



Concurrences

Revue des droits de la concurrence
Competition Law Journal

PRATIQUES UNILATÉRALES

Chroniques | Concurrences N° 2-2012 – pp. 64-80

Frédéric MARTY

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

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

Anne Lise SIBONY

alsibony@ulg.ac.be

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

Anne WACHSMANN

anne.wachsmann@linklaters.com

| Avocat, Linklaters, Paris

Chroniques

Frédéric MARTY

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

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

Anne Lise SIBONY

alsibony@ulg.ac.be

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

Anne WACHSMANN*

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat, Linklaters, Paris

PRATIQUES UNILATÉRALES

1. UNION EUROPÉENNE

1.1. Jurisprudence

RABAIS SÉLECTIFS – PRIX PRÉDATEURS – DISCRIMINATION PAR LES PRIX – TEST DE COÛTS – OBLIGATION DE SERVICE UNIVERSEL – JUSTIFICATIONS OBJECTIVES : La grande chambre de la CJUE dit pour droit que ne constitue pas un abus le fait pour une entreprise en position dominante de consentir des rabais ciblés aux clients d'un concurrent dans l'hypothèse où les prix pratiqués sont inférieurs aux coûts totaux moyens mais supérieurs aux coûts incrémentaux moyens et dès lors que l'intention d'évincer le concurrent n'est pas établie (CJUE, 27 mars 2012, Post Danmark, aff. C-209/10)

L'arrêt de la grande chambre dans l'affaire *Post Danmark* est important, car il marque l'adhésion de la Cour à une approche par les effets en matière d'abus-exclusion d'une manière plus nette que dans les précédents arrêts et dans des termes plus généraux. Rendu à titre préjudiciel et non sur pourvoi, l'arrêt est nécessairement épuré. Les principes dégagés par la Cour n'en ressortent que plus nettement. L'apport essentiel de l'arrêt réside dans le passage que l'on peut y lire entre l'ancienne et la nouvelle approche de l'abus. Sans procéder à aucun revirement, la Cour intègre à sa jurisprudence des éléments caractéristiques d'une approche plus économique, qu'il s'agisse du critère du concurrent aussi efficace ou des justifications tirées de gains d'efficacité. La Cour saisit aussi l'occasion de revenir sur les critères de coûts de l'arrêt *Akzo* et de préciser qu'ils peuvent être adaptés dans le cas où les coûts communs sont importants. Ce cas de figure se présente notamment lorsqu'une entreprise en position dominante est à la fois opérateur d'un service universel et active dans un secteur concurrentiel à travers une activité qui utilise les mêmes infrastructures que le service universel.

En l'espèce, la Cour de justice était saisie d'une question préjudicielle posée par la Cour suprême du Danemark. La juridiction de renvoi devait statuer sur pourvoi dans une affaire qui avait valu à la poste danoise d'être condamnée pour abus de position dominante par l'autorité danoise de la concurrence, condamnation qui avait été confirmée en appel. Cette affaire concernait des pratiques de rabais octroyés par la poste danoise sur le marché du courrier non adressé (consistant notamment dans l'envoi de prospectus, journaux gratuits et catalogues), une activité importante pour la libéralisation des marchés postaux. Sur ce marché complètement libéralisé, *Post Danmark* avait principalement un concurrent, la société *Forbruger-Kontakt* (ci-après "FK"), dont l'activité essentielle était la distribution de courrier non adressé. Trois entreprises de grande distribution étaient les principaux clients de FK (conclusions, pt. 8) ou, à tout le moins, des clients importants (arrêt, pt. 6). C'est à ces trois entreprises que *Post Danmark* avait offert, de manière sélective, des remises tout juste suffisantes pour les convaincre de changer de fournisseur (arrêt, pt. 7). FK avait alors porté plainte devant l'autorité de concurrence, arguant qu'une telle stratégie de baisse des prix était constitutive de prédation et que, en outre, la pratique de rabais était abusive car discriminatoire d'une part et fidélisante d'autre part.

Les rabais ciblés : Questions de qualification

Si la qualification de prix prédateurs avait été écartée, en revanche, l'autorité danoise de concurrence avait condamné *Post Danmark* pour avoir pratiqué une discrimination par les prix. Plus précisément, l'autorité de concurrence avait retenu une "discrimination principale par les prix" et une "discrimination accessoire par les prix".

La discrimination accessoire correspond à la pratique visée au point c) de l'article 102 TFUE, qui interdit "[d']appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence". Cette disposition s'intéresse à ce que les économistes appellent une *secondary line injury*, caractérisée par le fait que la concurrence est faussée entre

Abstracts

1. EU

SELECTIVE REBATES – PREDATORY PRICING – COST TEST – INCREMENTAL COST – COMMON COSTS – UNIVERSAL SERVICE OBLIGATIONS – INTENT: 64

The Grand Chamber of the CJEU rules that selective rebates targeting clients of a competitor are not abusive when prices are below incremental cost but cover marginal cost and when no intent to eliminate competitor has been established (CJEU, 27.03.12, *Post Danmark*, case C-209/10)

EXCLUSIONARY ABUSES – COMMITMENTS – MAINFRAMES MAINTENANCE AND REPAIR MARKETS: 68

The European Commission makes commitments binding, allowing competitors to access mainframes maintenance markets on reasonable and non-discriminatory terms (Eur. comm., 13.12.11, *IBM Maintenance services*, case COMP/39.362)

2. France

ABUSE OF COLLECTIVE DOMINANCE – PUBLIC WORKS – COMMITMENTS: 69

The French NCA rules against an abuse of collective dominance position and makes commitments bindings in order to prevent anticompetitive foreclosing of public works' contracts resulting from input's control by a consortium of competitors (Fr. NCA, 26.01.12, public construction works in Saint-Pierre-et-Miquelon, 12-D-06)

ACCESS TO AN ESSENTIAL FACILITY – MEDICAL SECTOR: 71

The French NCA dismisses a claim to access medical facilities used for dialysis (Fr. NCA, 23.01.12, sector of dialysis treatment in Haute-Savoie, 12-D-03)

EXCLUSIONARY STRATEGY – INTERIM MEASURES – SERVERS AND SOFTWARE: 73

The French NCA refuses to adopt interim measures against practices in the relational data base managing systems (RDBMS) but investigates the complaint on merits (Fr. NCA, 10.01.12, Oracle, 12-D-01)

RECOMMENDATION OF THE FRENCH COMPETITION AUTHORITY – CREATION OF A STRUCTURAL INJUNCTION – FOOD RETAIL SECTOR: 76

The French NCA notes that the food retail sector in Paris is extremely concentrated and recommends the creation of a new legislative instrument to increase competition (i.e. the injunction to sell stores) (Fr. NCA, 11.01.12, food retail sector in Paris, opinion 12-A-01)

MONOPOLY – CROSS SUBSIDY – COMMITMENTS – ACCOUNTING SEPARATION: 78

The French NCA accepts and makes legally binding commitments from a company relating to separation of the accounting of its activities (Fr. NCA, 23.01.2012, sector of the provision of meteorology information services to professionals (Météo-France))

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

les clients de l'entreprise dominante, sur un marché aval. En l'espèce, la concurrence était apparue faussée entre les entreprises de grande distribution, qui distribuaient leurs catalogues et envois publicitaires par publipostage, à des tarifs différents selon qu'elles étaient anciennes ou nouvelles clientes de Post Danmark. Ce chef de condamnation ne faisait pas l'objet des questions préjudicielles adressées à la Cour (conclusions, pt. 43).

En revanche, la Cour était interrogée sur ce que l'autorité danoise avait appelé "discrimination principale par les prix". Cette expression visait la discrimination par les prix que Post Danmark pratiquait entre les clients auxquels elle avait fait des offres ciblées (les anciens clients de FK) et ses propres clients, mais non en tant que cette pratique faussait la concurrence entre ses clients. La qualification de "discrimination principale par les prix" correspondait au contraire à ce que les économistes appellent *primary line injury*, c'est à dire au fait que la concurrence entre la Poste et ses concurrents était faussée sur le marché principal, ici le marché du publipostage. L'autorité de concurrence avait retenu qu'une telle pratique de prix différenciés par une entreprise en position dominante est abusive dès lors que les différences de prix "considérables" ne s'expliquaient pas par des considérations relatives aux coûts (arrêt, pt 8).

Dans son arrêt, la Cour fait preuve d'une grande retenue dans l'usage des qualifications intermédiaires d'origine doctrinale comme "prix prédateurs", "discrimination principale" ou "discrimination accessoire" ou même de "discrimination par les prix". L'expression "prix prédateurs" est utilisée, sans guillemets, au point 27, mais à propos de l'arrêt *Akzo* uniquement et non à propos des pratiques en cause. Les expressions "discrimination principale" et "discrimination accessoire" sont citées aux points 8 et 14 mais très explicitement attribuées à l'autorité danoise de concurrence et sans que la Cour ne les reprenne à son compte. Cette prudence contraste avec les conclusions de l'avocat général Mengozzi, dans lesquelles il indiquait que "la distinction opérée par les autorités et juridictions danoises entre discrimination accessoire et discrimination principale [lui] paraissait opportune et [avait], au demeurant, été appelée de ses vœux par une partie de la doctrine (pt. 46 des conclusions, citant des sources doctrinales). Quant à l'expression "discrimination par les prix", la seule à être mentionnée dans les mots clés de l'arrêt, elle figure au point 30 de l'arrêt, mais, là encore, entourée de guillemets qui l'attribuent aux autorités danoises de concurrence.

C'est uniquement au regard de la qualification de "pratique d'éviction abusive", reprise de la communication éponyme de la Commission (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, JOUE, 24 février 2009, C 45/7), que la Cour statue sur les questions dont elle est saisie. Ces choix terminologiques peuvent être lus comme autant d'indices du souhait de la grande chambre de s'éloigner de l'approche fragmentée de l'abus de position dominante qui a pu être reprochée à la Cour (cette approche pratique par pratique a été abondamment critiquée, v. notamment B. Hawk, "À propos de la "concurrence par

les mérites" : Regards croisés sur l'article 82 CE et la section 2 du Sherman Act, *Concurrences*, n° 3-2005, pp. 33-41). C'est bien sûr là une orientation qu'il convient de saluer. En effet, l'adhésion de la Cour à une approche plus cohérente du droit de l'abus de position dominante que celle qui résulte de sa jurisprudence traditionnelle est indispensable pour que la "réforme" impulsée par la Commission puisse déployer ses effets. De ce point de vue, les formulations générales de l'arrêt sont éminemment bienvenues. En revanche, il faut admettre qu'elles ne facilitent pas l'appréciation de la portée exacte de l'arrêt rapporté au regard de l'arrêt *Akzo*.

Reformulation des critères généraux caractérisant les pratiques d'éviction abusive : La Cour consacre la portée générale du critère du concurrent aussi efficace

La Cour fait précéder sa réponse aux questions posées par la Cour suprême du Danemark d'un préambule, dans lequel elle rappelle sa jurisprudence constante sur les buts de l'article 102 TFUE tout en reformulant les principes généraux qui régissent la matière. Ce passage peut se lire dans la perspective d'une articulation entre ancienne et nouvelle approche. On y trouve en effet l'ancien (responsabilité spéciale des entreprises en position dominante, concurrence normale) et le nouveau (critère du concurrent aussi efficace) mêlés (pts 20-25).

Du côté des constantes, la Cour ne varie pas dans son interprétation des buts poursuivis par la prohibition de l'abus de position dominante. Elle rappelle qu'il ne s'agit pas seulement d'interdire les pratiques qui causent un préjudice immédiat aux consommateurs mais également celles qui leur causent un préjudice en portant atteinte au jeu de la concurrence (pt 20). Toutefois, par rapport à la formulation traditionnelle issue de l'arrêt *Hoffmann-La Roche*, la référence à la "structure" de la concurrence est abandonnée (CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, aff. 85/76, pt 125 : "[l'article 102 TFUE] vise dès lors non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice direct aux consommateurs, mais également celles qui leur causent un préjudice indirect en portant atteinte à une structure de concurrence effective").

La Cour poursuit par ailleurs son allégeance à la modernisation en relevant, dans une formule en partie inédite, que "l'article [102 TFUE] n'a aucunement pour but d'empêcher une entreprise de conquérir, par ses propres mérites [une] position dominante sur un marché" puis, surtout, en précisant que "cette disposition ne vise pas non plus à assurer que des concurrents moins efficaces que l'entreprise en position dominante restent sur le marché" (pt 21). Généralisant l'admission du critère du concurrent aussi efficace, sur lequel elle s'était déjà prononcée dans des affaires de compression de marge (CJUE, 14 octobre 2010, *Deutsche Telekom c/ Commission*, aff. C-280/08 P, cette chronique, *Concurrences* n° 1-2011, pp. 91-95), la Cour reprend aussi à son compte la justification doctrinale de ce critère en relevant que "par définition, la concurrence par les mérites peut conduire à la disparition du marché ou à la marginalisation des concurrents moins efficaces et donc moins intéressants pour les consommateurs du point de vue notamment des prix, du choix, de la qualité ou de

l'innovation" (pt. 22). Qui plus est, la Cour donne au critère du concurrent aussi efficace une portée plus large que celle qui lui était prêtée explicitement dans la communication de la Commission sur les pratiques d'éviction. En effet, au point 25 de l'arrêt, la Cour dit pour droit que "l'article [102 TFUE] interdit, notamment, à une entreprise occupant une position dominante de mettre en œuvre des pratiques produisant des effets d'éviction pour ses concurrents considérés comme étant aussi efficaces qu'elle-même", une formulation qui ne fait pas spécialement référence aux pratiques tarifaires (comp. communication préc., pt. 23).

Appliquant la logique du critère du concurrent aussi efficace à la discrimination par les prix, la Cour rejette l'idée selon laquelle le fait pour une entreprise en position dominante de pratiquer une discrimination par les prix constituerait, en tant que tel, un abus. La suite de l'analyse, dans laquelle la Cour invite la juridiction de renvoi à raisonner en termes d'effet de la pratique sur un concurrent aussi efficace (pt. 38) va encore dans ce sens. C'est en effet parce que la pratique discriminatoire, telle que caractérisée dans la procédure au principal, n'est pas de nature à empêcher un concurrent aussi efficace de rester sur le marché que la Cour indique qu'elle ne peut être qualifiée d'abus.

Enfin, l'approche par les effets se retrouve au cœur de la réponse donnée à la juridiction de renvoi puisque la Cour retient (pt. 44) que "[a]fin d'apprécier l'existence d'effets anticoncurrentiels [...], il y a lieu d'examiner si [la] politique de prix [de l'entreprise dominante], sans justification objective, a pour résultat l'éviction effective ou probable de ce concurrent, au détriment du jeu de la concurrence et, de ce fait, des intérêts des consommateurs". Dans ce dispositif, le dommage aux consommateurs n'est plus inféré de l'altération de la *structure* de la concurrence, c'est-à-dire de l'éviction d'un concurrent quelconque. Il résulte au contraire des motifs de l'arrêt que c'est seulement l'éviction probable d'un concurrent aussi efficace qui permet, en l'absence de justifications, de constater l'abus. Ces considérations justifient sans doute à ce que l'arrêt *Post Danmark* soit appelé à figurer dans les manuels de droit de la concurrence comme le premier arrêt de portée générale dans lequel la Cour exprime son ralliement à l'approche dite moderne ou plus économique de l'abus de position dominante. En effet, si l'arrêt rapporté s'inscrit dans la continuité des arrêts *Deutsche Telekom (préc.)* et *TeliaSonera* (CJCE, 17 février 2011, *TeliaSonera*, aff. C-52/09, cette chronique, *Concurrences* n° 2-2011, p. 108-110), sa portée paraît plus générale, car ces arrêts portaient tous deux spécifiquement sur des pratiques de compression de marges. Ici en revanche, la Cour statue en termes plus généraux, applicable à tout abus exclusion.

Après ces considérations sur l'approche générale de l'abus, il faut s'arrêter sur la partie la plus technique de l'arrêt, celle dans laquelle la Cour envisage différents critères de coûts pertinents pour examiner une pratique de remises sélectives. C'est à notre sens la partie de l'arrêt dont la portée est la moins certaine, car la Cour y revient sur le test de coût de l'arrêt *Akzo*, mais le fait alors qu'elle n'est pas interrogée sur la qualification de prix prédateurs (dans l'affaire *Akzo*, il était bien question de rabais ciblés, comme dans l'affaire au principal, mais ce n'est pas à propos du caractère ciblé

des rabais que la Cour formule le test de coût qui constitue jusqu'à présent le test de qualification de la prédation en droit de l'Union).

L'adaptation du test Akzo en présence d'importants coûts communs à une activité de service universel et une activité concurrentielle

Dans l'affaire au principal, la qualification de prix prédateurs avait été alléguée devant l'autorité de concurrence, mais elle avait été rejetée. L'autorité de concurrence avait appliqué le test *Akzo* en le modifiant légèrement. Elle avait constaté que les prix pratiqués par Post Danmark ne couvraient pas les coûts totaux moyens de l'activité de publipostage, mais qu'ils couvraient les coûts "incrémentaux" de cette activité. Elle en avait déduit que, en l'absence de preuve que Post Danmark avait agi dans l'intention d'évincer ses concurrents, cette pratique ne pouvait être qualifiée d'abus. En somme, l'autorité danoise avait appliqué le test *Akzo* en remplaçant le seuil des coûts variables moyens par un seuil de coût incrémental moyen.

À cet égard, l'affaire de la poste danoise évoque immédiatement pour le lecteur français, celle des vedettes vendéennes (D. Spector, "Définition des coûts pertinents pour caractériser des prix prédateurs d'un opérateur utilisant les mêmes actifs pour une mission de service public et une activité concurrentielle (RPDEV)", *Concurrences* n° 1-2005, pp. 66-67 ; J.-P. Tran Thiet, V. Thouvenin, N. Mouy, C. Barthélémy, "Coûts incrémentaux" : Retour sur les avantages concurrentiels du secteur public, *Concurrences* n° 2-2005, pp. 10-19 ; C. Prieto, "La Cour de cassation censure la Cour d'appel de Paris sur l'analyse du coût incrémental dans l'affaire du transport de passagers entre l'île d'Yeu et le continent (Vedettes inter-îles vendéennes)", *Concurrences* n° 3-2008, pp. 97-99 ; T. Tuot, D. Lescop, "La Cour de cassation censure la méthode d'analyse du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel pour une question de gabarit (Vedettes vendéennes)", *Concurrences* n° 3-2008, pp. 155-156 et, en dernier lieu, cette chronique, *Concurrences* n° 4-2010, pp. 126-128).

L'analogie vient du fait que, à l'instar de la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée, la Poste danoise exerçait, à l'époque des faits à la fois une activité sous monopole (la distribution du courrier inférieur à un certain poids) et une activité libéralisée (la distribution du courrier non adressé). Comme la Régie dans l'affaire des vedettes vendéennes, la Poste utilisait une même infrastructure – son réseau de distribution du courrier – pour exercer les deux activités. Les coûts communs représentaient donc une part importante des coûts, si bien qu'il était difficile de calculer les coûts variables propres à l'activité concurrentielle, ce qui rendait nécessairement malaisée la comparaison entre les prix et ces coûts.

Comme le Conseil de la concurrence en 2004 (décision du 23 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV), n° 04-D-79), l'autorité danoise de la concurrence avait pris le parti de ne pas raisonner sur les coûts variables moyens, mais sur les coûts incrémentaux moyens, définis

comme “les coûts appelés à disparaître à court ou à moyen terme (trois à cinq ans), si Post Danmark cessait d’exercer l’activité de distribution de courrier non adressé” (pt 31). Ce faisant, l’autorité danoise de concurrence avait procédé à une adaptation du test de coût de l’arrêt *Akzo* sur laquelle il existe un consensus, reflété tant dans des communications de la Commission que dans un rapport de l’OCDE (communication de la Commission relative à l’application des règles de concurrence aux accords d’accès dans le secteur des télécommunications – Cadre général, marchés en cause et principes, JOCE, 22 août 1998, C 265/2, pt 110 et s. ; communication sur les priorités de mise en œuvre en matière d’abus-exclusion (préc.), pt 26 ; Predatory foreclosure, DAF/COMP(2005)14, OECD 2004, spéc. p. 35).

Il est en effet admis que, dans des secteurs présentant certaines particularités relatives à la distribution des coûts, le coût variable n’est pas une mesure adaptée à l’objectif poursuivi en matière de répression de la prédation. Cela tient au fait que, pour apprécier l’existence de prix prédateurs, on s’intéresse à la question de savoir si l’entreprise dominante qui ne couvre pas tous ces coûts perdrait moins d’argent en produisant moins. Or, dans le cas particulier où une part importante des coûts de production sont communs à plusieurs produits ou services (disons A, B et C), réduire la production de A n’aura pas nécessairement d’impact à court terme sur les coûts, puisque ceux-ci doivent tout de même être encourus pour continuer à produire B et C. C’est parce que la plupart des coûts ne varient pas avec les quantités d’un seul produit qu’il est inadapté de raisonner en termes de coûts variables dans cette hypothèse. Il est plus pertinent de raisonner en terme de coûts incrémentaux, c’est-à-dire de coûts qui ne seraient pas encourus si l’activité A était abandonnée.

Il ressort des points 32 à 38 de l’arrêt que la Cour admet cette adaptation du test de coûts de l’arrêt *Akzo*. Elle relève en effet que la raison d’être de cette variante tient à la volonté de l’autorité de concurrence d’“identifier l’essentiel des coûts imputables à l’activité de distribution du courrier non adressé” (pt 34). La Cour reconnaît la légitimité de cette démarche et valide explicitement la transposition du test *Akzo* en retenant que lorsque des prix se trouvent dans la zone grise entre les coûts incrémentaux moyens et les coûts totaux moyens, ce seul constat ne peut justifier la qualification de pratique d’éviction abusive (pt 37). Cette règle est justifiée par la considération selon laquelle de tels prix couvrent l’essentiel des coûts imputables à l’activité et permettent donc en principe à un concurrent aussi efficace que l’entreprise en position dominante de concurrencer cette dernière sans encourir des pertes insupportables à long terme (pt 38).

Il convient de souligner que l’arrêt rapporté ne constitue pas un revirement en matière de prix prédateurs mais plutôt une adaptation à un cas particulier, que la Cour distingue du cas général. Ce point est parfaitement clair dans la rédaction de l’arrêt, dans la mesure où la Cour précise qu’il s’agit d’adapter le test *Akzo* “dans les circonstances spécifiques de l’affaire au principal” et, pourrait-on ajouter, dans toutes les affaires où l’importance des coûts communs à plusieurs activités justifie de la même manière le recours aux coûts incrémentaux plutôt qu’aux coûts variables. Il faut se réjouir du fait que la Cour s’attache ici au raisonnement économique qui sous-tend les

critères de coûts plutôt qu’à ces critères eux-mêmes et se départisse de l’application mécanique des critères *Akzo* qui avait caractérisé l’approche du Tribunal et de la Cour dans l’affaire *Wanadoo* (TPI, 30 janvier 2007, *France Télécom c/ Commission*, T-340/03, Rec. p. II-107, V. sur ce point nos obs. *LPA* 6 juin 2007, pp. 14-22 ; CJCE, 2 avril 2009, *France Télécom c/ Commission*, C-202/07 P, Rec. p. I-2369, cette chronique, *Concurrences* n° 2-2009, pp. 112-116).

Si l’arrêt est clair sur l’adaptation du test *Akzo*, on peut en revanche se demander pourquoi la Cour s’est prononcée sur cette adaptation dans la présente affaire alors que, comme le souligne l’avocat général Mengozzi dans ses conclusions (pt. 30), les questions dont elle était saisie ne portaient pas sur une pratique de prix prédateurs mais sur une pratique de prix discriminatoires. Sans doute la Cour a-t-elle considéré – comme du reste son avocat général – que ce point méritait suffisamment d’être clarifié, et ce même si les questions préjudicielles n’y faisaient pas référence. Il est vrai qu’il y avait là une lacune dans la jurisprudence de la Cour, le seul précédent en droit de l’Union étant la décision de la Commission dans l’affaire *Deutsche Post* (Comm. eur., décision du 5 mai 2001, n° 2001/354/EC, JOCE L 125/27). La Cour d’appel de Paris, qui, à l’heure où ces lignes sont écrites, se trouve toujours saisie de l’application du test de coût dans l’affaire des *Vedettes vendéennes*, ne pourra que se réjouir qu’un arrêt de la Cour ait clarifié, en droit, les critères d’appréciation d’une pratique tarifaire d’éviction en présence de coûts communs à une activité de service universel et à une activité concurrentielle.

Justifications tirées de gains d’efficience : La pertinence des économies d’échelle

Un dernier point mérite d’être signalé dans l’arrêt *Post Danmark*. Il concerne l’analyse des justifications objectives que peut avancer une entreprise en position dominante pour échapper à la qualification d’abus. Comme on l’a souligné, la Cour rappelle à la juridiction de renvoi la place que doit occuper l’examen des justifications dans l’analyse d’une pratique au regard de l’article 102 TFUE. En lui-même, ce rappel n’est pas anodin, tant on pouvait se demander si les justifications objectives ont une existence autre que purement théorique à force d’être rejetées et tant il est difficile de réconcilier la jurisprudence traditionnelle en matière de justifications avec une analyse économique de l’abus (v. E. Rousseva, *Rethinking Exclusionary Abuses in EC Competition Law*, Hart, 2010, chap. 7).

Sans procéder à une clarification générale, la Cour avance néanmoins une formule nouvelle relative qui mérite d’être citée : “il appartient à l’entreprise occupant une position dominante de démontrer que les gains d’efficacité susceptibles de résulter du comportement considéré neutralisent les effets préjudiciables probables sur le jeu de la concurrence et les intérêts des consommateurs sur les marchés affectés, que ces gains d’efficacité ont été ou sont susceptibles d’être réalisés grâce audit comportement, que ce dernier est indispensable à la réalisation de ceux-ci et qu’il n’élimine pas une concurrence effective en supprimant la totalité ou la plupart des sources existantes de concurrence actuelle ou potentielle” (pt 42). On retrouve dans cette formule les éléments clés de l’approche

proposée par la Commission dans sa communication sur les pratiques d'éviction (préc., pts 28 et s.) avec toutefois des nuances. Dans sa communication, la Commission se propose de mettre en balance les gains d'efficacité avec les effets néfastes de la pratique sur le bien être des consommateurs. La Cour propose quant à elle une mise en balance des gains d'efficacité non seulement avec les effets préjudiciables pour les consommateurs mais aussi avec l'altération du jeu de la concurrence. L'appréciation sur une balance à deux plateaux présente déjà des difficultés considérables. La balance à trois plateaux est sans doute plus difficile encore à manier. Pour le reste, la Cour reprend les éléments mis en avant par la Commission et inspirés de l'article 101, paragraphe 3, TFUE, à savoir i) un lien de causalité entre les pratiques en cause et les gains d'efficacité ; ii) un lien de nécessité entre ces pratiques et les gains d'efficacité qu'elles procurent et iii) l'exigence que les pratiques en cause n'éliminent pas la concurrence effective en supprimant toutes ou la plupart des sources de concurrence actuelle ou potentielle (pt 42 *in fine*).

Dans l'affaire au principal, Post Danmark était en mesure d'invoquer des gains d'efficacité, car sa pratique de rabais sélectifs lui avait permis, grâce à l'acquisition des nouveaux clients, de réaliser des économies d'échelle apparemment significatives (on ne peut en être sûr, car l'arrêt indique seulement le montant absolu de la baisse de coût unitaire et non le montant relatif (pt 10)). L'autorité danoise avait pour sa part écarté comme non pertinent cet argument tiré de la réalisation d'économies d'échelle (arrêt, pt 11). Au vu de l'arrêt de la Cour, il semble que cela pourrait lui être reproché, si du moins c'est bien au stade de l'examen des justifications que l'autorité danoise s'est prononcée en ce sens, ce qui n'est pas clair à la lecture de l'arrêt. La Cour précise encore que l'autorité qui examine les gains d'efficacité générés par une pratique ne doit pas se contenter d'examiner les documents commerciaux de l'entreprise en position dominante. Ainsi, en l'espèce, il importe peu qu'aucun critère se référant explicitement aux économies d'échelle n'ait figuré dans les documents décrivant la politique générale de Post Danmark en matière de tarification et de rabais (pt 42). En somme, s'il revient bien sûr à l'entreprise d'alléguer des gains d'efficacité, il pèse en revanche sur l'autorité de concurrence un véritable devoir d'examiner ces allégations avec le sérieux requis.

L'arrêt *Post Danmark*, rendu par la Grande chambre, marque à deux égards l'adhésion de principe de la Cour à une approche plus économique des abus-exclusion. D'une part, une portée générale est reconnue au critère du concurrent aussi efficace et, d'autre part, la Cour signale qu'elle prend au sérieux l'analyse des gains d'efficacité au titre des justifications objectives. Il faudra bien sûr attendre des recours en annulation contre des décisions de la Commission pour voir comment les juridictions de l'Union mettent en œuvre les principes ici exposés à l'intention des juridictions nationales.

A.-L. S. ■

1.2. Pratique décisionnelle

ABUS EXCLUSION – ENGAGEMENTS – MARCHÉS DE LA MAINTENANCE DE SYSTÈMES INFORMATIQUES : La Commission européenne rend obligatoire des engagements proposés par une entreprise permettant l'accès de tiers aux marchés de maintenance de ses serveurs dans des conditions raisonnables et non discriminatoires (*Comm. eur., déc. C(2011)*

9245 final du 13 décembre 2011, IBM Services de maintenance, aff. COMP/39692)

Le 26 juillet 2010, la Commission ouvrit deux procédures sur la base de l'article 102 du Traité à l'encontre d'IBM (IP/10/2006). Une première portait sur un possible abus d'éviction au préjudice des développeurs de logiciels d'émulation T3 et Turbo Hercules VLC par l'intermédiaire d'un jumelage entre serveurs centraux et le système d'exploitation d'IBM pour serveur (dominant dans ce secteur). Il pouvait s'agir en l'espèce d'une stratégie d'extension d'une position dominante par effet de levier, en liant un segment monopolistique et un segment soumis à concurrence. Une même logique de levier potentiellement anticoncurrentielle était présente dans la seconde procédure ouverte par la Commission – procédure qui vient d'être close au travers de l'acceptation des engagements définitifs proposés par IBM. Les pratiques d'éviction alléguées s'exerçaient dans ce cas sur des concurrents exerçant leur activité sur des marchés aval de maintenance des serveurs. IBM, qui contrôlait des intrants essentiels à l'exercice de leur activité, aurait mis en œuvre des pratiques relevant de refus de vente implicites (au sens des orientations sur l'application de l'article 102 publiées en février 2009 par la Commission); refus tenant en des restrictions à l'accès aux pièces de rechange ou en l'imposition de délais indus à ces concurrents.

Le 1^{er} août 2011, la Commission adressa à IBM ses préoccupations de concurrence. Celle-ci décida de s'engager dans une procédure négociée, comme cela est de plus en plus le cas en matière de contentieux sur la base de l'article 102.

1. Les pratiques faisant l'objet des préoccupations de concurrence

Les pratiques visées par la Commission se subdivisaient en deux ensembles. Premièrement, IBM imposait des conditions excessives aux opérateurs du marché de l'entretien de ses grands systèmes pour accéder aux ressources nécessaires à l'exercice de leur activité. Conséquences de ces conditions déraisonnables, ces derniers ne pouvaient exercer une pression concurrentielle que dans des conditions dégradées. Nous pourrions dire, dans une optique ordolibérale, qu'IBM usait de son pouvoir de marché – i.e. de ses capacités de coercition – pour imposer des conditions commerciales déséquilibrées à ses partenaires commerciaux et mettre en œuvre un abus d'exploitation. Deuxièmement, le comportement d'IBM était susceptible de se traduire par un abus d'éviction au détriment des concurrents sur le marché aval. Alors que le droit de l'Antitrust américain et la pratique décisionnelle constante de la Cour Suprême exonèrent les opérateurs dominant de toute obligation de contracter avec un tiers, notamment un concurrent (et surtout dans des conditions données), de telles pratiques sont susceptibles de constituer une pratique abusive

dans le cadre européen. En effet, l'attitude de l'opérateur en question est susceptible de remettre en cause la permanence d'une structure de concurrence effective sur le marché aval et, ce faisant, de restreindre la liberté d'accès au marché des concurrents et la liberté de choix des consommateurs.

2. Une procédure close au travers d'engagements volontaires

Les effets des pratiques d'IBM sur la concurrence et sur le bien-être global du consommateur ne feront pas en l'espèce l'objet d'une évaluation dans la mesure où l'affaire s'est close dans le cadre d'une procédure négociée. Le 14 septembre 2011, IBM a proposé un ensemble d'engagements, lesquels ont fait l'objet dès le 20 septembre d'un test de marché, lequel a conduit à la proposition d'engagements remaniés le 24 octobre. Après un avis favorable du Comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes, la Commission a rendu obligatoires, par voie de décision, les engagements volontairement proposés par IBM, le 13 décembre 2012.

Les engagements visent à répondre aux différents handicaps subis par ses concurrents sur le marché aval de la maintenance de ses serveurs de type "z". IBM s'engage à une mise à disposition diligente (sous deux heures) depuis un site de stockage situé aux Pays-Bas de l'ensemble des pièces de rechange et des informations techniques essentielles à cette activité et ce dans des conditions raisonnables et non discriminatoires au point de vue commercial. En d'autres termes, les engagements portent à la fois sur l'accès aux pièces de rechanges et aux codes machines. Valables cinq ans, sous le contrôle d'un superviseur indépendant et prévoyant une procédure de règlement des différends, ces engagements apparaissent comme nécessaires et suffisants à la Commission pour répondre aux préoccupations de concurrence qu'elle avait soulevées dans son évaluation préliminaire.

Les caractères "non excessifs" et "non disproportionnés" des engagements mettent en lumière les enjeux du critère de proportionnalité des remèdes en droit européen de la concurrence. Ce critère prend deux sens différents selon que l'on se situe dans le cadre de l'article 7 du règlement n° 1/2003 ou dans l'article 9. Dans ce second cas, correspondant aux procédures négociées, le contrôle ne porte pas sur l'existence, dans l'absolu, de mesures correctives alternatives et moins contraignantes pour répondre au problème de concurrence considéré. Il ne porte que sur les mesures correctives proposées par l'entreprise considérée. En d'autres termes, si l'entreprise ne propose pas d'elle-même un remède dont les effets seraient équivalents mais qui serait moins contraignant, les autorités de concurrence n'ont pas à évaluer la proportionnalité à partir de ces derniers. Le risque de voir des entreprises dominantes proposer des remèdes allant au-delà de ce qui est nécessaire pour mettre un terme à des poursuites sans subir d'amende ou supporter de décision établissant une infraction à l'article 102 peut dans une certaine mesure être souligné.

En l'espèce les mesures correctives sont de nature à restaurer (ou plutôt à instaurer) un *level playing field*, permettant certes de maintenir une concurrence active sur le marché aval de la maintenance des serveurs mais s'avèrent fort éloignées de la pratique décisionnelle américaine.

F. M. ■

2. FRANCE

ABUS DE POSITION DOMINANTE COLLECTIVE – ENGAGEMENTS – MARCHÉS PUBLICS DE GÉNIE CIVIL : L'Autorité de la concurrence sanctionne un abus de position dominante collective et rend obligatoires des engagements proposés par un Groupement d'Intérêt Économique permettant de garantir l'accès de matières premières essentielles aux opérateurs concurrents (Aut. conc., déc.

n° 12-D-06 du 26 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des agrégats et des marchés aval à Saint-Pierre-et-Miquelon) (voir également, supra, chronique "Ententes"; obs. M. Debroux)

Portant essentiellement sur des pratiques relevant de l'article L. 420-1 du code de commerce, la décision n° 12-D-06 de l'Autorité de la concurrence, traitée également au travers de l'un des cinq griefs notifiés de pratiques traitées par l'article L. 420-2, en l'occurrence un abus de position dominante collective. En l'espèce, un groupement d'intérêt économique (ci-après "GIE"), réunissant un certain nombre d'opérateurs de travaux publics de Saint Pierre et Miquelon, contrôle l'unique carrière de roches massives de l'archipel. Faute d'un accès à la ressource, les entreprises non membres du GIE ne peuvent exercer leur activité dans des conditions de concurrence équilibrée sur des marchés aval de travaux publics, en l'occurrence des marchés de travaux maritimes d'enrochement (ports et protection de l'isthme reliant Miquelon à Langlade). La décision de l'Autorité, dans son volet relatif à l'abus de position dominante, présente le double intérêt de revenir sur les critères permettant de caractériser un abus de position dominante collective et de mettre en relief les mesures correctives pouvant découler de la mise en œuvre de procédures négociées en pareilles situations.

1. Un verrouillage anticoncurrentiel de l'accès à la commande publique par le contrôle conjoint d'un intrant essentiel

La décision de l'Autorité découle d'une auto-saisine du 25 mai 2009 faisant suite à des investigations menées par la DGCCRF, lesquelles avaient mis en évidence de possibles pratiques anticoncurrentielles dans le secteur des agrégats et des marchés aval du bâtiment et des travaux publics dans l'archipel. Celles-ci tiennent notamment au contrôle par quatre opérateurs (sur onze utilisateurs d'agrégats) de la seule carrière de roches massives, la carrière du Fauteuil, au travers d'un GIE. Par autorisation préfectorale du 30 décembre 1998, le GIE jouit d'une exclusivité d'exploitation pour vingt ans. Si la carrière fournit des agrégats utilisés pour des enrobés bitumeux et du béton, elle permet également d'extraire des enrochements, directement commercialisés par le GIE.

Alors que les pratiques faisant l'objet de la décision tiennent principalement à des ententes nouées autour de marchés publics, pratiques particulièrement graves au vu du poids de ces derniers dans le secteur du BTP local et plus généralement dans l'économie de l'archipel, le cas de la fourniture des enrochements relève d'un abus de position dominante collective.

En l'espèce, le GIE conservait à son niveau les enrochements et répondait aux appels d'offres portant sur des travaux maritimes. La concurrence à laquelle il devait faire face était limitée du fait du contrôle exclusif qu'il détient sur la seule carrière de l'archipel. Ses concurrents ne pouvaient que s'appuyer ponctuellement sur des stocks issus de chantiers passés ou sur des importations particulièrement onéreuses en provenance du Canada. Entre 2003 et 2009, le GIE a remporté dix des onze lots mis en concurrence, le seul lui ayant échappé correspondant non pas à un marché de fourniture mais de mise en œuvre d'un enrochement. L'hégémonie du GIE procédait en grande partie du désavantage compétitif dirimant que subissaient ses concurrents contraints de s'approvisionner à l'étranger. Pour des enrochements de 3 à 6 tonnes, l'écart de prix en faveur des matériaux issus de la carrière du Fauteuil et ceux importés s'établissait à 21 %. L'écart pouvait atteindre 92 % pour des enrochements de 0,5 à 1 tonne.

Cette position dominante se traduisait par des hausses très significatives des prix pratiqués d'un marché à l'autre (de 40 à 50 % selon les cas), conduisant les acheteurs publics à déclarer certains marchés infructueux (17 marchés sur 84 entre 2003 et 2009). Les concurrents du GIE, faute d'un accès aux roches de la carrière du Fauteuil, ne pouvaient exercer une concurrence effective, la possibilité de présenter des offres économiquement et techniquement acceptables leur étant refusée.

2. Caractérisation d'un abus de position dominante collective

Forme hybride entre pratique unilatérale et pratique coordonnée, la notion d'abus de position dominante collective recouvre le comportement anticoncurrentiel que peut mettre en œuvre un ensemble d'entreprises qui, du fait des facteurs de corrélation existant entre elles, est en mesure d'adopter une ligne d'action commune sur le marché et d'agir de façon appréciable indépendamment de leurs autres concurrents et des consommateurs (pour une synthèse voir N. Petit, *Oligopoles, collusion tacite et droit communautaire*, Bruylant-LGDJ, 2007 Bruxelles-Paris, 685 p.).

Ces facteurs de corrélation peuvent relever de logiques de collusion tacite tenant à la prise en considération des interdépendances liées à l'homogénéité des acteurs présents sur le marché, à l'identification d'une ligne d'action mutuellement profitable, à un degré de transparence suffisant à la détection rapide d'éventuelles déviations vis-à-vis de cette dernière et à l'existence de possibilités de rétorsions suffisamment significatives et rapides à mettre en œuvre pour revêtir un caractère dissuasif. La corrélation des comportements peut également procéder de l'existence de liens structurels. Auquel cas, l'existence de liens capitalistiques ou d'accords formalisés et la démonstration d'un parallélisme de comportement suffisent à caractériser une dominance collective (arrêt de la Cour de Justice du 16 mars 2000, *Compagnie maritime belge*, aff. C-395/96).

Une position dominante collective est retenue sur le marché de la commercialisation des enrochements. Il s'agit d'un marché distinct de ceux pour lesquels des pratiques d'entente

ont été caractérisés dans la même décision (production d'agrégats et mise en œuvre de ces derniers dans les marchés aval de travaux publics). En effet, les sociétés constitutives du GIE possèdent une part de marché cumulée supérieure à 80 % tant sur les marchés amont qu'aval. Elles se caractérisent par des liens structurels, liés au contrôle conjoint de la carrière du Fauteuil. Elles n'ont guère d'incitations à dévier de leur ligne d'action commune. Elles sont en outre protégées par des barrières à l'entrée tenant à l'impossibilité des concurrents à être compétitifs si leurs offres reposent sur des importations et au caractère fermé de la structure du GIE, leur interdisant l'accès aux intrants qui leur permettrait de proposer des offres concurrentielles.

Une responsabilité particulière pèse sur une entreprise, ou groupe d'entreprises, détenant une position dominante. Celle(s)-ci ne doi(ven)t pas porter atteinte par son (leur) comportement à la préservation d'une structure de concurrence effective sur le marché considéré ou sur un marché connexe (Cons. conc. dec. n° 02-D-44 du 11 juillet 2002 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement). Il s'agit, dans le cas présent, de pratiques susceptibles d'influer sur la structure d'un marché déjà caractérisé par une faible intensité concurrentielle ou de faire obstacle au maintien ou au développement de la concurrence sur les marchés considérés, par d'autres moyens que ceux qui gouvernent une concurrence normale. En l'espèce, les pratiques des entreprises sur le marché de la fourniture de matériaux d'enrochement revenaient à une stratégie d'augmentation des coûts des rivaux, voire d'éviction directe dès lors qu'il s'agissait de refus de vente.

3. La sanction de l'abus de position dominante collective et le recours à une procédure négociée

Un organisme collectif peut voir sa responsabilité personnelle engagée parallèlement à celle de ses membres dès lors qu'il a eu un comportement anticoncurrentiel distinct et autonome de ceux qu'ils ont eux-mêmes mis en œuvre (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 26 octobre 2004 confirmant la décision du Conseil de la concurrence n° 04-D-07 du 11 mars 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne). Dans notre cas, le comportement autonome est caractérisé par la candidature directe du GIE à certains marchés publics. La sanction était d'autant plus élevée que les pratiques en cause se caractérisaient par une gravité particulière. En effet, elles revenaient à une fermeture de l'accès des concurrents au marché, verrouillage reposant sur un monopole lié à une exclusivité liée à la réglementation (Aut. conc., dec. n° 10-D-15 du 11 mai 2010, *taxis amiénois*). Les pratiques portaient sur des marchés publics (arrêt de la Cour d'appel de Paris du 25 septembre 2007, *entreprise Vendasi*) dans un territoire dans lequel la commande publique représente un poids économique particulier. Elles se traduisirent soit par des surcoûts pour la personne publique contractante soit par des marchés infructueux (particulièrement préjudiciables pour la collectivité, notamment en termes de coûts de transaction).

Les parties ne contestèrent pas les griefs et proposèrent des engagements. La non contestation (article L. 464-2 du code de commerce) permet de réduire de moitié le montant maximal de la sanction encourue. Dans la mesure où une procédure simplifiée a été mise en œuvre, le montant maximal individuel de la sanction pécuniaire ne peut excéder 750 000 €. Le montant de base retenu pour le GIE (valeur des ventes pondérée par la gravité des faits et la durée des pratiques) s'élevait à 150 999 €, montant inférieur aux 448 129 € qui dériveraient de la prise en compte de son chiffre d'affaires. Le recours à une procédure d'engagements conduisit à proposer une réduction de la sanction de 20 à 25 %. Les mesures correctives volontairement proposées, faute de pouvoir prendre une forme de remèdes structurels, du fait de l'exiguïté du marché et du caractère limité des ressources, consistent principalement en des garanties d'accès non discriminatoires aux concurrents aux intrants (engagement n° 1), en la renonciation du GIE à toute soumission à des appels d'offres publics et à son recentrage sur des missions d'extraction de matière brute et de transformation telles le concassage et production d'enrobés (engagement n° 4) mais aussi en des règles d'adhésion des tiers (engagement n° 3). En effet, il s'agit de prévenir les risques de verrouillage anticoncurrentiel du marché au travers d'un refus d'accès ou de conditions d'accès injustifiées à un intrant essentiel (dans notre cas les enrochements) au travers de règles gouvernant l'admission de nouveaux opérateurs issus du marché aval au sein même du GIE. Ainsi, les engagements, qui conduisirent à limiter la sanction pécuniaire du GIE à 120 790 €, tiennent notamment à l'ouverture de ce dernier à tout opérateur de travaux publics présentant des garanties standard en termes d'honorabilité et de solvabilité dans les trois mois sous réserve d'une approbation unanime de ses membres. L'adhésion se fera moyennant un droit d'entrée établi au prorata de l'actif net corrigé du GIE. Tout refus devra être notifié et justifié par écrit.

Ainsi, la solution à un problème concurrentiel lié au contrôle conjoint par un ensemble d'opérateurs intervenant sur un marché aval d'une ressource amont essentielle se trouve-t-elle dans une obligation d'admission des entreprises tierces présentes sur le marché aval au sein de la structure gérant cette ressource, comme cela fut le cas en 1912 avec le remède proposé par l'arrêt de la Cour Suprême *Terminal Railroad* (F. Marty, et J. Pillot, "Pratiques de boycott ou refus d'accès à une infrastructure essentielle ? De Terminal Railroad à l'IRM d'Arcachon", *RLC* n° 26, janvier-mars 2011, pp. 17-25).

F. M. ■

REFUS D'UNE DEMANDE DE CONVENTION – FACILITÉ ESSENTIELLE – SECTEUR MÉDICAL : L'Autorité de la concurrence conclut à un non-lieu dans le cadre d'une saisine relative à un refus d'une demande de convention pour l'accès au marché du traitement de l'insuffisance rénale chronique (*Aut. conc., déc.*

n° 12-D-03 du 23 janvier 2012 concernant une saisine de la Polyclinique de Savoie relative à des pratiques de l'Association pour l'Utilisation du Rein Artificiel (AURAL-Lyon) dans le secteur du traitement de l'insuffisance rénale chronique par dialyse en Haute-Savoie) (voir également, *infra*, chronique "Secteur public", obs. J.-P. Kovar)

En mai 2008, le Conseil de la concurrence a été saisi par la Polyclinique de Savoie au sujet de pratiques mises en œuvre dans le secteur du traitement de l'insuffisance rénale chronique dans le nord du département de la Haute-Savoie. La Polyclinique avait demandé en 2006 une autorisation d'exercice de cette activité auprès de l'agence régionale d'hospitalisation de Rhône-Alpes (ci-après "ARH"). Cette demande couvrait l'ensemble des modalités de traitement, y compris celles déjà couvertes par deux opérateurs en place, l'AURAL (Association pour l'Utilisation du Rein Artificiel) et les Hôpitaux du Léman (secteur public hospitalier). Ces derniers, porteurs d'un projet de création d'un regroupement de coopération sanitaire, obtinrent l'agrément. À l'inverse, la demande d'autorisation présentée par la Polyclinique fut rejetée parce que non conforme au Schéma Régional d'Organisation Sanitaire (SROS). L'AURAL ayant refusé de conclure une convention de coopération sanitaire avec elle, la Polyclinique saisit l'Autorité sur la base d'un abus de position dominante dont elle serait victime. Elle considérait que le refus de contracter de l'AURAL était constitutif d'un verrouillage de l'accès au marché. L'exclusivité conférée par l'ARH à cette dernière en matière d'autodialyse dans le nord du département ferait d'elle la détentrice d'une facilité essentielle. Le refus d'accepter sa demande de convention revenait, selon elle, à une discrimination et à un abus de dépendance économique. Elle dénonçait, dans le même temps, une entente avec l'ARH visant à fermer l'accès au marché des opérateurs privés.

Nous envisageons la décision de l'Autorité – proche de nombreuses décisions relatives à l'accès à des équipements médicaux lourds dont l'installation et les conditions d'accès sont soumises à un encadrement réglementaires à l'instar des scanners et des IRM – sous l'angle de l'activation de la théorie des facilités essentielles. Après avoir succinctement présenté la saisine (1.), nous montrons comment l'Autorité a rejeté en l'espèce l'activation de cette dernière (2.).

1. Un contentieux classique portant sur l'installation et l'accès à des équipements médicaux lourds

Le contentieux entre la Polyclinique et l'AURAL s'articule avec la mise en place de la troisième génération du SROS par l'ARH en 2006. En matière de traitement de l'insuffisance rénale chronique (ci-après IRC) par épuration extra-rénale, le schéma fixe des objectifs quantitatifs pour chaque territoire de santé. Ce faisant, l'entrée sur ce marché est conditionnée pour les établissements de santé à une autorisation d'exercice

par l'ARH. Celle-ci, d'une durée de cinq ans, suppose que l'établissement dispose des trois modalités de traitement de l'IRC (hémodialyse en centre, hémodialyse en unités d'auto-dialyse et enfin dialyse à domicile) ou du moins ait conclu une convention de coopération avec un établissement tiers lui permettant de couvrir l'ensemble de ces dernières. Ces conventions peuvent prendre la forme d'une convention simple ou de la constitution d'un groupement de coopération sanitaire (ci-après GCS). L'ARH peut, dans le cadre de la procédure, refuser une autorisation si elle considère que l'ensemble des besoins de santé définis pour la zone considérée sont d'ores-et-déjà satisfaits.

La Polyclinique demanda donc en septembre 2006 une autorisation sur le bassin de santé n°13 (nord du département) couvrant l'ensemble des modalités de traitement, y compris celles sur lesquelles l'AURAL et les Hôpitaux du Léman coopéraient déjà. Au moment où ces derniers s'engageaient dans la constitution d'un GCS, elle se portait candidate en propre sans prévoir de coopération avec des tiers. Sa demande fut rejetée en mars 2007 par l'agence régionale, laquelle souligna que le projet ne s'inscrivait pas dans la filière néphrologique locale et que les besoins étaient satisfaits. Ainsi, comme le souligne l'Autorité dans sa décision, le refus de l'ARH était indépendant du refus de l'AURAL de s'engager dans une coopération avec la Polyclinique. En effet, la demande de coopération fut signifiée en février 2007 et dès avril de la même année, l'AURAL déclina la proposition en arguant de l'incompatibilité d'une éventuelle coopération avec le GCS en cours de constitution. Non seulement le refus apparaît comme légitime aux yeux de l'Autorité (demande tardive sans projet médical commun motivée par l'anticipation d'un refus d'autorisation par l'ARH) mais en outre l'existence d'une coopération avec l'AURAL n'était pas une condition nécessaire à l'obtention de ladite autorisation.

Cependant, la décision de l'ARH conduisit la Polyclinique à engager un ensemble de procédures relevant pour le moins d'une stratégie juridique "active" (voir A. Masson, (s.d.) (2009), *Les Stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, Bruxelles, juillet)... Un premier recours ministériel fut en effet engagé le 25 mai 2007 pour obtenir l'annulation de la décision de l'ARH. Il fut suivi d'une saisine le 25 janvier 2008 du tribunal administratif de Lyon. Le tribunal débouta le 13 octobre 2009 la requérante pour défaut de preuve quant à ses allégations selon lesquelles la décision de l'ARH était de nature à créer ou renforcer une position dominante sur le marché considéré. Cette stratégie juridique s'accompagna comme nous l'avons vu de la saisine du conseil de la concurrence dès le 20 mai 2007.

Si l'Autorité se déclare, conformément à sa pratique décisionnelle, compétente pour traiter d'éventuels problèmes de concurrence sur les marchés de services médicaux et si elle définit effectivement un marché pertinent du traitement de l'IRC par épuration extra-rénale sur le bassin hospitalier du nord de la Haute-Savoie, nous verrons dans notre seconde section, qu'elle rejette l'assertion de la plaignante selon laquelle l'AURAL jouit, du fait de la réglementation, d'un monopole lui permettant de faire obstacle à toute nouvelle entrée sur le marché de l'IRC, monopole qui plus est pérenne au vu de l'absence de révision prochaine de l'offre de soin par l'ARH.

2. Un non-lieu basé sur la prise en compte des critères d'activation de la théorie des facilités essentielles

Si pour la polyclinique, le refus de contracter opposé par l'AURAL constituait un abus de position dominante et un refus d'accès à une infrastructure indispensable pour exercer son activité sur le marché du traitement de l'IRC, l'Autorité la contredit sur la base même des critères d'activation de la théorie des facilités essentielles. En effet, cinq critères cumulatifs ont été dégagés de sa pratique décisionnelle (Cons. conc., avis n° 04-A-01 relatif à l'accès à la boucle locale des télécommunications, confirmé par l'arrêt de la Cour de cassation du 12 juillet 2005 portant sur la décision n° 03-MC-04 relatif au logiciel Presse 2000 des NMPP – actuellement *Prestalis*). Premièrement, l'entreprise détentrice de l'infrastructure doit être en situation de monopole ou du moins de position dominante. Deuxièmement, l'accès à cette dernière doit être strictement nécessaire (ou indispensable) pour qu'un tiers puisse exercer une activité sur un segment de marché connexe à celui sur lequel l'opérateur détenteur de l'infrastructure détient une position dominante. Troisièmement, il est impossible à un opérateur tiers de reproduire celle-ci dans des conditions économiques et techniques raisonnables. Quatrièmement, l'accès doit être refusé dans des conditions restrictives et injustifiées. Enfin, cinquième et dernier critère, l'accès doit être techniquement possible.

Ces critères ne peuvent permettre de caractériser le refus d'AURAL de s'engager dans une convention de coopération avec la Polyclinique comme participant à une stratégie d'abus d'éviction dans la mesure où la condition posée par le premier critère n'est déjà pas satisfaite. En effet l'AURAL ne détient pas une position dominante sur le marché considéré. Alors que sa part de marché en volume s'établit à 45 %, sa part en valeur se limite à 37 %, bien en-deçà des Hôpitaux du Léman (respectivement 55 et 63 %).

En outre, les autres pratiques alléguées par la Polyclinique sont également rejetées par l'Autorité. Nul élément de preuve n'est en effet apporté quant à une éventuelle pratique concertée entre l'AURAL et le secteur public hospitalier régional. De la même façon, l'abus de dépendance économique au détriment de la Polyclinique ne saurait être retenu dans la mesure où le code de commerce réserve cette notion aux entreprises qui entretiennent des relations contractuelles dans le secteur commercial, situation bien éloignée d'un refus de contracter...

F. M. ■

STRATÉGIE D'ÉVICTION – MESURES CONSERVATOIRES – SERVEURS INFORMATIQUES ET LOGICIELS ASSOCIÉS : L'Autorité de la concurrence refuse de prononcer des mesures conservatoires quant à la stratégie d'une entreprise en matière de développement de systèmes de gestion de bases de données relationnel (SGBDR) mais poursuit l'instruction de la saisine de Hewlett-Packard au fond (Aut. conc., déc. n° 12-D-01 du 10 janvier 2012 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par les sociétés Oracle Corporation et Oracle France)

L'Autorité a à traiter d'une saisine de Hewlett-Packard (ci-après "HP") dénonçant des pratiques d'éviction anticoncurrentielle sur le marché des serveurs dont se rendrait coupable Oracle au travers de sa stratégie en matière de développement de nouvelles versions de son système de gestion de base de données relationnel (SGBDR) et de tarification des licences de celui-ci. Sa stratégie conduirait à évincer HP du marché des serveurs au profit de sa propre filiale Sun Microsystems et risquerait de placer le consommateur face à un duopole constitué d'Oracle et IBM, l'un et l'autre verticalement intégrés sur l'ensemble de la pile technologique (des serveurs aux logiciels applicatifs en passant par les SGBDR), instaurant ainsi un modèle de concurrence en silos.

L'autorité se prononce dans la présente décision sur la demande de mesures conservatoires déposée par HP. Celles-ci consistent en une injonction de rendre disponible la prochaine version du SGBDR d'Oracle sur les serveurs qu'elle commercialise et en une injonction de modifier ses pratiques tarifaires, considérées comme discriminatoires et susceptibles, selon elle, de l'évincer du marché. Après avoir analysé le secteur (1.), nous caractérisons les risques concurrentiels potentiels liés à la stratégie d'Oracle (2.) et analysons la décision de l'Autorité quant à la demande de mesures conservatoires (3.).

1. Le secteur : Les liens entre SGBDR et serveurs

Les SGBDR sont un élément crucial dans la pile technologique constitutive des systèmes d'informations des entreprises. Ils assurent la communication entre les serveurs et leurs systèmes d'exploitation d'une part et les applications logicielles des entreprises d'autre part en permettant notamment le stockage de données sur des tables séparées et en réalisant des liens entre ces différentes tables. À ce titre les SGBDR présentent un degré supérieur de performance que les SGBD, lesquels rassemblent les données dans une seule et même table. Oracle fait figure d'opérateur de référence dans le domaine avec son SGBDR 11g, sorti en 2009, dont une nouvelle version est attendue en octobre 2012. Ses principaux concurrents sont IBM, Microsoft, Terradata et SAP.

Les serveurs d'entreprise quant à eux se caractérisent par des degrés élevés de disponibilité, de fiabilité, de facilité de maintenance et de sécurité devant leur permettre d'assurer des tâches dites "à mission critique", en d'autres termes des tâches dont la réalisation est essentielle au bon

fonctionnement de l'entreprise. Les serveurs disponibles sur le marché se répartissent en trois grandes familles. La première correspond aux *mainframes*, les serveurs les plus puissants, secteur dominé par les serveurs "z" d'IBM. La deuxième catégorie se distingue par des architectures spécifiques. Un premier sous-ensemble correspond aux RISC (*reduced instruction set computers*), un second aux EPIC (*explicitely parallel instruction computing*). Les serveurs de type RISC sont dominés par les IBM Power et les Sun (i.e. Oracle) SPARC. Pour les EPIC, l'opérateur principal est HP avec ses Integrity, fonctionnant avec des processeurs Intel Itanium. Une troisième catégorie de serveurs fonctionne enfin avec des processeurs x86 mis en réseau (*cluster*). Ces derniers sont aptes à assumer des tâches critiques et certaines entreprises qui utilisaient précédemment des RISC ou EPIC ont migré vers ces derniers.

Il est en effet plus facile pour une entreprise de changer de serveurs que de SGBDR, la migration d'un SGBDR à un autre se traduisant non seulement par des coûts significatifs mais aussi et surtout par des risques de rupture dans la réalisation des tâches critiques durant la phase de transition. Il s'ensuit une forte inertie des entreprises. Elles changent certes de SGBDR tous les quatre à six ans, du fait des évolutions dans les applications et des contraintes de support technique mais elles tendent à simplement passer d'une version à une autre afin de prévenir toute difficulté de transition.

L'utilisation d'un SGBDR fait l'objet d'une tarification spécifique. Par exemple, dans le cas d'Oracle, un premier type de licence (*named user plus*), peu usité, correspond à un paiement assis sur le nombre d'individus (ou de machines) habilités à utiliser les bases de données gérées. Le second type de licence (*per processor*) est assis sur le nombre des processeurs utilisés – i.e. sur la puissance du système. Celle-ci va non seulement dépendre de l'architecture de ce dernier mais aussi du nombre de cœurs par processeur.

Un changement dans la tarification des licences des SGBDR d'Oracle, considéré comme pénalisant particulièrement les serveurs HP et l'annonce d'un arrêt des développements sur les processeurs Intel Itanium utilisés par HP, conduisent ce dernier à saisir l'Autorité pour obtenir des mesures conservatoires visant à prévenir une possible éviction du marché des serveurs.

2. De la possibilité d'une éviction de HP du marché des serveurs du fait de l'évolution de la stratégie d'Oracle en matière de développement et de tarification des SGBD

Comme nous l'avons noté les pratiques d'éviction alléguées reposent sur l'arrêt des développements menés par Oracle sur les processeurs utilisés par HP (a) et sur l'évolution des pratiques tarifaires en matière de licences d'utilisation dans un sens considéré comme discriminatoire par la plaignante (b).

a) La fin des développements sur les processeurs Intel Itanium revient-elle à une cessation de fourniture ?

En mars 2011, Oracle annonce la fin de ses développements logiciels sur la base des processeurs Intel Itanium. Considérant que ces derniers sont technologiquement en fin de vie, Oracle renonce à y porter les futures versions de son SGBDR. Il n'en

continuera pas moins à assurer les fonctions de supports sur les précédentes versions de façon à ne pas contraindre les utilisateurs à une transition précipitée. Pour HP, il s'agit d'une cessation de fourniture abusive d'autant plus susceptible de conduire à son éviction du marché des serveurs qu'il est moins coûteux et risqué pour les utilisateurs de changer de serveur que de changer de SGBDR. Selon lui, la décision d'Oracle viserait à l'évincer du segment des serveurs de type RISC/EPIC au profit de Sun Microsystems, acquis en 2010, et proposant des serveurs SPARC substituables aux siens. La mise en œuvre d'une stratégie de levier anticoncurrentiel visant à étendre sa position dominante d'un segment de marché à un autre serait d'autant plus probable que le coût du portage de la nouvelle version du SGBDR d'Oracle sur les processeurs Itanium serait modique. Pour HP, une perte de 80 à 90 % de ses clients français serait probable à moyen terme, impliquant sa sortie inexorable du segment dans la mesure où les coûts de développement des nouvelles générations de serveurs doivent être amortis sur de longues séries.

En termes économiques, les pratiques alléguées ne sont pas sans faire écho à l'affaire *Microsoft*, notamment en matière d'extension de la position dominante par effet de levier au travers de la réduction de l'interopérabilité. Se posent donc dans les mêmes termes les questions relatives à la nature anticoncurrentielle de la cessation d'une pratique de marché donnée et à la possibilité de contraindre un opérateur donné à engager des développements visant à garantir la compatibilité de ses équipements avec ceux d'opérateurs tiers. Le consommateur gagne indubitablement en matière de préservation de sa liberté de choix et de maintien d'une pluralité de dynamiques de développements de nouveaux biens et services. Dans le même temps, il n'est pas établi – du fait de la loi du profit de monopole unique dans une branche donnée – qu'Oracle ait des incitations à étendre sa position dominante sur le marché des serveurs. Il peut capter l'ensemble des rentes de monopole au niveau du segment des SGBDR et peut même considérer que cette rente est accrue par la concurrence existante au niveau des serveurs dans la mesure où l'éviction de HP (et donc l'affaiblissement du sous segment des serveurs de type EPIC au profit des RISC sur lequel intervient Sun) pourrait détourner du marché une partie des clients.

Cependant, dans une approche de type post-Chicago, une telle stratégie peut présenter un intérêt dans certaines situations pour un opérateur détenant une position dominante sur un segment donné (voir R. J. Pierce, "Is Post-Chicago Economics Ready for the Courtroom? A Response to Professor Brennan", *George Washington Law Review*, vol. 69, October-December 2001, pp. 1103-1126). L'éviction d'un concurrent sur un segment aval peut en effet avoir pour effet de consolider la position dominante sur le segment amont, en réduisant les risques d'intégration verticale venant de l'opérateur aval, en réduisant les débouchés potentiels d'un concurrent entrant sur le marché amont ou en obligeant à terme tout nouvel entrant à pénétrer simultanément les deux segments. Reste cependant, au vu du caractère captif des clients d'un SGBDR donné, à jauger de la réelle contestabilité de la position d'Oracle sur ce segment et donc de son intérêt à évincer les concurrents du marché aval des serveurs. Il conviendrait donc d'arbitrer entre les coûts potentiels pour

le consommateur en termes de renforcement de la puissance de marché d'Oracle, de réduction de la diversité des choix et des dynamiques technologiques sur le marché des serveurs et les gains d'efficacité potentiels liés aux économies d'échelle et d'envergure, à la réduction des coûts de transaction voire à la concentration des budgets de développement sur une technologie donnée (voir à titre illustratif, R.L. Goettler and B.R. Gordon, "Does AMD Spur Intel to Innovate More?", *Journal of Political Economy*, Vol. 119, n° 6, December 2011, pp. 1141-1200). Au-delà de la dimension de l'impact de la décision d'Oracle en termes de bien-être du consommateur, un test de type "absence de sens économique" peut permettre de jauger sur la rationalité – autre qu'une logique d'éviction anticoncurrentielle – de la décision d'Oracle de cesser ses développements sur les processeurs Itanium (v. G.J. Werden, "Identifying Exclusionary Conduct under Section 2 : The 'No Economic Sense' Test", *Antitrust Law Journal*, 2005, vol. 73, pp. 414-433).

Toujours est-il qu'une instruction au fond est indispensable pour jauger des conséquences de la décision d'Oracle et déterminer si celle-ci est effectivement de nature à influencer sur la structure de la concurrence sur le marché des serveurs...

b) Le changement de tarification d'Oracle peut-il conduire à une discrimination susceptible d'évincer un concurrent ?

HP reproche également à Oracle d'avoir modifié ses règles de tarifications des licences pour ses SGBDR dans un sens qui lui serait particulièrement préjudiciable. En effet, un coefficient multiplicateur dans le calcul de la redevance fondé sur le nombre de cœur par processeur a été doublé ce qui affecte particulièrement les serveurs HP et les handicape vis-à-vis des SPARC de Sun, pour lesquels les tarifs de licences seraient orientés à la baisse. Afin que les utilisateurs de SGBDR Oracle ne soient pas conduits à renoncer à leurs serveurs HP (les seconds étant moins coûteux à remplacer que les premiers, rappelons-le), HP indique être obligée d'accorder des remises. Le changement de tarification peut donc, à court terme, participer d'une stratégie d'augmentation des coûts des rivaux (si HP compense les surcoûts supportés par les utilisateurs finaux) et à long terme s'insérer dans une logique d'éviction. Le caractère discriminatoire de la stratégie d'Oracle serait d'autant plus caractérisé, selon HP, que la hausse est basée sur le nombre de cœurs et non sur la performance des serveurs. Ce faisant, IBM, dont les performances reposent sur des fréquences plus élevées, échapperait aux conséquences du changement de la politique de redevance mise en œuvre par Oracle. À performance équivalente, un serveur HP se verrait imposer une redevance deux fois plus élevée qu'un IBM.

3. L'analyse de l'Autorité et sa décision en matière de mesures conservatoires

L'évaluation des effets potentiels des pratiques va étroitement dépendre de la définition du marché pertinent et de l'analyse du fonctionnement de ce dernier.

La définition du marché pertinent en matière de serveurs est une dimension essentielle dans la mesure où elle détermine les possibilités d'arbitrage que peuvent réaliser les

consommateurs. Le plaignant retient la définition la moins large possible, écartant les *mainframes* et les x86 en réseau, pour ne retenir que le sous-segment des RISC et EPIC. Oracle, de son côté, argue d'une substituabilité entre ces trois segments dans la mesure où, en termes fonctionnels, les uns et les autres sont à même de prendre en charge des tâches critiques. À ce niveau de l'instruction, l'Autorité retient la définition la plus large, ne s'interdisant pas de revenir à une segmentation plus étroite. La même difficulté se pose en matière de SGBDR; à ceci près que les positions sont logiquement inversées. HP argue de l'existence d'un segment haut de gamme sur lequel Oracle serait fortement dominant alors que ce dernier défend une vision englobant l'ensemble des SGBDR.

Même si la définition la plus large est retenue par l'Autorité, Oracle considère qu'il ne saurait être considéré comme dominant au vu du degré de turbulence technologique du marché et du fort rythme de renouvellement des produits. Cependant, au vu des différents critères permettant de caractériser la position dominante (à savoir le niveau de la part de marché en termes absolus et en termes relatifs par rapport aux concurrents les plus puissants, la notoriété de l'entreprise, l'existence de barrières à l'entrée, de menaces crédibles d'expansion des concurrents sur le marché et enfin l'éventuelle puissance de marché compensatrice des clients), il apparaît qu'Oracle est bien dominant sur le segment des SGBDR. En effet, alors qu'Oracle détient une part de marché d'environ 50 %, son premier concurrent IBM n'en détient que la moitié. Considéré symétriquement, sa part de marché est supérieure au cumul de celles de ses cinq premiers concurrents. Qui plus est sa croissance est supérieure à celle du marché et à celle de ses principaux concurrents. De la même façon, le marché est protégé par de fortes barrières à l'entrée, tant de natures technique, financière, que réputationnelle. Enfin, le caractère captif des clients vis-à-vis du SGBDR installé joue sur la stabilité de la répartition des parts de marché, dissuade l'entrée de nouveaux acteurs et réduit significativement le pouvoir de négociation des clients.

Pour ce qui est des pratiques alléguées, les risques d'éviction de HP liés au changement de pratiques d'Oracle vont étroitement dépendre du degré de substituabilité existant avec les serveurs utilisant des x86 en réseau, technologie sur laquelle HP est également présent. De la même façon, l'Autorité envisage la cessation des développements sur la base des processeurs Itanium comme pouvant potentiellement participer d'un refus de fourniture susceptible de léser le consommateur. En effet, une éventuelle éviction de HP empêcherait la mise sur le marché de produits et services innovants ou du moins le priverait des innovations subséquentes à cette famille de serveurs. Cependant, l'arrêt des développements d'Oracle sur les puces Itanium (dont les serveurs HP Integrity sont les utilisateurs quasi-exclusifs) ne signifie pas inexorablement la disparition de ces serveurs. En effet, d'autres SGBDR, notamment ceux développés par SAP et IBM, demeurent compatibles avec les serveurs HP, lequel d'ailleurs s'engage dans des partenariats avec d'autres développeurs. Il convient donc d'évaluer dans quelle mesure (et/ou dans quel délai) ces alternatives peuvent conduire le consommateur à ne pas abandonner les serveurs de HP. Le risque sur la dynamique future d'innovation lié à une possible éviction de HP est

d'autant plus significatif que pourrait se développer une concurrence duopolistique en silos entre Oracle et IBM (l'un et l'autre verticalement intégrés sur l'ensemble de la pile technologique) rendant les consommateurs d'autant plus captifs que les coûts de changement (*switching costs*) seraient élevés.

La fin des développements sur les puces utilisées par HP, couplée aux changements de pratiques tarifaires, peut faire craindre une stratégie de discrimination visant à marginaliser un concurrent sur le marché des serveurs. La discrimination tarifaire constitue une pratique abusive au sens de l'article 102 du Traité, dès lors que l'entreprise dominante tend à créer des distorsions entre ses différents partenaires commerciaux, lesquels sont en concurrence sur un marché connexe (arrêt de la Cour de Justice du 15 mars 2007, *British Airways plc v. Commission*, aff. C-95/04P).

La différenciation tarifaire peut donc être qualifiée d'abusives dès lors que les différences de traitement entre les partenaires commerciaux ne reposent pas sur une base objective, que ces derniers sont dans des conditions équivalentes et qu'elles créent un désavantage concurrentiel pour certains d'entre eux. La question centrale est ici celle de la légitimité d'une modulation en fonction du nombre de cœurs et non de la fréquence, laquelle pénalise HP vis-à-vis d'IBM.

Cependant, si l'Autorité convient de la nécessité d'une instruction au fond, elle ne donne pas droit à HP dans sa demande de mesures conservatoires, considérant que les conditions de celles-ci ne sont pas réunies. HP réclamait en effet qu'Oracle rende disponible les prochaines versions de son SGBDR sur tout serveur utilisant des processeurs Intel Itanium et fonctionnant sous le système d'exploitation Unix et qu'il modifie ses règles tarifaires de façon à ne plus handicaper les utilisateurs de serveurs HP vis-à-vis des utilisateurs d'IBM.

Les mesures conservatoires ne peuvent être imposées que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante.

Sur les premiers points, il s'agit de déterminer si les risques d'éviction préjudiciables aux consommateurs sont réels et immédiats. Tout d'abord, malgré le caractère captif des utilisateurs vis-à-vis de leur SGBDR, il apparaît que d'autres SGBDR que celui d'Oracle connaîtront de nouveaux développements pour les serveurs HP Integrity et que les différentes familles de serveurs se caractérisent par une certaine substituabilité. De plus les risques ne sont pas caractérisés à court terme dans la mesure où les clients ne changent guère de SGBDR dès la sortie d'une nouvelle version (prévue en octobre 2012). Qui plus est, la plaignante n'a pas démontré qu'elle faisait face à un risque d'éviction à court terme. Elle n'a pas apporté d'éléments probants établissant un lien direct entre les annonces et les changements de pratiques tarifaires d'Oracle, d'une part, et l'évolution de ses ventes, d'autre part. Les ventes de serveur HP Integrity déclinent depuis 2008 et les évolutions demeurent comparables à celles des serveurs SPARC de Sun. De plus, même si les pratiques d'Oracle induisent pour elle un manque à gagner, celui-ci ne met pas en danger la pérennité

de l'activité ou de l'entreprise. Les serveurs ne représentent que 5 % de son chiffre d'affaires mondial (95 Mds \$ contre 27 Mds pour Oracle), chiffre d'affaires toujours croissant malgré une conjoncture défavorable.

Ainsi, bien qu'elle poursuive l'instruction sur le fond, l'Autorité rejette la demande de mesures conservatoires, considérant que les conditions requises pour le prononcé de celles-ci ne sont pas réunies.

F. M. ■

RECOMMANDATION DE L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE – CRÉATION D'UNE INJONCTION STRUCTURELLE – SECTEUR DE LA DISTRIBUTION ALIMENTAIRE : L'Autorité de la concurrence constate que le secteur de la distribution alimentaire à Paris est extrêmement concentré et recommande la création d'un nouvel instrument permettant d'y accroître la concurrence à savoir l'injonction de céder des magasins (Aut. conc., avis n° 12-A-01 du 11 janvier 2012 relatif à la situation concurrentielle dans le secteur de la distribution alimentaire à Paris)

Et de trois ! La situation de la concurrence dans le secteur de la distribution alimentaire semble décidément dans le viseur de l'Autorité.

Après les deux avis publiés le 7 décembre 2010 (avis n° 10-A-25 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats de "management catégoriel" entre les opérateurs de la grande distribution à dominante alimentaire et certains de leurs fournisseurs et avis n° 10-A-26 du 7 décembre 2010 relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire ; voir not. obs. M. Debroux, *Concurrences* n° 1-2011, p. 89) et dans le cadre desquels l'Autorité a fait un certain nombre de recommandations afin d'accroître le jeu de la concurrence, il s'agit en effet du 3^{ème} avis que l'Autorité consacre à la distribution alimentaire. Dans ce secteur, l'Autorité ne limite cependant pas son intervention à son seul rôle consultatif. On se souvient en effet que malgré le rejet de la demande de mesures conservatoires formée par un franchisé du groupe Carrefour qui s'estimait victime d'abus de dépendance économique de la part de ce dernier, (Aut. conc., déc. n° 11-D-04 du 23 février 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire, voir not. obs. A. Wachsmann, *Concurrences* n° 2-2011, p. 115), l'Autorité a pu imposer à Carrefour des engagements contractuels significatifs avant de clore la procédure (Aut. conc., déc. n° 11-D-20 du 16 décembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur de la distribution alimentaire, voir not. obs. A. Wachsmann, *Concurrences* n° 1-2012, p. 113).

Un avis centré sur la distribution alimentaire à Paris

Le présent avis (ci-après l' "Avis") concerne plus particulièrement le secteur de la distribution alimentaire à Paris intra-muros. C'est en effet à la suite d'une saisine pour

avis de la Ville de Paris, estimant que l'augmentation du nombre de commerces alimentaires dans Paris fait peser un risque sur "la diversité de l'offre proposée aux consommateurs" et risque de "pousser les prix à la hausse" (§ 3), que le présent Avis a été rendu.

Dans le droit fil de l'analyse menée dans le cadre de son avis n° 10-A-26 précité (§ 12, 13 et 55), l'instruction menée par l'Autorité lui permet de mettre en lumière le caractère excessivement concentré du secteur, le groupe Casino détenant à lui seul une part de marché de plus de 60 % en surface tandis que celle de son suiveur immédiat s'élève à 12,5 %. Selon l'Autorité, cette situation conduit à maintenir les prix à un niveau élevé dans la capitale.

Si l'analyse concurrentielle menée par l'Autorité mérite l'attention, ce sont surtout les recommandations formulées au terme de cet Avis qui, assurément, en constituent l'intérêt majeur. Au-delà des préconisations déjà formulées par le passé mais dont elle reconnaît elle-même le caractère insuffisant pour remédier à la concentration élevée du marché (suppression des autorisations administratives, assouplissement des contrats d'affiliation au sein des réseaux indépendants), l'Autorité réclame dans le présent Avis un nouveau pouvoir pour le moins radical : celui de prononcer des injonctions aboutissant à la cession de point de ventes en dehors de toute notification d'une opération de concentration ! Les accusations d'une régulation du marché et d'une gestion administrée de ce secteur n'ont pas manqué de fleurir dans la presse, à l'issue de cet Avis.

La distribution alimentaire à Paris : Un secteur aux caractéristiques particulières

Comme elle l'avait déjà relevé dans le cadre de son avis n° 10-A-26 précité, l'Autorité rappelle que le secteur de la distribution alimentaire à Paris présente de nombreuses spécificités. Du côté de la demande tout d'abord, les parisiens disposent, malgré de fortes inégalités, de revenus plus élevés que la moyenne nationale (§ 9 à 11), de logements de moindre superficie (59 m² en moyenne, § 16) et sont en outre très faiblement équipés en véhicule automobile. Les grandes surfaces alimentaires étant le plus souvent situées en périphérie, difficilement accessibles sans véhicule, c'est donc davantage vers le commerce de proximité que la demande des parisiens est tournée (§ 16).

Du côté de l'offre ensuite, l'Autorité relève que Paris se caractérise par une forte proportion de commerces alimentaires mais de petite taille : la taille moyenne d'un supermarché à Paris (environ 430 m²) est en effet plus de deux fois plus petite que sur l'ensemble du territoire national. La capitale ne comptant que 4 hypermarchés (définis comme des magasins supérieurs à 2 500 m² selon la pratique de l'Autorité), la part des dépenses alimentaires des parisiens qui est réalisée dans ce type de magasin est donc faible (12 %, § 22). Dernière caractéristique : l'Autorité relève que le secteur de la distribution alimentaire est à Paris en croissance continue depuis 2000, principalement en raison de la très forte progression des supérettes (magasins de moins de 400 m² à dominante alimentaire) et dont le nombre a quasiment doublé (§ 25). En parallèle, si le commerce

traditionnel de proximité a nettement reculé, l'Autorité estime qu'aucun lien de causalité entre ces deux phénomènes n'apparaît établi (§ 30).

L'analyse concurrentielle du secteur de la distribution alimentaire à Paris : Un secteur excessivement concentré

C'est sur la base de définitions de marché adaptées au contexte parisien – et donc renouvelées – que l'Autorité constate que le secteur de la distribution alimentaire à Paris est extrêmement concentré.

S'agissant tout d'abord de la délimitation des marchés de produits, l'Autorité considère qu'à l'exception des magasins de commerce de bouche spécialisés et de la vente en ligne de produits alimentaires, tous les formats de magasin exercent une pression concurrentielle les uns sur les autres : les supérettes (moins de 400 m²), les supermarchés (moins de 1 000 m²), les magasins de maxi-discompte, les magasins populaires ainsi que les hypermarchés pour la partie alimentaire de leur assortiment (§ 94). En ce qu'elle regroupe tous les formats de distribution, cette définition de marché est ainsi plus large que celle retenue en général dans le cadre de décisions de pratiques anticoncurrentielles (Aut. conc., déc. n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité, § 146, qui exclut les hypermarchés du marché du commerce alimentaire de proximité).

Mais c'est surtout la délimitation des marchés géographiques, exprimés en zones de chalandises, qui mérite ici l'attention. Compte tenu des spécificités du marché parisien (clientèle composée majoritairement de personnes se rendant à pied sur le lieu de vente, et y réalisant des achats de faible montant, § 97), l'Autorité parvient à la conclusion que la surface des zones de chalandises est nécessairement réduite à Paris. Contrairement à son analyse traditionnelle, qui fixe selon les cas des zones de chalandises d'une surface correspondant à des trajets de 15 ou 30 minutes de temps de déplacement en voiture, l'Autorité estime que la surface des zones de chalandise à Paris doit être fixée à un rayon compris entre 300 et 500 mètres (§ 100). Il est cependant admis que la pression concurrentielle exercée par les 13 hypermarchés situés en proche banlieue doit être prise en compte (§ 101 à 109). La surface de leur zone de chalandise est ainsi estimée à un rayon de 2 kilomètres. En outre, contrairement à la méthode traditionnelle consistant à prendre l'emplacement de chaque magasin comme centre du cercle correspondant à la zone de chalandise, l'Autorité a appliqué une méthodologie *ad hoc* consistant à définir des zones de chalandises autour de 10 000 consommateurs hypothétiques, disposés régulièrement tous les 120 mètres dans les zones habitées de Paris Intra-muros. Sur la base de ces zones de chalandise, l'Autorité a ensuite calculé les parts de marché des différents concurrents, puis a agrégé ces données au niveau de 80 quartiers parisiens (§ 122). C'est donc une toute nouvelle méthode qui est ici appliquée par l'Autorité. L'innovation méthodologique ne s'arrête cependant pas là puisque, en plus de l'analyse classique consistant à mesurer les parts de marché des magasins en surface de vente, l'Autorité procède en parallèle

à des analyses de parts de marché fondées sur le chiffre d'affaires des points de vente en cause (§ 122).

L'application de cette méthode conduit ainsi l'Autorité à confirmer le constat de la Ville de Paris selon lequel le marché parisien est dominé par le groupe Casino (qui comprend notamment les enseignes Franprix et Leader Price). Ainsi, à l'échelle de Paris intra-muros, le groupe Casino, du fait du contrôle conjoint qu'il exerce sur Monoprix (ce qui conduit l'Autorité à lui affecter la totalité de sa part de marché), dispose d'une part de marché de 61,7 % en surface de vente et de 50-70 % en chiffre d'affaires (voir notamment la carte présentée à la page 37). Son suiveur immédiat, le Groupe Carrefour, ne dispose pour sa part que d'une part de marché de 12,5 % en surface de vente (§ 115). Au niveau des 80 quartiers identifiés à Paris, le constat reste identique et ce, que l'analyse soit menée en nombre de magasins ou en chiffre d'affaires. Ainsi sur la base du nombre de magasins, la part de marché du groupe Casino est supérieure à 50 % dans 54 quartiers sur 80, et dans plus de 69 quartiers sur la base du chiffre d'affaires de ses magasins (§ 123). Selon l'Autorité, la prise en compte de la pression concurrentielle exercée par les 13 hypermarchés de la proche banlieue ne modifie pas substantiellement l'analyse (§ 124 à 127).

Une concentration du marché qui aurait pour effet de maintenir les prix alimentaires à un niveau élevé dans la capitale

Afin d'apprécier l'effet de cette concentration sur le niveau des prix pratiqués dans la capitale, l'Autorité a procédé à une analyse concurrentielle pour le moins poussée consistant, tout d'abord à comparer des indicateurs de prix pratiqués et les résultats nets des magasins Franprix avec ceux des enseignes concurrentes, ensuite à mesurer l'effet d'une plus forte concurrence sur les prix pratiqués et les résultats nets des Franprix et enfin, à comparer l'évolution de la part de marché du groupe Casino avec le rythme d'ouverture de nouveaux magasins (§ 132).

Au terme de cette analyse, l'Autorité conclut que l'omniprésence du groupe Casino à Paris a pour effet de maintenir le prix des produits alimentaires proposés à la vente à un niveau élevé. En effet, alors que le niveau de marges réalisé par les magasins Franprix rendrait possible une diminution des prix, l'Autorité constate que l'implantation de magasins concurrents provoque une réduction du résultat net des magasins Franprix car ces derniers doivent engager des coûts supplémentaires pour faire face à cette nouvelle concurrence. *“En revanche, ces implantations concurrentes n'entraînent pas une perte de clientèle suffisante pour conduire les magasins Franprix à diminuer significativement leurs prix”* (§ 148). À cet égard, si la simple lecture de l'Avis ne permet pas de remettre en cause un tel constat, il est néanmoins permis de s'interroger sur la corrélation qui est faite par l'Autorité entre la forte part de marché du groupe Casino et les prix pratiqués au sein des enseignes Franprix. En effet, l'Autorité reconnaît elle-même qu'*“une part significative de la clientèle choisit son magasin moins en fonction du différentiel de prix avec les magasins concurrents (faible en valeur absolue) qu'en fonction de la distance à parcourir”* (§ 144).

Le pouvoir d'imposer la cession forcée de magasins : Une recommandation aux effets radicaux

Selon l'Autorité, la concentration du marché parisien autour du groupe Casino constitue un obstacle au bon fonctionnement de la concurrence. Aucun des pouvoirs dont elle est dotée ne lui permet cependant de remédier à cette situation qui résulte, non pas de comportements anticoncurrentiels, mais de la seule stratégie et des mérites propres du groupe Casino face également à un relatif désintérêt pour cette zone par ses concurrents. En effet, ni le contrôle des concentrations, ni le contrôle des pratiques anticoncurrentielles ne peuvent remettre en cause une situation aujourd'hui acquise licitement, au surplus avec le soutien des autorités de concurrence. L'Autorité rappelle en effet que c'est avec l'assentiment des autorités de concurrence que Casino a pu acquérir entre 1998 et 2000 les enseignes Franprix et Leader Price (§ 186).

Ainsi, afin d'accroître le jeu de la concurrence à Paris, l'Autorité recommande tout d'abord la mise en œuvre de diverses mesures ayant pour objet de fluidifier le marché du commerce à dominante alimentaire à Paris. Déjà dévoilées dans ses avis précités, les recommandations de l'Autorité sont pour la plupart connues : on y retrouve ainsi la proposition de supprimer la procédure d'autorisation administrative d'installation pour les commerces de plus de 1 000 m² (Cons. conc., avis n° 07-A-12 du 11 octobre 2007 relatif à la législation sur l'équipement commercial) ainsi que la nécessité d'assouplir les contrats de franchise, conformément aux recommandations contenues dans son avis du 7 décembre 2010 (avis n° 10-A-26, précité). L'Autorité recommande enfin un meilleur allotissement des zones d'aménagement commercial afin de permettre l'installation à Paris de grands supermarchés voire d'hypermarchés (§ 178).

Du propre aveu de l'Autorité, ces quelques mesures ne seraient pas suffisantes à elles seules pour modifier la structure du marché parisien et donc pour remédier à la faible intensité de la concurrence constatée dans l'Avis. C'est pourquoi l'Autorité recommande la création d'une nouvelle compétence aux allures d'arme atomique : le pouvoir de prononcer des injonctions de cession de magasins. Selon l'Autorité, *“une action plus directe et plus immédiate sur les structures de marché pourrait donc être jugée nécessaire, de façon à permettre l'entrée, à un rythme plus important que celui constaté jusqu'à présent, de nouvelles enseignes et, parallèlement, réduire le poids des opérateurs déjà installés sur ces zones de chalandise”* (§ 192).

Rappelons qu'à présent le législateur est loin d'avoir suivi l'Autorité sur ce terrain puisqu'il n'existe que l'article L. 752-26 du code de commerce qui dote déjà l'Autorité d'un pouvoir d'injonction structurelle certes limité par d'importantes restrictions pour sa mise en œuvre qui, dans les faits, n'a jamais eu lieu.

Au surplus, bien qu'elle s'inscrive dans la droite ligne de l'avis 10-A-26 précité et de la mission régulatrice du secteur de la distribution alimentaire que l'Autorité semble s'être assignée, on peut en outre s'interroger sur la priorité qui est donnée à l'instauration d'une telle mesure, alors même que des recompositions complètes de zones de chalandises

peuvent s'opérer sans aucun contrôle de l'Autorité. En effet, les changements d'enseigne entre magasins indépendants lorsqu'un groupe de franchisés décide de quitter son distributeur, qui peuvent modifier radicalement les rapports de force entre groupes de distribution concurrents, ne peuvent faire actuellement l'objet d'aucun contrôle de l'Autorité puisque *“à l'exception des cas où le contrat liant le magasin indépendant à sa tête de réseau s'accompagne d'une prise de participation minoritaire, la requalification de certains contrats d'affiliation en opération de concentration reste rare”* (avis n° 10-A-26 précité, § 202) (voir par exemple l'affaire *Coop Atlantique* : *“Carrefour perd son franchisé Coop Atlantique”*, *La tribune*, 5 avril 2011).

Enfin, si cette recommandation ne préjuge pas d'une modification législative prochaine, il convient de relever que cette dernière participe également de l'incertitude juridique qui entoure la régulation actuelle du secteur de la distribution alimentaire. On se souvient en effet que l'avis n° 10-A-26 précité fait l'objet d'un recours en annulation actuellement pendant devant le Conseil d'État. Les menaces qui planent sur les acteurs de ce secteur ne se limitent cependant pas au territoire national puisque, partout en Europe, se multiplient les enquêtes sectorielles relatives à la distribution alimentaire (voir not. obs. A. Wachsmann, *Concurrences* n° 1-2012, p. 115). C'est ainsi que très récemment, la Commission européenne a constitué une *“task force”* au sein de la Direction E de la Concurrence dont l'objet est d'apprécier l'opportunité d'une intervention dans le domaine de la distribution alimentaire. Partout en Europe, les autorités de concurrence ont décidément envie de faire leurs courses moins chères...

A. W. ■

MONOPOLE – SUBVENTIONS CROISÉES – ENGAGEMENTS – SÉPARATION COMPTABLE : L'Autorité de la concurrence accepte les engagements d'une entreprise relatifs à la séparation comptable de ses activités

(Aut. conc., déc. n° 12-D-04 du 23 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'informations météorologiques aux professionnels, “Météo-France”)

L'exigence d'une séparation comptable claire entre les activités en monopole et celles en concurrence des entreprises publiques est le remède généralement préconisé par les autorités de concurrence pour limiter les risques de subventions croisées (voir Cons. conc., Rapport annuel pour l'année 2003, Étude thématique *“Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel”*, pp. 79 et s.). La présente affaire confirme cette approche.

On se souvient ainsi que dans le cadre de l'examen d'une plainte de la société Météo Consult à l'encontre de Météo-France, les services d'instruction de l'Autorité ont exprimé un certain nombre de préoccupations de concurrence liées à l'absence, au sein de Météo-France, de *“système de comptabilisation des coûts et des revenus analytiques suffisamment fin”* (§ 59), ce qui ne permettrait pas d'écarter le risque que des prix prédateurs soient pratiqués par des subventions croisées entre ses activités de service public et ses activités commerciales. Météo-France a alors proposé une série d'engagements ayant fait l'objet d'un test de marché

(test de marché du 28 septembre 2011, obs. A. Wachsmann, *Concurrences* n° 4-2011, p. 105). À la suite des arguments développés par deux concurrents au test de marché, dont la société saisissante, Météo-France a été conduite à amender sa proposition d'engagements, qui a été acceptée et rendue obligatoire par la présente décision.

L'engagement le plus important proposé par Météo-France reste inchangé. Il porte ainsi sur la modification de sa comptabilité de manière à ce que celle-ci adopte un format "permettant de séparer clairement les missions de service public des activités commerciales, en identifiant précisément, d'une part, les coûts relatifs à ses missions de service public (...) et l'ensemble des subventions perçues pour son activité de service public, et, d'autre part, les coûts et revenus relatifs à son activité commerciale, en isolant au sein des activités commerciales, celles rendues aux professionnels et aux particuliers" (§ 61). Cette analyse de l'Autorité est ainsi conforme aux préconisations de la Cour des comptes qui, en 2005, avait déjà recommandé à Météo-France la mise en place d'outils de comptabilité analytique (séparation des comptes selon les branches d'activités).

Même si elle reconnaît que la séparation comptable constitue une "condition minimale" (§ 92) pour assurer un bon fonctionnement de la concurrence, l'Autorité ne s'est cependant pas laissée convaincre par les arguments soulevés par les concurrents lors du test de marché qui jugeaient nécessaires des mesures de séparation plus poussée au sein de Météo-France. L'Autorité souligne en effet à cet égard que des mesures plus strictes de séparation fonctionnelle et juridique ne sont généralement pertinentes qu'en présence d'entreprises verticalement intégrées, afin de prévenir des pratiques discriminatoires quant à l'accès aux infrastructures, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (§ 93).

Les concurrents ont malgré tout pu obtenir certaines concessions. Ces dernières ne portent cependant que sur des engagements qui visent à consolider le principal en instaurant des mécanismes de contrôle et d'audit des comptes de Météo-France.

Ainsi tout d'abord, l'Autorité estime souhaitable, afin de renforcer l'indépendance de l'auditeur chargé d'analyser les comptes de Météo-France, de prévoir que celui-ci sera désormais désigné à l'issue d'une procédure d'appel d'offres conforme au code des marchés publics (§ 98). Les amendements proposés par Météo-France et acceptés par l'Autorité consistent ensuite à clarifier le rôle et le champ des investigations de l'auditeur (§ 106) et à améliorer le processus interne de contrôle au cas par cas des offres de prestation "à façon" en cohérence avec la comptabilité analytique (§ 110).

En définitive, bien qu'adaptée à la situation propre de Météo-France, la présente décision s'inscrit dans la pratique décisionnelle classique de l'Autorité, consistant à mettre en place des mesures de séparation comptable afin de prévenir les risques de subventions croisées (Cons. conc., avis n° 05-A-16 du 28 juillet 2005, *Renseignements téléphoniques* ; n° 03-A-16 du 5 septembre 2003, *Gaz naturel* ; n° 97-A-07 du 27 mai 1997, *France Télécom* ; n° 96-A-10 du 25 juin 1996, *La Poste* ; n° 95-A-18 du 17 octobre 1995, *SNCF*).

A. W. ■

NON-RESPECT D'UNE INJONCTION – CHOIX DES COÛTS ET MÉTHODE DE CALCUL : L'Autorité de la concurrence inflige une sanction de 2 millions d'euros pour non-respect d'une injonction (*Aut. conc., déc. n° 12-D-05 du 24 janvier 2012 relative au respect par la société SRR de l'injonction prononcée par la décision n° 09-MC-02 du 16 septembre 2009*)

En septembre 2009, l'Autorité de la concurrence avait adopté des mesures conservatoires à l'encontre de SRR (décision n° 09-MC-02). Il était enjoint à l'opérateur dominant sur le marché de la téléphonie mobile outre mer de ne plus différencier les prix des appels *on-net* et *off-net* que dans une mesure justifiée par les écarts de coûts supportés pour ces deux types d'appel. La décision ne détaillant pas en tous points la méthode de calcul à appliquer pour évaluer les écarts de coûts pertinents, SRR avait adopté une méthode que ses concurrentes contestaient. L'autorité retient que l'absence de précision de la décision de mesures conservatoires sur certains points (base de clientèle à prendre en considération) doit conduire à adopter la méthode la plus favorable pour la partie mise en cause (pt. 76). Appliquant ce principe, elle constate néanmoins que l'écart tarifaire maintenu pendant un an a été supérieur à celui que justifiait l'écart des coûts pertinents. Le non-respect d'une injonction est considéré comme étant par nature d'une exceptionnelle gravité, mais la faible durée de l'infraction et la faible importance de l'écart tarifaire non autorisé conduisent à modérer la sanction. Son montant de 2 millions d'euros correspond pour SRR à un peu moins de 3 € par client (sur la zone Réunion-Mayotte).

A.-L. S. ■

ENGAGEMENTS : L'Autorité de la concurrence invite les parties tierces à commenter une proposition d'engagements dans le secteur de la distribution de la presse (*Aut. conc., test de marché du 23 février 2012 concernant les engagements proposés par Presstalis*) (voir également, *infra*, chronique "Procédures")

On se souvient que, tout en rejetant la demande de mesures conservatoires sollicitées par le syndicat national des dépositaires de presse (SNDP) à l'encontre de Presstalis, le Conseil de la Concurrence avait décidé de poursuivre l'instruction au fond de cette affaire (Cons. conc., déc. n° 09-D-02 du 20 janvier 2009 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Syndicat National des Dépositaires de Presse). Dans ce cadre, les services d'instruction du Conseil, devenu entre temps l'Autorité, ont exprimé un certain nombre de préoccupations de concurrence liées au risque que Presstalis abuse de sa position dominante. Ces préoccupations portaient notamment sur le fait que Presstalis avait la possibilité d'empêcher les dépositaires d'établir des relations directes avec les éditeurs, de révoquer leur contrat sans indemnité avec un préavis de seulement 48 heures et enfin d'instrumentaliser la procédure d'agrément des cessions et rattachements des dépôts. Presstalis a alors proposé une série d'engagements, aujourd'hui testés auprès des tiers par l'Autorité, portant sur l'ensemble de ces sujets. Presstalis s'engagerait ainsi à ne pas résilier de contrats avec les dépositaires qui nouent des relations directement avec les

éditeurs, à respecter un préavis de trois mois et à formaliser la procédure d'agrément. Cette affaire s'inscrit dans la lignée des très nombreux dossiers déjà traités par l'Autorité à l'encontre des NMPP devenus Presstalis (voir not. obs. A. Wachsmann, *Concurrences* n° 2-2009, pp. 120-123).

A. W. ■

À noter

CISEAU TARIFAIRE – COMPRESSION DE MARGE : Le Tribunal de l'UE rejette le recours contre la décision de la Commission condamnant l'opérateur historique espagnol pour avoir imposé des prix inéquitables à ses concurrents sous la forme d'un ciseau tarifaire entre les prix de l'accès à internet

à haut débit (*Trib. UE, 29 mars 2012, Telefónica et Telefónica de España c/ Commission, aff. T-336/07*) (voir également, *infra*, chronique "Régulations"; obs. H. Delzangles et S. Martin)

Cet arrêt sera commenté dans la prochaine livraison de cette chronique.

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

CONCURRENCES

Editorial

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

Interview

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

Tendances

Jacques Barrot, Jean-François Bellis,
Murielle Chagny, Claire Chambolle,
Luc Chatel, John Connor, Dominique de
Gramont, Damien 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 Théophile, Joseph Vogel...

Pratiques

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

Horizons

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

Droit et économie

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

Chroniques

ENTENTES

Michel Debroux
Nathalie Jalabert-Doury
Cyril Sarrazin

PRATIQUES UNILATÉRALES

Frédéric Marty
Anne-Lise Sibony
Anne Wachsmann

PRATIQUES RESTRICTIVES ET CONCURRENCE DÉLOYALE

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

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré
Didier Ferrié

CONCENTRATIONS

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

AIDES D'ÉTAT

Jean-Yves Chérot
Jacques Derenne
Bruno Stromsky

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel
Alexandre Lacresse
Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Hubert Delzangles
Emmanuel Guillaume
Francesco Martucci
Jean-Paul Tran Thiet

SECTEUR PUBLIC

Bertrand du Marais
Stéphane Rodrigues
Jean-Philippe Kovar

JURISPRUDENCES EUROPÉENNES ET ÉTRANGÈRES

Jean-Christophe Roda, Florian Bien
Silvia Pietrini

POLITIQUE INTERNATIONALE

Frédérique Daudret John
François Souty
Stéphanie Yon

Revue des revues

Christelle Adjémian, Emmanuel Frot
Alain Ronzano, Bastien Thomas

Bibliographie

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

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>	425 €	508,30 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version + e-archives)</i>	465 €	474,77 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique + e-archives) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions + e-archives)</i>	675 €	807,30 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	140 €	142,94 €

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

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel + e-archives <i>1 year subscription + e-archives</i>	595 €	711,62 €
--	-------	----------

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

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

Renseignements | *Subscriber details*

Nom-Prénom | *Name-First name*

e-mail

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

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

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

Formulaire à retourner à | *Send your order to*

Institut de droit de la concurrence

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

Conditions générales (extrait) | *Subscription information*

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

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

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