



Institut de Droit Des Affaires Internationales

Faculté de droit de l'Université du Caire

Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Master 1

Droit de la concurrence

Cours magistraux de M. Nicolas DORANDEU.

Travaux dirigés de Mme Aude LE DANTEC

LE DROIT DES MARCHÉS CONCURRENTIELS :

APPRÉCIATION DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Séance n° 4 : L'abus de position dominante

Document n° 1 : ADLC, Décision n° 11-MC-01 du 12 mai 2011 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Kiala France et Kiala SA dans le secteur de la livraison de colis

Document n° 2 : Art. L 420-2 Code de commerce (anc.)

Document n° 3 : Art. L 420-2 Code de commerce (en vigueur)

Document n° 4 : CJCE, *Hoffman La Roche*, 13 février 1979, aff. C-85/76

Document n° 5 : ADLC, Décision n° 09-D-14 du 25 mars 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité

Document n° 6 : CJCE, 11 décembre 2008, *Kanal 5 et TV 4*, aff. C-52/07, point 26

Document n° 7 : Autorité de la concurrence, Décision n° 12-D-24 du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine

Document n° 8 : CJCE, *Deutsche Telekom*, 14 octobre 2010, aff. C-280/08.

Document n° 9 : Cass. com., 8 févr. 2017, n° 15-15.005

❖ **Exercice : Commentaire (document n° 5)**

Lectures complémentaires

- Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE
- L. DJAVADI ; J-L. FOURGOUX, Panorama sur l'abus de position dominante, AJCA 2016. 220
- Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, articles 101 et 102
- CJCE, *Akzo*, affaire C-62/86 3 juillet 1991.
- CJCE, *United Brands*, 14 décembre 1978, aff. 27/76.
- Articles L 464-1 à L 464-8 Code de commerce

Document n° 1 : ADLC, Décision n° 11-MC-01 du 12 mai 2011 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés Kiala France et Kiala SA dans le secteur de la livraison de colis

I. Constatations

A. LA SAISINE

Par lettre enregistrée le 27 septembre 2010, sous le numéro 10/0088 F, le ministre de l'Économie, des finances et de l'industrie a saisi l'Autorité de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés La Poste et Mondial Relay dans le secteur de la livraison de colis aux consommateurs, notamment en points de retrait. C'est la première fois que le ministre utilise la faculté qui lui est offerte par l'article L. 462-5 du Code de commerce, issue de sa rédaction de l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008, de saisir l'Autorité « de faits susceptibles » de constituer une pratique anticoncurrentielle.

Par lettre enregistrée le 28 octobre 2010, sous le numéro 10/0097 F, les sociétés Kiala France et Kiala SA (ci-après, ensemble, « Kiala ») ont saisi l'Autorité de pratiques mises en œuvre par La Poste dans le même secteur.

Par décision du 17 novembre 2010 du rapporteur général adjoint, les deux affaires ont été jointes aux fins de la procédure

Par lettre enregistrée le 13 janvier 2011, sous le numéro 11/0004 M, Kiala a sollicité, sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce, accessoirement à sa saisine au fond, le prononcé de mesures conservatoires.

Consultée sur le fondement des dispositions de l'article R. 463-9 du Code de commerce, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après « Arcep ») a rendu son avis n° 2011-0195, le 8 mars 2011.

(...)

D. LES PRATIQUES DÉNONCÉES

99. Dans le cadre de sa saisine au fond, Kiala dénonce principalement cinq types de pratiques qui seraient, selon elle, contraires aux articles L. 420-2 du Code de commerce et 102 du TFUE ainsi que, pour l'une d'entre elles, aux articles L. 420-1 du Code de commerce et 101 du TFUE. Ces pratiques sont exposées ci-après.

3. L'INCITATION OU LA PARTICIPATION DE LA POSTE À LA RUPTURE PAR MONDIAL RELAY DE SON CONTRAT DE PARTENARIAT AVEC KIALA

Kiala soutient qu'en retenant Mondial Relay à l'issue de sa procédure d'appel d'offres et en promettant de lui confier des volumes de colis au moins égaux (et probablement supérieurs) à ceux injectés par Kiala dans son réseau, alors même qu'il était averti de ce que Mondial Relay était liée par une convention d'exclusivité avec Kiala, le groupe La Poste aurait commis un abus de position dominante. En effet, selon Kiala, Mondial Relay ne pouvait trouver un intérêt à rompre le contrat la liant à Kiala que pour contracter à la place avec un opérateur ultra-dominant qui, fort de sa part de marché de 70 % à 90 % et de ses 250 millions de colis sur le marché, pouvait lui promettre des volumes de colis bien supérieurs à tous ceux qu'une autre entreprise du secteur pourrait lui garantir.

Le calendrier des événements illustrerait le lien particulièrement évident existant entre l'accord entre La Poste et Mondial Relay et la rupture par Mondial Relay de ses relations avec Kiala. A cet égard, cette dernière précise que : - en mai 2003, Mondial Relay et Kiala ont signé un accord de partenariat de 15 ans ; - le 14 décembre 2007, Kiala a notifié à Mondial Relay son intention de mettre un terme à l'exclusivité qui la liait à elle, avec effet au 31 décembre 2008. Mondial Relay n'a pas alors exercé son droit de résiliation ; - en janvier 2009, La Poste lance son appel d'offres visant « un réseau pour la mise à disposition et le dépôt de colis aux particuliers hors domicile », s'engageant à y injecter un volume de colis estimé à 1,8 millions de colis la première année, à 5 millions de colis la deuxième et à 12 millions de colis les années suivantes ; - dans le courant de l'été 2009, Kiala ayant appris que Mondial Relay répondait à cet appel d'offres, aurait informé les deux groupes

concernés de l'impossibilité juridique d'un accord entre Mondial Relay et La Poste (Mondial Relay étant contractuellement exclusivement liée à Kiala) ; en septembre 2009, le groupe La Poste a publié le résultat de son appel d'offres en indiquant avoir retenu comme partenaires une filiale de son groupe, à savoir Exapaq, et Mondial Relay ; - le 30 octobre 2009, Kiala a conclu un contrat avec Presstalis ayant pour objet le recrutement, l'animation et la gestion d'un réseau complémentaire de points de retrait. La conclusion de ce contrat intervient pratiquement deux ans après que Kiala ait signifié à Mondial Relay la fin de son exclusivité et son intention de recruter un réseau complémentaire ; - le 10 décembre 2009, Mondial Relay a signifié à Kiala son intention de rompre immédiatement avec préavis d'un mois ses relations avec Kiala, motif pris de ce que celle-ci aurait violé leur contrat en concluant un accord avec Presstalis ; 22 - Kiala, contrainte d'assigner Mondial Relay en référé afin de lui faire interdire de mettre fin au partenariat, et [secret des affaires].

Enfin, Kiala allègue qu'une « note de cadrage » de la directrice marketing de La Poste du printemps 2008 illustrerait avec clarté le véritable plan de préemption du marché qui aurait entraîné la rupture du partenariat entre Kiala et Mondial Relay. Ainsi, dans cette note, après avoir rappelé que 15 % du nombre d'acheteurs « préfèrent le relais à tout autre mode de livraison », La Poste détaillerait sa stratégie commerciale consistant à « s'associer potentiellement à tous les réseaux constitués » à savoir, « tous les bureaux de poste, le réseau Sogep, le réseau Mondial Relay, A2PAS (bureaux de tabac) [...]. Ainsi, l'offre n'a théoriquement pas de limite et peut atteindre potentiellement 30 000 points Relais. Le réseau Relais devient un organisme vivant qui bouge au rythme des gens » (cotes 2656 et 2657).

(...)

C. SUR L'ANALYSE CONCURRENTIELLE DES PRATIQUES DÉNONCÉES (...)

Sur l'incitation ou la participation de La Poste à la rupture par Mondial Relay de son contrat de partenariat avec Kiala

269. La qualification d'une telle pratique d'anticoncurrentielle impliquerait que l'entreprise en position dominante ait utilisé son pouvoir de marché pour inciter à la rupture de l'accord exclusif, en ayant recours pour ce faire à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale entre concurrents.

270. En l'espèce, contrairement à ce que soutient Kiala, aucun élément dont dispose l'Autorité de la concurrence ne permet d'établir un lien de causalité direct et certain entre le comportement de La Poste ayant consisté à retenir la candidature de Mondial Relay à l'issue de son appel d'offres en 2009 et la rupture des relations contractuelles entre Mondial Relay et Kiala qui s'en est suivie.

271. [Ce paragraphe couvert par le secret des affaires explique la manière dont a été réglé le différend entre Mondial Relay et Kiala].

272. [Idem]. 273. [Idem]. 274. [Idem]. 275. [Idem]. 276. [Idem]. 277. Il résulte de ce qui précède qu'à ce stade de l'instruction, aucun élément du dossier n'est de nature à établir que La Poste aurait fait usage d'un quelconque pouvoir de marché pour inciter Mondial Relay à rompre son partenariat avec Kiala.

(...)

288. Accessoirement à sa saisine au fond, Kiala demande à l'Autorité de la concurrence de prononcer les mesures conservatoires suivantes :

ordonner la suspension de l'exécution du contrat conclu entre La Poste et Mondial Relay [n° 1] ; ordonner la suspension de l'exécution des articles suivants du protocole d'accord conclu entre Mondial Relay et Kiala [n° 2] : - l'article 1.1, dans la mesure où il prévoit la rupture définitive de leurs relations commerciales à effet en [...] (ce dont il résultera la poursuite de la relation commerciale entre les parties jusqu'à la décision au fond) ; - l'article 1.3, dès lors qu'il permet à Mondial Relay à la fois de démarcher des clients en dehors des enseignes de son Groupe, et de fournir ses services à La Poste depuis le 1er septembre 2010 ; - l'article 1.6, dès lors qu'il interdit à Kiala d'utiliser un quelconque réseau autre que celui de Presstalis ; interdire la conclusion de tout nouvel accord avec un réseau existant de points de retraits ainsi qu'avec des points de retrait individuels [n° 3] ; ordonner la suspension de tout accord déjà conclu avec un réseau existant de points de retrait ainsi qu'avec des points de retrait individuels [n° 4] ; ordonner la suspension de toute offre commerciale liant les différentes

modalités de livraison de colis possibles, que ce soit en imposant un achat groupé ou en permettant le bénéfice de remises liées à l'achat cumulé de plusieurs modalités de livraison ou une remise globalisant ces chiffres d'affaires [n° 5]; enjoindre à La Poste d'offrir dans un délai maximum de quatre mois à compter de la notification de la présente décision, une offre technique et commerciale d'accès à son infrastructure de livraison de colis dans les conditions de la demande de Kiala en date du 18 octobre 2010 » [n° 6].

(...)

300. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la mise en œuvre, possible et imminente, du partenariat conclu entre La Poste et Mondial Relay caractérise une atteinte grave et immédiate au maintien d'une concurrence suffisante dans le secteur intéressé, au détriment de l'économie générale et de l'intérêt des clients, qui justifie le prononcé d'une mesure conservatoire.

307. Il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il y a lieu de prononcer la mesure conservatoire décrite au paragraphe 303. DECISION Article unique : L'Autorité de la concurrence prend acte de l'engagement pris par le président de La Poste, dans son courrier du 12 janvier 2011, de « suspendre la signature du contrat avec Mondial Relay jusqu'à ce que l'Autorité ait statué » et enjoint au groupe La Poste de maintenir cette suspension jusqu'à ce qu'intervienne la décision au fond de l'Autorité dans cette affaire.

Document n° 2 : Art. L 420-2 Code de commerce (anc.)

Article L 420-2 Code de commerce (version en vigueur jusqu'au 16 mai 2001)

I. - Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises :

1° D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;

2° De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente.

II. - Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Document n° 3 : Art. L 420-2 Code de commerce (en vigueur)

Modifié par Ordonnance n°2019-698 du 3 juillet 2019 - art. 2

Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment

consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme.

Document n° 4 : CJCE, *Hoffman La Roche*, 13 février 1979, aff. C-85/76

DANS L ' AFFAIRE 85/76,

HOFFMANN-LA ROCHE & CO. AG A BALE, RESPREENTEE PAR M A. DERINGER ET J. SEDEMUND, AVOCATS AU BARREAU DE COLOGNE, AYANT ELU DOMICILE A LUXEMBOURG AUPRES DE M E. ARENDT, BOITE POSTALE 39,

PARTIE REQUERANTE, CONTRE

COMMISSION DES COMMUNAUTES EUROPEENNES A BRUXELLES, REPRESENTEE PAR M. E. ZIMMERMANN, CONSEILLER JURIDIQUE, AYANT ELU DOMICILE A LUXEMBOURG AUPRES DE M. MARIO CERVINO, BATIMENT MONNET, KIRCHBERG,

PARTIE DEFENDERESSE,

Objet du litige

AYANT POUR OBJET L ' ANNULATION DE LA DECISION DE LA COMMISSION DU 9 JUIN 1976 RELATIVE A UNE PROCEDURE D ' APPLICATION DE L ' ARTICLE 86 DU TRAITE CEE (IV/29.020 - VITAMINES),

Motifs de l'arrêt

1 ATTENDU QUE LE RECOURS, INTRODUIT LE 27 AOUT 1976 PAR LA SOCIETE LE DROIT SUISSE, HOFFMANN-LA ROCHE ET CO. AG (CI-APRES DESIGNEE SOUS L ' ABREVIATION ROCHE), DONT LE SIEGE EST A BALE, TEND, EN ORDRE PRINCIPAL, A L ' ANNULATION DE LA DECISION (IV/29.020 - VITAMINES) DE LA COMMISSION, DU 9 JUIN 1976, CONCERNANT UNE PROCEDURE D ' APPLICATION DE L ' ARTICLE 86 DU TRAITE CEE, NOTIFIEE A LA REQUERANTE LE 14 JUIN 1976 ET PUBLIEE AU JOURNAL OFFICEL DES COMMUNAUTES EUROPEENNES, N L 223 DU 16 AOUT 1976, ET, EN ORDRE SUBSIDIAIRE, A L ' ANNULATION DE L ' ARTICLE 3 DE CETTE DECISION INFLIGEANT A LA REQUERANTE UNE AMENDE DE 300 000 UNITES DE COMPTE, SOIT 1 098 000 MARKS ALLEMANDS ;

2 QUE PAR CETTE DECISION IL EST CONSTATE QUE ROCHE DISPOSERAIT, DANS LE MARCHÉ COMMUN, D ' UNE POSITION DOMINANTE AU SENS DE L ' ARTICLE 86 DU TRAITE SUR LES MARCHES DES VITAMINES A, B2 B3 (ACIDE PANTOTHENIQUE), B6, C, E, ET H (BIOTINE), ET QU' ELLE AURAIT COMMIS UNE INFRACTION AUDIT ARTICLE EN EXPLOITANT ABUSIVEMENT CETTE POSITION PAR LA CONCLUSION, A PARTIR DE 1964, MAIS EN PARTICULIER ENTRE 1970 ET 1974, AVEC 22 ACHETEURS DE CES VITAMINES, DE CONTRATS COMPORTANT, POUR CES ACHETEURS, L ' OBLIGATION OU, PAR L' APPLICATION DE PRIMES DE FIDELITE, UNE INCITATION A RESERVER A ROCHE L'EXCLUSIVITE OU LA PREFERENCE POUR LA COUVERTURE DE LA TOTALITE OU DE L'ESSENTIEL DE LEURS BESOINS EN VITAMINES (ARTICLE 1 DE LA DECISION) ;

QUE CETTE MEME DECISION ORDONNE A ROCHE DE METTRE IMMEDIATEMENT FIN A L'INFRACTION (ARTICLE 2) ET LA CONDAMNE AU PAIEMENT DE L ' AMENDE CI-DESSUS INDIQUEE (ARTICLE 3) ;

3 QU'A L'APPUI DE SA DEMANDE, LA REQUERANTE FAIT VALOIR LES MOYENS SUIVANTS :

PREMIER MOYEN : LA DECISION ATTAQUEE VIOLERAIT LES PRINCIPES FONDAMENTAUX RELATIFS A LA DETERMINATION ET A LA PREVISIBILITE DES REGLES COMPORTANT DES

SANCTIONS ;

SECOND MOYEN : LA DECISION ATTAQUEE SERAIT ENTACHEE DE PLUSIEURS VICES DE FORME A RAISON DES IRREGULARITES DE LA PROCEDURE ADMINISTRATIVE AU TERME DE LAQUELLE ELLE A ETE EDICTEE ;

TROISIEME MOYEN : LA DECISION ATTAQUEE VIOLERAIT L'ARTICLE 86 DU TRAITE CEE EN CE QUE LA COMMISSION AURAIT DONNE UNE INTERPRETATION ET, EN TOUT CAS, FAIT UNE APPLICATION INEXACTES DES NOTIONS DE POSITION DOMINANTE ET D'EXPLOITATION ABUSIVE D'UNE POSITION DOMINANTE SUSCEPTIBLE D'AFPECTER LE COMMERCE ENTRE LES ETATS MEMBRES, EN CONSTATANT L'EXISTENCE DE PAREILLE POSITION DANS LE CHEF DE ROCHE ET EN QUALIFIANT LES CONTRATS LITIGIEUX COMME CONSTITUTIFS D'UNE TELLE EXPLOITATION ABUSIVE ;

QUATRIEME MOYEN : LA DECISION ATTAQUEE AURAIT, EN INFLIGEANT UNE AMENDE A ROCHE, VIOLE L'ARTICLE 15, PARAGRAPHE 2, DU REGLEMENT N 17 DU CONSEIL DU 6 FEVRIER 1962 (JO N 13, P. 204), LES INFRACTIONS ALLEGUEES, POUR AUTANT QU'ELLES PUISSENT ETRE CONSTATEES, N'AYANT ETE COMMISES NI DE PROPOS DELIBERE NI PAR NEGLIGENCE ;

QUE DANS SON RECOURS LA REQUERANTE AVAIT, EN OUTRE, INVOQUE LA VIOLATION, PAR LA DECISION ATTAQUEE, DE L'ARTICLE 18 DU REGLEMENT N 17 DU CONSEIL DU 6 FEVRIER 1962 ET DU REGLEMENT FINANCIER N 68/313 DU 30 JUILLET 1968 (JO N L 199, P.1) EN CE QUE L'AMENDE AVAIT ETE CONVERTIE EN MARKS ALLEMANDS, MAIS QU'ELLE A, AU COURS DE LA PROCEDURE, RENONCE A CE MOYEN, DE TELLE FACON QUE SEULS LES QUATRE MOYENS CIDESSUS MENTIONNES DOIVENT ETRE EXAMINES ;

(...)

SECTION 3 : DE LA QUALIFICATION, AU REGARD DE L'ARTICLE 86 DU TRAITE, DES ENGAGEMENTS D'APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF ET DES SYSTEMES DE RABAIS

89 ATTENDU QUE, POUR UNE ENTREPRISE SE TROUVANT EN POSITION DOMINANTE SUR UN MARCHE, LE FAIT DE LIER - FUT-CE A LEUR DEMANDE - DES ACHETEURS PAR UNE OBLIGATION OU PROMESSE DE S'APPROVISIONNER POUR LA TOTALITE OU POUR UNE PART CONSIDERABLE DE LEURS BESOINS EXCLUSIVEMENT AUPRES DE LADITE ENTREPRISE CONSTITUE UNE EXPLOITATION ABUSIVE D'UNE POSITION DOMINANTE AU SENS DE L'ARTICLE 86 DU TRAITE, SOIT QUE L'OBLIGATION EN QUESTION SOIT STIPULEE SANS PLUS, SOIT QU'ELLE TROUVE SA CONTREPARTIE DANS L'OCTROI DE RABAIS ;

QU'IL EN EST DE MEME LORSQUE LADITE ENTREPRISE, SANS LIER LES ACHETEURS PAR UNE OBLIGATION FORMELLE, APPLIQUE, SOIT EN VERTU D'ACCORDS PASSES AVEC CES ACHETEURS, SOIT UNILATERALEMENT, UN SYSTEME DE RABAIS DE FIDELITE, C'EST-A-DIRE DE REMISES LIEES A LA CONDITION QUE LE CLIENT - QUEL QUE SOIT PAR AILLEURS LE MONTANT, CONSIDERABLE OU MINIME, DE SES ACHATS - S'APPROVISIONNE EXCLUSIVEMENT POUR LA TOTALITE OU POUR UNE PARTIE IMPORTANTE DE SES BESOINS AUPRES DE L'ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE ;

90 QU'EN EFFET, LES ENGAGEMENTS D'APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF DE CETTE NATURE, AVEC OU SANS LA CONTREPARTIE DE RABAIS OU L'OCTROI DE RABAIS DE FIDELITE EN VUE D'INCITER L'ACHETEUR A S'APPROVISIONNER EXCLUSIVEMENT AUPRES DE L'ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE, SONT INCOMPATIBLES AVEC L'OBJECTIF D'UNE CONCURRENCE NON FAUSSEE DANS LE MARCHE COMMUN PARCE QU'ILS NE REPOSENT PAS - SAUF CIRCONSTANCES EXCEPTIONNELLES RENDANT EVENTUELLEMENT ADMISSIBLE UN ACCORD ENTRE ENTREPRISES DANS LE CADRE DE L'ARTICLE 85, ET EN PARTICULIER DU PARAGRAPHE 3 DE CETTE DISPOSITION - SUR UNE PRESTATION ECONOMIQUE JUSTIFIANT CETTE CHARGE

OU CET AVANTAGE, MAIS TENDENT A ENLEVER A L'ACHETEUR, OU A RESTREINDRE DANS SON CHEF, LA POSSIBILITE DE CHOIX EN CE QUI CONCERNE SES SOURCES D'APPROVISIONNEMENT ET A BARRER L'ACCES DU MARCHE AUX AUTRES PRODUCTEURS ;

QU'A LA DIFFERENCE DES RABAIS DE QUANTITE, LIES EXCLUSIVEMENT AU VOLUME DES ACHATS EFFECTUES AUPRES DU PRODUCTEUR INTERESSE, LA REMISE DE FIDELITE TEND A EMPECHER, PAR LA VOIE DE L'OCTROI D'UN AVANTAGE FINANCIER, L'APPROVISIONNEMENT DES CLIENTS AUPRES DES PRODUCTEURS CONCURRENTS ;

QUE LES RABAIS DE FIDELITE ONT, EN OUTRE, POUR EFFET D'APPLIQUER A DES PARTENAIRES COMMERCIAUX DES CONDITIONS INEGALES A DES PRESTATIONS EQUIVALENTES, EN CE QUE DEUX ACHETEURS D'UNE MEME QUANTITE D'UN MEME PRODUIT PAIENT UN PRIX DIFFERENT SUIVANT QU'ILS S'APPROVISIONNENT EXCLUSIVEMENT CHEZ L'ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE OU QU'ILS DIVERSIFIENT LEURS SOURCES D'APPROVISIONNEMENT ;

QU'ENFIN, CES PRATIQUES, DANS LE CHEF D'UNE ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE ET PARTICULIEREMENT DANS UN MARCHE EN EXPANSION, TENDENT A RENFORCER CETTE POSITION PAR UNE CONCURRENCE NON FONDEE SUR DES PRESTATIONS ET, DES LORS, FAUSSEE ;

91 ATTENDU QU'ON NE SAURAIT, POUR ECARTER LA QUALIFICATION D'EXPLOITATION ABUSIVE DE POSITION DOMINANTE, ACCEPTER L'INTERPRETATION PROPOSEE PAR LA REQUERANTE SELON LAQUELLE L'EXPLOITATION ABUSIVE IMPLIQUERAIT QUE L'UTILISATION DE LA PUISSANCE ECONOMIQUE CONFEREE PAR UNE POSITION DOMINANTE SOIT LE MOYEN GRACE AUQUEL L'ABUS A ETE REALISE ;

QUE LA NOTION D'EXPLOITATION ABUSIVE EST UNE NOTION OBJECTIVE QUI VISE LES COMPORTEMENTS D'UNE ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE QUI SONT DE NATURE A INFLUENCER LA STRUCTURE D'UN MARCHE OU, A LA SUITE PRECISEMENT DE LA PRESENCE DE L'ENTREPRISE EN QUESTION, LE DEGRE DE CONCURRENCE EST DEJA AFFAIBLI ET QUI ONT POUR EFFET DE FAIRE OBSTACLE, PAR LE RECOURS A DES MOYENS DIFFERENTS DE CEUX QUI GOUVERNENT UNE COMPETITION NORMALE DES PRODUITS OU SERVICES SUR LA BASE DES PRESTATIONS DES OPERATEURS ECONOMIQUES, AU MAINTIEN DU DEGRE DE CONCURRENCE EXISTANT ENCORE SUR LE MARCHE OU AU DEVELOPPEMENT DE CETTE CONCURRENCE ;

(...)

120 ATTENDU QUE LES TERMES DES CONTRATS NE LAISSENT AUCUN DOUTE SUR LA CIRCONSTANCE QU'ILS VISENT L'APPROVISIONNEMENT DE LA TOTALITE DES BESOINS D'UNILEVER EN CE QUI CONCERNE LA VITAMINE EN CAUSE POUR UNE PERIODE COUVRANT LES ANNEES 1974 ET 1975 ;

QUE, S'AGISSANT DE CONTRATS CONTENANT UN ENGAGEMENT FORME D'APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF, LA QUESTION DE SAVOIR S'ILS SONT OU NON COMPLETES PAR L'OCTROI DE RABAIS N'EST PAS DECISIVE POUR LEUR QUALIFICATION AU REGARD DE L'ARTICLE 86 DU TRAITE ;

QUE LA CIRCONSTANCE QUE LE COCONTRACTANT DE ROCHE EST LUI-MEME UNE ENTREPRISE PUISSANTE ET QUE LE CONTRAT N'EST MANIFESTEMENT PAS LE RESULTAT D'UNE PRESSION EXERCEE PAR ROCHE SUR SON PARTENAIRE N'EXCLUT PAS L'EXISTENCE D'UNE EXPLOITATION ABUSIVE DE POSITION DOMINANTE, PAREILLE EXPLOITATION CONSISTANT EN L'ESPECE DANS L'ATTEINTE SUPPLEMENTAIRE PORTEE PAR L'EXCLUSIVITE D'APPROVISIONNEMENT A LA STRUCTURE CONCURRENTIELLE D'UN MARCHE DANS LEQUEL, A LA SUITE DE LA PRESENCE D'UNE ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE, LE DEGRE DE CONCURRENCE EST DEJA AFFAIBLI ;

QUE DES ACCORDS DE CE GENRE NE POURRAIENT EVENTUELLEMENT ETRE ADMISSIBLES QUE DANS LE CADRE ET SOUS LES CONDITIONS PREVUES A L'ARTICLE 85, PARAGRAPHE 3, DU TRAITE, MAIS QU'AUCUNE DES PARTIES CONTRACTANTES N' A ESTIME DEVOIR RECOURIR A CETTE POSSIBILITE ;

121 ATTENDU QUE L'EXAMEN DES CONTRATS LITIGIEUX, TANT CEUX CONCLUS AVEC MERCK QUE CEUX CONCLUS AVEC UNILEVER, NE FAIT PAS APPARAITRE DES PARTICULARITES QUI PERMETTRAIENT DE LES SOUSTRAIRE A LA NOTION D'EXPLOITATION ABUSIVE QUI REVIENT EN PRINCIPE A TOUT ENGAGEMENT D'APPROVISIONNEMENT EXCLUSIF AU PROFIT D'UNE ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE ;

III - DE L' AFFECTATION DE LA CONCURRENCE ET DU COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES

122 ATTENDU QUE LA REQUERANTE CONTESTE QUE LA DIFFERENCE ENTRE LES PRIX QUE PAR LE TRUCHEMENT DES RABAIS DE FIDELITE ELLE CONSENT A SES DIFFERENTS CLIENTS, SUIVANT QU'ILS ACCEPTENT OU NON DE S'APPROVISIONNER EXCLUSIVEMENT CHEZ ELLE, SERAIT DE NATURE A LEUR INFLIGER UN DESAVANTAGE DANS LA CONCURRENCE AU SENS DE L'ARTICLE 86, LETTRE C, DU TRAITE, CETTE DIFFERENCE NE POUVANT AVOIR UN EFFET SENSIBLE SUR LA CONCURRENCE QUE LES ACHETEURS DE ROCHE SE FONT ENTRE EUX ;

QU' EN OUTRE, DANS SA REBLIQUE, ELLE SEMBLE SOUTENIR QUE LE COMPORTEMENT QUI LUI EST REPROCHE NE SERAIT PAS DE NATURE A ENTRAVER LE COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES ;

123 ATTENDU, EN CE QUI CONCERNE LE PREMIER POINT, QU'AUSI BIEN LES TERMES DES CONTRATS LITIGIEUX QUE LES CONSIDERATIONS DEVELOPPEES DANS LES MANAGEMENT INFORMATIONS ET DANS LE PROCES-VERBAL DE LA RENCONTRE DE UNILEVER-ROCHE A LONDRES DU 11 DECEMBRE 1972 FONT CLAIREMENT VOIR L'IMPORTANCE QUE ROCHE, ELLE-MEME, ATTRIBUE AUX RABAIS QU'ELLE CONSENT ;

QUE, DANS CES CONDITIONS IL NE SAURAIT ETRE ADMIS QUE CES RABAIS NE PRESENTENT POUR LA CLIENTELE AUCUNE IMPORTANCE ;

QUE, D'AILLEURS, DANS LE CHAMP D'APPLICATION DE L'ARTICLE 86, S'AGISSANT DE COMPORTEMENTS D'UNE ENTREPRISE EN POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHE OU DE CE FAIT LA STRUCTURE CONCURRENTIELLE EST DEJA AFFAIBLIE, TOUTE RESTRICTION SUPPLEMENTAIRE DE CETTE STRUCTURE CONCURRENTIELLE EST SUSCEPTIBLE DE CONSTITUER UNE EXPLOITATION ABUSIVE DE POSITION DOMINANTE ;

124 ATTENDU, EN CE QUI CONCERNE L'AFFECTATION DU COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES, QU'IL EST EN PREMIER LIEU CONSTANT QUE LE MARCHE DE CHACUNE DES VITAMINES RETENUES COMPREND L'ENSEMBLE DU TERRITOIRE DE LA COMMUNAUTE S'ETENDANT D'ABORD A SIX, PUIS A NEUF ETATS MEMBRES ;

125 QUE LES INTERDICTIONS DES ARTICLES 85 ET 86 SONT A INTERPRETER ET A APPLIQUER A LA LUMIERE DE L'ARTICLE 3, LETTRE F, DU TRAITE, PREVOYANT QUE L'ACTION DE LA COMMUNAUTE COMPORTE L'ETABLISSEMENT D'UN REGIME ASSURANT QUE LA CONCURRENCE N'EST PAS FAUSSEE DANS LE MARCHE COMMUN ET DE L'ARTICLE 2 DU TRAITE, QUI DONNE POUR MISSION A LA COMMUNAUTE DE PROMOUVOIR LE DEVELOPPEMENT HARMONIEUX DES ACTIVITES ECONOMIQUES DANS L'ENSEMBLE DU MARCHE COMMUN ;

QU' EN INTERDISANT L'EXPLOITATION ABUSIVE D'UNE POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHE, DANS LA MESURE OU LE COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES EST SUSCEPTIBLE D'EN ETRE AFFECTE, L'ARTICLE 86 VISE DES LORS NON SEULEMENT LES PRATIQUES SUSCEPTIBLES DE CAUSER UN PREJUDICE DIRECT AUX CONSOMMATEURS, MAIS EGALEMENT CELLES QUI LEUR CAUSENT PREJUDICE INDIRECT EN PORTANT ATTEINTE A UNE STRUCTURE

DE CONCURRENCE EFFECTIVE, TELLE QU' ENVISAGEE A L'ARTICLE 3, LETTRE F, DU TRAITE ;
126 QUE, D'AILLEURS, UN CERTAIN NOMBRE DES CLAUSES ANGLAISES, PAR LEUR REDACTION MEME, IMPLIQUAIENT LE MAINTIEN DE CLOISONNEMENTS DE MARCHES, PERMETTANT NOTAMMENT DE PRATIQUER DES PRIX DIFFERENTS D'UN ETAT MEMBRE A L'AUTRE, CONSTATATION CONFIRMEE PAR LA CIRCONSTANCE DEJA RELEVÉE CI-DESSUS QUE LES VARIATIONS DE PRIX, POUR UNE MEME VITAMINE A UNE MEME EPOQUE, DIFFERAIENT DE FACON SENSIBLE D'UN ETAT MEMBRE A L'AUTRE ;

127 ATTENDU QU'IL RESULTE DE CE QUI PRECEDE QUE LES COMPORTEMENTS LITIGIEUX ETAIENT SUSCEPTIBLES TANT D' AFFECTER LA CONCURRENCE QUE D'AFFECTER LE COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES ;

Document n° 5 : ADLC, Décision n° 09-D-14 du 25 mars 2009, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture de l'électricité

L'Autorité de la concurrence,

Vu la lettre enregistrée le 12 Juillet 2005, sous le numéro 05/0051 F, par laquelle la Commission de Régulation de l'Energie (CRE) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de l'opérateur historique Gaz Electricité de Grenoble (GEG) à l'égard de la société Poweo dans le secteur de la fourniture et de la distribution d'électricité à Grenoble ; Vu le livre IV du code de commerce dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 ;

Vu la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ;

Vu l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence et notamment son article 5 ;

Vu l'article 39 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par Gaz Électricité de Grenoble (ci-après GEG) et par le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, les représentants de la Commission de régulation de l'énergie (ci-après CRE) et les représentants de la société Gaz Electricité de Grenoble entendus lors de la séance du Conseil de la concurrence du 18 février 2009 ;

Adopte la décision suivante :

CONSTATATIONS

A. LE SECTEUR CONCERNÉ

1. LES ÉTAPES DE L'OUVERTURE DU MARCHÉ DE L'ÉLECTRICITÉ

L'ouverture à la concurrence du secteur de la fourniture d'électricité en France s'est effectuée progressivement. Depuis le 1er juillet 2004, tous les professionnels, définis comme les personnes physiques ou morales achetant de l'électricité pour un usage non domestique, ont le droit d'acheter leur électricité auprès du ou des fournisseurs de leur choix à un prix déterminé par le jeu de l'offre et de la demande. Ces clients sont dénommés clients éligibles, l'éligibilité s'exerçant par rapport à un point donné (dénommé "site") de livraison de l'énergie. La libéralisation complète du marché, correspondant à la date à laquelle tous les consommateurs sont devenus

éligibles, est intervenue le 1er juillet 2007.

L'exercice de l'éligibilité n'est cependant pas une obligation pour les professionnels, qui peuvent, sans avoir à effectuer aucune démarche, continuer de se fournir en électricité au tarif réglementé fixé par les pouvoirs publics. En revanche, le choix par un professionnel d'exercer son éligibilité est irréversible.

A l'époque des faits portés à la connaissance du Conseil par la Commission de régulation de l'énergie, soit au début de l'année 2005, le marché de la fourniture d'électricité pour l'ensemble des professionnels, c'est-à-dire les artisans, les professions libérales, les exploitants agricoles, venait d'être ouvert à la concurrence sur l'ensemble du territoire national.

Si les activités de production et de fourniture d'électricité sont soumises à la concurrence, le transport et la distribution d'électricité demeurent des monopoles de l'opérateur historique et des « distributeurs non nationalisés » (DNN). (...)

B. LES PRATIQUES RELEVÉES

1. LES PRATIQUES MISES EN ŒUVRE À L'ÉGARD DE POWEO

Le communiqué diffusé par voie de presse

L'attention de la Commission de régulation de l'énergie a été attirée le 13 Avril 2005 par la publication, à l'initiative de la direction de GEG, d'un communiqué de presse dans le Dauphiné Libéré, dont le contenu est reproduit ci-dessous : « GEG appelle ses clients professionnels à la vigilance ! La Direction de Gaz Electricité de Grenoble met en garde tous ses clients professionnels, contre des démarchages commerciaux abusifs et mensongers. Ces derniers jours à Grenoble, certains commerçants sont démarchés de manière abusive par un nouvel opérateur, récemment arrivé sur le marché de l'électricité désormais ouvert à la concurrence pour tous les professionnels. Cet opérateur leur annonce à tort qu'il a conclu un partenariat avec GEG, voire même qu'il a racheté GEG, et que ces derniers doivent par conséquent signer un nouveau contrat pour changer de fournisseur d'électricité. Ces propos sont évidemment mensongers. GEG tient à rappeler à tous ses clients qu'elle n'a conclu d'accord avec aucun fournisseur d'électricité à Grenoble et condamne ces agissements malintentionnés et contraires à toute éthique commerciale. L'ouverture du marché de l'électricité aux professionnels a vu apparaître de nouveaux opérateurs, pour qui le métier et l'expérience de distributeur et de fournisseur d'énergie sont récents. Certains d'entre eux ont une conception de la qualité de services très relative et n'hésitent pas à faire usage de méthodes peu scrupuleuses pour parvenir à leurs fins, souvent strictement financières. 4 GEG est le fournisseur d'énergie historique à Grenoble depuis plus de cent ans et a toujours défendu les valeurs du service public local. L'entreprise a développé un savoirfaire et des services de proximité compétitifs. Elle place la satisfaction de ses clients au cœur de ses préoccupations. GEG invite tous les clients concernés par ces démarchages abusifs à prendre contact avec leurs conseillers commerciaux, Contact : accueil-professionnels@geg-grenoble.fr Tel : 0476843884 ».

Ce communiqué, paru deux fois dans le Dauphiné Libéré, entre le 13 et le 18 avril 2005, comporte quatre parties distinctes : une introduction révélant l'auteur du message diffusé et son objet, un ensemble de critiques visant un ou des concurrents de GEG, une communication de type institutionnel dans laquelle GEG énumère les éléments qui la distinguent favorablement de son ou de ses concurrents et, pour finir, une invitation à prendre contact avec les conseillers commerciaux de GEG. 18. Les deux parties centrales de ce communiqué seront décrites comme y invite la saisine de la CRE.

(...)

SUR L'EXISTENCE D'UNE POSITION DOMINANTE DE GEG SUR LE MARCHÉ PERTINENT

Jusqu'au 1er juillet 2004, GEG détenait le monopole de la fourniture d'électricité aux clients petits professionnels de la région de Grenoble. En avril 2005, la situation de la concurrence sur ce marché avait peu évolué, puisque l'ouverture du marché ne s'était traduite que par l'arrivée d'un seul concurrent, le fournisseur alternatif Poweo. Celui-ci, même s'il menait une campagne de démarchage active depuis février 2005,

n'alimentait encore qu'un nombre très limité de clients, évalué à une quinzaine, pour le seul mois de mai 2005, pour atteindre un maximum de 190 clients au titre du deuxième trimestre.

Présent sur 13 701 petits sites non résidentiels au 1er janvier 2005 à Grenoble, GEG continuait donc d'être le fournisseur de la quasi-totalité des clients professionnels et occupait une position dominante sur le marché pertinent.

Cette position dominante se trouvait renforcée par le monopole de GEG sur les marchés connexes de la distribution d'électricité, de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels et sur l'activité gazière. Ces derniers éléments ne pouvaient que renforcer la notoriété de l'opérateur historique aux yeux des clients éligibles.

SUR LES PRATIQUES

Sur la pratique de dénigrement

La concurrence suppose un certain degré de rivalité et de compétition entre les acteurs d'un marché. Néanmoins, cette lutte pour la conquête de la clientèle n'autorise pas tous les comportements, surtout de la part d'une entreprise qui, détenant une position dominante sur un marché, encourt une responsabilité particulière. Parmi les actes qui peuvent être regardés comme abusifs, figure le dénigrement, qui consiste à jeter publiquement le discrédit sur une personne, un produit ou un service identifié. Il se distingue de la critique dans la mesure où il émane d'un acteur économique qui cherche à bénéficier d'un avantage concurrentiel en pénalisant son compétiteur.

Néanmoins, tout dénigrement mis en œuvre par une entreprise en position dominante, s'il peut relever de la concurrence déloyale et engager la responsabilité de l'entreprise vis-à-vis de ses concurrents, n'est pas nécessairement constitutif d'un abus sanctionné au titre de l'article L. 420-2 du Code de commerce. Pour qu'un dénigrement puisse être qualifié d'abus de position dominante, il convient que soit établi un lien entre la domination de l'entreprise et la pratique de dénigrement.

En l'espèce, il faut souligner que GEG jouissait à l'époque des faits, en raison de son ancienneté comme entreprise gazière et électrique de Grenoble, d'une forte notoriété. L'appel à la vigilance qu'elle adressait à « ses clients » ne pouvait que persuader ceux-ci de la réalité du « danger prétendu » qui les menaçait, en raison de la confiance qu'ils accordaient au fournisseur historique.

L'ouverture du marché était très récente et l'organisation nouvelle de ce marché était très mal connue des intéressés. Le discours véhiculé par GEG était de nature à avoir un fort impact sur des clients professionnels ignorants du nouveau cadre réglementaire. GEG s'est présenté comme le juge des aptitudes du nouveau concurrent à l'exercice de l'activité de fournisseur, alors qu'il résulte du décret n° 2004-388 du 30 avril 2004 que l'activité 10 d'achat d'électricité pour revendre aux clients éligibles est soumise à déclaration auprès du ministre chargé de l'énergie et que seul celui-ci peut s'opposer à l'exercice de cette activité par le déclarant, s'il estime que celui-ci ne « présente pas de garanties suffisantes de ses capacités techniques, financières et commerciales notamment pour assurer la continuité de l'approvisionnement ».

Le communiqué de presse litigieux contenait des mentions dévalorisantes ne reposant sur aucune constatation avérée. GEG ne disposait, au moment des faits litigieux, d'aucun élément susceptible d'étayer le discrédit systématique jeté sur Poweo, nouvel acteur du marché de l'électricité, en ce qui concerne les méthodes et les produits de ce concurrent. Les termes de ce communiqué étaient péjoratifs, faisant état de « conception de la qualité de services très relative », d'usage de « méthodes peu scrupuleuses » et enfin de la poursuite de fins « strictement financières ». Certains étaient même de nature à induire les clients éligibles en erreur, puisqu'il était énoncé que « cet opérateur annonce à tort qu'il a conclu un partenariat avec GEG », alors que Poweo avait conclu avec GEG un contrat d'accès au réseau de distribution le 5 janvier 2005.

La diffusion de ce communiqué a eu des effets sensibles puisque ses termes ont été utilisés dans des courriers de résiliation de clients qui venaient de conclure un contrat de fourniture avec Poweo. Ces courriers ont été établis à partir d'une lettre-type dont l'une a été envoyée à partir d'un télécopieur de GEG. Ces clients, dont il n'est pas contesté qu'ils ont reçu l'aide et l'assistance des conseillers commerciaux de GEG, se déclaraient persuadés d'avoir été trompés lors du démarchage effectué par Poweo, sans qu'aucune précision ne soit apportée

sur les raisons justifiant ce sentiment de tromperie.

Pour contester le grief notifié, GEG soutient n'avoir agi que pour riposter aux pratiques commerciales critiquables des démarcheurs de Poweo à Grenoble et pour apporter un démenti à l'affirmation de ceux-ci selon laquelle il aurait existé un partenariat entre GEG et Poweo. Pour appuyer ses dires, GEG produit divers articles de presse très récents, faisant état de cas de vente forcée imputés à des démarcheurs de Poweo et deux courriers adressés par des clients, susceptibles, selon GEG, d'établir la réalité des pratiques qu'elle reprochait à Poweo à l'époque.

Mais une situation prétendument illicite n'autorise pas les entreprises à commettre elles-mêmes des pratiques anticoncurrentielles. Ainsi que l'a rappelé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 3 mai 1990 (Confédération nationale des syndicats dentaires), « la légitime défense à l'égard des pratiques jugées déloyales ne saurait justifier le recours à des mesures de rétorsion que la loi interdit ». Le Conseil a récemment rappelé ce principe dans un avis n° 07-A-04 du 5 juin 2007 : « (...) lorsque des entreprises s'estiment victimes d'agissements anticoncurrentiels ou déloyaux, elles n'ont pas le droit de mettre en œuvre elles-mêmes des pratiques restrictives de concurrence pour y répondre, mais doivent utiliser les voies de droit qui sont à leur disposition ».

Si le communiqué de presse avait pour but d'apporter un démenti à de prétendues allégations imputables au concurrent, ainsi que le prétend GEG, force est de constater que la riposte s'avère disproportionnée par rapport aux faits qui étaient censés la motiver. Le communiqué procède en effet à une critique générale du concurrent sans aucun rapport direct avec les prétendues allégations mensongères des démarcheurs de Poweo.

S'agissant des articles versés aux débats, aucun ne concerne la zone de Grenoble et l'époque des faits objet de la saisine. Ils sont donc dépourvus de force probante.

S'agissant des courriers (annexes 4 et 5 des observations en réponse au rapport de la société GEG), l'un (celui de Mme R.) atteste que le démarcheur de Poweo se serait dit « mandaté par GEG », alors que le second (de Mme L.) révèle que l'offre de Poweo aurait été présentée à cette cliente « comme étant un partenariat avec la société GEG ».

Si ces courriers contemporains des faits témoignent de comportements discutables de la part de Poweo, ils ne révèlent que des cas isolés, comparés à l'importance du démarchage réalisé à Grenoble par Poweo. D'ailleurs le caractère spontané du courrier adressé par Mme R., est douteux, celle-ci ayant reçu le jour même un courrier de GEG « mettant en garde les professionnels contre les démarchages abusifs et mensongers ». Il ressort également du courrier de Mme R. qu'elle avait accepté l'offre de Poweo en raison de l'avantage en terme de prix que cette offre de marché lui permettait d'obtenir, soit 20 % de moins que les prix proposés par GEG.

Conclusion

Il ressort des constatations opérées que GEG a abusé de sa position dominante sur le marché de la fourniture de l'électricité aux clients éligibles de Grenoble, qui lui conférait une image valorisante d'opérateur historique, en ayant diffusé un communiqué dénigrant les prestations de son concurrent Poweo.

Document n° 6 : CJCE, 11 décembre 2008, Kanal 5 et TV 4, aff. C-52/07, point 26

ARRÊT DE LA COUR (quatrième chambre) 11 décembre 2008 (*)

« Droit d'auteur – Organisme de gestion des droits des auteurs jouissant d'une situation de monopole de fait – Perception d'une redevance relative à la télédiffusion d'œuvres musicales – Méthode de calcul de cette redevance – Position dominante – Abus »

Dans l'affaire C-52/07,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 234 CE, introduite par le Marknadsdomstolen (Suède), par décision du 2 février 2007, parvenue à la Cour le 6 février 2007, dans la

procédure

Kanal 5 Ltd,

TV 4 AB

contre

Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa,

LA COUR (quatrième chambre),

[...]

La demande de décision préjudicielle porte sur l'interprétation de l'article 82 CE.

Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant Kanal 5 Ltd (ci-après « Kanal 5 ») et TV 4 AB (ci-après « TV 4 ») à Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (organisme suédois de gestion collective du droit d'auteur pour la musique, ci-après « STIM ») au sujet du barème des redevances relatives à la télédiffusion d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur appliqué par celui-ci.

Le cadre juridique

En Suède, le droit d'auteur est régi par la loi 1960:729 relative à la propriété littéraire et artistique [lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk].

En vertu des articles 42 bis et 42 sexies de cette loi, les sociétés de télédiffusion utilisant des œuvres protégées par le droit d'auteur peuvent conclure des accords de concession de licence avec un organisme de gestion collective du droit d'auteur et se voir ensuite accorder un droit général de télédiffusion de ces œuvres.

L'article 23 de la loi 1993:20 relative à la concurrence [konkurrenslagen (1993:20), ci-après la « KL »] prévoit : « La Konkurrensverket [(Autorité suédoise de la concurrence)] peut ordonner à une entreprise de mettre fin à la violation d'une interdiction posée aux articles 6 et 19 de la présente loi ou aux articles 81 CE et 82 CE.

Si la Konkurrensverket décide de ne pas ordonner une telle mesure, le Marknadsdomstolen peut être saisi par toute entreprise victime de l'infraction. [...]»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

Kanal 5 et TV 4 sont des sociétés privées de télédiffusion.

STIM est une association jouissant, en Suède, d'une situation de monopole de fait sur le marché de la mise à disposition d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur en vue de leur télédiffusion.

Les membres de STIM sont des auteurs et des éditeurs d'œuvres musicales.

Ils concluent avec cette association un contrat d'adhésion par lequel ils lui concèdent le droit à rémunération pour la représentation et l'exécution publiques (droits de représentation) ainsi que pour l'enregistrement et la reproduction (droits mécaniques) de leurs œuvres.

S'agissant de la perception des droits de représentation, STIM soumet Kanal 5 et TV 4 au paiement de redevances correspondant à un pourcentage de leurs recettes résultant de la diffusion d'émissions destinées au grand public ou, subsidiairement, de la publicité et/ou des abonnements.

Ces pourcentages varient en fonction du volume de musique télédiffusé.

Quant à la chaîne de télévision de service public Sveriges Television (ci-après « SVT »), elle paye à STIM une redevance forfaitaire dont le montant est convenu à l'avance.

Au mois d'octobre 2004, Kanal 5 et TV 4 ont, en vertu de l'article 23, premier alinéa, de la KL, saisi la

Konkurrensverket d'une demande d'injonction au motif que, selon elles, STIM abusait de sa position dominante. Par une décision du 28 avril 2005, la Konkurrensverket a rejeté cette demande au motif qu'il n'existait pas d'éléments suffisants pour justifier l'ouverture d'une enquête.

Kanal 5 et TV 4 ont introduit, devant la juridiction de renvoi, un recours contre STIM au titre de l'article 23, second alinéa, de la KL.

C'est dans ce contexte que le Marknadsdomstolen a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes :

« 1) L'article 82 CE doit-il être interprété en ce sens que des agissements doivent être considérés comme constitutifs d'un abus de position dominante si un organisme de gestion collective du droit d'auteur pour la musique, qui jouit d'un monopole de fait dans un État membre, applique ou impose à des chaînes de télévision privées un barème de redevances pour avoir le droit de diffuser des œuvres musicales dans des émissions de télévision destinées au grand public, selon lequel ces redevances sont déterminées comme une part des recettes tirées desdites émissions par lesdites chaînes ?

L'article 82 CE doit-il être interprété en ce sens que des agissements doivent être considérés comme constitutifs d'un abus de position dominante si un organisme de gestion collective du droit d'auteur pour la musique, qui jouit d'un monopole de fait dans un État membre, applique ou impose à des chaînes de télévision privées un barème de redevances pour avoir le droit de diffuser des œuvres musicales dans des émissions de télévision destinées au grand public, selon lequel ces redevances sont déterminées comme une part des recettes tirées desdites émissions par lesdites chaînes en l'absence de rapport évident entre les recettes et les prestations de cet organisme, à savoir accorder le droit de diffuser une œuvre musicale protégée par le droit d'auteur ; tel est souvent le cas par exemple des émissions d'information et sportives ainsi que lorsque les recettes augmentent en raison de changements dans la grille de programmation, d'investissements technologiques et de développements de produits adaptés à la clientèle ?

La réponse aux première et deuxième questions est-elle susceptible d'être influencée par le fait qu'il est possible d'identifier et de quantifier tant la musique diffusée que l'audience ?

La réponse aux première et deuxième questions est-elle susceptible d'être influencée par le fait que le barème de redevances (fondé sur les recettes) n'est pas appliqué de la même manière aux sociétés de service public ? »

Sur les questions préjudicielles

Sur les première à troisième questions

Par ses trois premières questions, qu'il convient d'examiner ensemble, la juridiction de renvoi demande en substance, d'une part, si le fait, pour un organisme de gestion collective du droit d'auteur jouissant, dans un État membre, d'une situation de monopole de fait sur le marché de la mise à disposition d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur en vue de leur télédiffusion, d'appliquer, au titre de la rémunération due pour cette prestation, un barème de redevances suivant lequel les montants de ces redevances sont calculés sur le fondement des recettes des sociétés télédiffusant ces œuvres ainsi qu'en fonction de la quantité de musique télédiffusée constitue un abus de position dominante interdit par l'article 82 CE et, d'autre part, si le fait qu'une autre méthode permette d'identifier et de quantifier de manière plus précise l'utilisation desdites œuvres ainsi que l'audience est susceptible d'avoir une incidence sur cette qualification.

En vertu du premier alinéa de cet article, est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre les États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Afin d'examiner si une entreprise occupe une position dominante au sens de l'article 82, premier alinéa CE, une importance fondamentale doit être accordée à la détermination du marché en cause et à la délimitation de la partie substantielle du marché commun où l'entreprise est en mesure de se livrer éventuellement à des pratiques

abusives faisant obstacle à une concurrence effective (voir arrêt du 26 novembre 1998, Bronner, C-7/97, Rec. p. I-7791, point 32).

S'agissant du marché en cause au principal, la juridiction de renvoi indique que ce marché est celui de la mise à disposition, en Suède, d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur en vue de leur télédiffusion.

Cette juridiction indique également que STIM se trouve en situation de monopole de fait sur ledit marché.

Il en résulte que STIM détient une position dominante sur le marché en cause au principal (voir, en ce sens, arrêt Bronner, précité, point 35) et que, dans la mesure où cette position dominante s'étend sur le territoire d'un État membre, elle est susceptible de constituer une position dominante sur une partie substantielle du marché commun (voir, en ce sens, arrêts du 25 juin 1998, Dusseldorp e.a., C-203/96, Rec. p. I-4075, point 60 ; Bronner, précité, point 36 ; du 17 mai 2001, TNT Traco, C-340/99, Rec. p. I-4109, point 43, ainsi que du 22 mai 2003, Connect Austria, C-462/99, Rec. p. I-5197, point 79).

Enfin, la juridiction de renvoi précise que le commerce entre les États membres est affecté en raison du fait que le barème de redevances en cause au principal concerne l'utilisation d'œuvres musicales dont les auteurs sont des nationaux et des étrangers, qu'une partie des acheteurs d'espaces publicitaires auprès de Kanal 5 et de TV 4 sont établis dans des États membres autres que le Royaume de Suède et que Kanal 5 émet à partir du Royaume-Uni.

Dans ces conditions, il y a lieu d'examiner si le fait que STIM applique ledit barème à Kanal 5 et à TV 4 constitue une exploitation abusive de sa position dominante au sens de l'article 82, premier alinéa, CE.

La notion d'exploitation abusive est une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence (arrêts du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 91, et du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359, point 69).

Certes, s'il est exact que l'existence d'une position dominante ne saurait priver une entreprise se trouvant dans une telle position du droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont attaqués, et qu'il faut lui accorder, dans une mesure raisonnable, la faculté d'accomplir les actes qu'elle juge appropriés en vue de protéger lesdits intérêts, on ne peut admettre de tels comportements lorsqu'ils ont précisément pour objet de renforcer cette position dominante et d'en abuser (voir arrêts du 14 février 1978, United Brands et United Brands Continentaal/Commission, 27/76, Rec. p. 207, point 189, ainsi que du 16 septembre 2008, Sot. Léloukai Sia e.a., C-468/06 à C-478/06, non encore publié au Recueil, point 50).

Dans ce contexte, il convient donc de rechercher si le détenteur de cette position a utilisé les possibilités qui en découlent pour obtenir des avantages de transactions qu'il n'aurait pas obtenus en cas de concurrence praticable et suffisamment efficace (arrêt United Brands et United Brands Continentaal/Commission, précité, point 249).

Selon la jurisprudence de la Cour, un tel abus pourrait consister dans la pratique d'un prix excessif sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie (voir arrêts du 13 novembre 1975, General Motors Continental/Commission, 26/75, Rec. p. 1367, point 12, ainsi que United Brands et United Brands Continentaal/Commission, précité, point 250).

Dans l'affaire au principal, il convient donc de vérifier si les redevances exigées par STIM présentent un rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie par cet organisme, qui consiste à mettre le répertoire d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur qu'il gère à la disposition des sociétés de télédiffusion ayant conclu des accords de concession de licences avec lui.

Dans la mesure où ces redevances visent à rémunérer des auteurs d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur au titre de la télédiffusion de ces œuvres, il y a lieu de prendre en considération la nature particulière de ce droit.

Dans ce contexte, il est expédient de rechercher un équilibre adéquat entre l'intérêt des auteurs d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur à percevoir une rémunération au titre de la télédiffusion de ces œuvres et celui des sociétés de télédiffusion à pouvoir télédiffuser lesdites œuvres dans des conditions raisonnables.

S'agissant de redevances perçues au titre de la rémunération du droit d'auteur pour la représentation publique, dans une discothèque, d'œuvres musicales enregistrées et dont le montant était calculé sur la base du chiffre d'affaires de cette discothèque, la Cour a jugé que de telles redevances devaient être considérées comme l'exploitation normale d'un droit d'auteur et que leur perception ne constituait pas, en elle-même, un comportement abusif au sens de l'article 82 CE (voir, en ce sens, arrêt du 9 avril 1987, Basset, 402/85, Rec. p. 1747, points 15, 16, 18 et 21).

En ce qui concerne le caractère abusif du taux de redevances analogues, dont le montant correspondait également à un pourcentage du chiffre d'affaires d'une discothèque, la Cour a jugé que la nature globale de ces redevances ne saurait être mise en cause au regard de l'interdiction énoncée à l'article 82 CE que dans la mesure où d'autres méthodes seraient susceptibles de réaliser le même but légitime qui est la protection des intérêts des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, sans pour autant entraîner une augmentation des frais encourus en vue de la gestion des contrats et de la surveillance de l'utilisation des œuvres musicales protégées (voir arrêt du 13 juillet 1989, Tournier, 395/87, Rec. p. 2521, point 45).

De même, l'application, par STIM, du barème de redevances en cause au principal ne constitue pas, en soi, une pratique abusive au sens de l'article 82 CE et doit, en principe, être considérée comme une exploitation normale du droit d'auteur.

En effet, il ne saurait être contesté que, en percevant des redevances au titre de la rémunération due pour la télédiffusion d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur, STIM poursuit un but légitime, à savoir la sauvegarde des droits et des intérêts de ses adhérents à l'égard des utilisateurs de leurs œuvres musicales (voir, en ce sens, arrêt Tournier, précité, point 31).

Par ailleurs, ces redevances, qui représentent la contrepartie due pour l'utilisation d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur à des fins de télédiffusion, doivent, notamment, être analysées au regard de la valeur de cette utilisation dans les échanges économiques.

À cet égard, dans la mesure où de telles redevances sont calculées sur le fondement des recettes des sociétés de télédiffusion, elles présentent, en principe, un rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie par STIM.

En outre, le titulaire du droit d'auteur et ses ayants droit ont un intérêt légitime à calculer des redevances dues pour l'autorisation de représenter une œuvre protégée par le droit d'auteur en fonction du nombre réel ou probable des représentations (voir, en ce sens, arrêts 18 mars 1980, Coditel e.a., 62/79, Rec. p. 881, point 13, ainsi que Tournier, précité, point 12).

Or, le barème de redevances appliqué par STIM tient compte de la quantité d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur réellement télédiffusée, puisque, ainsi qu'il ressort de la décision de renvoi, le montant de ces redevances varie en fonction non seulement des recettes des sociétés de télédiffusion, mais également du volume de musique télédiffusé.

Toutefois, il ne peut être exclu que, dans certaines circonstances, l'application d'un tel barème de redevances puisse revêtir un caractère abusif, notamment lorsqu'il existe une autre méthode permettant d'identifier et de quantifier de manière plus précise l'utilisation de ces œuvres ainsi que l'audience et que cette méthode est susceptible de réaliser le même but légitime, qui est la protection des intérêts des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, sans pour autant entraîner une augmentation disproportionnée des frais encourus en vue de la gestion des contrats et de la surveillance de l'utilisation des œuvres musicales protégées par le droit d'auteur.

Par conséquent, il y a lieu de répondre aux première à troisième questions que l'article 82 CE doit être interprété en ce sens qu'un organisme de gestion collective du droit d'auteur détenant une position dominante sur une partie substantielle du marché commun n'exploite pas de façon abusive cette position lorsque, au titre de la

rémunération due pour la télédiffusion d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur, il applique à des chaînes de télévision privées un barème de redevances suivant lequel les montants de ces redevances correspondent à une part des recettes de ces chaînes, à condition que cette part soit globalement proportionnelle à la quantité d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur réellement télédiffusée ou susceptible de l'être et à moins qu'une autre méthode permette d'identifier et de quantifier de manière plus précise l'utilisation de ces œuvres ainsi que l'audience, sans pour autant entraîner une augmentation disproportionnée des frais encourus en vue de la gestion des contrats et de la surveillance de l'utilisation desdites œuvres.

Sur la quatrième question

Par sa quatrième question, la juridiction de renvoi demande en substance si la circonstance qu'un organisme de gestion collective du droit d'auteur calcule des redevances perçues au titre de la rémunération due pour la télédiffusion d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur de manière différente selon qu'il s'agit de sociétés de télédiffusion privées ou de sociétés de service public constitue un abus de position dominante au sens de l'article 82 CE.

Selon le second alinéa, sous c), de cet article, une pratique abusive peut notamment consister à 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.

S'agissant de l'existence éventuelle d'une telle pratique dans le litige au principal, il appartient à la juridiction de renvoi d'examiner, en premier lieu, si, en calculant de manière différente les redevances dues par Kanal 5 et TV 4, d'une part, et par SVT, d'autre part, au titre de la rémunération pour la télédiffusion d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur, STIM applique à leur égard des conditions inégales à des prestations équivalentes et, en second lieu, si ces sociétés de télédiffusion sont, en raison de ce fait, désavantagées dans la concurrence.

Dans le cadre de cet examen, ladite juridiction devra notamment tenir compte de la circonstance que, contrairement à Kanal 5 et à TV 4, SVT ne dispose ni de recettes publicitaires ni de recettes relatives aux contrats d'abonnement et du fait que la redevance due par SVT est perçue sans que soit prise en considération la quantité d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur réellement télédiffusée.

Par ailleurs, la juridiction de renvoi devra également vérifier si Kanal 5 et TV 4 ou l'une de ces deux sociétés sont des concurrentes de SVT sur le même marché.

Enfin, en vue de déterminer si le fait, pour un organisme de gestion collective du droit d'auteur, de calculer des redevances perçues au titre de la rémunération due pour la télédiffusion d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur de manière différente selon qu'il s'agit de sociétés de télédiffusion privées ou de sociétés de service public constitue une pratique abusive au sens de l'article 82 CE, il incombera à cette juridiction d'examiner si une telle pratique peut être objectivement justifiée (voir, en ce sens, arrêts *United Brands et United Brands Continentaal/Commission*, précité, point 184 ; *Tournier*, précité, points 38 et 46 ; du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04 P, Rec. p. I-2331, point 69, ainsi que *Sot. Léloukas et Sia e.a.*, précité, point 39). Une telle justification pourrait notamment résulter de la mission et du mode de financement des sociétés de service public.

Par conséquent, il y a lieu de répondre à la quatrième question que l'article 82 CE doit être interprété en ce sens que, en calculant des redevances perçues au titre de la rémunération due pour la télédiffusion d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur de manière différente selon qu'il s'agit de sociétés de télédiffusion privées ou de sociétés de service public, un organisme de gestion collective du droit d'auteur est susceptible d'exploiter de façon abusive sa position dominante au sens dudit article lorsqu'il applique à l'égard de ces sociétés des conditions inégales à des prestations équivalentes et qu'il leur inflige de ce fait un désavantage dans la concurrence, à moins qu'une telle pratique puisse être objectivement justifiée.

Sur les dépens

La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (quatrième chambre) dit pour droit :

L'article 82 CE doit être interprété en ce sens qu'un organisme de gestion collective du droit d'auteur détenant une position dominante sur une partie substantielle du marché commun n'exploite pas de façon abusive cette position lorsque, au titre de la rémunération due pour la télédiffusion d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur, il applique à des chaînes de télévision privées un barème de redevances suivant lequel les montants de ces redevances correspondent à une part des recettes de ces chaînes, à condition que cette part soit globalement proportionnelle à la quantité d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur réellement télédiffusée ou susceptible de l'être et à moins qu'une autre méthode permette d'identifier et de quantifier de manière plus précise l'utilisation de ces œuvres ainsi que l'audience, sans pour autant entraîner une augmentation disproportionnée des frais encourus en vue de la gestion des contrats et de la surveillance de l'utilisation desdites œuvres.

L'article 82 CE doit être interprété en ce sens que, en calculant des redevances perçues au titre de la rémunération due pour la télédiffusion d'œuvres musicales protégées par le droit d'auteur de manière différente selon qu'il s'agit de sociétés de télédiffusion privées ou de sociétés de service public, un organisme de gestion collective du droit d'auteur est susceptible d'exploiter de façon abusive sa position dominante au sens dudit article lorsqu'il applique à l'égard de ces sociétés des conditions inégales à des prestations équivalentes et qu'il leur inflige de ce fait un désavantage dans la concurrence, à moins qu'une telle pratique puisse être objectivement justifiée.

Document n° 7 : ADLC, Décision n° 12-D-24 du 13 décembre 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine

Vu la saisine enregistrée le 10 octobre 2006, sous le numéro 06/0070 F, par laquelle la société Bouygues Télécom a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange France et SFR sur le marché de la fourniture de services de téléphonie mobile en France métropolitaine ; Vu l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne (CE), devenu l'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) à compter du 1er décembre 2009 ; Vu le livre IV du code de commerce dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 ; Vu la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ; Vu l'ordonnance n° 2008-1161 du 13 novembre 2008 portant modernisation de la régulation de la concurrence et notamment son article 5 ; Vu l'avis n° 2007- 0037 de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes du 15 mars 2007 ; Vu la décision n° 09-S-03 du 15 mai 2009, par laquelle l'Autorité de la concurrence a renvoyé le dossier à l'instruction ; Vu le rapport du conseiller auditeur du 9 juillet 2012 ; Vu les décisions liées à la protection du secret des affaires n° 08- DSADEC-51 à 08- DSADEC-53 et 08- DSA-107 à 08-DSA 110 du 21 juillet 2008 ; n° 10-DSA-97 du 2 juin 2010 ; n° 10-DSA-107 à 10-DSA-110 du 11 juin 2010 ; n° 11-DSA-118 à 11-DSA-121, n° 11-DSA-123 à 11- DSA-125 et

11-DSA-135 du 18 avril 2011 ; n° 11-DSA-117, 11- DSA-122, 11-DSA-134 et 11-DSA-136 du

30 mai 2011 ; n° 11-DSA-191 et 11-DSA-192 du 3 juin 2011 ; n° 11-DSA-133 et n° 11-DSA-

207 du 22 juin 2011, n° 11-DSA-208 du 23 juin 2011 ; n° 11-DEC-21 du 25 juillet 2011 ; n° 11-DEC-22 du 26 juillet 2011 ; n° 11- DEC-23 du 27 juillet 2011 ; n° 11-DEC-24 et 11-DEC- 25 du 2 août 2011 ; n° 11-DEC-43 du 10 octobre 2011 ; n° 11-DEC-34 du 19 octobre 2011 ; n° 12-DSA-143 et 12-DSA-146 du 4 avril 2012 ; n° 12-DSA-153 du 5 avril 2012 ; n° 12-DSA-165

du 18 avril 2012 ; n° 12-DEC-20 du 19 avril 2012 ; n° 12-DEC-22, et 12-DSA-170 du 23 avril 2012 ; 2 n° 12-DEC-24 du 24 avril 2012 ; n° 12-DEC-28 du 14 juin 2012 ; n° 12-DSA-241 et 12-

DSA-242 du 9 juillet 2012 ; n° 12-DSA-243 et 12-DSA-248 du 10 juillet 2012 ; Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par les sociétés France Télécom, Orange France, SFR et Bouygues Télécom et par le commissaire du Gouvernement ; Les rapporteurs, la rapporteure générale, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés France Télécom, Orange France, SFR et Bouygues Télécom entendus lors de la séance de l'Autorité de la concurrence du 25 juillet 2012 ;

A. RAPPEL DE LA PROCÉDURE

Le 10 octobre 2006, la société Bouygues Télécom a saisi le Conseil de la concurrence, devenu le 2 mars 2009 l'Autorité de la concurrence (ci-après « l'Autorité »), d'une plainte alléguant l'existence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre sur le marché de la téléphonie mobile en France métropolitaine.

Selon la saisissante, les offres d'abondance on net.

Une notification des griefs a été adressée aux sociétés Orange France, France Télécom et SFR le 13 mars 2008, portant sur des pratiques de ciseau tarifaire susceptibles d'enfreindre les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE. La saisine a été communiquée à l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ci-après « l'ARCEP »), qui a transmis un avis à l'Autorité le 15 mars 2007. A la suite de la réception des observations des parties, un rapport leur a été adressé le 4 août 2008. commercialisées par Orange et SFR à compter de 2004, qui proposaient des avantages tarifaires aux abonnés pour les appels à destination de clients du même opérateur, sont constitutives d'un abus de position dominante, au sens des articles L. 420-2 du code de commerce et 82 du traité CE, dans la mesure où elles sont fidélisantes, discriminatoires et engendrent un ciseau tarifaire.

Une séance s'est tenue le 11 mars 2009.

Par une décision n° 09-S-03 en date du 15 mai 2009, l'Autorité a décidé de surseoir à statuer et de renvoyer le dossier à l'instruction. Les motifs de cette décision indiquent notamment : « 83. Comme l'Autorité de la concurrence l'a récemment rappelé dans sa décision n° 09-D-15 du 2 avril 2009, une différenciation tarifaire excessive pourrait avoir pour effet, sans empêcher les concurrents du marché aval aussi efficaces de proposer leurs services de manière rentable, d'élever sensiblement leurs coûts pour les affaiblir et diminuer ainsi la pression concurrentielle qu'ils sont susceptibles d'exercer sur le marché. 1 Les expressions techniques utilisées dans les développements qui suivent sont définies dans le lexique figurant à la fin de la présente décision. (...) Il convient donc d'analyser dans quelle mesure des offres comprenant de l'« on net » illimité, en obligeant les opérateurs de petite taille à répliquer par des offres cross net, et donc à acheter des volumes de terminaison d'appel plus élevés à leurs concurrents, pourraient fausser le jeu de la concurrence sur le marché des services de téléphonie mobile et constituer un abus de position dominante de l'opérateur lançant une telle offre sur le marché de sa terminaison d'appel. Aucun grief n'ayant été notifié sur ce point, l'Autorité ne peut se prononcer. Il y a donc lieu, dans ces conditions, de renvoyer le dossier à l'instruction. 84. Les effets d'une différenciation tarifaire excessive pourraient aussi prendre la forme extrême d'effets de ciseaux tarifaires tels que ceux mis en cause dans les griefs notifiés à Orange et France Télécom, d'une part, et à SFR, d'autre part, si l'espace économique entre la terminaison d'appel facturée par l'opérateur et le prix de détail résultant des consommations effectives sur ses offres on net illimité était réduit au point de ne plus permettre à ses concurrents de couvrir les autres coûts liés à la production de ces appels. (...) Par ailleurs, s'il existe des solutions alternatives, il convient de vérifier que celles-ci permettent effectivement aux opérateurs aussi efficaces que l'opérateur dominant de le concurrencer. En l'espèce, il convient notamment, comme pour les effets attachés dans leur ensemble au principe même de la différenciation tarifaire « on net/off net », de vérifier si les opérateurs concurrents peuvent ou non répliquer ces offres par leurs propres offres « on net », et s'ils sont ainsi contraints d'acheter des volumes de terminaison d'appel plus élevés à leurs concurrents. L'existence d'un effet de ciseau tarifaire apparaît ainsi comme une question subsidiaire à celle, plus vaste, de mécanismes de discrimination anticoncurrentielle. Les éléments figurant au dossier ne permettant pas d'éclairer l'Autorité sur ce point, il y a lieu, dans ces conditions, de surseoir à statuer et de procéder à un complément d'instruction »

Cette décision a fait l'objet d'un recours des sociétés France Télécom et Orange France devant la cour d'appel

de Paris. Ce recours a été rejeté pour irrecevabilité dès lors que l’Autorité « n’a tranché aucun point et n’a pris qu’une mesure interne concernant l’instruction d’une affaire estimée incomplète » (arrêt de la cour d’appel de Paris du 6 avril 2010, qui a fait l’objet d’un pourvoi rejeté par l’arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 2011, n° 10-17044).

Une seconde notification des griefs a été adressée aux sociétés Orange France, France Télécom et SFR le 5 août 2011, portant sur des pratiques de différenciation tarifaire susceptibles d’enfreindre les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE.

A la suite de la réception des observations des parties, un rapport leur a été adressé le 25 avril 2012.

Par ailleurs, dans la mesure où ces éléments n’avaient pas été évoqués dans le rapport du 4 août 2008, antérieur à la publication du communiqué de l’Autorité du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires, un rapport complétant celui du 4 août 2008 a été adressé aux parties le 12 avril 2012 afin de leur signaler les principaux éléments de droit et de fait susceptibles d’influer, du point de vue des services d’instruction de l’Autorité, sur la détermination d’une éventuelle sanction par le collège, et de leur permettre de présenter des observations à cet égard. Ce rapport précise n’avoir « pas pour objet de répondre aux écritures des parties relatives tant au rapport daté du 4 août 2008 qu’à celles relatives à la notification de grief datée du 5 août 2011 » (point 1).

Une nouvelle séance s’est tenue le 25 juillet 2012 (...)

C. Les pratiques constatées (...)

Définition des offres dites « on net illimité »

78. Les offres « on net illimité », désignées à plus juste titre par l’expression « offres d’abondance on net », sont des offres de téléphonie mobile « permettant d’appeler les clients d’un même opérateur pour un prix forfaitaire indépendant du nombre et de la durée des appels. Certaines offres d’abondance portent sur l’ensemble des clients d’un même opérateur ; d’autres sont restreintes à un certain nombre de clients d’un même opérateur ».

L’abondance on net, moteur d’abonnement

Plusieurs études qualitatives effectuées par les opérateurs indiquent que les offres d’abondance on net exercent un important effet sur les motivations de souscription des clients, et constituent un puissant moteur d’abonnement pour les consommateurs. S’agissant des abonnés aux offres d’Orange

L’étude Synovate 2006 « Bilan & Perspectives de la gamme First27 analyse les critères de choix des abonnés aux offres de téléphonie mobile Classique, Intense et Pro d’Orange (respectivement cote 16287, 16289, 16290). Les premiers critères mis en avant par les personnes interrogées comme ayant joué un rôle important dans le choix de l’offre, parmi l’ensemble des critères cités par les enquêteurs, sont l’attractivité des prix et la qualité du réseau, devant l’appartenance des proches au même réseau. Il ressort toutefois de cette étude que, pour chacune des trois gammes d’offres, le critère identifié comme celui ayant joué le rôle le plus important dans le choix des clients correspond à l’offre « 3 n° Orange illimités 24h/24 et 7 j/7 », loin devant les autres critères cités par les enquêteurs.

(...)

Une étude réalisée par LH2 pour SFR en novembre 2005 montre que la composante d’abondance on net des offres constitue également le critère de choix le plus important pour les clients de cet opérateur (cotes 13521 - VC 13487 et 13522 - VC 13488).

Cette même étude montre par ailleurs que la détention d’une offre sur le même réseau que son entourage est un critère de choix déterminant pour le consommateur.

Ces résultats témoignent de la différence de comportement entre les « migrants », c’est-à-dire les souscripteurs déjà clients de SFR et les « conquêtes », c’est-à-dire les souscripteurs auparavant abonnés auprès d’un opérateur concurrent. 41% des migrants déclarent avoir choisi une offre d’abondance « parce que [leur] entourage était

chez SFR », alors que 53% des nouveaux clients déclarent avoir choisi une offre d'abondance pour la même raison. Ceci indique l'effet de la composante d'abondance on net sur la conquête de nouveaux clients. 251. Par ailleurs, cette étude met en évidence l'importance de la prescription exercée par les abonnés aux offres d'abondance on net auprès de leur entourage. Les clients étaient notamment interrogés quant aux actions menées à l'égard de leurs proches afin que ces derniers les rejoignent sur le réseau de SFR dans le but de pouvoir les ajouter à la liste des numéros favoris (cote 13528). Il ressort de cette étude qu'en moyenne, 67% des abonnés à une offre disposant d'une composante d'appels en illimité vers des numéros favoris recommande aux personnes de son entourage de rejoindre SFR afin de pouvoir les inscrire dans leur liste de numéros favoris.

(...)

254. Un effet de conquête des membres d'un même cercle de proches engendré par les offres on net avait déjà été identifié par SFR dans une étude de 2004 (cote 13175 et s.) et relayé en interne par le biais d'une note de mai 2004 (cotes 11146 et s.). Cette note, qui portait sur « l'Avantage famille » (appels en illimité entre cinq personnes habitant à la même adresse ou disposant d'un lien de parenté direct), présentait les conclusions suivantes (cote 11147) :

(...)

g) Conclusion

263. Les éléments présentés ci-dessus montrent que le lancement des offres d'abondance on net d'Orange et de SFR s'est traduit par plusieurs effets concrets sur le marché. Une distorsion des flux de trafic on net et off net de ces deux opérateurs a été observée, les appels on net connaissant une brusque accélération, à l'inverse des appels off net, alors qu'un tel phénomène n'était pas observé pour Bouygues Télécom, qui n'a pas lancé d'offres d'abondance on net. Par ailleurs, une augmentation de la part des appels destinés aux principaux correspondants, susceptibles d'être inscrits sur la liste des numéros favoris pouvant faire l'objet de communications illimitées, a été observée pour les souscripteurs des offres d'abondance. Parallèlement, le nombre de proches de ces souscripteurs abonnés auprès du même opérateur s'est accru, ce qui s'explique notamment par l'importance représentée par la composante d'abondance on net dans les motivations d'abonnement des consommateurs. Enfin, les clients des offres d'abondance on net connaissent un taux de résiliation plus faible que les abonnés moyens des opérateurs, ce qui tend à indiquer un effet de fidélisation des offres en cause.

(...)

a) Sur le caractère abusif d'une différenciation entre appels on net et appels off net (...)

386. S'agissant de l'effet anticoncurrentiel des pratiques, il résulte de la jurisprudence de la Cour de justice que l'article 102 TFUE doit être interprété comme visant non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte au jeu de la concurrence (arrêts précités Telia Sonera, point 104 et Deutsche Telekom, point 176). 387. L'article 102 TFUE interdit ainsi à une entreprise en position dominante de se livrer à des pratiques tarifaires tendant à produire des effets d'éviction pour ses concurrents aussi efficaces, actuels ou potentiels, c'est-à-dire des pratiques qui sont à même de rendre plus difficile, voire impossible, l'accès au marché de ces derniers, en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut donc être considérée comme légitime (voir, en ce sens, les arrêts de la Cour de justice du 9 novembre 1983, *Nederlandsche BandenIndustrie- Michelin/Commission*, 322/81, Rec. p. 3461, point 73, et *Deutsche Telekom*, précité, point 175).

388. Toutefois, l'entreprise mise en cause peut faire valoir que ses pratiques étaient économiquement justifiées. Dans ce cadre, il lui appartient de démontrer le bien-fondé d'une éventuelle justification objective et d'avancer, à cet égard, des arguments et des éléments de preuve convaincants (voir les arrêts de la Cour de justice du 15 mars 2007, *British Airways/Commission*, C-95/04 P, Rec. p. I-2331, point 69 et 86, et du Tribunal du 9 septembre 2009, *Clearstream/Commission*, T-301/04, Rec. p. II- 3155, point 185).

Il ressort des études internes de SFR que le lancement des offres d'abondance on net avait précisément pour objectif de renforcer la tendance au regroupement des proches auprès d'un même opérateur résultant du mécanisme naturel de prescription. Une note interne diffusée en mai 2004, qui précède de quelques mois le lancement des premières offres on net illimitées SFR Essentiel en mars 2005, souligne ainsi l'existence d'un comportement de « regroupement d'opérateur déjà établi, qui peut être favorable à une option intraSFR » (cf. point 254 ci-dessus). Le lancement des forfaits SFR Essentiel a donc été motivé par un objectif de « conserver et de conquérir des familles », notamment face à la concurrence d'Orange, ainsi que le reconnaît d'ailleurs SFR dans ses observations au rapport. SFR explique que, dans le cas des offres d'abondance on net, chaque nouveau souscripteur devient un « fondateur de tribu », qui attire de nouveaux clients vers le réseau, permettant à l'opérateur d'obtenir un abaissement des coûts de recrutement des nouveaux clients (p. 26 des observations au rapport du 25 avril 2012).

Dans le même sens, l'ARCEP expose, dans son avis du 15 mars 2007 précité, que les offres d'abondance on net, en permettant aux clients de communiquer à un prix à la minute plus faible vers leurs principaux correspondants du moment, constituent « des vecteurs privilégiés pour conquérir ou conserver des clients sur les segments de marchés les plus fluides et donc ayant les coûts d'acquisition les plus faibles » (cote 1807).

A cet égard, les arguments des mises en cause selon lesquels la composante d'abondance on net n'aurait pas d'impact sur le choix de l'opérateur et que la souscription de ces offres pourrait s'expliquer par un niveau de prix attractif ne peuvent être retenus.

En effet, l'attractivité du niveau de prix global des forfaits en cause ne saurait être appréciée de manière distincte de l'existence d'une composante d'abondance on net, qui représente un avantage tarifaire important pour les abonnés dans la mesure où elle leur permet d'appeler leurs proches de manière illimitée sans que ces appels ne soient décomptés du forfait. Par ailleurs, Bouygues Télécom fait valoir, sans être contredite, que les prix de ses offres n'étaient pas moins attractifs que ceux des offres de SFR et d'Orange au cours de la période en litige.

Ainsi, les offres d'abondance on net commercialisées par Orange et SFR à partir de 2005 étaient de nature à favoriser artificiellement la conquête et la fidélisation des « tribus » de proches.

(...)

DÉCISION Article 1er : Il est établi que la société Orange France, en tant qu'auteur des pratiques, et la société France Télécom, en sa qualité de société mère de la société Orange France, ont enfreint les dispositions de l'article 102 TFUE et l'article L. 420-2 du code de commerce en mettant en œuvre, depuis avril 2005, une différenciation tarifaire abusive entre les appels on net vers le réseau d'Orange, et les appels off net à destination des réseaux concurrents. **Article 2 :** Il est établi que la société Société Française du Radiotéléphone - SFR a enfreint les dispositions de l'article 102 TFUE et l'article L. 420-2 du code de commerce en mettant en œuvre, depuis avril 2005, une différenciation tarifaire abusive entre les appels on net vers son propre réseau, et les appels off net à destination des réseaux concurrents. **Article 3 :** Eu égard aux infractions visées aux articles 1er et 2, sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes : • 117 419 000 euros aux sociétés Orange France et France Télécom, se répartissant comme suit : 78 279 000 euros infligés conjointement et solidairement aux sociétés Orange France et France Télécom et 39 140 000 euros infligés à la société France Télécom ; • 65 708 000 euros à la société Société Française du Radiotéléphone - SFR. **Article 4 :** Il est enjoint aux sociétés Orange France et SFR de prendre toutes mesures utiles pour mettre fin aux infractions visées aux articles 1er et 2 et de s'abstenir à l'avenir de mettre en œuvre des pratiques ayant un objet ou un effet équivalent. Il est également enjoint à ces sociétés de porter à la connaissance des abonnés aux offres on net visées par la présente décision qu'ils disposent de la faculté de résilier leur abonnement sans indemnité et à tout moment, eu égard au constat d'infraction au droit de la concurrence effectué par l'Autorité de la concurrence. Les sociétés Orange France et SFR devront soumettre pour approbation à l'Autorité de la concurrence le contenu de la communication prévue par le point précédent au plus tard le 15 janvier 2013, puis rendre compte de l'exécution des mesures décrites ci-dessus auprès de l'Autorité de la concurrence au plus tard le 30 mars 2013.

(...)

Document n° 8 : CJCE, Deutsche Telekom, 14 octobre 2010, aff. C-280/08.

LA COUR (deuxième chambre), composée de M. J. N. Cunha Rodrigues, président de chambre, MM. A. Arabadjiev, U. Lõhmus, A. Ó Caoimh (rapporteur) et M^{me} P. Lindh, juges, avocat général : M. J. Mazák, greffier : M. B. Fülöp, administrateur,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 25 novembre 2009,
ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 22 avril 2010,
rend le présent **Arrêt**

Par son pourvoi, Deutsche Telekom AG demande l'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance des Communautés européennes du 10 avril 2008, Deutsche Telekom/Commission (T-271/03, Rec. p. II-477, ci-après l'« arrêt attaqué »), par lequel celui-ci a rejeté son recours tendant à l'annulation de la décision 2003/707/CE de la Commission, du 21 mai 2003, relative à une procédure d'application de l'article 82 du traité CE (Affaires COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG) (JO L 263, p. 9, ci-après la

« décision litigieuse »).

I – Les antécédents du litige

Les faits à l'origine du litige ont été exposés par le Tribunal aux points 1 à 24 de l'arrêt attaqué de la manière suivante :

« 1 La requérante, Deutsche Telekom AG, est l'opérateur de télécommunications historique en Allemagne. [...]

La requérante exploite le réseau téléphonique allemand. Avant la libéralisation totale des marchés des télécommunications, elle bénéficiait d'un monopole légal sur la prestation de services de télécommunications aux abonnés sur le réseau fixe. Depuis l'entrée en vigueur du Telekommunikationsgesetz (la loi allemande sur les télécommunications, ci-après le 'TKG') du

25 juillet 1996 (BGBl. 1996 I, p. 1120), le 1^{er} août 1996, le marché de la fourniture d'infrastructures et le marché de la prestation de services de télécommunications sont libéralisés en Allemagne. Depuis lors, la requérante est confrontée sur ces deux marchés, à des degrés divers, à la concurrence d'autres opérateurs.

Les réseaux locaux de la requérante comportent chacun plusieurs boucles locales vers les abonnés. L'expression 'boucle locale' désigne le circuit physique qui relie le point de terminaison du réseau dans les locaux de l'abonné au répartiteur principal ou à toute autre installation équivalente du réseau téléphonique public fixe.

La requérante fournit l'accès à ses boucles locales tant aux autres opérateurs de télécommunications qu'aux abonnés. Pour ce qui concerne les services d'accès et les tarifs de la requérante, il y a donc lieu de distinguer entre les services d'accès au réseau local fournis par la requérante à ses concurrents [ci-après les 'services intermédiaires d'accès à la boucle locale'] et les services d'accès au réseau local fournis par la requérante à ses abonnés (ci-après les 'services d'accès [aux] abonnés').

– [Services intermédiaires d'accès à la boucle locale]

Par décision n° 223 a du ministère fédéral des Postes et Télécommunications [...], du 28 mai 1997, la requérante a été contrainte, dès juin 1997, d'accorder à ses concurrents un accès dégroupé total à la boucle locale.

S'agissant des tarifs pour les [services intermédiaires d'accès à la boucle locale] de la requérante, ceux-ci se décomposent en deux éléments, à savoir un tarif pour l'abonnement mensuel, d'une part, et une redevance initiale, d'autre part. [...]

Les tarifs pour les [services intermédiaires d'accès à la boucle locale] de la requérante doivent, conformément à l'article 25, paragraphe 1, du TKG, être préalablement approuvés par la Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (l'autorité de régulation des télécommunications et des postes, ci-après la 'RegTP').

Dans ce contexte, la RegTP vérifie si les tarifs proposés par la requérante pour les [services intermédiaires d'accès à la boucle locale] satisfont aux conditions établies par l'article 24 du TKG. Ainsi, conformément à l'article 24, paragraphe 1, du TKG, les '[t]arif[s] doivent être établis en fonction des coûts d'une prestation de services efficace'. [...]

[...]

– Services d'accès [aux] abonnés

10 S'agissant des services d'accès [aux] abonnés, la requérante offre deux options de base, à savoir la ligne analogique traditionnelle [...] et la ligne numérique à bande étroite [...] Ces deux options de base permettant la connexion des abonnés peuvent être proposées sur le réseau historique à paires de fils de cuivre de la requérante (connexions à bande étroite). Cette dernière propose aussi à ses abonnés des connexions à large bande ([...] ADSL), pour lesquelles elle a dû réaménager les réseaux [à bande étroite] existants afin de pouvoir offrir des services à large bande, par exemple un accès rapide à Internet.

[...]

[Les prix de détail de la requérante pour les services d'accès aux abonnés] se composent de deux éléments : un abonnement mensuel, qui est fonction de la qualité des lignes et des services fournis, et une redevance initiale pour la mise en service ou la reprise d'une ligne, [...]

A – Tarifs pour les lignes d'abonnés analogiques [...] et numériques à bande étroite [...]

Les prix d'accès aux lignes d'abonnés analogiques et [numériques à bande étroite] sont fixés dans le cadre d'un système de plafonnement des prix. Conformément à l'article 27, paragraphe 1, deuxième phrase, à l'article 25, paragraphe 1, du TKG [...], les prix de détail pour la connexion au réseau de la requérante et pour les communications ne sont pas fixés individuellement pour chaque prestation sur la base des coûts supportés, mais sont déterminés conjointement pour plusieurs prestations, les différentes prestations étant réunies dans des paniers.

[...] Le système concerné a été mis en œuvre par la RegTP au 1^{er} janvier 1998. À cette occasion, la RegTP a constitué deux paniers, le premier comprenant les services résidentiels et, le second, les services professionnels. Les deux paniers comprenaient à la fois les services d'accès [aux] abonnés [...] et tout l'éventail des offres de la requérante dans le domaine de la téléphonie telles que les communications locales, régionales, interurbaines et internationales.

[...]

En vertu de la décision du [ministère fédéral des Postes et des Télécommunications] du 17 décembre 1997, la requérante a dû réduire de 4,3 % le prix global de chacun des deux paniers au cours de la période allant du 1^{er} janvier 1998 au 31 décembre 1999 (première période de plafonnement des prix). À la fin de cette première période, au 31 décembre 1999, la RegTP a, par décision du 23 décembre 1999, conservé pour l'essentiel la composition des paniers et a baissé les prix de 5,6 % pour la période allant du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2001 (deuxième période de plafonnement des prix).

À l'intérieur de ce cadre contraignant de réduction des prix, la requérante pouvait modifier les tarifs des différents éléments de chaque panier après avoir obtenu l'autorisation préalable de la RegTP. [...] Le système permettait ainsi l'augmentation des tarifs d'un ou de plusieurs éléments d'un panier, pour autant que les prix plafonds du panier ne soient pas dépassés. [...]

Au cours des deux premières périodes de plafonnement [allant du 1^{er} janvier 1998 au 31 décembre 2001], la requérante a procédé à des baisses des prix de détail pour les deux paniers, allant au-delà des baisses qui lui étaient imposées. Ces baisses tarifaires concernaient en substance les prix des communications. Les prix de détail pour les lignes analogiques [...] sont en revanche restés inchangés au cours des deux périodes de plafonnement, [...] S'agissant des prix de détail pour les lignes [numériques à bande étroite], la requérante a pendant cette même période baissé les tarifs pour l'abonnement mensuel [...]

Depuis le 1^{er} janvier 2002, il existe un nouveau système de plafonnement des prix [...] Dans le nouveau système, les deux paniers précédents comprenant les services résidentiels et les services professionnels sont remplacés par quatre paniers, qui comprennent les services suivants : lignes téléphoniques (panier A), communications locales (panier B), communications interurbaines nationales (panier C) et communications internationales (panier D).

Le 15 janvier 2002, la requérante a fait part à la RegTP de son intention d'augmenter les abonnements mensuels pour les lignes analogiques et [numériques à bande étroite] [...] Cette augmentation a été autorisée par la RegTP [...]

Le 31 octobre 2002, la requérante a fait une nouvelle demande d'augmentation de ses tarifs de détail. Cette demande a été partiellement rejetée par la RegTP [...]

B – Tarifs pour les lignes ADSL [...]

Les tarifs ADSL [...] ne sont pas régulés dans le cadre d'un système de plafonnement des prix. Conformément à l'article 30 du TKG, ces tarifs peuvent faire l'objet d'une régulation a posteriori.

Le 2 février 2001, après avoir reçu plusieurs plaintes de la part de concurrents de la requérante, la RegTP a diligenté une enquête a posteriori sur les prix ADSL de la requérante, afin d'établir, le cas échéant, la pratique d'une vente à perte contraire aux règles de concurrence allemandes. La RegTP a clos la procédure, le 25 janvier 2002, après avoir constaté que l'augmentation des tarifs qui avait été annoncée par la requérante, le 15 janvier 2002, ne donnait plus lieu à un soupçon de vente à perte. »

À la suite de plaintes déposées par des entreprises concurrentes de la requérante au cours de l'année 1999, la Commission des Communautés européennes a adopté la décision litigieuse par laquelle elle reproche à la requérante, en particulier aux cinquante-septième, cent deuxième, cent troisième et cent septième considérants de cette décision, d'avoir commis un abus sous forme d'« effet de ciseaux » (« margin squeeze », ci-après la « compression des marges »), résultant d'un écart inapproprié entre les prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale et les prix de détail pour les services d'accès aux abonnés.

Concernant cette compression des marges, le Tribunal, au point 38 de l'arrêt attaqué, rappelle les termes des cent deuxième à cent cinquième considérants de la décision litigieuse, qui énoncent ce qui suit :

« 102 Il y a [compression des marges] lorsque la somme de l'abonnement mensuel et de la redevance initiale à verser à [la requérante] pour les [services] intermédiaires [d'accès à la boucle locale] oblige les concurrents à facturer à leurs abonnés des prix supérieurs à ceux que [la requérante] facture à ses propres abonnés pour les mêmes services. Si les prix [de gros] des [services] intermédiaires [d'accès à la boucle locale] sont supérieurs aux prix de détail [pour les services d'accès aux abonnés], les concurrents de [la requérante] ne peuvent en aucun cas dégager des bénéfices, même s'ils sont au moins aussi efficaces que [la requérante], car ils ont à supporter des frais (commercialisation, facturation, recouvrement...) qui viennent s'ajouter au prix des [services] intermédiaires [d'accès à la boucle locale].

En facturant à ses concurrents des tarifs [de gros] de [services] intermédiaires [d'accès à la boucle locale] qui sont plus élevés que les prix de détail qu'elle facture à ses abonnés, [la requérante] les empêche de proposer, en plus des simples communications téléphoniques, des services d'accès par la boucle locale. [...]

[La requérante] considère qu'en l'espèce la preuve d'une tarification abusive sous la forme de [compression des marges] est exclue, ne serait-ce que parce que les tarifs [de gros] des [services] intermédiaires [d'accès à la boucle locale] sont fixés de manière contraignante par la RegTP. [...]

Mais contrairement à ce qu'affirme [la requérante], la forme d'abus que constitue [la compression des marges] est pertinente pour la présente espèce. Sur les marchés liés, où les concurrents achètent des [services] intermédiaires [d'accès à la boucle locale] à l'opérateur historique et ont intérêt à le faire s'ils veulent prendre pied sur un marché de produits ou de services [de détail], il peut très bien y avoir [une compression des marges] entre les prix [de gros] régulés des [services] intermédiaires [d'accès à la boucle locale] et les prix de détail [pour les services d'accès aux abonnés]. Car enfin, pour prouver l'existence [d'une compression des marges], il suffit d'abord qu'il y ait entre les deux niveaux de prix une disproportion donnant lieu à une restriction de concurrence. [...]

Aux termes de l'article 1^{er} de la décision litigieuse, la Commission a ainsi conclu que,

« depuis 1998, la [requérante] commet une infraction à l'article 82, point a), du traité CE, du fait qu'elle perçoit des tarifs non équitables pour la mise en service et l'abonnement mensuel relatifs à l'accès à la boucle locale de ses concurrents et de [ses] abonnés, entravant ainsi considérablement la concurrence sur le marché de l'accès à la boucle locale ».

Aux termes de l'article 3 de ladite décision, la Commission a infligé à la requérante une amende d'un montant de 12,6 millions d'euros pour cette infraction.

II – La procédure devant le Tribunal et l'arrêt attaqué

Par requête déposée au greffe du Tribunal le 30 juillet 2003, la requérante a introduit un recours tendant, à titre principal, à l'annulation de la décision litigieuse et, à titre subsidiaire, à la réduction de l'amende imposée par celle-ci.

À l'appui de sa demande d'annulation de la décision litigieuse, la requérante a soulevé, notamment, un moyen tiré de la violation de l'article 82 CE ainsi qu'un moyen tiré d'un détournement de pouvoir et d'une violation des principes de proportionnalité, de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime.

Le moyen tiré de la violation de l'article 82 CE comportait plusieurs branches, dont trois sont pertinentes dans le cadre du présent pourvoi, à savoir une première prise de l'absence de comportement abusif en raison de la marge de manœuvre insuffisante dont disposait la requérante pour éviter la compression des marges, une deuxième concernant l'illégalité de la méthode utilisée par la Commission pour constater la compression des marges et une quatrième tirée de l'absence d'effet sur le marché de la compression des marges.

Le Tribunal a rejeté l'ensemble de ces branches, relevant, notamment, dans le cadre de cet examen, aux points 150 et 242 de l'arrêt attaqué, que la requérante n'avait pas contesté, dans sa requête, la définition des marchés en cause retenue dans la décision litigieuse, selon laquelle il convient de distinguer, d'une part, un marché de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale et, d'autre part, un marché de détail d'accès à la boucle locale, lequel comprend un marché de l'accès à la bande étroite et un marché de l'accès à la bande large, marchés tous de dimension nationale.

En ce qui concerne la première branche de ce moyen, le Tribunal a conclu, aux points 140 et 151 de l'arrêt attaqué, que la Commission avait pu constater à bon droit, dans la décision litigieuse, que la requérante disposait d'une marge de manœuvre suffisante, au cours de la période en cause, pour réduire la compression des marges dénoncée dans ladite décision en modifiant des prix de détail pour les services d'accès aux abonnés.

En ce qui concerne la deuxième branche dudit moyen, le Tribunal a rejeté, au point 168 de l'arrêt attaqué, le

grief de la requérante selon lequel le caractère abusif de la compression des marges ne pourrait résulter que du caractère abusif de ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés. Il a ensuite estimé, aux points 193, 203 et 206 de cet arrêt, que la Commission avait à bon droit fondé son analyse du caractère abusif des pratiques tarifaires de la requérante uniquement par référence, conformément au critère du concurrent aussi efficace, à la situation spécifique de cette dernière, à savoir par référence aux tarifs et aux coûts de celle-ci, ainsi qu'en tenant compte uniquement des recettes des services d'accès en excluant les recettes d'autres services, tels les services de communications, et en comparant le prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale aux prix de détail pour tous les services d'accès aux abonnés, à savoir l'accès à bande étroite et celui à large bande.

En ce qui concerne la quatrième branche du même moyen, le Tribunal a relevé, notamment, au point 237 de l'arrêt attaqué, que la compression des marges en cause entravera en principe le développement de la concurrence sur les marchés de détail des services d'accès aux abonnés.

Le moyen tiré d'un détournement de pouvoir et d'une violation des principes de proportionnalité, de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime a également été rejeté intégralement par le Tribunal. En ce qui concerne le grief selon lequel la Commission soumettrait les tarifs pratiqués par la requérante à une double régulation et aurait ainsi violé les principes de proportionnalité et de sécurité juridique, le Tribunal a, notamment, indiqué, au point 265 de l'arrêt attaqué :

« Même s'il ne saurait être exclu que les autorités allemandes aient également violé le droit communautaire – et notamment les dispositions de la directive [90/388/CEE de la Commission, du 28 juin 1990, relative à la concurrence dans les marchés des services de télécommunication (JO L 192, p. 10)], telle que modifiée par la directive [96/19/CE de la Commission, du 13 mars 1996 (JO L 74, p. 13)] – en optant pour un rééquilibrage progressif entre tarifs de connexions et de communications, un tel manquement, s'il devait être constaté, n'éliminerait pas la marge de manœuvre dont la requérante a effectivement disposé pour réduire [la compression des marges]. »

Par ailleurs, en ce qui concerne le grief tiré d'une violation du principe de protection de la confiance légitime, le Tribunal a conclu, au point 269 de l'arrêt attaqué, que les décisions de la RegTP n'ont pu fonder une telle confiance chez la requérante.

Enfin, en ce qui concerne le grief tiré d'un détournement de pouvoir, le Tribunal a jugé, au point 271 de cet arrêt :

« Dans la décision [litigieuse], la Commission ne vise que les pratiques tarifaires de la requérante et non les décisions des autorités allemandes. Même si la RegTP avait violé une norme communautaire et même si la Commission aurait pu à ce titre intenter une procédure en manquement à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne, de telles éventualités ne seraient nullement de nature à affecter la légalité de la décision [litigieuse]. Dans cette décision, en effet, la Commission s'est bornée à constater que la requérante avait commis une infraction à l'article 82 CE, disposition qui concerne non les États membres, mais les seuls opérateurs économiques. La Commission n'a donc commis aucun détournement de pouvoir en procédant à cette constatation sur la base de l'article 82 CE. »

À l'appui de sa demande tendant à la réduction de l'amende imposée, la requérante a formulé six moyens, dont, notamment, un troisième moyen pris de l'absence de négligence et de faute intentionnelle, un quatrième tiré de la prise en compte insuffisante de la régulation tarifaire dans le calcul du montant de l'amende et un sixième tiré de la non-prise en compte de circonstances atténuantes. Le Tribunal a rejeté ces trois moyens aux points 290 à 321 de l'arrêt attaqué.

En conséquence, le Tribunal a rejeté l'ensemble du recours et a condamné la requérante à supporter ses propres dépens ainsi que ceux exposés par la Commission.

(...)

3. Sur le deuxième moyen, tiré d'erreurs de droit dans l'application de l'article 82 CE

Le deuxième moyen soulevé par la requérante se subdivise en trois branches relatives, respectivement, à la pertinence du critère de la compression des marges pour établir un abus au sens de l'article 82 CE, au caractère adéquat de la méthode de calcul de la compression des marges et aux effets de la compression des marges.

Arrêt attaqué

Aux points 153 à 207 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a rejeté les griefs de la requérante faisant valoir l'illégalité de la méthode utilisée par la Commission pour constater l'existence d'une compression des marges.

Premièrement, le Tribunal a rejeté, aux points 166 à 168 de l'arrêt attaqué, le grief de la requérante selon lequel le caractère abusif d'une compression des marges ne pourrait résulter que du caractère abusif de ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés. Ayant constaté, au point 166 de cet arrêt, que, selon la décision litigieuse, l'abus commis par la requérante consiste à imposer des prix non équitables sous la forme d'une compression des marges au détriment de ses concurrents, la Commission considérant qu'il existe une telle compression des marges abusive lorsque la différence entre les prix de détail d'une entreprise qui domine le marché et les prix de gros pour les services intermédiaires pour des prestations comparables à ses concurrents est soit négative, soit insuffisante pour couvrir les coûts spécifiques des produits de l'opérateur dominant pour la prestation de ses propres services de détail aux abonnés, le Tribunal a jugé, au point 167 dudit arrêt :

« Certes, dans la décision [litigieuse], la Commission établit uniquement l'existence de la marge de manœuvre dont disposait la requérante pour modifier ses prix de détail [pour les services d'accès aux abonnés]. Toutefois, le caractère abusif du comportement de la requérante est lié au caractère non équitable de l'écart entre ses prix [de gros] pour les [services intermédiaires d'accès à la boucle locale] et ses prix de détail [pour les services d'accès aux abonnés], qui revêt la forme [d'une compression des marges]. Dès lors, au vu de l'abus constaté dans la décision [litigieuse], la Commission n'était pas tenue de démontrer dans la décision [litigieuse] que les prix de détail de la requérante auraient été abusifs en tant que tels. »

Deuxièmement, aux points 183 à 194 de l'arrêt attaqué, le Tribunal a rejeté le grief par lequel la requérante reprochait à la Commission d'avoir calculé la compression des marges sur la base des tarifs et des coûts de l'entreprise dominante verticalement intégrée en faisant abstraction de la position spécifique des concurrents sur le marché. À cet égard, le Tribunal, après avoir souligné, au point 185 de cet arrêt, que le contrôle qu'il exerce sur les appréciations économiques complexes faites par la Commission se limite à la vérification du respect des règles de procédure et de motivation, ainsi que de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir, a jugé, notamment, ce qui suit :

« 186 Il y a lieu de rappeler d'abord que, dans la décision [litigieuse], la Commission a examiné si les pratiques tarifaires de l'entreprise dominante risquaient d'évincer du marché un opérateur économique aussi performant que l'entreprise dominante. La Commission s'est donc fondée uniquement sur les tarifs et les coûts de la requérante, et non sur la situation spécifique des concurrents, actuels ou potentiels, de la requérante, aux fins d'apprécier si les pratiques tarifaires de la requérante étaient abusives.

En effet, selon la Commission, 'on peut conclure à l'existence [d'une compression des marges abusive], lorsque la différence entre les prix de détail d'une entreprise qui domine le marché et le tarif [de gros] des [services] intermédiaires pour des prestations comparables à ses concurrents est soit négative soit insuffisante pour couvrir les coûts spécifiques des produits de l'opérateur dominant pour la prestation de ses propres services aux abonnés sur le marché [de détail]' [...]. En l'espèce, [la compression des marges] serait abusi[ve] dès lors que la requérante elle-même 'n'aurait pas été en mesure [...] de proposer ses services aux abonnés autrement qu'à perte, si elle avait été obligée de payer, sous forme de virement intersociétés, le tarif d'accès aux prestations intermédiaires internes pour ses services aux abonnés [...] Dans de telles conditions, des 'concurrents [qui] sont tout aussi performants' que la requérante ne peuvent 'proposer les services de raccordement des abonnés à un prix compétitif que s'ils peuvent se rattraper ailleurs' [...]

[F]orce est de constater, que, même si, jusqu'à présent, le juge communautaire ne s'est pas encore prononcé explicitement sur la méthode à appliquer aux fins de déterminer l'existence [d'une compression des marges], il ressort néanmoins clairement de la jurisprudence que le caractère abusif des pratiques tarifaires d'une entreprise dominante est en principe déterminé par référence à sa propre situation et, partant, par référence à ses propres

tarifs et coûts, et non par référence à la situation des concurrents actuels ou potentiels.

[...]

Il y a lieu d'ajouter que toute autre approche risquerait de violer le principe général de sécurité juridique. En effet, si la légalité des pratiques tarifaires d'une entreprise dominante dépendait de la situation spécifique des entreprises concurrentes, notamment par la structure des coûts de celles-ci, qui sont des données qui ne sont généralement pas connues de l'entreprise dominante, cette dernière ne serait pas à même d'apprécier la légalité de ses propres comportements.

C'est donc à bon droit que la Commission a fondé son analyse relative au caractère abusif des pratiques tarifaires de la requérante uniquement par référence à la situation spécifique de la requérante et, partant, par référence aux tarifs et aux coûts de celle-ci.

Dès lors qu'il y a lieu d'examiner si la requérante elle-même, ou une entreprise aussi efficace qu'elle, aurait été en mesure de proposer ses services aux abonnés autrement qu'à perte, si elle avait été préalablement obligée d'acquitter, sous forme de transfert entre sociétés, de tels tarifs afférents à des [services] intermédiaires internes, l'argument de la requérante selon lequel ses concurrents ne cherchent pas à reproduire sa propre structure de clientèle et peuvent tirer des recettes supplémentaires provenant de produits novateurs qu'eux seuls offrent sur le marché, à propos desquels la requérante ne fournit d'ailleurs aucune précision, est inopérant. Pour les mêmes motifs, l'argument selon lequel les concurrents peuvent exclure la possibilité de (pré-)sélection ne saurait prospérer. »

Troisièmement, le Tribunal a rejeté, aux points 195 à 206 de ce même arrêt, le grief selon lequel la Commission n'avait tenu compte que des recettes de l'ensemble des services d'accès en excluant les recettes d'autres services, notamment celles provenant des communications.

À cet égard, le Tribunal a relevé, tout d'abord, au point 196 de l'arrêt attaqué, que la directive 96/19, qui distingue, en ce qui concerne la structure tarifaire des opérateurs historiques, entre la redevance initiale de connexion, l'abonnement mensuel et les tarifs locaux, nationaux et internationaux, visait à réaliser un rééquilibrage tarifaire entre ces différents éléments en fonction des coûts réels, aux fins de permettre une pleine concurrence sur le marché des télécommunications et que, concrètement, cette opération devait se traduire par une baisse des tarifs des communications nationales et internationales et par une hausse de la redevance de connexion, de l'abonnement mensuel et du prix des communications locales. Le Tribunal en a conclu, au point 197 de cet arrêt, que la Commission avait ainsi à juste titre souligné que la prise en compte séparée du prix de l'accès et du prix des communications est donc déjà contenue dans le principe de la restructuration tarifaire prévue par le droit de l'Union.

Ensuite, le Tribunal a rappelé, au point 198 de l'arrêt attaqué, qu'un système de concurrence non faussée entre la requérante et ses concurrents ne peut être garanti que si l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques est assurée. À cet égard, il a jugé ce qui suit :

« 199 En admettant même que, du point de vue de l'abonné, les services d'accès et de communications constituent un ensemble, il n'en reste pas moins que, pour les concurrents de la requérante, la prestation de services de communications à l'abonné à travers le réseau fixe de la requérante présuppose un accès à la boucle locale. L'égalité des chances entre l'opérateur historique propriétaire du réseau fixe, telle la requérante, d'une part, et ses concurrents, d'autre part, implique donc que les prix pour les services d'accès soient fixés à un niveau tel qu'ils placent les concurrents sur un pied d'égalité avec l'opérateur historique pour la fourniture des services de communications. Cette égalité des chances est seulement assurée si l'opérateur historique fixe ses prix de détail [pour les services d'accès aux abonnés] à un niveau qui permette aux concurrents – supposés aussi performants que l'opérateur historique – de répercuter l'ensemble des coûts liés [aux services intermédiaires d'accès à la boucle locale] sur leurs prix de détail. Toutefois, si l'opérateur historique ne respecte pas ce principe, les nouveaux entrants ne peuvent offrir qu'à perte des services d'accès à leurs abonnés. Ils seraient alors contraints de compenser les pertes subies au niveau de l'accès à la boucle locale par des tarifs élevés au niveau des communications, ce qui fausserait également les conditions de concurrence sur le marché des communications.

Il s'ensuit donc que, même s'il devait être exact, comme le prétend la requérante, que, du point de vue de l'abonné, les services d'accès et de communications constituent un 'cluster', la Commission a pu considérer à bon droit au [cent dix-neuvième] considérant [...] de la décision [litigieuse] que, pour l'appréciation de la question de savoir si les pratiques tarifaires de la requérante faussent le jeu de la concurrence, il fallait examiner l'existence [d'une compression des marges] au seul niveau des services d'accès et donc sans inclure les tarifs des communications dans son calcul.

Par ailleurs, le calcul compensateur entre les tarifs d'accès et les tarifs de communications, auquel fait allusion la requérante, confirme déjà que la requérante et ses concurrents ne se trouvent pas sur un pied d'égalité au niveau de l'accès à la boucle locale, ce qui constitue pourtant la condition nécessaire pour que la concurrence sur le marché des communications ne soit pas faussée.

En tout état de cause, dès lors que la requérante a fortement baissé ses prix pour les communications au cours de la période visée par la décision [litigieuse] [...], il ne saurait être exclu que les concurrents n'aient même pas eu la possibilité économique de procéder à la compensation suggérée par la requérante. En effet, les concurrents, qui subissent déjà un désavantage concurrentiel par rapport à la requérante au niveau de l'accès à la boucle locale, devraient pratiquer des tarifs de communications encore plus bas que la requérante, pour inciter les clients potentiels à résilier leur abonnement auprès de la requérante, en échange d'un abonnement souscrit auprès d'eux. »

Le Tribunal en a conclu, au point 203 de l'arrêt attaqué, que c'est donc à bon droit que la Commission, aux fins du calcul de la compression des marges, a tenu compte uniquement des recettes des services d'accès en excluant les recettes d'autres services, tels que les services de communications.

Par ailleurs, après avoir indiqué, au point 223 de l'arrêt attaqué, que l'erreur de calcul admise par la Commission en ce qui concerne le calcul des coûts spécifiques de la requérante n'était pas de nature à affecter la légalité de la décision litigieuse dès lors que le caractère non équitable, au sens de l'article 82 CE, des pratiques tarifaires de la requérante est lié à l'existence même d'une compression des marges et non à son écart précis, le Tribunal a rejeté, aux points 234 à 244 de cet arrêt, les griefs de la requérante relatifs à l'absence d'effet sur le marché, en constatant, notamment, ce qui suit :

« 234 Selon la Commission, les pratiques tarifaires de la requérante ont restreint la concurrence sur le marché des services d'accès aux abonnés. Elle déduit cette constatation dans la décision [litigieuse] [...] de l'existence même de [la compression des marges]. Aucune démonstration d'un effet anticoncurrentiel ne serait nécessaire, même si, à titre subsidiaire, elle effectue un tel examen aux [cent quatre-vingt-unième à cent quatre-vingt-troisième] considérants [...] de la décision [litigieuse].

Dès lors que, jusqu'à l'entrée d'un premier concurrent sur le marché des services d'accès [aux] abonnés, en 1998, la requérante détenait un monopole de fait sur ce marché de détail, l'effet anticoncurrentiel que la Commission est tenue de démontrer se rapporte aux entraves éventuelles qu'ont pu causer les pratiques tarifaires de la requérante sur le développement de la concurrence sur ce marché.

À cet égard, il doit être rappelé, d'une part, que la requérante est propriétaire du réseau téléphonique fixe en Allemagne et, d'autre part, qu'il n'est pas contesté que, comme le relève la Commission aux [quatre-vingt-troisième à quatre-vingt-onzième] considérants [...] de la décision [litigieuse], il n'existait en Allemagne, au moment de l'adoption de ladite décision, aucune autre infrastructure qui aurait permis aux concurrents de la requérante d'entrer de manière viable sur le marché des services d'accès aux abonnés.

Eu égard au fait que les [services] intermédiaires [d'accès à la boucle locale] de la requérante sont [...] indispensables pour permettre à un de ses concurrents d'entrer en concurrence avec elle sur le marché [de détail] des services d'accès [aux] abonnés, [une compression des marges] entre les tarifs [de gros] des [services] intermédiaires [d'accès à la boucle locale] et les tarifs de détail [pour les services d'accès aux abonnés] de la requérante entravera en principe le développement de la concurrence sur les marchés [de détail]. En effet, si les prix de détail pour les services d'accès aux abonnés de la requérante sont inférieurs aux tarifs [de gros] de ses [services] intermédiaires [d'accès à la boucle locale] ou si l'écart entre les tarifs [de gros] [de ces services] intermédiaires et [lesdits] tarifs de détail de la requérante est insuffisant pour permettre à un opérateur aussi

efficace qu'elle de couvrir ses coûts spécifiques pour la fourniture de services d'accès aux abonnés, un concurrent potentiel aussi efficace que la requérante ne pourrait entrer sur le marché des services d'accès aux abonnés qu'en subissant des pertes.

Certes, comme le souligne la requérante, ses concurrents recourront normalement à un subventionnement croisé, en ce sens qu'ils compenseront les pertes subies sur le marché des services d'accès [aux] abonnés avec les bénéfices qui se dégageront sur d'autres marchés, tels que les marchés des communications. Toutefois, eu égard au fait que la requérante, en tant que propriétaire du réseau fixe, n'a pas besoin de recourir à des [services] intermédiaires [d'accès à la boucle locale] pour pouvoir offrir des services d'accès aux abonnés et que, contrairement à ses concurrents, elle ne doit donc pas, en raison des pratiques tarifaires d'une entreprise dominante, chercher à compenser des pertes subies sur le marché des services d'accès aux abonnés, [la compression des marges] constaté[e] dans la décision [litigieuse] fausse le jeu de la concurrence non seulement sur le marché d'accès aux abonnés, mais également sur le marché des communications [...]

Par ailleurs, les faibles parts de marché acquises par les concurrents de la requérante sur le marché des services d'accès aux abonnés, depuis la libéralisation du marché par l'entrée en vigueur du TKG, le 1^{er} août 1996, témoignent des entraves que les pratiques tarifaires de la requérante ont apportées au développement de la concurrence sur ces marchés. [...]

En outre, il n'est pas contesté que, si l'on prend en considération les seules lignes analogiques, qui représentaient en Allemagne, au moment de l'adoption de la décision [litigieuse], 75 % de l'ensemble des lignes, la part des concurrents de la requérante est tombée de 21 % en 1999 à 10 % en 2002 [...]

[...]

244 [...] En tout état de cause, la requérante, qui omet de quantifier la présence des concurrents au niveau national, n'apporte aucun élément de nature à invalider les constatations faites aux [cent quatre-vingtième à cent quatre-vingt-troisième] considérants [...] de la décision [litigieuse], selon lesquelles ses pratiques tarifaires entravent effectivement la concurrence sur le marché allemand des services d'accès aux abonnés. »

Sur la première branche du deuxième moyen, relative à la pertinence du critère de la compression des marges pour établir un abus au sens de l'article 82 CE

Argumentation des parties

Par un premier grief, la requérante fait valoir que l'arrêt attaqué est entaché d'un défaut de motivation en ce qu'il n'a pas examiné l'argument avancé par elle en première instance selon lequel la Commission n'aurait pas dû appliquer, du fait de la fixation des tarifs des services intermédiaires d'accès à la boucle locale par la RegTP, le critère de la compression des marges. L'arrêt attaqué reposerait à cet égard sur un cercle vicieux. Le Tribunal appliquerait en effet le critère choisi par la Commission elle-même pour déterminer les éléments sur lesquels l'examen des tarifs de la requérante doit porter. L'objection de la requérante concernerait toutefois une étape antérieure du raisonnement, à savoir la question concernant le caractère, en toute hypothèse, approprié du critère de la compression des marges choisi par la Commission.

Par un second grief, la requérante soutient que le Tribunal a appliqué l'article 82 CE de manière erronée aux points 166 à 168 de l'arrêt attaqué, en ce que l'analyse de la compression des marges n'est pas de nature à établir le caractère abusif de ses tarifs dès lors que les tarifs de gros des services intermédiaires d'accès à la boucle locale sont fixés de manière contraignante par l'autorité réglementaire nationale compétente.

La requérante considère que, dans une telle situation, le caractère approprié du critère de l'effet de la compression des marges dépend du niveau du tarif de gros des services intermédiaires d'accès à la boucle locale fixé par l'autorité qui, en tant que tel, ne peut, à défaut de marge de manœuvre de l'entreprise régulée, faire l'objet d'un reproche concernant un abus. En effet, si l'autorité réglementaire nationale fixe un tarif de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale exagéré, l'entreprise en position dominante soumise à la

régulation serait obligée, de son côté, d'appliquer un prix de détail pour les services d'accès aux abonnés exagéré afin d'assurer une marge appropriée. Dans ce cas, l'entreprise serait tenue de choisir entre deux formes d'abus différentes, à savoir une compression des marges ou une augmentation abusive des prix. L'entreprise en position dominante ne pourrait donc éviter de commettre un abus.

Selon la requérante, dans une situation comme en l'espèce, l'entreprise en position dominante ne commet d'abus que lorsque le tarif de détail pour les services d'accès aux abonnés est, en tant que tel, abusivement bas.

La Commission estime que l'arrêt attaqué est suffisamment motivé et, pour le surplus, que l'argumentation de la requérante est non fondée.

Selon Vodafone, indépendamment du fait que les griefs de la première branche du deuxième moyen sont irrecevables en ce qu'ils constituent une répétition des arguments de première instance et concernent une appréciation matérielle erronée, ils sont également dénués de pertinence d'un point de vue tant matériel que juridique.

Appréciation de la Cour

À titre liminaire, il convient de relever que, contrairement à ce soutient Vodafone, la première branche du deuxième moyen est, par identité de motifs avec ce qui a été jugé au point 123 du présent arrêt, recevable dès lors que la requérante, même si elle répète en substance l'argumentation présentée devant le Tribunal, reproche à celui-ci d'avoir commis une erreur de droit en retenant un critère juridique erroné aux fins de l'application de l'article 82 CE et en ayant motivé de manière insuffisante l'arrêt attaqué sur ce point.

S'agissant du bien-fondé de la première branche du deuxième moyen, il convient de constater, en ce qui concerne, en premier lieu, le grief tiré d'un défaut de motivation de l'arrêt attaqué, que c'est à tort que la requérante reproche au Tribunal de ne pas avoir répondu de manière motivée, dans cet arrêt, à son argument selon lequel le critère de la compression des marges serait sans pertinence lorsque, comme en l'espèce, les prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale sont fixés par une autorité réglementaire nationale et, partant, de ne pas avoir motivé à suffisance de droit le caractère approprié du choix par la Commission du critère de la compression des marges pour constater un abus au titre de l'article 82 CE.

À cet égard, il convient de rappeler que le Tribunal, aux points 166 à 168 de l'arrêt attaqué, a relevé que la Commission, dans la décision litigieuse, d'une part, a établi uniquement l'existence de la marge de manœuvre dont disposait la requérante pour modifier ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés et, d'autre part, a constaté que le caractère abusif du comportement de cette dernière, consistant dans la compression des marges de ses concurrents au moins aussi efficaces qu'elle-même, était lié au caractère non équitable de l'écart entre ses prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale et lesdits prix de détail, de sorte que la Commission n'était pas tenue de démontrer le caractère abusif de ces derniers. Par ailleurs, aux points 183 à 213 de cet arrêt, le Tribunal a explicité les raisons pour lesquelles les griefs avancés par la requérante à l'encontre de la méthode retenue par la Commission pour calculer cette compression des marges devaient être rejetés.

Force est de constater que, ce faisant, le Tribunal a implicitement mais nécessairement indiqué les motifs pour lesquels la régulation alléguée des prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale par les autorités réglementaires nationales n'était pas, en l'espèce, de nature à faire obstacle à ce que les pratiques tarifaires de la requérante puissent être qualifiées d'abusives au sens de l'article 82 CE.

Il ressort en effet clairement de ces diverses constatations opérées aux points 166 à 168 et 183 à 213 de l'arrêt attaqué que, selon celui-ci, c'est non pas le niveau des prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale, lesquels, ainsi qu'il a déjà été indiqué aux points 48 et 49 du présent arrêt, ne peuvent être mis en cause dans le cadre du présent pourvoi, ni celui des prix de détail pour les services d'accès aux abonnés, qui est contraire à l'article 82 CE, mais l'écart entre ceux-ci.

Conformément à la jurisprudence citée aux points 135 et 136 du présent arrêt, la requérante était donc en mesure, à la lecture de ces passages de l'arrêt attaqué, de connaître les raisons pour lesquelles la régulation alléguée des

prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale par les autorités réglementaires nationales était, selon le Tribunal, sans incidence sur l'application en l'espèce de l'article 82 CE à ses pratiques tarifaires.

Il en résulte que les points 166 à 168 de l'arrêt attaqué, lus ensemble avec les points 183 à 213 dudit arrêt, comportent une motivation suffisante des raisons pour lesquelles le Tribunal a considéré que, nonobstant la fixation des prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale par les autorités réglementaires nationales, le choix par la Commission du critère de la compression des marges était approprié pour constater que les pratiques tarifaires de la requérante étaient abusives au sens de l'article 82 CE.

Le grief tiré d'un défaut de motivation de l'arrêt attaqué doit dès lors être rejeté comme étant non fondé.

En ce qui concerne, en second lieu, le grief tiré du caractère erroné du critère de la compression des marges pour constater un abus au sens de l'article 82 CE, il y a lieu de rappeler que, comme il a été indiqué d'emblée aux points 31 et 32 du présent arrêt, la requérante ne conteste pas, par ce grief, qu'une pratique tarifaire d'une entreprise dominante qui aboutit à la compression des marges de ses concurrents au moins aussi efficaces est susceptible, en principe, de constituer une pratique abusive au sens de l'article 82 CE. Par ledit grief, elle soutient, en revanche, que, dans les circonstances de l'espèce, dès lors que ses prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale sont fixés par les autorités réglementaires nationales, le critère de la compression des marges retenu par l'arrêt attaqué n'est pas approprié pour constater que ses pratiques tarifaires sont abusives au sens de l'article 82 CE.

Certes, ainsi qu'il ressort des points 38 à 43 du présent arrêt, il y a lieu, dans le cadre du présent pourvoi, de se fonder sur l'hypothèse, retenue par le Tribunal dans l'arrêt attaqué ainsi que par la Commission dans la décision litigieuse, selon laquelle la requérante ne dispose pas d'une marge de manœuvre pour modifier lesdits prix de gros.

Cela étant, en vue de démontrer le caractère inapproprié du critère de la compression des marges, la requérante ne saurait, dans le cadre du présent grief, se fonder sur la prémisse que les prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale sont fixés par les autorités réglementaires nationales à un niveau excessif. En effet, même en admettant, comme la requérante l'a prétendu lors de l'audience, que les plaintes des concurrents à l'origine de l'adoption de la décision litigieuse se fondaient sur cette circonstance, une telle prémisse, ainsi qu'il a déjà été indiqué aux points 48 et 49 du présent arrêt, doit être considérée comme dépassant les limites du présent pourvoi.

Partant, il n'y a pas lieu d'examiner le grief de la requérante selon lequel le caractère erroné du critère de la compression des marges ressort du fait que, pour éviter l'abus reproché, elle n'a d'autre choix, en l'espèce, compte tenu du niveau excessif de ses prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale tels que fixés par les autorités réglementaires nationales, que d'augmenter abusivement ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés à un niveau excessif, un tel grief se fondant sur une prémisse hypothétique qui échappe au contrôle de la Cour dans le cadre dudit pourvoi.

Par ailleurs, en ce que la requérante soutient que le caractère approprié du critère de la compression des marges dépend du niveau des prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale fixé par l'autorité réglementaire nationale, il y a lieu de relever que, comme il ressort des points 166 à 168 de l'arrêt attaqué, le caractère abusif au sens de l'article 82 CE des pratiques tarifaires de la requérante faisant l'objet de cet arrêt résulte du caractère non équitable de l'écart, aboutissant à une compression des marges de ses concurrents au moins aussi efficaces, entre les prix de gros en question et ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés. Ainsi qu'il a été précisé par le Tribunal au point 223 dudit arrêt, lequel point n'a pas été attaqué dans le cadre du présent pourvoi, le caractère non équitable au sens de l'article 82 CE des pratiques tarifaires de la requérante est donc lié à l'existence même de la compression des marges et non à son écart précis.

Il s'ensuit que le niveau des prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale est, en lui-même, sans pertinence pour mettre en cause le bien-fondé des constatations opérées par le Tribunal quant à l'application de l'article 82 CE aux pratiques tarifaires en cause.

En revanche, aux fins de l'examen du bien-fondé du présent grief, il convient d'examiner si c'est à bon droit que le Tribunal, notamment aux points 166 et 168 de l'arrêt attaqué, a considéré que, même à supposer que la

requérante ne dispose pas d'une marge de manœuvre pour modifier ses prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale, ses pratiques tarifaires peuvent néanmoins être qualifiées d'abusives au sens de l'article 82 CE lorsque, indépendamment du point de savoir si ces prix de gros et les prix de détail pour les services d'accès aux abonnés sont, en eux-mêmes, abusifs, l'écart entre ceux-ci revêt un caractère non équitable, à savoir, selon cet arrêt, lorsque cet écart est soit négatif, soit insuffisant pour couvrir les coûts spécifiques des produits de la requérante pour la prestation de ses propres services, de sorte qu'il ne permet pas à un concurrent aussi efficace que la requérante d'entrer en concurrence avec elle pour la fourniture des services d'accès aux abonnés.

À cet égard, il y a lieu de rappeler que, selon une jurisprudence constante, l'article 82 CE est une expression de l'objectif général assigné à l'action de la Communauté européenne, à savoir l'établissement d'un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun. Ainsi, la position dominante visée à l'article 82 CE concerne une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs (voir arrêts du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche/Commission, 85/76, Rec. p. 461, point 38, et du 2 avril 2009, France Télécom/Commission, C-202/07 P, Rec. p. I-2369, point 103).

En l'occurrence, il y a lieu de rappeler que, comme il ressort des points 50 à 52 du présent arrêt, la requérante ne conteste pas qu'elle détient une position dominante sur l'ensemble des marchés de services concernés, à savoir tant sur le marché de gros des services intermédiaires d'accès à la boucle locale que sur le marché de détail des services d'accès aux abonnés.

En ce qui concerne le caractère abusif des pratiques tarifaires de la requérante, il y a lieu de relever que l'article 82, second alinéa, sous a), CE interdit explicitement le fait pour une entreprise dominante d'imposer de façon directe ou indirecte des prix non équitables.

Par ailleurs, la liste des pratiques abusives figurant à l'article 82 CE n'est pas limitative, de sorte que les pratiques qui y sont mentionnées ne constituent que des exemples d'abus de position dominante. En effet, l'énumération des pratiques abusives contenue dans cette disposition n'épuise pas les modes d'exploitation abusive de position dominante interdits par le traité (voir arrêt British Airways/Commission, précité, point 57 et jurisprudence citée).

À cet égard, il y a lieu de rappeler que, en interdisant l'exploitation abusive d'une position dominante, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, l'article 82 CE vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui, sur un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli, ont pour effet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou des services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence (voir, en ce sens, arrêts Hoffmann-La Roche/Commission, précité, point 91 ; Nederlandsche Banden-Industrie- Michelin/Commission, précité, point 70 ; du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359, point 69 ; British Airways/Commission, précité, point 66, et France Télécom/Commission, précité, point 104).

Il ressort de la jurisprudence de la Cour que, afin de déterminer si l'entreprise occupant une position dominante a exploité de manière abusive cette position par l'application de ses pratiques tarifaires, il y a lieu d'apprécier l'ensemble des circonstances et d'examiner si cette pratique tend à enlever à l'acheteur, ou à restreindre pour celui-ci, les possibilités de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement, à barrer l'accès du marché aux concurrents, à appliquer à des partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence, ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée (voir, en ce sens, arrêts précités Nederlandsche Banden- Industrie- Michelin/Commission, point 73, et British Airways/Commission, point 67).

L'article 82 CE visant ainsi non seulement les pratiques susceptibles de causer un préjudice immédiat aux consommateurs, mais également celles qui leur causent préjudice en portant atteinte au jeu de la concurrence, il incombe à l'entreprise qui détient une position dominante, ainsi qu'il a déjà été rappelé au point 83 du présent arrêt, une responsabilité particulière de ne pas porter atteinte par son comportement à une concurrence effective

et non faussée dans le marché commun (voir, en ce sens, arrêt France Télécom/Commission, précité, point 105 et jurisprudence citée).

Il s'ensuit que l'article 82 CE interdit, notamment, à une entreprise en position dominante de se livrer à des pratiques tarifaires produisant des effets d'éviction pour ses concurrents aussi efficaces, actuels ou potentiels, c'est-à-dire à des pratiques qui sont à même de rendre plus difficile, voire impossible, l'accès au marché de ces derniers, ainsi qu'à rendre plus difficile, voire impossible, pour ses cocontractants, le choix entre plusieurs sources d'approvisionnement ou partenaires commerciaux, renforçant ainsi sa position dominante en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites. Dans cette perspective, toute concurrence par les prix ne peut donc être considérée comme légitime (voir, en ce sens, arrêts précités *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commission*, point 73 ; *AKZO/Commission*, point 70, et *British Airways/Commission*, point 68).

En l'occurrence, il y a lieu de constater que la requérante ne conteste pas que, à supposer même qu'elle ne dispose pas d'une marge de manœuvre pour modifier ses prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale, l'écart entre ceux-ci et ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés est susceptible de produire un effet d'éviction pour ses concurrents aussi efficaces, actuels ou potentiels, dès lors que l'accès de ceux-ci aux marchés des services concernés est, à tout le moins, rendu plus difficile en raison de la compression des marges qu'un tel écart peut entraîner pour eux.

Lors de l'audience, la requérante a cependant fait valoir que le critère retenu dans l'arrêt attaqué pour constater un abus au sens de l'article 82 CE l'obligeait, dans les circonstances de l'espèce, compte tenu de la régulation de ses prix de gros pour les services intermédiaires d'accès à la boucle locale par les autorités réglementaires nationales, à augmenter ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés au détriment de ses propres abonnés.

Certes, ainsi qu'il ressort déjà des points 175 à 177 du présent arrêt, l'article 82 CE vise, en particulier, à la protection des consommateurs par une concurrence non faussée (voir arrêt du 16 septembre 2008, *Sot. Lélou kai Sia e.a.*, C-468/06 à C-478/06, Rec. p. I-7139, point 68).

Toutefois, la seule circonstance que la requérante devrait augmenter ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés pour éviter la compression des marges des concurrents aussi efficaces qu'elle-même n'est nullement, en tant que telle, de nature à écarter la pertinence du critère retenu en l'espèce par le Tribunal pour constater un abus au titre de l'article 82 CE.

En effet, ladite compression des marges, en réduisant davantage le degré de concurrence existant sur un marché, celui des services d'accès aux abonnés, déjà affaibli en raison précisément de la présence de la requérante, et en renforçant ainsi la position dominante détenue par cette dernière sur ce marché, a également pour effet que les consommateurs subissent un dommage du fait de la limitation de leurs possibilités de choix et, partant, de la perspective d'une réduction, à plus long terme, des prix de détail en raison de la concurrence exercée par des concurrents au moins aussi efficaces sur ledit marché (voir, en ce sens, arrêt *France Télécom/Commission*, précité, point 112).

Dans ces conditions, pour autant que, ainsi qu'il est rappelé aux points 77 à 86 du présent arrêt, la requérante dispose d'une marge de manœuvre pour réduire ou éliminer une telle compression des marges par l'augmentation de ses prix de détail pour les services d'accès aux abonnés, c'est dès lors à bon droit que le Tribunal a considéré, aux points 166 à 168 de l'arrêt attaqué, que cette compression des marges, eu égard à l'effet d'éviction qu'elle est susceptible d'engendrer pour les concurrents au moins aussi efficaces que la requérante, est susceptible, en elle-même, de constituer un abus au sens de l'article 82 CE. Le Tribunal n'était donc nullement tenu d'établir en outre que les prix de gros des services intermédiaires d'accès à la boucle locale ou des prix de détail pour les services d'accès aux abonnés étaient en eux-mêmes abusifs en raison, selon le cas, de leur caractère excessif ou prédateur.

Il en résulte que le grief de la requérante tiré du caractère erroné du critère retenu par le Tribunal pour constater un abus au sens de l'article 82 CE doit être rejeté comme étant, pour partie, irrecevable et, pour partie, non fondé.

En conséquence, la première branche du deuxième moyen doit être rejetée.

Document n° 9 : Cass. com., 8 févr. 2017, n° 15-15.005

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, a rendu l'arrêt suivant : Sur le moyen unique, pris en ses première et troisième à sixième branches :

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Paris, 26 février 2015), que l'Autorité de la concurrence (l'ADLC) a été saisie par la Fédération nationale des associations de gestion agréées d'une plainte relative à des pratiques mises en oeuvre par le Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables (le CSOEC) dans le secteur de la télétransmission des données comptables et fiscales des entreprises et professions libérales aux autorités fiscales, au moyen de son portail télédéclaratif « jedeclare.com », dont elle avait confié la commercialisation à l'association l'Expert comptable media association (l'ECMA) ; que par une décision n° 13-D-06 du 28 février 2013, l'ADLC a dit que le CSOEC et l'ECMA ont enfreint les dispositions des articles 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-2 du code de commerce et leur a infligé des sanctions pécuniaires tenant compte de la non-contestation des griefs et des engagements proposés, qu'elle a rendus obligatoires ; que l'ECMA a formé un recours contre cette décision ;

Attendu que l'ECMA fait grief à l'arrêt du rejet de son recours alors, selon le moyen :

1°/ que le juge est tenu d'examiner tous les éléments de preuve présentés par les parties au soutien de leurs prétentions si bien qu'en se bornant à retenir, pour nier la faculté pour l'ECMA de se prévaloir, dans la détermination du montant de la sanction pécuniaire prononcée à son encontre, du facteur de minoration tenant à l'exercice d'une activité « mono-produit », que l'Autorité de la concurrence avait exactement constaté, au vu des données fournies, que le marché de la télétransmission de données fiscales et comptables sous format EDI représentait environ 63 % du chiffre d'affaires total de l'ECMA, sans examiner l'attestation comptable versée en appel par cette dernière, de laquelle il ressortait clairement que ce pourcentage était de 88,9 % et 96,8 % respectivement pour les années 2011 et 2012, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

2°/ que seules les entreprises sont soumises à la prohibition des abus de position dominante et partant, au régime de sanction propre aux entreprises qui y est attaché si bien qu'en sanctionnant l'ECMA pour abus de position dominante par application du plafond prévu pour une contrevenante « non entreprise » après avoir auparavant considéré que l'ECMA relevait du champ d'application de la sanction en matière d'abus de position dominante applicable aux entreprises, la cour d'appel a violé les articles L. 464-2, I et L. 420-2 du code de commerce ;

3°/ qu'est une entreprise au sens du droit de la concurrence toute entité exerçant une activité économique consistant à proposer des biens ou des services sur un marché donné, indépendamment de son statut juridique de sorte qu'en jugeant que l'ECMA ne pouvait pas être considérée comme une entreprise au regard de l'article L. 464-2, I du code de commerce au motif que l'ECMA, association régie par la loi du 1er juillet 1901, a pour objet d'assurer l'organisation et la gestion de diverses actions du Conseil supérieur de l'ordre des experts-comptables qui en assume la gouvernance, après avoir pourtant constaté que l'ECMA exerce des activités de production, de distribution et de services, ce dont il résulte qu'elle relève bien de la qualification d'entreprise, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé l'article L. 464-2, I du code de commerce ;

4°/ que les entreprises visées par l'article L. 464-2, I, alinéa 4 du code de commerce recouvrent toutes sortes de structures exerçant une activité économique consistant à proposer des biens ou des services sur un marché donné, indépendamment de leur statut juridique et donc ne visent pas exclusivement les sociétés commerciales de sorte qu'en rejetant comme étant mal fondée la critique reprochant à l'Autorité de la concurrence d'avoir procédé à une confusion, pour l'application de l'article L. 464-2, I, alinéa 4 du code de commerce, entre la notion d'entreprise et celle de société commerciale, quand il ressortait de la décision de l'Autorité de la concurrence que celle-ci avait écarté l'application du régime de sanction propre aux entreprises aussitôt après avoir constaté que l'ECMA était une association régie par la loi du 1er juillet 1901, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2, I du code de commerce ;

5°/ que le plafond de sanction forfaitaire de 3 millions d'euros prévu par l'article L. 464-2, I, alinéa 4 du code

de commerce, applicable aux structures autres que les entreprises, est justifié par l'absence de chiffre d'affaires réalisé par ladite structure et par là-même, ne s'applique qu'à cette hypothèse si bien qu'en écartant le moyen par lequel l'ECMA faisait valoir qu'en tout état de cause, dès lors qu'elle réalise un chiffre d'affaires, elle ne pouvait être soumise au plafond forfaitaire de 3 millions d'euros, au motif erroné qu'il n'y a pas lieu de procéder à une distinction que le texte ne fait pas, la cour d'appel, qui a constaté que l'ECMA réalisait un chiffre d'affaires, tout en refusant de la soumettre au régime de sanction pécuniaire dont le montant est déterminé en fonction du chiffre d'affaires réalisé par la structure, a encore violé l'article L. 464-2, I du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation de la valeur et de la portée des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la cour d'appel, qui a examiné l'attestation comptable invoquée à la première branche, a retenu que le marché de la télétransmission de données fiscales et comptables sous format EDI ne représentait que 63 % du chiffre d'affaires de l'ECMA ;

Attendu, en second lieu, que si toute entité exerçant une activité économique peut, quelle que soit sa forme juridique, faire l'objet d'une sanction fondée sur les articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce, il n'en demeure pas moins que l'article L. 464-2, I, alinéa 4, du code de commerce institue un plafond de sanctions différent selon que l'entité contrevenante est ou non une entreprise ; qu'en se référant à la notion d'entreprise, le législateur a entendu distinguer les personnes condamnées en fonction de la nature de leurs facultés contributives respectives ; qu'il a ainsi fixé un montant maximum de la sanction pécuniaire, proportionné au montant du chiffre d'affaires pour celles qui sont constituées selon l'un des statuts ou formes juridiques propres à la poursuite d'un but lucratif et fixé en valeur absolue pour les autres contrevenants ; qu'après avoir relevé que l'ECMA était une entité exerçant une activité économique, comme telle soumise aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce qui prohibent l'abus de position dominante, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que cette association, régie par la loi du 1er juillet 1901, n'était pas pour autant une entreprise au sens de l'article L. 464-2, I, alinéa 4, du code de commerce et qu'elle en a déduit qu'en déterminant la sanction au regard du maximum légal de trois millions d'euros, l'ADLC avait fait l'exacte application de ce texte, qui ne distingue pas selon que le contrevenant, qui n'est pas une entreprise, réalise ou non un chiffre d'affaires ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le moyen, pris en sa deuxième branche, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;