Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Pratiques unilatérales

Chroniques

Concurrences N° 3-2016 | pp. 68-86

Frédéric Marty
frederic.marty@gredeg.cnrs.fr
Chargé de recherche CNRS, Université Côte d'Azur, CNRS, GREDEG, Nice

Anne-Lise Sibony
anne-lise.sibony@uclouvain.be
Professeure, Université Catholique de Louvain (UCL)
Professeure invitée, Université Panthéon-Assas

Anne Wachsmann
anne.wachsmann@linklaters.com
Avocat, Linklaters, Paris

INSTITUT de droit de la concurrence
Revues, conférences, bases de données

Pratiques unilatérales

Frédéric Marty
frederic.marty@gredeg.cnrs.fr
Chargé de recherche CNRS, Université Côte d'Azur, CNRS, GREDEG, Nice

Anne-Lise Sibony
anne-lise.sibony@uclouvain.be
Professeure, Université Catholique de Louvain (UCL)
Professeure invitée, Université Panthéon-Assas

Anne Wachsmann*
anne.wachsmann@linklaters.com
Avocat, Linklaters, Paris

1. Union européenne et AELE

68 La Cour de justice de l'AELE juge que l'article 54 du traité AELE (analogue de l'article 102 TFUE) est en principe applicable à une action de boycott initiée par un syndicat et mise en œuvre par une administration portuaire en vue d'amener un transitaire à faire appel aux prestations des dockers employés par l'administration du port
Cour de justice de l'AELE, 19 avril 2016, Holship Norge c/ Norsk Transportarbeidforbund, E-14/15

2. France

72 La Cour d'appel de Paris confirme la décision de l'Autorité de la concurrence, dans le secteur de la vente évènementielle, de ne pas renvoyer à l'instruction la recherche d'un marché pertinent insuffisamment défini, en raison de l'impossibilité qu'il y aurait aujourd'hui de le déterminer compte tenu de l'évolution du secteur
CA Paris, 12 mai 2016, Brandalley, RG n° 15/00301

74 La Cour d'appel de Paris réduit les sanctions pécuniaires infligées à xdes opérateurs téléphoniques pour différenciation tarifaire abusive entre les appels on-net et off-net
CA Paris, 19 mai 2016, Orange et SFR, RG n° 13/01006

79 L'Autorité de la concurrence sanctionne l'opérateur historique en matière de télédiffusion par voie hertzienne à hauteur de 20,6 millions d'euros pour des pratiques d'éviction anticoncurrentielles durant le déploiement de la TNT passant par des stratégies de dénigrement et la mise en œuvre de rabais de fidélité
Aut. conc., déc n° 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre

82 L'Autorité de la concurrence prononce des mesures conservatoires pour prévenir un éventuel effet d'éviction liées aux pratiques tarifaires de l'opérateur historique du secteur gazier
Aut. conc., déc. n° 16-MC-01 du 2 mai 2016 relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Direct Energie dans le secteur de l'énergie

84 L'Autorité de la concurrence s'autosaisit, à la suite de son rapport conjoint avec le Bundeskartellamt sur les politiques de concurrence et les données, pour rendre un avis sur le secteur de la publicité en ligne
Aut. conc., déc. n° 16-SOA-02 du 23 mai 2016 relative à une saisine d'office pour avis portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité en ligne

1. Union européenne et Association Européenne de Libre Échange (AELE)

Boycott – Port : La Cour de justice de l'AELE juge que l'article 54 du traité AELE (analogue de l'article 102 TFUE) est en principe applicable à une action de boycott initiée par un syndicat et mise en œuvre par une administration portuaire en vue d'amener un transitaire à faire appel aux prestations des dockers employés par l'administration du port
(Cour de justice de l'AELE, 19 avril 2016, Holship Norge c/ Norsk Transportarbeidforbund, E-14/15)

Depuis le Brexit, l'accord AELE suscite un intérêt renouvelé. Toutefois, c'est indépendamment du Brexit qu'il convient de rapporter l'arrêt de la Cour AELE dans l'affaire *Holship*. La Cour était saisie à titre préjudiciel par la Cour Suprême de Norvège dans une affaire qui amenait les juridictions nationales à se prononcer sur la légalité d'une action de boycott, tant au regard de l'article 53 AELE (identique à l'article 101 FTEU) que de l'article 54 AELE (équivalent à l'article 102 TFUE). Nous analyserons ici la partie de l'arrêt qui intéresse l'objet de cette chronique, laissant de côté les développements concernent le droit des ententes (v. par ailleurs la chronique Ententes dans ce numéro) comme ceux qui intéressent la liberté d'établissement.

Contexte : Le boycott des dockers norvégiens

Le boycott en question avait été initié par le syndicat norvégien des travailleurs du secteur des transports à l'encontre de *Holship*, un transitaire norvégien, filiale à 100 % d'une société danoise, dont les activités se déployaient entre autres dans le port de Drammen en Norvège. L'activité d'un transitaire consiste à organiser le transport de marchandises d'un point à un autre (sans être lui-même un prestataire de services de transport). À ce titre, *Holship* devait notamment s'assurer du déchargement et du chargement de marchandises dans le port de Drammen.

Cette société opérait sur place depuis plusieurs années et avait connu quelques difficultés au moment où son volume d'activité dans ce port s'était accru. À l'époque en effet, un seul docker travaillait à Drammen, ce qui s'était révélé insuffisant pour ses besoins. La société *Holship* avait alors fait appel à son propre personnel pour décharger et charger les bateaux qu'elle affrétait. Ceci n'avait pas été du goût du syndicat des travailleurs du secteur du transport, qui avait rappelé la société danoise à l'ordre par plusieurs courriers. Ceux-ci étant restés sans réponse, le syndicat avait initié une action de boycott et, en application du droit norvégien, demandé aux juridictions compétentes de constater la légalité de cette action.

Le syndicat se prévalait d'un accord cadre relatif à la rémunération des dockers. En réalité, cet accord ne porte pas exclusivement sur la rémunération. Il s'étend à de nombreuses autres conditions de travail des dockers. En particulier, une clause dite de priorité prévoit que le déchargement et le chargement des cargaisons transportées par des navires de plus de 50 tonnes est réservé aux dockers. Dans chaque port norvégien, un Bureau des Dockers est en charge de la mise en œuvre de cette clause. Plus précisément, le Bureau est l'employeur des dockers. Il les rémunère selon les termes de l'accord cadre et organise par ailleurs l'activité de déchargement et de chargement sur le port. Lorsqu'une entreprise a besoin de faire appel à de tels services, elle s'adresse au Bureau des

*Avec la participation de Nicolas Zacharie, avocat, Linklaters, Paris.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

Dockers, qui examine la demande. C'est seulement si le Bureau estime qu'il ne dispose pas des moyens de la satisfaire que l'entreprise est autorisée à faire appel à d'autres travailleurs, par exemple ses propres employés.

Le boycott décidé par le syndicat des travailleurs du secteur du transport n'aurait en lui-même pas pu tomber sous le coup des règles de concurrence, dès lors qu'un syndicat n'est pas une entreprise au sens de l'accord AELE, par plus qu'au sens des articles 101 et 102 FTUE. C'est en tant que le boycott est mis en œuvre par le Bureau des Dockers du port de Drammen, dont la nature juridique est qualifiée de *sui generis* dans l'arrêt, que sa légalité est mise en cause au regard des articles 53 et 54 AELE. Après que le boycott a été reconnu légal tant en première instance qu'en appel, la Cour suprême norvégienne s'interroge en effet sur le point de savoir si le dispositif ne viole pas les règles de concurrence. En particulier, la Cour AELE n'exclut pas que le boycott puisse constituer un abus de position dominante de la part du Bureau des Dockers.

La possibilité d'un abus : Le comportement du Bureau des Dockers restreint la concurrence

S'agissant d'un arrêt rendu à titre préjudiciel, la Cour AELE n'applique pas le droit aux faits, et, partant, ne tranche pas la question de savoir si le boycott mis en œuvre par le Bureau des Dockers de Drammen constitue ou non un abus de position dominante. Il ressort toutefois clairement de l'arrêt que cette qualification n'est pas du tout exclue. La Cour AELE, après avoir tranché en faveur de l'applicabilité des règles de concurrence, adresse à la juridiction de renvoi un guide de l'application de l'article 54 AELE (dont le texte est identique à celui de l'article 102 TFUE à l'exception des mots qui désignent le territoire dans lequel le commerce doit pouvoir être affecté par le comportement en cause). Elle passe ainsi en revue la qualification d'entreprise, l'affectation du commerce, le marché en cause, l'existence d'une position dominante, la caractérisation d'un abus et les possibles justifications du comportement.

Applicabilité *ratione materiae* des règles de concurrence à la clause de préférence

Tout d'abord, la Cour AELE considère qu'un accord cadre tel celui en cause au principal n'est pas exempté de l'application des règles de concurrence. Elle s'appuie notamment sur l'arrêt *Albany* (C-67/96, EU :C :1999 :430, pt 59), dans lequel la Cour de justice avait jugé, à propos d'un mécanisme d'affiliation obligatoire à un fonds de pension, que "Certes, certains effets restrictifs de la concurrence sont inhérents aux accords collectifs conclus entre organisations représentatives des employeurs et des travailleurs. Toutefois, les objectifs de politique sociale poursuivis par de tels accords seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l'article [101], paragraphe 1, du traité dans la recherche en commun de mesures destinées à améliorer les conditions d'emploi et de travail". Les juges de la Cour AELE s'appuient aussi sur leur propre jurisprudence (*Landsorganisasjonen i Norge*, aff. E-8/00, Recueil EFTA [2002] 114) pour estimer que l'objet de l'accord cadre en cause dépasse l'amélioration des conditions de travail et, plus généralement, l'objet spécifique des négociations collectives. La Cour en déduit que les effets d'un tel accord sur la concurrence ne peuvent être considérés comme inhérents à un accord collectif et doivent dès lors être examinés au regard des règles de concurrence (pts 50 et s.). Plus précisément, la Cour est d'avis que l'exemption des accords collectifs ne couvre pas la clause de priorité en cause en l'espèce. Tant l'article 53 que l'article 54 AELE (*mutatis mutandis* 101 et 102 TFUE) trouvent donc en principe à s'appliquer.

Application *ratione personae* des règles de concurrence : Le Bureau des Dockers est-il une entreprise ?

Tout en affirmant (pt 58) qu'il appartient à la juridiction de renvoi de qualifier ou non le Bureau des Dockers d'entreprise, la Cour AELE semble avoir son avis sur la question. En effet, au point 49 de l'arrêt dans le passage consacré à l'applicabilité *ratione materiae* des règles de concurrence, la Cour analyse le but exact du boycott et le mécanisme qui le sous-tend. Dans ce contexte, elle constate une imbrication entre, d'une part l'action d'un syndicat dans le but de défendre les intérêts des travailleurs (action en principe non soumise aux règles de concurrence) et, d'autre part, le comportement du Bureau des Dockers vis-à-vis de ses clients potentiels (comportement sur un marché, en principe soumis aux règles de concurrence). "Cette conjonction", écrit la Cour, "est possible lorsque, comme ici, un syndicat participe à la gestion d'une *entreprise*" (nous traduisons et soulignons). En outre, dans le passage traitant explicitement de la notion d'entreprise, la Cour ajoute que le Bureau des Dockers se livre à une activité économique consistant dans l'offre de services de manutention sur le port de Drammen (pts 70-71). Comme la Cour de justice dans l'arrêt *Motoe* (C-49/07, EU:C:2008:376, cette chronique, *Concurrences* n° 4-2008, p. 87), la Cour AELE ajoute que le fait que le Bureau des Dockers soit une entité à but non lucratif est sans incidence dès lors qu'elle est en concurrence, au moins potentiellement avec d'autres prestataires de services (pt 71). La Cour ajoute également des précisions sur les circonstances dans lesquelles un syndicat peut être qualifié d'entreprise (pt 73), mais cela semble superflu, du moins pour l'analyse de l'abus, dès lors qu'il paraît clair que c'est le bureau des Dockers qui se livre à un comportement unilatéral qui restreint la concurrence.

Il paraît donc plus que probable que la juridiction de renvoi qualifie le Bureau des Dockers d'entreprise, ce d'autant que telle était probablement son inclination initiale, sans quoi elle n'aurait sans doute pas interrogé la Cour AELE sur l'application des règles de concurrence.

Le statut de manutentionnaire préférentiel dans un port affecte-t-il sensiblement le commerce ?

Il est également assez peu douteux que la condition d'affectation substantielle du commerce entre États membres de l'AELE sera considérée comme satisfaite par le juge

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

de renvoi. En effet, l'activité en cause a par nature directement trait au transport de marchandises, y compris le transport transfrontalier. À cet égard, la Cour se contente de rappeler qu'une affectation potentielle suffit et invite le juge norvégien à tenir compte des développements prévisibles (pt. 77).

Marché pertinent à déterminer et position dominante

La position du Bureau des Dockers serait très probablement dominante si le marché géographique était restreint au port de Drammen. En effet, il est constant que la majorité des entreprises qui y opèrent, à la différence de *Holship*, sont parties à l'accord cadre et respectent la clause de priorité, c'est à dire font appel aux dockers locaux dans toute la mesure de la disponibilité de ceux-ci. Toutefois, il appartiendra à la Cour de renvoi de vérifier l'étendue du marché géographique des services de manutention portuaire. La Cour AELE précise à cet égard que la juridiction de renvoi devra examiner si les entreprises clientes potentielles du Bureau des Dockers de Drammen utilisent également d'autres ports. Elle souligne également que la Cour de renvoi ne devra pas omettre de qualifier le marché qu'elle aura déterminé de partie substantielle du territoire de l'Espace Économique Européen. Sous réserve que toutes ces étapes soient franchies, la Cour de renvoi devra ensuite examiner le caractère abusif de la clause de préférence stipulée dans l'accord cadre en faveur du Bureau des Dockers.

La clause de préférence est-elle abusive ?

S'appuyant sur sa propre jurisprudence, la Cour AELE égraine les éléments habituels qui caractérisent un abus. La juridiction de renvoi devra, premièrement, caractériser un comportement qui porte atteinte aux consommateurs soit directement, soit à travers son effet sur "le jeu de la concurrence" (pt. 87). La Cour reprend ici la formulation de l'arrêt *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, pt. 20) et non celle plus ancienne et plus structuraliste de l'arrêt *Hoffmann-La-Roche* (v. cette chronique, *Concurrences* n° 2-2012, p. 63). Elle devra, en second lieu, tenir compte de la responsabilité spéciale qui incombe à une entreprise en position dominante et se demander, en troisième lieu, si son comportement restreint par des moyens autres que ceux qui caractérisent une concurrence normale le degré de concurrence encore existant sur le marché ou limite le développement de cette concurrence (pt 98).

Ces critères généraux étant notoirement difficiles à appliquer, la Cour AELE précise quels types d'abus il conviendrait plus particulièrement de rechercher. À cet égard, elle évoque trois possibilités. En premier lieu, elle retient la suggestion de l'Autorité de surveillance AELE, qui se référait à l'arrêt *Hoffmann-La-Roche* (85/76, EU:C:1979:36, pt 89). Reprenant cette référence, la Cour AELE rappelle que le fait pour une entreprise en position dominante d'exiger de ses acheteurs qu'ils s'approvisionnent pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès d'elle constitue une exploitation abusive d'une position dominante (pt. 90). En second lieu, l'arrêt mentionne deux autres pistes inspirées de l'arrêt *Merci* rendu à propos de services de déchargement et chargement dans le port de Gênes (C-179/90, EU:C:1991:464) : le comportement du Bureau des Dockers pourrait être considéré comme abusif en ce qu'il aboutit à des prix disproportionnés par rapport aux services rendus (art. 54 / 102 sous a) et/ou à empêcher l'utilisation de techniques modernes (art. 54 / 102 sous b). La Cour AELE renvoie naturellement l'appréciation des faits au juge national.

Improbable justification tirée de l'intérêt des travailleurs

Anticipant peut-être sur la qualification d'abus, elle précise encore que le juge devra donner au Bureau des Dockers l'occasion de faire valoir des justifications de son comportement. Est-ce parce que la Cour pressent les difficultés de nature politique auxquelles le juge norvégien pourrait être confronté ? Toujours est-il qu'elle préjuge à peu de chose près du traitement à réserver aux justifications qui pourraient être avancées. Dans une formule assez lapidaire, la Cour estime que "dans le cas présent, il paraît difficile de conclure que le comportement du Bureau des Dockers était objectivement nécessaire ou que les effets d'exclusion qu'il produit puissent être contrebalancés ou compensés par des avantages ou des gains d'efficiences" (pt. 96, nous traduisons).

En d'autres termes, voici une organisation quasi administrative protégeant l'emploi des dockers dans un port virtuellement accusée d'abus de position dominante. Gageons que si les juridictions norvégiennes (la Cour suprême va probablement devoir renvoyer l'affaire à un juge du fait) suivent les indications de la Cour AELE dans le présent arrêt, l'accord de libre-échange européen n'en ressortira pas plus populaire auprès des syndicalistes norvégiens. Cette affaire pourrait du reste alimenter le débat au-delà des spécialistes du droit de la concurrence, auxquels l'arrêt ne paraitra pas remarquable. L'Union norvégienne des syndicats (LO), qui s'inquiète du *dumping* social, envisage en effet justement de débattre d'une éventuelle sortie de l'AELE lors de son prochain congrès.

A.-L. S. ■

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

À NOTER

Éviction abusive – Engagements – Opérateur historique – Ferroviaire – Remises de fidélité : La Commission européenne met un terme anticipé aux engagements de l'opérateur historique ferroviaire allemand pris dans l'affaire de l'approvisionnement électrique

(Comm. eur., déc. venant mettre un terme anticipé aux engagements de Deutsche Bahn, 8 avril 2016, affaires AT.39678 et AT.39731 Deutsche Bahn I et II)

Une décision de la Commission européenne à noter venant mettre un terme anticipé aux engagements souscrits par les filiales énergie de la *Deutsche Bahn* (*DB Energie* et *DG Mobility Logistics*), l'opérateur historique allemand du secteur des chemins de fer. Les engagements en question avaient été rendus obligatoires par une décision de la Commission en date du 18 décembre 2013 (décision C(2013)9194 final). Ces engagements, proposés par *DB* et alors commentés dans cette chronique (*Concurrences* n° 4-2013, pp. 85-86), venaient mettre fin, sur la base de l'article 9 du Règlement 1/2003, à une procédure ouverte par la Commission sur la base de préoccupations de concurrence liées à un possible ciseau tarifaire dans le secteur de la fourniture d'énergie et de services de traction pour les entreprises souhaitant accéder au réseau de *DB*.

Les engagements permettaient à de nouveaux entrants sur le marché de s'approvisionner auprès d'autres producteurs d'énergie que la filiale de *DB* et de ne plus voir leur compétitivité par rapport à celle-ci réduite par un mécanisme de remises de fidélité qui avait pour effet d'avantager l'opérateur historique dans ses activités de fret et de transport passagers longue distance du fait de sa plus forte part de marché.

Les engagements rendus obligatoires par la décision de décembre 2013 devaient couvrir une période de cinq ans. Cependant, une clause prévoyait une possible terminaison anticipée dès lors que la part de marché de *DB* concernant l'énergie nécessaire pour des services de traction chuterait à moins de 75% sur une période d'un an. Le tiers superviseur des engagements (le *trustee*) signifia le 5 février 2016 que la part de marché de *DB* avait chu en deçà de ce seuil en 2015, ce qui conduisit à la décision rendue par la Commission.

Ce cas témoigne, au point de vue théorique, de l'importance de l'analyse *ex post* des engagements pour jauger de leurs effets sur le marché. Il témoigne également au point de vue pratique de la flexibilité propre à ces dispositifs. La question de leur proportionnalité ne peut être traitée que sur la base du seul examen des engagements souscrits lors de la décision. Dès lors que des clauses de terminaison anticipées peuvent être activités, les risques d'*overfixing* au sens de Farrell (Joseph Farrell, (2003), "Negotiation and Merger Remedies: Some Problems" *in Merger Remedies in U.S. and EU Competition Law*, F. Lévêque and H.A. Shelanski, eds. London, Edward Elgar, p. 95-105), peuvent être limités. Enfin, un dernier point doit être relevé. Il tient à l'importance du test de marché. Les engagements initiaux de *DB* prévoyaient une terminaison anticipée dès lors que 20% du marché "contestable" (i.e. celui de la fourniture d'électricité) passerait à des firmes concurrentes. Les parties intéressées répondirent que ce seuil était trop bas. Il suffisait que trois à quatre des plus grands concurrents de *DB* sur le marché du transport ferroviaire passent à un de ses concurrents sur le marché de la fourniture électrique. Or du fait des spécificités de ce marché (la fréquence est propre au réseau ferroviaire avec 16,7 Hz), ce basculement ne permettrait l'entrée efficace que d'un seul concurrent avant que les engagements ne disparaissent. La décision finale, une fois les propositions d'engagements révisées, porta le seuil à 25%. Il convient donc de souligner l'importance des tests dans un contexte d'information incomplète et asymétrique qui peut faire craindre que les engagements ne soient choisis de façon trop systématique et avec une sévérité insuffisante (voir sur ce point A. Gautier and N. Petit, (2015), "Optimal Enforcement of Competition Policy: The Commitments Procedure Under Uncertainty" Available at SSRN: http://ssrn.com/abstract=2509729). Un tel risque est d'autant plus à souligner qu'il s'agit d'un cas de compression des marges qui aurait aisément pu donner lieu à une décision de sanction sur la base de l'article 7 du Règlement.

Il est intéressant à ce titre de revenir à la décision du 18 décembre 2013. Le test du concurrent aussi efficace avait été mis en œuvre par la Commission pour jauger des risques d'éviction liés à ce mécanisme de remises. Elle avait conclu de ce test qu'un tel concurrent n'aurait pu opérer profitablement sur la période 2003-2011. Elle avait accompagné cette première analyse menée sur la base des coûts par une analyse des effets sur le marché. Elle avait souligné qu'une possible éviction serait particulièrement grave au vu du statut d'opérateur historique de *DB*, du faible poids relatif des nouveaux entrants et du contexte d'ouverture du marché à la concurrence. En l'absence de toute justification objective de la part de l'ancien titulaire de droits exclusifs, une sanction sur la base de l'article 7 aurait pu être d'un montant significatif. Le fait que les engagements, qui ont permis à *DB* d'échapper à cette éventuelle amende, aient pu être levés si rapidement peut soit démontrer leur efficacité, soit être de nature à susciter des interrogations quant à l'effet dissuasif d'une politique de concurrence optant pour des remèdes négociés dans des situations où l'imposition de sanctions pécuniaires serait *a priori* envisageable.

F. M. ■

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

Éviction abusive – Effet de levier – Verrouillage anticoncurrentiel – Exclusivité : La Commission européenne notifie des griefs à l'opérateur dominant sur le marché des systèmes d'exploitation pour téléphone mobile sur la base de l'article 102 *(Comm. eur. Communiqué de presse IP/16/1492, "la Commission adresse à Google une communication des griefs concernant le système d'exploitation et les applications Android")*

La Commission européenne a communiqué le 20 avril dernier des griefs à *Google* quant à de possibles effets d'éviction résultant de ses pratiques de marché dans le domaine des systèmes d'exploitation et des applications pour téléphones mobiles. Pour la Commission, qui a ouvert une procédure en avril 2015, *Google* aurait pu abuser de la position dominante de son système d'exploitation Android pour imposer des restrictions aux autres acteurs de l'écosystème.

La Commission part de la position dominante de la firme de Mountain View sur le marché des services de recherche sur Internet, sur celui des systèmes d'exploitation pour téléphones cellulaires et sur celui des boutiques en ligne pour applications fonctionnant sous le dit système Android. Les quelques 90% de parts de marché sur les services de recherche et sur les systèmes d'exploitation pour téléphones intelligents et tablettes d'"entrée de gamme" permettraient à *Google* de bénéficier d'une protection de sa position au travers d'effets de réseaux. Les développeurs d'applications privilégient en effet le système d'application dominant. Cet effet protège en retour sa position dominante en amont.

De plus, la pré-installation d'Android sur les terminaux est de nature à renforcer cette position, notamment en accroissant les coûts de changements pour utilisateurs qui souhaiteraient opter pour un système d'exploitation alternatif. Cet éventuel effet de verrouillage est encore renforcé, selon la Commission, par la pré-installation de la boutique d'applications en ligne de *Google* "Play Store". Il est, qui plus est, impossible pour un utilisateur de télécharger sur son mobile une autre application de boutique en ligne depuis ce même Play Store. La Commission relève également un éventuel effet de *bundling* au travers la pré-installation obligatoire sur les terminaux fonctionnant sous Android de son navigateur Chrome. Outre les effets de consolidation de la position dominante décrits *supra*, il apparaît que les pratiques mises en œuvre par *Google* pourraient être de nature à réduire la liberté de choix des fabricants de terminaux en matière de choix des applications et donc en retour restreindre les capacités des consommateurs à arbitrer librement entre différentes applications. Il ne s'agit donc pas seulement d'une question d'effets nets sur le bien-être du consommateur mais de liberté d'accès au marché pour les concurrents de *Google* tant sur les marchés aval qu'amont et de liberté de choix pour les utilisateurs. Un autre aspect de la communication des griefs illustre bien cette question de la liberté de choix, il s'agit de l'interdiction faite aux fabricants de terminaux d'opter pour une version modifiée d'Android (*fork Android*). L'objectif est d'éviter une possible fragmentation du système d'exploitation et de ses applications. Une telle pratique a également pour effet de restreindre les capacités de ses concurrents, notamment sur le marché des applications et des moteurs de recherche sur Internet, d'accéder au marché. Dernier point, et non des moindres, l'effet de silo induit par ces pratiques serait encore renforcé, selon les griefs transmis par la Commission, par le versement d'incitations financières aux principaux constructeurs de terminaux pour que ces derniers installent *exclusivement* le moteur de recherche de *Google*. L'effet de forclusion pourrait dès lors être significativement renforcé.

F. M. ■

2. France

Marché pertinent – Ventes évènementielles en ligne – Absence de renvoi à l'instruction – Confirmation : La Cour d'appel de Paris confirme la décision de l'Autorité de la concurrence, dans le secteur de la vente évènementielle, de ne pas renvoyer à l'instruction la recherche d'un marché pertinent insuffisamment défini, en raison de l'impossibilité qu'il y aurait aujourd'hui de le déterminer compte tenu de l'évolution du secteur *(CA Paris, 12 mai 2016, Brandalley, RG n° 15/00301)*

Dans le secteur de la vente évènementielle en ligne, l'Autorité de la concurrence ("l'Autorité") n'avait pas hésité à s'appuyer sur les défauts de l'instruction pour mettre fin à une procédure (Aut. conc., déc. n° 14-D-18 du 28 nov. 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente évènementielle en ligne, comm. A. Wachsmann, *Concurrences* n° 1-2015, p. 107). Elle se trouve aujourd'hui confortée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 12 mai 2016.

Cette affaire concernait la société *Vente-privée.com*, créée en 2001 et active dans le secteur de la vente évènementielle en ligne, qui est une forme de déstockage en ligne d'invendus. Elle y était restée le seul acteur en France dans les années 2005/2007 jusqu'à l'arrivée de plusieurs concurrents tels que, pour les plus connus, les sociétés *Brandalley*, *Bazarchic* ou encore *Showroomprive.com*.

C'est l'un de ces concurrents, la société *Brandalley*, qui avait déposé une plainte devant l'Autorité, en reprochant à *Vente-privée.com* d'avoir imposé aux grandes marques des clauses d'exclusivité qui, cumulées, auraient produit des effets de forclusion. Ces clauses avaient d'ailleurs été mises en place par *Vente-privée.com* après l'arrivée de ses concurrents (les premières examinées par l'Autorité datant de 2007), leur nombre et leur durée effective ayant fortement décrus à partir de 2009, date qui coïncide avec celle de la plainte de *Brandalley*.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

Toute la problématique dans cette affaire concernait la détermination du marché pertinent, même si l'Autorité avait tout de même pris la peine de faire un examen rapide au fond desdites clauses d'exclusivité. L'Autorité avait surtout critiqué l'analyse menée par les services d'instruction sur la détermination du marché pertinent, leur reprochant un examen insuffisant de la substituabilité des services proposés par la vente évènementielle en ligne avec les autres canaux de déstockage physique ou en ligne.

L'Autorité n'avait cependant pas renvoyé l'affaire à l'instruction en vue d'établir plus précisément le marché pertinent, se justifiant, en un seul paragraphe, de la manière suivante : "Ce constat s'impose uniquement pour la période visée par le grief notifié (2005-2011). Les caractéristiques et les spécificités de la vente évènementielle en ligne ayant évolué au cours de la période, notamment avec l'essor des sites de e-commerce proposant une offre de déstockage, les possibilités de substitution, notamment du côté de la demande, sont susceptibles d'avoir évolué. Dès lors, il n'est plus concevable, à ce jour, d'analyser la substituabilité du côté de la demande pour la période visée par le grief notifié. En effet, la perception contemporaine qu'ont les acteurs du marché sur les possibilités de substitution qui leur étaient offertes ou qu'ils considéraient comme telles il y a près d'une décennie ne pourrait être considérée aujourd'hui comme suffisamment fiable" (pt. 115 de la décision).

Brandalley, en parallèle de *Showroomprive.com*, intervenue volontairement devant la Cour d'appel, a donc tenté de faire annuler la décision de l'Autorité par des arguments concernant la définition du marché pertinent et le refus de renvoyer l'affaire à l'instruction.

Les sociétés *Brandalley* et *Showroomprive.com* ont tout d'abord avancé quelques points de procédure. Pour l'essentiel, elles considéraient que l'Autorité n'a pas la possibilité de ne pas renvoyer à l'instruction dans les circonstances de l'espèce et serait donc dans l'obligation de renvoyer une affaire à l'instruction en cas d'insuffisance de cette dernière. Un tel argument est, sans surprise, rapidement écarté par la Cour d'appel, tant il apparaît contraire notamment à l'article R.463-7 du code de commerce qui dispose que l'Autorité "peut décider" de renvoyer l'affaire en tout ou partie à l'instruction (p. 7).

En réalité, la véritable question était bien de savoir si la position de l'Autorité était justifiable en l'espèce. Sur ce point, les trois autres moyens soulevés par *Brandalley* et *Showroomprive.com* présentent plus d'intérêts.

L'Autorité a examiné la définition du marché pertinent…

En premier lieu, *Brandalley* et *Showroomprive.com* reprochent à l'Autorité de ne pas avoir procédé à une analyse du marché pertinent.

Pour la Cour d'appel, un tel argument ne pouvait prospérer puisque précisément l'Autorité avait analysé, au vue des éléments du dossier, la définition du marché pertinent. Sans le dire explicitement, la Cour d'appel considère donc que l'examen des éléments du dossier suffit, et ce n'est pas parce que l'Autorité ne peut établir de manière certaine la délimitation du marché pertinent – faute d'éléments suffisants – qu'elle n'a rien fait.

… pour rejeter l'ensemble des éléments retenus par les services d'instruction

En deuxième lieu, la Cour d'appel, à l'invitation des sociétés *Brandalley* et *Showroomprive.com*, examine les éléments retenus par l'Autorité dans sa décision pour l'examen de la définition du marché pertinent.

Tout d'abord, *Showroomprive.com* reprochait à l'Autorité de confondre les notions de "substituabilité" et de "pression concurrentielle", seule la première notion constituant le critère déterminant du marché pertinent. Or, la Cour d'appel relève qu'après avoir correctement rappelé les critères de définition du marché pertinent, l'Autorité n'avait utilisé celui de la "pression concurrentielle" que dans la mesure où il permettait d'identifier "l'éventuelle réaction des consommateurs à des variations de leur prix" (p. 7 et 8).

Ensuite, le débat s'est porté sur la pratique décisionnelle de l'Autorité et le fait de déterminer si les canaux de distribution physique et les canaux de distribution en ligne sont ou ne sont pas suffisamment substituables.

Pour la Cour d'appel, "il ne ressort nullement de la pratique décisionnelle de l'Autorité que celle-ci aurait considéré, de façon générale et absolue, que les canaux de distribution physiques et les canaux de distribution en ligne constitueraient par principe et dans tous les cas des marchés distincts portant sur des produits ou services non substituables entre eux" (p. 8). La réponse à cette question essentielle – et toujours d'actualité – n'est donc, pour la Cour d'appel, en rien figée dans le marbre.

Or, la Cour d'appel considère que les "canaux de distribution de stocks d'invendus, n'établissent pas, par eux-mêmes, une absence de substituabilité, alors que les autres éléments allégués de segmentation (…) ne suffisent pas plus à identifier un marché pertinent" (p. 8).

Ainsi, ce n'est pas parce que des services proposés sont différents qu'ils ne peuvent être substituables entre eux. Au demeurant, l'Autorité, suivie par la Cour d'appel, a démontré dans sa décision que la vente évènementielle en ligne ne présentait pas un caractère si spécifique, comparé aux autres formes de déstockages, qu'ils soient en ligne ou non.

Ainsi, la Cour d'appel reprend les critères distinctifs avancés par *Brandalley* et *Showroomprive.com* pour relever que l'Autorité, à chaque fois, y a répondu en les relativisant, en s'appuyant sur une argumentation factuelle solide (p. 9 et 10) :

– le niveau "attractif" des prix pratiqués n'est pas si marqué, selon des données chiffrées utilisées par l'Autorité ;

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

– la confidentialité de la vente est à relativiser puisqu'il n'y a plus de condition de parrainage et que les sites peuvent regrouper plusieurs millions de membres ;

– le positionnement "haut de gamme" est également partagé par d'autres canaux de distribution ;

– la logique d'"achat d'impulsion" est contredite par le fait que la plupart des acheteurs comparent les prix avant d'acheter ;

– la profondeur et la largeur du stock existe également au niveau des magasins physiques de déstockage ;

– l'idée d'un maintien de la qualité de l'image des fournisseurs ne reposait que sur certaines déclarations non corroborées par d'autres indices convergents ; et

– l'absence de contraintes logistiques de la vente physique alors même que les canaux de vente en ligne supportent eux-aussi d'importants investissements spécifiques, notamment informatiques.

Enfin, la société *Showroomprive.com* reprochait à l'Autorité de ne pas avoir examiné la nature biface de la vente évènementielle en ligne. La Cour d'appel relève cependant que ce point avait été examiné par les services d'instruction tant dans la notification de griefs que du rapport, l'Autorité l'ayant ensuite envisagé dans sa décision (p. 10).

Pour la Cour d'appel, l'Autorité a suffisamment démontré le caractère vain de la recherche du marché pertinent, justifiant l'absence de renvoi à l'instruction

Enfin, il restait à la Cour d'appel de se prononcer sur l'absence de renvoi à l'instruction.

Sur ce point, elle reprend les arguments de l'Autorité concluant à caractère vain de la recherche du marché pertinent : l'évolution rapide du marché et les importantes évolutions technologiques du secteur ont impacté les comportements d'achat des consommateurs de telle manière que "de ces mutations, il résulte qu'il ne serait plus possible d'identifier et de porter une appréciation rétrospective sur des comportements passés, et aujourd'hui différents, des consommateurs" (p. 11).

Il faut noter que la Cour d'appel prend soin de rappeler que ces éléments avaient été soulignés dans la notification de griefs et elle précise que l'Autorité a fourni, dans le cadre de la procédure d'appel, des données quantitatives pour étayer cette analyse.

C'est donc un principe de réalisme qui est ici consacré par la Cour d'appel : puisque la délimitation du marché pertinent est considérée comme impossible eu égard au temps passé et l'évolution du secteur, il est alors logique de ne pas renvoyer cette affaire à une inutile instruction supplémentaire.

A. W. – N. Z. ■

Ciseau tarifaire – Différenciation tarifaire abusive – Discrimination – Augmentation des coûts des concurrents : La Cour d'appel de Paris réduit les sanctions pécuniaires infligées à des opérateurs téléphoniques pour différenciation tarifaire abusive entre les appels on-net et off-net *(CA Paris, 19 mai 2016, Orange et SFR, RG n° 13/01006)*

Le droit de l'abus de position dominante doit décidément beaucoup à l'ouverture à la concurrence dans le secteur des télécoms. Cette fois, il s'agit de pratiques qui ont eu lieu en France métropolitaine, entre 2005 et 2011. À l'époque, les opérateurs de téléphonie mobile offraient des abonnements distinguant les appels dit *on-net* (appels entre abonnés du même opérateur) et les appels *off-net* (appels vers un abonné d'un autre opérateur que celui de l'appelant). Selon des formules diverses, les appels *on-net* étaient "illimités" tandis que les appels *off-net* étaient décomptés d'un forfait. En réalité, les appels *on-net* n'étaient pas réellement illimités, ou plutôt ils l'étaient… dans certaines limites temporelles (soir et week-end par exemple) ou quantitatives (par exemple pour trois numéros de membres de la "tribu" de l'abonné). Il n'en reste pas moins que ces offres dites "d'abondance" réservaient un traitement différencié aux appels *on-net* et aux appels *off-net*, en créant précisément pour l'abonné un sentiment d'abondance pour les premiers et un sentiment de rareté pour les seconds.

Situation inédite : Une différenciation tarifaire implicite

Cette caractéristique était *a priori* difficile à saisir au regard des catégories habituelles du droit de la concurrence, car il ne s'agissait pas d'une différence de prix nominal. Contrairement aux situations envisagées dans d'autres affaires, les opérateurs ne facturaient pas dans le cas présent un prix par minute pour les appels *off-net* et un autre pour les appels *on-net* (pour l'hypothèse de différenciation tarifaire nominale, v. par exemple CA Paris, 4 juill. 2013, *Orange Caraïbe*, RG 2012/05160, cette chronique, *Concurrences* n° 4-2013, p. 87 et Cass. com., 6 janv. 2015, *Orange Caraïbe*, n° 13-21305 13-22477, cette chronique, *Concurrences* n° 2-2015, p. 94 et Aut. conc., déc. n° 15-D-17 du 30 nov. 2015, cette chronique, *Concurrences* n° 1-2015, p. 105).

C'est cette subtilité qui avait conduit l'Autorité à reconstruire par un savant calcul une tarification différenciée. La manière dont elle avait monétisé l'avantage d'abondance avait bien sûr été contestée par les opérateurs concernés, pour qui l'enjeu n'était pas tout à fait anecdotique, puisqu'ils avaient respectivement été condamnés à des amendes de 117,4 millions d'euros (*Orange*) et 65,7 millions d'euros (*SFR*). Au-delà du calcul, les opérateurs condamnés contestaient plus fondamentalement la qualification d'abus. Ils faisaient valoir que des pratiques de différenciation comme celles en cause en l'espèce n'avaient jamais été jugées abusives. *Orange* et *SFR*

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

faisaient valoir que, en droit, le seul test pertinent était le test de ciseau tarifaire, test au regard duquel les pratiques ne pouvaient pas être condamnées.

Sur le plan de la qualification, cette affaire soulevait donc la question de savoir si une pratique de différenciation tarifaire peut être abusive même lorsqu'elle est implicite. Plus fondamentalement, elle est éclairante sur la philosophie de l'article 102. S'applique-t-il à des pratiques qui augmentent les coûts des concurrents (*raise rival's costs*) sans toutefois aller jusqu'à rendre leur exploitation non rentable? On touche ici aux limites de la "responsabilité spéciale" des entreprises en position dominante. En d'autres termes, derrière la question technique apparaît comme souvent la question lancinante des buts de l'article 102. Cela n'a toutefois pas conduit la Cour d'appel à saisir la Cour de justice de questions préjudicielles, alors même qu'elle y était invitée par les parties. Il est vrai que les questions suggérées étaient formuées de manière très proche des faits et ne se prêtaient pas bien à une saisine de la Cour. Quoi qu'il en soit, la Cour s'est estimée suffisamment éclairée par l'avis de la Commission européenne qu'elle avait sollicitée à titre d'*amicus curiae*.

La différenciation tarifaire abusive

La différenciation tarifaire abusive, qualification intermédiaire relativement récente dans le droit de l'abus de position dominante, n'est pas inspirée par la doctrine économique. Elle semble venir tout droit du principe général de non-discrimination (p. 11 de l'arrêt). Pour autant, le constat de discrimination doit être complété par un scénario de restriction de concurrence (il n'est pas spécifiquement question de dommage aux consommateurs)

La discrimination au cœur de la qualification

Le test adopté par l'Autorité de la concurrence, approuvé par la Commission et validé par la Cour d'appel de Paris est en effet un test général de discrimination. Il consiste en deux étapes: 1. Les situations (ici les prestations qui rendent possibles les appels *on-net* et *off-net*) sont-elles comparables? et 2. Sont-elles traitées différemment? Ici, il était constant que les appels *on-net* et *off-net* étaient traités différemment par les opérateurs – c'était précisément l'objet des offres d'abondance. La seule question était donc de savoir si les situations étaient comparables. Les arguments avancés par les opérateurs pour considérer qu'elles ne l'étaient pas sont rejetés. La comparaison est effectuée non pas du point de vue des consommateurs, pour qui, en raison précisément des offres d'abondances, il n'était pas équivalent de passer un appel *on-net* ou *off-net*, mais du point de vue des opérateurs. Plus précisément, l'élément que la Cour retient comme déterminant au regard des pratiques en cause est que, dans les deux cas, une prestation de terminaison d'appel est nécessaire. Dans le cas des appels *off-net*, celle-ci donne lieu à une facturation effective entre opérateurs (selon des tarifs régulés), tandis que dans le cas des appels *on-net*, il s'agit d'une auto-facturation. La Cour ne considère pas que le fait que les tarifs de terminaisons d'appel soient différents pour les deux types d'appel les rende incomparables, ce qui nous semble convaincant. Une discrimination tarifaire – à l'égard des abonnés – est donc bien présente. Si l'on suit bien le raisonnement de la Cour d'appel – il n'est pas explicité en ces termes – le constat d'une discrimination doit être complété par un scénario d'éviction.

Le scénario d'éviction

La Cour admet que l'Autorité a démontré à suffisance de droit la possibilité d'une éviction anti-concurrentielle. Cette démonstration repose sur deux éléments: le rapport entre le prix pratiqué (qui était un prix régulé) et les coûts, d'une part, et l'effet de réseau, d'autre part, ou plus exactement une série d'effet de réseau minutieusement analysés.

L'augmentation des coûts du concurrent

Concernant les coûts, l'Autorité avait établi que les deux principaux opérateurs de téléphonie mobile factureraient la terminaison d'appel sur leurs réseaux respectifs (marchés pertinents sur lesquels chacun détenait un monopole) à des prix "significativement supérieurs" aux coûts supportés. Selon les calculs de l'Autorité, ces prix étaient plus de six fois supérieurs aux coûts.

Concernant l'effet de réseau, les offres *on-net* sont bien sûr un cas d'école. Par hypothèse, elles sont plus attractives venant d'un opérateur qui a une part de marché importante, puisque d'avantage de correspondants potentiels sont sur ce réseau et pourront être appelés à des conditions avantageuses. À l'époque des faits, *Orange* (alors *France Télécom*) détenait environ 45% du marché des abonnés mobiles en France, *SFR* 35% et *Bouygues* 17%. Dans ces conditions, l'Autorité avait estimé qu'il n'était pas possible pour *Bouygues*, qui était à l'origine de la plainte, de proposer une offre *on-net* attractive (pts 512 à 520 de la décision).

En appel, *SFR* contestait cette appréciation au motif que la possibilité pour *Bouygues* de répliquer l'offre *on-net* de ses concurrentes n'avait pas été sérieusement examinée. La Cour d'appel rejette ce grief en se référant à deux études versées aux dossiers (p. 17). La première indiquait que la perte de profit par abonné liée au lancement d'une offre *on-net* est plus importante pour le plus petit opérateur que pour les plus grands. C'était sans doute démontré en l'espèce, mais on notera que ce résultat n'est pas *a priori* évident, puisque, précisément, le plus petit opérateur peut facturer une plus grande proportion des communications au tarif *off-net* que des opérateurs au réseau plus important. Pour lui, les communications *on-net* subventionnées pèsent donc relativement moins lourd. La seconde étude citée par la Cour d'appel livrait un résultat très intéressant: des consommateurs qui avaient été interrogés sur l'attractivité de différentes offres changeaient d'avis lorsqu'on leur révélait que l'offre qu'ils avaient sélectionnée était celle de *Bouygues Telecom*. Ce retournement des préférences est interprété comme une indication du fait que les consommateurs percevaient le réseau *Bouygues* comme sous-dimensionné pour que des offres d'abondance *on-net* de cet opérateur soient attractives.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

La Cour d'appel considère donc qu'il n'y avait pas lieu d'investiguer plus avant si, sur un plan strictement économique, *Bouygues* aurait pu lancer une offre *on-net*. On laissera de côté la question des exigences de preuve appliquées par la Cour d'appel, sur lesquelles il est difficile de porter une appréciation sans avoir connaissance des études citées. Il nous paraît en revanche intéressant de relever que, sur le fond, la Cour semble considérer que la question soulevée par *SFR* était bien pertinente.

Cette question était de savoir si *Bouygues*, qui prétend que les pratiques en cause étaient de nature à l'évincer du marché, aurait pu *répliquer* les offres d'abondances *on-net*. La question de savoir si *Bouygues* pouvait faire *autre chose* pour concurrencer efficacement les offres d'abondance des deux principaux opérateurs ne semble pas avoir été au cœur des débats. C'est là, nous semble-t-il, qu'on touche à l'esprit de l'article 102. Cette disposition vise-t-elle vraiment à permettre aux nouveaux entrants sur un marché à faire *la même chose* que les opérateurs en place ? La responsabilité spéciale de ceux-ci va-t-elle jusqu'à les obliger à garantir aux concurrents la possibilité d'entrée sur le marché en *imitant* la stratégie des entreprises en place ? Nous n'en sommes pas très loin. En effet, l'article 102 est ici utilisé pour aller au-delà de ce à quoi la régulation sectorielle obligeait *Orange* et *SFR*.

Situation à la Deutsche Telekom : Les prix abusifs étaient conformes à la régulation sectorielle

Comme dans l'affaire *Deutsche Telekom* (C-280/08 P, EU:C:2010:603, cette chronique, *Concurrences* n° 1-2011, pp. 91-95), les entreprises en cause dans la présente affaire avaient pu penser que leurs tarifs de terminaison d'appel étaient conformes au droit, puisqu'ils respectaient les plafonds fixés par l'ARCEP. Mais, pas plus que dans l'affaire *Deutsche Telekom*, la conformité des pratiques en cause à la régulation sectorielle ne constitue pour les entreprises en position dominante un bouclier efficace contre l'application de l'interdiction des abus de position dominante. La Cour d'appel relève à cet égard que le prix de la terminaison d'appel était systématiquement aligné sur les tarifs maximums fixés par l'ARCEP (p. 18). Certes, ce n'est pas ce qui, en soi, rend les prix abusifs. C'est l'écart entre les prix pratiqués et les coûts supportés (*supra*) qui conduit à qualifier les prix de "supra-concurrentiels" en ce qu'ils ont provoqué une "élévation significative des coûts des concurrents" (p. 18). La Cour d'appel se réfère sur ce point à l'avis de la Commission, selon lequel "la régulation sectorielle dans un cas comme le présent n'exclut pas l'application de l'article 102 TFUE" (p. 22, v. aussi p. 25). Il n'y a là rien qui puisse surprendre, puisque ce principe résultait déjà clairement de la jurisprudence européenne, aux termes de laquelle, tant que la régulation laisse aux entreprises régulées une marge de manœuvre, celles d'entre elles qui sont en position dominante doivent l'utiliser dans les limites de leur responsabilité spéciale (*Deutsche Telekom*, préc., *Telia Sonera*, C-52/09, EU:C:2011:83, cette chronique, *Concurrences* n° 2-2011, p. 108).

En revanche, l'affaire présentait une hypothèse qui n'avait pas été explicitement couverte par la jurisprudence antérieure. Cela tient au fait que la régulation en cause en l'espèce était asymétrique : elle avantageait le nouvel entrant, à savoir *Bouygues Telecom* (p. 23). À l'époque, cet opérateur était en effet autorisé à pratiquer des prix de terminaison d'appel plus élevés que ceux des entreprises en place depuis plus longtemps. Cette asymétrie dans la régulation était destinée à compenser, pendant une période initiale (jusqu'en 2008) les coûts de terminaison d'appel plus élevés de *Bouygues Telecom*, ces surcoûts étant liés au fait que *Bouygues Telecom* ne pouvait bénéficier économies d'échelle semblables à celles des opérateurs plus anciens. Au cours de la période suivante (qui a duré jusqu'en 2011), la régulation asymétrique a perduré, mais au nom d'une justification un peu différente. Il s'agissait alors de compenser non seulement les asymétries de coûts, mais aussi les asymétries de trafic (la proportion d'appels sortants destinés à un autre réseau – appels pour lesquels il faut payer une charge de terminaison – est nécessairement plus élevée pour un opérateur plus petit que pour un opérateur plus grand).

Les deux défenderesses prenaient appui sur le caractère asymétrique de la régulation pour avancer une cause d'exonération inédite : les décisions du régulateur auraient, selon elles, abouti à compenser entièrement – voire à surcompenser – les asymétries de coûts qui existaient entre elles et *Bouygues Telecom*. Cette dernière aurait, toujours selon les appelantes, bénéficié d'une compensation (indue) du déséquilibre de son solde d'interconnexion alors que celui-ci provenait pour partie de sa stratégie commerciale, et plus précisément du lancement de son offre d'abondance *cross-net* (offre dite "Néo"). La Cour d'appel rejette cet argument, retient que la régulation asymétrique n'avait pas vocation à compenser en totalité l'asymétrie des soldes d'interconnexion et n'avait pas non plus abouti à ce résultat en fait. Pour cette raison, la Cour décline (p. 24) l'invitation d'*Orange* à saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle tendant à faire juger si, en droit, un abus peut être imputé à une entreprise en position dominante alors que les conséquences du comportement en cause sont compensées pour le concurrent qui se dit injustement évincé par une intervention du régulateur. Si la question manquait peut-être de pertinence en l'espèce au regard des faits, elle n'en reste pas moins intéressante. Pour rare que soit l'hypothèse visée, la question non posée aurait en effet constitué un révélateur du véritable rôle de l'intention dans la notion d'abus.

Analyse des différents effets

En l'espèce, ce scénario reposait sur l'analyse de quatre effets : un effet amplification de l'effet dit "de tribu" et un effet corrélatif de "verrouillage", ainsi qu'un effet de "club statistique" et un effet de rétention du trafic. Ces quatre "effets" sont autant de mécanismes qui, pris ensemble, contribuent à rendre vraisemblable un effet sur la structure du marché (v. p. 34).

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

Effet de tribu

La Cour d'appel note (p. 27), que les consommateurs ont naturellement tendance à recommander à leurs proches de s'abonner chez le même opérateur. Ce fait était constant entre les parties et ne fait donc l'objet d'aucune discussion. Une offre d'abondance, qui distingue les communications *on-net* et *off-net*, a pour effet de renforcer cet effet de tribu, dans la mesure où la tendance naturelle des consommateurs à recommander ce qu'ils ont eux-mêmes choisi est renforcée par une incitation économique. En l'espèce, l'Autorité de la concurrence s'était appuyée sur les données disponibles pour chiffrer le renforcement de l'effet de tribu. Elle avait conclu que, parmi les abonnés à *SFR*, la proportion de leurs proches (téléphoniques) eux-mêmes abonnées à *SFR* était passée de 51% à 68% suite à l'introduction de l'offre d'abondance. À partir d'indicateurs différents, elle avait également constaté chez *Orange* un effet de migration des abonnés, qui paraissait explicable par une logique de regroupement de tribus.

À cet égard, les explications alternatives produites par un cabinet de conseil mandaté par *Orange* n'ont pas convaincu la Cour (p. 28). On retire de la lecture de l'arrêt l'impression qu'*Orange* et *SFR* ont même été "piégées" par des études qu'elles avaient produites, d'où il ressortait que les offres *on-net* avaient constitué une puissante motivation pour les abonnés. L'étrange leçon pratique semble être que les opérateurs devraient prendre garde à mesurer le succès des stratégies de croissance qu'ils mettent en œuvre. De l'article 102 comme incitation à naviguer à vue.

Effet de verrouillage

L'autorité avait également retenu parmi les effets probables de la pratique un effet de verrouillage. Celui-ci est probable une fois qu'une tribu est regroupée chez un même opérateur. Il se produit alors pour tous les membres de la tribu un effet fidélisant, lié au fait que tout changement d'opérateur s'accompagnerait de la perte du bénéfice d'abondance. L'autorité avait pu mesurer que le taux de "*churn*" (c'est à dire de résiliation d'abonnement) chez les membres de tribus utilisant effectivement une offre d'abondance était de neuf à seize fois inférieurs (selon les types d'abonnement) aux taux de *churn* des abonnés dont le forfait ne comportait pas de composante d'abondance. Là non plus, les objections soulevées par *Orange* à l'encontre de la méthode de calcul employée par l'autorité ne sont pas retenues.

Effet de club statistique

L'effet que l'Autorité nomme effet de club statistique est lié au déséquilibre entre des parts de marché respectives des opérateurs. Il s'agit de l'incitation qu'ont les consommateurs à choisir, toutes choses égales par ailleurs, l'offre d'abondance *on-net* de l'opérateur qui dispose de la part de marché la plus importante, afin de maximiser ses chances de trouver des interlocuteurs abonnés auprès du même opérateur (p. 31, citant l'Autorité). L'Autorité avait souligné que les offres d'abondance amplifient cet effet et la Cour d'appel valide ce constat en se référant à d'autres affaires françaises dans lesquels le même effet avait été identifié. Notons qu'ici, seule une analyse abstraite est proposée, sans recours à des données factuelles. Il est vrai que cet effet peut être analytiquement dérivé des caractéristiques intrinsèques d'une offre d'abondance *on-net*, sous l'hypothèse d'une rationalité minimale des consommateurs, qui n'est pas choquante.

Effet de rétention de trafic

Le quatrième et dernier effet identifié par l'Autorité est un effet de distorsion des flux de trafic au détriment des appels *off-net* (pp. 31-32). Là encore, c'est par hypothèse que les offres d'abondance *on-net* incitent les abonnés à appeler de manière privilégiée des correspondants abonnés du même opérateur. Cette fois cependant, l'Autorité s'était efforcée d'établir la réalité et d'approximer l'ampleur de cet effet à partir des données disponibles. Ainsi, elle avait reconstitué l'évolution de la part respective du trafic *on-net* et du trafic *off-net* pour *Orange* et *SFR* dans leur trafic sortant et avait constaté que, suite au lancement des offres d'abondance, la proportion du trafic *on-net* était passée de 63 à 78% pour *Orange* et de 66 à 77% pour *SFR*, cette part ayant par la suite décru suite au lancement des offres d'abondance *cross-net* (p. 31). Ces offres avaient donc produit un fort effet de rétention du trafic sur le réseau de chacun des opérateurs.

L'Autorité avait ensuite comparé ces évolutions constatées à la situation qui aurait résulté de l'extrapolation des tendances constatées avant l'introduction des offres d'abondance. Elle avait ainsi pu estimer pour chaque opérateur le manque à gagner ayant résulté de la diminution des recettes de terminaison d'appel par ses concurrents. La perte de *Bouygues Telecom* avait ainsi été estimée à 42 millions d'euros. La Cour écarte les arguments des appelantes contestant la méthode utilisé pour parvenir à cette estimation, au motif que, de l'aveu même de l'Autorité, il s'agissait par ce calcul d'avantage de mettre en évidence la réalité de l'effet de rétention que de mesurer avec précision l'ampleur d'un tel effet.

Le contrôle juridictionnel sur l'appréciation des effets

Toujours à propos des effets des pratiques (bien que cela figure dans la section relative aux justifications, p. 34), la Cour d'appel rejette l'argument selon lequel les pratiques n'auraient pas eu d'effet d'éviction puisque *Bouygues Telecom* avait survécu et s'était même développée. Elle s'appuie à cet égard sur l'avis de la Commission et, en substance, sur un raisonnement à la *British Airways*, aux termes duquel le fait que l'entreprise qui se plaint des pratiques d'éviction – ici *Bouygues Telecom* – ait vu sa part de marché augmenter ne suffit pas à établir que la pratique a été sans effets sur la concurrence. La Cour d'appel approuve l'Autorité d'avoir caractérisé l'effet anticoncurrentiel comme une atteinte à "la fluidité" de la concurrence par l'érection de barrières à l'entrée (p. 34). Elle valide également la prise en considération au stade de l'appréciation de la gravité du fait que la stratégie n'ait été de nature qu'à augmenter les coûts d'un concurrent et non à l'évincer (id).

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

L'analyse partiellement abstraite et partiellement concrète de ces effets qu'avait proposée l'Autorité est validée par la Cour d'appel au terme d'un contrôle que l'on pourrait qualifier de contrôle léger de vraisemblance. S'agissant de ce que la Cour de justice appelle des appréciations économiques complexes, la Cour d'appel de Paris fait en effet preuve d'une large déférence à l'égard de l'Autorité, tout en envoyant le signal que les effets doivent être étayés soit par des arguments abstraits mais solides (liés par exemple aux caractéristiques mêmes des pratiques), soit par des éléments factuels et des appréciations qui ne sont pas manifestement contredits.

Standard de preuve inchangé : Même lorsqu'une analyse rétrospective est possible, un effet concret n'est pas exigé

En lien avec le standard de contrôle juridictionnel, l'arrêt comporte une discussion sur le standard de preuve applicable en matière d'effets. Le principe selon lequel il suffit pour l'autorité de concurrence des effets potentiels est bien ancré dans la jurisprudence. Il s'agit à notre avis d'une règle relative à l'objet de preuve (que faut-il prouver ?) et non au standard de preuve (quel degré de certitude faut-il créée dans l'esprit du juge ?), mais il est vrai que, lorsque la preuve porte sur une probabilité, les deux questions sont étroitement connexes. Quoi qu'il en soit, les appelantes faisaient valoir que, lorsque, comme en l'espèce, la décision intervient longtemps après la fin des pratiques en cause (5 ans dans le cas présent), l'autorité de concurrence est en mesure d'établir les effets réels de la pratique et ne doit pas se contenter d'avancer des effets potentiels.

À cela on pourrait répondre que la dimension temporelle n'est pas la seule difficulté dans l'appréciation des effets d'une pratique. La multiplicité des développements sur un marché peut aussi rendre difficile d'isoler les effets propres d'une pratique. Le fait que ces développements soient observables *ex post* ne supprime pas cette complexité. Si le recul permet sans doute d'écarter certains scénarios, il ne permet pas d'être sûr du contrefactuel correct pour déterminer ce qui se serait passé si la pratique en cause n'avait pas été mise en œuvre.

La Cour d'appel n'entre pas dans une telle argumentation. Elle opte pour une économie de moyens et s'appuie sur l'arrêt *Telefonica* du Tribunal, qui traitait explicitement de cette question (T-336/07, EU:T:2012:172, pt 272). La Cour cite aussi les arrêts *TeliaSonera* (préc.) et *British Airways* (C-95/04 P, EU:C:2007:166, cette chronique, *Concurrences* n° 2-2007, p. 115), en précisant que la portée des principes qu'y pose la Cour est tout à fait générale (p. 26). Peu importe le recul temporel dont dispose l'autorité de concurrence ; en droit, celle-ci n'est tenue que d'établir que l'entreprise en position dominante "tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, que son comportement est de nature ou susceptible d'avoir un tel effet" (p. 27).

Il n'en reste pas moins – et ceci est bien une question de standard de preuve – qu'il est nécessaire d'établir de manière convaincante qu'un scénario d'éviction pouvait raisonnablement être à l'œuvre lorsque les pratiques contestées se sont déroulées.

Justification : Les gains d'efficacité et les bénéfices pour les consommateurs ne sont pas démontrés à suffisance de droit

Orange et *SFR* faisaient valoir que les pratiques qui leur étaient reprochées avaient contribué à la maturation du marché et avait bénéficié aux consommateurs. Elles cherchaient à en tirer une justification des comportements qui leur étaient reprochés. Les offres d'abondance, faisaient-elles valoir, avaient permis que les consommateurs cessent de considérer les appels téléphoniques mobiles comme un luxe que l'on ne peut se permettre qu'avec parcimonie et les avaient amenés à les envisager comme un service courant, utilisable sans restriction.

L'Autorité, sans nier que ces offres aient effectivement pu changer les perceptions et bénéficier aux consommateurs avait néanmoins écarté la défense tirée des gains d'efficience au motif que les entreprises n'établissaient pas que toutes les conditions exigées pour l'admission d'une telle défense étaient remplies. Citant l'arrêt *Post Danmark* (C-209/10, EU:C:2012:172, cette chronique, *Concurrences* n° 2-2012, p. 64), l'Autorité estimait que, en droit, trois conditions analogues à celles de l'article 101, paragraphe 3 TFUE, doivent être réunies : "*il appartient à l'entreprise occupant une position dominante de démontrer que les gains d'efficacité susceptibles de résulter du comportement considéré [i] neutralisent les effets préjudiciables probables sur le jeu de la concurrence et les intérêts des consommateurs sur les marchés affectés, que [ii] ces gains d'efficacité ont été ou sont susceptibles d'être réalisés grâce audit comportement, que [iii] ce dernier est indispensable à la réalisation de ceux-ci et qu'il n'élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle*" (*Post Danmark*, préc., pt 42). En l'espèce, l'autorité avait considéré qu'aucune des trois conditions – compensation des effets anticoncurrentiels, nécessité et proportionnalité – n'était établie.

Il apparaît clairement à la lecture de l'arrêt que l'appréciation du caractère non nécessaire de l'offre *cross-net* pour procurer aux consommateurs l'avantage décrit a semblé injuste aux entreprises mises en cause, qui déclarent que l'alternative envisagée par l'Autorité – une offre d'abondance *cross-net* – n'était absolument pas réaliste à l'époque, car elle aurait été trop coûteuse compte tenu de l'avantage dont bénéficiait *Bouygues Telecom* en terme de tarification des terminaisons d'appel. La Cour d'appel rejette cet argument en se contentant curieusement de rappeler la raison d'être de la régulation asymétrique en vigueur à l'époque (p. 34).

Sanctions atténuées en raison de la nouveauté de la qualification de différenciation tarifaire abusive

Si elle a validé en tous points l'analyse de l'Autorité de la concurrence, la Cour d'appel diminue néanmoins de 20 % les sanctions imposées. Cette réduction des amendes est motivée par le fait que ni l'article L 420-2 ni l'article 102 TFUE n'avaient encore été appliqué à un cas

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

similaire. Si des pratiques de différenciation tarifaire avaient déjà été condamnées comme abusives précisément dans le secteur des télécommunications (v. arrêts cités en introduction), il s'agissait de différenciations explicites, par exemple d'un prix par minute nominalement différent pour les appels *on-net* et *off-net*. Ici, comme on l'a vu, la différenciation tarifaire n'avait été révélée *ex post* que par l'analyse de l'Autorité de concurrence. La Cour d'appel admet donc qu'il existait une incertitude juridique pour les parties, mais ne considère pas que cette incertitude fût telle qu'elle justifierait une réduction des amendes à un montant symbolique.

Cet arrêt se signale donc comme le premier en France et peut-être au niveau européen à appliquer l'article 102 TFUE à une offre d'abondance qui instaure une différenciation tarifaire implicite. Les offres illimitées étant désormais très courantes, il est heureux que la Cour d'appel ait pris soin de détailler les raisons pour lesquelles cette pratique avait pu être considérée comme un abus d'exclusion. L'élément crucial est à cet égard que, dans les circonstances de l'époque, la pratique avait vraisemblablement eu pour effet de retarder le déploiement de l'offre d'un nouvel entrant, et donc le passage d'un duopole à un oligopole à trois. Sans doute, toute incertitude juridique n'est-elle pas levée pour les opérateurs et l'on ne peut que conseiller aux entreprises dominantes qui conçoivent des offres attractives de revisiter souvent leurs classiques en matière d'abus de position dominante.

Une dernière question mérite d'être soulevée à propos de cet arrêt, bien qu'elle soit sans incidence sur la solution. Est-ce au titre de l'article 102 sous a) ou sous c) que la pratique de différenciation tarifaire a été condamnée ou bien ni l'un ni l'autre ? En matière de différenciation tarifaire, on pense tout de suite à l'alinéa c) qui vise le fait "d'appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence". Cet alinéa pourrait à première vue s'appliquer aux charges de terminaison d'appel, mais tel n'est en réalité pas le cas, car un opérateur n'impose *aux autres opérateurs* qu'un seul prix de terminaison d'appel. Or un prix unique ne peut évidemment pas être discriminatoire. La différenciation tarifaire ne concerne en réalité pas les prix imposés aux partenaires commerciaux mais les prix proposés (implicitement) *aux consommateurs*, hypothèse qui n'est pas visée par l'alinéa c). Faut-il alors qualifier la discrimination tarifaire de "dprix d'achat non équitables" (art. 102 sous a) ? S'agissant de prix implicite, cela manquerait de clarté. Il convient donc de conclure que la différenciation tarifaire abusive est un nouveau type d'abus à insérer en tant que tel dans les manuels.

A.-L. S. ■

Éviction abusive – Remise de fidélité – Dénigrement – Opérateur historique : L'Autorité de la concurrence sanctionne l'opérateur historique en matière de télédiffusion par voie hertzienne à hauteur de 20,6 millions d'euros pour des pratiques d'éviction anticoncurrentielles durant le déploiement de la TNT passant par des stratégies de dénigrement et la mise en œuvre de rabais de fidélité *(Aut. conc., déc n° 16-D-11 du 6 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la diffusion de la télévision par voie hertzienne terrestre)*

L'Autorité de la concurrence prononce une sanction pécuniaire de plus de vingt millions d'euros à l'encontre de *TDF*, qui détenait jusqu'en 2003 un monopole légal en matière de télédiffusion hertzienne, pour des pratiques d'éviction anticoncurrentielle dans le cadre de marchés liés au déploiement de la télévision numérique terrestre. Après avoir présenté l'affaire, nous nous attacherons particulièrement aux pratiques de dénigrement et de remises fidélisantes qui ont donné lieu à la sanction pécuniaire avant de nous attacher à ses modalités de calcul.

Des pratiques d'éviction menées dans le contexte du déploiement de la TNT

TDF, privatisée en 2004, a perdu par la loi n° 2003-1363 du 31 décembre 2003 son monopole légal en matière de télédiffusion hertzienne, hérité de l'ORTF. La diffusion hertzienne suppose le déploiement d'un réseau d'émetteurs et de réémetteurs. Les services de télédiffusion sont commercialisés auprès d'opérateurs de multiplex (MUX) qui regroupent plusieurs éditeurs de chaînes de télévision. Pour chaque zone géographique ces derniers mettent les opérateurs de diffusion en concurrence au travers de procédures d'appel d'offres. Ces derniers peuvent utiliser leurs propres infrastructures ou des infrastructures appartenant à leurs concurrents au travers de services d'hébergement. Le passage de la télévision analogique terrestre à la télévision numérique terrestre a nécessité de nouveaux déploiements à compter de 2005. À partir de 2009, afin de couvrir les "zones blanches de la TNT", les collectivités locales ont pu se substituer à une initiative privée défaillante en devenant elles-mêmes opérateurs de diffusion et en ayant ensuite recours à un prestataire privé pour réaliser cette mission. *TDF*, privatisée en 2004, qui n'était initialement concurrencée que par de petits opérateurs alternatifs, dont elle racheta les principaux, eu à faire face à compter de 2008 à la concurrence d'un nouvel entrant *Itas Tim* qui déploya sa propre infrastructure notamment dans le cas de l'équipement de ces zones blanches. En 2009, le chiffre d'affaires d'*Itas Tim* était de 2 millions d'euros (400 000 pour la TNT) quand celui de *TDF* s'élevait à 810 millions (dont 86,7 pour la TNT).

C'est dans ce contexte que l'Autorité a été saisie en septembre 2009 par *Itas Tim* pour des pratiques d'éviction alléguées de la part de *TDF*, saisine complétée

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

par une demande de mesures conservatoires. Si cette seconde demande fut rejetée dans le cadre de la décision n° 10-D-09 du 9 mars 2010, l'instruction fut poursuivie au fond et des griefs furent notifiés à *TDF* le 25 janvier 2013. Un premier grief tenait à des pratiques de dénigrement, le deuxième à des refus d'accès à ses infrastructures et le troisième à la mise en œuvre de remises de fidélité fidélisantes. Chacune de ces trois pratiques était susceptible de constituer des abus de position dominante pouvant conduire à des évictions anticoncurrentielles.

Des pratiques de dénigrement mise en œuvre par un opérateur historique considéré comme un prescripteur

La communication mise en œuvre par *TDF* était susceptible de faire obstacle au développement de la concurrence ou à son maintien par d'autres voies que celles d'une concurrence par les mérites au travers de trois types de pratiques. La première pratique portait sur le caractère biaisé de la communication de *TDF* à destination des collectivités territoriales. Cette communication portait sur les possibilités d'hébergements d'équipements concurrents dans ses propres installations. Bien qu'incomplète, cette information n'apparut pas biaisée au terme de l'analyse de l'Autorité. Il n'en alla pas de même quant à la deuxième pratique qui, elle, relevait d'un dénigrement. Cette pratique peut être constitutive d'un abus de position dominante (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 mars 2010, n° 54, *Gaz et Électricité de Grenoble*, relatif à la décision n° 09-D-14 de l'Autorité de la Concurrence) dès qu'un opérateur dominant jette publiquement le discrédit sur un concurrent en jouant de sa position de marché. La notoriété de l'entreprise – et la confiance qui lui accordée par les acteurs du marchés – peut être un des éléments permettant de relier la position dominante et la pratique de dénigrement (décision n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par *France Télécom* dans le secteur de l'accès Internet à haut débit). La communication de *TDF* vers les élus locaux de la région Alsace a, selon l'Autorité, revêtu de telles caractéristiques en diffusant une information biaisée sur les risques de perturbation des signaux liées à l'installation d'équipements concurrents aux siens et en communiquant sur des servitudes qui devraient la conduire à être consultée préalablement à toute autorisation de travaux délivrée au profit des concurrents. Au travers du rôle de référent qui lui est reconnu par les collectivités, au titre de son statut d'opérateur historique, ces pratiques étaient de nature à entraver le développement de ses concurrents (voir décision n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 relative aux pratiques mises en œuvre par *EDF* sur le marché de l'éclairage public).

La stratégie d'instrumentalisation des servitudes radioélectriques s'est également déployée dans le cadre de la procédure COMSIS instaurée par l'ANFR – Agence nationale des fréquences. L'Autorité montre que sur les 10 000 dossiers traités jusqu'à fin 2011 par celle-ci, aucun projet de TNT n'a dû être abandonné pour des problèmes avérés de compatibilité radioélectrique. Or *TDF*, comme tout opérateur, a le droit de faire valoir ses arguments dans ces procédures. Les effets des pratiques de *TDF* sont d'autant plus probables qu'elle dispose – du fait de son statut d'ancien monopole public – d'une influence particulièrement significative sur les collectivités locales. À l'instar de ce qui a pu être montré dans le secteur des télécommunications ou de l'électricité (Cons. conc., déc. n° 07-D-33 du 15 octobre 2007 relative à des pratiques mises en œuvre par la société *France Télécom* dans le secteur de l'accès à Internet haut débit et Aut. conc., déc. n° 09-D-14 du 25 mars 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'électricité). Ce statut de référent si ce n'est de prescripteur est hors de portée des nouveaux entrants. L'influence de *TDF* sur les décisions des collectivités en matière d'implantation de nouveaux pylônes ne pouvait donc être contrebalancée. Il en résulte, pour l'Autorité, que *TDF* a pu entraver le déploiement des infrastructures concurrentes. La même conclusion se dégage de son analyse quant à une possible instrumentalisation des servitudes radioélectriques. Ses oppositions au déploiement d'infrastructures concurrentes sur cette base, du fait à nouveau de son statut d'ancien opérateur historique, sont effectivement susceptibles d'entraver le fonctionnement normal des procédures COMSIS. Ces pratiques de dénigrement sont donc de nature à constituer un abus d'éviction pour l'Autorité.

Le second grief n'est cependant pas retenu. Il portait sur des cas de refus d'accès à des terrains appartenant à *TDF*. Ces derniers ne sont en effet pas apparus comme indispensables aux concurrents pour déployer une éventuelle infrastructure alternative. À ce titre, nulle application de la théorie des facilités essentielles est envisageable. Le refus d'accès n'est donc pas constitutif d'un abus d'éviction.

Des effets d'éviction liés à des remises

Un troisième grief concerne les remises appliquées par l'opérateur historique dans le cadre des appels d'offres. Il permet de s'attacher à l'une des problématiques les plus sensibles en matière d'application de l'article 102 du Traité aux opérateurs dominants. *A priori*, les remises ne leur sont pas interdites. Elles doivent cependant satisfaire au principe de leur responsabilité spécifique et ne pas conduire à renforcer leur position dominante (CJUE, arrêt du 19 avril 2012, *Tomra Systems*, aff. C-549/10P). Une remise susceptible d'avoir de tels effets d'éviction n'est pas pour autant abusive si elle est contrebalancée par des gains potentiels pour les consommateurs. Cette défense sur la base de l'efficience est alors à la charge de l'entreprise dominante (CJUE, arrêt du 6 octobre 2015, *Post Danmark*, aff. C-23/14).

La pratique décisionnelle européenne varie également selon le type de rabais mis en place. Les rabais de quantité sont par principe considérés comme compatibles avec les règles de concurrence en ce qu'ils peuvent se baser sur des phénomènes d'échelle (i.e. sur des économies de coûts). Il en va autrement du deuxième type de rabais jouant comme des remises de fidélités pouvant conduire à un effet équivalent à celui d'une clause d'exclusivité (CJUE, arrêt du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, aff. C-85/75 et Tribunal de l'UE, arrêt du 12 juin

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

2014, *Intel*, aff. T-286/09). Le cas des rabais intermédiaires s'apprécie au cas par cas, "au vu des circonstances de l'espèce".

Trois types de rabais étaient mis en œuvre par *TDF*. Les premiers sont des rabais en fonction des volumes de chiffre d'affaires annuel. Les deuxièmes correspondent à la fourniture gratuite de services de synchronisation (ci-après rabais SFN). Les troisièmes sont des remises liées au nombre de sites confiés à *TDF* par chaque MUX à l'intérieur d'une zone géographique donnée.

L'analyse que fait l'Autorité du mécanisme de rabais mis en place par *TDF* le rattache au modèle hybride constitutif des modèles intermédiaires entre les rabais en volume et les rabais fidélisants distingués par la pratique décisionnelle européenne. Il ne s'agit pas d'un mécanisme de rabais rétroactifs mais ce dernier n'est pas pour autant lié aux seuls volumes. Il dépend du chiffre d'affaires généré annuellement par chaque MUX mais pour l'ensemble de ses contrats en cours. Le taux de remise dépend à la fois des économies de coûts réalisées dans l'année mais également des commandes passées lors de la période précédente. Si les commandes en début de période sont faibles, la probabilité d'atteindre un seuil qualifiant pour la remise en fin de période est faible. Si un opérateur anticipe qu'il va passer de fortes commandes à *TDF* en fin de période, il est incité à accroître très rapidement son volume de commandes en début de période pour devenir *in fine* éligible à des taux de remise supérieurs. Il y a donc un effet de fidélisation qui joue et qui est donc susceptible de permettre à *TDF* de créer un effet de levier entre partie non contestable et partie de la demande. Une difficulté est néanmoins à relever. La stratégie d'éviction liée à une remise de fidélité suppose que son effet puisse être anticipé par l'opérateur qui la met en œuvre. Ce qui n'apparaît pas ici comme aisément envisageable.

De la même façon, l'effet d'éviction lié à la fourniture gratuite des services SFN (prestation de synchronisation des émetteurs dès lors que tous les émetteurs d'une plaque mono-fréquence est confiée à *TDF*) n'est pas retenu.

Il en va différemment des remises de plaques géographiques. L'Autorité relève qu'en pratique les remises ne sont acquises que si 70% des sites sont confiés à *TDF*. Il n'existe en effet pas de barèmes généraux. Les remises sont accordées sur une base individualisée et reposent sur des mécanismes rétroactifs. Les remises ne sont en outre pas reliées aux économies de coûts réalisées par l'opérateur dominant dans la mesure où elles ne sont pas liées au nombre de sites de chacune des plaques. Cette pratique a été menée sur un nombre élevé de sites lors du déploiement de la TNT. Les remises sont donc de nature à restreindre la concurrence sans être justifiées sur la base de l'efficience.

Le calcul de la sanction pécuniaire

La sanction pécuniaire appliquée à *TDF* s'est élevée à 20,6 millions d'euros. Cette somme se décompose en une sanction de 11,6 millions au titre des pratiques de dénigrement et de 9 millions au titre des remises accordées sur une base géographique.

Pour ce qui est de la communication trompeuse et dénigrante à l'attention des collectivités territoriales, la valeur des ventes retenues est celle des ventes réalisées sur le marché pertinent concerné par l'infraction. Il n'y a donc pas lieu de considérer les seules ventes réalisées dans les territoires concernés par ces pratiques. Les pratiques revêtent également une gravité particulière dans la mesure où l'opérateur dominant vise à entraver l'accès au marché de concurrents et le développement de leurs offres. Qui plus est, l'ancien titulaire de droits exclusifs entretient par sa communication une confusion avec ses anciennes missions d'intérêt général. Le fait que ces pratiques, particulièrement grave, au sens de la pratique décisionnelle européenne, aient eu lieu dans un contexte de développement d'un nouveau marché est de nature à accroître le dommage à l'économie. Ces pratiques sont de nature à retarder le déploiement des offres concurrentes et à limiter leurs capacités à offrir des solutions techniques différenciées. La valeur des ventes retenues est dès lors de 9%. Les pratiques ayant été relevées pendant 14 mois, le coefficient multiplicateur a été fixé à 1,08.

Pour ce qui est des effets d'éviction résultant des remises la valeur des ventes retenues se limite, à l'inverse du cas des pratiques de dénigrement, au chiffre d'affaires relié à la vente des services de diffusion TNT par *TDF* sur le marché de gros aval auprès des clients MUX. Pour les pratiques de dénigrement, la valeur des ventes incluait le marché de gros amont auprès des opérateurs tiers. Ce faisant, la valeur des ventes n'est que de 66,86 millions d'euros contre 99,99 millions d'euros. La stratégie de l'opérateur dominant revêt les caractéristiques d'une pratique grave au sens de la jurisprudence concurrentielle. L'appréciation du dommage à l'économie par l'Autorité repose sur certains critères tenant par exemple au caractère ciblé des remises (accordées souvent au second tour des appels d'offres c'est-à-dire au moment où *TDF* pouvait mesurer l'effectivité de la menace concurrentielle), à la fréquence de franchissement des seuils donnant lieu à l'activation des remises (76 à 98% selon les plaques) et au maintien des parts de marché de *TDF* à des niveaux très élevés. La valeur des ventes qui va servir de base au calcul de la sanction est de 5%. La durée retenue des pratiques étant de 3,5 ans, le coefficient multiplicateur retenu par l'Autorité est de 2,25.

TDF ayant déjà été sanctionnée pour un abus d'éviction le 23 février 1999 (décision n° 99-D-14), un coefficient de 20% est appliqué au titre des circonstances aggravantes. Notons que les décisions n° 15-D-01 du 5 février 2015 et 15-D-10 du 11 juin 2015, respectivement relatives à des pratiques mises en œuvre en outre-mer et sur le site de la Tour Eiffel, n'ont pas été prises en considération au titre de la réitération des pratiques dans la mesure où elles n'étaient pas devenues définitives, ayant fait l'objet de recours devant la Cour d'appel de Paris, recours encore pendants au moment de la décision.

Au final, cette décision présente un cas de figure somme toute assez conventionnel d'une sanction de pratiques d'entrave au développement de nouveaux entrants sur un marché au travers de pratiques de dénigrement et de remises ciblées pouvant induire un dommage à l'économie

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

d'autant plus sensibles qu'elles sont mises en œuvre à un moment concurrentiel clé pendant lequel une fenêtre de contestabilité s'ouvre au travers d'appels d'offres permettant l'entrée de nouveaux acteurs voire le déploiement d'infrastructures alternatives.

F. M. ■

Éviction abusive – Opérateur historique – Prix d'éviction – Mesures conservatoires : L'Autorité de la concurrence prononce des mesures conservatoires pour prévenir un éventuel effet d'éviction liées aux pratiques tarifaires de l'opérateur historique du secteur gazier *(Aut. conc., déc. n° 16-MC-01 du 2 mai 2016 relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Direct Energie dans le secteur de l'énergie)*

Le 13 octobre 2015, *Direct Energie* concurrente à *Engie* dans le secteur de la fourniture du gaz (dont elle fut, au travers de *GDF*, l'ancien monopole légal) a saisi l'Autorité de la concurrence pour des pratiques alléguées d'éviction anticoncurrentielles mises en œuvre par cette dernière sur certains segments de clientèles souscrivant aux offres de marché. Cette saisine est assortie d'une demande de mesures conservatoires. Il est également à noter que cette saisine fait suite à une première décision de l'Autorité en date du 9 septembre 2014 ayant déjà donné lieu à des mesures conservatoires (décision n° 14-MC-02, confirmée le 31 octobre 2014 par la Cour d'appel de Paris).

Nous présenterons en première section l'analyse des faits par l'Autorité, en deuxième section son traitement de la question des possibles effets d'éviction des pratiques tarifaires mises en œuvre par *GDF* et enfin en troisième section sa décision quant à la demande de mesures conservatoires.

Une pratique d'éviction potentielle sur le marché de la fourniture du gaz

Après trois directives européennes échelonnées entre 1998 et 2009 le marché du gaz est ouvert à la concurrence. Il en est ainsi en France pour l'ensemble des clients qu'ils soient résidentiels ou non (i.e. professionnels) depuis le 1er juillet 2007. Cependant, les pouvoirs publics ont souhaité laisser aux clients la possibilité de continuer à bénéficier de tarifs de vente réglementés (ci-après TRV). Cependant, si ces derniers doivent couvrir l'ensemble des coûts liés à la fourniture, ils ne doivent pas les excéder sous peine de générer des subventions croisées au profit des consommateurs qui ont décidé d'opter pour les offres à prix de marché proposées par l'opérateur historique. La situation concurrentielle est en effet rendue d'autant plus complexe que seul l'opérateur historique peut proposer des offres au TRV alors qu'il est en concurrence avec les nouveaux entrants pour les offres au prix de marché. La suppression des TRV a été recommandée par l'Autorité dans son avis n° 13-A-09 du 25 mars 2013 concernant un projet de décret relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel. Si le législateur a suivi cette recommandation pour certains segments, cela n'est pas encore le cas pour les clients résidentiels et la clientèle des petits professionnels. Si le Conseil d'État a saisi, le 15 décembre 2014, la Cour de justice de l'UE pour une question préjudicielle quant à la validité de ces tarifs, ces derniers ne sont pour l'instant pas appelés à disparaître. La saisine de *Direct Energie* ne porte cependant pas exclusivement sur ce segment de marché mais également sur des services évolués de comptage de consommation de gaz à destination des copropriétés, sur lesquels nous reviendrons, qui se caractérisent pour *Engie* par des politiques d'offres groupées avec la fourniture de gaz naturel.

La saisine de *Direct Energie*, telle que reprise par l'Autorité, se base donc sur un ensemble de trois pratiques : des pratiques de prix pouvant induire un effet d'éviction sur la clientèle résidentielle et non résidentielle optant pour des offres au prix de marché (que nous aborderons dans notre deuxième section), des pratiques de vente couplée pour les copropriété et enfin un non-respect des mesures conservatoires issues de la décision 14-MC-02 que nous aborderons dans une troisième et dernière section.

Des prix d'éviction ?

Il convient avant tout de relever que la part de marché d'*Engie* sur le segment des ventes hors TRV s'est accrue entre 2014 et 2015 et d'après les données de la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE), elle aurait capté entre 60 et 70% des nouveaux clients aux offres de marché entre janvier 2013 et 2015, il y a donc bien une position dominante sur ce marché qui de plus n'est pas contrebalancée par le poids de ses concurrents (leur part de marché cumulée n'est que de 35% et le plus important d'entre eux, *EDF*, détient une part de marché de 2,5 fois inférieure. Sa dominance ne peut donc qu'être difficilement contestée. Elle s'appuie en outre sur le marché connexe des offres en TRV pour lequel elle jouit d'un monopole.

En matière de prix, la saisine de *Direct Energie* s'appuie sur des trajectoires de prix de la part d'*Engie* pour le moins atypiques par rapport à celles de ses concurrents. Celles-ci pourraient constituer selon elle des stratégies de prix de nature très sélective revenant à un modèle de navires de combat (voir *Compagnie Maritime Belge*, arrêt de la Cour de justice, 16 mars 2000, affaires C-395/96P et C-396/96P). Dans ce cadre, une société accepte de consentir à des pertes sur le segment de clientèle qui lui est le plus contesté pour évincer définitivement les nouveaux entrants. *Engie* proposerait par exemple sur certains segments des offres au prix de marché inférieurs aux tarifs régulés. Ces offres ciblées ne seraient pas, pour le plaignant, susceptibles d'être répliquées par un concurrent aussi efficace (ou même potentiellement aussi efficace si l'on corrige le test précédent pour tenir compte des effets de structures). Pour autant, l'Autorité ne peut caractériser, lors de la phase d'examen de la demande, des mesures conservatoires la présence de prix prédateurs (ou du moins de prix d'éviction). Elle ne peut, de la même façon, considérer qu'un ciblage tarifaire seul constitue un indice d'une intention d'éviction anticoncurrentielle.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

Des offres inférieures aux coûts ne constituent pas plus en elles-mêmes une preuve de mise en œuvre d'une stratégie d'éviction dès lors que l'opérateur dominant peut apporter une justification objective à ses pratiques.

L'Autorité s'appuie alors dès cette phase sur les critères dégagés de la pratique décisionnelle française et européenne. Un prix d'éviction peut être un prix prédateur (par lequel les coûts ne sont pas couverts) mais également des prix n'impliquant pas un sacrifice de profits à court terme mais ayant pour effet d'entraver de manière artificielle l'entrée de nouveaux concurrents sur le marché ou de renforcer la position dominante de l'opérateur en cause (CA Paris, arrêt du 6 nov. 2014, *fret SNCF*, RG n° 2013/01128). Pour un opérateur historique, susceptible de mettre en œuvre des subventionnements croisés entre segments monopolistiques et segments ouverts à la concurrence, un test de couverture des coûts pertinents par les prix peut être appliqué (CJUE, *Post Danmark AS* c/ Konkurrenceråd et, aff. C-23/14, 6 nov. 2014). Ce dernier reprend la logique du test américain dû à Areeda et Turner (P. Areeda and D. Turner, (1975), "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act", *Harvard Law Review,* Vol. 88, No. 4 (February), pp. 697-733), utilisé dans la pratique décisionnelle européenne depuis l'arrêt *Akzo* (CJUE, arrêt du 3 juill. 1991, *Akzo Chemie* c/ Commission, C-62/86. Ce dernier distingue trois zones quant aux niveaux respectifs des coûts et des prix. La zone blanche correspond à des prix supérieurs aux coûts totaux moyens (CTM). L'entreprise peut être profitable. La zone grise correspond à des prix supérieurs aux coûts évitables moyens mais inférieurs aux coûts totaux moyens. Si l'entreprise fixe un prix inférieur au coût évitable moyen (CEM), chaque vente supplémentaire aggrave ses pertes. Il s'agit donc d'une zone noire. En zone grise la stratégie d'éviction peut être suspectée. Elle doit s'appuyer sur d'autres éléments pour être caractérisée dont l'insertion dans un plan d'éviction de la concurrence ou encore la possibilité de mise en œuvre de subventions croisées qui témoigne de la capacité de l'entreprise à couvrir ses pertes sur le long terme.

La prise en compte des coûts dans le cas d'*Engie* suppose de s'attacher à la question de la conformité de ses pratiques tarifaires avec la comptabilité réglementaire qu'elle est tenue de produire au titre de la séparation comptable des activités exigée par le régulateur sectoriel. De fait, l'instruction qui s'appuie notamment sur les rapports d'audit établis par la CRE, montre que la répartition des coûts appliquée par *Engie* repose sur des clés qui ne reflètent plus la structure de coûts liée aux deux segments de clientèles. En effet, le départ croissant de clients vers les offres de marché conduit à sous-estimer les coûts commerciaux liés à ce segment. Qui plus, il apparaît que les offres faites par *Engie* ne satisfont pas aux exigences de rentabilité tant évaluée *ex ante* qu'*ex post* qui permettrait de couvrir les coûts. Les offres destinées à la clientèle résidentielle sont en zone grise, ceux pour la clientèle non-résidentielle en zone noire. L'analyse des appels d'offres les plus importants par l'Autorité montre qu'une augmentation même très faible de la quote-part des coûts commerciaux conduit la quasi-totalité de ces derniers à des prix inférieurs aux coûts. Si les offres en zone noire peuvent être présumées illicites, les offres en zone grise doivent être analysées sous l'angle d'éléments additionnels constituant des indices de prédation. Il en est ainsi pour l'Autorité des subventionnements croisés. En effet, ceux-ci ont pu être mis en œuvre au travers du maintien jusqu'en janvier 2016 de clés de répartition des coûts commerciaux inadaptées malgré les prises de position de la CRE en mai 2014 puis en mai 2015. Un autre élément suffisamment probant pour l'Autorité pour mener une analyse sur le fond tient en l'absence de la part d'*Engie* d'analyse de profitabilité de ses offres, tant *ex ante* qu'*ex post*.

Discussion des mesures conservatoires

Comme nous l'avons vu l'Autorité s'intéresse également à des pratiques de ventes couplées sur le marché des copropriétés. Outre l'effet d'éviction des concurrents, ces offres se caractérisent par un effet de verrouillage des clients du fait notamment de périodes de contrat allant bien au-delà de l'amortissement économique des équipements et mettant en jeu des pénalités de rupture anticipée dissuasives. Ces contrats sont donc bien susceptibles de constituer une pratique abusive au sens de l'article 102.

Le dernier point de la décision tient aux mesures conservatoires. Il s'articule avec les mesures prononcées dans le cadre de la décision n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 citée *supra*. Pour restaurer un *level playing field* (ou une "égalité des armes"), il avait été fait obligation à *GDF* (devenu *Engie*) de transmettre à ses concurrents les fichiers clients issus de ses anciens droit exclusifs. Pour *Direct Energie*, *GDF* aurait partiellement vidé ces mesures de leur substance en favorisant le passage de clients des TRV vers les offres de marché et en incitant les autres à faire jouer l'option du refus de transmission de leurs données personnelles à des tiers (ce qui concerne 44% d'entre eux). L'Autorité vérifiera ces points lors de son instruction sur le fond mais note que même si la demande de mesures conservatoires traite de sujets ayant déjà fait l'objet de la décision 14-MC-02 rien ne s'oppose à sa recevabilité. Le prononcé de mesures conservatoires suppose que trois éléments cumulatifs soient réunis : à savoir une atteinte grave, immédiate et un lien de causalité entre les faits dénoncés et celle-ci. Ces caractéristiques ne sont pas réunies pour les offres faites aux copropriétés. Il en va de même pour l'interdiction de démarchages ciblés pour les clients demeurant au TRV, démarchage allégué par la plaignante. Il en va autrement pour les pratiques tarifaires. Dans un marché en cours d'ouverture à la concurrence des offres inférieures aux coûts variables peuvent évincer définitivement les nouveaux entrants. Il y a donc bien une atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur. L'urgence est également caractérisée par le renouvellement constant des contrats pour les clients non résidentiels qui se font par des appels d'offres tous les deux ans. Le lien de causalité entre les pratiques et le risque concurrentiel est également avéré pour l'Autorité. Les risques d'éviction du concurrent concerné sont également reconnus au vu de la forte baisse de sa part de marché entre juillet 2012 et juillet 2015 alors que l'ouverture du marché ne devait pas *a priori* se traduire par une telle évolution.

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

L'Autorité ne suit pas pour autant l'ensemble des demandes de la plaignante, comme par exemple la séparation structurelle des équipes commerciales entre les segments TRV et offres de marché. Il convient également que la mesure conservatoire ne consiste pas en une injonction à ce que les prix couvrent les coûts totaux moyens Comme l'exprime la décision de l'Autorité cela "reviendrait, peu ou prou, à enjoindre à *Engie* de respecter le droit de la concurrence" (§ 333). L'Autorité enjoint plutôt à *Engie* que ses offres individualisées sur le segment non résidentiel couvrent l'ensemble de ses coûts évitables, y compris ceux relatifs aux certificats d'économie d'énergie et aux coûts commerciaux. Elle devra dès le troisième trimestre 2016, couvrir tant *ex ante* qu'*ex post*, l'ensemble des offres individuelles traitées par cohorte trimestre par trimestre. Elle devra en rendre compte sur cette base à l'Autorité et à la CRE. Pour autant, elle demeure libre de fixer des prix inférieur à son coût total moyen dans la mesure où l'Autorité, pour reprendre ses propres termes, n'a pas à fixer les prix de marché à la place de l'opérateur dominant, "y compris au titre de mesures provisoires".

F. M. ■

Auto-saisine pour avis – Publicité en ligne – Données : L'Autorité de la concurrence s'autosaisit, à la suite de son rapport conjoint avec le Bundeskartellamt sur les politiques de concurrence et les données, pour rendre un avis sur le secteur de la publicité en ligne *(Aut. conc., déc. n° 16-SOA-02 du 23 mai 2016 relative à une saisine d'office pour avis portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité en ligne)*

L'Autorité de la concurrence s'était déjà saisie, pour avis, de la situation de la concurrence sur le marché de la publicité en ligne (avis n° 10-A-29 du 14 décembre 2010). Cet avis, présenté dans cette chronique (*Concurrences* n° 2011-1, pp. 104-108) s'était notamment caractérisé par le fait qu'il avait donné lieu à des engagements de la part de *Google*, opérateur dominant sur le marché concerné, et par sa concomitance avec un communiqué de presse de la Commission du 30 novembre 2010 annonçant l'ouverture d'une enquête formelle sur les pratiques de *Google*, concernant, notamment, ce même marché de la publicité (IP/10/1624). Cette nouvelle auto-saisine consultative s'inscrit également dans un contexte très particulier avec la publication le 10 mai 2016 d'un rapport conjoint avec le Bundeskartellamt allemand sur les enjeux concurrentiels des données Internet sur lequel nous reviendrons à la fin de cette note.

La nouvelle procédure ouverte par l'Autorité s'insère dans cette réflexion sur l'importance qu'a revêtue la question de la collecte et du traitement des données sur le développement d'un marché dont les taux de croissance annuels dépassent 13% et dont la valeur dépasse en Europe depuis 2015 celui de la publicité télévisuelle. Les investissements des annonceurs se font en France pour le marché du *display* (i.e. de l'affichage de publicités sur les sites consultés par les internautes) au travers de programmes d'achat "programmatiques" reposant sur des mécanismes d'enchères en temps réel (RTB – *real time bidding*). Ce modèle, notamment développé par *Google*, met en jeu des intermédiaires entre annonceurs et éditeurs, intermédiaires proposant des services permettant un meilleur ciblage des publicités au travers de leur capacité à exploiter les données en ligne.

La capacité à traiter les données est d'autant plus importante qu'au-delà de leur développement quantitatif, celles-ci se caractérisent par une prédominance de données non structurées issues de fichiers mis en lignes par les internautes eux-mêmes (notamment sous forme de photos ou de vidéos ou encore de messages écrits). Un des enjeux clés du développement de l'industrie numérique tient à la capacité des acteurs du marché à traiter ces données quelle que soit leur forme de façon automatisée et instantanée. *Google* est l'une des firmes les plus avancées dans le domaine avec son modèle MapReduce, permettant d'indexer les pages Internet par son moteur de recherche. Dès 2006, une version logiciel-libre de ce système a été mise à disposition du public. Il s'agit de Hadoop qui fait aujourd'hui figure d'outil standard en matière de traitement des données massives. Pour autant, les concurrents de *Google* ont développé des outils propres et les commercialisent auprès d'entreprises tels *Amazon Web Services*.

Ces outils sont devenus cruciaux sur le marché de la publicité en ligne en ce que le modèle de l'achat programmatique repose sur la mise en relation automatisée de vendeurs et d'acheteurs d'inventaires publicitaires sur la base d'une valorisation instantanée de ces grandes masses de données retraitées. En d'autres termes, les modèles initiaux d'achat de gré à gré ont cédé le pas à des plateformes de marché (SSP ou DSP – *supply side platforms* et *demand side platforms*) et à des acteurs spécialisées tels les *trading desks* (indépendants ou intégrés à des agences médias) ou encore les DMP (*data management platforms*) qui sont les intermédiaires clés pour le traitement et la valorisation des données, venant par exemple de réseaux sociaux comme Twitter ou Facebook.

C'est dans ce contexte que se déploie l'analyse que va mener l'Autorité. Face aux enjeux concurrentiels de la détention des données, quel pourra être le développement (sinon la pérennité) de l'ensemble de ces acteurs intermédiaires ? En d'autres termes, les données ne constitueront-elles pas la prochaine facilité essentielle dont l'accès en des termes raisonnables et non discriminatoires sera indispensable pour l'exercice d'une activité sur les marchés aval ?

"L'enquête sectorielle" que va mener l'Autorité s'intéressera tout d'abord à la question des marchés pertinents. Il s'agira notamment de s'attacher à la substituabilité entre les différentes formes de publicité, notamment celle développée sur les réseaux sociaux, aux marchés de gros des mises en relations commerciales et au marché spécifique de la protection de la vie privée sur Internet (outils de blocage des publicités ou de gestion des données personnelles). Le lien entre données et pouvoir de marché

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

fera l'objet d'un second volet, portant notamment sur l'impact concurrentiel des acteurs présents sur une large part de la chaîne de valeur et susceptibles de se diversifier sur l'ensemble de celle-ci. Les questions concurrentielles liées aux algorithmes feront l'objet d'une analyse spécifique. Le dernier point s'attachera aux pratiques commerciales et traitera des questions d'accès des tiers dans des conditions transparentes et équitables aux données.

Cette description des différents domaines sur lesquels portera l'analyse de l'Autorité permet d'insister sur deux points. Le premier tient à la connexité entre la procédure ouverte le 23 mai dernier et le rapport commun avec le Bundeskartellamt. Le second point réside en l'importance croissante de l'accès aux données comme une garantie d'une concurrence libre et non faussée entre opérateurs.

Le premier point à relever est l'étroitesse du lien entre les préoccupations de concurrence qui animent l'Autorité dans cette auto-saisine avec les analyses développées dans son rapport "Droit de la concurrence et données". Celui-ci insiste notamment sur le rôle de données de plus en plus riches pour des stratégies commerciales mieux ciblées (notion de ciblage comportemental). Il s'agit à la fois d'optimiser le couple coût / rendement des campagnes publicitaires mais également de proposer des offres personnalisées, voire d'ajuster les prix à une appréciation de la capacité de paiement des clients. Le rapport montre également comment la détention de données peut être une source de pouvoir de marché voire un outil de consolidation de ce dernier du fait des effets de réseaux jouant en faveur des opérateurs dominants sur les plateformes numériques. Les données peuvent également servir de levier dans le cadre de stratégies d'éviction reposant sur des refus d'accès aux données ou des conditions d'accès discriminatoires à celles-ci. Le cadre de la théorie des facilités essentielles est ici sous-jacent à l'analyse, notamment au travers de l'appui sur la décision n° 14-D-06 de l'Autorité du 8 juillet 2014 relative à des pratiques mises en œuvre par la société *Cegedim* dans le secteur des bases de données d'informations médicales (cette chronique, *Concurrences* n° 4-2015, pp. 123-124).

Le second point à relever tient à l'importance croissante qu'occupe la question de la détention et de l'accès aux données fournies par les consommateurs sur le jeu concurrentiel. La question de l'absence d'un *level playing field* dans le domaine se pose également pour les opérateurs historiques dans les industries de réseaux comme le montrent les décisions relatives à *Engie* (*GDF*) et *EDF* de l'Autorité (respectivement la décision n° 14-MC-02 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société *Direct Energie* dans les secteurs du gaz et de l'électricité, la décision n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par *EDF* dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque ou encore la décision n° 16-MC-01 du 2 mai 2016 relative à une demande de mesures conservatoires de *Direct Energie*). Cette dimension est également critique dans le récent rapport du CMA sur le marché britannique de l'énergie, publié le 10 mars dernier. En effet, la *Competition and Markets Authority* a proposé dans un projet de décision sur les mesures correctives à apporter au fonctionnement du secteur de l'énergie britannique (*Energy market investigation – summary of provisional decisions on remedies*), que les bases de données clients soient mutualisées entre les différents opérateurs de façon à neutraliser l'avantage informationnel des opérateurs dominants. Dans cette même logique, le rapport commun avec le Bundeskartellamt revient sur les avantages liés à la détention de données liées à des droits exclusifs passés, également en abordant les cas de diversifications, à l'instar de l'analyse qu'avait pu développer l'Autorité dans son avis n° 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif aux utilisations croisées de bases de clientèles.

F. M. ■

À NOTER

Prix prédateurs – Subventions croisées – Absence de preuve – Rejet d'un recours : La Cour d'appel de Paris confirme un jugement du Tribunal de commerce de Paris ayant débouté des demandes d'indemnisation pour abus de position dominante, faute de preuve ou d'indice laissant présumer l'existence d'une telle pratique *(CA Paris, 13 avril 2016, Imperial Pub et Gps RG n°13/24840)*

La Poste comprend de nombreuses sociétés parmi lesquelles *Mediapost*, spécialisée dans la distribution de prospectus publicitaires en boîtes à lettres.

Deux de ses concurrentes, *Imperial Pub* et la *Gps* avaient assigné *La Poste* et *Mediapost* devant le Tribunal de commerce de Paris afin d'obtenir une indemnisation pour abus de position dominante prétendument constitué par la mise en œuvre de prix prédateurs d'une part, et par le fait que *Mediapost* profitait des avantages que confère à *La Poste* sa qualité de prestataire du service postal universel d'autre part. Elles ont été déboutées par un jugement du 22 novembre 2013 et ont fait appel.

S'agissant des prix prédateurs, la Cour d'appel constate tout d'abord que le marché pertinent n'est pas discuté par les parties : il s'agirait de celui de la publicité non adressée en Ile-de-France sur lequel *Mediapost* serait en position dominante (p. 5).

La Cour relève qu'aucun élément s'agissant de prix bas n'est rapporté par les requérantes vis-à-vis du seul client identifié, le distributeur *Casino*, alors même que pour être abusive "une pratique de prix bas doit revêtir un caractère suffisamment permanent et étendu de sorte que l'on puisse en déduire qu'elle fait partie d'une stratégie de détournement de clientèle d'un concurrent et d'éviction de celui-ci" (p. 6).

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

S'agissant des avantages dont bénéficie *La Poste* pour le service universel, la Cour d'appel rappelle que "si les pratiques de diversification des opérateurs historiques, et notamment la création de filiales opérant en dehors du cœur de l'ancien monopole, ne sont pas anticoncurrentielles en soi, c'est à la condition que les conditions de la concurrence ne soient pas faussées" (p. 6). Tel pourrait être le cas si des subventions croisées étaient constatées ou en cas de confusion entretenue entre le service public et les services proposés par *Mediapost*.

Toutefois, la Cour d'appel relève l'absence non seulement de preuve, mais également d'indices qui pourraient laisser présumer l'existence de telle pratique.

En effet, *Imperial Pub* et *Gps* accusaient *La Poste* de mutualisation de la main d'œuvre, mais sur le fondement de simples articles de presse, d'un extrait du forum des postiers ou encore de tracs syndicaux, qui ne contenaient rien d'autre que des interrogations et des inquiétudes (p. 7). *Imperial Pub* et *Gps* s'appuyaient également sur une étude de *Wik Consult* mais celle-ci, comme le relève la Cour d'appel, ne fait qu'envisager l'éventualité que des économies d'échelle et d'envergure apparaissent entre les produits relevant du service universel et les autres. Enfin, aucun élément ne pouvait laisser présumer que *Mediapost* utilisait la base de données de l'ensemble des bénéficiaires du service universel détenue par *La Poste*.

En conséquence de ce qui précède, la Cour d'appel a rejeté le recours à l'encontre du juge et du Tribunal de commerce de Paris, qui avait rejeté la plainte de *Imperial Pub* et de *Gps*.

A. W. – N. Z. ■

Éviction abusive – Refus d'accès – Infrastructure essentielle : L'Autorité de la concurrence rejette la saisine d'un praticien pour refus d'accès abusif des équipements d'imagerie médicale *(Aut. conc., déc. n° 16-D-08 du 4 mai 2016 relative à des pratiques concernant l'accès à des équipements lourds d'imagerie médicale, scanner et IRM, dans le Nord-Pas-de-Calais)*

L'accès aux équipements médicaux lourds que sont les scanners et les IRM a souvent donné lieu à des contentieux entre praticiens sur la base de l'article 102 du TFUE. Des praticiens non associés aux structures autorisées à investir dans ces équipements doivent pouvoir bénéficier d'un accès à ces derniers si ces derniers revêtent des caractéristiques de facilités essentielles, c'est-à-dire s'il n'existe pas de substituts, notamment sur une base géographique. C'est sur la base de l'absence d'essentialité que la saisine déposée par un praticien de Hénin-Beaumont le 30 avril 2013 a été rejetée le 4 mai 2016. Ce dernier qui avait pu accéder aux scanners et IRM du centre hospitalier de Lens entre 2001 et 2014, n'avait pas été associé en 2009 au GIE Liévin-Hénin, autorisé par l'Agence Régionale de Santé, d'exploiter un nouvel équipement. Ses demandes d'accès avaient été refusées par le GIE sur la base de difficultés relationnelles avec ses confrères. Le refus d'accès qui lui a été signifié ne répond pas aux conditions permettant de caractériser un abus d'éviction dans la mesure où il existe sur la zone géographique pertinente des équipements alternatifs où il a déjà pu orienter sa patientèle.

F. M. ■

Clause d'exclusivité – Menaces – Représailles – Sanction : L'Autorité de la concurrence sanctionne une entreprise à hauteur de 69 millions d'euros pour avoir abusé de sa position dominante envers ses concurrents en mettant en place, pendant 9 ans, une politique commerciale visant à contraindre ses distributeurs à s'approvisionner exclusivement auprès de lui *(Aut. conc., déc. n° 16-D-14 du 23 juin 2016 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du zinc laminé et des produits ouvrés en zinc destinés au bâtiment)*

Cette décision fera l'objet d'un commentaire dans le n° 4-2016 de la présente revue *Concurrences*.

A. W. – N. Z. ■

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénalement sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300 000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection pouvant accompagner ce document. This document is protected by copyright laws and international copyright treaties. Non-authorised use of this document constitutes a violation of the publisher's rights and may be punished by up to 3 years imprisonment and up to a € 300 000 fine (Art. L. 335-2 Code de la Propriété Intellectuelle). Personal use of this document is authorised within the limits of Art. L 122-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DRM protection.

Concurrences

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.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Ian Forrester, Eleanor Fox, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Jean-Pierre Jouyet, Hubert Legal, Mario Monti, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Louis Vogel, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, John Fingleton, François Hollande, Frédéric Jenny, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Emmanuel Macron, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Géradin, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenbergen, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peeperkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

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

International

Germany, Belgium, Canada, China, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

Ententes

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

Pratiques unilatérales

Frédéric Marty, Anne-Lise Sibony, Anne Wachsmann

Pratiques commerciales déloyales

Frédéric Buy, Muriel Chagny, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Jean-Christophe Roda, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

Distribution

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

Concentrations

Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Jacques Gunther, Sergio Sorinas, David Tayar

Aides d'État

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

Procédures

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

Régulations

Laurent Binet, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume, Jean-Paul Tran Thiet

Mise en concurrence

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

Secteur public

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

Jurisprudences européennes et étrangères

Karounga Diawara, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda, Per Rummel, Julia Xoudis

Politiques internationales

Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, François Souty, Stéphanie Yon-Courtin

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revues

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

Tarifs 2016

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
Revue Concurrences I **Review** Concurrences		
☐ Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) *1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)*	515,00 €	618,00 €
☐ Abonnement annuel - 4 n° (version papier) *1 year subscription (4 issues) (print version)*	538,00 €	567,59 €
☐ Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) *1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)*	804,00 €	964,80 €
e-Bulletin e-Competitions I **e-Bulletin** e-Competitions		
☐ Abonnement annuel + e-archives *1 year subscription + e-archives*	719,00 €	862,80 €
Revue Concurrences **+ e-Bulletin** e-Competitions I **Review** Concurrences **+ e-Bulletin** e-Competitions		
☐ Abonnement annuel revue (versions papier + e-Bulletin + e-archives) *1 year subscription to the Review (print version + e-Bulletin + e-archives)*	866,00 €	1039,20 €
☐ Abonnement annuel revue (version électronique + e-Bulletin + e-archives) *1 year subscription to the Review (online version + e-Bulletin + e-archives)*	924,00 €	1108,80 €
☐ Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-Bulletin + e-archives) *1 year subscription to the Review (print & electronic versions + e-Bulletin + e-archives)*	1040,00 €	1248,00 €

Renseignements I Subscriber details

Nom-Prénom I *Name-First name* . . . . . .

e-mail . . . . . .

Institution I *Institution* . . . . . .

Rue I *Street* . . . . . .

Ville I *City* . . . . . .

Code postal I *Zip Code* . . . . . Pays I *Country* . . . . . .

N° TVA intracommunautaire I *VAT number (EU)* . . . . . .

Formulaire à retourner à I Send your order to:

Institut de droit de la concurrence
21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France I contact: webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) I *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 € I *30 € extra charge for shipping outside France*