



# Concurrences

Revue des droits de la concurrence

## PRATIQUES UNILATÉRALES

---

**Chroniques** | Concurrences N° 1-2011 – pp. 91-116

### Frédéric MARTY

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

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

### Anne-Lise SIBONY

alsibony@ulg.ac.be

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

### Anne WACHSMANN

anne.wachsmann@linklaters.com

| *Avocate à la Cour*

**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

Avocate à la Cour

## Abstracts

### 1. EU

#### MARGIN SQUEEZE – AS EFFICIENT COMPETITOR: 97

The CJEU rules for the first time on a margin squeeze case and confirms that partly regulated tariffs by a dominant operator may be abusive.

CJEU, 14.10.10, *Deutsche Telekom v. Commission*, case C-280/08 P

#### RELEVANT MARKET – PRIMARY MARKET AND AFTERMARKET: 95

The GCEU overrules a decision of the Commission rejecting a complaint lodged by an association of watchmaker-repairers

GCEU, 15.12.10, *CEAHR v. Commission*, case T-427/08

#### EXCLUSIONARY CONDUCT – VERTICAL INTEGRATION – ENERGY SECTOR – COMMITMENTS: 97

The European Commission renders legally binding the Italian gas incumbent's commitments on gas transportation asset's divestiture

Eur. Comm., 29.09.10, *ENI*, case COMP/39315

### 2. France

#### EXCLUSIONARY CONDUCT – DISCRIMINATION: 103

The Paris Court of Appeal rejects an appeal of a biogas market operator against a decision of the French NCA, which found no exclusionary abuse on the part of EDF or its subsidiaries and rejected its application for interim measures

CA Paris, 02.12.10, *Euro Power Technology*, v. *Fr. NCA*, 10-D-14

#### MARKET FORECLOSURE – DISCRIMINATION – EXCLUSIVITY CLAUSE: 104

The French NCA issues an opinion on the online advertising market competition situation, while the European Commission initiates antitrust proceedings relative to Google market practices

Fr. NCA, 14.12.10, *online advertising*, opinion 10-A-29 and Eur. Comm. IP/10/1624, 30.11.10, *Google*

#### EXCLUSIONARY CONDUCT – EXCLUSIVITY CLAUSES: 110

The French NCA will conduct an additional inquiry into risks of anticompetitive preemption on the market for pay TV (fiber network)

Fr. NCA, 16.11.10, *pay TV*, 10-D-32

#### RELEVANT PRODUCT MARKET – DOMINANT POSITION – PHARMACEUTICAL SECTOR: 113

The French NCA dismisses charges in the cetirizine tablets case for lack of dominant position after a detailed analysis of the market definition

Fr. NCA, 17.12.10, *UCB pharma*, 10-D-37

## 1. UNION EUROPÉENNE

### COMPRESSION DES MARGES – CISEAU TARIFAIRE – CONCURRENT AUSSI EFFICACE – APPROCHE PAR LES EFFETS – RÉGULATION SECTORIELLE : La CJUE rend son premier arrêt sur l'abus par compression de marge et confirme que le ciseau tarifaire constitue un abus même lorsque l'un des éléments du tarif de l'entreprise en position dominante a été approuvé par le régulateur sectoriel

(CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff. C-280/08 P)

L'arrêt du 14 octobre 2010 dans l'affaire *Deutsche Telekom* est le premier rendu par la Cour dans un cas de "compression de marge", puisque tel est le terme choisi par la Cour de préférence à "ciseau tarifaire", qui avait été utilisé par la Commission<sup>1</sup>, repris par le Tribunal puis adopté par l'avocat général Mazák<sup>2</sup>. En l'espèce, l'opérateur historique de télécommunications en Allemagne avait pratiqué des prix de détail pour ses services d'accès à Internet qui, compte tenu du prix d'accès à la boucle locale facturé à ses concurrents, "compressaient" les marges bénéficiaires de ces derniers lorsqu'ils offraient aux particuliers leurs propres services concurrents pour l'accès à Internet. En effet, l'accès à la boucle locale de l'opérateur historique était pour les opérateurs concurrents un passage obligé. Le prix de gros facturé par Deutsche Telekom pour cet accès représentait donc pour les nouveaux entrants sur le marché de l'accès à Internet un coût inévitable. Ils devaient acheter cet accès à une infrastructure essentielle sur le marché amont dominé par Deutsche Telekom pour pouvoir entrer sur le marché aval libéralisé. Comme ces nouveaux entrants ne pouvaient par ailleurs pas espérer pénétrer sur ce marché aval s'ils ne proposaient pas aux clients finals des abonnements à Internet plus avantageux que ceux de l'opérateur en place, ils étaient pris "en ciseau" entre les deux tarifs de l'opérateur historique. Autrement dit, leur marge bénéficiaire était "compressée" au point que l'entrée sur ce marché aval nouvellement ouvert à la concurrence ne pouvait être profitable.

La particularité de l'affaire, sur le plan juridique, tenait au fait que les tarifs d'accès à la boucle locale avaient été approuvés par la Reg TP, le régulateur sectoriel, chargé de superviser, en Allemagne, l'ouverture à la concurrence du marché des télécommunications. Cette circonstance n'avait pas empêché la Commission de considérer que l'écart entre les prix d'accès à la boucle locale et les prix de vente au détail des abonnements à Internet était abusif. La Cour, après le Tribunal, valide cette analyse et admet l'imputabilité à l'entreprise dominante d'un écart tarifaire abusif dans la circonstance où l'un des éléments de ce tarif est fixé par le régulateur (I). Les autres aspects intéressants de l'arrêt tiennent à la question que ne peut manquer de se poser le commentateur de tout arrêt postérieur à la communication de la Commission sur les abus-exclusions : comment la Cour se situe-t-elle par rapport à l'approche plus économique envisagée dans cette communication ? À cet égard, la lecture de l'arrêt conduit à une réponse nuancée : du côté de l'accompagnement de la démarche de la Commission, on relèvera que la Cour, dans ce premier arrêt sur un cas d'abus par compression des marges, se réfère au critère du concurrent aussi efficient (II). Elle consacre aussi la nécessité d'apprécier les effets des pratiques d'éviction (III). Pour autant, l'analyse de ces effets reste relativement abstraite (IV), et il est difficile de mesurer l'exacte portée d'une nouvelle formule utilisée par la Cour dans cet arrêt (V).

### I. L'imputabilité des pratiques tarifaires en présence de prix régulés : des prix partiellement régulés peuvent être abusifs

Dans son arrêt, le Tribunal avait jugé que le fait que les prix de détail pratiqués par Deutsche Telekom pour l'accès à Internet aient été approuvés par le régulateur sectoriel ne supprimait pas toute marge de manœuvre dans le chef de l'opérateur

1 La Commission continue pour sa part d'utiliser le terme « ciseau tarifaire ». V. décision Vivendi, *infra*.

2 Le point 4 de l'arrêt est explicite sur ce choix terminologique.

\* Avec la collaboration de Bastien Thomas

historique<sup>3</sup>. En effet, celui-ci aurait pu solliciter une hausse de ses tarifs de détail et réduire ainsi l'effet de ciseau tarifaire. Dès lors, l'infraction à l'article 102 TFUE consistant en une tarification qui avait pour effet de compresser les marges de ses concurrents lui était imputable.

Dans son pourvoi, Deutsche Telekom ne niait pas avoir disposé d'une marge de manœuvre (il s'agit là d'une question de fait et une telle prétention aurait été inopérante au stade du pourvoi)<sup>4</sup>. En revanche, elle faisait valoir que, en droit, l'existence d'une marge de manœuvre ne devait pas être considérée comme suffisante pour établir l'imputabilité d'un abus tarifaire en présence de prix régulés<sup>5</sup>. La Cour était donc amenée à trancher une question qui concerne non seulement l'articulation entre droit de la concurrence et régulation sectorielle, mais aussi la portée de la responsabilité spéciale des entreprises en position dominante.

Concernant l'imputabilité à une entreprise en position dominante d'une pratique tarifaire contraire à l'article 102 TFUE lorsque les tarifs litigieux ont été approuvés par une autorité de régulation, la Cour confirme le raisonnement du Tribunal : tant que la régulation laisse une marge de manœuvre à l'entreprise en position dominante, l'usage que fait celle-ci de sa marge de liberté lui est imputable. La Cour rappelle à cet égard la jurisprudence – commune aux articles 101 et 102 TFUE – selon laquelle une restriction de concurrence s'apprécie par rapport à la concurrence qui est possible (ou "praticable"), compte tenu du cadre réglementaire<sup>6</sup>. Ce n'est donc que lorsqu'une entreprise est obligée par le droit interne à adopter un comportement contraire au droit de la concurrence que celui-ci ne lui est pas imputable. En revanche, lorsqu'une entreprise en position dominante est seulement "incitée" à maintenir des tarifs contraires à l'article 102 TFUE, cela ne suffit pas à rendre cette disposition inapplicable<sup>7</sup>. La responsabilité spéciale d'une entreprise en position dominante et soumise à une régulation sectorielle comprend donc l'obligation d'auto-évaluer la licéité de son comportement au regard de l'article 102 TFUE, et ce, indépendamment des appréciations du régulateur (en l'espèce, la Reg TP avait écarté à plusieurs reprises le reproche tiré d'une compression de marges restrictive de concurrence<sup>8</sup>).

Cet aspect de la responsabilité spéciale d'une entreprise régulée paraîtra sans doute bien exigeant aux entreprises concernées, puisqu'il signifie qu'elles ne doivent pas se fier aux appréciations du régulateur quant à l'application de l'article 102 TFUE. Cela n'en est pas moins cohérent avec

le schéma institutionnel de mise en œuvre du droit de la concurrence : pas plus que la Commission n'est liée par les appréciations des autorités nationales de concurrence sur l'application des règles de concurrence à un cas donné, elle ne saurait être liée par les appréciations des régulateurs sectoriels – qui peuvent en outre avoir des missions autres que d'appliquer les règles de concurrence. *A fortiori*, la Commission n'est pas liée par une décision négative d'un régulateur<sup>9</sup>. Le fait que, en l'espèce, le régulateur allemand puisse avoir commis une erreur d'appréciation concernant l'existence d'un abus par compression de marges ne saurait faire échapper Deutsche Telekom à sa responsabilité ni la protéger d'une sanction prise par la Commission, puisque cette dernière n'est pas tenue par les décisions du régulateur.

En ce sens, la confiance qu'une entreprise en position dominante peut placer dans les décisions négatives du régulateur sectoriel paraît n'être pas légitime, en tout cas pas digne de protection. La Cour toutefois ne va pas aussi loin, puisqu'elle considère irrecevable le moyen pris de la violation de la confiance légitime, au motif qu'il viserait à remettre en cause les appréciations du Tribunal et ne soulèverait pas de point de droit<sup>10</sup>. À la lecture de l'arrêt, il est difficile de dire si cela tient à la formulation du moyen, à la lecture qu'en fait la Cour ou aux deux. Il nous semble en tout cas prudent, du point de vue des entreprises concernées, de tirer de cet arrêt l'enseignement suivant : l'approbation d'un tarif par le régulateur sectoriel ne crée aucune assurance quant à sa compatibilité avec l'article 102 TFUE et toute défense tirée de la confiance légitime est à cet égard hasardeuse. En effet, même si, encore une fois, la Cour n'a pas écarté le principe de cette défense dans l'arrêt *Deutsche Telekom*, il existe néanmoins des raisons en droit pour considérer qu'une entreprise ne doit pas placer sa confiance dans les décisions négatives d'une autorité qui n'est pas compétente pour les adopter.

## II. La compression des marges des concurrents : l'abus est constitué si la tarification est de nature à exclure des concurrents aussi efficaces

En ce qui concerne l'analyse au fond, l'arrêt rapporté est le premier rendu par la Cour dans une affaire de compression de marges. Il énonce donc pour la première fois les conditions auxquelles ce type de schéma tarifaire constitue un abus. Rappelons à cet égard, une fois encore, que l'hypothèse de compression de marges ne concerne pas un prix abusif, mais un écart de prix abusif. C'est l'écart entre le prix d'accès à une infrastructure essentielle (ici la boucle locale) et le prix de détail sur le marché aval qui est concerné. Si cet écart est trop faible, les concurrents de l'entreprise en position dominante, pour qui le premier de ces prix représente un coût inévitable, ne peuvent entrer profitablement sur le marché aval.

La Cour rappelle que la liste des exemples d'abus contenue dans le paragraphe 2 de l'article 102 TFUE n'est pas exhaustive<sup>11</sup> et confirme que la compression des marges peut constituer

3 TPICE, 10 avril 2008, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff. T-271/03, Rec. p. II-477, pts 85 et suiv., *Concurrences*, n° 2-2008, cette chronique, p. 112.

4 Par ailleurs, il est apparu devant la Cour que la marge de manœuvre de Deutsche Telekom ne portait peut-être pas uniquement sur les prix de détail. Les tarifs d'accès à la boucle locale, que le Tribunal avait supposés fixés par le régulateur, comme il y était invité, étaient en effet eux aussi fixés par le régulateur sur la base des propositions de l'opérateur historique. Ce point de fait est naturellement en dehors du cadre du pourvoi dont est saisie la Cour. Du reste, même s'il avait été établi à un stade antérieur de la procédure, l'analyse de l'affaire n'aurait pas été modifiée, puisque la marge de manœuvre de Deutsche Telekom n'en aurait été que plus grande.

5 Pt 66.

6 Pt 80.

7 Pt 84.

8 Pts 70 et 99.

9 Sur l'absence de compétence des autorités nationales de concurrence pour adopter des décisions négatives (constatant, par exemple, l'absence d'infraction à l'article 102 TFUE), v. *infra*, rubrique « À noter », concl. Mazák dans l'affaire C-375/09.

10 Pt 105 et suiv.

11 Pt 173.

un abus. À vrai dire, elle le fait en passant, car l'existence de ce type d'abus n'était pas contestée par la requérante, qui soutenait en revanche que les critères d'appréciation d'une compression des marges abusive devaient être adaptés dans le cas où, comme en l'espèce, les tarifs de l'entreprise en position dominante étaient régulés<sup>12</sup>. Il est toutefois intéressant de relever que, à travers un point non contesté, le critère du concurrent aussi efficace est adopté par la Cour. Celle-ci énonce en effet que *“pour autant que [l'entreprise en position dominante] dispose d'une marge de manœuvre pour réduire ou éliminer une telle compression des marges par l'augmentation de ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés [...], cette compression de marges, eu égard à l'effet d'éviction qu'elle est susceptible d'engendrer pour les concurrents aussi efficaces que [l'entreprise en position dominante], est susceptible, en elle-même, de constituer un abus au sens de l'article [102, TFUE]”*<sup>13</sup>.

Le critère du concurrent aussi efficace, promu par la communication de la Commission sur les abus-exclusions se trouve ainsi admis par la Cour. Il convient de souligner qu'il ne l'est pas uniquement dans l'hypothèse particulière de la compression de marges. En effet, dans le passage le plus important de l'arrêt (pts 174-183), la Cour discute l'insertion de cette forme d'abus dont elle connaît pour la première fois au sein de sa jurisprudence. Au point 177 de l'arrêt, c'est en termes généraux que la Cour énonce la pertinence du critère du concurrent aussi efficace. Elle juge en effet que *“l'article [102, TFUE] interdit, notamment, à une entreprise en position dominante de se livrer à des pratiques tarifaires produisant des effets d'éviction pour les concurrents aussi efficaces, actuels ou potentiels”*<sup>14</sup>. Il est vrai que la généralité de cette affirmation reste limitée aux pratiques tarifaires, mais il en est de même dans la communication de la Commission<sup>15</sup>.

Sans doute peut-on considérer que ce n'est pas la première référence de la Cour à au critère du concurrent aussi efficace : comme la Commission le relève dans sa communication<sup>16</sup>, la Cour s'y était référée dans son arrêt *AKZO*<sup>17</sup>, lorsqu'elle avait indiqué, à propos des prix prédateurs que *“[c]es prix peuvent écartier du marché des entreprises, qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leurs capacités financières moindres, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite”*<sup>18</sup>. Le critère n'avait toutefois pas la même portée que dans l'arrêt *Deutsche Telekom*, car il prenait place alors dans l'énoncé d'une justification de l'interdiction des prix prédateurs. Dans l'arrêt commenté en revanche, il s'agit d'une condition nécessaire pour que la compression de marges soit qualifiée d'abus. Sur ce point, l'arrêt est donc d'assez bon augure en ce qui concerne la réception par la Cour de l'approche promue par

la Commission. Il en va de même sur un autre point, qui est une véritable question de principe concernant l'insertion d'une l'approche économique dans le droit de l'abus de position dominante : faut-il apprécier les effets des pratiques pour les qualifier d'abusives ? La Cour répond clairement oui, même si elle valide une approche relativement abstraite.

### III. L'exigence d'appréciation des effets

L'arrêt *Deutsche Telekom* marque une ouverture claire à une analyse des effets. La clarté de la Cour sur la nécessité d'une analyse des effets est, sauf erreur, sans précédent. Il faut dire que la question était très clairement posée : devant le Tribunal, la Commission avait soutenu que, en l'état du droit de l'Union issu de la jurisprudence concernant les abus de position dominante, aucune démonstration des effets anticoncurrentiels n'était nécessaire<sup>19</sup>. Le Tribunal avait rejeté cette affirmation et jugé que *“l'effet anticoncurrentiel que la Commission est tenue de démontrer se rapporte aux entraves éventuelles que les pratiques tarifaires de [l'entreprise en position dominante] ont pu causer au développement de la concurrence sur le marché [aval]”*<sup>20</sup> (effet sur les concurrents donc, plus que sur les consommateurs). La Cour précise que c'est à bon droit que le Tribunal a jugé ainsi<sup>21</sup>.

Elle juge aussi, en réponse aux arguments du pourvoi, que, dans une hypothèse comme celle en cause, où la compression des marges concerne les tarifs d'accès à une infrastructure essentielle, l'effet d'éviction est automatique : comme les concurrents n'ont d'autre choix que de recourir à cette infrastructure, ils subissent nécessairement un effet d'éviction si l'écart entre le coût d'accès à cette infrastructure et les prix de détail avec lesquels les leurs doivent être concurrentiels est trop faible. Autrement dit, l'effet d'éviction résulte du caractère nécessaire de l'accès à l'infrastructure essentielle.

En revanche, la Cour indique – ce qui pourrait peut-être constituer une ouverture à une analyse plus concrète dans d'autres cas – que *“en l'absence du moindre effet sur la situation concurrentielle des concurrents, une pratique tarifaire telle celle en cause ne saurait être qualifiée de pratique d'éviction lorsque la pénétration de ces derniers sur le marché concerné n'est en rien rendue plus difficile par cette pratique”*<sup>22</sup>. Sans doute, le standard est peu exigeant (“moindre effet”, “en rien”) et l'ouverture est donc timide. Il n'est pas non plus évident d'apercevoir à quelles hypothèses factuelles elle pourrait se rapporter (y aurait-il compression de marges si l'accès n'était pas essentiel à l'entrée sur le marché aval ?<sup>23</sup>). Toujours est-il que la Cour a jugé qu'une démonstration des effets d'éviction est exigée. Sans constituer une révolution, il nous semble donc que l'arrêt *Deutsche Telekom* signale que la Cour est disposée à laisser une approche plus économique de l'abus de position dominante se développer. Un développement lent est cependant à prévoir, dans la mesure où la Cour, conformément à sa jurisprudence antérieure, mais avec des

12 Pt 163.

13 Pt 183, nous soulignons.

14 Pt 177, nous soulignons.

15 Communication de la Commission, “Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes”, JO, C 45, 24 févr. 2009, p. 7-20, § 23. Ce paragraphe se trouve dans la partie III, “Approche générale à l'égard des pratiques d'éviction”, dans la section C, “Pratiques d'éviction fondées sur les prix”.

16 Note 17 de la Communication préc. (*supra* note 15)

17 CJCE, 3 juillet 1991, *AKZO/Chemie c/ Commission*, 62/86, Rec. p. I-3359.

18 *AKZO*, préc., pt 72.

19 Pt 246.

20 Arrêt du tribunal, cité *supra* note 3, pt 235.

21 Pt 250.

22 Pt 254.

23 V. sur ce point la décision 10-D-31 de l'Autorité de la Concurrence, *infra* (rubrique « À noter »)

évolutions qui méritent d'être signalées, admet une approche des effets que l'on peut qualifier de raisonnablement abstraite<sup>24</sup>.

#### IV. L'approche des effets reste raisonnablement abstraite

##### Effets sur les consommateurs

Le fait qu'une appréciation relativement abstraite des effets satisfasse aux exigences de la Cour se marque, en ce qui concerne l'appréciation des effets sur les consommateurs, dans le raisonnement par lequel la Cour rejette l'objection formulée par Deutsche Telekom selon laquelle, pour éviter l'abus qui lui est reproché, elle aurait dû augmenter ses prix de détail. Dans le cadre d'un pourvoi, la Cour n'examine naturellement pas la question factuelle de savoir si une telle augmentation des prix de l'opérateur historique aurait, en l'espèce, nuit aux consommateurs allemands. En revanche, elle statue en ce sens que, en droit, *«la seule circonstance que la requérante devait augmenter ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés pour éviter la compression des marges des concurrents aussi efficaces qu'elle-même n'est nullement, en tant que telle, de nature à écarter la pertinence du critère retenu»*<sup>25</sup>. Cette affirmation, qui suit le rappel de l'objectif de protection des consommateurs<sup>26</sup>, trouve sa justification dans l'horizon temporel long auquel se réfère la Cour. Elle juge en effet que *«la compression de marges [...] a également pour effet que les consommateurs subissent un dommage du fait de la limitation de leurs possibilités de choix et, partant, de la perspective d'une réduction, à plus long terme, des prix de détail en raison de la concurrence exercée par les concurrents au moins aussi efficaces sur ledit marché»*<sup>27</sup>.

Il se dégage de ce passage l'impression que l'effet du comportement reproché à l'entreprise en position dominante sur les consommateurs est pris en considération, mais qu'il peut être établi, comme par le passé, par un raisonnement relativement abstrait. En réalité, l'adoption du critère du concurrent aussi efficace permet d'affiner une présomption qui existait déjà dans la jurisprudence, selon laquelle les consommateurs souffrent d'une altération de la structure du marché ; le structuralisme initial cède le pas à une approche plus en cohérence avec l'analyse économique contemporaine, mais l'approche par présomption n'est pas remise en cause. Faut-il du reste le regretter ? Ce n'est pas certain. En effet, une exigence de démonstration *in concreto* du préjudice subi par les consommateurs paraît impraticable à plusieurs égards, ne serait-ce que parce que ce préjudice ne peut être établi avant d'être réalisé. Or, il est certain que la Commission n'a pas l'obligation d'attendre que l'abus soit consommé pour le sanctionner<sup>28</sup>. Pourra-t-on néanmoins aller plus loin et trouver un meilleur compromis entre une approche tout à fait abstraite et une approche tout à fait concrète de l'effet

des pratiques sur les consommateurs ? Pourrait-on définir, sinon des exigences probatoires, du moins des exigences de motivation plus précises concernant le préjudice des consommateurs ? Gageons que les plaideurs sauront poser à nouveau ces questions aux juridictions de l'Union.

##### Effets d'éviction des concurrents

En ce qui concerne l'analyse des effets d'éviction, l'effectivité de l'approche économique à laquelle la Cour semble disposée à s'ouvrir en principe – en adoptant le critère du concurrent aussi efficace – dépendra en pratique de l'application de ce critère. Là encore, il apparaît dans l'arrêt commenté qu'une approche raisonnablement abstraite peut être suffisante.

Le premier élément d'abstraction dans l'approche des effets d'éviction est déjà connu : il ne s'agira pas d'examiner si un concurrent donné est ou non aussi efficace que l'entreprise en position dominante. Comme la Commission le recommande dans sa communication et comme l'avait jugé le Tribunal dans l'arrêt qui se trouve ici confirmé, comme la Cour elle-même l'avait déjà jugé dans son arrêt *Wanadoo*, c'est par rapport aux coûts de l'entreprise en position dominante elle-même que le critère sera appliqué<sup>29</sup>. La question pertinente est donc de savoir si, en imaginant par un exercice mental que l'entreprise en position dominante se trouve en position de nouvel entrant sur le marché aval et en tenant compte des coûts d'accès à l'infrastructure essentielle qu'elle devrait alors subir, ainsi que de ses autres coûts pertinents, elle pourrait ou non entrer profitablement sur le marché aval. Comme nous l'avions écrit à propos de l'arrêt du Tribunal<sup>30</sup>, les entreprises en position dominante sont donc invitées à appliquer à leur comportement tarifaire une éthique de la réciprocité, exprimée dans ce qu'on appelle parfois la règle d'or de la morale : *«Ne fais pas aux autres ce que tu ne voudrais pas qu'on te fasse.»*

L'approche est encore abstraite et générale en ce que la circonstance alléguée par Deutsche Telekom, selon laquelle elle aurait été soumise à une régulation asymétrique, est jugée sans pertinence<sup>31</sup>. Le standard à l'aune duquel le critère du concurrent aussi efficace est appliqué est donc celui d'un concurrent hypothétique, ayant exactement les mêmes coûts que ceux de l'entreprise en position dominante. Le fait que ce concurrent fictif puisse ne pas correspondre à une hypothèse réaliste – par exemple, parce que l'entreprise en position dominante est la seule à pouvoir réaliser des économies d'échelle – est sans importance. En effet, ce mode de raisonnement ne tire pas sa justification de son ancrage dans la réalité des circonstances de chaque espèce, mais dans la sécurité juridique qu'il confère aux entreprises en position dominante, du fait que celles-ci ne peuvent connaître les coûts de leurs concurrents mais bien les leurs<sup>32</sup>.

De la même manière, c'est une approche principielle de l'égalité des chances entre concurrents qui conduit la Cour à rejeter le moyen pris du fait que le Tribunal n'avait pas examiné concrètement les possibilités pour les concurrents

24 Nous empruntons cette expression à la Cour elle-même, qui l'a utilisée dans un autre contexte, en matière de libre circulation des marchandises, dans l'arrêt du 10 février 2009, *Commission/Italie*, C-110/05, Rec. p. I-519, pt 31.

25 Pt 181.

26 Pt 180.

27 Pt 182.

28 Voir notamment pt 254.

29 Pts 196 et 198.

30 *Concurrences*, n° 2-2008, cette chronique, p. 114.

31 Pt 203.

32 Pt 202.

de Deutsche Telekom de compenser par des subventions croisées les pertes qu'ils subissaient, du fait du comportement en cause, en ce qui concerne les abonnements à Internet (ils auraient pu se rattraper sur le prix des communications téléphoniques). Selon la Cour, le Tribunal était en droit de ne pas étendre son analyse au-delà du marché concerné (l'accès à Internet et non les communications téléphoniques) pour apprécier la viabilité des concurrents<sup>33</sup>. Le contrôle effectué par le Tribunal, que la requérante jugeait excessivement restreint et "incompatible avec l'état de la science économique" est donc jugé suffisant par la Cour<sup>34</sup>.

## V. Vers une nouvelle formule de l'abus ?

La jurisprudence de la Cour se construit par formules<sup>35</sup>. Les formules de la Cour, ce sont ces paragraphes familiers qui reviennent d'arrêt en arrêt, comme des refrains de la jurisprudence. En ce qui concerne l'abus de position dominante, la formule historique est celle de l'arrêt *Hoffmann-La Roche* selon laquelle "l'article [102, TFUE] vise les comportements qui sont de nature à influencer la structure du marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence"<sup>36</sup>. Cette formule est répétée dans la plupart des arrêts – sinon tous – rendus en matière d'abus de position dominante. Elle l'est encore dans l'arrêt commenté<sup>37</sup>.

Toutefois, ce paragraphe si souvent répété de l'arrêt *Hoffmann-La Roche* n'est pas la seule formule de l'abus. Une autre, presque aussi fréquemment présente<sup>38</sup>, est issue des arrêts *United Brands* et *Michelin I* lus conjointement : "L'article [102, FTUE] visant non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte à une structure de concurrence effective<sup>39</sup>, il incombe à l'entreprise qui détient une position dominante une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective et non faussée dans le marché commun"<sup>40</sup>. Cette dernière formule, qui était encore citée telle quelle dans l'arrêt *Wanadoo*<sup>41</sup> subit une légère modification dans l'arrêt rapporté. En effet, la référence à la structure du marché – issue de l'arrêt *United Brands* – disparaît dans le passage suivant : "L'article [102, TFUE] visant ainsi non seulement

les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte au jeu de la concurrence..."

Il n'est pas certain que cette modification lexicale soit décisive. Du reste, les formules, surtout les mieux ancrées, ne sont modifiées durablement que par la répétition d'une nouvelle formule, et la nouvelle rédaction ci-dessus est donc encore trop jeune pour accéder même au statut de nouvelle formule. Il faut donc se contenter pour l'heure de relever que la Cour fait peut-être ici une ouverture vers une conception de la notion de restriction de concurrence qui ne serait plus aussi structuraliste que par le passé. La responsabilité spéciale des entreprises en position dominante ne serait plus de préserver la structure du marché, mais la concurrence. Souhaitons longue vie à cette nuance ! Elle pourrait en effet être importante pour l'introduction d'une approche plus économique, dans la mesure où elle pourrait signifier qu'il ne suffit plus d'établir que le comportement en cause est de nature à provoquer une altération de la structure de marché (évitement d'un concurrent) pour conclure à un abus. Le préjudice résultant, pour les consommateurs, du comportement de l'entreprise en position dominante pourrait ne plus être présumé à partir de l'effet sur la structure du marché<sup>42</sup>. Ce serait du reste cohérent avec le critère du concurrent aussi efficace consacré dans le présent arrêt : l'abus ne serait pas constitué par l'éviction de n'importe quel concurrent, mais seulement par celle d'un concurrent aussi efficace.

À petits pas donc, et pour toutes les raisons qui précèdent, il est possible de lire dans l'arrêt *Deutsche Telekom* plusieurs indices de la réceptivité de la Cour à l'approche mise en avant par la Commission sur les abus-exclusions. À tout le moins, la Cour ne fait pas obstacle au développement d'une approche plus économique des abus-exclusions.

A.-L. S ■

## DÉLIMITATION DE MARCHÉS DE PRODUITS – MARCHÉ PRIMAIRE ET MARCHÉ DE L'APRÈS-VENTE : Le Tribunal de l'UE annule la décision de la Commission de rejeter la plainte d'une association d'horlogers-réparateurs (Trib. UE, 15 décembre 2010, CEAHR c/ Commission, aff. T-427/08)

Saisie par la Confédération européenne des associations d'horlogers-réparateurs ("CEAHR") de pratiques alléguées d'entente et d'abus de position dominante contre six fabricants de montres de luxe, la Commission européenne ("la Commission") avait, dans une décision du 10 juillet 2008, rejeté la plainte en l'absence d'un intérêt communautaire suffisant pour poursuivre l'enquête.

La CEAHR avait alors formé devant le Tribunal un recours en annulation contre cette décision de rejet (voir cette revue,

33 Pts 233-236.

34 Pt 244.

35 Voir sur ce point L. Azoulai, "La fabrication de la jurisprudence communautaire", dans P. Mbongo et A. Vauchez (dir.), *Dans la fabrique du droit européen : Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 153.

36 CJCE, 13 févr. 1979, *Hoffmann-La Roche c/ Commission*, 85/76, Rec. p. 461, pt 91.

37 Pt 174.

38 Nous n'avons pas effectué de comptage précis.

39 CJCE, 21 févr. 1973, *Europemballage et Continental Can c/ Commission*, 6/72, Rec. p. 215, pt 26.

40 CJCE, 9 nov. 1983, *Michelin c/ Commission*, 322/81, Rec. p. 3461, pt 57.

41 CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom c/ Commission*, C-202/07 P, Rec. p. I-2369, pt 105.

42 Sur cette inférence caractéristique de la jurisprudence européenne en matière d'abus de position dominante, voir E. Rousseva, *Rethinking Exclusionary Abuses in EC Competition Law*, Hart Publishing, OUP, 2010 ; L. Lovdahl Gormsen, "The conflict between economic freedom and consumer welfare in the modernisation of Article 82 EC", *European Competition Law Journal*, 2007, p. 329-344 ; L. Lovdahl Gormsen, *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*, Cambridge UP, "Cambridge Antitrust and Competition Law Series", 2010.

Chronique Procédures, *infra*, pour les moyens procéduraux soulevés par la CEAHR) et a obtenu gain de cause avec l'arrêt du 15 décembre 2010.

La CEAHR avait en effet considéré dans sa plainte que les fabricants de montres de luxe, en refusant de continuer à approvisionner les réparateurs de montres indépendants, avaient abusé de leur position dominante et avaient participé à une entente.

Cette question de la délimitation des marchés pertinents dans le cas des services après-vente a été souvent abordée par les juridictions de l'Union européenne. La Cour et le Tribunal ont ainsi eu l'occasion de constater l'existence d'un marché des pièces de rechange d'une marque, distinct de celui du produit primaire et des pièces de rechange des autres marques. Tel avait été le cas dans l'affaire *Hugin*<sup>43</sup>, où la Cour de justice avait considéré qu'il existait une demande spécifique de pièces détachées Hugin pour les caisses enregistreuses de même marque, celles-ci ne pouvant être remplacées par les pièces détachées faites pour les caisses enregistreuses d'une autre marque. Dans les affaires *Hilti*<sup>44</sup> et *Tetra Pak*<sup>45</sup>, un marché propre à une marque de produits avait été défini : respectivement un marché des clous compatibles avec les pistolets de scellement Hilti et un marché des cartons destinés aux machines de conditionnement Tetra Pak.

Dans la présente affaire, alors que la CEAHR considérait qu'il existait un marché des "services de réparation et d'entretien des montres qui valent la peine d'être réparées" (§ 50), la Commission avait estimé que les activités de service d'entretien et de réparation ne constituaient pas un marché pertinent mais devaient être examinées "conjointement avec le marché primaire" (§ 53), c'est-à-dire avec les produits eux-mêmes, "montres de luxe ou de prestige" (§ 52). De même, la Commission avait considéré qu'elle ne disposait pas des éléments pertinents pour conclure que "la fourniture de pièces de rechange" constituait un marché distinct (§ 57). C'est donc sur un "marché pertinent" très élargi constitué du "marché primaire des montres de luxe ou de prestige", comprenant les "marchés de l'après-vente connexes de réparation et d'entretien, d'une part, et des pièces de rechange, d'autre part" (§ 57), que la Commission a analysé l'existence d'une éventuelle entente et d'une éventuelle position dominante collective des fabricants.

En somme, la CEAHR reprochait à la Commission d'avoir effectué un double mouvement dans son analyse : d'une part, une réduction des produits en cause aux seules montres de luxe ou de prestige au lieu d'une catégorie plus large des montres "valant la peine d'être réparées", qui semblait cependant assez vague et moins claire que la notion de "montres de luxe" ; d'autre part, une agrégation, dans le même marché, des produits (les montres) avec les services après-vente et les services de réparation et de fourniture de pièces.

La délimitation retenue par la Commission correspond en réalité à celle d'un "marché de système" (§ 103) incluant à la fois les produits et les pièces détachées et les services nécessaires pour l'entretien de ces produits. Il s'agit de l'une

des trois hypothèses de marchés possibles dans une situation telle que celle de l'espèce<sup>46</sup>, les deux autres étant :

– l'existence, d'une part, d'un marché regroupant tous les produits primaires (toutes marques confondues) et, d'autre part, d'un marché des pièces détachées et des services de réparation nécessaires pour l'usage et l'entretien de ces produits ;

– l'existence, d'une part, d'un marché de tous les produits primaires (toutes marques confondues) et, d'autre part, de marchés secondaires des pièces détachées et des services pour chaque marque.

Une telle délimitation d'un "marché de système" diffère de la pratique des autorités françaises dans ce secteur, qui tend à segmenter nettement marché primaire et marché de l'après-vente. Le Conseil de la concurrence, suivant en cela la Cour d'appel de Paris, a ainsi eu l'occasion de définir :

– un "marché des montres haut de gamme ou montres de luxe"<sup>47</sup>;

– un "marché de la réparation horlogère" caractérisé par "la qualification de la main d'œuvre et par le type de produits réparés, montres et horloges de haut ou de très haut de gamme, seuls produits pour lesquels une réparation coûteuse se justifie"<sup>48</sup>.

On relèvera le fait que le Conseil de la concurrence avait également eu l'occasion de retenir un segment des "montres dont le prix est supérieur à 1 000 €"<sup>49</sup>.

Pour le Tribunal, la Commission ne s'est pas trompée sur l'utilisation de la notion de "montres de luxe ou de prestige" à la place de la notion de "montres qui valent la peine d'être réparées". Il relève en effet que la Commission n'a pas commis d'erreur dans la mesure où la demande de pièces de rechange n'existe que pour les "montres chères", de 1 500 à 4 000 euros, soit 60 à 160 plus que le prix de la montre la moins chère "remplissant sa fonction principale de façon fiable", soit 25 euros (§ 73-74).

En revanche, le Tribunal ne suit pas la Commission dans la seconde partie de son raisonnement qui consiste à agréger pièces de rechange, d'une part, et services après-vente, d'autre part, dans un même marché pertinent.

S'agissant des pièces de rechange propres à une marque de montre, la Commission a en effet considéré que ce marché peut ne pas constituer un marché pertinent dans le cas où "le consommateur peut se tourner vers les pièces de rechange fabriquées par un autre producteur" ou bien lorsque "le

43 CJCE, 31 mai 1979, *Hugin Kassaregister et Hugin Cash Registers*, aff. C-22/78.

44 TPICE, 12 déc. 1991, *Hilti*, aff. T-30/89 et CJCE, 2 mars 1994, *Hilti*, aff. C-53/92.

45 TPICE, 6 oct. 1994, *Tetra Pak International*, aff. T-83/91.

46 Cf. R. O'Donoghue et A. Jorge Padilla, *The Law And Economics of Article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, p. 103.

47 Arrêt de la Cour d'appel de Paris, 9 déc. 1997, *Rolex* ; déc. Cons. conc. n° 03-D-60, 17 déc. 2003, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'horlogerie de luxe, § 28 ; arrêt de la Cour d'appel de Paris, 29 juin 2004, *Marcout-Soulhol c/ Cartier* ; déc. Cons. conc. n° 05-D-46, 28 juil. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Jaeger-Lecoultrre, § 2, voir notamment obs. A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 4-2005, p. 75.

48 Déc. Cons. conc. n° 05-D-46, 28 juil. 2005, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Jaeger-Lecoultrre, § 2.

49 Déc. Cons. conc. n° 06-D-24, 24 juil. 2006, relative à la distribution des montres commercialisées par Festina France, § 25.

consommateur peut se tourner vers un autre produit primaire afin d'éviter une augmentation de prix sur le marché des pièces de rechange" (§ 79).

Déterminer la possibilité, pour le consommateur, de se tourner vers les pièces de rechange fabriquées par des concurrents revient à examiner s'il existe un marché unique des pièces de rechange ou bien une "multitude de marchés de pièces de rechange spécifiques aux enseignes" (§ 84). Le Tribunal, se fondant sur la position provisoire de la Commission dans le cadre de la présente affaire, ainsi que sur la pratique décisionnelle des autorités néerlandaise et suisse, constate que la substituabilité entre les pièces de rechange de différentes marques n'est pas établie par la Commission (§ 90).

S'agissant de la possibilité, pour les consommateurs, de se tourner vers un autre produit primaire pour contourner l'augmentation du prix des pièces de rechange, le Tribunal relève notamment qu'"une augmentation modérée du prix des pièces de rechange demeure d'un montant négligeable par rapport au prix d'une montre de luxe ou de prestige neuve" (§ 96). Il en déduit que la possibilité de recourir à un autre produit primaire n'est pas établie.

Le Tribunal considère ensuite que pour qu'un marché de système puisse être reconnu, il faut établir qu'"un nombre suffisant de consommateurs se tournerait vers les autres produits primaires dans le cas d'une augmentation modérée des prix des produits ou services appartenant aux marchés de l'après-vente pour rendre une telle augmentation non rentable" (§ 105). Or, la Commission a considéré que le prix des pièces de rechange est "mineur et dépourvu d'importance" par rapport au prix des montres (§ 106). Le Tribunal en conclut que la Commission "n'a pas démontré qu'une augmentation modérée du prix de pièces de rechange par un certain producteur causerait un déplacement de la demande vers les montres des autres producteurs, rendant une telle augmentation non rentable" (§ 107). Par conséquent, il ne saurait être exclu qu'il existe des "marchés pertinents séparés constitués par les pièces de rechange spécifiques aux enseignes, en fonction de leur substituabilité" (§ 109).

S'agissant des services de réparation et d'entretien des montres, également agrégés au marché primaire des montres, le Tribunal constate qu'il existe des entreprises spécialisées dans ce domaine, ce qui constitue un indice de l'existence d'un marché distinct (§ 112). Plus sévèrement, il relève que même si le cas des marchés primaires et des marchés de l'après-vente est spécifique (voir également sur ce point la communication de la Commission du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, § 56) et même s'ils peuvent être analysés dans le cadre d'un même marché, la Commission doit établir qu'il existe un degré suffisant d'interchangeabilité en vue du même usage entre tous les produits ou les services considérés, la substituabilité ne s'appréciant pas "au seul regard des caractéristiques objectives des produits et des services en cause", mais prenant "en considération les conditions de la concurrence et la structure de la demande et de l'offre sur le marché" (§ 67 et 115), ce qu'elle n'a pas fait dans le cas présent.

Le Tribunal en conclut, comme pour les activités liées aux pièces de rechange, que la Commission ne pouvait conclure

sur le fondement de la seule analyse développée dans la décision de rejet de la plainte, que les services de réparation et d'entretien des montres appartenaient au même marché que les montres de luxe ou de prestige.

Une fois remise en cause la délimitation retenue par la Commission, les conséquences s'enchaînent quant à la qualification des pratiques et de la position des fabricants de montres :

– la Commission n'ayant pas pu établir que la part de marché des fabricants de montres est inférieure à 30 % sur les marchés des pièces de rechange propres aux enseignes, elle ne pouvait conclure à l'application de l'exemption prévue par le règlement sur les restrictions verticales ;

– de même, la Commission n'a pas examiné "la position que les fabricants de montres suisses détiennent sur les marchés des pièces de rechange spécifiques à leurs propres enseignes", sur lesquels il ne saurait être exclu qu'ils détiennent "une position dominante, voire un monopole, à tout le moins pour ce qui concerne certaines gammes de leurs pièces de rechange, qui constituent des marchés pertinents" (§ 151).

Le Tribunal en conclut que la Commission a commis plusieurs erreurs manifestes d'appréciation et annule la décision de rejet de la plainte. Les pendules sont désormais remises à l'heure...

A. W. ■

## ÉVICTION ANTICONCURRENTIELLE – INTÉGRATION VERTICALE – ENGAGEMENTS : La Commission européenne accepte les engagements de l'opérateur historique italien visant à supprimer les entraves à l'accès au marché gazier italien et à mettre fin à des pratiques alléguées d'éviction anticoncurrentielle (Comm. eur., déc. art. 9 R.1/2003 du 29 septembre 2010, ENI, aff. COMP/39315)

La décision de la Commission européenne, rendant obligatoires les engagements proposés par ENI pour mettre fin à la procédure lancée à son encontre pour verrouillage anticoncurrentiel du marché gazier italien, s'insère dans la désormais longue série d'affaires relatives au secteur de l'énergie closes au travers d'une procédure d'engagements sur la base de l'article 9 du règlement n° 1/2003. Elle doit, à ce titre, être remise en perspective avec la politique européenne en matière électrique et gazière avant de faire l'objet d'une analyse, portant successivement sur les pratiques concernées et sur les engagements rendus obligatoires par la décision de la Commission.

### I. Une procédure d'engagements prenant place dans le contexte particulier des interventions de la Commission dans le secteur énergétique

L'enquête sectorielle sur le fonctionnement des marchés européens du gaz et de l'électricité avait été lancée en 2005, seulement deux ans après le deuxième train de directives libéralisant le secteur (directives du 26 juin 2003 n° 2003/54 relative au secteur électrique et n° 2003/55 relative au secteur gazier). Ses conclusions, publiées en janvier 2007,

avaient mis en exergue un ensemble de dysfonctionnements des marchés de l'énergie faisant obstacle à la construction d'un marché intérieur concurrentiel<sup>50</sup>. Les préoccupations de la Commission concernaient tant les marchés de gros de l'énergie que les possibilités de développement de stratégies anticoncurrentielles au travers du contrôle des réseaux de transport. Le caractère trop étroitement oligopolistique des différents marchés nationaux était à la fois expliqué et aggravé par les conflits d'intérêts liés au caractère verticalement intégré des opérateurs historiques. Ces derniers, bénéficiant déjà de leur poids sur le marché (dû aux capacités installées), pouvaient en outre utiliser stratégiquement leur contrôle du réseau de transport pour verrouiller l'accès au marché aux nouveaux entrants. En effet, comme l'a mis en évidence l'enquête sectorielle, les intérêts du groupe en matière d'activités de production et de fourniture (de gaz ou d'électricité) peuvent générer quelques distorsions quant à la gestion des actifs de transport.

Celles-ci peuvent être regroupées en trois ensembles. Les premières distorsions correspondent à des conditions d'accès au réseau qui sont discriminatoires à l'égard des nouveaux entrants. Le gestionnaire de réseau peut avantager les filiales de son groupe sur le marché aval, par exemple en dégradant aux points de vue techniques ou tarifaires les conditions d'accès au marché des concurrents. Un deuxième ensemble de stratégies d'éviction anticoncurrentielle correspond à la transmission d'informations privilégiées quant à la stratégie commerciale et aux activités des concurrents. Dans le cas d'espèce, le régulateur sectoriel ne serait pas en mesure de garantir que les *murailles de Chine* requises par les règles de séparation fonctionnelle sont réellement effectives. Enfin, un troisième ensemble de difficultés peut provenir de distorsions induites dans les choix d'investissements du gestionnaire d'infrastructures. En effet, des investissements qui seraient optimaux pour le réseau de transport, considéré isolément, peuvent en fait détruire de la valeur s'ils sont considérés au niveau du groupe intégré. Une extension des capacités peut être souhaitable au point de vue du consommateur, accroître les ressources du gestionnaire de réseau, mais parallèlement accroître la contestabilité du marché national et donc mettre en cause la dominance de la filiale de fourniture du groupe. Un sous-investissement stratégique dans les capacités de transport de gaz ou d'électricité peut donc être observé. Il peut même induire un sous-investissement dans des actifs de production de la part des nouveaux entrants, dans la mesure où ces derniers peuvent anticiper d'éventuelles entraves en matière d'accès au marché. Les questions de sous-investissements stratégiques posent, comme nous le verrons, des difficultés spécifiques en matière de politiques de concurrence.

L'intégration verticale est donc vue par la Commission comme une structure industrielle offrant aux opérateurs historiques non seulement des incitations mais aussi la possibilité de mettre en œuvre des stratégies d'exclusion anticoncurrentielle. Selon elle, les régulateurs nationaux ne disposaient pas des ressources et des compétences juridiques nécessaires pour s'assurer que les règles de séparation fonctionnelle introduites par les directives de 2003 permettent

50 P. Lowe, I. Pucinkaite, W. Webster et P. Lindberg, "Effective unbundling of energy transmission networks: Lessons from the Energy Sector Inquiry", *Competition Policy Newsletter*, n° 1, printemps 2007, p. 23-34.

effectivement de prévenir le risque de conflits d'intérêts entre la gestion des actifs de transport et les décisions prises dans les autres activités des groupes ouvertes à la concurrence.

De telles stratégies pouvaient en outre être d'autant plus facilement mises en œuvre que les interconnexions entre les différents réseaux nationaux sont sous-dimensionnées (elles furent conçues à des fins de secours mutuels ou d'échanges limités et non dans la perspective d'un marché unifié), que les capacités disponibles font souvent l'objet d'opportuns contrats de réservation, à long terme, au bénéfice des opérateurs historiques et que les régimes d'équilibrage sont souvent conçus d'une manière favorable aux opérateurs en place.

Afin de répondre à ces difficultés, la Commission fit de premières propositions dans le cadre de la préparation du troisième paquet de directives allant dans le sens d'un *ownership unbundling*, en d'autres termes, d'une dés-intégration verticale des opérateurs historiques<sup>51</sup>. Étant donné l'opposition résolue de certains États membres, il fallut trouver un compromis : le modèle du gestionnaire indépendant de réseau de transport (ITO, *Independent Transmission Operator*) fut rendu possible aux côtés des modèles de la séparation patrimoniale et du gestionnaire de réseau indépendant (ISO, *Independent System Operator*) introduits par les directives de 2003 sur l'électricité et le gaz<sup>52</sup>. Le système du gestionnaire de réseau de transport indépendant doit dans ce cadre apporter des garanties suffisantes en matière d'autonomie de gestion, compromis s'établissant bien en-deçà des volontés initiales de la Commission.

Cependant, des procédures individuelles sur la base de l'article 102 du Traité furent lancées parallèlement à l'enquête sectorielle à l'encontre d'opérateurs historiques de nombreux États membres, notamment l'Allemagne, la Belgique, la France et l'Italie<sup>53</sup>. L'instruction de ces différents cas, concernant des opérateurs majeurs des secteurs électriques et gaziers européens, tels E.On, RWE, EDF, GDF Suez ou ENI, fut menée indépendamment des discussions législatives sur le troisième paquet de directives<sup>54</sup>. Cependant, si la séparation patrimoniale – sous forme de cession par les groupes verticalement intégrés de leurs actifs de transport – fut refusée à la Commission, il apparaît que bon nombre des décisions individuelles en cause se traduisirent *in fine* par de tels *remèdes* structurels. Second trait remarquable, les mesures correctives en question ne furent pas prononcées sur la base de l'article 7 du règlement n° 1/2003, mais rendues obligatoires dans le cadre d'une procédure d'engagements volontaires suivant l'article 9 du même règlement.

Le recours à une telle procédure, commun aux cas E.On (26 novembre 2008) et RWE (18 mars 2009), mais aussi

51 Commission européenne, *Proposition de directive modifiant la directive 2003/55/CE concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz*, COM(2007) 529 final, 19 septembre 2007.

52 Conseil européen, *Directive relative aux conditions d'accès aux réseaux de transport de gaz naturel*, 13 juillet 2009.

53 Commission européenne, *Competition: Commission has carried out inspections in the EU gas sector in five Member States*, MEMO/06/205, 17 mai 2006.

54 U. Scholz et S. Purps, "The application of EC competition law in the energy sector", *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, n° 1, 2010, p. 37-51.

effectué par exemple par EDF (17 mars et 11 août 2010 ; voir cette chronique, revue *Concurrences*, n°s 2 et 4-2010), est d'autant plus à relever que les cas E.On et RWE furent les deux premiers cas pour lesquels des engagements structurels furent proposés et acceptés, pour mettre un terme à une procédure engagée sur la base de l'article 102<sup>55</sup>.

La décision de la Commission dans l'affaire ENI permet donc de s'attacher à l'analyse des pratiques incriminées (II), avant d'évaluer les engagements acceptés par la Commission à l'aune de leurs caractères nécessaires et proportionnés (III).

## II. Les pratiques incriminées

Il s'agit successivement de s'attacher aux préoccupations concernant la concurrence exprimées par la Commission dans le cas d'espèce et de les discuter dans le contexte plus général du fonctionnement de la concurrence sur les marchés européens du gaz et de l'électricité, caractérisés par la puissance de marché d'opérateurs historiques intégrés verticalement.

À l'instar des procédures lancées contre RWE en mai 2006, E.On en décembre 2006, EDF et Electrabel en juillet 2007, la procédure lancée en mai 2006 contre ENI le fut parallèlement à la réalisation de l'enquête sectorielle menée par les services de la Commission de 2005 à 2007. Une procédure formelle fut ouverte le 20 avril 2007, et la Commission communiqua le 6 mars 2009 ses griefs au groupe italien, à propos desquels il fit part de son désaccord le 1<sup>er</sup> octobre 2009. Il n'en décida pas moins d'accepter une procédure d'engagements, en faisant le 4 février 2010 une première proposition qui fut amendée le 8 juillet<sup>56</sup>.

La Commission faisait grief à ENI d'avoir mis en œuvre un ensemble de pratiques visant à mettre à profit son contrôle des capacités de transport pour évincer ses concurrents du marché du transport de gaz vers l'Italie et du marché aval de la fourniture de gaz. De telles pratiques, susceptibles d'être sanctionnées sur la base de l'article 102 TFUE, passaient, selon la Commission, par des décisions d'exploitation et de gestion des capacités de transport du gaz vers l'Italie ayant pour effet d'entraver l'accès des tiers et, ce faisant, de verrouiller le marché italien. Un tel abus de position dominante passait par trois stratégies. La première était une stratégie d'accumulation de capacités (*capacity hoarding*), conduisant à empêcher l'accès des tiers à ces dernières ; la deuxième, une stratégie de dégradation des conditions d'accès aux capacités, passant par l'établissement de conditions d'accès discriminatoires ; la troisième, enfin, résidait dans une limitation volontaire des capacités disponibles, passant par un sous-investissement stratégique.

De telles stratégies reposent sur la position de force sur le marché gazier italien que détient l'opérateur historique. Non seulement ce dernier détient des capacités de production

propres (en Italie et en Lybie), des contrats d'achats à long terme avec d'autres producteurs, mais il exploite – en partenariat avec des groupes étrangers – l'intégralité des capacités d'importation de gaz naturel sur le marché italien, qu'il s'agisse de gazoducs ou du terminal portuaire GNL de Panigaglia. Non seulement ENI exerce un contrôle sur les infrastructures nécessaires à ses concurrents pour importer du gaz sur le marché italien, mais il détient en outre des droits de transport particulièrement élevés sur ces derniers et a réservé, à long terme, un volume significatif des capacités disponibles (§ 18). ENI exerce, selon la Commission, une influence déterminante sur la gestion au jour le jour des infrastructures, sur les décisions d'affectation des capacités à court et à long terme, mais aussi sur les décisions d'extension de ces dernières. Or, celles-ci sont indispensables aux concurrents d'ENI pour accéder au marché italien de la distribution de gaz (§ 32), dans la mesure où aucun fournisseur n'a la capacité ni les incitations idoines pour développer des infrastructures alternatives.

Les griefs de la Commission s'articulent donc autour de la théorie des infrastructures essentielles ("facilités essentielles"). En effet, la Commission souligne qu'une entreprise dominante utilisant ce type d'infrastructure pour accéder au marché et refusant dans le même temps son accès à ses concurrents (actuels ou potentiels), ou le leur accordant dans des conditions discriminatoires par rapport à celles de ses propres activités aval peut être sanctionnée sur la base de l'article 102 TFUE<sup>57</sup>. La jurisprudence européenne a dégagé trois conditions cumulatives pour qu'un refus d'accès à une telle infrastructure constitue un abus de position dominante.

Il faut tout d'abord que le refus porte sur un produit ou service indispensable à l'exercice d'une activité sur un marché aval. Il est ensuite nécessaire de montrer que ce refus est de nature à éliminer ou à empêcher une concurrence effective sur le marché considéré. Enfin, il est requis de la Commission qu'elle montre que ce refus ne repose pas sur des bases objectives.

Il est à relever que, dans ses orientations de février 2009 relatives à l'application de l'article 102 aux stratégies d'éviction mises en œuvre par les opérateurs dominants, la Commission avait relevé que d'éventuelles obligations d'accès prononcées sur la base de la théorie des infrastructures essentielles devaient être conditionnées à la réalisation d'un équilibre des incitations, pour tenir compte des effets sur les incitations à investir tant de l'opérateur dominant que des entrants potentiels. Cependant, il est supposé qu'une obligation d'accès ne jouera pas défavorablement sur ces incitations à investir, dès lors que "*l'entreprise dominante a acquis sa position sur le marché amont grâce à des droits spéciaux ou exclusifs ou à un financement au moyen de ressources d'Etat*"<sup>58</sup>.

Dans le cas d'espèce, la Commission a effectivement considéré que l'accès aux capacités de transport était objectivement nécessaire aux concurrents d'ENI pour exercer leur activité sur le marché aval, que leur reproduction est impossible ou déraisonnablement difficile pour des raisons techniques, juridiques ou économiques, et enfin que les refus d'accès en question peuvent être de nature à conduire à leur exclusion.

55 O. Koch *et al.*, "The RWE gas foreclosure case: Another energy network divestiture to address foreclosure concerns", *Competition Policy Newsletter*, n° 2, 2009, p. 32-34.

56 Notons que le recours à la procédure d'engagements n'implique pas de reconnaissance de culpabilité. Ainsi, comme ENI, EDF a décidé d'accepter une telle procédure après avoir refusé d'admettre les griefs (faute de contestation). N. Bessot *et al.*, "The EDF long term contracts case: Addressing foreclosure for the long term benefit of industrial customers", *Competition Policy Newsletter*, n° 2, 2010.

57 Commission européenne, aff. IV-34689, *Sea Containers/Stena Sealink*, 21 déc. 1993.

58 Commission européenne, "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", communication 2009/C45/02, *JOUE*, C45/7-20, 24 févr. 2009, § 82.

Cette stratégie d'exclusion passe donc, selon la Commission, par trois types de pratiques. La première correspond donc à une stratégie de préemption des capacités disponibles. Conformément au "modèle" de comportement anticoncurrentiel fondé sur l'intégration verticale mis en exergue dans l'enquête sectorielle, celle-ci se traduit par un ensemble de comportements se déclinant du refus d'accès pur et simple (§ 46) à la sous-évaluation des capacités disponibles (§ 48), en passant par le maintien d'un niveau de performance volontairement faible en matière de gestion des capacités disponibles (§ 47). Il s'agit dans tous les cas de dissuader les concurrents de demander un accès au réseau pourtant obligatoire dans le cadre des directives européennes et indispensable pour exercer une activité de fournisseur sur le marché italien.

De la même façon, la Commission fait grief à ENI d'avoir acquis d'importants droits d'usage sur les capacités en question, sur la base de contrats de long terme, et de limiter au travers de telles stratégies de préemption les capacités disponibles pour ses concurrents (§ 49). Il est clair que l'existence de capacités de transport de l'énergie conditionne les capacités d'entrée des concurrents sur le marché. À ce titre, la Commission considère avec une extrême méfiance la réservation de capacités sur le long terme par les opérateurs dominants. Cependant, à côté du caractère potentiellement verrouillant de ces contrats, il convient de mettre en exergue leur caractère favorable en termes de bien-être du consommateur, notamment au regard de la sécurité d'approvisionnement. À ce titre, une analyse au cas par cas des effets de ces clauses apparaît indispensable. La Commission fait donc face à une difficile conciliation entre efficacité concurrentielle et objectifs à long terme, liés aux incitations à l'investissement<sup>59</sup>.

À côté des stratégies de préemption de capacités au profit de l'opérateur dominant, des stratégies de dégradation des capacités au détriment des concurrents furent mises en œuvre. Il s'agit en d'autres termes de pratiques de marché relevant d'une *impediment competition*, c'est-à-dire ne faisant pas sens économiquement pour l'entreprise les mettant en œuvre, en dehors de la dégradation des conditions d'accès au marché des firmes concurrentes<sup>60</sup>. Non seulement ENI propose des conditions d'accès aux infrastructures qui sont discriminatoires vis-à-vis de certaines firmes bénéficiant d'accords bilatéraux, mais elle engage également un ensemble de pratiques de marché visant à retarder la mise à disposition des capacités ou à proposer celles-ci dans des conditions sous-optimales pour les concurrents – en l'occurrence des contrats à court terme, interruptibles ou non fermes – voire en organisant des ventes distinctes et non coordonnées de capacités sur des segments de réseau pourtant complémentaires.

Le troisième ensemble de pratiques dont il est fait grief à ENI porte sur le sous-investissement stratégique dans les actifs de

réseau. Ce type d'incrimination modifie indubitablement le cadre habituel d'application de la théorie des infrastructures essentielles. Il est déjà vrai qu'à court terme, le propriétaire d'une infrastructure essentielle ne peut opposer un refus à une demande d'accès sur la base d'une utilisation de sa part de 100 % des capacités installées. Il doit prendre toutes les mesures nécessaires pour accéder à de telles demandes<sup>61</sup>. Cependant, à long terme, une telle approche pourrait conduire à des obligations de nouveaux investissements ne tenant pas seulement compte des besoins de l'entreprise concernée mais aussi de ceux de ses concurrents (§ 57).

L'argument reprend l'hypothèse du conflit d'intérêts inhérent à l'intégration verticale sur les marchés de l'énergie, qui induirait d'inexorables distorsions d'investissements de la part des groupes contrôlant les actifs de réseau. Il n'en demeure pas moins que cette idée constitue une forme d'extension de la déjà très controversée théorie des infrastructures essentielles<sup>62</sup>. Une entreprise détenant un tel actif pourrait-elle se voir reprocher de ne pas investir suffisamment pour faciliter l'entrée ou l'expansion de ses concurrents sur le marché aval<sup>63</sup> ?

Il est d'ailleurs à relever qu'ENI a été sanctionnée par l'autorité de concurrence italienne en 2006, sur la base d'un abus de position dominante, à la suite de la décision de l'une de ses filiales de ne pas accroître les capacités d'un gazoduc permettant d'importer du gaz depuis la Tunisie (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, déc. du 15 février 2006). L'intervention d'ENI aurait privé sa filiale de s'engager dans des transactions profitables. À ce titre, la stratégie de l'opérateur historique ne fait pas sens en dehors d'une logique d'*impediment competition*. La Commission semble donc tendre à considérer qu'une insuffisante prise en compte des besoins des concurrents dans les programmes d'investissements de l'opérateur de réseau constitue un outil de verrouillage du marché. La frontière entre les domaines respectifs de la concurrence et de la régulation sectorielle est remise en question dès lors qu'il s'agit d'agir sur les structures de marché ou de contrôler les choix d'investissements des opérateurs<sup>64</sup>. Une telle intervention concerne également la conciliation entre les exigences du droit de la concurrence et les droits fondamentaux des entreprises<sup>65</sup>, qui occupe également une large place quant à l'évaluation de la procédure d'engagements elle-même.

### III. La discussion des engagements

Une part croissante – sinon hégémonique – des procédures contentieuses engagées par la Commission dans le domaine énergétique sur la base de l'article 102 du Traité se conclut au travers d'engagements. En matière de contentieux liés à

59 J.-M. Glachant et A. Hauteclouque, "Long-term energy supply contracts in European competition policy: Fuzzy not crazy", *Robert Schuman Centre for Advanced Studies – Loyola de Palacio Chair Working Paper Series*, n° 2009-06, European University Institute, Florence, 2009.

60 N. Giocoli, "Competition vs property rights: American antitrust law, the Freiburg school and the early years of European competition policy", *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 5, n° 4, 2009, p. 747-786.

61 La Commission souligne qu'"un propriétaire dominant d'une installation essentielle est tenu de prendre toutes les mesures possibles pour lever les contraintes imposées par l'absence de capacités et d'organiser son activité de manière à libérer un volume maximal de capacités sur cette installation essentielle" (§ 56). Voir Commission européenne, déc. 98/190/CE, *Frankfurt Airport*, 1998 et déc. 94/119/CE, *port de Rodby*.

62 U. Scholz et S. Purps, *op. cit.*

63 R. Whish, *Competition Law*, 6<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, 2008, p. 697.

64 A. Perrot, "Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence", *Revue française d'économie*, vol. 16, n° 4, 2002, p. 81-112.

65 U. Scholz et S. Purps, *op. cit.*

une forclusion des marchés passant par des contrats à long terme, le cas de Distrigaz fournit un exemple. Distrigaz était accusée par la Commission d'avoir verrouillé le marché de la distribution du gaz en Belgique par la conclusion de contrats à long terme. Pour mettre fin à la procédure, la compagnie gazière belge s'engagea, en octobre 2007, à limiter volontairement ses capacités à conclure de tels contrats (Commission européenne, décision du 11 octobre 2007, *Distrigaz*, cas COMP/37.966). Le recours à la procédure d'engagements sur la base de l'article 9 du règlement n° 1/2003 ne se limita pas aux questions liées aux contrats à long terme, mais porta sur l'une des dimensions centrales de l'enquête sectorielle, en l'occurrence la question du contrôle des actifs de transport et des pratiques anticoncurrentielles qui en découlent de façon quasiment inhérente pour la Commission.

À ce titre, les cas E.On, RWE et GDF Suez sont particulièrement intéressants tant sur la question des pratiques incriminées – en relation avec l'affaire ENI – que sur celle des mesures correctives qui ont été finalement prononcées.

La décision relative à E.On, le 26 novembre 2008, a constitué une double nouveauté<sup>66</sup>. Il s'agissait non seulement de la première affaire s'étant traduite par des cessions d'actifs dans le secteur énergétique, mais aussi de la première décision rendant obligatoires des engagements proposés sur une base volontaire par l'entreprise elle-même, sur la base de l'article 9 du règlement n° 1/2003. Deux ensembles de pratiques étaient reprochées à E.On. Le premier portait sur les marchés de gros de l'électricité. Cela concernait des manipulations de prix passant par des retraits stratégiques de capacités et diverses stratégies visant à limiter les investissements des concurrents dans le domaine de la production en leur proposant des contrats à long terme ou des parts dans des projets de nouvelles capacités<sup>67</sup>. Le deuxième ensemble de pratiques anticoncurrentielles portait sur le marché de l'équilibre. E.On aurait été favorisé par le gestionnaire du réseau de transport, en l'occurrence sa propre filiale.

Pour échapper à une décision sur le fond pouvant aboutir au constat d'une infraction à l'article 102 et donner lieu à une amende, E.On proposa en février 2008 un certain nombre d'engagements tenant à la cession d'actifs de production (quelque 5 000 MW, soit 20 % de ses actifs de production en Allemagne), mais aussi et surtout à la cession de son réseau de transport. Ainsi, pour la première fois, la séparation patrimoniale pour laquelle la Commission plaidait vainement était réalisée dans le cadre d'une procédure contentieuse, conclue sur la base d'engagements volontaires.

Un même type de remède fut appliqué pour le second énergéticien allemand, RWE<sup>68</sup>. Dans le cas d'espèce, la Commission accepta les engagements proposés le 18 mars 2009. Ses griefs reposaient sur des stratégies d'éviction mises en œuvre au détriment des concurrents devant accéder au

réseau, se traduisant par des refus d'accès à l'infrastructure essentielle et des pratiques de compression des marges. La Commission considérait que RWE avait volontairement créé des goulets d'étranglement dans l'accès des concurrents au réseau de gaz – au moyen de réservations excessives pour son compte propre, de mesures techniques et de gestion visant à réduire les capacités disponibles ou encore de refus d'accès non justifiés objectivement.

À l'instar d'E.On, RWE s'engagea dans une procédure négociée. Il proposa de céder ses actifs à un tiers ne posant pas *a priori* de problèmes de concurrence. Après la réalisation d'un test de marché et la discussion des propositions, la Commission rendit les engagements obligatoires dans une décision d'après laquelle la cession se fera sous la supervision d'un mandataire indépendant et l'identité du repreneur devra faire l'objet d'une approbation préalable.

De façon moins spectaculaire, la même logique a été également à l'œuvre dans le règlement de la procédure ouverte à l'encontre de GDF Suez. La Commission a accepté, le 3 décembre 2009 (voir *Concurrences*, n° 1-2010, cette chronique, p. 112, obs. A.-L. Sibony), les engagements qu'a proposés GDF Suez pour mettre fin à la procédure entamée sur la base d'un verrouillage du marché gazier français. À l'instar du cas ENI, les manœuvres anticoncurrentielles alléguées tenaient à des limitations volontaires d'investissements (dans le développement de terminaux portuaires LNG) et dans des stratégies de préemption de capacités d'importation au moyen de contrats de réservation à long terme (stratégies de *capacity hoarding*). Si les mesures correctives ne prirent pas, dans le cas d'espèce, la forme de cessions d'actifs de transport, GDF s'engagea à réduire radicalement ses réservations de capacités<sup>69</sup>. Une même logique de réduction des engagements à long terme a également occupé une place centrale dans les engagements proposés par EDF et rendus obligatoires par la décision de la Commission du 17 mars 2010.

C'est dans ce contexte qu'ENI s'engagea dans une procédure négociée, malgré sa récusation des griefs formulés à son encontre (§ 63). L'opérateur historique transalpin proposa de se défaire de ses parts dans les gazoducs internationaux exploités dans le cadre d'entreprises communes à des investisseurs agréés par la Commission. Il proposa également de céder ses participations dans les gestionnaires de réseaux. Ces différentes cessions devraient être par ailleurs réalisées sous l'égide d'un mandataire indépendant et ne pas être conditionnées à un prix de cession minimal. En outre, ENI s'engage à fournir au repreneur tous les services auxiliaires et à transférer les personnels nécessaires pour garantir l'exploitation des infrastructures de transport cédées (§ 71).

La Commission a accueilli favorablement les engagements d'ENI, les considérant comme proportionnés au problème de concurrence identifié et adéquats dans la mesure où il n'existe pas, à son sens, de mesures correctives alternatives, de nature comportementale, susceptibles de répondre de façon aussi efficace et moins contraignante aux problèmes de concurrence concernés (§ 90). La préférence de la Commission pour les remèdes structurels est donc réaffirmée sur la base de la difficulté – sinon de l'impossibilité – pour une autorité en

66 P. Chauve *et al.*, "The E.On electricity cases: An antitrust decision with structural remedies", *Competition Policy Newsletter*, n° 1, 2009, p. 51-54.

67 Rappelons que la Commission a considéré qu'E.On, dans le cas d'espèce, était susceptible d'abuser individuellement d'une position dominante collective détenue avec RWE.

68 O. Koch, *op. cit.*

69 U. Scholz et S. Purps, *op. cit.*

charge de l'application des règles de concurrence de s'assurer – au jour le jour – que la gestion du réseau de transport se fait de façon équitable et ne sert pas de levier pour la mise en œuvre de stratégies d'éviction anticoncurrentielle au détriment des concurrents du groupe verticalement intégré. Les réticences de la Commission à l'égard des mesures correctives de nature comportementale la conduisent donc, dans l'évaluation des propositions d'engagements dans chaque cas individuel, à accueillir très favorablement les solutions conduisant à une séparation patrimoniale identique à celle préconisée dans ses projets initiaux pour le troisième paquet de directives<sup>70</sup>. Enfin, à l'instar de la décision relative à GDF Suez, ENI doit s'engager à réduire ses réservations à long terme de capacités sur les gazoducs permettant d'importer du gaz sur le marché italien.

L'observation de telles procédures d'engagements se traduisant par des cessions volontaires d'actifs pourtant *a priori* stratégiques et rémunérateurs pour les groupes de l'énergie pose deux types de questions. Un premier a trait à l'indépendance de ces remèdes structurels par rapport aux projets initiaux de la Commission relativement au troisième paquet de directives électriques et gazières. Le second porte sur la compatibilité de telles mesures correctives avec les droits fondamentaux des opérateurs économiques, notamment en matière de proportionnalité de ces dernières.

Bien que la plupart des enquêtes qui donnent lieu depuis maintenant deux ans à des règlements au travers de procédures négociées aient été lancées parallèlement à l'enquête sectorielle, la Commission a, à plusieurs reprises, affirmé l'absence de lien direct entre les deux. Elle se défend, de la même façon, de pousser les entreprises faisant l'objet d'enquêtes sur la base d'une violation de l'article 102 à proposer des remèdes structurels qu'elle n'a pu obtenir du Conseil et du Parlement européens<sup>71</sup>. En outre, la Commission argue du fait que le compromis réalisé au printemps 2009 n'invalide en rien le fait que la séparation patrimoniale puisse s'avérer la meilleure réponse à apporter dans le cadre de décisions relatives aux pratiques mises en œuvre par une entreprise donnée. Quoi qu'il en soit, la position sans cesse réaffirmée par la Commission selon laquelle le conflit d'intérêts est inhérent aux structures verticalement intégrées, les réticences réitérées à l'égard des mesures correctives de nature comportementale ainsi que les précédents désormais assez significatifs tant en nombre qu'en importance indiquent indubitablement aux entreprises faisant l'objet de poursuites que des propositions d'engagements seront d'autant plus favorablement accueillies qu'elles reposeront sur de telles mesures structurelles.

Les mesures correctives qui peuvent être prononcées dans le cadre d'une procédure contentieuse doivent satisfaire

<sup>70</sup> Notons que la Commission européenne, dans sa décision, statue sur le fait que le transfert des actifs de transport du gaz à la Caisse des Dépôts italienne ne pose guère de problèmes de concurrence dans la mesure où celle-ci jouit d'une indépendance de gestion pour ses activités du domaine "concurrentiel", quand bien même celle-ci est, comme ENI, propriété de la République italienne (§ 103). De la même façon, l'absence d'expérience de cette dernière dans le domaine de la gestion des réseaux de transport de gaz ne pose pas de problèmes aux yeux de la Commission (§ 109). Il convient en tout état de cause de considérer que la cession du gestionnaire de transport à un autre groupe intervenant dans la fourniture de gaz ne ferait que déplacer le problème et qu'une éventuelle prise de contrôle par une entité contrôlant d'autres réseaux de transports dans l'espace européen risquerait de poser des problèmes concurrentiels d'une autre nature.

<sup>71</sup> O. Koch, *op. cit.*

à des exigences d'adéquation et de proportionnalité avec la préoccupation de concurrence exprimée par la Commission<sup>72</sup>, mais aussi d'absence de remède ayant des effets équivalents et pouvant s'avérer moins contraignant. Dans le cas d'E.On, les cessions d'actifs proposées par l'entreprise allemande, qui avaient alors une ampleur inédite, étaient justifiés aux yeux de la Commission par le fait qu'une mesure structurelle permettait seule de supprimer les risques relatifs aux manipulations anticoncurrentielles du marché de l'équilibrage par le gestionnaire du réseau de transport. En effet, la seule alternative serait un contrôle des opérations au jour le jour, lequel s'avérerait bien plus coûteux, sinon impossible à mettre en œuvre<sup>73</sup>. Ce faisant, l'argument sur l'inefficacité voire l'inefficacité intrinsèque des règles imposées en matière de séparation fonctionnelle, qui occupait une place centrale dans les propositions de la Commission après l'enquête sectorielle de 2007, se retrouve exactement en matière d'appréciation des propositions d'engagements<sup>74</sup>.

Le raisonnement suivi pour E.On fut également appliqué pour RWE. La cession du réseau de transport apparaît à la Commission comme le moyen le plus approprié pour régler les problèmes de risques d'éviction anticoncurrentielle, le moyen le moins contraignant pour parvenir à ce résultat (du fait des difficultés du contrôle du respect des engagements comportementaux au jour le jour) et enfin un remède proportionné à l'objectif assigné.

Cependant, l'évaluation de la proportionnalité des mesures correctives présente quelques spécificités, dès lors qu'il ne s'agit pas d'une décision sur le fond en application de l'article 7 du règlement n° 1/2003 mais d'une procédure négociée. En effet, la Commission souligne dans sa décision relative à ENI qu'il ne s'agit pas, en l'occurrence, de remèdes imposés à une entreprise à titre de sanction, mais de mesures correctives "*volontairement proposé[e]s par l'entreprise cherchant à mettre fin à la procédure sans adoption d'une décision reconnaissant formellement l'existence d'une infraction*" (§ 85). Conformément à l'arrêt *Alrosa*<sup>75</sup>, elle dispose d'une marge de discrétion pour évaluer l'adéquation et la proportionnalité des engagements. Cependant, le contrôle de proportionnalité se limite dans le cas d'espèce à la vérification de la capacité des engagements proposés à répondre aux préoccupations de concurrence et au fait que l'entreprise concernée n'ait pas proposé d'engagements d'une nature moins contraignante. Par voie de conséquence, la Commission n'est pas tenue à rechercher elle-même l'existence d'une telle alternative. L'évaluation se limite aux propositions faites par l'entreprise elle-même.

En d'autres termes, il n'est nullement requis qu'elle compare les propositions de l'entreprise avec les mesures correctives qu'elle aurait été susceptible de décider dans le cadre d'une éventuelle décision sur le fond. En d'autres termes, le

<sup>72</sup> TPICE, 19 juin 1997, *Air Inter/Commission*, T-260/94, Rec. p. II-997, pt 144 ; TPICE, 23 octobre 2003, *Van den Bergh Foods/Commission*, T-65/98, Rec. p. II-4653, pt 201 et suiv.

<sup>73</sup> P. Chauve *et al.*, *op. cit.*

<sup>74</sup> N. Kroes, "More competitive energy markets: Building on the findings of the sector inquiry to shape the right policy solutions", *European Energy Institute*, Bruxelles, 19 sept. 2007, SPEECH /07/ 547.

<sup>75</sup> CJUE, 29 juin 2010, *Commission/Alrosa*, C-441/07 P, non encore publié au Recueil.

contrôle de proportionnalité est des plus spécifiques dans le domaine des procédures négociées. Les engagements pris par l'entreprise peuvent donc aller bien au-delà de ce qui serait nécessaire pour répondre aux préoccupations de concurrence de la Commission, ce qui peut faire craindre un phénomène d'*overfixing* imputable, en l'occurrence, à la firme elle-même<sup>76</sup>.

Ce faisant, il est possible que dans une situation d'information incomplète et imparfaite, une entreprise, craignant d'être sanctionnée à tort, puisse être conduite, connaissant la position de la Commission en matière de mesures correctives de nature structurelle, à proposer de tels engagements même si elle considère qu'elle n'a pas mis en œuvre de pratiques contraires à l'article 102, de façon à ne pas s'exposer à une sanction élevée<sup>77</sup>. Se posent en filigrane des questions relatives au contrôle juridictionnel des décisions rendant des engagements volontaires obligatoires et de la proportionnalité de ces derniers.

F. M. ■

## 2. FRANCE

**ÉVICTION ANTICONCURRENTIELLE – DISCRIMINATION : La Cour d'appel de Paris rejette un recours formé contre une décision de l'Autorité de la concurrence ayant conduit à rejeter une saisine pour des stratégies d'éviction alléguées sur le marché de la valorisation électrique du biogaz** (CA Paris, ch. 5-7, 2 décembre 2010, *Euro Power Technology ; contre Aut. conc., déc. n° 10-D-14 du 16 avril 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz*)

La société Euro Power Technology exerce son activité dans la distribution de micro-turbines et de moteurs à gaz et dans le développement de projets de petites unités de production électrique exploitant le biogaz. Ce dernier, extractible dans les décharges, est destiné à être revendu sous forme d'électricité à EDF, sur lequel pèse une obligation d'achat dont les termes sont particulièrement favorables à ses fournisseurs. Parallèlement à des conflits de nature commerciale, Euro Power Technology avait saisi le Conseil de la concurrence le 17 juin 2008 pour des pratiques mises en œuvre par EDF et certaines de ses filiales. Celles-ci auraient pour objet de l'évincer du marché de la valorisation électrique du biogaz. Elle avait, dans le même temps, demandé le prononcé de mesures conservatoires. Le 16 avril 2010, l'Autorité, statuant sur le fond, rejeta sa saisine, faute d'élément probant. Elle rejeta également par la même décision sa demande de mesures conservatoires (*Concurrences*, n° 3-2010, cette chronique).

<sup>76</sup> J. Farrell, "Negotiation and merger remedies: Some problems", dans F. Lévêque et H. Shelanski (dir.), *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, Edward Elgar, Cheltenham (U.K.), 2003, p. 95-105.

<sup>77</sup> O. Sautel, *La pertinence d'une procédure d'engagement en matière de contentieux : Une analyse économique et son application au cas de l'iPhone*, Journées de droit économique – CREDECO/GREDEG, "Les procédures négociées en droit de la concurrence", Sophia-Antipolis, juin 2010. À paraître dans les *Dossiers de la Revue internationale de droit économique*.

Euro Power Technology introduisit un appel contre cette décision. Ses différents moyens furent tous, *in fine*, rejetés par la Cour, faute, à nouveau, d'élément probant. Parmi ces différents moyens, relevons quelques dimensions intéressantes, bien que sans réelles surprises.

Un premier point tient à la question des mesures conservatoires. La Cour souligne que l'Autorité a eu raison de statuer dans une seule et unique décision sur la saisine elle-même et sur la demande de mesures conservatoires. Elle confirme qu'une demande de mesures conservatoires est nécessairement un accessoire d'une saisine au fond. Le rejet de cette dernière a donc mécaniquement pour effet d'entraîner celui de la première citée, sans qu'il ne soit nécessaire de l'examiner au fond.

Un deuxième point tient dans la définition des marchés pertinents. Euro Power Technology soutient que l'Autorité a commis une erreur dans la définition du marché pertinent en n'établissant pas de distinction à partir des technologies de valorisation électrique du biogaz (micro-turbines et moteurs). L'enjeu tenait au fait que, dans une définition restrictive, Verdesis, la filiale d'EDF visée, aurait détenu une forte position dominante. La Cour rappelle que la définition des marchés pertinents en droit de la concurrence se fait en fonction de la substituabilité des produits pour les consommateurs et non en fonction des différentes technologies de production disponibles pour fournir ceux-ci.

Enfin, un troisième point est relatif aux conditions dans lesquelles les opérateurs historiques peuvent mener leurs stratégies de diversification. La Cour précise à nouveau qu'un opérateur historique ne doit pas interdire, par les règles de concurrence, des diversifications sur des marchés aval ou connexes, notamment par l'intermédiaire de filiales, du moment que les services dont ces dernières bénéficieraient de sa part font l'objet d'une juste rémunération reflétant la réalité des coûts, conforme aux pratiques standard du marché et n'introduisant pas de ce fait de distorsions de concurrence au travers de subventions croisées (voir l'avis 94-A-15 du 10 mai 1994 du Conseil de la concurrence sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence).

Au final, la Cour d'appel rejette l'ensemble des moyens d'Euro Power Technology (également les accusations de dénigrement, d'appui indu sur l'appartenance au groupe EDF, de pressions sur des fabricants de turbines pour qu'ils accordent des remises discriminatoires à la filiale d'EDF ou de manœuvres envers certaines collectivités territoriales pour qu'elles privilégient des marchés de gré à gré au détriment supposé du nouvel entrant, déjà évoqués dans cette chronique).

F. M. ■

**FORCLUSION – DISCRIMINATIONS – CLAUSES D’EXCLUSIVITÉ : L’Autorité de la concurrence publie un avis révélant son analyse du fonctionnement du marché de la publicité en ligne et la Commission européenne ouvre des enquêtes approfondies sur les pratiques de marché de Google** (Aut. conc., avis n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 sur le fonctionnement concurrentiel de la publicité en ligne; Comm. eur., communiqué IP/10/1624 du 30 novembre 2010)

Le 30 novembre 2011, la Commission européenne annonça l’ouverture d’une série d’investigations relatives aux comportements de marché de Google (COMP C-3/39.740, COMP C-3/39.775 et COMP C-3/39.768). Ces procédures portent sur la possibilité de mise en œuvre, de la part de l’entreprise dominante sur le marché des moteurs de recherche, d’un ensemble de pratiques de marché abusives. Celles-ci peuvent par exemple conduire à un traitement inéquitable des fournisseurs concurrents de services de recherche en ligne de nature verticale (c’est-à-dire de comparateurs de prix) tant dans les résultats naturels de recherches que dans les résultats de recherches en matière de liens commerciaux. Google surélèverait, dans le même temps, la position de ses propres services, dans ces mêmes résultats de recherches. Par ailleurs, la Commission se préoccupe des effets concurrentiels des clauses d’exclusivité introduites par Google vis-à-vis de ses clients, sur le marché de la publicité. Elle s’inquiète également des éventuelles restrictions techniques en matière de portabilité des campagnes commerciales vers d’autres plateformes commerciales. Google empêcherait que de mêmes formats de publicité soient utilisés sur sa plateforme et sur les plateformes concurrentes, et aurait exercé des pressions sur des constructeurs de PC et des développeurs de logiciels pour entraver le développement d’outils permettant de tels transferts. En d’autres termes, Google aurait volontairement entravé l’interopérabilité en matière de transferts des campagnes publicitaires avec les opérateurs concurrents.

Ainsi, la Commission suspecte de la part de Google la mise en œuvre d’un ensemble de pratiques de marché potentiellement constitutives d’abus de position dominante, passant par des discriminations à l’encontre des concurrents, le recours à des clauses d’exclusivité de nature à verrouiller le marché de la publicité en ligne et enfin des pratiques visant à restreindre les possibilités techniques de développement des mêmes campagnes publicitaires pour sa plateforme et les plateformes concurrentes.

Dans un tel contexte, l’avis rendu quinze jours plus tard par l’Autorité de la concurrence revêt une dimension bien spécifique. Malgré son intitulé, il peut être lu comme une analyse du pouvoir de marché de Google et comme une première évaluation de ses pratiques de marché. Ce faisant, l’avis peut être interprété comme annonçant la position de l’Autorité pour d’éventuelles procédures contentieuses futures. À ce titre, une telle démarche n’est pas sans faire écho à l’avis 10-A-13 du 14 juin 2010, certes relatif à une question différente, celle de l’utilisation croisée des bases de clientèle, mais néanmoins fort instructif quant à l’évaluation concurrentielle des offres de convergences numériques

par l’Autorité et à la responsabilité particulière de France Télécom, l’opérateur dominant sur le marché considéré...

L’avis 10-A-29 présente donc un double intérêt. Le premier intérêt porte sur l’analyse du marché de la publicité en ligne et sur l’évaluation du comportement de marché de Google. Le second est relatif à la feuille de route qu’établit l’Autorité au travers de cette analyse. Cet avis lui permet en effet de tracer une ligne de partage entre les domaines de la concurrence, les domaines de la régulation sectorielle et les domaines législatifs, d’annoncer les modalités de son suivi des pratiques de marché de Google, mais aussi, de façon bien plus surprenante, d’obtenir des engagements de la part de l’opérateur dominant.

---

**I. Une analyse du marché de la publicité en ligne et une évaluation de la compatibilité des pratiques de Google avec les règles de concurrence**

---

La première décennie de ce siècle a donné lieu à un nouveau passage de témoin en termes de dominance, dans le domaine de l’informatique au sens large. Si les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix avaient marqué le remplacement d’IBM par Microsoft en tête de l’agenda des autorités en charge de l’application du droit de la concurrence, il apparaît indubitablement que ces dernières années ont vu la montée en puissance des préoccupations relatives à la puissance de marché de Google et à la stratégie menée par ce dernier. La turbulence technologique des marchés considérés étant ce qu’elle est, l’attention semble déjà se porter sur les risques concurrentiels liés à la place des réseaux sociaux, au premier rang desquels figure Facebook.

Cependant, comme le relève l’Autorité dans son avis, ce dernier ne constitue pas encore un concurrent significatif pour Google sur le marché de la publicité en ligne. Au contraire, il est craint que Google ne se livre à des pratiques commerciales ayant pour effet le verrouillage de son marché et la mise en œuvre de stratégies de levier pour étendre sa dominance à des marchés situés en aval ou étant connexes. Tirant profit de sa puissance de marché vis-à-vis de ses partenaires commerciaux, il mettrait en œuvre à leur encontre des agissements opaques et arbitraires.

L’Autorité définit le marché de la publicité en ligne comme un marché autonome. Elle distingue également, au sein de ce dernier, deux marchés spécifiques. Le premier est celui de la publicité reposant sur un affichage sur une page Internet donnée (*display*). Le second est celui de la publicité liée aux recherches (*search*). Ces deux marchés présentent de fortes spécificités. L’objectif d’une campagne fondée sur le *display* tient principalement à l’accroissement de la notoriété. Celle d’une campagne de publicité liée aux recherches est plus orientée vers un objectif de *performance*, c’est-à-dire d’achat. En d’autres termes, cette seconde forme de publicité est située plus en aval dans le *tunnel décisionnel* menant à l’acte d’achat (§ 156). Il s’ensuit des modèles économiques forts différents. Alors que les campagnes du premier type font l’objet d’une facturation en fonction du nombre d’*impressions* (sur écran), celles qui sont axées sur le *search* sont facturées au nombre de clics. Cependant, la publicité liée aux recherches est d’autant plus attractive pour les annonceurs du marché que le coût d’accès financier des campagnes est bien moins élevé que les

campagnes de type *display*. En effet, les coûts de réalisation des campagnes sont extrêmement faibles et il n'existe pas de montant minimal d'achat (§ 159).

La publicité liée aux recherches constitue donc à elle seule un marché pertinent (§ 188), et ce, d'autant plus que les solutions alternatives n'occupent pas une place comparable sur le marché. Il en est par exemple ainsi de la publicité contextuelle (le *retargeting*). Il s'agit de publicités liées aux pages précédemment consultées, qui sont susceptibles de s'afficher sur de nouvelles pages que viendrait consulter l'internaute concerné. Si ce type de publicité se fonde également sur un centre d'intérêt effectif, il n'en demeure pas moins qu'il ne s'agit plus obligatoirement d'un besoin immédiat matérialisé par une recherche active (§ 163). Si ces publicités peuvent éventuellement "rattraper" un consommateur qui n'aurait pas immédiatement réalisé son achat, elles ne permettent pas pour autant d'identifier de nouveaux besoins et de présenter le produit à de nouveaux clients (§ 172). Le marché de la publicité liée au *search* constitue donc un marché pertinent au sens du droit de la concurrence et un marché déterminant pour l'économie du secteur.

L'Autorité souligne par ailleurs les difficultés rencontrées dans le cas d'espèce pour définir les limites du marché pertinent considéré. Il est par exemple impossible d'utiliser sur ce type de marché le test du monopoleur hypothétique (le test SSNIP, *small but significant non transitory increase in price*). L'Autorité est donc contrainte de procéder par itérations, du produit concerné vers ses substituts les plus proches. Cette démarche présente l'avantage de ne pas se laisser contraindre par des notions de substituabilité stricte. Elle est cependant particulièrement difficile à mettre en œuvre dès lors que les prix sont flous. Cela est particulièrement le cas dans le marché de la publicité en ligne fondé sur la recherche. En effet, non seulement les prix sont définis au travers de procédures d'enchères qui sont caractérisées, comme nous le verrons, par une certaine opacité, mais ce marché est de plus un marché biface<sup>78</sup>, avec la coexistence d'un versant gratuit pour les internautes utilisant le moteur de recherche et d'un versant payant pour les annonceurs, le degré de performance de l'un jouant sur l'autre (§ 179).

Ces difficultés relevées, l'Autorité conclut à l'existence d'une position dominante sur le marché de la publicité liée aux recherches sur Internet (§ 228). Un ensemble de traits saillants de ce marché confortent cette évaluation. Google jouit d'une part de marché particulièrement élevée (plus de 90 %), affiche une profitabilité appréciable (son revenu d'exploitation avant impôts dépasse 35 % de son chiffre d'affaires) et ses prix sont durablement et significativement supérieurs à ceux pratiqués par ses concurrents. En outre, le fonctionnement de ce marché facilite potentiellement l'exercice par Google de son pouvoir de marché.

En matière de liens commerciaux<sup>79</sup>, les mots clés font l'objet d'une procédure d'enchères (§ 61). AdWords est

en l'occurrence le service de vente d'espaces publicitaires de Google permettant d'associer les annonces à des mots clés. Conformément aux prescriptions de la littérature économique, la procédure d'enchères développée par Google repose sur un mécanisme d'enchères à la Vickrey, c'est-à-dire au second prix<sup>80</sup>. Ce faisant, *a priori*, le fonctionnement même des enchères rend difficile l'exercice d'un pouvoir de marché (§ 235). Google ne peut en effet jouer sur le volume des requêtes pour les différents mots clés. Il n'en demeure pas moins que la façon dont les enchères sont mises en œuvre pose quelques questions en termes de concurrence. Celles-ci portent notamment sur l'opacité de la procédure suivie, mais aussi sur les doutes relatifs aux modalités de classement des résultats de recherche.

Il apparaît en effet, au vu du questionnaire sur lequel l'Autorité a basé son avis, que les prix pratiqués par Google sont très proches de la capacité maximale à payer des annonceurs (§ 238). Les pressions à la hausse des prix pourraient être accrues par la mise aux enchères des mots clés, laquelle pourrait donner lieu à quelques risques de manipulations (§ 240). Celles-ci peuvent par exemple passer par la participation de Google lui-même ou de ses filiales aux enchères, contribuant à pousser les prix à la hausse de façon artificielle. De telles pressions sur les entreprises pourraient être encore accrues si Google mettait aux enchères des mots clés correspondant à des noms de marques (§ 247).

Au-delà de la question du fonctionnement du processus d'enchères, une seconde préoccupation de concurrence est liée au classement des publicités sur le moteur de recherche. En effet, la position des annonceurs sur la page Internet lorsque les mots clés saisis sont ceux qui ont été acquis lors du processus d'enchères pose problème. En effet, les annonceurs ne sont pas seulement classés à partir du prix acquitté mais également en fonction d'un score de qualité prenant en compte le nombre de "clics" attendus pour chaque "impression" (affichage à l'écran). En d'autres termes, Google pourrait classer une annonce susceptible de générer de nombreux clics devant celle de l'entreprise ayant remporté les enchères sur les mots clés (§ 97). À nouveau, les critères retenus pour établir les classements apparaissent comme insuffisamment transparents et peuvent laisser craindre de possibles manipulations.

Face à ces risques, les entreprises partenaires de Google ne disposent que de peu d'alternatives. En effet, ne pas participer aux enchères de Google revient à se priver de quelque 90 % des recherches réalisées sur Internet. La position de force de Google sur la face "consommateurs/recherche" du marché fait que son pouvoir de négociation sur la face "annonceur" ne connaît que peu de contrepoids (§ 255). Cette situation est d'autant plus marquée que Google renforce son attrait auprès des internautes par des services exclusifs et est protégée contre de nouvelles entrées sur ce marché.

L'attractivité pour la demande est par exemple consolidée au travers de Google Books ou encore de YouTube. Dans le premier cas, les moteurs de recherche concurrents ne peuvent indexer les douze millions d'ouvrages numérisés à la fin de 2009 du fait de clauses d'exclusivité. De la même façon, dans

78 P. Crocioni, "Leveraging of market power in emerging markets: A review of cases, literature, and a suggested framework", *Journal of Competition Law and Economics*, vol. 4, n° 2, 2008, p. 449-534.

79 Il s'agit des liens apparaissant au-dessus ou à droite des "résultats naturels" de la recherche par mots clés, dès lors qu'il s'agit des mêmes mots que ceux qui ont été acquis par l'entreprise.

80 W. Vickrey, "Counter speculation, auctions, and competitive sealed tenders", *Journal of Finance*, vol. 16, 1961, p. 8-37.

le second cas, les caractéristiques de l'indexation des vidéos sur YouTube, filiale de Google, font que les moteurs de recherche concurrents ne sont pas en mesure de les restituer dans leurs résultats dans les mêmes conditions que Google. Ces caractéristiques sont potentiellement inductrices de pratiques anticoncurrentielles...

En effet, la position de marché de Google peut la mettre en situation de commettre deux types d'abus. Le premier correspond aux abus d'éviction, le second aux abus d'exploitation.

Les abus d'éviction correspondent à toutes les pratiques que peut mettre en œuvre un opérateur dominant pour éliminer des concurrents sur une autre base que celle des mérites. Il peut s'agir de stratégies d'érection de barrières à l'entrée, de jumelages de produits, de prix prédateurs, de certains types de remises de fidélité ou encore le recours à des exclusivités "verrouillantes". Notons que pour la plupart des pratiques visées, une entreprise dominante peut engager une défense sur la base de l'efficacité. En effet, les pratiques en question ne sont pas interdites *per se* mais ne sont sanctionnées sur la base de l'article 102 que si les dommages à la concurrence excèdent les gains d'efficacité ou si ces derniers ne sont pas suffisamment répercutés sur les consommateurs.

La position de marché de Google la rend susceptible aux yeux de l'Autorité de mettre en œuvre de telles stratégies d'éviction. Tout d'abord, deux types de barrières artificielles à l'entrée peuvent réduire la contestabilité de sa position. Le premier correspond à des barrières contractuelles relatives à des clauses d'exclusivité quant aux contenus ; le second, à des barrières de nature technique.

Les exclusivités dont peut jouir Google sur certains contenus indexés peuvent effectivement s'avérer anticoncurrentielles. Par exemple, l'exclusivité sur les ouvrages numérisés constitue une telle barrière. Cependant, il ne saurait être question de considérer ces dernières comme anticoncurrentielles *per se*. Elles peuvent également être considérées comme favorables aux consommateurs, dans la mesure où sans elles Google ne se serait pas engagé dans cet effort de numérisation. Elles ont rendu possibles des investissements en les protégeant du parasitisme des autres acteurs du marché<sup>81</sup>. Il s'agit donc de réaliser un équilibre entre ces différents effets. En d'autres termes, il convient d'évaluer si l'exclusivité consentie est proportionnée aux investissements réalisés (§ 302) et si les effets de verrouillage n'induisent pas un dommage excessif à la concurrence. L'Autorité réaffirme en l'espèce la démarche qui avait été inaugurée par le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 08-D-10 du 7 mai 2008 relative à la télévision de rattrapage<sup>82</sup>. En l'espèce, l'autorité en charge de l'application du droit de la concurrence doit mener une évaluation au cas par cas en s'attachant successivement au champ de l'exclusivité, à sa durée et à la possibilité pour des concurrents de trouver des alternatives. La question de la durée de l'exclusivité peut être déterminante, comme l'a montré l'affaire de la double exclusivité relative à l'iPhone<sup>83</sup>.

81 A. Perrot, "Relations verticales et contrats d'exclusivité", *Concurrences*, n° 4-2010.

82 J.-P. Gunther, "Les stratégies verticales", *Concurrences*, n° 4-2010.

83 G. Duflot et E. Pfister, "Accords de fourniture exclusive et concurrence : Principes d'analyse et application au cas iPhone", *Concurrences*, n° 3-2010.

Par exemple, dans son avis, l'Autorité souligne que l'exclusivité négociée avec la bibliothèque de Lyon, d'une durée de vingt-cinq ans, est manifestement disproportionnée par rapport aux investissements consentis (§ 305). De telles durées peuvent faire en sorte que les effets verrouillants des clauses excèdent largement les gains induits. L'exclusivité peut devenir un outil de forclusion du marché<sup>84</sup>. L'accroissement de l'attractivité du moteur de recherche pour les internautes se paiera par les annonceurs sur la seconde face du marché, par le renforcement ou la pérennisation de la dominance de Google.

Outre les barrières tenant aux contenus, Google serait également susceptible de protéger et de consolider sa position dominante sur le marché des moteurs de recherche au moyen de barrières techniques artificielles. Il en est par exemple ainsi des difficultés faites aux moteurs de recherche concurrents pour l'indexage des contenus de YouTube, par le refus de transmettre les *site maps*, c'est-à-dire les descriptifs exhaustifs nécessaires (§ 313).

Les barrières techniques passent également par une série de comportements susceptibles de réduire artificiellement l'interopérabilité avec des sites concurrents en matière de contenus. Il en va ainsi en matière d'interfaces avec les autres plateformes de recherche en ligne. Par exemple, les annonceurs ne peuvent techniquement transférer leurs campagnes de publicité entre Google et ses concurrents. Elles doivent concevoir des contenus spécifiques. Une telle nécessité a mécaniquement pour effet d'accroître le coût relatif des campagnes créées pour des moteurs de recherche dotés d'une faible part de marché (§ 314). L'Autorité se fait également l'écho de possibles pratiques de Google ayant pour effet d'empêcher la commercialisation d'un logiciel permettant de transférer les campagnes d'AdWords de Google vers AdCenter du moteur de recherche de Microsoft Bing (§ 315).

En matière de stratégie d'éviction, l'Autorité évoque également d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles reposant sur des mécanismes de levier. Elle s'interroge – tout comme la Commission européenne – sur l'opacité des modalités de classement des sites Internet dans les résultats des recherches et dans l'établissement des scores de qualité, lesquels pourraient permettre de servir de support à de telles stratégies (§ 318). De telles questions se posent notamment en matière de moteurs de recherche verticaux. L'Autorité consacre à ce propos de longs développements à la question des requêtes géographiques et à la position de marché du site des "Pages jaunes". Google ne risque-t-il pas d'être en mesure d'étendre la position dominante qui est la sienne sur le secteur des moteurs de recherche vers ce marché, en jouant sur les classements des sites concurrents de ceux de ses propres activités actuelles ou potentielles dans le domaine ?

Un second grand ensemble de pratiques anticoncurrentielles que pourrait mettre en œuvre Google réside dans les abus d'exploitation. Ceux-ci pourraient être facilités par l'opacité des mécanismes d'enchères, permettant de mettre en œuvre des stratégies de discrimination tarifaire (§ 334), mais aussi par les possibilités que se réserve Google de clôturer sans

84 J. Lubek, "Comment apprécier les effets des exclusivités en matière de distribution ?", *Concurrences*, n° 4-2010.

préavis les comptes AdWords de certains annonceurs. Un tel risque de discriminations occupait une large place dans l'affaire *Navx* (Autorité de la concurrence, décision n° 10-D-30 du 28 octobre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur Internet), concernant des pratiques discriminatoires entre des fabricants de GPS et les fournisseurs de bases de données pour la localisation de radars fixes et mobiles. Notons que Google a répondu à ces préoccupations de concurrence au travers d'une procédure d'engagements.

Cette dernière affaire conduit d'ailleurs l'Autorité à souligner la capacité du droit de la concurrence à apporter une réponse efficace à de tels risques (§ 341). Ce faisant, l'avis ainsi présenté s'oriente vers une préconisation quant aux possibles interventions de l'autorité en charge du droit de la concurrence, d'autorités de régulation sectorielle, voire du législateur dans de tels domaines.

## II. Des effets des avis sur la concurrence

L'évaluation réalisée par l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'une procédure consultative présente quelques particularités. Elle ne peut être assimilée à l'évaluation classique réalisée dans les procédures contentieuses. Comme le souligne l'Autorité elle-même, il ne s'agit pas, dans le cadre d'une telle procédure, de se prononcer sur le comportement ou sur les pratiques d'un opérateur donné au regard des articles 101 et 102 TFUE. Seule une saisine contentieuse permet en effet de se prononcer sur la licéité d'une pratique donnée (§ 107).

Pour l'Autorité, non seulement l'évaluation réalisée ne peut être interprétée de façon trop directe comme une appréciation de la compatibilité de la stratégie de Google avec les règles de concurrence, mais il convient de noter que les fortes turbulences sur le marché considéré peuvent conduire à des évaluations quelque peu différentes si une procédure contentieuse venait à être réalisée dans quelques mois (§ 108). Selon les termes mêmes de l'Autorité, l'avis a pour objet d'éclairer le fonctionnement du secteur en fournissant un *“guide de lecture des comportements qui pourraient, au regard des circonstances qui leur sont propres et de leur impact sur le marché, constituer ou non des abus de position dominante”* (§ 297). Un tel guide de lecture a cependant quelques effets sur les anticipations des acteurs du marché et donc sur sa future dynamique concurrentielle.

L'avis peut être lu à la fois comme un signal donné aux opérateurs du marché, au premier rang desquels figure Google, mais aussi comme les préconisations de l'Autorité concernant le partage des responsabilités entre les interventions concurrentielles et la régulation sectorielle. Nous avons vu que la décision *Navx* est mise en exergue pour témoigner de la capacité du droit de la concurrence à gérer les risques de verrouillage anticoncurrentiel des marchés ou les risques de discrimination au travers de procédures d'engagements.

Pour l'Autorité, la situation de Google ne justifie pas la mise en place d'un cadre réglementaire spécifique. Des mesures de régulation spécifiques visant à corriger certains risques peuvent se justifier dans certaines circonstances (§ 347).

Cela peut, par exemple, être le cas dans des domaines pour lesquels l'intensité concurrentielle est faible ou quand le jeu des exclusivités ou des ventes couplées peut verrouiller un marché et réduire de façon indue la liberté de choix des consommateurs. De tels risques sont ainsi sensibles dès lors que le jeu des exclusivités – par exemple, par le contrôle des contenus audiovisuels – risque de structurer le marché dans un modèle de silos. Auquel cas, la question d'un encadrement des exclusivités de distribution peut être posée comme l'avait évoqué le rapport Hagelsteen pour le marché de gros de la télévision payante<sup>85</sup>.

Néanmoins, l'Autorité souligne que la régulation spécifique doit demeurer l'exception et ne point constituer la règle. Celle-ci n'est pleinement efficace que si trois conditions sont réunies, à savoir des obstacles avérés au fonctionnement concurrentiel des marchés, l'incapacité du droit de la concurrence à apporter des réponses adaptées et suffisantes, et un caractère proportionné des réponses de la régulation sectorielle aux problèmes de concurrence identifiés. Dans le cas d'espèce, les outils dont dispose l'Autorité lui semblent suffisants pour prévenir de tels comportements, voire *“mettre ainsi des bornes aux agissements de Google susceptibles d'endommager une compétition effective entre les acteurs”* (§ 349).

L'Autorité, s'appuyant alors sur les procédures lancées par la Commission européenne, développe une démonstration de la capacité des règles de concurrence à remédier aux risques définis pour la concurrence. Pour celle-ci, l'ensemble des comportements de marché susceptibles de se traduire par des abus d'éviction ou des abus d'exploitation – à l'exception des questions spécifiquement liées à l'économie de la presse sur lesquelles nous reviendrons – ne justifie pas une intervention *ex ante* émanant d'une autorité de régulation sectorielle, ou une réglementation. Les raisons sont principalement de trois ordres. Tout d'abord, une intervention précoce et par trop rigide pourrait être préjudiciable à la dynamique de marché considérée (§ 354). Ensuite, la turbulence des marchés considérés peut expliquer et rendre tolérable l'apparition de positions dominantes qui ne seront que transitoires (§ 360). Enfin, il apparaît que l'imposition d'une régulation n'est pas aussi légitime lorsque l'entreprise tire sa dominance de ses seuls mérites, à l'instar de Google, que lorsque celle-ci tire ses racines d'un monopole légal ou de droits exclusifs comme cela est le cas pour les industries de réseau.

Il s'ensuit l'établissement par l'Autorité d'une feuille de route en matière de contrôle concurrentiel des pratiques de marché de Google. Celle-ci présente l'originalité de mettre en exergue – pour certains points – l'impact d'engagements pris par Google. L'originalité d'une situation au travers de laquelle une autorité de concurrence obtient d'une entreprise des engagements volontaires dans le cadre d'une procédure consultative doit être soulignée. Il en est ainsi, par exemple, en matière de durée des clauses d'exclusivité négociées en contrepartie de la numérisation des ouvrages<sup>86</sup>. C'est également le cas pour certaines préoccupations de concurrence relatives au domaine de la presse. En effet, l'Autorité craignait que

<sup>85</sup> M.-D. Hagelsteen, *Les exclusivités de distribution et de transport dans le secteur de la télévision payante*, rapport remis au Premier Ministre, janv. 2009, 54 p.

<sup>86</sup> *“Google semble d'ailleurs en avoir pris conscience en précisant au cours de l'instruction qu'elle n'appliquerait pas cette clause du contrat.”* (§ 305)

certaines articles repris de titres de presse écrite ne puissent plus être référencés sur Google dès lors que les entreprises de presse s'opposeraient à leur insertion dans les pages de Google Actualités (§ 383). Elle indique qu'elle veillera à l'application, en France, d'engagements pris par Google devant l'autorité de concurrence italienne de ne pas mettre en œuvre ce genre de pratiques (§ 384).

Il convient en effet de noter qu'au-delà des problèmes de concurrence liés au marché de la publicité en ligne et des moteurs de recherche verticaux, l'Autorité s'attache également aux effets de la stratégie de Google sur les entreprises de presse. Elle s'attache notamment au risque de parasitisme induit par Google Actualités. En effet, ce service de Google regroupe par thèmes une sélection d'articles de presse disponibles en ligne. Proposant le meilleur de la presse sur un portail unique, il risque de devenir le point d'entrée des internautes au détriment des sites des entreprises de presse (§ 379), avec les avantages qui peuvent en découler en termes de ressources publicitaires. Google ne se contentant pas de référencer les articles mais offrant un contenu éditorial (ne serait-ce que par le regroupement thématique des articles), il peut bénéficier des meilleures compétences et des meilleurs contenus sans supporter les coûts de production de l'information (§ 382). Relevons que l'Autorité propose également une évolution de la législation (en l'occurrence, la loi Sapin du 29 janvier 1993) pour offrir plus de garanties aux titres de presse en matière de transparence quant aux ressources publicitaires.

En annexe de son avis, l'Autorité récapitule les différentes préoccupations de concurrence pour lesquelles elle est susceptible d'intervenir. La reproduction d'une forme abrégée de ces dernières présente en outre l'intérêt de souligner à nouveau de quelle façon une procédure consultative peut implicitement revêtir la forme de préoccupations de concurrence appelant des engagements de la part de l'entreprise visée. Une telle situation peut avoir pour effet indirect de voir l'Autorité jouer sur la dynamique concurrentielle du marché considéré en dehors d'une procédure contentieuse et d'une décision sur le fond. La question du contrôle juridictionnel, déjà posée pour l'ensemble des procédures négociées dans le cadre des compétences contentieuses, pourrait donc également être posée dans le cadre des compétences consultatives dès lors qu'elles produisent des effets directs sur la concurrence.

F. M. ■

Voir tableau page suivante

Préoccupations de concurrence mises en exergue par l'Autorité	Grille d'analyse de l'Autorité de concurrence	Suites que l'Autorité se propose de donner
Accords d'exclusivité liés aux contenus	Vérification de la limitation du champ, de la durée des clauses, de leur proportionnalité avec les investissements consentis  Refus des clauses d'exclusivité sur les ouvrages numérisés portant sur la numérisation ultérieure par un concurrent	Procédure éventuelle de l'AdIC
Obstacles à l'indexation des contenus de YouTube par les moteurs de recherche concurrents	Vérification de l'absence d'obstacles techniques à l'indexation (défense possible sur la base de l'efficacité)	Procédure européenne en cours ; à défaut, procédure de l'AdIC
Obstacles à l'utilisation simultanée par plusieurs plateformes de publicités liées à la recherche	Vérification de l'absence d'obstacles techniques à la portabilité (défense possible sur la base de l'efficacité)	Procédure européenne en cours
Possibilités de manipulations dans les enchères AdWords	Examen de l'algorithme, évaluation des possibilités de manipulation	Procédure européenne en cours
Participation de Google à ses propres enchères	Vérification de la proportionnalité du montant des enchères et du service, et vérification de l'absence de prime d'éviction	Procédure européenne en cours ; à défaut, procédure de l'AdIC
Manque de transparence et caractère discriminatoire de l'application des règles relatives à AdWords. Fermetures sans préavis de comptes de certains annonceurs		Engagements rendus obligatoires par la décision 10-D-30 du 28 octobre 2010
Mise en avant de Google Maps dans les recherches de type "géographique"	Examen des règles de classement, évaluation des risques de sous-estimation du classement des pages jaunes	Procédure européenne en cours ; à défaut, procédure de l'AdIC
Clauses d'exclusivité dans les contrats publicitaires AdSense*	Évaluation de l'impact sur la concurrence, justification sur la base de l'efficacité	Procédure européenne en cours
Opacité concernant le taux de partage des revenus entre Google et AdSense	Demande de modification des contrats et de clarification des taux de répartition	Engagements pris devant l'autorité de concurrence italienne. L'AdIC surveillera leur application en France.
Inadéquation de la loi Sapin pour garantir la transparence du marché de la publicité en ligne pour les éditeurs	Obligations minimales de redditions de comptes, mécanisme éventuel d'audit par un tiers certificateur	Évolution législative
Parasitisme de Google Actualités	Possibilité de déréférencement sur Google Actualités, sans risque de déréférencement sur le moteur de recherche	Engagements pris devant l'autorité de concurrence italienne. L'AdIC surveillera leur application en France.
	Création de kiosques numériques, encouragés sur le principe par l'AdIC, mais devant s'accompagner de garanties concurrentielles	Projet à soumettre pour avis à l'AdIC, pour l'évaluation de sa compatibilité avec les règles de concurrence



La compréhension du contentieux suppose de définir les activités d'édition et de distribution de contenus audiovisuels. Le secteur de l'édition correspond à la création de chaînes thématiques à partir de contenus audiovisuels achetés auprès de producteurs. La distribution correspond à l'agrégation dans des bouquets de ces différentes chaînes payantes et de leur commercialisation auprès des abonnés. Il convient également de distinguer, en aval, une activité de transport, consistant en l'acheminement et en la diffusion des bouquets sur différentes plateformes d'accès pouvant être le câble, le satellite, l'ADSL ou encore la téléphonie mobile.

Du fait de la convergence numérique, la structure du marché connaît de fortes turbulences. Sont désormais présents sur le marché, aux côtés des opérateurs traditionnels, de nouveaux venus issus du monde des télécommunications. Il en découle des dynamiques de firmes différentes et des modèles de développement différents dont l'un des paramètres essentiels tient au contrôle de contenus audiovisuels spécifiques permettant de diversifier les offres. Aux côtés d'un modèle d'intégration verticale allant des droits sur les contenus jusqu'à l'abonné, existe également un modèle dans le cadre duquel des opérateurs de télécommunications acquièrent des bouquets de chaînes pour les proposer à leurs abonnés. L'entrée de ces derniers ne constitue pas la seule évolution que connaît la branche. Tout d'abord, certains d'entre eux tentent - ou ont tenté -, avec une réussite très relative, de s'intégrer verticalement vers l'édition et la distribution, afin de proposer des offres propriétaires. Ensuite, le développement de la fibre optique contribue également à rabattre les cartes du jeu concurrentiel et à favoriser le développement des modes de consommation non linéaires de la télévision, en l'occurrence la télévision de rattrapage et la vidéo à la demande, lesquels constituaient un avantage des opérateurs utilisant des technologies ADSL.

Ces évolutions prennent place dans un marché marqué depuis 2006 par la présence d'un opérateur dominant intégré verticalement, issu de la concentration de Canal Sat et TPS. Outre son poids sur le marché en termes de nombre d'abonnés, cet opérateur dominant détient de substantiels droits exclusifs. L'ampleur des exclusivités détenues qu'il détient pose d'autant plus de problèmes de concurrence, selon ses compétiteurs, que celles-ci sont peu à peu étendues à la fibre optique, laissant craindre la mise en œuvre d'une stratégie de préemption du marché et d'éviction des opérateurs de télécommunications. Le risque que ces exclusivités constituent le levier d'une stratégie d'éviction anticoncurrentielle visant les opérateurs de télécommunications peut être d'autant plus mis en exergue que certaines clauses d'exclusivité visent spécifiquement ces opérateurs et ne portent pas sur les opérateurs n'exploitant que des réseaux câblés (§ 72).

La question de l'accès aux contenus est en effet déterminante pour les opérateurs issus des télécommunications. Ces derniers ont adopté deux modèles de développement distincts. Dans le premier, ils se bornent à diffuser techniquement des offres télévisuelles existantes, confectionnées et commercialisées par des distributeurs tiers. Ces derniers – dont Canal Plus – disposent alors d'une relation commerciale directe avec l'abonné et reversent en contrepartie une somme forfaitaire annuelle à l'opérateur, calculée sur la base du montant de l'abonnement. L'opérateur est cantonné à une simple activité

de diffuseur technique. En outre, l'abonnement venant en sus du forfait réglé par l'abonné, se pose un problème d'attractivité de l'offre pour les consommateurs, dès lors que les contenus proposés sont disponibles sur d'autres plateformes. La différenciation et l'attractivité des offres doivent donc passer par des contenus spécifiques. Or, dans le même temps, Canal Plus dispose de larges exclusivités et en négocie des extensions. Ce faisant, un second modèle de développement, fondé sur la différenciation de l'offre, a été envisagé. L'opérateur de télécommunications confectionne ses propres bouquets de chaînes thématiques payantes pour proposer une offre propriétaire.

Il s'agit donc de savoir si, au moyen d'une stratégie d'assèchement du marché de gros des contenus passant par la négociation de clauses d'exclusivité, Canal Plus est effectivement en position de mettre en œuvre une stratégie d'éviction anticoncurrentielle au détriment des opérateurs de téléphonie mobile sur le marché de la télévision.

Évaluer ce risque suppose de s'attacher à la puissance de marché des deux types d'acteurs. D'une part, malgré un effritement de sa part de marché, il ne saurait être question de ne pas reconnaître à Canal Plus une position dominante. Tout d'abord, sa part de marché dépasse toujours 50 % et demeure trois fois plus élevée que celle de son premier concurrent (en l'occurrence, Free). Ensuite, son niveau de prix demeurant plus élevé que celui de ses concurrents, sa part de marché en valeur s'élève au-delà de la part qu'il détient en volume. Enfin, le fait qu'il n'ait pas été contraint de baisser ses prix malgré l'érosion de sa part de marché témoigne de sa dominance. Face à lui, la puissance de marché des opérateurs de téléphonie mobile doit être relativisée. Free ne possède pas d'offre télévisuelle propre (§ 281) et les deux autres opérateurs affichent des taux de souscription à leurs bouquets payant extrêmement faibles. Le taux n'est que de 16,2 % chez SFR et ne s'établit qu'à 7,3 % dans le cas d'Orange, pourtant engagé dans l'intégration amont vers l'édition de chaînes propriétaires.

Il n'en demeure pas moins que la faiblesse de ces positions ne doit pas cacher que les opérateurs de télécommunications demeurent les principaux vecteurs de croissance du secteur de la télévision avec les offres multicanaux et leur avantage potentiel en termes de modes de consommation non linéaires des programmes (§ 285). Cependant, leur développement potentiel peut être entravé par une stratégie d'assèchement du marché de gros des contenus (§ 287).

En effet, alors que les engagements pris en 2006 dans le cadre de la fusion Canal Sat-TPS avaient élargi le nombre de chaînes disponibles, la négociation des accords d'exclusivité tend à nouveau à le restreindre radicalement. Canal Plus détient en effet l'exclusivité sur les chaînes qu'elle édite elle-même, mais également sur quelque trente chaînes additionnelles, en l'occurrence les plus attractives pour les téléspectateurs (§ 55). En effet, sur les 60 chaînes thématiques payantes disponibles fin 2008, Canal Plus détenait les exclusivités satellites sur 35 d'entre elles, sur 33 en ADSL et sur 30 pour la fibre. Canal Plus est d'autant plus en position de force pour négocier de tels droits exclusifs qu'il dispose d'une large base d'abonnés sur laquelle il peut aisément amortir les coûts d'acquisition de ces derniers. Il bénéficie en outre de son intégration verticale

qui fait de lui le détenteur de droits particulièrement attractifs aux yeux des téléspectateurs dans le domaine du cinéma et du football (§ 298). Or, le contrôle de tels contenus constitue une variable clé dans les négociations avec les éditeurs de chaînes et pourrait peser dans des demandes de contreparties en termes d'exclusivité de diffusion.

## II. De la position de l'Autorité de la concurrence vis-à-vis des pratiques alléguées

Canal Plus aurait-il donc pu, en négociant des exclusivités étendues au domaine de la fibre optique, essayer d'évincer, au moyen d'une stratégie de levier, les opérateurs téléphoniques de ce marché en phase de démarrage, en les privant de contenus audiovisuels indispensables à l'attractivité de leur offre (§ 338) ? Une telle stratégie ne permettrait-elle pas également de les affaiblir sur le marché ADSL même, en les empêchant de se doter d'une offre propriétaire indispensable pour justifier aux yeux des consommateurs le paiement d'un abonnement additionnel mais aussi pour rendre attractif ce dernier par rapport aux offres de Canal Plus ?

Il s'agit donc de s'attacher aux conditions dans lesquelles les exclusivités sont obtenues et d'évaluer leur impact. Il conviendrait dans ce cadre de se livrer à une évaluation de leur champ, de leur durée, de leur proportionnalité par rapport aux investissements consentis, de leur impact potentiel en termes d'éviction de la concurrence mais aussi des gains d'efficacité qui peuvent leur être associés. Il apparaît, en tout état de cause, que les modalités au travers desquelles les contrats d'exclusivité sont conclus peuvent susciter quelques effets excluant les tiers. En effet, l'exclusivité serait notamment imposée aux éditeurs au travers d'un mécanisme de remises fidélisantes, calculées sur une base forfaitaire, accordée sans justification objective, quel que soit le mode technique de diffusion, faisant qu'un opérateur de télécommunications devrait compenser l'ensemble de la prime pour bénéficier des droits de diffusion (§ 339). En outre, Canal Plus mettrait à profit sa position verticalement intégrée sur le marché pour faire pression dans les négociations avec les éditeurs pour coupler l'obtention des droits télévisuels détenus par le groupe Canal Plus avec la signature d'un contrat d'exclusivité de distribution de la chaîne concernée sur son offre (§ 341).

De tels accords d'exclusivité ne peuvent être prohibés *per se* dans la mesure où ils peuvent générer des gains d'efficacité au profit du consommateur. Cependant, ils sont susceptibles de constituer une restriction de concurrence dès lors qu'ils ont pour effet concret ou potentiel de restreindre l'accès au marché des concurrents. Il convient donc de s'attacher aux effets concrets de l'accord en cause sur le marché mais aussi "*de prendre en compte l'existence sur le marché d'autres contrats du même type, afin de déterminer si cet accord contribue à un effet cumulatif de fermeture du marché résultant de l'ensemble des contrats similaires*" (§ 353). Par exemple, dans une évaluation sur la base de l'article 101, l'autorité en charge de l'application des règles de concurrence doit vérifier si un concurrent serait bien en mesure de construire une offre crédible malgré l'ensemble des accords d'exclusivité noués sur le marché. Il n'est même pas nécessaire, dans le cadre de la jurisprudence européenne, dans le cadre d'une procédure sur la base de l'article 102 de démontrer un effet concurrentiel

réel des clauses en question. Suivant l'arrêt *Tomra*<sup>91</sup>, un abus peut être constaté dès lors que les accords "*tend[ent] à verrouiller une partie significative de la demande*". Une telle position constitue un net recul par rapport aux objectifs affichés de converger vers une approche plus économique, non plus basée sur des catégories juridiques formelles mais sur l'évaluation des effets concrets des pratiques en cause<sup>92</sup>...

Dans le même temps, la défense de Canal Plus réside dans l'insuffisance d'une exclusivité qui ne porterait que sur l'ADSL et non sur la fibre qui apparaît comme une technologie substituable (§ 347). En d'autres termes, l'extension de l'exclusivité est indispensable pour bénéficier des gains d'efficacité qu'elle permet.

Une décision sur le fond permettra de s'attacher à la fois à la façon dont les dommages à la concurrence seront évalués et à la façon dont les justifications ou les gains d'efficacité potentiels seront appréciés. Dans le cadre de sa décision, l'Autorité doit notamment se prononcer sur la légitimité des clauses d'exclusivité portant sur les chaînes directement éditées par Canal Plus (§ 361) et sur celles d'éditeurs indépendants (§ 364). Dans l'ensemble des cas, un supplément d'instruction lui est apparu comme nécessaire et justifie à son sens un renvoi à l'instruction.

La position que prendra l'Autorité dans sa décision sur le fond présentera de nombreux intérêts. Un premier tiendra à la nature de l'examen réalisé. Il est espéré, au vu de l'attitude de l'Autorité, qu'une évaluation sur le fond des impacts économiques des clauses d'exclusivité sera réalisée. La tension entre approche fondée sur des critères formalistes et approche plus économique fondée sur les effets est ici indéniable. Un deuxième intérêt tiendra au traitement des chaînes directement éditées par Canal Plus. Une remise en cause des exclusivités relatives à ces dernières reviendrait à introduire un raisonnement de type "*infrastructures essentielles*". Enfin, le troisième intérêt, et non des moindres, sera de préciser encore la position des autorités de concurrence sur la question de l'évaluation des clauses d'exclusivité sur des marchés émergents. En effet, le cas pose la question des risques de préemption de l'exclusivité de la distribution en exclusivité sur les réseaux de fibre optique (§ 370), lesquels pourraient non seulement se traduire par l'absence de concurrence sur ces derniers, mais aussi, en retour, avoir pour effet de figer les positions concurrentielles sur les marchés amont. Ce faisant, la stratégie de préemption d'un marché aval au travers d'une stratégie de levier pourrait également présenter l'avantage de consolider, voire de renforcer la position dominante en amont. Le risque serait alors que loin de rabattre les cartes, l'apparition d'une nouvelle donne technologique conduise *a contrario* à ossifier les positions de marché, voire à aggraver la dominance. Cela met à nouveau en exergue la question déterminante du *timing* optimal de l'intervention des autorités de concurrence dans le cadre des marchés émergents, question qui fait directement écho à l'avis n° 10-A-29 du 14 décembre 2010 de l'Autorité quant au fonctionnement concurrentiel du marché de la publicité en ligne (voir cette chronique).

91 Trib. UE, 9 sept. 2010, *Tomra/Commission*, T-155/06, non encore publié au Recueil.

92 D. Gérardin et N. Petit, *Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment*, 2010, document de travail disponible en ligne sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1698342>.

Toujours en matière de temps relatifs entre la procédure concurrentielle et la dynamique des marchés émergents, il est à relever que si la saisine de France Télécom à l'encontre des pratiques de Canal Plus était contemporaine du lancement des chaînes propriétaires du premier cité, deux mois après le renvoi pour complément d'instruction, la donne concurrentielle est à nouveau bouleversée. En effet, à l'heure où le devenir d'Orange Sports apparaît incertain (au moment même où la LFP va lancer ses appels d'offres pour les droits audiovisuels du football), une société commune réunissant Canal Plus et France Télécom est envisagée pour conduire à la fusion d'Orange Cinéma / Séries et TPS Star...

F. M. ■

### **DÉLIMITATION DE MARCHÉS DE PRODUITS - POSITION DOMINANTE – SECTEUR PHARMACEUTIQUE : L'Autorité de la concurrence prononce un non-lieu dans l'affaire de la cétirizine en comprimés faute de position dominante après une analyse détaillée de la définition du marché** (Aut. conc., déc. n° 10-D-37 du 17 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la cétirizine en comprimés)

En droit français, le secteur de la pharmacie est sous la surveillance active des autorités de concurrence et constitue aujourd'hui l'un des domaines privilégiés d'application (ou de tentative d'application) des règles en matière d'abus de position dominante. La présente décision est la troisième rendue par l'Autorité de la concurrence ("l'Autorité") dans ce secteur depuis sa création en 2009, les deux autres concernant également des pratiques alléguées d'abus de position dominante<sup>93</sup>. Au niveau européen, après l'adoption par la Commission de son rapport final d'enquête sectorielle en 2009, certaines investigations semblent être en cours, la seule affaire notable, *Astra Zeneca*, étant déjà ancienne et ayant été confirmée récemment par le Tribunal<sup>94</sup>.

Dans la présente affaire, le ministre de l'Économie avait saisi le Conseil de la concurrence en janvier 2008 à propos de pratiques du laboratoire UCB Pharma ("UCB") auquel il reprochait d'avoir retiré du marché son antihistaminique, le Zyrtec, trois mois avant l'expiration du brevet qui le protégeait, pour le remplacer par le Xyzall. .

Pour le ministre, la pratique avait un objet et un effet anticoncurrentiels. En termes d'objet, le retrait du Zyrtec par UCB avait rendu impossible sa substitution par les génériques, dans la mesure où ceux-ci sont substitués en pharmacie à l'aide d'une ordonnance où figure la marque du médicament princeps (§ 3). Le ministre considérait également que cette pratique avait eu un effet anticoncurrentiel dans la mesure où le chiffre d'affaires des génériqueurs avait été réduit du fait d'un "rétrécissement du marché" de la molécule du médicament princeps, la cétirizine (§ 6).

<sup>93</sup> Déc. Aut. conc. n° 09-D-28, 31 juil. 2009, relative à des pratiques de Janssen-Cilag France dans le secteur pharmaceutique, voir obs. A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 4-2009, p. 117 ; déc. Aut. conc. n° 10-D-16, 17 mai 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Sanofi-Aventis France, voir obs. F. Marty, *Concurrences*, n° 3-2010, p. 94.

<sup>94</sup> Trib. UE, 1<sup>er</sup> juil. 2010, *AstraZeneca*, aff. T-321/05 ; voir obs. A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 4-2010, p. 120.

La qualification de ce retrait requérait au préalable que soit établie une position dominante d'UCB. C'est sur cette question que se focalise la décision de l'Autorité.

### **Une position dominante non établie grâce à une interprétation dynamique**

Pour le ministre, cette problématique était simple dans la mesure où le marché en cause devait se limiter à celui de la molécule du Zyrtec : la cétirizine. En réalité, cette affaire soulevait trois questions principales sur la définition du marché pertinent, concernant les distinctions entre :

- un marché des médicaments incluant la seule molécule générique ou d'autres molécules alternatives ;
- un marché "ville" et un marché hospitalier ;
- un marché des médicaments remboursables ou non.

La première étape de la définition des marchés, lorsqu'il s'agit d'analyser la générification d'un médicament princeps, se résume souvent, s'agissant des autorités de concurrence, comme on l'a déjà souligné à diverses reprises<sup>95</sup>, à celle préconisée par le ministre. En se limitant ainsi à la molécule concernée, la position dominante du titulaire du brevet venant à expiration est par principe établie<sup>96</sup>.

En l'espèce, se référant classiquement à la classification ATC (*Anatomical Therapeutic Chemical classification system*), qui regroupe les médicaments selon leurs indications thérapeutiques, l'Autorité indique que d'un point de vue pharmacologique, la cétirizine appartient à la classe des antihistaminiques H1 ("anti-H1") de seconde génération, destinée à combattre diverses allergies (§ 12).

Or, l'Autorité ajoute que d'autres molécules anti-H1 existent (§ 13-20) : la loratadine (commercialisée sous la marque Clarytine par Schering-Plough, qui dispose également d'Aerius à base de desloratadine), la fexofénadine (commercialisée par Sanofi-Aventis sous la marque Telfast), l'ébastine (commercialisée par Alimirall sous la marque Kestin), etc. En outre, comme indiqué ci-dessus, UCB, tout en retirant le Zyrtec, venait de lancer le Xyzall avec une nouvelle molécule (la lévocétirizine).

L'Autorité rappelle que dans le secteur pharmaceutique, la pratique décisionnelle des autorités de concurrence française et européenne est "fondée à titre principal sur l'usage thérapeutique" (§ 40).

L'Autorité relève à ce propos que ces différents antiallergiques "au regard de leur indication thérapeutique, apparaissent donc, pour l'autorité de santé [l'AFSSAPS], substituables à Zyrtec" (§ 48). Le constat est le même après enquête de la DNECRF auprès des médecins prescripteurs (§ 49). L'Autorité insiste d'ailleurs sur le rôle prépondérant des médecins pour déterminer s'il y a ou non substituabilité entre plusieurs médicaments (§ 55). Indiquant enfin qu'il existe une grande proximité des prix remboursables de ces spécialités (§ 52) et

<sup>95</sup> Cf. not. obs. A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 4-2009, p. 117-119 et obs. A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 4-2010, p. 120.

<sup>96</sup> Cf. not. obs. F. Marty, *Concurrences*, n° 3-2010, p. 94.

que le transferts des prescriptions de Zyrtec se sont dirigés vers Xyzall mais aussi vers ses concurrents (§ 50), l'Autorité arrive à la conclusion que ces diverses spécialités contre les allergies appartiennent à un même marché, beaucoup plus large donc que la seule cétirizine (§ 53 et 57).

Pour la seconde question posée par la segmentation des marchés en cause, marché "ville" et marché hospitalier, l'Autorité rappelle qu'elle est régulièrement envisagée (§ 43) et mise en lumière à plusieurs reprises dans sa pratique décisionnelle passée<sup>97</sup>.

En effet, l'Autorité considère en général que, outre les conditions de vente des produits (en officine pour le marché de la ville, avec des prix régulés, et au moyen d'appels d'offres pour le marché de l'hôpital, avec des prix libres), plusieurs critères conduisent à segmenter de tels marchés. C'est notamment en raison : i) de la nature des demandeurs intermédiaires, grossistes et pharmacies pour le marché de la ville, établissements hospitaliers publics et privés (cliniques) pour le marché hospitalier ; ii) de la nature des demandeurs finaux, patients (et, *in fine*, l'assurance maladie) en ville par rapport aux hôpitaux ; iii) d'une élasticité différente des prix des acheteurs, forte à l'hôpital mais faible en ville car les prix sont régulés pour limiter les dépenses de l'assurance maladie<sup>98</sup>.

En droit européen, la Commission a déjà, de son côté, envisagé une telle délimitation en matière de contrôle des concentrations<sup>99</sup>.

Pour la troisième question de l'analyse des marchés en cause, la segmentation envisagée par l'Autorité concerne la différence entre le caractère remboursable et non remboursable des médicaments (§ 44). De façon assez traditionnelle, l'Autorité en déduit en l'espèce que les produits en vente libre et aux prix libres et les produits nécessitant une ordonnance et ayant un prix fixé par les pouvoirs publics n'appartiennent pas au même marché (§ 45 et 46).

Pour conclure, l'Autorité délimite un marché national de la vente en ville des antihistaminiques de seconde génération remboursables, sur lequel UCB ne détenait que 32,6 % des parts de marché contre 45,9 % pour son concurrent direct, Schering-Plough. Aucune position dominante ne peut donc être constatée par l'Autorité (§ 69).

L'Autorité définit également un marché de la vente en ville des antihistaminiques non remboursables, sur lequel, là encore, aucune position dominante d'UCB n'est établie en raison de la puissance de Pfizer et de l'entrée des génériques sur ce marché (cf. § 62 et 73).

Cette approche pragmatique de la définition des marchés (qui, en l'espèce, ne se contente pas d'isoler la molécule générique) est suffisamment rare pour être soulignée.

<sup>97</sup> Cf. par exemple, déc. Cons. conc. n° 07-MC-06, 11 déc. 2007, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Arrow Génériques, § 80; déc. Aut. conc. n° 09-D-28, 31 juil. 2009, relative à des pratiques de Janssen-Cilag France dans le secteur pharmaceutique, § 91-94; déc. Aut. conc. n° 10-D-16, 17 mai 2010, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Sanofi-Aventis France, § 58.

<sup>98</sup> Cf. déc. Aut. conc. n° 10-D-02, 14 janv. 2010, relative à des pratiques dans le secteur des héparines à bas poids moléculaire, § 55.

<sup>99</sup> Cf. par exemple, Comm. CE, déc. COMP/M.3354, 26 avril 2004, *Sanofi-Synthelabo c/ Aventis*, § 35.

## Une pratique qui aurait pu faire l'objet d'un examen approfondi

La pratique d'UCB consistant à retirer le Zyrtec avant l'expiration de son brevet avait, selon le ministre de l'Économie, pour objet d'entraver le développement de ses génériques.

Une telle pratique n'est pas sans rappeler celle mise en œuvre par AstraZeneca, qui avait cessé de commercialiser son médicament pour le remplacer par une version plus moderne, retardant de ce fait sérieusement l'entrée de génériques sur le marché. Cette pratique avait été sanctionnée par la Commission<sup>100</sup>.

Cette pratique évoque également l'engagement pris par le laboratoire Schering-Plough, au cours d'une procédure de mesures conservatoires, de ne pas cesser la commercialisation de son produit Subutex, quand bien même une nouvelle version de ce celui-ci, le Suboxone, serait commercialisée<sup>101</sup>.

Ainsi, si UCB avait été en position dominante, il lui aurait été probablement difficile d'échapper à la qualification de pratique abusive...

A. W. ■

## À noter

**ABUS DE POSITION DOMINANTE – DÉCISIONS NÉGATIVES : L'Avocat général Mazák conclut en ce sens que les autorités nationales de concurrence n'ont pas le pouvoir d'adopter des décisions négatives, constatant que les pratiques qui leur sont déferées ne constituent pas des violations de l'article 102 TFUE.** (*Conclusions AG Mazák, 7 décembre 2010, Tele 2 Polska, aff. C-375/09*)

L'avocat général explore le sens à donner à l'article 5 du règlement (CE) n° 1/2003 – qui énumère les pouvoirs des ANC et ne prévoit pas celui d'adopter des décisions constatant l'inapplicabilité des articles 101 et 102 TFUE. Il en donne successivement une interprétation littérale, une interprétation systémique et une interprétation téléologique. Ces trois méthodes d'interprétation aboutissent à un résultat convergent : seule la Commission a le pouvoir d'adopter des décisions négatives (art. 10 du règlement (CE) n° 1/2003).

A.-L. S ■

<sup>100</sup> Comm. CE, déc. COMP/A.37.507F3, 15 juin 2005, *Astra-Zeneca*, voir not. obs. A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 3-2005, p. 77-78.

<sup>101</sup> Cf. Déc. Cons. conc., n° 07-MC-06, 11 déc. 2007, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Arrow Génériques, § 161, voir not. obs. A. Wachsmann, *Concurrences*, n° 1-2008, p. 117-119.

**ABUS AUTOMATIQUE – OBLIGATION LÉGALE D’AFFILIATION – RÉGIME COMPLÉMENTAIRE DE SOINS DE SANTÉ – ENTREPRISE CHARGÉE D’UN SERVICE D’INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL : L’Avocat général Mengozzi conclut à la compatibilité avec l’article 102 TFUE d’un dispositif français d’assurance complémentaire soins de santé reposant sur l’affiliation obligatoire des professionnels d’un secteur (boulangerie-pâtisserie)**

(Conclusion AG Mengozzi, 11 novembre 2010, AG2R Prévoyance, aff. C-437/09)

La Cour est saisie d’une question préjudicielle (posée par le TGI de Périgueux) concernant un éventuel abus automatique de position dominante qui serait créé par l’obligation légale d’affiliation des entreprises du secteur de la boulangerie artisanale en France à un seul organisme d’assurance santé complémentaire. Dans ses conclusions rendues dans cette affaire, l’avocat général Mengozzi revient sur la jurisprudence *Albany*<sup>102</sup>, à propos de l’application à un organisme d’assurance obligatoire de la qualification d’entreprise<sup>103</sup>. Il considère que le cadre réglementaire français en cause dans l’affaire au principal se distingue de celui de l’affaire *Albany* et que, bien que le dispositif comporte de forts éléments de solidarité, l’organisme chargé de la gestion de l’assurance complémentaire sectorielle est bien une entreprise. Il conclut également en ce sens que l’article 106, paragraphe 2, concernant les entreprises chargées d’un service économique d’intérêt général est de nature à exclure la qualification d’abus en l’espèce.

A.-L. S ■

**COMPRESSION DE MARGES – CISEAU TARIFAIRE : La Commission européenne décide de ne pas donner suite à une plainte arguant d’effets de ciseau tarifaire**

(Comm. eur., déc. C(2010) 4730 du 2 juillet 2010, Vivendi et Iliad/France Telecom, aff. COMP/39653)

La Commission confirme sa décision de ne pas poursuivre l’enquête sur les pratiques de France Télécom dont Vivendi et Iliad s’étaient plaintes, alléguant des effets de ciseau tarifaire (compression de marges) empêchant l’accès rentable des opérateurs alternatifs au marché de la téléphonie fixe et du *triple play*. La Commission ne se prononce pas au fond. Elle fait usage de son pouvoir discrétionnaire de ne pas donner suite à toutes les plaintes, au motif qu’il n’existe pas un intérêt de l’Union suffisant pour poursuivre l’enquête.

En l’espèce, les considérations décisives sont les suivantes : premièrement, les effets des pratiques en cause sur le fonctionnement du marché intérieur paraissent limités ; deuxièmement, la probabilité d’établir une infraction apparaît limitée. À propos du premier motif, la Commission relève que les effets des pratiques en cause sur le marché *interne* sont limités en ce qu’elles n’ont pas empêché le marché français de l’accès à Internet de devenir l’un des marchés les plus compétitifs du monde. À propos du second motif, la Commission relève

<sup>102</sup> CJCE, 21 sept. 1999, *Albany*, C-67/96, Rec. p. I-5751.

<sup>103</sup> Pt 51 et suiv. des conclusions.

parmi les considérations pertinentes que “*les avantages structurels [d’une entreprise verticalement intégrée comme France Telecom] sont intrinsèques à une structure d’entreprise intégrée de sorte que leur exploitation ne constitue pas en soi-même, et en [l’]absence de données permettant de conclure autrement, un abus de position dominante*”. La Commission relève également que “*le choix prétendument erroné du régulateur ne constitue pas [une] infraction au sens de l’article 102 du Traité*”, précision certes évidente mais sans doute bienvenue après l’arrêt *Deutsche Telekom*.

Si cette décision n’appelle pas de commentaire approfondi sur le fond, on ne peut s’empêcher de relever que, sur la forme, elle ne fait pas honneur à la Commission. Le commissaire à la concurrence pourrait légitimement en vouloir à ses services de lui avoir fait signer une décision qui contient plusieurs fautes d’orthographe et de langue. Parmi ces dernières, la plus choquante est certainement celle-ci : “*Vivendi considère que ce qui précède infringerait l’article 102 du Traité par objet*”. Sans même s’attarder ici sur le fait que l’article 102, contrairement à l’article 101 du Traité, ne fait pas de distinction entre les comportements ayant pour objet de fausser la concurrence et ceux qui ont cet effet, on ne peut que regretter que les expressions “*constituer une infraction à*”, “*constituer une violation de*” n’aient pas retenu l’attention des relecteurs du projet de décision.

A.-L. S ■

**PRIX PRÉDATEURS – COMPRESSION DE MARGES – CISEAU TARIFAIRE : L’Autorité de la concurrence décide qu’il n’y a pas lieu de poursuivre la procédure dans une affaire concernant des marchés publics de services de capacité**

(Aut. conc., déc. n° 10-D-31 du 12 novembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des services de capacité)

L’Autorité de la concurrence avait été saisie par le ministre de l’Industrie, à la suite d’une enquête de la DGCCRF sur deux marchés publics portant sur des “services de capacité”, c’est-à-dire des services de télécommunications permettant de relier plusieurs sites d’une même entreprise ou collectivité, en l’espèce ceux, d’une part, de l’université de Nice Sophia et, d’autre part, du CNRS (délégation PACA). L’Autorité souligne que l’enquête réalisée par la brigade interrégionale d’enquêtes PACA-Languedoc-Roussillon-Corse de la DGCCRF ne permet de conclure ni à des pratiques de prix prédateurs, ni à un abus consistant en un ciseau tarifaire. L’Autorité relève, en ce qui concerne les prix prédateurs, qu’une comparaison entre les prix et les coûts (qui n’avait pas été faite par les enquêteurs) révèle que France Telecom avait couvert tous ses coûts. En ce qui concerne la compression de marges, l’Autorité souligne que cette qualification n’est pas applicable en l’espèce, puisqu’il était possible de répondre aux appels d’offre en utilisant différents moyens techniques. Il n’était pas indispensable, pour les concurrents de France Télécom, de louer certains services intermédiaires (LAN 1) auprès de l’opérateur historique. Dès lors, il importait peu que France Télécom ait proposé, dans sa réponse à l’appel d’offres, des tarifs inférieurs aux tarifs de gros facturés aux autres opérateurs pour l’accès à ces services intermédiaires.

A.-L. S ■

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

# CONCURRENCES

## Editorial

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

## Interview

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

## Tendances

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

## Doctrines

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

## Pratiques

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

## Horizons

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



## Droit et économie

Emmanuel COMBE, Philippe CHONÉ, Laurent FLOCHÉL, Penelope PAPANDEPOULOS, Etienne PFISTER, Francisco ROSATI, David SPECTOR...

## Chroniques

### ENTENTES

Michel DEBROUX  
Laurence NICOLAS-VULLIERME  
Cyril SARRAZIN

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric MARTY  
Anne-Lise SIBONY  
Anne WACHSMANN

### PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

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

### DISTRIBUTION

Nicolas ERESEO  
Dominique FERRÉ  
Didier FERRIÉ

### CONCENTRATIONS

Olivier BILLIARD, Jacques GUNTHER, David HULL, Stanislas MARTIN, Igor SIMIC, David TAYAR, Didier THÉOPHILE

### AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves CHÉROT  
Jacques DERENNE  
Christophe GIOLITO

### PROCÉDURES

Pascal CARDONNEL  
Christophe LEMAIRE  
Agnès MAÏTREPIERRE  
Chantal MOMÈGE

### RÉGULATIONS

Joëlle ADDA  
Emmanuel GUILLAUME  
Jean-Paul TRAN THIET

### SECTEUR PUBLIC

Bertrand du MARAIS  
Stéphane RODRIGUES  
Jean-Philippe KOVAR

### POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique DAUDRET-JOHN  
François SOUTY  
Stéphanie YON

## Revue des revues

Christelle ADJÉMIAN  
Umberto BERKANI  
Alain RONZANO

## Bibliographie

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

## Revue Concurrences | *Review Concurrences*

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	445 €	454,35 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + free access to e-archives)</i>	405 €	484,38 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique accès libre aux e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print &amp; electronic versions + free access to e-archives)</i>	645 €	771,42 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	150 €	153,15 €

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

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription + free access to e-archives</i>	585 €	699,66 €
---	-------	----------

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

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (version électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (online version) and to the e-bulletin</i>	755 €	902,98 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue (versions papier & électronique) + e-bulletin <i>1 year subscription to the review (print &amp; electronic versions) + e-bulletin</i>	855 €	1 022,58 €

## Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name* .....

e-mail .....

Institution | *Institution* .....

Rue | *Street* .....

Ville | *City* .....

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

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

## Formulaire à retourner à | *Send your order to*

### Institut de droit de la concurrence

21 rue de l'Essonne - 45 390 Orville - France | contact: [webmaster@concurrences.com](mailto:webmaster@concurrences.com)  
Fax : + 33 (0)1 42 77 93 71

### Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

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

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

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

**RUPTURE D'UN CONTRAT D'APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF : L'Autorité de la concurrence rejette, faute d'atteinte grave et immédiate, une demande de mesures conservatoires dans le secteur des serviettes industrielles, mais décide de poursuivre l'instruction au fond s'agissant de la rupture anticipée d'un contrat de fourniture exclusive de serviettes** (*Aut. conc., déc. n° 10-D-33 du 30 novembre*

*2010 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Roland Vlaemynt Tisseur*)

A.W. ■

**DISCRIMINATION – DROITS AUDIOVISUELS : L'Autorité de la concurrence prononce un non-lieu au bénéfice d'une société de gestion collective en relevant notamment que le mécanisme de répartition des droits de diffusion dénoncé par une association de réalisateurs de télévision n'a pas d'impact anticoncurrentiel et que les règles de composition des instances de cette société de gestion collective, qui prévoient un traitement différencié entre les réalisateurs et les scénaristes, ne sont pas discriminatoires**

*(Aut. conc., déc. n° 10-D-34 du 9 décembre 2010 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la gestion des droits d'auteurs d'œuvres audiovisuelles)*

A.W. ■

---

\* AdSense est une application fournie par Google à des éditeurs de sites offrant une fonction de recherche. Les résultats de cette dernière comprennent à la fois des résultats "naturels" et des liens commerciaux. Les gains associés aux publicités doivent être répartis entre les deux contractants (§ 100).