égard aux statuts et fonctions différentes des navettes en cause (§ 34 à 39).

Parallèlement, le soi-disant dénigrement des agents de sécurité est écarté dans la mesure où le seul témoignage provenait de la mère du Directeur de Park and Fly, et encore rien ne prouvait (notamment aucun ticket) qu'elle ait utilisé les services de la société de son fils (§ 40 à 42)... Selon Park and Fly, le dénigrement provenait également de l'usage par la Sogarel du terme "officiel" dans la signalétique de ses 5 parkings. Ne voulait-on pas insinuer par là, que les autres parkings étaient, le cas échéant, clandestins ? C'était en tout cas la théorie de Park and Fly (§ 44). Sur ce grave sujet, l'Autorité de la concurrence développe plusieurs arguments et indique que la Sogarel a finalement supprimé ce terme, à quelques exceptions près (§ 49 et 50).

L'hameçonnage méritait-il une condamnation ?

Plus sérieux, le grief suivant mettait en relief le fait que la Sogarel avait lancé un site d'hameçonnage (terme utilisé pour la première fois par l'Autorité de la concurrence à notre connaissance). Pour les non-initiés, il s'agit de la création d'un faux site Internet, en l'espèce dénommé <http://park-fly.eu> (celui de Park and Fly étant intitulé <http://parkandfly.fr>) permettant de renvoyer à la page "parkings" de l'aéroport de Lille, en vue d'attirer la clientèle susceptible de se renseigner sur Park and Fly. S'il semble que la Sogarel ait invoqué la notion de "meet competition defence" (cf. 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 du 24 février 2009, Section III D, § 28 et 29), l'Autorité rejette cette justification (§ 52) sans pour autant considérer qu'il y a eu pratique abusive en l'espèce dans la mesure où le site avait été désactivé et l'hameçonnage n'ayant "*duré que quelques mois*" (§ 53). C'est ainsi sur la question des effets que se positionne l'Autorité en concluant que la pratique d'hameçonnage de la Sogarel "*compte tenu de sa durée et de sa portée très limitée, ne saurait avoir affecté de manière sensible le marché en cause*" (§ 54).

Enfin, l'Autorité de la concurrence écarte le dernier grief tiré d'un harcèlement judiciaire de la Sogarel à l'encontre de Park and Fly (§ 55 à 61). Rappelant sa pratique décisionnelle, qui s'inspire de la célèbre affaire européenne, *ITT Promedia NV/Belgacom* (TPI, 17 juillet 1998, *ITT Promedia c/ Commission*, aff. T-111/96), qui n'a d'ailleurs jamais trouvé à s'appliquer ni en Europe ni en France (voir Cons. conc., déc. n° 02-D-35 du 13 juin 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Spinevision), l'Autorité constate que le recours de la Sogarel contre le plaignant pour concurrence déloyale a été partiellement (nous n'en saurons pas plus) accueilli par le Tribunal de commerce de Lille et qu'il en découle que l'action en cause ne peut donc pas "être manifestement dépourvue de tout fondement, au point de ne pouvoir être raisonnablement considérée comme visant à faire valoir les droits de l'entreprise concernée" (§ 59).

Mais qu'en est-il si, en appel, la Cour infirme l'ensemble du premier jugement qui de ce fait se trouve intégralement invalidé, et les demandes de la Sogarel s'en trouvent infondées ? La protestation à ce sujet de Park and Fly n'a pas éveillé de mansuétude de la part de l'Autorité.

SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt public Champagne Ardenne et Cons. conc., déc. n° 04-D-44 du 15 septembre 2004 relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films). Pour mémoire, la dépendance économique est caractérisée par la réunion de quatre critères, d'application cumulative : la notoriété de l'entreprise en position de force, l'importance de sa part de marché, l'importance de sa part dans le chiffre d'affaires de la victime et enfin l'impossibilité pour la victime de trouver une solution commerciale équivalente (voir Aut. conc., déc. n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité).

Même si l'Autorité avait relevé dans son Avis précité qu'«une telle voie n'apparaît guère effective pour remédier aux préoccupations de concurrence» soulevées par certaines dispositions contractuelles (§ 209), il est considéré néanmoins dans l'évaluation préliminaire du dossier que le plaignant était susceptible de se trouver en état de dépendance économique à l'égard de Carrefour compte tenu, notamment, de la pénurie de locaux commerciaux résultant pour partie de l'existence de barrières réglementaires et économiques à la création de nouveaux magasins, des liens contractuels et capitalistiques le liant au groupe Carrefour, de leur taux d'approvisionnement d'environ 90 % auprès de ce même groupe et, enfin, de la notoriété et de la part de marché susceptible d'être détenue par Carrefour sur les marchés concernés par les pratiques (§ 33).

Or, toujours selon l'Autorité, la moindre visibilité de l'enseigne Champion, au profit de la nouvelle enseigne, malgré le contrat en cours avec le plaignant, pouvait s'analyser comme une pratique abusive dans la mesure où les conditions figurant dans le nouveau contrat de franchise *Carrefour Market* étaient plus strictes que celles qui prévalaient dans le contrat de franchise Champion. Les dispositions plus strictes critiquées par le plaignant prévoyaient ainsi une durée de contrat de 7 ans renouvelable par période de même durée, une clause de non-concurrence et de non-réaffiliation, un droit de priorité au profit de Carrefour sur la vente du fonds de commerce du franchisé et enfin, un droit d'entrée à paiement différé (§ 34 et 35).

C'est donc afin d'éviter un constat d'abus de dépendance économique que Carrefour a, en réponse aux préoccupations de concurrence exprimées, soumis plusieurs engagements visant à amender ses contrats et ainsi mettre un terme à la procédure.

Des engagements conformes aux recommandations de l'Autorité figurant dans l'Avis n° 10-A-26

Carrefour s'est ainsi engagé à proposer au plaignant un nouveau contrat de franchise *Carrefour Market*, contenant des conditions équivalentes à celles qui figuraient dans le contrat de franchise Champion. Dans le cadre de l'analyse de ces engagements, l'Autorité s'est également attachée à vérifier systématiquement que ces concessions soient conformes aux recommandations figurant dans son Avis.

→ L'aménagement de la durée du contrat

Afin d'offrir des conditions équivalentes à celles dont le plaignant bénéficiait auparavant, Carrefour s'est engagé à réduire la durée du contrat de franchise *Carrefour Market* (d'une durée initiale de 7 ans renouvelable par périodes successives de 7 ans) à une période de trois ans, renouvelable par périodes de même durée (§ 41). Comme le relève l'Autorité, cette durée de trois ans est compatible avec celle qui était préconisée dans son Avis. L'engagement de Carrefour va d'ailleurs même au-delà puisque, dans son Avis, l'Autorité recommandait une durée contractuelle de 5 ans au maximum (§ 222 de l'Avis).

→ La suppression de la clause de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelle

Toujours afin d'offrir des conditions équivalentes à celles figurant dans le contrat de franchise Champion, Carrefour s'est également engagé à supprimer toute clause de non-réaffiliation et de non-concurrence post-contractuelle (§ 42). Ainsi que le relève l'Autorité, un tel engagement est non seulement compatible avec les recommandations figurant dans l'Avis mais il va là aussi au-delà puisque l'Avis prévoyait simplement de limiter de telles stipulations à une durée d'un an et au seul magasin objet du contrat, dès lors que de telles clauses sont nécessaires «à la protection du savoir-faire, à la préservation de l'identité commune et de la réputation du réseau» (§ 228 de l'Avis).

→ L'aménagement du droit de priorité portant sur la vente du fonds de commerce

Alors que le contrat de franchise *Carrefour Market* accorde un droit de priorité au franchiseur pendant toute la durée du contrat et pendant les deux années suivant son expiration, Carrefour s'est engagé à prévoir que ce droit de priorité ne pourra s'exercer que pendant la durée du contrat. L'Autorité préconisait dans l'Avis (§ 69 et 79) de supprimer tout droit de priorité au profit des franchiseurs, sauf si ce dernier est, comme en l'espèce, propriétaire des murs du magasin et détient également une participation dans le capital de la société du franchisé. Dans une telle hypothèse, où le distributeur est un réel partenaire du développement du magasin indépendant, «l'existence d'un droit de priorité ou d'un dispositif assimilé au profit du franchiseur paraît justifiée» (§ 227 de l'Avis). L'engagement soumis par Carrefour s'inscrit donc bien dans cette situation spécifique, mais force est de constater qu'à l'heure où sont écrites ces lignes, le texte du projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, encore en débat au Parlement, prévoit l'interdiction pure et simple de tels droits de priorité (projet de loi adopté par le Sénat le 22 décembre 2011).

→ La suppression du droit d'entrée à paiement différé

Le contrat de franchise Champion ne comportant aucune obligation de verser un tel droit d'entrée, Carrefour s'est engagé à supprimer de son contrat de franchise *Carrefour Market* la stipulation prévoyant un droit d'entrée, exigible le jour où le contrat prend fin (§ 44). Là encore, l'Autorité prend le soin de vérifier qu'un tel engagement est bien en ligne avec l'Avis, qui prévoit de remplacer les paiements différés par des mécanismes d'étalement dans la durée du paiement de ce droit d'entrée (§ 229 de l'Avis).

→ La prise en charge d'une partie des coûts des travaux liés au changement d'enseigne

Carrefour s'est enfin engagé, notamment au regard de la situation potentiellement précaire du plaignant liée au non-renouvellement de son bail commercial, à prendre en charge 75 % du coût des travaux liés au changement d'enseigne et ce jusqu'à concurrence de 225 000 euros. Bien que cet engagement permette d'éviter que le changement d'enseigne se traduise par une augmentation des charges pesant sur le franchisé, on relèvera que seul cet engagement n'a pas pour objet d'aligner les dispositions du contrat de franchise *Carrefour Market* sur celles du contrat de franchise Champion, constituant ainsi une concession en tant que telle de la part de Carrefour.

Des engagements acceptés par l'Autorité mais jugés insuffisants par le plaignant

Les préoccupations de concurrence identifiées ne recouvrant pas l'intégralité des griefs formulés par le plaignant dans sa saisine, ce dernier a considéré fort logiquement que les engagements soumis par Carrefour étaient insuffisants.

Ainsi, *premièrement*, les engagements de Carrefour relatifs à la réduction de la durée du contrat à trois ans et la suppression des clauses de non-réaffiliation et du droit de priorité post-contractuel ne constitueraient nullement, selon le plaignant, des concessions tant que Carrefour maintiendrait sa volonté de ne pas renouveler le bail commercial du local à partir duquel était exploitée son activité. En effet, dans la mesure où la "procédure d'éviction" menée à son encontre aura abouti avant cette période de trois années, qu'il est matériellement impossible de se réinstaller à Paris et que le fonds de commerce est invendable en présence d'un risque d'éviction, le plaignant estimait que les engagements en cause n'avaient de sens que si, à titre complémentaire, Carrefour s'engageait également à renoncer à cette "procédure d'éviction" – en réalité le non-renouvellement de son bail commercial – ou, à défaut, que Carrefour lui fasse une offre de réinstallation dans des conditions équivalentes en mettant à sa disposition des locaux équivalents dans Paris intra-muros (§ 48 et 49).

Reprenant la solution retenue dans la décision précitée n° 11-D-04 en matière de mesures conservatoires, l'Autorité considère qu'un tel non-renouvellement n'est pas susceptible de s'analyser en un abus de dépendance économique dès lors que Carrefour ne faisait là qu'exercer le droit dont dispose chaque partie de mettre fin au contrat et que ce droit s'est exercé pour des motifs légitimes dans le respect des délais contractuels de préavis (l'Autorité se transformant au passage en juge du contrat). Aussi selon l'Autorité n'était-il pas légitime d'attendre de Carrefour qu'il prenne des engagements concernant le renouvellement du bail commercial (§ 54 à 56). Dans ce cadre, l'Autorité s'est également attachée à vérifier que l'interdépendance existant entre les différents contrats liant Carrefour à son franchisé n'avait pas pour effet de prolonger artificiellement la durée d'engagement de ce dernier, pour conclure qu'aucun abus ne pouvait être identifié à ce sujet, en particulier dès lors qu'il n'était pas démontré que le plaignant se trouvait déjà en situation de dépendance économique au moment de la signature des conventions en cause (§ 58 et 59).

Deuxièmement, le plaignant contestait la poursuite du paiement de redevances de franchise liées à l'enseigne Champion dont Carrefour avait cessé de faire la promotion ainsi que l'augmentation du montant des redevances de fidélité résultant du nouveau contrat de franchise *Carrefour Market* (§ 51). Dans la mesure cependant où les engagements proposés par Carrefour avaient précisément pour objet d'offrir au plaignant une solution équivalente à celle dont il bénéficiait lors de l'exploitation du contrat de franchise Champion, l'Autorité a estimé que la poursuite du paiement des redevances de franchise Champion ne saurait être regardée comme étant la manifestation d'un abus de dépendance économique (§ 82). S'agissant ensuite de l'examen du caractère excessif ou non du montant des redevances de fidélité applicables dans le cadre du contrat de franchise *Carrefour Market*, l'Autorité indique que de telles hausses n'étaient pas de nature à affecter le jeu de la concurrence et, refusant cette fois de s'ériger en juge du contrat, que cette appréciation relève davantage du juge commercial et des dispositions de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce (§ 85).

En dépit des objections du plaignant, l'Autorité conclut donc qu'il n'y avait pas lieu d'exiger d'engagements supplémentaires de la part de Carrefour.

Une décision qui s'inscrit dans un contexte légal et réglementaire encore mouvant

Si la présente Décision s'inscrit dans la droite ligne de l'Avis de l'Autorité, il convient cependant de rappeler que celle-ci s'intègre dans un contexte légal et réglementaire qui n'est pas encore totalement figé.

En effet tout d'abord, comme cela a été rappelé plus haut, est toujours en débat au Parlement le projet de Loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, dont l'article 1^{er} vise à lever les obstacles aux changements constatés dans le secteur de la distribution alimentaire de détail. Ainsi, même si le texte actuellement en discussion est proche des recommandations de l'Autorité, aucun texte définitif n'a encore été voté, maintenant le secteur dans une relative incertitude juridique.

Ensuite, on se souvient que l'Avis fait actuellement l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'État, qui a été initié par le groupe Leclerc. Bien qu'un avis de l'Autorité ne constitue pas une décision et ne soit donc pas, en principe, un acte susceptible de recours, seule l'issue de la procédure pendante devant le Conseil d'État permettra de confirmer que les recommandations de l'Autorité figurant dans l'Avis – il est vrai particulièrement comminatoires – ne s'analysent pas en une décision faisant grief.

Enfin, plus largement, on peut constater que le secteur de la distribution alimentaire est sous le feu des projecteurs de nombreuses autorités de concurrence européennes. En effet, on constate une multiplication des enquêtes sectorielles (Belgique, Danemark, Finlande, Italie, Lituanie, Portugal, Espagne, Islande, etc.), des affaires de pratiques anticoncurrentielles (Bulgarie, Allemagne, Espagne, Croatie, etc.) ou encore des interventions réglementaires et législatives

(Hongrie) dont l'issue pourrait également avoir pour effet de modifier le mode de fonctionnement du secteur (voir *ECN brief, extended issue 05/2011* et déjà pour une activité très fournie en 2009, obs. A. Wachsmann, cette chronique, *Concurrences* n° 4-2009, p. 112). Il semble cependant que la question des relations contractuelles unissant les têtes de réseau aux magasins indépendants reste l'apanage exclusif de l'Autorité.

Au cas présent, c'est en définitive par l'acceptation d'engagement classiques, consistant à modifier certaines dispositions contractuelles potentiellement anticoncurrentielles, qu'est close la présente procédure (voir également une pratique d'engagements déjà bien ancrée en France : Cons. conc., déc. n° 06-D-24 du 24 juillet 2006 "Festina France", déc. n° 06-D-01 du 7 février 2006, "NMPP", déc. n° 06-D-28 du 5 octobre 2006, "distribution sélective de matériels Hi-fi et Home cinéma", déc. n° 07-D-17 du 10 mai 2007, "exploitation de salles de cinéma", déc. n° 07-D-30 du 5 octobre 2007 "TDF", déc. n° 07-D-43 du 10 décembre 2007, "EDF" et 08-D-21 du 7 mai 2008 "France Télécom", et Aut. conc. déc. n° 09-D-27 du 30 juillet 2009 "Mutualité de La Réunion", déc. n° 09-D-32 du 26 octobre 2009 "Photomaton", déc. n° 10-D-01 du 11 janvier 2010 "distribution des iPhones", déc. n° 10-D-06 du 26 janvier 2010 "STGM", déc. n° 10-D-18 du 14 janvier 2010 dans le secteur des analyses vétérinaires bovines, déc. n° 10-D-27 du 15 septembre 2010 "Michelin", déc. n° 10-D-29 du 27 septembre 2010, "Eco-Emballages" et 11-D-08 du 27 avril 2011, "Accentiv/Kadéos").

Le classicisme des solutions retenues ne remet cependant pas en cause la nature plutôt équilibrée de cette décision, qui parvient à imposer certaines concessions à Carrefour sans donner totalement gain de cause au franchisé.

A. W. – J. M. ■

À noter

ABUS DE POSITION DOMINANTE – REJET DE PLAINTÉ – CONTRÔLE DU TRIBUNAL : Le Tribunal de l'UE juge que la Commission a pu refuser de poursuivre l'enquête sur des pratiques dont se plaignaient certains fabricants de cartouches d'encre pour imprimantes (*Trib. UE, 24 novembre 2011, EFIM c/ Commission, aff. T-296/09*)

Cet arrêt est traité dans la chronique Procédures. On peut observer que le Tribunal contrôle certains éléments de la définition du marché pertinent et de l'analyse concurrentielle pour parvenir à la conclusion que la Commission n'a pas commis d'erreur en retenant que la probabilité d'établir un abus était faible.

A.-L. S. ■

Concurrences est une revue trimestrielle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne 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 onze chroniques thématiques.

Editorial

Jacques Attali, Elie Cohen,
Laurent Cohen-Tanugi,
Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester,
Thierry Fossier, Eleanor Fox, Laurence Idot,
Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet,
Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac,
Mario Monti, Christine Varney, Bo
Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck...

Interview

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

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor, Dominique de
Gramont, Damien Géradin,
Christophe Lemaire, Ioannis Lianos,
Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis,
Joëlle Simon, Richard Whish...

Doctrines

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

Pratiques

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

Horizons

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

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné,
Laurent Flochel, Frédéric Jenny,
François Lévêque Penelope Papandropoulos,
Anne Perrot, Etienne Pfister,
Francesco Rosati, David Sevy,
David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Michel Debroux
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

Muriel Chagny, Mireille Dany
Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa
Marie-Claude Mitchell, Laurent Roberval

DISTRIBUTION

Nicolas Erese, Dominique Ferré
Didier Ferrié

CONCENTRATIONS

Dominique Berlin, Olivier Billiard
Jean-Mathieu Cot, Jacques Gunther
David Hull, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves Chérot
Jacques Derenne
Bruno Stromsky

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

Bertrand du Marais
Stéphane Rodrigues
Jean-Philippe Kovar

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Jean-Christophe Roda, Florian Bien
Silvia Pietrini

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John
François Souty
Stéphanie Yon

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

Institut de recherche en droit international
et européen de la Sorbonne (IREDIES)

Revue Concurrences | Review Concurrences

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
☐ Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	425 €	508,30 €
☐ Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	465 €	474,77 €
☐ Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	675 €	807,30 €
☐ 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

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

☐ Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	595 €	711,62 €
--	-------	----------

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

☐ Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)</i>	775 €	926,90 €
☐ Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) <i>1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)</i>	875 €	1046,50 €

Renseignements | Subscriber details

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

Formulaire à retourner à | Send your order to

Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: webmaster@concurrences.com

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. Tarifs 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 shipping outside France