Concurrences
Revue des droits de la concurrence

Pratiques unilatérales

Chroniques | Concurrences N° 3-2011 – pp. 108-118

Frédéric Marty
frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

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

Anne-Lise Sibony
alsibony@ulg.ac.be

Chargée de cours en droit européen, Université de Liège
Professeur invitée de droit, Université Catholique de Louvain
Professeur invitée,Université Paris II

Anne Wachsmann
anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat à la Cour, Linklaters, Paris

Institut de droit de la concurrence
e-Competitions

Chroniques

Pratiques unilatérales

Frédéric Marty
frederic.marty@gredeg.cnrs.fr
Chargé de recherche CNRS
Groupe de recherche en droit, économie et gestion (GREDEG)
Université de Nice-Sophia Antipolis

Anne-Lise Sibony
alsibony@ulg.ac.be
Professeur de droit européen,
Université de Liège,
Professeur invité,
Université Catholique de Louvain,
Professeur invité, Université Paris II

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

Abstracts

1. E.U.

EXPLOITATIVE ABUSES – ESSENTIAL FACILITIES – COMMITMENTS: 108
The European Commission issues a market test relative to commitments proposed in order to respond to a statement of objections on practices concerning the license fees for the use of International Securities Identification Numbers (ISIN)
Eur. comm., 14.05.11, Notice art. 27(4) Reg. 1/2003, EFAMA a.o. v. Standard & Poor's, case COMP/39592

2. France

EXPLOITATIVE AND EXCLUSIONARY ABUSES – ABUSE OF ECONOMIC DEPENDENCE: 110
The French NCA dismisses a claim and a request for interim measures of an independent electricity suppliers association against the French independent system operator and incumbent on the basis of exclusionary and exploitative abuses
Fr. NCA, 08.06.11, Practices of EDF and RTE in the electricity market, 11-D-09

EXCLUSIVITY – COMMITMENTS – NEGOTIATED PROCEDURE: 115
The French NCA welcomes commitments related to exclusivity
Fr. NCA, 27.04.11, Accentiv'Kadeos, 11-D-08

INTERIM MEASURES – LIBERALISATION OF POSTAL MARKET – FIDELITY REBATES – DISCRIMINATION: 117
The French NCA suspends application of an agreement between the French incumbent operator and an operator active in delivery of parcels to collection points and will carry on investigating possible abusive practices (fidelity rebates and discrimination)
Fr. NCA, 12.05.11, Kiala, 11-MC-01 ("La Poste")

1. Union européenne

Abus d'exploitation – Actifs essentiels – Engagements : La Commission européenne soumet à un test de marché des engagements proposés pour mettre un terme à une procédure engagée à l'encontre de pratiques tarifaires en matière de diffusion et d'utilisation des numéros internationaux d'identification des valeurs mobilières (ISIN) *(Comm. eur., com. art. 27, §4 R. 1/2003, EFAMA e.a. c/ Standard & Poor's, aff. COMP/39592, JOUE n° C. 144 du 14 mai 2011, p.28)*

La Commission a publié le 16 mai dernier un communiqué de presse (IP/11/571) rendant compte des engagements proposés par Standard and Poor's (ci-après S&P's) en vue de répondre à ses préoccupations de concurrence quant aux pratiques tarifaires de l'entreprise sur le marché européen en termes de diffusion des numéros d'identification des valeurs mobilières émises aux États-Unis, les numéros ISIN.

Ces numéros d'identification, attachés à chaque émission de titre financier sur le marché américain, sont des données essentielles pour l'activité des acteurs des marchés bancaires et financiers européens, qu'il s'agisse des communications entre établissements, des opérations de règlement et de compensation, des notifications d'opérations aux autorités et enfin de la gestion des bases de données relatives à leurs portefeuilles de valeurs mobilières.

Conformément à la normalisation internationale, S&P's détient l'exclusivité d'attribution et de diffusion de ces numéros pour les États-Unis. La Commission, dans le cadre d'une procédure ouverte le 6 janvier 2009 ayant donné lieu à une notification des griefs le 19 novembre 2009 (MEMO/09/508), reproche à S&P's d'avoir abusé de la position que lui confère ce monopole pour pratiquer des prix excessifs au travers de la vente liée d'informations financières dont les opérateurs financiers n'avaient guère véritablement l'usage et au travers de l'obligation de paiement faite aux utilisateurs indirects des numéros ISIN; lesquels se se procuraient pourtant ces derniers auprès de fournisseurs d'informations financières, ayant déjà rémunéré S&P's pour leur diffusion.

Avant de présenter les engagements proposés par S&P's soumis au test de marché (II), nous nous attachons à l'analyse des pratiques de marché ayant donné lieu à la notification de griefs par la Commission en novembre 2009 (I).

I. Des pratiques tarifaires en matière de licence tenues comme abusives

Comme nous l'avons noté, l'émission des numéros ISIN est encadrée par une norme internationale, l'ISO 6166. Dans le cas américain, ces numéros dérivent des identifiants nationaux, les CUSIP. S&P's jouissant d'ores-et-déjà d'un monopole légal en matière d'émission de ces derniers (conféré par l'American Bankers Association), celle des ISIN lui a également été confiée.

Les numéros ISIN sont indispensables aux établissements financiers pour exercer leur activité sur le marché. Il s'agit de l'unique système d'identification transfrontalière des valeurs mobilières. Tous les émetteurs de valeurs mobilières aux États-Unis doivent obligatoirement se faire enregistrer auprès de S&P's pour disposer d'un numéro d'identification, moyennant des frais de référencement. Ce dernier est également chargé d'entretenir une base de données et de la mettre à disposition des opérateurs des marchés financiers, et notamment des fournisseurs d'informations financières tels Bloomberg ou Reuters.

La position dominante dérivant de ce monopole légal aurait, selon la Commission, servi de base à la mise en œuvre par S&P's de deux types de pratiques abusives. Tout d'abord, les prix pratiqués s'établissent bien au-delà de ceux prescrits par l'ISO. Alors que le titulaire du monopole d'émission ne devrait facturer que les coûts de diffusion aux utilisateurs directs, S&P's exige des redevances d'exploitation de la part des utilisateurs indirects – qui pourtant n'induisent pour lui aucun coût additionnel. Ensuite, il adjoint obligatoirement aux numéros ISIN des " informations à valeur

* Avec la collaboration de Nicolas Zacharie.

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.*

ajoutée ", justifiant à ses yeux des prix supérieurs à ceux prescrits par l'ISO mais dont l'utilité pour les opérateurs du secteur financier est des plus discutables.

La procédure ouverte à l'encontre de S&P's sur le fondement de l'article 102 du Traité relève non pas, comme cela est souvent le cas, d'un abus d'éviction, mais d'un abus d'exploitation. Dans ce cas de figure, qui était celui qui était envisagé en premier lieu par les auteurs du Traité de Rome (R. Joliet, Monopolization and Abuse of Dominant Position, Martinus Nijhoff, La Haye, 1970), il s'agit de prévenir le risque que l'opérateur dominant n'abuse de son pouvoir de marché en pratiquant des prix " de monopole " ou en imposant des conditions commerciales déséquilibrées à des cocontractants qui n'ont guère d'alternative (W. Eucken, The Foundations of Economics – History and Theory in the Analysis of Economic Reality, Springer, NY and Berlin, 1939, 1992). Il s'agit donc, dans une certaine mesure, de sanctionner ex post un opérateur dominant qui ne se serait pas comporté comme s'il était dans une situation de concurrence complète, c'est-à-dire une situation dans laquelle les différentes firmes sont dépourvues de la puissance de marché nécessaire pour imposer leurs conditions à leurs contreparties dans les transactions. La logique n'est guère éloignée de celle des anciens institutionnalistes américains pour lesquels le pouvoir de marché d'un acteur économique était lié aux alternatives dont disposaient ses contractants potentiels et à sa capacité à " retenir le produit ", c'est-à-dire à ne pas s'engager dans la transaction sans pour autant subir de préjudice économique significatif (J.R. Commons, Institutional Economics. Its Place in Political Economy, Transaction Publishers, New Brunswick and London, 1934, rééd. 1990).

Cependant, cette logique s'éloigne significativement de la position actuelle de l'Antitrust américain, qu'il s'agisse de la doctrine économique ou juridique (M.S. Gal, " Monopoly pricing as an antitrust offense in the U.S. and the EC : Two systems of belief about monopoly? ", Antitrust Bulletin 2004, vol. 49, Spring, pp. 343-384) ou de la pratique décisionnelle des tribunaux chargés de l'application du Sherman Act. En témoignent des arrêts remontant pour certains à la fin du XIX^{ème} siècle (Cour d'appel du 6ème circuit, 4 décembre 1899, US v. Addyston Pipe & Steel, 85 F.2d, 271, 284). De la même façon, l'arrêt Colgate de la Cour Suprême de 1919 souligne qu'une entreprise, même en situation de monopole, mais qui doit cette dernière position à ses seuls mérites, demeure libre de contracter avec qui elle veut et aux conditions – de prix – qu'elle souhaite (US Supreme Court, 2 juin 1919, US v. Colgate Co., 250 U.S. 300), position encore réaffirmée en 2004 dans l'arrêt Trinko (US Supreme Court, 13 janvier 2004 (Verizon Communications Inc. v. Law Office of Curtis Trinko, 540 U.S. 398). De façon générale, il apparaît indispensable pour la Cour Suprême (US Supreme Court, 13 juin 1966, United States v. Grinnell Corp., 384 U.S. 563, 570-71) au fonctionnement de la concurrence qu'une entreprise qui doit sa situation de marché à ses investissements passés, à ses innovations, à la clairvoyance de ses dirigeants (business acumen), voire à la seule chance (historic accident) puisse retirer l'ensemble des fruits de celle-ci.

Cependant, dans le cas d'espèce, S&P's ne doit pas sa position de marché à ces derniers éléments, mais à des droits exclusifs résultant de l'ISO. À ce titre, tant les positions de la jurisprudence concurrentielle américaine que celles de la littérature académique convergeraient vers une nécessaire sanction du comportement de l'entreprise dans la mesure où son pouvoir de marché ne résulte en rien de ses mérites. Ce faisant, le cas de S&P's fait écho à la situation décrite par les orientations de la Commission sur les abus d'éviction publiées en février 2009 en matière de refus de fourniture (Comm. eur., Communication, Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, JOUE, 24 février 2009, pp. C 45/7-C 45/20). Un accès obligatoire à un actif essentiel peut être imposé sans qu'il soit nécessaire d'en évaluer les conséquences sur les incitations à investir dès lors que son contrôle découle de droits exclusifs.

II. Discussion des engagements

En réponse aux griefs notifiés par la Commission le 19 novembre 2009, S&P's communique à cette dernière, des propositions d'engagements dans le cadre de l'article 9 du règlement n°1/2003; propositions susceptibles, si elles sont acceptées – éventuellement après modifications suite aux discussions avec les services de la Commission et aux retours du test de marché – d'être rendues obligatoires par voie de décision. Si cette dernière procédure ne vaut pas, de la part de l'entreprise concernée, reconnaissance du caractère contraire des pratiques aux règles de concurrence, le non-respect des engagements – qui mettent fin à la procédure – l'exposerait ex post à une amende.

Les engagements proposés par S&P's se subdivisent en deux ensembles. Un premier est de ne plus exiger de redevances d'exploitation de la part des utilisateurs indirects des numéros ISIN, conformément aux prescriptions mêmes de l'ISO. Un second est de ne plus accompagner obligatoirement la diffusion des ISIN d'informations financières dites à valeur ajoutée sous forme de vente groupée. Si les engagements sont rendus obligatoires, les informations transmises se limiteraient aux numéros et à quelques informations descriptives nécessaires à l'identification des valeurs mobilières concernées. Le prix d'accès annuel à la base de données proposé est de 15 000 dollars américains, prix révisable annuellement en fonction de l'inflation. Si les propositions d'engagements de S&P's prévoient des restrictions en matière de possibilités d'extraction des numéros CUSIP ou de revente des numéros ISIN à des tiers, elles permettraient aux utilisateurs des bases concernées de mettre fin de façon anticipée et sans pénalité aux contrats actuels. Enfin, les engagements pris seraient valables cinq ans et S&P's s'engagerait à transmettre un rapport annuel à la Commission relatif à leur mise en œuvre.

Le test de marché mis en place par la Commission vise à recueillir la position des différentes parties intéressées quant à la portée et au caractère usuel des restrictions posées au transfert et à la revente des numéros d'identification et à la capacité des engagements proposés à rétablir un

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.*

fonctionnement normal de la concurrence. Si, au final, des engagements sont rendus obligatoires, il sera mis un terme à un abus d'exploitation lié, dans le cas d'espèce, à la maîtrise par un opérateur économique d'un actif essentiel à des firmes évoluant dans un segment de marché aval.

F. M. ■

À noter

Abus d'éviction – Prédation – Tests de coûts : L'avocat général Mengozzi propose de faire reposer le test de coût, dans les affaires de prédation impliquant des entreprises opérant à la fois sur des segments monopolistiques et sur des segments ouverts à la concurrence, sur " le coût de la production isolée " *(Conclusions AG Mengozzi, 24 mai 2011, Post Danmark, aff. C-209/10)*

Dans l'affaire Post Danmark, faisant l'objet d'une demande de décision préjudicielle du Højesteret danois, l'avocat général Mengozzi a remis le 24 mai dernier des conclusions particulièrement intéressantes quant à la question des réductions de prix sélectives mises en œuvre par un opérateur dominant sans que celles-ci relèvent d'une stratégie de prix prédateurs. En l'espèce, l'opérateur historique danois pratiquait, auprès des principaux clients de son concurrent, des prix inférieurs à ceux supportés par ses propres clients . Si la Poste danoise a été sanctionnée au titre d'une discrimination accessoire, consistant à placer des clients équivalents dans des conditions différentes, il s'agissait de savoir dans quelle mesure une baisse sélective des prix d'un opérateur dominant, sans caractère prédateur, est constitutive d'un abus d'éviction.

L'avocat général Mengozzi, dans ses conclusions, apporte deux éléments particulièrement intéressants. Tout d'abord, il revisite le critère des coûts incrémentaux, mettant l'accent sur l'impact des coûts fixes communs entre des activités concurrentielles et celles effectuées dans le cadre de droits exclusifs. L'évaluation du coût isolé de ces dernières (stand alone cost) permettrait de s'assurer que l'opérateur historique ne puisse pas mettre en œuvre des subventions croisées susceptibles d'évincer le nouvel entrant. Ensuite, il souligne l'importance de la mise en évidence des effets anticoncurrentiels des pratiques, bien plus que celle de leur objet. S'il n'a pu être démontré, l'existence d'un plan de prédation de la part de Post Danmark, le fait que la pratique tarifaire en cause soit effectivement susceptible d'évincer du marché un concurrent aussi efficace que lui, constitue un abus d'éviction.

F. M. ■

Discrimination – Restriction de concurrence : L'avocat général Kokott est d'avis que, pour les abus consistant en une discrimination entre partenaires commerciaux, il doit être établi que la pratique de l'entreprise en position dominante crée un désavantage dans la concurrence pour l'un au moins des partenaires. *(Conclusions AG Kokott, 12 avril 2011, Solvay c/ Commission, aff. C-109/10 P)*

Dans des conclusions rendues dans l'affaire Solvay c/ Commission, l'avocate générale Kokott considère que le Tribunal a commis une erreur de droit dans l'application de l'article 82 c) (désormais 102 c), qui interdit à une entreprise en position dominante " 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 ". L'avocate générale Kokott souligne que l'exigence d'un désavantage dans la concurrence infligé par l'entreprise en position dominante à ses partenaires est une exigence revêtue d'une portée normative autonome. Dès lors, selon elle, le Tribunal ne pouvait faire application de cette disposition sans que soit établie une restriction probable de concurrence sur le marché aval, sur lequel les clientes de Solvay étaient actives (secondary line injury). A fortiori, le Tribunal ne pouvait, sans commettre une erreur de droit, refuser d'examiner les arguments avancés par Solvay pour démontrer que, en l'espèce, ses pratiques ne faussaient pas la concurrence entre ses partenaires.

A.-L. S. ■

2. France

Abus d'exploitation et abus d'éviction – Abus de dépendance économique – Achat de l'electricite : L'Autorité de la concurrence rejette la saisine d'un syndicat de producteurs indépendants d'énergie quant à des pratiques mises en œuvre par le gestionnaire du réseau de transport de l'électricité sur des marchés d'équilibrage et par l'opérateur historique sur ces mêmes marchés *(Aut. conc., déc. n° 11-D-09 du 8 juin 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF et RTE dans le secteur de l'électricité)*

(Voir également, chronique "Régulations", infra, obs. E. Guillaume)

L'Autorité de la concurrence (ci-après l'Autorité) déclare irrecevable, sur le fondement de l'article L. 462-8 du code de commerce une saisine du Syndicat national des producteurs d'énergie thermique (ci-après SNPIET) relative à des comportements de marché du RTE et d'EDF, et rejette dans le même temps sa demande de mesures conservatoires.

Le SNPIET regroupe quelques vingt-deux entreprises, issues des producteurs d'énergie électrique d'origine thermique non nationalisés par la loi n° 46.628 du 8 avril 1946. L'article 8

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 la loi excluait de la nationalisation les entreprises de production de faible importance (dont la production moyenne annuelle était inférieure à 12 millions de kWh en 1942-43). La loi Armengaud du 2 août 1949 avait assoupli la loi de Nationalisation en permettant à des opérateurs économiques privés ou à des collectivités territoriales de construire et d'exploiter des unités de production d'une puissance inférieure à 8000 kVA (ou d'une puissance supérieure dès lors que l'électricité était principalement destinée à l'autoconsommation). Dans les deux cas, il était requis une autorisation ministérielle préalable à l'édification des nouvelles capacités et la passation d'une convention avec EDF pour la cession des excédents d'énergie électrique produite. Un décret du 20 mai 1955 accorda aux producteurs autonomes une garantie d'écoulement au travers d'une obligation d'achat pesant sur EDF dans des termes financiers communément considérés comme particulièrement favorables (J.-C. Colli, Cent ans d'électricité dans les lois, numéro spécial du Bulletin d'Histoire de l'Electricité, juillet 1986, 178 p.).

Cette obligation d'achat, dont l'organisation fit encore l'objet d'un décret le 20 décembre 1994 (décret n° 94-1110), suscita de nombreux contentieux entre EDF et les producteurs autonomes portant notamment sur la valorisation de l'électricité. Les tarifs d'achat sous l'empire de la précédente réglementation du secteur étaient fixés en fonction des tarifs de vente d'EDF. Économiquement, l'obligation d'achat se justifiait à partir des coûts évités de long terme. Le Conseil de la concurrence eut à traiter de nombreuses saisines contentieuses liées à ladite obligation (par exemple, la décision n° 96-D-80 du 10 décembre 1996 faisant suite aux saisines d'entreprises du secteur énergétique et du SNPIET). Le Conseil fut également saisi dans le cadre de ses compétences consultatives par le SNPIET quant à la justification économique d'une décision d'EDF visant à réduire la valorisation du prix de l'électricité lors de la pointe de demande (avis n° 98-A-22 du 8 décembre 1998 relatif à une demande d'avis sur les principes devant guider et encadrer la politique tarifaire d'EDF). Pour le SNPIET l'évolution des tarifs pratiqués par EDF pour la pointe de demande – qui induisait une réduction automatique du prix de l'énergie électrique produite par les équipements diesels de ses membres, titulaires d'une obligation d'achat – révélait une volonté d'éviction anticoncurrentielle préalable à l'ouverture du marché.

En effet, si les membres du SNPIET se caractérisent par un parc de production de taille très modeste comparé à celui de l'opérateur historique, celui-ci est essentiellement constitué de groupes thermiques particulièrement flexibles et donc très adaptés à la fourniture d'électricité lors de la pointe de demande (l'Autorité relève dans le paragraphe 9 de sa décision que les 16 membres du SNPIET sur les 22 qui ont répondu aux questions du rapporteur comptent pour 0,2 % de la capacité installée en France mais disposent d'une structure de production constituée à 90 % de groupes diesel). Même si leurs coûts variables sont extrêmement élevés, de tels groupes peuvent bénéficier de la forte valorisation des prix lors de la pointe et donc voir tant leurs coûts variables que leurs coûts fixes rémunérés par les rentes de rareté perçues pendant un nombre d'heures d'appel très limité (quelques heures dans l'année). Cependant, si ces capacités peuvent apparaître comme essentielles pour faire face à la pointe de demande et donc répondre aux problèmes relatifs à l'adéquation de capacité (D. Finon, C. Defeuilley et F. Marty, " Signaux prix et équilibre de long terme : Reconsidérer l'organisation des marchés électriques ", in D. Finon, (s.d.), Concurrence et politiques publiques dans les marchés électriques, Larsen, 2009, pp. 177-209.), il n'en demeure pas moins que la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation du service public de l'électricité a mis fin à l'obligation d'achat qui pesait sur EDF au profit des producteurs autonomes, sous réserve des contrats en cours. Elle a limité de telles obligations à l'électricité issue d'énergies renouvelables, de la valorisation de déchets ménagers ou mettant en œuvre des techniques performantes au point de vue énergétique, à l'instar de la cogénération. Ainsi, au 1er janvier 2011, 93 installations des membres du SNPIET (représentant une puissance de 570 MW) ne bénéficiaient déjà plus de cette obligation et les 42 restantes (pour une puissance de 300 MW) verraient celle-ci disparaître à l'horizon 2015.

En l'espèce, la saisine du SNPIET portait sur deux appels d'offres, organisés en 2005 et en 2007 par RTE, relatifs à la constitution de réserves rapides et de réserves complémentaires pour le mécanisme d'ajustement du système électrique, marchés dont les dispositions ne permettaient pas selon lui à ses membres de soumissionner. En outre, le SNPIET dénonçait, dans le cadre de ces mêmes marchés, la mise en œuvre de prix prédateurs de la part de l'opérateur historique. Enfin, EDF aurait proposé des contrats d'achat de l'électricité produite par ses membres assortis de conditions abusives, tirant profit de la situation de dépendance économique dans lesquels ces derniers étaient placés.

Dans le même temps, le SNPIET demande le prononcé de mesures conservatoires. Celles-ci porteraient d'abord sur une injonction faite à EDF de conclure des contrats d'achat de l'électricité produite par les membres du SNIEPT pour " l'extrême pointe " de demande à des prix reflétant leurs coûts. Elles rendraient ensuite obligatoire, de la part d'EDF et du RTE, la définition de conditions techniques claires pour les contrats d'achat d'électricité et les marchés d'équilibrage. Elles constitueraient enfin une injonction faite à l'opérateur historique de proposer dans le cadre de ces marchés des prix reflétant ses coûts complets.

La décision de l'Autorité est intéressante à plusieurs titres. Tout d'abord, elle permet de caractériser la nature économique des marchés passés par le RTE à des fins d'équilibrage du système électrique. Ensuite, elle précise sa position en matière de définition de prix prédateurs et en matière de caractérisation d'un abus de dépendance économique. Enfin, elle s'inscrit dans le sillage de l'arrêt de la Cour de justice du 3 mai 2011, Tele 2 Polska, conduisant à l'impossibilité, pour une autorité de concurrence nationale, d'adopter une décision concluant à l'absence d'abus de position dominante au sens de l'article 102 TFUE.

I. L'Autorité n'est pas compétente pour se prononcer sur les pratiques alléguées à l'encontre de RTE

La fin programmée de l'obligation d'achat pesant sur EDF peut conduire les membres du SNPIET à proposer leur

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.*

électricité au RTE dans le cadre de ses missions d'équilibrage du réseau électrique. La saisine porte en effet sur l'une des composantes de cet équilibrage, à savoir la réserve rapide et complémentaire.

Le système électrique nécessitant un équilibrage constant entre offre et demande avec un maintien du niveau de la fréquence, le RTE doit pallier en temps réel tout déséquilibre. Cette mission est tout d'abord mise en œuvre au travers de réglages automatiques – ou services systèmes – mobilisant les réserves dites primaires et secondaires. Les premières doivent permettre aux groupes appelés d'accroître leur production dans un délai de 15 à 30 secondes. Dans le cas français, cette réserve doit s'élever à quelques 700MW. Si l'appel de ces groupes ne permet pas de maintenir la fréquence à un niveau de 50 Hz, entre 500 et 1000 MW de capacités additionnelles doivent pouvoir être appelés dans un délai de 100 à 200 secondes.

En complément de ces réserves système, des actions manuelles peuvent être mises en œuvre. Il s'agit de la réserve tertiaire, dite " mécanisme d'ajustement ". Le calibrage de cette réserve se fait sur un scénario de base consistant en la perte du plus gros groupe de production français (1500 MW). Il est alors requis de disposer en moins de 15 minutes de capacités allant au-delà de la seule réserve secondaire. RTE doit donc disposer de 1000 MW de réserve tertiaire, composée d'une réserve rapide et d'une réserve complémentaire visant à reconstituer la réserve secondaire pour faire face à un aléa supplémentaire.

RTE lance à cette fin des appels d'offres permettant de sélectionner par ordre de préséance économique des offres dites sur " moyens contractualisés " (appels d'offres sur lesquels portent la saisine), aux côtés d'offres basées sur des moyens non contractualisés impliquant l'ensemble des acteurs du marché français. Selon le SNPIET les appels d'offres du RTE de 2005 et de 2007 évincèrent ses membres du fait de contraintes techniques injustifiées et de délais impartis insuffisants. La position de l'Autorité vis-à-vis de ces marchés s'écarte drastiquement de celle de la partie saisissante.

Tout d'abord, l'Autorité relève qu'en termes factuels le premier appel d'offres concerné, celui de 2005, avait été déclaré infructueux, faute de soumission. L'Autorité souligne que les pratiques ne sauraient donc porter que sur la convention conclue entre EDF et le RTE pour poursuivre le contrat initial de 2003 et particulièrement sur l'avenant du 31 août 2005, relatif à la rémunération de l'opérateur historique (§ 132). Or, en l'espèce le délai de prescription de cinq ans est dépassé.

Dans le second, en novembre 2007, EDF obtint 100 % du marché (pour la période allant du 1er avril 2008 au 31 mars 2011). Enfin, dans un appel d'offres non concerné par la saisine, le 1er avril 2011, la soumission de l'opérateur historique ne fit pas l'objet d'offres concurrentes de la part des membres du SNPIET (§ 48).

De plus, l'Autorité se déclare incompétente pour connaître l'activité du RTE pour ces réserves dans la mesure où il s'agit de missions relevant de l'organisation du service public. En effet, RTE est selon les termes de la loi chargé d'une mission de service public, celle de l'exploitation et du développement du service public de transport de l'énergie électrique. Dans ce cadre, les missions d'équilibrage relèvent du champ de l'organisation dudit service (§ 113). Par extension, la contractualisation de la réserve rapide et de la réserve complémentaire est tenue comme indissociable de la mission d'équilibrage et est donc relative à l'organisation du service public. Ainsi, conformément au jugement du Tribunal des conflits Société des éditions Jean-Paul Gisserot c/ Centre des monuments nationaux du 4 mai 2009, l'Autorité n'est pas compétente pour se prononcer sur les pratiques alléguées à l'égard de RTE (§ 126).

II. L'Autorité considère que la saisine est dépourvue d'éléments suffisamment probants pour caractériser les pratiques reprochées à EDF

Si l'Autorité ne peut se prononcer sur des activités relevant de la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique ou portant sur l'organisation du service public, elle peut néanmoins se prononcer sur les pratiques mises en œuvre par EDF dans le cadre de ces marchés. Nous nous attacherons dans un premier temps à l'évaluation du caractère prédateur des offres d'EDF dans le cadre des marchés considérés avant de nous intéresser dans un second temps à l'éventuel abus de dépendance économique que l'opérateur historique aurait, selon la partie saisissante, mis en œuvre à l'encontre de ses membres engagés dans le cadre d'une relation commerciale depuis longtemps établie et dépourvus, du fait de l'issue des appels d'offres du RTE, de toute alternative.

Des critères économiques de la prédation

Le marché des appels d'offres du RTE est tout d'abord défini comme distinct du marché de gros de l'électricité, mais aussi du marché de l'ajustement en général. En fait, dans la logique de la décision n° 08-D-05 du 27 mars 2008 (relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des commerces sous douane des aéroports parisiens), un appel d'offres pour la fourniture d'un bien ou service donné constitue un marché pertinent sur lequel EDF est indubitablement dominant (§ 159). Il s'agit donc de se prononcer sur le niveau de prix de ses offres dans les appels pour évaluer leur éventuel caractère prédateur. En termes économiques, la prédation se définit comme un investissement en pouvoir de marché. Dans le cadre d'une stratégie inter-temporelle, un opérateur consent à un sacrifice en première période – sous forme de prix inférieurs à ses coûts ou d'une renonciation à tout ou partie de sa marge bénéficiaire – en vue d'évincer (ou de discipliner) ses concurrents actuels voire de prévenir de nouvelles entrées dans la branche. Dans une seconde période, lorsque la pression concurrentielle a disparu, il tirera profit de son investissement initial en élevant ses prix.

Les critères économiques usités de part et d'autre de l'Atlantique diffèrent significativement en matière de caractérisation d'une stratégie comme prédatrice. La pratique décisionnelle américaine considère en effet qu'il est non seulement nécessaire que l'opérateur tarifie en dessous de ses coûts, mais également qu'il dispose d'une forte probabilité de

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.*

pouvoir élever ses prix en seconde période pour recouvrir ses investissement initiaux (Cour Suprême, 21 juin1993, Brooke Group Ltd v. Brown, & Williamson Tobacco Corp, 509 U.S. 209, 222-4). Une partie de la littérature, notamment issue de l'École de Chicago, considère que cette stratégie ne devrait pas être sanctionnée dans la mesure où elle ne fait pas sens au point de vue économique. En effet, le prédateur subit des coûts d'autant plus élevés que son degré de dominance est fort ; la récupération des profits est illusoire si le marché est contestable. De plus, si les marchés financiers sont efficients, la proie n'aura guère de difficultés – dans le cadre d'une telle stratégie de court terme – pour trouver des soutiens auprès des établissements financiers, lesquels pourront compter sur l'inexorable remontée des prix qui suivra la fin de la première phase (F. Easterbrook, Predatory Strategies and Counterstrategies, University of Chicago Law Review, 1981, vol. 48). De façon plus générale, un quasi-consensus s'est établi aux États-Unis sur la nécessité d'établir l'existence d'un sacrifice initial caractérisé par un niveau de prix inférieur aux coûts – pour pouvoir écarter un concurrent aussi efficace que soi – et de démontrer la capacité du prédateur à recouvrir ensuite ses «investissements initiaux», en d'autres termes le sacrifice auquel il a consenti en première période (P. Bolton, Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy, Georgia Law Review, 2000, vol. 88).

Au-delà même de la question de la possibilité de récupérer les pertes (ou le manque à gagner) initiales; possibilité dont la démonstration n'est pas requise au niveau européen (F. Marty, L'Autorité de la concurrence réaffirme sa position en matière d'utilisation du critère de récupération des coûts dans les stratégies de prix prédateurs, Concurrences, Chronique Pratiques Unilatérales, n° 1-2010, pp. 102-105) – la pratique décisionnelle dans le Vieux Continent conduit à considérer que le sacrifice peut simplement prendre la forme d'un manque à gagner. Si la prédation peut être caractérisée quand les prix demeurent supérieurs aux coûts, elle s'apprécie au travers de la notion de sacrifice. La décision de l'Autorité quant aux pratiques d'EDF dans le cadre des marchés du RTE se centre donc sur la définition même de cette notion. Dans le cadre de la jurisprudence européenne, et notamment de l'arrêt Akzo de 1991 (aff. C-62/86, Akzo Chemie BV c/ Commission, 3 juillet 1991), un comportement prédateur peut être caractérisé lorsque l'entreprise fixe un prix compris entre le coût variable moyen et le coût total moyen et que l'existence d'un plan d'éviction de la concurrence est mise en évidence.

Selon le SNPIET, le prix proposé par EDF (30 €/kW/an) s'inscrit en deçà des coûts complets d'EDF (§ 161). Pour lui, le coût des turbines à gaz qu'EDF devrait mettre en service pour fournir de l'électricité au RTE, au titre de la réserve rapide et de la réserve complémentaire, s'établit entre 70 et 100 €/kW. La position d'EDF, dans la logique d'Akzo mais aussi de Deutsche Post (Comm. eur., 5 mai 2001, Deutsche Post AG, aff. COMP/35.141), repose sur la notion de coût évitable. Pour l'opérateur historique, il convient de ne pas prendre en considération la part des coûts relatifs aux investissements (§ 168). En outre, les coûts encourus par EDF dans le cadre des contrats avec RTE sont couverts au travers d'une rémunération binôme recouvrant une prime, ou part fixe, rémunérant la mise à disposition des capacités, et une part variable déterminée en fonction de l'énergie livrée. EDF est en outre soumise à la règle de préséance économique définie par RTE en matière d'appel aux centrales. Ainsi, les capacités mises à disposition par EDF ne seront-elles appelées que si elles s'avèrent les moins onéreuses disponibles (§ 170). Qui plus est, EDF conteste le fait que la réserve n'est apportée que par des turbines à gaz dans la mesure où la réserve rapide peut provenir d'unités de production hydrauliques.

Conformément aux orientations de la Commission de février 2009, l'évaluation du caractère prédateur d'une pratique de marché doit se dérouler en trois phases. Il s'agit tout d'abord de démontrer que la stratégie suivie se traduit par un sacrifice de profits à court terme. Si tel est le cas, il convient ensuite de démontrer que ce sacrifice initial réduit effectivement la capacité des compétiteurs de l'opérateur historique à exercer une pression concurrente significative. Il sera enfin nécessaire, si les deux premiers points sont satisfaits, d'examiner une éventuelle défense sur la base des gains d'efficience liés à la pratique. Par exemple, des gains en termes d'économie d'échelle ou d'envergure pourraient compenser en termes de bien être le dommage à la concurrence causé par l'éviction des concurrents. Notons qu'il serait cependant possible, à l'instar des questions qui ont été soulevées dans le domaine du contrôle des concentrations, de s'interroger sur les incitations qui s'exerceraient sur un opérateur, désormais protégé de la pression concurrentielle, de répercuter de tels gains sur le consommateur. La règle semble alors tenir à une logique de compensation hypothétique à la Kaldor-Hicks (M. Rainelli, À propos du règlement européen n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises : une vision sceptique de la prise en compte des gains d'efficacité, Revue Internationale de Droit Economique, 2006-1, pp. 45-54.)

En l'espèce, le sacrifice est apprécié par l'Autorité au regard des alternatives en termes de valorisation des capacités qui s'offraient à l'opérateur historique. Celui-ci aurait pu, en cas d'absence de contrat avec RTE, disposer librement des capacités hydroélectriques concernées et de ses turbines à gaz pour les proposer sur le marché de gros aux moments où les cours étaient les plus élevés (§ 189). En d'autres termes, le coût pour EDF de la participation aux appels d'offres de RTE est jaugé à l'aune de la non-valorisation des capacités concernées sur le marché de gros français, autrement dit au travers du différentiel de ressources financières entre le contrat avec le gestionnaire de réseau et le prix de marché espéré.

L'Autorité va se ranger derrière les arguments de l'opérateur historique en considérant que la prime fixe couvre d'ores-et-déjà la perte d'opportunité subie par EDF en renonçant à la mise sur le marché des capacités concernées (§ 195). Pour ce faire, elle s'appuie sur son modèle CHYPSE (Corps d'Hypothèses Stratégique Européen) permettant d'apprécier la valeur liée à la détention d'une capacité de production donnée face aux évolutions de marché (§ 205). Ce modèle donne la valorisation interne des capacités de pointe et démontre, pour l'Autorité, que les prix proposés au RTE sont des majorants des valeurs attribuées par le calcul économique interne de la firme. Ce faisant, il est impossible de conclure à un sacrifice décidé ex ante en vue d'accroître à terme son pouvoir de marché (§ 209). En l'absence d'un tel sacrifice, la prédation ne saurait qu'être écartée.

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.*

Il convient également de noter que l'Autorité relève – à titre subsidiaire – que les évaluations ex post réalisées par le régulateur sectoriel pour la période allant de 2008 à 2010 montrent que la prime fixe versée par RTE a toujours été supérieure à la perte d'opportunité constatée pour EDF (§ 214). Si cette dernière estimation n'a pas à être prise en compte dans la démonstration d'une intention préalable de mettre en œuvre un plan de prédation, elle conforte la position de l'opérateur historique. Cependant, il serait peut être également possible de discuter la notion même de sacrifice si la prime fixe s'établissait ex ante légèrement en deçà des perspectives de valorisation. Ne pourrait-il pas s'agir simplement d'une préférence pour une rémunération certaine, une prime permettant de se couvrir contre la volatilité des cours ? La position d'EDF ne devrait-elle pas alors être évaluée en termes d'options réelles, le fait de répondre ou de ne pas répondre aux appels d'offres de RTE pouvant s'apprécier en termes de valeur d'option ?

Le rejet par l'Autorité de l'argument de la dépendance économique

Si l'Autorité rejette la qualification de prédatrices des offres d'EDF aux appels d'offres de RTE, elle ne reconnaît pas non plus l'abus de dépendance économique. Elle refuse tout d'abord de reconnaître l'existence même d'un marché de l'extrême pointe de demande, en ne suivant pas les arguments du SNPIET. Celui-ci considérait que les actifs de production concernés étaient spécifiques, qu'ils devraient tirer leur rémunération plus de la capacité mise à disposition que de l'énergie effectivement fournie et qu'un marché émergent de capacités se dessinait avec la loi NOME du 7 décembre 2010 (§ 222). Notons qu'il convient en effet de souligner la question relative à la rémunération des capacités de pointe indispensables à la sécurité d'approvisionnement énergétique pour lesquelles les signaux de prix adressés par les marchés peuvent être insuffisants; question ayant conduit de nombreux États à mettre en œuvre des mécanismes de rémunération de capacités pour en garantir l'adéquation (F. Marty, La sécurité de l'approvisionnement énergétique : Quels enjeux pour la régulation ?, Revue de l'OFCE, n° 101, avril 2007, pp. 421-452). L'Autorité conteste tout d'abord la pertinence même de la notion d'extrême pointe en s'appuyant notamment sur le fait qu'il n'existe pas à proprement parler de technologies de production dédiée et que l'appel lors des rares heures de tension extrême sur le réseau électrique se fait toujours par ordre de préséance économique, c'est-à-dire de coût marginal croissant. Elle souligne également qu'il n'existe pas de produits " extrême pointe " négociable sur le marché de gros français. Ainsi, pour l'Autorité, l'abus de dépendance doit-il s'apprécier sur la base d'un marché pertinent qui est celui du marché de gros (§ 239).

L'abus de dépendance économique allégué procède donc, dans le cadre de la fin progressive des contrats conclus sous le régime de l'obligation d'achat, de conditions techniques jugées abusives et de primes fixes proposées à des niveaux trop peu élevés. La dépendance serait d'ailleurs d'autant plus élevée qu'EDF constituerait un débouché essentiel eu égard à l'éviction des anciens producteurs autonomes des marchés de RTE. L'Autorité relève que les termes des contrats passés étaient très favorables aux producteurs autonomes, avec une prime fixe de quelques 94,65 €/kW/an et un remboursement des coûts variables basé sur le cours du fioul. Cependant, la fin de cette obligation d'achat est annoncée depuis la loi de 2000 sur la modernisation du service public de l'électricité. L'obligation particulière qui échoit à l'opérateur dominant vis-à-vis de la préservation du libre jeu de la concurrence se traduit par la prohibition de toute action qui pourrait conduire à l'éviction des concurrents – ou comme le montre le cas Deutsche Telekom (CJUE, 14 octobre 2010, aff. C-280/08) par la sanction de l'absence d'utilisation des degrés de liberté permettant d'éviter une telle exclusion. Elle ne se traduit pas par une obligation d'acheter la production de ses concurrents à un cours leur garantissant un niveau de rentabilité donné (§ 266). En outre, la position de la partie saisissante est affaiblie par le fait que des opérateurs disposant de capacités de production de technologies équivalentes ont signé de tels contrats dispatchables avec EDF (§ 269).

Enfin, l'Autorité rejette l'argument du SNPIET selon lequel ses membres se trouvent dans une situation de dépendance économique vis-à-vis d'EDF. Une telle position s'apprécie en effet au travers de quatre critères cumulatifs issus de la jurisprudence du Conseil de la concurrence. Le premier tient à la part du chiffre d'affaires réalisé avec la firme aval ; le second à l'importance de cette firme dans la commercialisation du produit concerné ; le troisième tient aux facteurs qui ont conduit à la concentration des débouchés sur cette firme (libre choix ou contraintes commerciales ou techniques) ; et, enfin, le quatrième porte sur l'existence de solutions alternatives – il s'agit alors d'apprécier dans quelle mesure les produits sont dédiés à un opérateur donné. Dans le cas d'espèce, les alternatives existent. Il s'agit des appels d'offres de RTE dont les modalités techniques ne seraient pas de nature à écarter les membres du SNPIET mais aussi le marché de gros français, EDF n'étant pas un acheteur unique, comme il avait été possible de l'envisager lors des prodromes de la libéralisation.

III. Une décision ne concluant pas à l'absence d'infraction à l'article 102 du TFUE

La décision de l'Autorité est intéressante aux titres de l'analyse de la transition d'un modèle de réglementation du secteur électrique à un autre (et donc au devenir de relations commerciales depuis longtemps établies) et de la question lancinante de la rémunération des capacités nécessaires à la garantie de la sécurité d'approvisionnement en pointe (comme dans le cas d'espèce), mais aussi en base (D. Finon and V. Pignon, dir., Special Issue on Capacity Mechanisms in Imperfect Electricity Markets, Utility Policy, 2008, vol. 16, n° 3). Au-delà de ces dimensions, sa formulation même se doit d'être relevée.

La saisine du SNPIET a en effet été jugée irrecevable sur le fondement des alinéas premier et deuxième de l'article L. 462-8 du code de commerce. L'Autorité n'a pas conclu à un non-lieu au titre l'article L. 464-4, alors qu'elle a examiné au fond les pratiques, en allant au-delà d'une seule analyse prima facie limitée aux éléments apportés par le saisissant. À ce titre, il convient de relier cette formulation à l'arrêt de la Cour du 3 mai 2011, dans l'affaire Tele 2 Polska (C-375/09). En quelques mots, il apparaît qu'une autorité de concurrence

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.*

nationale ne peut plus conclure à l'absence d'infraction aux règles de concurrence européennes. Selon les termes de l'article 5 du règlement n° 1/2003, une autorité nationale peut seulement ne pas retenir un abus sur la base des informations dont elle dispose. Selon les termes du communiqué de presse de la Cour de Justice (n° 42/11du 3 mai 2011, relatif à l'affaire C-375/09), seule la Commission peut conclure à l'absence d'infraction aux règles de concurrence régissant le marché intérieur.

F. M. ■

Exclusivité – Engagements – Procédure négociée : L'Autorité de la concurrence accepte des engagements relatifs à des clauses d'exclusivité *(Aut. conc., déc. n° 11-D-08 du 27 avril 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Accentiv'Kadeos)*

(Voir également, chronique "Ententes", supra, obs. N. Jalabert-Doury)

Une fois n'est pas coutume, nous commenterons dans la présente chronique une décision appliquant l'article L.420-1 du code de commerce dans une affaire où l'Autorité de la concurrence accepte des engagements relatifs à des clauses d'exclusivité, comme elle l'avait fait dans sa décision de principe, Photomaton (Aut. conc., déc. n° 08-D-16 du 3 juillet 2008, Photomaton, comm. A. Wachsmann, Concurrences, n° 4-2008, p. 90 et Aut. conc., déc. n° 09-D-32 du 26 octobre 2009, Photomaton, comm. A. Wachsmann, Concurrences, n° 1-2010, p. 105).

On se souvient que dans une décision du 2 mars 2010, l'Autorité de la concurrence avait rejeté la demande de mesures conservatoires sollicitées par la société Titres Cadeaux contre Kadéos (aujourd'hui Accentiv'Kadéos, ci-après " Kadéos ") pour défaut d'urgence et d'atteinte grave et immédiate au secteur et à l'entreprise plaignante (Aut. conc., déc. n° 10-D-07 du 2 mars 2010, Société Kadéos, comm. A.-L Sibony, Concurrences, n° 2-2010, p. 83). L'Autorité de la concurrence avait cependant décidé de poursuivre l'instruction au fond, invoquant des doutes concernant les clauses d'exclusivité contenues dans les contrats proposés par Kadéos.

La société Titres Cadeaux, active dans le secteur des titres cadeaux prépayés en France, critiquait devant l'Autorité de la concurrence le verrouillage des marchés en cause, soit par le jeu de clauses d'exclusivité, soit par des moyens techniques (système informatique de traitement des cartes cadeaux non compatible avec des cartes concurrentes). Sur ce second point, il ressortait déjà de la décision précitée de rejet des mesures conservatoires que l'Autorité de la concurrence apparaissait relativement sceptique quant à l'existence d'effets anticoncurrentiels liés à un " verrouillage technique ", ce que la présente décision confirme puisque les préoccupations de concurrence se focalisent sur les seules clauses d'exclusivité (§ 90).

I. Le marché des cartes cadeaux et la position de Kadéos

Le secteur des titres cadeaux se caractérise en amont par un émetteur (les sociétés Titres Cadeaux et Kadéos notamment) qui émet des chèques ou des cartes cadeaux (voire des coffrets) prépayés et acceptés comme moyen de paiement par une enseigne (type FNAC, Sephora, etc.). Ainsi l'Autorité de la concurrence retient-elle tout d'abord un marché de l'acceptation, correspondant " à la rencontre de l'offre de services de référencement d'une enseigne sur [des chèques ou cartes cadeaux] et de la demande d'une enseigne de distribution de biens et services pouvant être offerts comme cadeau par l'intermédiaire [des chèques ou cartes cadeaux] " (§ 53). Ces chèques ou cartes sont ensuite distribués soit directement aux consommateurs (" B-to-C "), soit aux collectivités et comités d'entreprises (" B-to-B ") qui, à leur tour, les redistribuent à un utilisateur final. Tout l'enjeu pour un émetteur de titres consiste donc, d'une part, à négocier avec le maximum d'enseignes afin que celles-ci acceptent leurs chèques et cartes comme moyen de paiement et, d'autre part, à distribuer leurs titres ou cartes le plus largement possible sur un marché aval, dit de la distribution (§ 53 à 77).

L'Autorité de la concurrence distingue ensuite les chèques des cartes cadeaux en raison des différences dans leurs caractéristiques techniques, les circuits de distribution, la réglementation et leur cycle de vie (§ 56 à 59). Eu égard aux circonstances de l'espèce, l'Autorité de la concurrence se concentre sur les cartes cadeaux seulement. De plus, il existe des cartes cadeaux multi-enseignes mais également des cartes mono-enseignes, c'est-à-dire limitées à un seul commerçant.

S'agissant de la dimension géographique, la réglementation étant spécifique à la France et l'utilisation de ces cartes étant également limitée aux commerçants français, l'Autorité de la concurrence retient en définitive comme marchés pertinents (i) un marché français de l'acceptation des cartes cadeaux (mono et multi-enseignes ou multi-enseignes seulement) et (ii) un marché français de la distribution des cartes cadeaux (mono et multi-enseignes ou multi-enseignes seulement), dans les deux cas dans le circuit en relation directe avec le consommateur (" B-to-C ", ce qui exclut les collectivités et comités d'entreprises) (§ 84).

Sur les marchés – plus larges – de l'acceptation et de la distribution des cartes cadeaux mono et multi-enseignes sur le " B-to-C ", la position de Kadéos se situe entre 40 et 45 %, tandis que sur les marchés – plus restreints – de l'acceptation et de la distribution des cartes cadeaux multi-enseignes uniquement sur le " B-to-C ", sa part de marché était nettement plus élevée, à 81 %.

II. Ententes ou abus de position dominante, une approche unifiée des effets en matière de clauses d'exclusivité ?

Toutefois, malgré cette position qui n'est nulle part qualifiée de dominante dans la décision, ce n'est pas sous l'angle de l'abus que l'Autorité de la concurrence a choisi de traiter cette affaire, mais bien sous l'angle des restrictions verticales. Ce choix peut étonner car, avec 81 % de parts 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.*

la position dominante de Kadéos ne faisait guère de doute, au moins sur le marché de l'acceptation des cartes cadeaux qui, en l'espèce, est celui qui a donné lieu aux principaux engagements.

Malgré ce choix d'un fondement juridique applicable aux accords, l'Autorité de la concurrence semble se caler sur une analyse telle qu'appliquée aux pratiques unilatérales. En effet, l'étape de l'examen de l'éventuel objet (terme qui n'est pas employé) anticoncurrentiel des clauses litigieuses est réduite à un simple rappel de l'approche générale s'agissant des clauses d'exclusivité, fondée sur l'analyse des effets : " Comme l'a souligné le Conseil puis l'Autorité de la concurrence, les clauses d'exclusivité contenues dans les conventions liant des opérateurs situés à des niveaux différents d'un marché ne constituent pas par elles-mêmes une restriction de concurrence prohibée. Cependant, elles peuvent, par leur effet, affecter la concurrence. " (§ 91). On relèvera que l'objet anticoncurrentiel de pratiques unilatérales a déjà été analysé à l'aide d'une pratique décisionnelle issue des articles 101 TFUE et L. 420-1 du code du commerce dans l'affaire SNCM (déc. n° 09-D-10 du 27 février 2009, Transport maritime entre la Corse et le continent, § 166 à 174, comm. A. Wachsmann, Concurrences, n° 2-2009, p. 125).

L'Autorité de la concurrence repart ensuite sur les concepts liés aux accords verticaux en examinant, au regard du règlement d'exemption par catégorie (Règlement (UE) 330/2010 du 20 avril 2010, JOUE L 102 du 23 avril 2010) et des lignes directrices sur les accords verticaux de la Commission européenne (Lignes Directrices sur les restrictions verticales, JOUE C 130 du 19 mai 2010), si Kadéos dépasse le seuil de 30 % de parts de marché au-delà duquel la concurrence est affectée (§ 91). Or, avec une position dominante aussi marquée, un tel seuil était évidement largement dépassé.

À ce stade, l'Autorité de la concurrence recherche donc si la clause d'exclusivité en cause " conduit à la forclusion d'un marché donné " (§ 91). Ce faisant, l'Autorité de la concurrence nous paraît ici chercher à unifier les critères à retenir pour l'analyse desdits effets, en transposant mot pour mot à un cas de restriction verticale les critères rationalisés pour la première fois dans l'affaire KalibraXE qui n'est cependant pas citée (déc. n° 07-MC-01 du 25 avril 2007, Société KalibraXE c. EDF, comm. A. Wachsmann, Concurrences, n° 3-2007, p. 99), puis Photomaton (précitée), deux décisions rendues en matière d'abus de position dominante. Ces critères sont les suivants :

- → le champ d'application et la portée de l'exclusivité ;
- → sa durée ;
- → l'existence d'une justification technique et/ou économique à l'exclusivité ;
- → et la contrepartie économique obtenue par le client.

On observera que dans une précédente décision sur le marché de la boule de pétanque de compétition, l'Autorité de la concurrence avait déjà effectué un tel rapprochement puisqu'ayant tout d'abord longuement " démontré dans le cadre de l'examen de l'abus de position dominante allégué que le contrat d'exclusivité [en cause] n'était pas de nature à verrouiller le marché pertinent ", l'Autorité de la concurrence concluait que " le même contrat ne saurait enfreindre les dispositions relatives aux ententes verticales puisque, de la même façon, il n'a ni pour objet ni pour effet la fermeture du marché " (déc. n° 10-D-07 du 25 mai 2010, Marché de la boule de pétanque de compétition, § 163, comm. M. Debroux, Concurrences, n° 3-2010, p. 86).

Le champ d'application et la portée des clauses

S'agissant du champ d'application des clauses concernées, l'Autorité de la concurrence constate que, sur 24 des contrats en cours entre Kadéos et des enseignes, 21 d'entre eux comportent une clause d'exclusivité d'acceptation, soit une très large majorité (87,5 %) des enseignes affiliées à Kadéos. Parmi ces 21 enseignes, 11 d'entre elles cumulent une exclusivité de distribution, soit 52,38 %, ce qui constitue une double exclusivité (§ 98).

Quant à leur portée, l'Autorité de la concurrence constate que c'est moins le nombre d'enseignes que la valeur d'émission qu'elles génèrent qui importe (§ 102). En l'espèce, l'entreprise plaignante indiquait qu'il était indispensable de pouvoir travailler avec la FNAC, enseigne qui était la plus recherchée par les acquéreurs de cartes cadeaux. L'Autorité de la concurrence relève ainsi la valeur d'émission considérable des enseignes affiliées à Kadéos, parmi lesquelles la FNAC qui en représente entre 55 % et 65 %. À cet égard, la portée " significative " (§ 102) de ces exclusivités ne faisait donc pas de doute.

La durée effective des contrats

Se fondant sur sa propre pratique en matière de clauses d'exclusivité (notamment décision précitée n° 08-D-16 du 3 juillet 2008, Photomaton) ainsi que sur les lignes directrices sur les restrictions verticales précitées, l'Autorité de la concurrence rappelle que la durée effective des exclusivités est un " élément important " de l'analyse de ces clauses : plus celle-ci est longue, plus les clauses d'exclusivités sont susceptibles de produire des effets de verrouillage du marché (§ 108). En pratique, l'Autorité de la concurrence rappelle ainsi qu' " Une durée d'exclusivité de l'ordre d'un ou deux ans n'apparaît donc pas excessive en première analyse " (§ 112, citant l'avis n° 09-A-09 du 7 juillet 2009, Relations d'exclusivités entre activités d'opérateurs de communication électronique et activités de contenu et de services).

En l'espèce, la plupart des contrats d'exclusivité de Kadéos avaient soit une durée de cinq ans sans tacite reconduction, soit une durée de trois ans avec tacite reconduction. C'est donc sans analyser plus avant que l'Autorité de la concurrence les considère comme susceptibles d'engendrer la forclusion des marchés (§ 113).

L'absence de justifications objectives

Du fait des caractéristiques des titres cadeaux, l'Autorité de la concurrence estime que l'exclusivité ne peut se justifier d'un point de vue technique. Du point de vue financier, Kadéos faisait valoir que la durée de cinq ans pour certains contrats

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.*

pouvait s'expliquer par le montant des investissements réalisés en 2007 lors de l'acquisition de Kadéos par Accor. De même, pour Kadéos, ces clauses d'exclusivité permettent un partenariat fort avec les enseignes avec des bénéfices réciproques car un nombre limité d'enseignes mais bien choisies (en termes de notoriété) permettrait de générer un flux d'affaires plus important par carte cadeaux. L'Autorité de la concurrence ne répond pas directement à ces justifications, mais les écarte implicitement puisque sont identifiées des préoccupations de concurrence au sujet des clauses litigieuses de nature à les faire entrer dans le champ de l'article L. 420-1.

Conclusion sur les clauses d'exclusivité

Citant la décision Photomaton précitée, l'Autorité de la concurrence considère que l'effet cumulé des différentes clauses insérées dans les contrats est clairement susceptible de créer des barrières à l'entrée sur les marchés en cause eu égard à leur champ d'application, à leur portée et leur durée (§ 119 et s.). L'effet de forclusion ressort ainsi du fait que ces clauses conduisent à " capter un portefeuille d'enseignes générant une forte valeur d'émission [...] et dans la mesure où les alternatives offertes sur ces marchés aux concurrents ou aux nouveaux entrants paraissent modestes " (§ 121).

III. Les engagements proposés par Kadéos

Les engagements initialement proposés ayant été considérés comme insuffisants lors du test de marché, Kadéos a finalement déposé des engagements acceptés par l'Autorité de la concurrence et qui s'articulent autour d'une démarche en trois temps.

En premier lieu, Kadéos s'engage à supprimer les clauses d'exclusivité en accord avec ses enseignes partenaires de manière anticipée et au plus tard le 1er mai 2011 (soit avant la fête des mères, date commercialement importante pour la distribution de cartes cadeaux). Il est précisé que Kadéos fera " son affaire personnelle de toutes les conséquences juridiques qui pourraient en découler " (§ 176).

Il s'agit de l'engagement le plus important car, ainsi que le relève l'Autorité de la concurrence, " l'accès au marché de l'acceptation constitue la première condition afin d'entrer sur les marchés des cartes cadeaux multi-enseignes " (§ 182). Il est alors possible pour les émetteurs de cartes cadeaux concurrents de négocier avec des enseignes à forte notoriété afin de les faire figurer sur leurs propres cartes.

En revanche, aucun engagement de terminaison anticipée des clauses d'exclusivité en matière de distribution n'est requis de Kadéos. L'Autorité de la concurrence a en effet constaté qu'il existait de nombreux autres circuits de distribution disponibles aussi bien en " B-to-C " qu'en " B-to-B " (§ 181 à 186).

En deuxième lieu, Kadéos s'engage à respecter un moratoire au cours duquel il ne pourra souscrire de nouvelles clauses d'exclusivité en acceptation et en distribution (pour le circuit " B-to-C ") pendant une période d'un an à compter de l'échéance des contrats en cours (soit, concrètement, jusqu'au 31 décembre 2012), ou jusqu'au 31 décembre 2011 pour ce qui concerne d'éventuels nouveaux accords avec des enseignes non encore référencées.

Enfin, dans un troisième temps, Kadéos s'engage à limiter à l'avenir toute nouvelle clause d'exclusivité à 3 ans.

L'Autorité de la concurrence procède alors à une analyse des effets réels ou potentiels de ces clauses d'exclusivité, mais cette fois-ci de manière prospective, c'est-à-dire pour le futur (§ 199). Elle relève que la FNAC, dont on a vu le poids sur le marché de l'acceptation, avait déclaré par procès-verbal qu'elle ne renouvellerait pas de contrat exclusif avec des émetteurs de cartes cadeaux (§ 202). Selon l'Autorité de la concurrence, cette situation, débloquée par un tiers, " va considérablement réduire le champ et la portée des exclusivités contractées par [Kadéos] " (§ 204).

Compte tenu de cet élément de contexte associé au moratoire et à la réduction de la durée des clauses, l'Autorité de la concurrence conclut, en validant les engagements proposés, que " ni le champ, ni la portée, ni la durée des contrats d'acceptation de [Kadéos] ne seront susceptibles de créer dans un proche avenir des effets de forclusion sur les marchés français de l'acceptation des cartes cadeaux multi-enseignes " (§ 209).

A. W. ■

Rabais fidélisants – Discrimination : L'Autorité de la concurrence suspend à titre conservatoire un accord dans le secteur de la livraison de colis dans des points de collecte et poursuit ses investigations sur deux pratiques qui pourraient constituer des abus de position dominante : d'une part, des rabais fidélisants et, d'autre part, des pratiques discriminatoires *(Aut. conc,. déc. n° 11-MC-01 du 12 mai 2011 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Kiala France et Kiala SA dans le secteur de la livraison de colis, aff."La Poste")*

Dans une décision rendue le 12 mai 2011, l'Autorité de la concurrence ordonne des mesures conservatoires pour préserver la concurrence naissante dans le secteur de la livraison de colis. L'Autorité était saisie à titre principal d'un accord entre La Poste, qui détient une position dominante sur le marché de la livraison de colis, et Mondial Relay, l'un des opérateurs actifs dans la livraison de colis en points de collecte. Il faudra bien sûr attendre la décision au fond pour que l'autorité statue sur l'existence d'éventuelles infractions au droit de la concurrence. La partie la plus intéressante de cette décision relative à des mesures conservatoires a trait à l'analyse de l'accord au titre de l'article 101 TFUE. La partie de la décision relative à des pratiques unilatérales de la Poste (pts 234 et s.) mérite néanmoins une brève mention, ainsi que celle relative à la délimitation du marché.

I. Un seul marché de la livraison de colis, dominé par La Poste

La délimitation du marché, tout d'abord, intéresse autant l'appréciation d'éventuelles pratiques abusives que celle d'une restriction de concurrence causée par l'accord en cause.

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 cet égard, l'Autorité décide que, à ce stade de l'instruction, il convient de retenir un marché de la livraison de colis, sans distinguer entre la livraison en points de collecte et la livraison à domicile (pts 41 et s.). Différentes considérations vont, selon l'Autorité, en ce sens. Tout d'abord, ces deux modes de livraison répondent au même besoin, tant de la part des expéditeurs (essentiellement des opérateurs du secteur de la vente en ligne) que des destinataires (pt 144). En second lieu, les écarts de prix facturés aux " clients-chargeurs " (les expéditeurs) pour l'un et l'autre de ces modes de livraison ne sont pas tels qu'ils conduisent à les rendre non substituables (pt 149). L'Autorité relève également, pour écarter un argument soulevé par La Poste, que le fait que les opérateurs de vente en ligne référencent sur leurs sites plusieurs modes de livraison (notamment à domicile et en point de collecte) n'est pas une indication de leur absence de substituabilité. L'Autorité sur ce point s'appuie sur une analogie parlante avec les produits de grande consommation proposés en grandes surfaces. Assurément, nul ne soutiendrait sérieusement que les différents yaourts proposés dans un supermarché ne sont pas substituables. De la même manière, selon l'autorité, la différenciation des modes de livraison répond à l'hétérogénéité des préférences des consommateurs en matière de livraison (pt 148). Ce n'est donc pas une indication d'une absence de concurrence entre ces modes de livraison. Au contraire, l'Autorité relève dans sa décision que les opérateurs proposant des services de livraison de colis en points relais sont, à l'heure actuelle, la seule véritable source de concurrence pour La Poste.

Pour retenir, à ce stade de l'instruction, que La Poste est susceptible de se trouver en position dominante sur le marché des services de livraisons de colis, l'Autorité s'appuie notamment sur des indications relatives à la structure de marché. Elle estime à 70 % la part de marché de La Poste et constate qu'aucun des concurrents de La Poste ne détient à ce jour une part de marché supérieure à 10 % (pt 144). Elle relève aussi que La Poste bénéficie d'une marque connue et d'un réseau de points de livraison beaucoup plus dense que celui de ses concurrentes (pt 158).

II. Les pratiques unilatérales de La Poste à l'instruction

Parmi les pratiques unilatérales reprochées à la Poste, deux retiennent l'attention de l'Autorité en vue d'une instruction au fond. Il s'agit, d'une part, de rabais fidélisants et, d'autre part, de pratiques discriminatoires.

Rabais fidélisants

Dans les accords qu'elle propose aux sociétés de vente en ligne, La Poste a inclus des clauses de remises, en contrepartie d'engagements des « clients chargeurs » (pour l'essentiel les sites de e-commerce) sur un certain volume de colis (pt 247). Ces pratiques méritent, selon l'Autorité, d'être instruites plus avant, car elles pourraient tomber sous le coup de l'interdiction des rabais fidélisants, telle que celle-ci est entendue par la jurisprudence européenne (rappelée au pt 244) et compte tenu des orientations de la Commission en matière d'abus-exclusion (rappelées au pt 245). En effet, le schéma de remises retenu par La Poste présente deux éléments qui, dans d'autres affaires, ont été décisifs pour considérer des rabais abusifs : les remises sont à la fois significatives (la version non confidentielle de la décision donne une fourchette de 30 % à 50 %, pt 249) et appliquées sur le volume total des commandes d'un client-chargeur, et non sur les seuls volumes au-delà d'un certain seuil. Les clients-chargeurs sont donc fortement incités à privilégier La Poste, car l'avantage qui leur est consenti en échange de leur fidélité se répercute sur l'ensemble de leurs frais d'envoi de l'année.

Par ailleurs, il semble que ces clients-chargeurs soient, comme les garagistes dans l'affaire Michelin, maintenus dans une certaine incertitude quant aux conséquences financières qu'auraient pour eux le fait de ne pas remplir leurs engagements de volume (CJCE, 9 novembre 1983, Michelin c/ Commission, aff. 322/81, Rec. p. 3461, pt 14.). En effet, les accords prévoient dans ce cas une révision du calcul des remises, mais sans donner la formule du nouveau calcul (pt 250).

Pratiques discriminatoires

L'Autorité n'estime pas utile d'approfondir son instruction en ce qui concerne les allégations de refus d'accès à une infrastructure essentielle, car elle considère que l'accès à aux infrastructures de livraison de La Poste n'est pas indispensables aux concurrents pour pénétrer sur le marché de la livraison de colis (pts 253-260). En revanche, l'Autorité prend au sérieux l'hypothèse d'un abus consistant en des pratiques discriminatoires. En effet, si l'infrastructure de livraison de La Poste n'est pas indispensable, elle constitue néanmoins un élément important dans la concurrence naissante dans les services de livraisons de colis. Dès lors, le fait " d'appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes " - pour reprendre les termes de l'article 102 c) TFUE - pourrait fausser la concurrence entre eux, ce qui est précisément interdit par cette disposition (v. en ce sens les conclusions de l'A.G. Kokott dans l'affaire Solvay, cf. À noter, cette rubrique, supra).

En l'espèce, c'est à propos d'une prestation nommée " Synergie Postale " que se pose la question du caractère discriminatoire des pratiques de La Poste. Dans le cadre de cette prestation, La Poste assure la distribution de colis à domicile, mais sous-traite à la société expéditrice du colis une partie de la prestation de transport du colis : c'est l'expéditeur qui apporte le colis jusqu'à une infrastructure logistique de La Poste, et non La Poste qui assure la collecte du colis dans les locaux de l'expéditeur. Kiala, l'opérateur à l'origine de la saisine de l'Autorité, n'aurait pas eu accès à cette prestation. Il est clair que, pour La Poste, donner accès à cette prestation à un e-vendeur ou à un opérateur qui la concurrence sur le marché de la livraison de colis n'a pas la même signification. Reste à voir si cela ne constitue pas une discrimination susceptible de fausser la concurrence.

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.*

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

Concurrences

Editorial

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

Interview

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

Tendances

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

Doctrines

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

Pratiques

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

Horizons

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

Droit et économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Penelope Papandropoulos, Etienne Pfister, Francisco Rosati, David Spector...

Chroniques

Ententes

Michel Debrouxnathalie Jalabert-Doury
Laurence Nicolas-Vullierm
Cyril Sarrazin

Pratiques unilatérales

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

Pratiques restrictives et concurrence déloyale

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

Distribution

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré
Didier Ferrié

Concentrations

Dominique Berlin
Olivier Billiard, Jean-Mathieu Cot,
Jacques Gunther, David Hull, Igor Simic,
David Tayar, Didier Théophile

Aides d'État

Jean-Yves Chérot
Jacques Derenne
Bruno Stromsky

Procédures

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse,
Christophe Lemaire
Agnès Maîtrepierre

Régulations

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Jean-Paul Tran Thiet

Secteur public

Bertrand du Marais
Stéphane Rodrigues
Jean-Philippe Kovar

Politique internationale

Jean-Christophe Roda
François Souty
Stéphanie Yon

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot,
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

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

Tarifs 2011

Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
❑ Abonnement annuel - 4 n° (version papier) *1 year subscription (4 issues) (print version)*	455 €	465,55 €
❑ Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) *1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)*	405 €	484,38 €
❑ Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) *1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)*	655 €	783,38 €
❑ 1 numéro (version papier) *1 issue (print version)*	140 €	142,94 €

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

❑ Abonnement annuel + e-archives *1 year subscription + e-archives*	705 €	843,18 €

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

❑ Abonnement annuel revue (version électronique + e-bulletin + e-archives) *1 year subscription to the review (online version + e-bulletin + e-archives)*	755 €	902,98 €
❑ Abonnement annuel revue (versions papier & électronique + e-bulletin + e-archives) *1 year subscription to the review (print & electronic versions + e-bulletin + e-archives)*	855 €	1022,58 €

Renseignements | *Subscriber details*

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

e-mail . . . . . .

Institution | *Institution* . . . . . .

Rue | *Street* . . . . . .

Ville | *City* . . . . . .

Code postal | *Zip Code* . . . . . Pays | *Country* . . . . . .

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

Formulaire à retouner à | *Send your order to*

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

Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

Les commandes sont fermes. L'envoi de la revue ou des articles de Concurrences et l'accès électronique aux bulletins ou articles de *e-Competitions* ont lieu dès réception du paiement complet. Tarifs pour licences monopostes; nous consulter pour les tarifs multipostes. Consultez les conditions d'utilisation du site sur www.concurrences.com ("Notice légale").

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. Tarifs for 1 user only. Consult us for multi-users licence. For "Terms of use", see **www.concurrences.com.**

Frais d'expédition Concurrences hors France 30 € | 30 € **extra charge for shipping outside France**