



Concurrences

Revue des droits de la concurrence

PRATIQUES UNILATÉRALES | Chroniques
Concurrences N° 2-2005 – pp. 54-63

Catherine PRIETO

catherine.prieto@concurrences.com

■ Professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille 3

David SPECTOR

david.spector@concurrences.com

■ Chargé de recherches, CNRS

Anne WACHSMANN

anne.wachsmann@concurrences.com

■ Avocat à la Cour



Institut de droit
de la concurrence



Catherine PRIETO

Professeur à l'Université
Paul Cézanne Aix-Marseille 3

David SPECTOR

Chargé de recherches, CNRS

Anne WACHSMANN*

Avocat à la Cour

Jurisprudence et pratique décisionnelle

- *TPICE*, 4^{ème} ch., 26 janvier 2005, *Piau c/ Commission*, aff. T-193/02
- *CA Paris*, 1^{ère} ch. H, 22 février 2005, *Decaux*
- *Cons. conc.*, déc. n° 05-D-13 du 18 mars 2005 relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage
- *Cons. conc.*, communiqué de procédure, 11 février 2005, *Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD)*
- *Cons. conc.*, communiqué de procédure, 11 mars 2005, *Société Yvert et Tellier*

MARCHÉ PUBLIC – ENTRAVES – OPÉRATEUR SORTANT/NOUVEL ENTRANT – MARCHÉ ANNEXE : Decaux sanctionnée pour abus de position dominante pour avoir entravé l'activité de son concurrent, nouveau titulaire d'un marché public (*CA Paris*, 1^{ère} ch. H, 22 février 2005, *Decaux* (v. note V. M.-A., cette revue, chronique "Procédures", infra) ; *Cons. conc.*, déc. n° 04-D-32, 8 juillet 2004, décision relative à la saisine de la société More Group France contre les pratiques du groupe Decaux)

Les titulaires d'une position dominante seraient-ils de mauvais perdants ? C'est ce que semble illustrer l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 février 2005, confirmant la décision du Conseil de la concurrence du 8 juillet 2004, qui avait sanctionné le groupe Decaux pour avoir abusé de sa position dominante en entravant l'arrivée du nouveau titulaire du marché de la fourniture de mobilier urbain publicitaire de la ville de Rennes. (...) Selon le Conseil et la Cour, Decaux a délibérément mis en œuvre des pratiques dilatoires et d'obstruction à l'égard de son concurrent afin de l'empêcher de tirer pleinement profit du marché public qu'il avait gagné (...)

Pratiques abusives mises en œuvre sur un autre marché que celui sur lequel Decaux détient une position dominante

Au-delà de l'originalité des comportements en cause, cette affaire est intéressante dans la mesure où certaines des pratiques abusives ont été mises en œuvre sur un autre marché que celui sur lequel Decaux détenait une position dominante.

Dans son rapport annuel pour 1999 (*Cons. conc.*, *Rapport annuel pour 1999*, p. 54), le Conseil a précisé les conditions dans lesquelles des entraves sur un marché autre que celui où se situe la position dominante peuvent être sanctionnées : il faut qu'un lien de connexité suffisant entre les deux marchés soit établi et qu'il existe un rapport de causalité entre la position dominante sur l'un des marchés et les pratiques relevées sur l'autre (...).

En l'espèce, la Cour a vérifié la présence des deux conditions en termes de connexité et de causalité : "Considérant que c'est en vain que la société JC Decaux SA conteste ensuite l'existence d'un lien de connexité entre ce marché, sur lequel elle exerce une domination, et celui sur lequel les abus ont été relevés, à savoir le marché de la publicité extérieure où elle ne détient que 21% des parts de marché ; qu'en effet, le marché de la publicité extérieure, qui englobe l'affichage traditionnel et la publicité sur mobilier urbain, constitue un marché aval du marché de la fourniture de mobilier urbain ; qu'en outre, c'est la position dominante de la société JC Decaux SA sur le marché du mobilier urbain, qui lui permettait de proposer une prestation en réseau couvrant la quasi-totalité du territoire national, complétée par un affichage grand format à Rennes, qui a rendu possibles les pratiques commises sur le marché aval de l'affichage extérieur."

Opérateur en position dominante et nouvel entrant

À l'époque des faits, avec une part de marché proche de 80%, le Conseil n'a pas eu de mal à considérer que Decaux occupait une position dominante sur le marché de la fourniture de mobilier urbain publicitaire aux collectivités.

À l'inverse, même s'il est implanté en France depuis 1964 et s'il fait partie du puissant groupe international Clear Channel Communications, le plaignant, More Group France, n'a obtenu son premier marché important de mobilier urbain qu'en 1997 à la suite de l'appel d'offres lancé par la ville de Rennes et qui fait précisément l'objet du présent litige.

Sur la ville de Rennes, Decaux détenait depuis 1965 l'exclusivité pour l'implantation du mobilier urbain publicitaire. En 1994, la chambre régionale des comptes a formulé diverses critiques, notamment une durée jugée trop longue du contrat liant la ville de Rennes à Decaux ; des situations similaires de reconduction tacite des contrats en matière de mobilier urbain avaient d'ailleurs été qualifiées d'abus de position dominante et avaient fait l'objet d'une décision d'injonction du Conseil de

* Avec la collaboration d'Amandine Bouin

la concurrence en 1998 (*Cons. conc., déc. n° 98-D-52, 7 juillet 1998, relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain*).

À la suite de la dénonciation du contrat par la ville de Rennes, Decaux a perdu l'appel d'offres, concernant le marché public de fourniture de mobilier urbain publicitaire, face à la société More Group France. Les difficultés ont alors commencé pour cette dernière puisqu'au lieu de pouvoir exploiter le marché, elle a dû affronter les différentes manœuvres de Decaux qualifiées d'abusives par le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel. More Group France a, par conséquent, décidé de déposer une plainte devant le Conseil de la concurrence. Si sa demande de mesures conservatoires a été rejetée en 1998 (*Cons. conc., déc. n° 98-MC-12, 17 novembre 1998, relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société More Group France ; CA Paris, 1^{re} ch. H, 9 février 1999*), le plaignant a néanmoins obtenu gain de cause sur le fond, comme vient de le confirmer la Cour d'appel.

Définition des marchés concernés

Il n'y a pas de surprise dans la définition des marchés pertinents. La Cour d'appel confirme l'analyse du Conseil qui reposait elle-même largement sur la pratique décisionnelle existante. Les marchés identifiés sont les suivants : le marché de la fourniture de mobilier urbain publicitaire sur lequel Decaux détient une position dominante, et le marché de la publicité extérieure sur lequel les pratiques abusives ont été commises.

*Marché de la fourniture de mobilier urbain publicitaire et position dominante : Les principaux mobiliers urbains sont les abribus et les panneaux d'information permettant l'affichage de publicités et d'informations non publicitaires telles que des plans de villes. Dans son arrêt, la Cour d'appel confirme l'existence d'un marché de la fourniture de mobilier urbain publicitaire, distinct du mobilier urbain non publicitaire. Pour mémoire, il ne s'agit que de la confirmation d'une pratique décisionnelle antérieure (*Cons. conc., déc. n° 98-D-52,**

7 juillet 1998, préc.). C'est sur ce marché que le Conseil a retenu que Decaux détenait une position dominante.

Marché de la publicité extérieure : la question d'une éventuelle différenciation entre l'affichage traditionnel et l'affichage sur mobilier urbain : Le marché de la publicité extérieure est un marché situé en aval de celui de la fourniture de mobilier urbain publicitaire. C'est par le biais de ce lien de connexité que, selon le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel, Decaux a pu utiliser sa position dominante sur le marché amont de la fourniture de mobilier urbain publicitaire pour s'assurer de l'efficacité des pratiques abusives mises en place sur le marché aval de la publicité extérieure sur lequel, avec une part de marché de 21%, Decaux n'est pas en position dominante.

La Cour estime que le marché de la publicité extérieure englobe l'affichage traditionnel et la publicité sur mobilier urbain. Il est distinct d'autres supports tels que la presse, la radio ou la télévision.

Cette définition de marché n'est pas nouvelle (*Min. Éco, 13 août 1999, Decaux SA, concentration dans le secteur de l'affichage publicitaire ; Cons. conc., déc. n° 98-D-52, 7 juillet 1998, préc.*, et *Cons. conc., déc. n° 96-D-44, 18 juin 1996, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la publicité*). Néanmoins, dans sa décision du 8 juillet 2004, le Conseil s'était interrogé sur la substituabilité entre l'affichage sur mobilier urbain et l'affichage traditionnel. Mais, en l'espèce, il n'était pas nécessaire de trancher la question : "(...) compte tenu du fait que les pratiques dénoncées ont été mises en œuvre à la suite de la perte du marché de la fourniture de mobilier urbain publicitaire de Rennes et des liens de connexité existants entre le marché de la fourniture de mobilier urbain, où le groupe Decaux est dominant, et celui de la publicité extérieure, le second se situant en aval du premier, il n'y a pas lieu, dans la présente affaire, de rechercher si le marché limité au seul affichage sur mobilier urbain constitue un marché pertinent".

Par ailleurs, cette définition large du marché de la publicité extérieure a été récemment confirmée par le Conseil de la concurrence dans sa décision de rejet de mesures conservatoires du 16 mars 2005 relative à une saisine de British Airways (*Cons. conc., déc. n° 05-D-11, 16 mars 2005, V. M. DEBROUX, cette revue, chronique "Ententes", supra*) (...)

Les pratiques abusives

Maintien et exploitation du mobilier urbain publicitaire au-delà de la date d'échéance du contrat

Le Conseil relève que Decaux s'est efforcé par différents moyens de différer la date de prise d'effet de la fin de son contrat. Il a volontairement tardé à démonter son mobilier urbain et a compliqué la coordination entre le démontage de ses mobiliers et le remontage de ceux de son concurrent. Decaux a même menacé la ville de Rennes d'un démontage immédiat et total des 577 abribus en plein hiver pour obtenir l'accord de la ville sur un étalement du calendrier.

Par ailleurs, Decaux a continué à commercialiser des espaces publicitaires au-delà de l'échéance de son contrat. Ces pratiques "d'obstruction" lui ont permis de percevoir des recettes publicitaires tirées du mobilier urbain au-delà de la date d'échéance du contrat, privant ainsi More Group France des revenus correspondants et modifiant l'équilibre du marché de fourniture de mobilier urbain obtenu par le plaignant.

Le Conseil avait relevé que "(...) ces pratiques avaient un caractère exemplaire et étaient de nature à dissuader les autres collectivités locales de changer à leur tour de fournisseur, en les menaçant d'avoir à traverser, à cette occasion, une période difficile" et que Decaux avait adopté "(...) un comportement de nature à dissuader ses concurrents de soumissionner aux appels d'offres de mobilier urbain publicitaire".

La Cour d'appel valide le raisonnement du Conseil de la concurrence qui avait estimé que "(...) l'obstruction mise par le groupe Decaux au remplacement de ses mobiliers urbains dans

l'agglomération de Rennes et le maintien de son exploitation au-delà de la date d'échéance de son contrat auquel la ville de Rennes a mis fin après avoir choisi un autre prestataire dans le cadre d'un appel d'offres, constitue un abus de la position dominante qu'il occupe sur le marché national de fourniture du mobilier urbain, qui a faussé le jeu de la concurrence sur ce marché et celui, connexe, de l'affichage".

Gratuité de certaines campagnes publicitaires et tarifs dérogatoires sur la ville de Rennes

En 1998 et 1999, Decaux a offert à certains annonceurs qui achetaient une prestation d'affichage au niveau national sur les panneaux de 2 m² (c'est-à-dire l'affichage sur mobilier urbain) la gratuité de leurs campagnes publicitaires sur les affiches de format 8 m² à Rennes (c'est-à-dire l'affichage traditionnel). En outre, les tarifs 1999 et 2000 de Decaux prévoyaient, pour Rennes, une possibilité de panachage : les annonceurs pouvaient compléter leur campagne nationale de format 2 m² par des panneaux 8 m² à Rennes.

Le Conseil avait estimé que ces pratiques avaient un caractère dérogatoire et discriminatoire. De son côté, la Cour d'appel est plus nuancée : "(...) si ces offres n'étaient pas discriminatoires en ce qu'elles étaient proposées à tout annonceur intéressé par la ville de Rennes, elles n'en présentaient pas moins un caractère exceptionnel en ce qu'elles permettaient, uniquement pour Rennes, un panachage entre différentes formes d'affichage et admettaient une diminution de prix, dérogeant ainsi aux strictes conditions de vente habituellement appliquées par la société Decaux".

Par ailleurs, la Cour note que ces offres avaient un caractère particulièrement attractif pour les annonceurs, notamment par rapport à l'alternative qui aurait été de négocier séparément les espaces sur mobilier urbain de Rennes auprès de More Group France. Ces offres ont eu un effet d'éviction des concurrents d'autant plus important qu'elles étaient mises en œuvre par Decaux qui détient une position dominante sur le marché de la fourniture de mobilier urbain et peut ainsi proposer aux annonceurs une couverture nationale

pour leur campagne publicitaire. Ainsi, le Conseil a estimé que "(...) cette pratique était de nature à dissuader la société More Group France, ou d'autres concurrents potentiels, de soumissionner aux appels d'offres lancés par d'autres collectivités locales pour la fourniture de mobilier urbain, en leur signalant que le groupe Decaux était prêt à mettre en œuvre des moyens ne relevant pas d'une concurrence par les mérites pour maintenir sa position dominante".

La Cour considère donc que c'est à juste titre que le Conseil a sanctionné Decaux pour avoir "(...) abusé de la position dominante qu'il détient sur le marché de la fourniture de mobilier urbain en altérant la concurrence sur la marché de l'affichage".

Des pratiques graves tant par leur objet que par leur effet, mais une amende relativement limitée

Decaux avait contesté devant la Cour la proportionnalité de l'amende de 700 000 euros qui lui avait été infligée par le Conseil alors que cette amende ne semblait pas *a priori* excessive : elle ne représente que 0,14% du chiffre d'affaires de ce groupe (alors qu'en 2003, le taux moyen des amendes infligées par le Conseil était de 0,88% du chiffre d'affaires des entreprises).

Le Conseil avait particulièrement insisté sur la gravité des pratiques tant par leur objet que par leur effet. Néanmoins, le Conseil nuancait son analyse en notant que "(...) le dommage à l'économie n'est pas, en l'espèce, directement mesurable". Malgré les moyens soulevés par Decaux, notamment sur l'incidence réelle des pratiques, la Cour d'appel a décidé de confirmer le montant de l'amende.

A. W.

GESTION COLLECTIVE DE DROITS D'AUTEURS – COUPLAGE – ENGAGEMENTS : La SACD s'engage à permettre aux auteurs de fractionner leur apport par catégorie de droits
(Cons. conc., communiqué de procédure, 11 février 2005, <http://www.conseil-concurrence.fr>, v. ég. note C. M., cette revue, chron. "Procédures")

Comment rester fidèle à Beaumarchais et adapter la protection des droits d'auteur à la nouvelle donne économique et technologique ?

(...) Les bases de la Société des Auteurs et Compositeurs Dramatiques (SACD) ont été posées en 1777 par Beaumarchais, floué d'une rétribution à la mesure du succès remporté par le Barbier de Séville (<http://www.sacd.fr/>). Il est même piquant de relever que le droit d'auteur et la gestion collective sont nés en réaction au monopole exercée par les troupes de théâtre sur les auteurs. C'est ainsi qu'est dénoncé un système de corporations et de privilèges profondément anticoncurrentiel par nature et par l'usage qui en était fait contre les auteurs (F. POLLAUD-DULIAN, *La gestion collective des droits de propriété intellectuelle, Ateliers de la Concurrence, décembre 2003, publié sur le site Internet de la DGCCRF*). Or, au gré des évolutions technologiques, la dynamique du droit d'auteur au sein de la gestion collective est secouée par des tensions internes. Les aspirations des ayants droit se heurtent à la logique gestionnaire (T. PARIS, *Le droit d'auteur : l'idéologie et le système*, PUF 2002). La recherche de nouveaux compromis amène un renouvellement de certaines règles ou pratiques. Il en va ainsi pour l'apport des adhérents à cette société civile.

Des aspirations de Beaumarchais à celles de Josiane Balasko

Le présent engagement de la SACD a pour origine indirecte la saisine du Conseil de la concurrence par Josiane Balasko, le 12 février 1998. Celle-ci reprochait à la SACD un abus de position dominante en imposant à ses adhérents de lier l'apport des droits d'adaptation et de représentation dramatiques, dits "droit de théâtre", à l'apport des droits audiovisuels. En raison des modalités de rémunération appliquées par les chaînes de télédiffusion, le recours à la SACD serait "un passage obligé" et celle-ci bénéficierait par là-même d'un monopole de fait sur le marché de la perception et de la répartition des droits d'auteurs en matière télévisuelle. En revanche, la gestion individuelle des droits du spectacle vivant semblerait être une alternative viable à la gestion collective, ce qui ouvrirait un véritable choix aux

auteurs sur le marché de la perception et de la répartition de ces droits. Ainsi était-il reproché à la SACD un couplage forcé par lequel elle étendait sa position dominante sur le marché en matière audiovisuelle au marché connexe en matière de spectacle vivant. Le couplage forcé priverait donc l'auteur d'une liberté économique.

Malheureusement, le Conseil de la concurrence n'a pas pu se prononcer sur le fond. Il dut constater la nullité de tous les actes d'instruction et renvoyer la saisine à l'instruction (*déc. n° 01-D-22 du 9 mai 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la SACD, BOCCRF, n° 8/2001*). À la suite d'un accord avec la SACD, Josiane Balasko s'est désistée en novembre 2003. Le Conseil de la concurrence s'est alors saisi d'office le 27 janvier 2004, sur le double fondement des articles L. 420-2 C. com. et 82 CE. Une plainte émanant d'une société intervenant sur ce marché s'est ajoutée à cette saisine. Ces saisines jointes ont amené la SACD à proposer des engagements qui étaient soumis, jusqu'au 11 mars 2005, aux observations des tiers dont les intérêts pourraient être affectés. En l'espèce, la SACD propose de modifier ses statuts et de permettre un fractionnement dans l'apport des droits d'auteur. Néanmoins, "le retrait partiel d'une catégorie d'œuvres ou de certains territoires serait encadré "de telle sorte que la SACD puisse "accomplir sa mission de gestion collective dans des conditions d'équilibre économique raisonnable". Ce type d'aménagement s'inscrit dans un mouvement d'ensemble affectant toutes les sociétés de gestion collective. Il est fait d'un balancement entre une affirmation de principe de la légitimité de ce mode de gestion et la dénonciation de certaines pratiques.

La légitimité du mode de gestion collective

L'esprit mutualiste et fiduciaire de la gestion collective a été parfaitement reconnu (*F. POLLAUD-DULIAN, préc.* ; cet auteur souligne d'ailleurs que, selon la Commission, les droits de propriété intellectuelle confiés aux sociétés de gestion collective le sont, non pas par la technique de l'apport en société, mais par celle du mandat ou de la cession

fiduciaire, *Comm. CE, 4 décembre 1981, GEMA II, JOCE n° L. 94 du 8 avril 1982, p. 12*). Il est traditionnellement rappelé que le regroupement des titulaires de droits, dans des sociétés qui agissent pour leur compte, est destiné à contrebalancer la puissance économique des diffuseurs, même si ces sociétés de gestion collective restent de taille modeste en comparaison du chiffre d'affaires de leurs interlocuteurs.

Le guichet unique consiste à ériger un interlocuteur unique sur toutes les œuvres et tous les droits d'un auteur. Le système est réputé d'un fort degré d'efficacité économique, dans la mesure où il est bénéfique pour les auteurs, mais aussi pour les utilisateurs qui ont ainsi un gain de temps et de coûts d'administration, facilement répercuté sur le consommateur. C'est pourquoi la légitimité de la gestion collective a été clairement affirmée par les autorités communautaires (*CJCE, 21 mars 1974, BRT c/ Sabam, aff. 127/73, Rec. p. 313; Comm. CE., 4 décembre 1981, préc.*).

Néanmoins, elles ont également dégagé les limites de cette efficacité économique, dès lors que les sociétés de gestion collective se laissent aller à des abus de leur position dominante. Cela peut notamment être le cas dans les rapports entre ces sociétés et leurs adhérents. L'analyse concurrentielle est ouverte.

Débat sur la nocivité du "couplage"

En tant que tel, le couplage est expressément mentionné par l'article 82 §2,d) CE et l'article L. 420-2 C.com et cela n'est guère étonnant. Très tôt, l'effet de levier a été stigmatisé aux États-Unis. Mais, depuis les analyses de l'École de Chicago, les débats sont intenses sur la réalité de la nocivité (*A. GAVIL, W. KOVACIC, J. BAKER, Antitrust Law in perspective, Thomson West 2002, p. 712*). Ils le sont d'autant plus après l'affaire Microsoft : la Cour d'appel de Columbia a annulé la condamnation au motif que la vente liée n'est pas une infraction *per se*, alors que la Commission européenne a retenu dans une autre vente liée reprochée à Microsoft un abus de position dominante (*Concurrences n° 1-2004, p. 57 ; K-U. KÜHN, R.*

STILLMAN, C. CAFFARA, Economic theories of bundling and their policy implications in abuse cases: An assessment in light of the Microsoft Case, ECLJ, march 2005, p. 85, V. ég. dans ce numéro, L. IDOT, Les ventes liées après les affaires Microsoft et GE/Honeywell, Réflexions de juriste...", supra).

Un courant se propose de dégager une approche intermédiaire entre l'illégalité *per se*, prévalant avant l'ère de l'École de Chicago, et la légalité *per se* que celle-ci a cherché à promouvoir. Il préconise "une règle de raison structurée "à partir d'un test opérationnel simple et peu coûteux (*D.S EVANS, A.J. PADILLA, Designing Antitrust Rules for assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach, University of Chicago L. Rev., 2005*). La pratique de couplage ne serait illégale que "dans certaines circonstances "solidement caractérisées. En d'autres termes, il faudrait rapporter la preuve convaincante d'une absence d'efficacité.

En l'état du droit positif, nous sommes loin de cette présomption d'efficacité. La marge de manœuvre est étroite et, tout au plus, essaie-t-on de faire valoir que le couplage peut parfois être justifié par des raisons d'efficacité économique, notamment en raison des économies d'échelle (*M. MOTTA, Competition policy, Theory and practice, Cambridge Press University, 2004, p. 461*). Mais l'on pressent de fortes évolutions, précisément sur le couplage, dans le cadre de la réforme de l'article 82 qui devrait donner lieu à des lignes directrices à la fin de cette année (*L. IDOT, La réforme du droit antitrust en Europe : Un an de pratique, Europe, avril 2005, p. 6*).

L'efficacité économique par "le couplage" ou "l'écrémage" ?

S'agissant de la gestion collective de droits d'auteurs, les autorités communautaires concèdent aisément que cette gestion ne peut être efficace que si les auteurs cèdent leurs droits dans toute la mesure nécessaire à son action (*CJCE, 21 mars 1974, BRT c/ Sabam, préc., pt 10*). Précisément, la portée de cette cession doit répondre aux critères de nécessité et de proportionnalité. À l'aune de ces critères, «une cession obligatoire de l'ensemble de tous les droits d'auteur,

actuels et futurs, sans distinguer parmi eux entre les différentes formes d'utilisation généralement reconnues, peut apparaître comme une transaction non équitable, surtout si cette cession est exigée pour une période prolongée, après la démission de l'associé" (pt. 12). C'est ainsi que peut être dégagé l'équilibre entre les intérêts des adhérents et l'efficacité de la gestion collective (*ibid.*, pt. 15).

La société de gestion collective ne doit pas imposer à l'auteur des obligations qui entraveraient sa liberté sans véritable nécessité. À cet égard, la Commission s'est révélée vigilante (*Comm. CE, 2 juin 1971, GEMA I, JOCE n° L. 134 du 20 juin 1971 ; Comm. CE., 4 déc. 1981, GEMA II, préc.*). Ces considérations exprimées à propos de gestion collective en matière musicale valent évidemment pour la SACD. La généralité des argumentations permet de poursuivre la comparaison avec le sort réservé à la SACEM.

Les coups de boutoir de la musique techno en faveur de l'écœurement

Plus récemment, la Commission fut saisie d'une plainte d'un groupe de musique techno contre la SACEM, qui refusait leur admission, et considéra que les arguments pour justifier les exigences statutaires n'étaient pas convaincants (*Comm. CE, 12 août 2002, Banghalter & Homem Christo / SACEM, aff. COMP/C2/37.219*). Selon la Commission, ils l'avaient été au début des années 70, mais ils ne l'étaient plus du fait de l'évolution du contexte général. La SACEM faisait valoir que la pratique de l'écœurement, consistant à ne lui confier que la gestion des droits les plus difficiles et les plus coûteux, aboutissait à un accroissement des coûts de gestion et était contraire au principe de solidarité. La Commission soulignait, quant à elle, l'existence d'opinions selon lesquelles la gestion individuelle était une option possible méritant d'être préservée (*Gestion collective du droit d'auteur et des droits voisins, OMPI 1990 ; Legal Advisory Board, Congrès de l'ALAI de Montebello, 1997*). En tout état de cause, elle relevait que seul un petit nombre de sociétés imposaient encore la gestion collective pour toutes les catégories de droits appartenant à un auteur.

Mais quelles étaient les comparaisons en termes de résultat ? Le juriste a tout lieu de rester perplexe devant une analyse économique qui procède plus par affirmation que par démonstration. Pour autant, la SACEM ne fut pas condamnée car elle proposa comme remède une modification statutaire jugée suffisante. La Commission rejeta la plainte, ce qui atteste d'une pratique décisionnelle de l'engagement avant la faculté expressément ouverte par l'article 9 du Règlement 1/2003. L'engagement "consacrait" l'écœurement.

Une nouvelle mise en scène statutaire pour les œuvres dramatiques

L'air du temps est à la liberté de choix de l'auteur entre couplage et écœurement. Il faut donc se soucier d'une nouvelle mise en scène pour les droits du théâtre vivant. La SACD propose de modifier ses statuts pour y introduire le fractionnement, à l'instar de ce qui avait été fait mutatis mutandis par la SACEM. Elle envisage d'ouvrir aux auteurs de nouvelles facultés de fractionnement, tant sur le plan des territoires que sur celui des catégories d'œuvre. Ces nouvelles facultés entreraient immédiatement en vigueur dès la réforme statutaire de juin 2005. Sur le plan territorial, l'auteur aurait la faculté de limiter son apport soit aux seuls pays à perception directe, soit aux pays à perception directe avec lesquels un traité de réciprocité existe. Sur le plan des catégories d'œuvres, l'auteur aurait la faculté de limiter son apport à l'une ou plusieurs des catégories suivantes : œuvres dramatiques ; œuvres audiovisuelles ; images.

Un aménagement de ces nouvelles facultés est cependant envisagé pour ne pas perturber la viabilité de la gestion collective. Il concerne le fractionnement en cours de vie sociale, en d'autres termes les facultés de retrait partiel d'apport. La SACD fait valoir un particularisme. Elle serait la seule société en Europe à vivre sur un équilibre financier provenant de ressources générées par deux répertoires totalement indépendants. Ceci appelle certaines précautions pour éviter les effets déstabilisants que pourrait engendrer le retrait massif d'œuvres dramatiques d'auteurs ayant un poids économique prépondérant.

En premier lieu, le retrait partiel ne pourrait être demandé qu'à l'expiration de périodes de deux années. La première période débiterait à partir de la date d'adhésion de l'auteur. La SACD se réfère pour la durée de deux ans aux décisions de la Commission européenne dans les affaires GEMA I et GEMA II.

En second lieu, le retrait partiel ne pourrait intervenir que trois fois au cours de la vie sociale d'un auteur. Cette disposition vise à éviter des allers-retours qui seraient de nature à multiplier des frais de gestion. Selon la SACD, il est légitime d'attendre des auteurs un minimum de réflexion et de constance. Cette précaution paraît pleinement opérationnelle. C'est pourquoi il est difficile de comprendre la disposition, justifiée par le même objectif, qui vise à donner un pouvoir d'appréciation souveraine au conseil d'administration, sur les retraits comme sur les réintégrations, pour éviter que "*des réintégrations répétitives de la part de certains membres en fonction de leurs seuls intérêts personnels*".

Par ailleurs, le retrait partiel ne pourrait intervenir de plein droit qu'à la condition que la gestion en soit confiée à une autre société de gestion collective. En d'autres termes, le retrait partiel devrait faire l'objet d'une demande motivée, de telle sorte que la SACD obtienne des informations et puisse améliorer son système de gestion en répondant aux attentes des auteurs. Elle imite en cela une disposition introduite par la SACEM, lorsque celle-ci avait modifié ses statuts pour faire rejeter par la Commission européenne la plainte du groupe de musique techno. En guise de dernier aménagement, la SACD propose de reporter au 1^{er} janvier 2007 la mise en œuvre de la faculté de retrait partiel d'apport.

Un remède ?

Pour éclairer l'opportunité de ces aménagements dans leur ensemble, il n'est pas inutile de revenir sur une observation du Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique dans son avis n°2004-2 relatif au droit de la concurrence : "*la gestion individuelle de certains de leurs droits, lorsque ceux-ci*

sont habituellement exercés collectivement par des associés des sociétés de gestion collective, est de nature à affaiblir la protection générale des ayants droit et à rendre difficiles les négociations avec les exploitants auxquels seraient proposés des répertoires incomplets ou incertains”. Le doute est réel sur la nécessité du remède.

Que faut-il espérer ? Que les petits-enfants de Beaumarchais vivent bien de leur art et aient envie de créer. Si le droit de la concurrence y contribue, qu’il en soit remercié ! S’il les amène à péricliter, il faudrait alors brocarder, à la manière de Molière, ces médecins qui pour traiter un malaise achèvent leur patient.

C. P.

REFUS D’ACCÈS À UN SYSTÈME DE NUMÉROTATION PRIVÉE – LICENCE FORCÉE – ENGAGEMENT : La société Yvert et Tellier est contrainte d’accorder une licence pour la simple confection de tables de concordance

(Cons. conc., communiqué de procédure, 11 mars 2005, www.conseil-concurrence.fr, V. ég. note C. M., cette revue, chron. “Procédures”)

La nouvelle procédure de l’engagement n’aura pas tardé à gagner le terrain du refus de contracter qui nourrit une forte tension entre propriété intellectuelle et libre concurrence. La décision Microsoft et l’arrêt *IMS* exercent sans nul doute un effet d’entraînement (cf. *Concurrences* n° 1-2004, p. 54). La cotation de timbres donne l’occasion de mettre à l’épreuve le point d’équilibre auquel les autorités communautaires souhaiteraient être parvenues.

Barrières à l’entrée du marché : La notoriété et les droits de propriété intellectuelle

La notoriété entraîne bien des contraintes, y compris celle de la libre concurrence. Dès lors qu’elle porte en elle le risque de forclusion, la question peut être envisagée. On sait combien la domination est caractérisée par de multiples critères. La prééminence des critères structurels est acquise. Or, dans cette catégorie, après les parts de marché de l’entreprise

et celle de ses concurrents, puis les forces concurrentielles de l’entreprise en cause figurent les barrières à l’entrée du marché.

Cette notion de barrières est un sujet de grande controverse chez les économistes (R. P. MC AFEE, H. MIALON, *Barrières à l’entrée dans l’analyse antitrust*, RLC, nov. 2004 - janv. 2005, p.155). La notoriété d’une marque ou d’une entreprise est un élément mentionné (E. COMBE, *Economie et politique de concurrence*, Précis Dalloz 2005, p. 230). Dans la jurisprudence communautaire, la notoriété a souvent été prise en compte dans un faisceau d’indices (cf. les bananes Chiquita, CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, aff. 27/76, pt 91 ; les pneus Michelin, CJCE, 9 novembre 1983, *Michelin*, aff. 322/81 ; pour la boisson Coca-Coca, Comm. CE, déc. n° 98/327/CE, 11 sept. 1998, *Coca-Cola*, JOCE n° L.145, p. 41). Quant aux droits de propriété intellectuelle, ils sont incontestablement dans le noyau dur de la notion de barrières à l’entrée (R. WHISH, *Competition Law*, Butterworths 2003, p.44). La société Yvert et Tellier conjugait ces deux types de barrières.

Lorsque la notoriété transforme le produit en “norme de fait”....

Présente depuis plus d’un siècle sur le marché des catalogues de cotation de timbres, la société Yvert et Tellier a acquis une renommée qui lui confère un pouvoir de marché sans pareil. Le Conseil de la concurrence signale que sa numérotation possède une telle prédominance que les collectionneurs et les négociants de timbres la qualifient de “langage commun” pour la cotation et le négoce de timbres, notamment pour les timbres anciens dont la numérotation est figée. Le Conseil présume ainsi la position dominante de cette société sur le marché des catalogues de cotation des timbres français. Par là-même, on devine l’entrave.

La société Dallay dénonçait le refus d’accès à cette numérotation. Elle demandait d’établir une correspondance avec sa propre numérotation ou d’utiliser celle de Yvert et Tellier à titre de numérotation commune. Or un droit de propriété intellectuelle a été reconnu sur

cette numérotation à Yvert et Tellier, par la Cour d’appel de Paris. Ce droit suffisait-il à justifier le refus de licence ?

Le test IMS

Résoudre la tension entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence, suppose un compromis. Un choix fondamental s’ouvre sur le type d’efficacité à protéger. La préférence peut être donnée à l’efficacité ex ante, ce qui revient à préserver l’incitation à innover, ou encore à l’efficacité ex post, qui cherche à rendre accessible à toutes les entreprises les innovations réalisées (M. MOTTA, *Competition policy, Theory and practice*, Cambridge University Press, 2004, p. 65). Dans l’affaire emblématique de Microsoft, la Commission a choisi de préserver la chaîne continue des innovations (*Comm. CE*, 24 Mars 2004, *Concurrences* n° 1-2004, p.54 ; J. MENSCHING, *The Microsoft decision : promoting innovation*, *Speech*, 22 oct 2004, site DG Concurrence). Ce choix est conforté un mois plus tard, avec la valeur de condition autonome qui a été conférée à l’exigence d’un produit nouveau par l’arrêt *IMS* (CJCE, 29 avril 2004, *Europe* 2004, comm. L. IDOT ; D. 2004, jur., p.2366, comm. F. SARDAIN).

Au préalable, la Cour rappelle le principe : un refus de licence, alors même qu’il serait le fait d’une entreprise en position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus. Mais, “dans des circonstances exceptionnelles”, l’exercice du droit de propriété intellectuelle peut donner lieu à un abus, tel que cela avait déjà été envisagé dans l’arrêt Magill (CJCE, 6 nov. 1995, RTE/ITP, aff. C-241/91 ; J.-B. BLAISE, *L’arrêt Magill : une illustration de la théorie des facilités essentielles*, D. affaires 1996, p. 859 ; v. cette revue, *Doctrines*, article de L. GYSELEN, supra). Dans cet arrêt *IMS*, la Cour de justice se place aussi dans le sillage de la théorie des installations essentielles, implicitement consacré dans l’arrêt Bronner (CJCE, 26 novembre 1998, aff. C-7/97, RTDeur. 1999, n° 116, J.-B. BLAISE, L. IDOT). Ainsi conforte-t-elle les trois grandes conditions cumulatives qu’elle avait déjà dégagées : le caractère indispensable de l’information ; l’absence de justification objective ; l’exclusion de toute concurrence sur un marché dérivé.

Ce document est protégé au titre du droit d’auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992. Toute utilisation non autorisée, constitutive d’une contrefaçon, est formellement interdite jusqu’à 3 ans d’expiration, et 300 000 € d’amende (art. L. 172-1 du Code de la propriété intellectuelle). Toute réimpression ou utilisation non autorisée sans la permission écrite de l’éditeur est formellement interdite. Toute réimpression ou utilisation non autorisée sans la permission écrite de l’éditeur est formellement interdite. Personal use of this document is authorized without fee. Rights of Art. L. 172-5 Code de la Propriété Intellectuelle and DMCA protection.

À ces conditions s'ajoute celle d'un produit nouveau qui est désormais envisagée de façon autonome à la différence des motifs dans l'arrêt Magill qui associaient l'existence d'un produit nouveau à la caractérisation du caractère indispensable. Or, ce critère d'un produit nouveau n'existe pas dans les conditions de la théorie des installations essentielles, telles qu'elles ont été posées dans l'arrêt Bronner. Ainsi pourrait-on considérer que le critère d'un produit nouveau confère aux "circonstances exceptionnelles" une originalité, par rapport à la théorie des facilités essentielles, qui rend spéciale l'application de l'article 82 CE à l'exercice des droits de propriété intellectuelle.

Ceci semble être la condition propre à un équilibre entre les deux branches de droit, comme le souligne la Cour en reprenant l'analyse de l'avocat général Tizzano (*pt. 48 de l'arrêt ; pt. 62 des conclusions*). L'infléchissement du libre exercice la propriété intellectuelle ne peut se concevoir que pour favoriser l'émergence d'une innovation qui réponde à l'attente des consommateurs. C'est pourquoi l'entreprise qui demande une licence ne saurait se contenter de reproduire les produits ou les services qui sont déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire de droit de propriété intellectuelle. Il est clair que la condition de produit nouveau est cruciale. La doctrine des infrastructures essentielles doit être invoquée, à propos de droits de propriété intellectuelle, dans des circonstances véritablement exceptionnelles (*M. MOTTA, préc., p. 89*).

L'usage de la théorie des facilités essentielles en matière de propriété intellectuelle est certes critiqué outre-atlantique. Mais les efforts de la Cour de justice pour dégager un point d'équilibre sont aussi examinés avec intérêt par certains auteurs. Ainsi la rigueur du test amène certains à se demander si son application ne pourrait pas aboutir à des résultats qui seraient acceptables aux États-Unis (*A.I. GAVIL, W. KOVACIC, J.B. BAKER, Antitrust Law in perspective, Thomson West 2002, p. 1157*).

Les remèdes à la forclusion

En l'occurrence, le Conseil de la concurrence est soucieux de soutenir l'émergence de nouveaux opérateurs

économiques sur le marché des catalogues de cotation. Il considère que la production de tables de concordance entre différentes numérotations ferait apparaître un produit nouveau pour lequel une demande existerait. Pour préserver le droit de propriété intellectuelle sur la numérotation de Yvert et Tellier, la perspective d'une utilisation directe de sa numérotation n'est pas envisagée. En revanche, il est demandé d'étudier la possibilité de consentir une licence limitée à la seule confection de tables de concordance, dès lors qu'elle pourrait être demandée par des éditeurs de catalogue, qu'ils soient généralistes ou thématiques. La société Yvert et Tellier propose une licence sur des bases précises. Elle entend que la table de concordance avec sa propre numérotation soit située en fin de catalogue, soit sur feuilles volantes, soit sur support électronique en format pdf exclusivement et avec interdiction d'un lien hypertexte avec la numérotation d'une version électronique du catalogue. En tout état de cause, la paternité de la numérotation serait toujours mentionnée et l'usage de la marque Yvert et Tellier serait interdit. La licence serait annuelle et renouvelable par tacite reconduction. La redevance serait de l'ordre de 2,5 % du prix de vente HT des catalogues et, dans l'hypothèse d'une assiette difficile à établir, une négociation se ferait au cas par cas.

C. P.

VENTES COUPLÉES : La pratique de ventes couplées n'est pas a priori interdite à une entreprise en position dominante (*Cons. conc., déc. n°05-D-13, 18 mars 2005, relative aux pratiques mises en œuvre par le groupe Canal Plus dans le secteur de la télévision à péage ; v. ég. cette revue, Doctrines, article de L. IDOT, supra*)

Dans une décision qui devrait faire date, le Conseil de la concurrence affirme que la pratique, par une entreprise en position dominante, de remises sur une offre couplée, n'est pas nécessairement prohibée par l'article L. 420-2 du code du commerce. Saisi le 5 juin 1998 par la société TPS, le Conseil était invité à se prononcer sur l'offre couplée Canal Plus – CanalSatellite proposée aux consommateurs

entre août 1997 et janvier 1998. Pendant cette période, l'abonnement couplé était vendu au prix de 225 francs par mois, ce qui représentait un rabais de 48 francs par rapport à la somme des prix de Canal Plus (175 francs) et CanalSatellite (98 francs). Cette offre couplée pouvait aussi s'interpréter comme donnant lieu à un prix de 50 francs pour le bouquet CanalSatellite, puisqu'un abonné à la chaîne Canal Plus ne devait dépenser que 50 francs pour s'abonner en plus à CanalSatellite. Sur la base de ces faits, trois griefs avaient été formulés, relatifs à la pratique de ventes couplées, au caractère éventuellement prédateur de l'offre d'un abonnement à CanalSatellite pour 50 francs, et enfin à diverses offres promotionnelles ponctuelles – toutes pratiques qui, selon la saisine, visaient à évincer TPS, lancée en 1996. Le Conseil n'a retenu aucun de ces griefs.

Le rejet des deux derniers griefs est peu surprenant : pour évaluer le caractère éventuellement prédateur de l'offre couplée, le Conseil a comparé son prix aux coûts variables correspondants (conformément à la jurisprudence *Akzo* et *Tetra-Pak*), sans affecter arbitrairement une partie du prix à Canal Plus et une autre à CanalSatellite. De même, les promotions contestées étaient conformes à la pratique du secteur et motivées par le passage de la technologie analogique à la technologie numérique. La partie de la décision relative au couplage est la plus intéressante. Audacieuse au regard de la jurisprudence existante, elle est conforme à l'évolution actuelle du droit de la concurrence dans le sens d'une prise en compte croissante des spécificités de chaque affaire, éclairée par une analyse économique au cas par cas.

Une décision marquante au regard de la jurisprudence existante

La jurisprudence tant française que communautaire tend à considérer sévèrement les pratiques de vente liée ou de rabais ayant pour effet de favoriser le couplage de deux produits. Ainsi, la CJCE a condamné les rabais consentis par Hoffman-Laroche à ceux de ses clients qui achetaient la totalité de sa gamme de vitamines, parce qu'ils étaient de nature à dissuader les acheteurs de se fournir auprès de concurrents pour une

vitamine spécifique (CJCE, 13 février 1979, *Hoffman Laroche*, aff. 85/76). De même, plusieurs décisions récentes du Conseil de la concurrence (par exemple *Cons. conc.*, déc. n° 99-D-14, 23 février 1999, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France ; *Cons. conc.*, déc. n° 03-D-35, 24 juillet 2003, relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires SANDOZ... sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux) ont sanctionné des pratiques de couplage.

Il est vrai que le Conseil avait récemment refusé de sanctionner une pratique de vente couplée par une entreprise dominante (*Cons. conc.*, déc. n° 04-D-22, 21 juin 2004, relative à la saisine de l'AFOPT et de l'AOST portant sur la commercialisation par France Télécom du tarif promotionnel "Primaliste longue distance"). Mais il avait fondé son argumentation sur le fait que l'offre contestée avait été formulée en réponse à l'offre similaire d'un concurrent – ce qui n'était pas le cas dans la présente affaire.

Au regard de ces décisions, le rejet du grief de couplage est d'autant plus frappant que, sur le marché retenu par le Conseil, le Groupe Canal Plus avait au moment des faits une part de marché supérieure à 70%. Le Conseil a en effet réaffirmé, conformément à la jurisprudence, l'existence d'un marché de la télévision payante distinct de la télévision gratuite, au moins pendant la période considérée.

Absence d'objet anticoncurrentiel et possibilité d'effets proconcurrentiels

Pour éclairer l'objet des pratiques contestées, le Conseil commence par noter que Canal Plus avait, dès avant le lancement de TPS, proposé ponctuellement à ses abonnés des offres promotionnelles pour s'abonner à CanalSatellite. Ces offres ne pouvaient bien évidemment pas viser à l'éviction de TPS, qui n'existait pas encore. Le Conseil déduit, fort logiquement, qu'une offre couplée Canal Plus – CanalSatellite peut avoir un fondement économique autre que la volonté d'évincer TPS (§ 65). On peut noter la similarité entre cet argument et les raisonnements

développés par l'Ecole de Chicago pour s'opposer à la prohibition *a priori* des ventes liées et d'autres pratiques de tarification : le fait que, dans certaines situations (par exemple lorsque les marchés en cause sont très concurrentiels, ou au contraire lorsqu'il n'y a pas de concurrent à évincer), ces pratiques ne puissent à l'évidence pas s'inscrire dans une stratégie anticoncurrentielle signifie que des explications "innocentes" sont possibles, et qu'il convient d'examiner leur plausibilité, y compris lorsque les circonstances (comme la détention d'une position dominante) se prêtent également à une interprétation moins favorable.

Le Conseil relève aussi que le couplage peut être justifié par des économies de coût (utilisation d'un terminal unique, facturation simplifiée) et qu'il peut dans certains cas profiter aux consommateurs.

Absence d'effet anticoncurrentiel

Sur l'effet des pratiques contestées, le raisonnement du Conseil est double. Il commence par énumérer les raisons pour lesquels il est peu plausible qu'elles aient eu un effet d'éviction, avant d'examiner directement ces effets.

Le Conseil relève d'abord que trois décisions antérieures, dans lesquelles il avait sanctionné des pratiques de couplage, ne sont pas directement transposables à la présente affaire, car elles concernaient des situations dans lesquelles le produit liant faisait l'objet d'un monopole (le produit lié étant alors situé sur un autre marché, plus concurrentiel), ou bien était "incontournable", ou encore était indissociable du produit lié (ce qui n'est pas le cas dans la présente affaire puisque l'achat séparé de Canal Plus et de CanalSatellite restait possible). Le Conseil n'indique pas explicitement si les trois critères susmentionnés (produit liant en monopole, ou incontournable, vente liée "pure" sans dissociation possible) doivent être considérés comme conduisant à une interdiction *per se*. *A minima*, l'argument du Conseil semble être le suivant : dans chacun de ces trois cas, une pratique de vente liée ne peut que diminuer fortement la demande adressée aux concurrents, et les effets d'éviction sont probables, alors qu'il est

impossible d'arriver à une telle conclusion dans la présente affaire sans examiner les faits : "il faut donc examiner les effets concrets de la pratique de couplage" (§ 71).

Le Conseil constate alors, à partir de deux indices, que TPS n'a pas souffert des pratiques dénoncées. Le premier indice est fourni par l'examen du nombre d'abonnés : il a davantage progressé lorsque l'offre couplée était proposée que pendant la période précédente. Le deuxième indice provient de l'examen de l'évolution du prix de l'abonnement à TPS : il a augmenté pendant la période litigieuse, alors qu'il aurait dû diminuer si TPS avait fait face à une demande en baisse du fait des pratiques dénoncées.

Ne trouvant ni objet ni effet anticoncurrentiel, et constatant en outre la possibilité d'un effet favorable aux consommateurs, le Conseil conclut que l'offre de couplage ne contrevenait pas à l'article L. 420-2 du code de commerce.

Logique sur le plan économique, la décision précise le traitement par le Conseil des pratiques de couplage et de vente liée mais laisse certaines questions ouvertes

La décision du Conseil s'inscrit dans l'évolution en cours du droit de la concurrence dans le sens d'une application croissante de la règle de raison, en accord avec la théorie économique, selon laquelle les pratiques de couplage peuvent, selon les circonstances, avoir des effets proconcurrentiels ou anticoncurrentiels. Certaines pratiques tarifaires posent clairement problème, car elles sont équivalentes à des prix prédateurs, et même plus efficaces (et donc dangereuses) : par exemple, offrir un rabais sur un produit A aux acheteurs du produit B peut être économiquement équivalent à la vente du produit B à un prix négatif (si "A+B" est moins cher que "A" acheté séparément), alors qu'une pratique de prédation "simple" ne permet, dans sa forme la plus extrême, que la vente à prix nul. C'est la raison pour laquelle certains types de couplage méritent une grande attention des autorités de concurrence. En revanche, des motivations proconcurrentielles sont également plausibles : le couplage peut

Ce document est protégé au titre du droit d'auteur par les conventions internationales en vigueur et le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992. Toute utilisation non autorisée, constitutive d'une contrefaçon, est formellement interdite jusqu'à 3 ans d'expiration, et 300 000 € d'amende (art. L. 171-1 du Code de la propriété intellectuelle). En France, les droits de reproduction sont réservés à l'éditeur. Toute utilisation non autorisée, constitutive d'une contrefaçon, est formellement interdite jusqu'à 3 ans d'expiration, et 300 000 € d'amende (art. L. 171-1 du Code de la propriété intellectuelle). Personal use of this document is authorized within the limits of Art. L. 171-1 Code de la Propriété Intellectuelle and DMCA protection.

éliminer des coûts de transaction, ou tout simplement répondre à la demande d'une partie de la clientèle. L'analyse est toutefois compliquée par le fait qu'une pratique de couplage ou de vente liée peut aussi n'être ni proconcurrentielle, ni anticoncurrentielle. Par exemple, si la demande est suffisamment hétérogène, une telle pratique peut permettre à une entreprise d'exploiter la différence entre la disponibilité à payer des différents segments de clientèle, sans conséquence claire en termes d'efficacité économique : certains consommateurs paient plus, et d'autres moins que si le couplage était interdit.

Ces effets potentiellement ambigus du couplage, et le fait que cette notion recouvre des réalités très différentes selon le détail des pratiques tarifaires et selon que les biens couplés sont substituables (comme dans la présente affaire) ou complémentaires (comme dans beaucoup d'affaires qui mettent en jeu la théorie de l'"effet de levier", dont l'affaire Microsoft) – signifient que l'analyse économique générale des offres couplées est passablement complexe. En conséquence, la décision du Conseil ne permet pas de dégager des principes précis susceptibles de s'appliquer sans marge d'incertitude à toutes les pratiques de couplage concevables.

En effet, dans la présente affaire, tous les éléments de l'analyse économique conduisaient logiquement au rejet de la saisine : l'absence manifeste de tout effet d'éviction suffisait à écarter la thèse du caractère anticoncurrentiel des pratiques en cause, et les justifications proconcurrentielles possibles allaient dans le même sens. Mais la décision ne permet pas de savoir quelle serait la hiérarchie des critères lorsque les différents éléments pertinents n'iraient pas tous dans le même sens.

Comment le Conseil traiterai-t-il une pratique de couplage qui augmente l'efficacité économique au bénéfice des consommateurs, mais qui diminue la demande adressée aux concurrents d'une entreprise dominante ? Inversement, comment appréhenderai-t-il une pratique de couplage dépourvue d'impact proconcurrentiel mais sans effet d'éviction mesurable ? Une pratique de couplage "pur" et non "mixte", ou bien une pratique liant un produit situé sur un marché en monopole et un autre situé sur un marché

connexe plus concurrentiel est-elle interdite *a priori* ? Il va de soi qu'on ne saurait attendre d'une décision spécifique la réponse à ces questions, qui relèvent plutôt de lignes directrices. Ces remarques suffisent cependant à indiquer que la prise en compte de l'analyse économique, au travers d'une règle de raison généralisée, si elle constitue évidemment un progrès en rendant moins probable l'interdiction de pratiques proconcurrentielles, peut également présenter des risques en matière de sécurité juridique, tant il est vrai que, dans beaucoup de situations (mais pas dans la présente affaire), l'analyse économique identifie à la fois des effets proconcurrentiels et des risques d'éviction.

La nécessité de concilier prise en compte de l'analyse économique et sécurité juridique plaide sans doute pour la formulation d'une règle de raison structurée, c'est-à-dire d'une procédure établissant clairement la hiérarchie des critères ainsi que l'allocation, pour chaque critère (plausibilité d'une justification proconcurrentielle, d'un objet anticoncurrentiel, d'un effet d'éviction, etc.), de la charge de la preuve. En matière de ventes liées, un article récent de David Evans, Jorge Padilla et Michael Salinger (*A pragmatic approach to identifying and analyzing legitimate tying cases, dans European Competition Law Annual 2003 : What is an abuse of a dominant position, Hart Publishing*) propose un premier filtre consistant à examiner si la structure de marché permet à l'entreprise dominante d'évincer des concurrents de manière à exercer, ensuite, un pouvoir de marché accru. Il faudrait donc démontrer non seulement que la pratique contestée risque de nuire à un concurrent, ou même de provoquer son éviction, mais aussi que cette éviction est susceptible d'augmenter le pouvoir de marché de l'entreprise dominante – et pas seulement sa part de marché. Cette démonstration nécessiterait notamment l'examen de la structure du marché, des barrières à l'entrée, et de l'ensemble des pressions concurrentielles qui s'exercent sur l'entreprise dominante. Un tel filtre, au demeurant, serait similaire à celui qui est utilisé aux États-Unis depuis l'arrêt *Brooke* de la Cour Suprême (*Brooke Group v. Brown & Williamson Tobacco, 509 U.S. 209, 1993*) pour évaluer les allégations de prix prédateurs.

Sans entrer dans une discussion détaillée sur la règle de raison optimale pour l'appréciation des pratiques de vente liée –

ce débat peut être remis à la parution, annoncée pour la fin de l'année 2005, des lignes directrices de la Commission européenne sur l'article 82 – il convient de faire une remarque finale sur le principal critère retenu par le Conseil, c'est-à-dire l'effet de la pratique de couplage sur les ventes de TPS. Si la décision peut paraître favorable au Groupe Canal Plus au regard de la pratique décisionnelle antérieure, le critère retenu est en réalité assez dur pour les entreprises défenderesses, du strict point de vue de l'analyse économique. En effet, la décision semble reposer avant tout sur l'examen de la situation de TPS. Mais une règle qui consisterait à condamner toute pratique de couplage émanant d'une entreprise dominante dès lors qu'elle provoque une diminution de la part de marché de ses concurrents conduirait à réprimer à la fois des pratiques véritablement anticoncurrentielles et beaucoup de pratiques proconcurrentielles. Par exemple, une pratique de vente couplée qui bénéficie aux consommateurs est équivalente économiquement à une baisse de prix (car elle conduit à une amélioration du rapport qualité-prix) et peut, de ce fait, entraîner une baisse des ventes des concurrents – même s'il n'existe par ailleurs aucun risque d'augmentation du pouvoir de marché de la part de l'entreprise qui la met en œuvre. Ainsi, un critère fondé principalement sur l'examen du lien entre la pratique contestée et le niveau des ventes des concurrents de l'entreprise dominante serait plus dur pour les entreprises défenderesses qu'une règle de raison "pure" qui ne tiendrait compte que des effets sur l'efficacité économique et le bien-être des consommateurs. On attend donc avec impatience la publication des lignes directrices de la Commission sur l'article 82...

D. S.

POSITION DOMINANTE COLLECTIVE (CRITÈRES) : La détention de la même licence, l'utilisation du même modèle de contrat et la détermination de la rémunération des joueurs selon les mêmes critères ne suffisent pas à établir une position dominante collective

(TPICE, 26 janvier 2005, *Piau c/ Commission, aff. T-193/02, V. ég. cette revue, chron. "Procédures" infra*)

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

CONCURRENCES

Editorial

Jean-Bernard Blaise, Nicolas Charbit, Claus-Dieter Ehlermann, Laurence Idot, Hubert Legal, Claude Lucas de Leyssac, Denis Waelbroeck...

Interview

Sir Christopher Bellamy, Dr. Ulf Böge, Frédéric Jenny, Nelly Kroes, Mario Monti, Mustafa Parlak, Dominique Voillemot...

Tendances

Christophe Barthelemy, Guillaume Cerutti, John Davies, Céline Gauer, Damien Gérardin, Pierre Kirch, Christophe Lemaire, Irène Luc, Emil Paulis, Richard Whish...

Doctrines

Guy Canivet, Emmanuel Combe, Serge Durande, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Laurence Idot, Bruno Lasserre, Stanislas Martin, Caroline Montalcino, Catherine Prieto, François Souty...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Bilan de la pratique des engagements, Données publiques et concurrence, Droit pénal et concurrence...

Horizons

Allemagne, Belgique, Canada, Japon, Luxembourg, Suisse, USA...

Droit et économie

François LÉVÊQUE

Chroniques

Ententes

Emmanuelle CLAUDEL
Michel DEBROUX
Marc VAN DER WOUDE

Pratiques unilatérales

Catherine PRIETO
David SPECTOR
Anne WACHSMANN

Pratiques restrictives et concurrence déloyale

Daniel FASQUELLE
Jean-Patrice de la LAURENCIE
Marie-Claude MITCHELL

Concentrations

Jean-Mathieu COT
Jérôme PHILIPPE
Stanislas MARTIN

Aides d'État

Alain ALEXIS
Jean-Yves CHÉROT
Jacques DERENNE

Procédures

Valérie MICHEL-AMSELLEM
Chantal MOMÈGE
Fabien ZIVY

Régulations

Jean-Paul TRAN THIET
Thierry TUOT

Secteur public

Bertrand du MARAIS
Stéphane RODRIGUES
Antoine GOSSET-GRAINVILLE

Politique internationale

Frédérique DAUDRET-JOHN
François SOUTY
Stéphanie YON

Revue des revues

Christelle ADJEMIAN
Umberto BERKANI
Alain RONZANO

Bibliographies

Centre de Recherches et d'Études Européennes
(Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne)



Comité scientifique

Laurence IDOT

Professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

Jean-Bernard BLAISE

Professeur émérite de l'Université Paris II

Guy CANIVET

Premier Président de la Cour de cassation

Damaso Ruiz Jarabo COLOMER

Avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes

Marco DARMON

Ancien Avocat général à la Cour de justice des Communautés européennes

Damien GÉRADIN

Directeur du Global Competition Law Center Collège d'Europe, Bruges

David GERBER

Professeur au Kent College of Law, Chicago

Marie-Dominique HAGELSTEEN

Conseiller d'Etat, ancienne Présidente du Conseil de la concurrence

Bruno LASSERRE

Président du Conseil de la concurrence

Hubert LEGAL

Juge au Tribunal de première instance des Communautés européennes

Koen LENAERTS

Juge à la Cour de justice des Communautés européennes

Aristide LÉVI

Directeur du Centre de Recherches sur le Droit des Affaires - CCIP

Claude LUCAS DE LEYSSAC

Professeur à l'Université Paris I

Emil PAULIS

Directeur de l'unité Politique de concurrence et coordination, DG Concurrence Commission européenne

Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO

Professeur à l'Université de Toulouse I

Louis VOGEL

Professeur à l'Université Paris II

Richard WHISH

Professeur à King's College London University

Comité international

Frédéric JENNY

Président du Comité de concurrence de l'OCDE
Conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire

Christopher BELLAMY

Président du Competition Appeal Tribunal, Londres

Christian BOVET

Professeur à l'Université de Genève

Josef DREXL

Professeur à l'Institut Max Planck, Munich

Claus-Dieter EHLERMANN

Ancien Directeur général DG Concurrence

Philippe GUGLER

Professeur à l'Université de Fribourg

Barry HAWK

Professeur à Fordham University, New-York

Bill KOVACIC

Professeur à George Mason University Washington

Santiago MARTINEZ LAGE

Avocat, Madrid

Abel MATEUS

Président de l'Autorité portugaise de concurrence

Karel VAN MIERT

Président de l'Université de Nyenrode
Ancien Commissaire en charge de la politique de concurrence

Thomas SHARPE

Avocat - QC, Londres

Comité de rédaction

Nicolas CHARBIT

Directeur de la rédaction

Pierre KIRCH

Avocat à la Cour et au barreau de Bruxelles

Alain RONZANO

Rédacteur de la lettre d'information "Creda-Concurrence" - CCIP

François SOUTY

Chargé des affaires internationales et multilatérales, Conseil de la concurrence
Professeur associé à l'Université de La Rochelle

e-Competitions est un bulletin d'actualité électronique couvrant en anglais l'actualité des droits nationaux de la concurrence dans les Etats européens. Tous les quinze jours, le bulletin analyse les décisions nationales d'application du droit communautaire de la concurrence et/ou les textes et décisions des droits nationaux de la concurrence.

e-Competitions

> Décisions nationales d'application du droit communautaire de la concurrence

Avec l'entrée en vigueur du Règlement n° 1/2003, les décisions nationales d'application du droit communautaire de la concurrence sont devenues une nouvelle source d'information. Ces décisions sont encore peu nombreuses et difficiles à recenser, les juridictions nationales n'alimentant pas encore régulièrement le site de la Commission. Grâce à son réseau de correspondants, *e-Competitions* offre à ses abonnés un accès en avant-première à ces décisions.



> Droits nationaux de la concurrence des États européens



Le bulletin *e-Competitions* couvre également les nouvelles dispositions nationales de concurrence, ainsi que les décisions d'application des droits internes de la concurrence dès lors qu'elles présentent un lien direct avec les articles 81 ou 82 CE.

e-Competitions présente et commente les principaux textes nationaux destinés à la mise en œuvre par les autorités de concurrence et les juridictions nationales des pouvoirs prévus par le Règlement n° 1/2003.

Accès aux textes originaux

Chaque commentaire est accompagné de la décision ou du texte en langue originale.

Des liens hypertextes renvoient aux textes et décisions communautaires cités (Commission européenne, arrêts de la Cour de justice, règlements, directives, livres verts, working papers...). Le bulletin est rédigé en anglais. *e-Competitions* est à ce jour la seule base de données systématique sur l'application du droit communautaire de la concurrence dans chacun des Etats membres. Plus de 300 décisions ou textes commentés au 1^{er} avril 2006 par 100 auteurs de 25 États membres.



Les partenaires de e-Competitions

Cabinets

- | Allen & Overy
- | Debevoise & Plimpton
- | Freshfields
- | Gide Loyrette Nouel
- | Hogan & Hartson
- | LECC
- | Lovells
- | White & Case...

Universités

- | Global Competition Law Center (Collège d'Europe)
- | King's College London
- | K.U. Leuven (ICLICT)
- | Université Paris I – Panthéon-Sorbonne (CRUE)
- | Université Paris X – Nanterre (CDCACE)
- | Université du Maine (CRDA)
- | Université de Liège (IEJE)
- | University College London...

Revue Conurrences | Review Conurrences

	HT Without tax	TTC Tax included (France only)
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version papier) <i>1 year subscription (4 issues) (print version)</i>	392 €	400 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (version électronique sur concurrences.com) <i>1 year subscription (4 issues) (electronic version on concurrences.com)</i>	420 €	430 €
<input type="checkbox"/> Abonnement annuel - 4 n° (versions papier & électronique sur concurrences.com) <i>1 year subscription (4 issues) (print & electronic versions on concurrences.com)</i>	440 €	450 €
<input type="checkbox"/> 1 numéro (version papier) <i>1 issue (print version)</i>	100 €	102 €
<input type="checkbox"/> Crédit de 5 articles (version électronique sur concurrences.com) <i>Pack of 5 articles (electronic version on concurrences.com)</i>	110 €	113 €
<input type="checkbox"/> 1 article (version électronique sur concurrences.com) <i>1 article (electronic version on concurrences.com)</i>	30 €	31 €

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

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel multi-postes + accès libre aux e-archives <i>1 year subscription with multi PC access + free access to e-archives</i>	298 €	357 €
<input type="checkbox"/> Crédit de 5 articles <i>Pack of 5 articles</i>	90 €	108 €
<input type="checkbox"/> 1 article <i>1 article</i>	20 €	24 €

Revue Conurrences + bulletin e-Competitions | Review Conurrences + e-bulletin e-Competitions

<input type="checkbox"/> Abonnement annuel revue + e-bulletin (versions papier & électronique) <i>1 year subscription to the review + e-bulletin (print & electronic versions)</i>	490 €	586 €
---	-------	-------

Renseignements | Subscriber details

Nom-Prénom/Name-First name : e-mail :
 Institution/Institution :
 Rue/Street : Ville/City :
 Code postal/Zip Code : Pays/Country :
 N° TVA intracommunautaire/VAT number (EU) :

Païement | Payment details

Vous pouvez payer directement sur www.concurrences.com (accès immédiat à votre commande) ou bien utiliser ce formulaire :
For instant access to your order, pay on-line on www.concurrences.com. Alternatively :

- Veuillez m'adresser une facture d'un montant de €
Please bill me for the sum of €
- Veuillez débiter ma carte MasterCard/Visa/American Express d'un montant de €
Please debit the sum of € from my MasterCard/Visa/American Express

Numéro de carte/Card n° :
 Date d'expiration/Expiry date :
 Nom-Prénom/Name-First name :

Signature

- J'ai transféré au compte bancaire dont références ci-dessous la somme de € à la date du
I have transferred the sum of € to the bank account below on (date)

IBAN (International Bank Account Number)	BIC (Bank Identifier Code)
FR76 3000 4007 9900 0255 3523 060	BNPAFRPPOP

Bank : BNP - Agence Opéra | 2, Place de l'Opéra - 75 002 Paris - France

Formulaire à retourner à | Send your order to

Transactive – A Thomson subsidiary

1 rue Saint-Georges | 75 009 Paris – France | contact: information@transactive.fr

Conditions générales (extrait) | Subscription information

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

Orders are firm and payments are not refundable. Reception of Concurrences and on-line access to e-Competitions and/or Concurrences require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.