

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Les mesures conservatoires à la française : Un modèle réellement enviable ?

Pratiques | Concurrences N° 3-2018

www.concurrences.com

Adrien Giraud

adrien.giraud@lw.com

Avocat, Latham & Watkins, Bruxelles

Guillaume Blanc

gblanc@willkie.com

Élève-avocat, Willkie Farr & Gallagher, Bruxelles

Adrien Giraud

adrien.giraud@lw.com

Avocat, Latham & Watkins, Bruxelles

Guillaume Blanc

gblanc@willkie.com

Élève-avocat, Willkie Farr & Gallagher, Bruxelles

Les mesures conservatoires à la française : Un modèle réellement enviable ?

ABSTRACT

La commissaire à la concurrence, Margrethe Vestager, songe actuellement à renforcer l'action de la Commission européenne en matière de mesures conservatoires et porte un intérêt particulier au régime français. Il est aujourd'hui établi que l'Autorité française de la concurrence jouit d'un large pouvoir d'adoption de décisions de mesures conservatoires. Cet article présente une analyse de la pratique décisionnelle de l'Autorité en matière de mesures conservatoires depuis 2001. Surtout, il montre que les mesures conservatoires produisent presque systématiquement des effets irréversibles dans les affaires de concurrence, dans la mesure où l'octroi de l'accès à un marché, à des clients ou à des infrastructures contrôlés ou détenus par le défendeur entraîne presque nécessairement une perte de chiffre d'affaires. Les auteurs estiment que ces affaires constituent des « préjugements » et appellent de leurs vœux un test de légalité plus strict aux niveaux français et européen.

The Commissioner for Competition, Margrethe Vestager, considers tougher enforcement with respect to interim measures and eyes the French regime with interest. It is now established that the French Competition Authority enjoys wide powers to adopt decisions ordering interim measures. This study presents an analysis of the decision-making practice of the FCA in the field of interim measures since 2001. Above all, it shows that interim measures almost invariably generate irreversible effects in competition cases, seeing as granting access to a market, clients or infrastructure belonging to the defendant nearly inevitably leads to a loss of turnover. The authors believe that these cases amount to prejudgments and call for a stricter legal test at both French and EU level.

1. La commissaire à la concurrence, Margrethe Vestager, songe actuellement à renforcer l'action de la Commission européenne en matière de mesures conservatoires¹. Dans ce contexte, elle déclare porter un intérêt particulier à l'exemple français, considérant – à tort ou à raison – que l'Autorité française de la concurrence ("l'Autorité") a connu un grand succès dans le domaine des mesures conservatoires². Il est vrai que l'Autorité a été très active et a adopté davantage de mesures conservatoires qu'aucune autre autorité de la concurrence dans l'Union européenne³.

2. Ceci est certainement lié à la grande liberté dont jouit l'Autorité française de la concurrence en matière de mesures conservatoires. À ce titre, on remarque d'emblée que le code de commerce ne fournit aucune définition de ce qu'est une mesure conservatoire. Le site Internet de l'Autorité précise quant à lui qu'une mesure conservatoire est une décision provisoire, à caractère d'urgence, que l'Autorité prend à la demande des parties, lorsqu'une pratique porte une atteinte grave et immédiate à la concurrence. Elle n'est pas censée se substituer à la décision sur le fond, laquelle ne sera adoptée qu'au terme de l'instruction contradictoire et complète de l'affaire, et ne préjuge en rien de la solution qui sera finalement prise⁴. Outre les mesures de suspension et d'injonction de revenir à l'état antérieur énumérées par la loi⁵, l'Autorité peut prendre les mesures qu'elle estime nécessaires afin de prévenir ou de redresser les situations économiques déviantes⁶. Les mesures conservatoires à adopter sont d'autant plus diverses et variées que, depuis 2001, l'Autorité peut prononcer non seulement les mesures qui lui sont

1 *Global Competition Review*, 21 May 2018, An interview with Margrethe Vestager *Financial Times*, 2 July 2017, EU considers tougher competition powers (<https://www.ft.com/content/7068be02-5f19-11e7-91a7-50217ee26895>).

2 À travers sa proposition de directive ECN+, la Commission européenne cherche également à établir une harmonisation minimale des mesures provisoires pour toutes les autorités nationales de concurrence. V. la proposition de directive visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, COM/2017/0142 final, art. 10 (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52017PC0142&qid=1520256937773>).

3 Par exemple, la Commission n'a adopté que huit mesures conservatoires depuis 1982 (pour une étude détaillée des mesures conservatoires en droit de l'Union, v. J.-Y. Art, *Interim Relief in EU Competition Law: A Matter of Relevance*, *Italian Antitrust Review*, 2015 No. 1, p. 55). De plus, au cours des quinze dernières années, l'Autorité française a imposé 23 mesures conservatoires alors que le Bundeskartellamt n'en a prononcé aucune.

4 Autorité de la concurrence, Foire aux questions, Mode d'emploi (rédigé en mars 2009) : http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?lang=fr&id_rub=36&id_article=49.

5 Art. L. 464-1, al. 3, du code de commerce.

6 CA Paris, 21 mai 2002, *TDF*, n° 2002/07008, confirmé par Cass. com., 13 janvier 2009, *Arrow*, n° 08-12510.

demandées, mais également celles qui lui apparaissent nécessaires⁷. Il ressort aussitôt de ce rapide portrait que le contenu des mesures conservatoires est finalement très peu limité par les textes applicables ou par l'interprétation qu'en propose la jurisprudence.

3. L'Autorité dispose donc de très larges pouvoirs pour prendre des mesures conservatoires et peut ainsi en prononcer si trois séries de conditions sont réunies.

4. La première d'entre elles est d'ordre procédural : une demande de mesure conservatoire ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond devant l'Autorité⁸.

5. La seconde série de conditions, plus diffuse, concerne le fond⁹. L'Autorité doit apprécier si trois critères cumulatifs sont remplis : la pratique dénoncée doit (i) porter une atteinte grave et immédiate (ii) à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante¹⁰, et (iii) un lien de causalité doit exister entre les faits dénoncés et l'atteinte¹¹. De l'aveu de l'Autorité elle-même, la satisfaction de ces conditions légales est en pratique appréciée de manière souple¹². Par exemple, en ce qui concerne l'immédiateté de l'atteinte, le Conseil de la concurrence a pu prononcer des mesures conservatoires en cas d'atteinte récente¹³, voire de menace d'atteinte¹⁴.

6. La troisième série de conditions concerne le caractère anticoncurrentiel de la pratique dénoncée. Les textes étant silencieux sur ce point¹⁵, l'Autorité n'est pas légalement tenue – pour adopter des mesures conservatoires – de démontrer le caractère anticoncurrentiel des pratiques. Cependant, la jurisprudence est venue ajouter à la loi une condition que celle-ci ne prévoyait pas. Après une phase de fluctuations sur laquelle nous ne reviendrons pas¹⁶, un arrêt du 8 novembre 2005 de la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé que *“l'article L. 464-1 du Code de commerce n'autoris[e] le prononcé de mesures conservatoires que si la pratique dénoncée et visée par l'instruction au fond est susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle”*¹⁷. Dans une décision du 9 octobre 2012, la même formation considère que *“lorsque l'autorité est saisie d'une demande de mesures conservatoires, il lui appartient de vérifier préalablement si les faits invoqués sont appuyés d'éléments suffisamment probants et, dans la négative, de rejeter la saisine, ce rejet entraînant, par voie de conséquence, celui de la demande de mesures conservatoires, sans examen de celle-ci”*¹⁸.

7. Une telle interprétation n'allait pas de soi. En effet, la Cour de cassation tire d'une simple faculté de rejeter la saisine au fond¹⁹ une réelle obligation pour l'Autorité de rejeter la saisine assortie de mesures conservatoires si celle-ci ne contient pas d'éléments *“suffisamment probants”*.

8. Quoi qu'il en soit, le test prétorien (une pratique *“susceptible d'être anticoncurrentielle”*, dans sa version positive, ou *“l'absence d'éléments suffisamment probants”*, dans sa version négative) est bien moins exigeant pour l'Autorité que ne l'est celui de la caractérisation au fond de pratiques anticoncurrentielles. En effet, en pratique, avant d'accorder des mesures conservatoires, l'Autorité

7 Art. 72 de la loi n°2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. La lecture des travaux préparatoires de la loi NRE révèle que le législateur a entendu permettre au Conseil de la concurrence *“de ne pas se sentir lié par la demande qui lui est présentée et donc de prononcer les mesures qui ‘lui apparaissent utiles’. Cet assouplissement avait été souhaité par le Conseil de la concurrence dans son rapport pour 1997. Il apparaît en effet que les auteurs des demandes n'ont parfois qu'une connaissance approximative des arcanes du droit de la concurrence et demandent des mesures conservatoires que le conseil est dans l'incapacité de retenir, soit parce qu'elles sont inadéquates, soit parce qu'il ne peut les prononcer (sanctions pécuniaires, réparation du préjudice subi...)”* (Assemblée nationale, rapport Besson du 6 avril 2000, au nom de la commission des Finances, de l'Économie générale et du Plan sur le projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, n°2327, tome 1, art. 37).

8 Art. R. 464-1 du code de commerce.

9 Art. L. 464-1 du code de commerce.

10 Ces différentes atteintes – à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante – ne constituent pas des conditions cumulatives mais alternatives : une atteinte grave et immédiate relevée dans un seul de ces cas suffit à permettre l'attribution de mesures conservatoires. V. la déc. n°14-MC-01 du 30 juillet 2014 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société BeIN Sports France dans le secteur de la télévision payante, pt 228.

11 Si l'un des critères n'est pas rempli, les conditions d'octroi des mesures conservatoires ne sont pas réunies et la demande de mesures conservatoires n'a pas à être examinée. V., par ex., la déc. n°13-D-04 du 14 février 2013 relative à une demande de mesures conservatoires concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe EDF dans le secteur de l'électricité photovoltaïque, pt 179. Dans cette affaire, les pratiques alléguées avaient été mises en œuvre dans un contexte réglementaire particulier, celui précédant l'entrée en vigueur en décembre 2010 du moratoire suspendant pour trois mois l'obligation d'achat par EDF d'électricité photovoltaïque produite par des concurrents. Or, ce contexte n'ayant plus cours depuis plus de deux ans au moment de la décision de mesure conservatoire, l'Autorité estime que le seul fait que le critère d'immédiateté de l'atteinte ne soit pas rempli suffit pour rejeter les demandes de mesures conservatoires.

12 *“[C]ette condition [de l'atteinte aux intérêts protégés] est appréciée soupement, aussi bien dans sa mise en œuvre procédurale que sur le fond”* “[l]e Conseil peut ainsi répondre aux situations d'urgence grâce à une appréciation souple des règles propres aux mesures conservatoires” (Cons. conc., Rapport annuel 2007, Études thématiques, Les mesures conservatoires, pp. 66 et 70).

13 Déc. n°07-MC-06 du 11 décembre 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Arrow Génériques, pt 162. Les pratiques de dénigrement en cause ont porté atteinte à l'image du générique et, selon le Conseil, sont susceptibles de produire des effets prolongés. Selon l'arrêt d'appel, la pratique de dénigrement en cause est *“susceptible de prolonger ses effets durablement”*; CA Paris, 5 février 2008, *Schering-Plough*, n°2007/21342, p. 7.

14 Déc. n°04-MC-02 du 9 décembre 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom, pts 106 et 107. Le risque d'un affaiblissement grave ou de la disparition du seul concurrent sur le marché conduit le Conseil à prononcer des mesures conservatoires.

15 En particulier, l'article L. 464-1 du code de commerce ne prévoit aucune condition relative au caractère anticoncurrentiel des pratiques : *“[l']Autorité de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires.*

Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante.

Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence.”

16 Il suffit de renvoyer sur ce point à la description quasi exhaustive de l'évolution jurisprudentielle par le Conseil de la concurrence dans son étude thématique sur la question (Cons. conc., Rapport annuel 2007, Études thématiques, Les mesures conservatoires, pp. 62-70). V. en particulier les arrêts de la chambre commerciale du 7 avril 1992, n°90-14971 et 90-14246; du 4 février 1997, n°94-21233; du 18 avril 2000, n°99-13627 et du 14 décembre 2004, n°02-17012.

17 Cass. com., 8 novembre 2005, *Neuf Télécom*, n°04-16857.

18 Cass. com., 9 octobre 2012, *Euro Power Technology*, n°10-28718.

19 L'article L. 462-8, alinéa 2, du code de commerce dispose que l'Autorité *“peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'elle estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants”*. Selon la jurisprudence, cet article laisse la possibilité à l'Autorité de réserver une suite favorable à une saisine au fond si elle n'est pas appuyée d'éléments suffisamment probants. Le saisissant n'est soumis à aucune exigence probatoire et c'est au service d'instruction de l'Autorité de réunir les éléments de preuve dont le collègue et, au besoin, la cour d'appel apprécieront la pertinence; v. CA Paris, 27 janvier 2011, *SFR et France Télécom*, n°2010/08945. L'interprétation de cet article comme offrant une simple faculté à l'Autorité résulte également de l'étude thématique consacrée aux mesures conservatoires dans son rapport annuel de 2007 (Cons. conc., Rapport annuel 2007, Études thématiques, Les mesures conservatoires, p. 62).

se contente désormais de constater, selon la formule consacrée, que les agissements dénoncés sont, en l'état des éléments produits aux débats, "susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles"²⁰. La charge de la preuve pesant sur l'Autorité est donc considérablement allégée par rapport à celle qui est applicable dans le cadre d'une décision au fond.

9. Il résulte de ce qui précède que, en matière de mesures conservatoires, l'Autorité dispose d'une très large marge de manœuvre, tant sur le principe que sur le type de mesures à adopter²¹.

10. Ceci étant posé, il ressort d'une étude approfondie de la pratique décisionnelle de l'Autorité depuis 2001²² que le régime français des mesures conservatoires en droit de la concurrence est très loin d'être parfait. La thèse du présent article est en effet qu'en l'absence de conditions suffisamment claires et strictes quant à l'octroi de mesures conservatoires, ces dernières ont le plus souvent des conséquences irréversibles (I.). Dès lors, l'intervention de l'Autorité, loin d'être "conservatoire", s'apparente en réalité à une sorte de "préjugement" du fond sans toutefois recevoir l'encadrement que connaissent habituellement ces procédures d'urgence (II.).

I. Les effets irréversibles des mesures conservatoires

11. Pour les besoins de cet article, la pratique décisionnelle de l'Autorité a été analysée depuis 2001²³, année au cours de laquelle le législateur a accordé à l'Autorité le pouvoir de prendre les mesures qui lui apparaissent nécessaires. Dans le silence des textes sur le caractère réversible des mesures conservatoires (1.), nous constatons que la majorité des mesures conservatoires prononcées par l'Autorité ont des conséquences irréversibles : quelques illustrations frappantes seront exposées brièvement ci-dessous (2.) avant de rechercher l'explication de ce phénomène (3.).

1. L'absence d'exigence de réversibilité des mesures

12. Outre la grande liberté dont bénéficie l'Autorité quant au type de mesure qu'elle peut imposer à titre conservatoire, il est intéressant de constater que l'article L. 464-1 du code de commerce reste silencieux sur le caractère réversible des mesures conservatoires et de leurs conséquences.

13. Certaines des mesures citées en exemple par l'article L. 464-1 lui-même peuvent avoir des conséquences irréversibles. Par exemple, imposer la "suspension de la pratique concernée" consiste à sommer de mettre fin au comportement en question, exactement de la même manière que le ferait une décision au fond, mais avec comme unique différence le fait que l'obligation est temporaire (en attendant la décision au fond). Or, si la mesure est temporaire, cela n'exclut pas qu'elle puisse engendrer des effets irréversibles, comme, par exemple, la perte de chiffre d'affaires²⁴. On pourrait peut-être alors tirer l'argument que le silence de l'article L. 464-1 du code de commerce signifie que cette disposition tolère les mesures conservatoires produisant des conséquences irréversibles.

14. Cet argument doit cependant être écarté. L'essence même d'une mesure "conservatoire" est au contraire d'engendrer des conséquences réversibles, afin de ne pas préjuger du fond. En effet, selon le *Larousse*, l'adjectif "conservatoire" signifie "relatif à la sauvegarde ou la conservation d'un droit, d'un bien avant que n'intervienne la solution définitive du litige". De la même manière, le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu appelle "mesure conservatoire" une "mesure d'urgence prise pour la sauvegarde d'un droit ou d'une chose (...) Terme générique désignant aujourd'hui l'ensemble des saisies conservatoires et des sûretés judiciaires". L'Autorité de la concurrence elle-même indiquait dans son rapport annuel pour 2007 que la liberté dont elle jouit en matière de mesure conservatoire "n'est pas absolue"; en effet, selon l'Autorité, les mesures conservatoires sont "adoptées dans l'attente d'une décision au fond"²⁵ de sorte qu'elles "n'ont d'effet que pour la durée de la procédure, jusqu'à ce qu'intervienne la décision sur le fond"²⁶.

15. C'est d'ailleurs là la principale différence entre mesure conservatoire et mesure provisoire : les deux sont adoptées dans l'attente d'une décision au fond²⁷, mais seule la seconde est censée engendrer des effets irréversibles.

20 V., pour les exemples les plus récents, déc. n° 16-MC-01 du 2 mai 2016 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans le secteur de l'énergie, pts 223, 271 et 286 ; déc. n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité, pts 168 et 174 ; déc. n° 14-MC-01 du 30 juillet 2014 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société belN Sports France dans le secteur de la télévision payante, pts 211, 215, 216, 226 et 227.

21 En effet, peu de contraintes encadrent la nature des mesures prononcées. La seule véritable limite semble être que l'Autorité ne saurait accorder des mesures de nature pécuniaire : dommages-intérêts, injonctions sous astreinte ou amendes (v. Cons. conc., Rapport annuel 2007, Études thématiques, Les mesures conservatoires, p. 84).

22 V. le tableau en annexe résumant les décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de mesures conservatoires.

23 V. annexe.

24 Une précision terminologique s'impose. Dans la suite de cet article, nous considérons que la "perte de chiffre d'affaires" est une des conséquences irréversibles possibles des mesures conservatoires. Cependant, en contentieux de l'indemnisation, la jurisprudence refuse d'admettre la perte de chiffre d'affaires comme chef de préjudice indemnissable (v., en dernier lieu, Cass. com., 25 octobre 2017, n° 16-14520). Elle accepte en revanche d'indemniser la "perte de marge brute", c'est-à-dire le chiffre d'affaires perdu diminué des coûts variables qui auraient dû être engagés pour réaliser ce chiffre d'affaires. Or, il est acceptable de parler ici de perte de chiffre d'affaires dans la mesure où nous nous référons aux effets irréversibles des mesures conservatoires, et non pas à un élément d'une demande d'indemnisation.

25 Cons. conc., Rapport annuel 2007, Études thématiques, Les mesures conservatoires, p. 79.

26 *Ibid.*

27 G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF 9^e éd. : "Mesure provisoire : mesure prise pour la durée d'un procès afin de régler momentanément une situation urgente en attendant une décision définitive."

16. À notre connaissance, la question de vocabulaire entre mesure conservatoire et mesure provisoire n'a pas été débattue dans les travaux préparatoires préalables à l'adoption de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dont l'article 12 contient peu ou prou le texte actuel de l'article L. 464-1 du code de commerce. Quant au droit de l'Union, il est intéressant de remarquer que la décision fondatrice en la matière utilise indistinctement les termes "provisoire" et "conservatoire"²⁸. Ce n'est qu'avec le règlement n° 1/2003 que le législateur européen a tranché en décidant "d'inscrire expressément dans le présent règlement que la Commission a le pouvoir, reconnu par la Cour de justice, d'adopter des décisions ordonnant des mesures provisoires"²⁹.

17. Il semble donc qu'il existe – au moins en théorie – de bonnes raisons pour considérer que l'article L. 464-1 du code de commerce ne tolère l'adoption que de mesures à proprement parler "conservatoires", c'est-à-dire n'engendrant aucune conséquence irréversible³⁰.

18. Cependant, force est de constater qu'en pratique, l'Autorité impose dans l'immense majorité des cas des mesures qui n'ont de conservatoire que le nom et qui produisent, ou sont de nature à produire, des conséquences irréversibles.

2. Exemples de mesures aux conséquences irréversibles

19. L'irréversibilité se vérifie pour les quatre grandes catégories de mesures conservatoires que l'Autorité peut prendre : les injonctions de modification des relations contractuelles (2.1), de modification tarifaire (2.2), de donner accès (2.3) et de modifier la communication commerciale de l'entreprise (2.4).

2.1 Les injonctions de modification des relations contractuelles

20. Cette première catégorie hétéroclite rassemble le plus grand nombre de mesures conservatoires³¹. Les effets irréversibles de ces mesures sont les plus flagrants lorsqu'elles consistent en la suspension d'une obligation d'exclusivité entre cocontractants. Le fait pour l'Autorité de la concurrence de faire sauter le verrou de l'exclusivité permet à tous les concurrents de se disputer la demande totale de chaque consommateur. Ainsi, la perte de l'exclusivité risque d'aboutir pour son bénéficiaire à une perte de clientèle, une érosion de sa part de marché et une perte de recettes.

21. À titre d'exemple, dans la décision *iPhone*³², l'Autorité a en particulier enjoint à titre conservatoire la suspension de l'exclusivité d'Orange pour la distribution de l'iPhone. Ce faisant, l'iPhone a pu être commercialisé par d'autres entreprises qu'Orange en attendant la décision au fond, engendrant pour cette dernière des pertes irréversibles. En effet, même si Orange avait eu gain de cause au fond et pu faire rétablir l'exclusivité, les pertes engendrées par la mesure conservatoire n'auraient pu être récupérées.

22. De même, dans l'affaire du rugby³³, l'Autorité a enjoint à Canal+ et à la Ligue nationale de rugby de (i) "suspendre"³⁴, après la première année d'exécution, leur accord de diffusion exclusive des matchs de rugby du Top 14, initialement prévu pour une durée de cinq ans, et de (ii) procéder à un nouvel appel d'offres pour les quatre saisons suivantes. Le nouvel appel d'offres ayant été remporté par Canal+ pour un montant global supérieur

28 Ordonnance de la Cour du 17 janvier 1980, *Camera Care c/ Commission*, 792/79 R, EU:C:1980:18.

29 Règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, considérant 11.

30 On pourrait ajouter le fait que l'article L. 464-1, paragraphe 3, énonce que les mesures doivent être "strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence". Cela suggère en effet que les mesures adoptées ne doivent pas produire des effets au-delà de la décision au fond. Autrement dit, les mesures ne doivent pas avoir d'effets irréversibles. Cependant, on verra que l'Autorité en fait une lecture différente selon laquelle elle est habilitée à prendre toute mesure permettant de prévenir tout effet irréversible pour la victime des pratiques alléguées, et ce, même si cela doit engendrer des effets irréversibles du point de vue de l'auteur desdites pratiques.

31 V. les déc. n° 14-MC-01 du 30 juillet 2014 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société beIN Sports France dans le secteur de la télévision payante ; 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 ; n° 10-MC-01 du 30 juin 2010 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Navx ; n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones ; n° 07-MC-02 du 2 mai 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Emettel ; n° 07-MC-01 du 25 avril 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société KalibraXE ; n° 06-MC-03 du 11 décembre 2006 relative à des demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent ; n° 06-MC-02 du 27 juin 2006 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la commune de Bouc Bel Air ; n° 06-MC-01 du 23 février 2006 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés les Messageries Lyonnaises de Presse et Agora Diffusion Presse ; n° 04-MC-02 du 9 décembre 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom ; n° 04-MC-01 du 15 avril 2004 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Free, Iliad, LDCOM et 9 Télécom ; n° 03-MC-03 du 1^{er} décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société towerCast à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société TéléDiffusion de France (TDF) ; n° 03-MC-02 du 5 mars 2003 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Cegetel ; n° 03-MC-01 du 23 janvier 2003 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société TPS ; n° 02-MC-06 du 30 avril 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société RMC Info ; n° 02-MC-03 du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France ; n° 01-MC-06 du 19 décembre 2001 relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Télé 2 et Cegetel et n° 01-MC-01 du 11 mai 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés Multivision et Télévision Par Satellite.

32 Déc. n° 08-MC-01 du 17 décembre 2008 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones, articles 1^{er} et 2.

33 Déc. n° 14-MC-01 du 30 juillet 2014 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société beIN Sports France dans le secteur de la télévision payante, article 1^{er}.

34 Terme employé dans la décision ; dans la mesure où cette "suspension" de l'appel d'offres est accompagnée de l'injonction d'en lancer un nouveau immédiatement (et sans attendre la décision au fond), ce terme est impropre : il s'agit bien d'une résiliation.

à celui du premier appel d'offres, la mesure conservatoire a eu pour conséquence – irréversible – de renchérir pour Canal+ le prix d'accès à ce contenu³⁵.

23. Ainsi, les injonctions de rupture d'une exclusivité contractuelle entraînent des conséquences définitives pour les entreprises³⁶. Au terme de ces mesures conservatoires, les entreprises visées font toutes face à un risque de transfert de clientèle au profit de concurrents en attendant la décision au fond, lequel génère des pertes irréversibles même si l'exclusivité devait être rétablie à la suite de la décision au fond.

2.2 Les injonctions de modification tarifaire

24. Dans cette deuxième catégorie d'affaires, les mesures conservatoires visent le plus souvent un ancien opérateur historique qui s'est livré à des pratiques susceptibles d'être qualifiées de discrimination ou de ciseau tarifaire³⁷. Ces injonctions se traduisent en pratique par une augmentation ou une diminution des prix de l'entreprise concernée.

25. Par exemple, dans l'affaire des fichiers clients d'Engie (à l'époque encore appelée GDF Suez), qui constitue la décision de mesures conservatoires la plus récente à ce jour, l'Autorité a enjoint à l'ancien fournisseur historique de gaz naturel de modifier les prix de ses offres de marché aux clients non résidentiels de manière à couvrir les coûts évitables desdites offres³⁸. En pratique, cette injonction implique pour Engie une hausse des prix de ses offres de marché, augmentation susceptible de se traduire par un transfert de clients vers les concurrents et une baisse du chiffre d'affaires. Or, une telle baisse du chiffre d'affaires est une conséquence irréversible car, même si Engie obtenait gain de cause au fond et pouvait à nouveau baisser ses prix, elle ne pourrait recouvrer le chiffre d'affaires perdu.

26. De même, en 2007, le Conseil de la concurrence a enjoint à TDF, à titre de mesure conservatoire, de présenter une offre de gros d'hébergement de diffusion de radio FM depuis la tour Eiffel, exempte de ciseau tarifaire, afin de permettre une concurrence effective de ses offres de détail³⁹. La même année, le Conseil a enjoint à EDF de transmettre une offre de fourniture d'électricité en gros, exempte de ciseau tarifaire, permettant une concurrence effective sur le marché de détail de l'électricité⁴⁰. Grâce à ces deux mesures conservatoires, les opérateurs alternatifs ont pu plus aisément concurrencer les offres de détail des opérateurs historiques. Les conséquences pour TDF comme pour EDF sont irréversibles en ce sens qu'une telle concurrence accrue engendre des pertes non récupérables, même en cas de victoire au fond.

2.3 Les injonctions de donner accès

27. Cette troisième catégorie de mesures conservatoires⁴¹ produit des conséquences irréversibles pour le moins évidentes. L'Autorité enjoint à un opérateur historique dans des secteurs en voie de libéralisation d'accorder à ses concurrents un accès à certaines ressources essentielles pour exercer leur activité sur un marché aval. Une fois l'accès octroyé, il n'est plus possible, dans l'hypothèse d'un non-lieu ultérieur, de revenir en arrière en effaçant les conséquences de l'accès.

28. Tel fut par exemple le cas dans la décision des fichiers clients d'Engie. En 2014, l'Autorité a enjoint à GDF Suez de donner accès à ses concurrents à certaines données de ses fichiers clients au tarif réglementé de vente du gaz⁴². Ces données concernent notamment les coordonnées des clients et leurs habitudes de consommation. Or, une fois l'accès accordé à ces données extrêmement précises, les concurrents comme Direct Energie ont pu démarcher les clients concernés. Dans la mesure où il n'est pas crédible qu'un tel fichier puisse être "rendu" à GDF Suez dans l'hypothèse d'un non-lieu ultérieur, force est donc de constater qu'une telle mesure produit des effets irréversibles.

29. De même, en matière de distribution de presse, le Conseil a enjoint en 2003 aux Nouvelles Messageries de presse parisienne d'accorder à son concurrent, les Messageries lyonnaises de presse (MLP), un accès direct au logiciel Presse 2000 en mettant en place un transfert automatique de fichiers avec le système informatique

³⁵ À la suite du nouvel appel d'offres en janvier 2015, Canal+ a dû déboursier un montant moyen de 74 millions d'euros par saison, contre 71 millions auparavant. Canal+ a donc subi un préjudice de 3 millions d'euros par saison. V. le communiqué de la Ligue nationale de rugby du 20 janvier 2015 (consulté le 5 mars 2018) : http://www.lnr.fr/sites/default/files/15-01-20_-_top_14_le_communique_de_presse_relatif_a_l_attribution_des_droits_tv_a_canal_.pdf.

³⁶ V. égal. la déc. n° 04-MC-02 du 9 décembre 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom, articles 1^{er} et 2. L'Autorité a enjoint la suppression des clauses d'exclusivité d'Orange Caraïbe avec les distributeurs et avec l'unique réparateur de portables dans les départements de Martinique, de Guadeloupe et de Guyane.

³⁷ V. les déc. n° 16-MC-01 du 2 mai 2016 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans le secteur de l'énergie ; n° 09-MC-02 du 16 septembre 2009 relative aux saisines au fond et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Orange Réunion, Orange Mayotte et Outremer Télécom concernant des pratiques mises en œuvre par la société SRR dans le secteur de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte ; n° 07-MC-05 du 11 juillet 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société towerCast ; n° 07-MC-04 du 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Energie ; n° 07-MC-03 du 7 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Solutel ; n° 02-MC-04 du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis et n° 01-MC-07 du 21 décembre 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Kosmos.

³⁸ Déc. n° 16-MC-01 du 2 mai 2016 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans le secteur de l'énergie, article 1^{er}.

³⁹ Déc. n° 07-MC-05 du 11 juillet 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société towerCast, article 1^{er}.

⁴⁰ Déc. n° 07-MC-04 du 28 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Direct Energie, article 1^{er}.

⁴¹ V. les déc. n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité ; n° 07-MC-03 du 7 juin 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Solutel ; n° 04-MC-01 du 15 avril 2004 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Free, Iliad, LDCOM et 9 Télécom ; n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société les Messageries Lyonnaises de Presse, et n° 02-MC-03 du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France.

⁴² Déc. n° 14-MC-02 du 9 septembre 2014 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité, article 1^{er}.

jusqu' alors utilisé par ledit concurrent⁴³. Une fois l'accès au logiciel Presse 2000 obtenu, les MLP ont pu profiter d'un outil de distribution de presse plus performant que le leur et réaliser ainsi une économie de moyens, voire gagner des clients. Cette mesure, qui d'ailleurs a été finalement annulée par la Cour de cassation, a donc pu produire des effets irréversibles comme, par exemple, une perte de chiffre d'affaires.

2.4 Les injonctions de modification de la communication commerciale

30. Cette dernière catégorie d'injonctions⁴⁴ oblige les entreprises visées à modifier leur communication commerciale, en ce compris la communication d'offres aux clients, les campagnes publicitaires et la marque de l'entreprise.

31. Par exemple, dans l'affaire du Subutex, le Conseil de la concurrence, en 2007, a enjoint au laboratoire Schering de publier un communiqué dans des revues médicales pour rétablir la confiance des professionnels de santé vis-à-vis des médicaments génériques concurrents du sien⁴⁵. Cette mesure visait à inciter les médecins à prescrire, et les pharmaciens à délivrer, le médicament générique et, partant, à augmenter les ventes du laboratoire concurrent Arrow, au détriment de celles de Schering (soit autant d'effets irréversibles pour Schering, même en cas de non-lieu ultérieur).

32. Par ailleurs, dans l'affaire *Solaire Direct*, l'Autorité a en 2009 enjoint à EDF de supprimer des supports de communication de la marque Bleu Ciel toute référence à l'activité de sa filiale EDF ENR dans la filière solaire photovoltaïque⁴⁶. Cette injonction visait à supprimer le bénéfice qu'une activité en concurrence menée par EDF ENR peut tirer en associant sa communication à l'ancien monopole d'État. Toute perte de clientèle pour EDF qu'une telle mesure a pu engendrer constitue une conséquence irréversible de la mesure conservatoire concernée.

33. Il résulte de l'énumération qui précède que les mesures conservatoires prononcées par l'Autorité de la concurrence ont, pour la plupart, des conséquences irréversibles⁴⁷.

43 Déc. n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Les Messageries Lyonnaises de Presse, article 1^{er}.

44 V. les déc. n° 09-MC-01 du 8 avril 2009 relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct ; n° 07-MC-06 du 11 décembre 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Arrow Génériques, n° 04-MC-01 du 15 avril 2004 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Free, Iliad, LDCOM et 9 Télécom ; n° 03-MC-01 du 23 janvier 2003 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société TPS, et n° 01-MC-06 du 19 décembre 2001 relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Télé 2 et Cegetel.

45 Déc. n° 07-MC-06 du 11 décembre 2007 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Arrow Génériques, article 1^{er}.

46 Déc. n° 09-MC-01 du 8 avril 2009 relative à la saisine au fond et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Solaire Direct, articles 1^{er} et 2.

47 De l'aveu de l'Autorité elle-même, une mesure conservatoire peut modifier les parts de marché du secteur concerné. En effet, l'Autorité reconnaît, dans une décision au fond, que les concurrents de l'entreprise visée par la mesure conservatoire "ont gagné des parts de marché, notamment en raison de la mesure conservatoire prononcée par le Conseil de la concurrence"; déc. 07-D-33 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de l'accès à Internet à haut débit, pt 16.

3. La raison d'être du caractère irréversible des mesures

34. Ainsi qu'il vient d'être dit, les mesures conservatoires prononcées par l'Autorité de la concurrence ont le plus souvent des conséquences irréversibles. Cela est naturellement lié au fait déjà exposé ci-dessus que le texte de l'article L. 464-1, outre l'emploi du terme "conservatoire", ne prévoit pas explicitement que les mesures imposées par l'Autorité de la concurrence doivent avoir des effets réversibles.

35. Mais cela tient aussi – et surtout – à la spécificité des affaires de concurrence. Le droit de la concurrence ne se prête pas à l'octroi de mesures réellement conservatoires, c'est-à-dire des mesures permettant de sauvegarder ou de conserver un droit en attendant la décision au fond, sans engendrer d'effet irréversible. Un exemple de mesure réellement conservatoire est la mise sous séquestre de montants faisant l'objet d'un litige en attendant l'issue au fond de celui-ci. Il peut également s'agir de geler un compte en banque. Or, ces mesures réellement conservatoires ne permettent pas de répondre aux exigences d'une affaire de concurrence où l'enjeu n'est pas le transfert d'une somme d'argent du défendeur au demandeur, mais plutôt l'accès par ce dernier à un marché, à une infrastructure ou à des clients contrôlés ou détenus par celui-ci. Permettre – même à titre temporaire, en attendant la décision au fond – un tel accès par le demandeur revient nécessairement à faire perdre du chiffre d'affaires au défendeur, perte qui ne pourra pas être récupérée même si la mesure temporaire est *in fine* annulée, et même si le défendeur reconquiert sa part de marché antérieure.

36. Il semble donc que, pour pouvoir répondre à l'urgence, urgence qui est la raison d'être de l'article L. 464-1 du code de commerce, les mesures adoptées par l'Autorité de la concurrence ne peuvent pas se contenter d'être à proprement parler conservatoires.

37. L'Autorité de la concurrence n'admet cependant pas ouvertement que les mesures qu'elle adopte au titre de l'article L. 464-1 du code de commerce ont des effets irréversibles. Elle déclare même le contraire dans son étude thématique qui figure à son rapport annuel de 2007 : l'Autorité affirme en effet ne "*prononcer que des mesures à caractère temporaire. Dans ce sens, le Conseil et la cour d'appel de Paris ont rappelé que les mesures conservatoires n'ont d'effet que pour la durée de la procédure, jusqu'à ce qu'intervienne la décision sur le fond. Par suite, le Conseil ne pourrait, à titre conservatoire, prononcer des mesures qui seraient irréversibles et auraient, de ce fait, un caractère définitif*"⁴⁸. L'Autorité paraît faire ici une subtile distinction entre, d'une part, la mesure elle-même, qui est certes temporaire⁴⁹, et, d'autre part, les effets de la mesure, qui, quant à eux, sont le plus souvent irréversibles. L'Autorité semble ainsi considérer, sans toutefois l'affirmer

48 Cons. conc., Rapport annuel 2007, Études thématiques, Les mesures conservatoires, p. 79.

49 À savoir qu'elle doit – normalement – être suivie d'une décision au fond qui la supplante. Cela est loin d'être systématiquement le cas, v. ci-dessous section II.1. du présent article.

clairement, que pour peu qu'une mesure soit temporaire, peu importe qu'elle puisse emporter des effets irréversibles. Une telle position est naturellement surprenante puisque cela revient en quelque sorte à privilégier la forme par rapport au fond.

38. En outre, la cour d'appel de Paris fait des contorsions non moins surprenantes pour éviter d'admettre que les mesures adoptées par l'Autorité produisent des effets irréversibles. L'arrêt rejetant le recours de GDF Suez dans l'affaire des fichiers clients en est une bonne illustration : GDF Suez reprochait à l'Autorité d'avoir imposé une mesure aux effets irréversibles (la transmission d'un fichier client à des concurrents). La cour rejette cet argument en considérant que la mesure consiste simplement à "suspendre" la pratique concernée. En effet, selon la cour, la pratique dénoncée consistait non seulement à utiliser le fichier client issu de l'ancien monopole mais également à en refuser l'accès aux concurrents. En ordonnant la transmission aux concurrents, l'Autorité n'a fait que "suspendre" ce refus...⁵⁰ Ce à quoi GDF Suez répondait naturellement qu'une telle transmission avait des effets irréversibles qui ne pourraient être annulés en cas de non-lieu au fond. La cour écarte également cette argumentation en affirmant que l'accès "*pourra être fermé à tout moment s'il en était besoin, et que, de plus, les opérateurs qui en auraient extrait des données pourraient, si la pratique en cause n'était pas considérée comme constituant une pratique anticoncurrentielle, se voir enjoindre de ne plus les utiliser*"⁵¹. Cette position est déconcertante à plus d'un titre : d'abord, il semble difficile en pratique d'empêcher une entreprise d'utiliser un fichier qui lui a été transmis, et encore plus difficile de "fermer" ladite transmission lorsqu'elle a déjà eu lieu... Ensuite, et surtout, cette position ignore le fait qu'en attendant la décision au fond, des clients peuvent être démarchés et passer à la concurrence, sans que cela puisse être défait ou rétabli par une quelconque décision au fond. En d'autres termes, la cour fait mine de ne pas saisir la différence entre mesure irréversible et conséquences irréversibles de cette mesure⁵².

39. De même, dans l'affaire du rugby, l'Autorité avait, comme déjà rappelé ci-dessus, imposé à titre conservatoire non seulement la résiliation de l'appel d'offres mais également le lancement d'un nouvel appel d'offres pour la commercialisation des droits en question. La cour rejette la critique fondée sur le caractère irréversible d'une telle mesure conservatoire en considérant qu'elle constitue un simple "*retour à l'état antérieur*" selon les termes de l'article L. 464-1 du code de commerce⁵³. Or, si la résiliation du premier appel d'offres constitue bien un

tel retour à l'état antérieur, tel n'est manifestement pas le cas de l'obligation de lancer un second appel d'offres, ce sur quoi la cour reste étonnamment muette.

40. Il résulte de ce qui précède que, si le droit de la concurrence se prête peu à l'adoption de mesures réellement conservatoires, ni l'Autorité ni la cour d'appel n'admettent clairement imposer des mesures aux effets irréversibles, même lorsque cela est particulièrement évident⁵⁴. Cela est selon nous lié au fait, exploré dans la section qui suit, qu'une mesure conservatoire ayant des effets irréversibles constitue en réalité une forme de "préjugement".

II. Une forme de "préjugement" du fond sans l'encadrement nécessaire

41. Il sera démontré ci-dessous que, dans la mesure où elles entraînent bien souvent des conséquences irrémédiables, les mesures conservatoires prononcées par l'Autorité de la concurrence constituent un "préjugement" (1.). Ceci est particulièrement problématique au vu du test allégé auquel est soumise l'Autorité pour parvenir à la conclusion que les pratiques incriminées sont anticoncurrentielles (2.).

1. Les mesures conservatoires ayant des effets irréversibles constituent un "préjugement"

42. Il a déjà été indiqué ci-dessus que l'immense majorité des mesures conservatoires prononcées par l'Autorité depuis 2001 ont eu – ou, à tout le moins, ont pu avoir, du fait de leur nature – des effets irréversibles⁵⁵.

43. Or, lorsqu'elle produit de tels effets, il est très difficile de distinguer une mesure conservatoire d'une décision au fond.

44. D'abord, le vocabulaire employé par l'Autorité et la cour d'appel s'agissant des mesures conservatoires est indifférenciable de celui des décisions au fond. Par

50 Le recours à cette notion de "suspension" permet à la cour d'appel de valider la mesure conservatoire adoptée par l'Autorité de la concurrence dans la mesure où cette notion est spécifiquement visée par l'article L. 464-1 du code de commerce.

51 CA Paris, 31 octobre 2014, *GDF Suez*, n° 2014/19335, p. 17.

52 Nous relevons que la cour n'a pas toujours eu cette attitude. En effet, elle a par le passé accepté de remplacer une mesure conservatoire, initialement fondée sur le principe d'orientation vers les coûts, par un prix "proportionné à la valeur du service", au motif que la mesure initiale de l'Autorité était "*de nature à pénaliser injustement et irrémédiablement l'opérateur historique*" (CA Paris, 21 mai 2002, *TDF*, n° 2002/07008).

53 CA Paris, 9 octobre 2014, *Groupe Canal Plus*, n° 2014/16759 et 2014/17031, p. 17.

54 En commentaire des arrêts de la cour d'appel de Paris de 2014 dans l'affaire du rugby ainsi que celle des fichiers clients d'Engie, des auteurs relevaient que les mesures prononcées "*n'auraient en théorie plus besoin d'être conservatoires ou provisoires, elles peuvent être définitives ou irrémédiables dès lors qu'il s'agit des seules mesures possibles*"; C. Lemaire et S. Naudin, Mesures conservatoires : La cour d'appel de Paris juge que le prononcé à titre conservatoire de mesures ayant un caractère définitif ou irrémédiable est conforme à l'art. L. 464-1 C. com. dès lors que ces mesures sont nécessaires pour faire face à l'urgence et proportionnées au trouble subi (*Canal Plus, GDF Suez*), 9 octobre 2014, *Concurrences* n° 1-2015, Art. n° 71395, pp. 180-183.

55 V. le tableau en annexe.

exemple, dans le cas de la décision *SRR*, l'Autorité estime – au stade des mesures conservatoires – être en présence de “*pratiques tarifaires discriminatoires*” et de “*discrimination tarifaire excessive*” mises en œuvre par *SRR* ; et pour “*mettre un terme à cette distorsion de concurrence*”, l'Autorité enjoint à cette dernière de faire en sorte que l'écart de prix entre communications *on-net* et *off-net* ne dépasse pas l'écart des coûts réels⁵⁶. De même, dans l'affaire du rugby, la cour d'appel a jugé que “*la seule mesure conservatoire possible pour permettre le rétablissement du jeu de la concurrence*” est celle prononcée par l'Autorité⁵⁷. Or, cette même juridiction est venue rappeler quelques semaines plus tard que l'expression “*rétablir le jeu de la concurrence*” est condamnable en ce qu'elle implique une préqualification de pratiques anticoncurrentielles au stade de l'examen de mesures conservatoires⁵⁸.

45. En outre, en termes de substance, une mesure conservatoire qui produit des effets irréversibles peut être très semblable, voire identique, à une décision au fond constatant une infraction au droit de la concurrence et imposant d'y mettre fin. Par exemple, dans l'affaire du rugby, l'Autorité a imposé de résilier le premier appel d'offres et ordonné le lancement d'un second⁵⁹. Or, la mesure n'aurait pas été différente si l'Autorité avait, au fond, constaté que le premier appel d'offres violait le droit de la concurrence : le premier appel d'offres aurait été annulé et un second appel d'offres aurait nécessairement dû être lancé. De manière encore plus claire, dans l'affaire des offres de marché d'Engie, l'Autorité a imposé à Engie d'augmenter le prix de ses offres de détail aux clients non résidentiels afin de couvrir ses coûts évitables⁶⁰. Or, si l'Autorité avait au fond constaté une pratique de ciseau tarifaire, la mesure au fond aurait été rigoureusement la même : elle aurait consisté à imposer à Engie de mettre fin à une telle pratique en augmentant ses prix de détail aux clients non résidentiels afin de couvrir ses coûts évitables.

46. De plus, en termes de procédure, il est frappant de constater que, sur les 17 dernières années d'application de l'article L. 464-1 du code de commerce qui font l'objet de la présente étude, aucune décision de mesure conservatoire n'a été suivie d'une décision de non-lieu au fond⁶¹. Dans la mesure où les décisions de mesures conservatoires

sont censées parer à l'urgence sans préjuger du fond de l'affaire, on s'attendrait à ce que l'Autorité adopte au moins quelques décisions de non-lieu, mais tel n'est pas le cas. En effet, les décisions de mesures conservatoires ont été suivies (i) par des décisions de condamnation dans 29 % des cas, (ii) par des décisions d'engagements dans 26 % des cas, ou (iii) par aucune décision au fond du fait du désistement du plaignant dans 45 % des cas.

47. L'absence de décision de non-lieu est intéressante. En présence d'une mesure conservatoire aux effets irrémédiables, est-il réaliste que le collège de l'Autorité saisi de l'affaire au fond prononce un non-lieu ? Cela ne supposerait-il pas de “dégager” la formation ayant prononcé les mesures conservatoires concernées, d'ordonner d'en faire cesser les effets et d'avouer à demi-mot au défendeur que le préjudice subi par ce dernier du fait de l'application temporaire des mesures conservatoires n'avait pas lieu d'être ? Force est de constater en tout état de cause que cela ne se produit jamais en pratique.

48. Il est également particulièrement remarquable que, dans près d'un cas sur deux, aucune décision au fond ne soit rendue. Cela se produit notamment car le plaignant retire de lui-même sa plainte après avoir obtenu le prononcé de mesures conservatoires : ce faisant, le plaignant estime avoir d'ores et déjà obtenu gain de cause au stade des mesures conservatoires.

49. Dès lors, dans la mesure où aucune décision de non-lieu au fond n'a jamais suivi l'adoption de mesures conservatoires, et que dans quasiment un cas sur deux cette adoption n'est pas même suivie d'une décision au fond, il peut être conclu qu'une décision de mesure conservatoire constitue – sans le dire – une sorte de préjugement du fond de l'affaire⁶².

2. Pour un encadrement renforcé du prononcé des mesures conservatoires

50. Comme indiqué ci-dessus, les mesures conservatoires prennent le plus souvent la forme de mesures aux effets irréversibles et constituent en réalité une sorte de préjugement du fond de l'affaire.

51. Ce constat n'est pas en tant que tel alarmant. La procédure de référé de l'article 872 du code de procédure civile n'est elle-même rien d'autre qu'une procédure d'urgence permettant l'adoption de tout type de mesures (y compris aux effets irréversibles) en attendant de trancher le fond de l'affaire⁶³.

⁵⁶ Déc. n° 09-MC-02 du 16 septembre 2009 relative aux saisines au fond et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Orange Réunion, Orange Mayotte et Outremer Télécom concernant des pratiques mises en œuvre par la société *SRR* dans le secteur de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte, pts 85, 97 et article 1^{er}.

⁵⁷ CA Paris, 9 octobre 2014, *Groupe Canal Plus*, n° 2014/16759 et 2014/17031, p. 17.

⁵⁸ CA Paris, 31 octobre 2014, *GDF Suez*, n° 2014/19335, p. 19. Selon la cour d'appel, cette expression affirme que la concurrence par les mérites n'est pas respectée, ce qui à ce stade de la procédure n'est pas établi. Dans ces conditions, la cour d'appel ordonne la modification de la rédaction du texte et le remplacement du verbe “rétablir” par “assurer”, qui n'induit pas l'idée d'un remède à une situation.

⁵⁹ Déc. n° 14-MC-01 du 30 juillet 2014 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société *beIN Sports France* dans le secteur de la télévision payante, article 1^{er}.

⁶⁰ Déc. n° 16-MC-01 du 2 mai 2016 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société *Direct Énergie* dans le secteur de l'énergie, article 1^{er}.

⁶¹ À notre connaissance, la seule exception est la déc. 09-D-04 de l'Autorité relative aux NMPP par laquelle le Conseil prononce un non-lieu relatif à certains types de remises et impose une amende relativement à d'autres types de remises. À noter cependant que le premier type de remises sur lesquelles porte la décision de non-lieu n'avait pas été visé par les mesures conservatoires adoptées par la déc. n° 03-MC-04.

⁶² Cette appellation de “préjugement” avait déjà été relevée par P. Hubert : “(...) il apparaît que les mesures conservatoires sollicitées ont pour objectif important, sinon principal, d'obtenir une sorte de ‘pré-jugement’ sur le fond (...), même s'il ne se prononce pas définitivement sur le caractère anticoncurrentiel ou non de telles ou telles pratiques” ; E. Claudel, E. Durand et H. Patrick, Comment constituer un bon dossier de mesures conservatoires ?, mai 2012, *Concurrences* n° 2-2012, Art. n° 45238.

⁶³ V. O. Billard, Droit Obut ! Le référé de droit commun, alternative aux demandes de mesures conservatoires devant l'Autorité de la concurrence ? *RLC*, mars 2017, p. 22.

52. Il existe cependant une différence fondamentale entre la procédure de référé et celle des mesures conservatoires. La première ne peut être mise en œuvre qu'en cas d'absence de "contestation sérieuse". En d'autres termes, reconnaissant que l'adoption de mesures d'urgence aux effets irréversibles pouvait constituer une forme de préjugement au stade du référé, le législateur en a strictement limité l'application aux seuls cas où l'adoption d'une solution inverse au fond est improbable (c'est-à-dire en l'absence de contestation sérieuse). En revanche, il a déjà été précisé ci-dessus que l'article L. 464-1 du code de commerce n'exige absolument pas que l'Autorité vérifie que les pratiques concernées constituent bien une violation du droit de la concurrence ; tout au plus la jurisprudence est-elle venue ultérieurement ajouter un test "allégé" consistant à imposer à l'Autorité de vérifier que la pratique est "*susceptible d'être anticoncurrentielle*". Dès lors, même lorsqu'existe une contestation sérieuse quant au caractère anticoncurrentiel des pratiques en cause, l'Autorité peut prononcer des mesures conservatoires, dont on sait qu'en droit de la concurrence elles produisent le plus souvent des effets irréversibles.

53. La liberté ainsi confiée à l'Autorité est difficilement compréhensible lorsqu'on la compare à celle dont bénéficie le juge des référés au titre de l'article 873 du code de procédure civile ; cette disposition prévoit que le juge peut adopter des mesures même en cas de contestation sérieuse, mais dans ce cas lesdites mesures doivent nécessairement être (réellement) "conservatoires", c'est-à-dire, comme déjà vu ci-dessus, qu'elles ne peuvent avoir d'effets irréversibles.

54. En d'autres termes, le juge des référés peut (i) soit imposer des mesures aux effets irréversibles (ce qui constitue une forme de préjugement) et doit alors démontrer l'absence de contestation sérieuse, (ii) soit prononcer des mesures malgré l'existence de contestation sérieuse, mais alors lesdites mesures doivent être (réellement) conservatoires.

55. Or, à l'heure actuelle, l'Autorité peut imposer des mesures aux effets irréversibles sans devoir montrer qu'il n'existe aucune contestation sérieuse quant au caractère anticoncurrentiel des pratiques. Autrement dit, l'Autorité peut "préjuger" d'une affaire, par le biais de mesures irréversibles, sans que l'une des thèses en présence l'emporte manifestement sur l'autre.

Conclusion

56. L'Autorité française de la concurrence adopte régulièrement des mesures conservatoires qui le plus souvent produisent des effets irréversibles. Ces effets irréversibles sont probablement liés à la nature des affaires de concurrence dans lesquelles des mesures réellement conservatoires ne peuvent que rarement fournir une solution utile.

57. Il n'en demeure pas moins que, du fait de ce caractère irréversible, l'adoption de mesures conservatoires constitue un véritable préjugement du fond (aucune décision de non-lieu n'a jamais suivi une décision de mesures conservatoires et, dans près d'un cas de mesure conservatoire sur deux, aucune décision au fond n'est adoptée) – ce que le caractère temporaire des mesures adoptées, par opposition au caractère permanent des effets qu'elles produisent, ne saurait faire oublier.

58. Un tel préjugement ne devrait avoir lieu que lorsqu'il est peu probable qu'une décision au fond soit rendue en sens contraire, à savoir en l'absence de contestation sérieuse, comme c'est le cas en matière de référé. L'article L. 464-1 du code de commerce est pourtant silencieux en la matière et la jurisprudence venue combler ce vide s'est contentée d'exiger de l'Autorité qu'elle identifie une pratique "*susceptible d'être anticoncurrentielle*", autrement dit un test allégé qui peut parfaitement être satisfait en présence d'une contestation sérieuse.

59. Selon nous, les autorités de concurrence ne devraient, à l'instar du juge des référés, avoir le choix qu'entre les deux options suivantes : (i) soit prendre des mesures réellement conservatoires, c'est-à-dire ayant des effets réversibles, même lorsqu'il existe une contestation sérieuse quant au caractère anticoncurrentiel des pratiques visées ; (ii) soit prendre tout type de mesure, y compris ayant des effets irréversibles, mais à condition de démontrer que les pratiques en cause soient manifestement anticoncurrentielles, c'est-à-dire qu'il n'existe aucune contestation sérieuse à ce titre⁶⁴.

60. Ainsi, à l'heure où la Commission européenne souhaite renforcer son action en matière de mesures conservatoires en droit de l'Union, nous estimons que le régime à la française des mesures conservatoires en droit de la concurrence, tant qu'il n'est pas modifié, ne constitue pas un modèle dont il convient de s'inspirer. ■

⁶⁴ Le fait que l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit applicable aux procédures de mesures conservatoires milite en faveur d'un standard de preuve renforcé. V., en particulier, CEDH, gde ch., 15 octobre 2009, *Micallef c/ Malte*, n° 17056/06, §§ 78-86 et CA Paris, 12 février 2004, *NMPP*, n° 2004/00827.

Tableau : Décisions de l'Autorité de la concurrence en matière de mesures conservatoires

Numéro	Date	Nom de la décision	Décision au fond	Mesure conservatoire	Effets irréversibles
16-MC-01	2/05/16	Relative à une demande de MC présentée par la société Direct Energie dans le secteur de l'énergie	17-D-16	Couverture des coûts évitables par les offres de marché individualisées aux clients non résidentiels.	La MC conduit à une augmentation des prix des offres de marché visées, à un potentiel transfert de clientèle aux concurrents d'Engie et, partant, à une perte de revenus pour cette dernière.
	28/07/16	CA Paris, rejet	Engagements d'Engie		
	31/01/18	Désistement en cassation			
14-MC-02	9/09/14	Relative à une demande de MC présentée par la société Direct Energie dans les secteurs du gaz et de l'électricité	17-D-06	Accès à certaines données des fichiers des clients aux TRV gaz.	Une fois l'accès octroyé aux données des fichiers clients, les concurrents d'Engie ont pu démarcher les clients anciennement aux TRV et les convertir en offres de marché.
	31/10/14	CA Paris, rejet-réformation partielle	APD		
	11/01/17	Désistement en cassation	100 millions		
14-MC-01	30/07/14	Relative à la demande de MC présentée par la société beIN Sports France dans le secteur de la télévision payante		1) Suspension de l'accord de diffusion exclusive pour 5 ans des matchs de rugby du Top 14 après la première année d'exécution. 2) Procéder à un nouvel appel d'offres. 3) Cessation de la communication commerciale relative à l'accord.	La MC emporte la résiliation anticipée de l'accord de diffusion (improprement nommée suspension dans la décision), la mise en place d'un nouvel appel d'offres, et potentiellement la perte des droits d'exploitation audiovisuelle pour les saisons suivantes.
	9/10/14	Rejet-réformation partielle sur la date butoir d'attribution des droits	-		
	9/04/15	Désistement en cassation			
11-MC-01	12/05/11	Relative à la demande de MC présentée par les sociétés Kiara France et Kiara SA dans le secteur de la livraison de colis	-	Maintien de la suspension, décidée par La Poste, de l'accord de partenariat avec Mondial Relay de mise à disposition et de dépôt de colis pour les particuliers.	La suspension du partenariat, décidée par La Poste et maintenue par l'Autorité, empêche Mondial Relay de livrer aux clients les colis remis par La Poste.
10-MC-01	30/06/10	Relative à la demande de MC présentée par la société Navx	10-D-30	1) Rendre la politique de contenus AdWords applicable aux dispositifs de contournement des contrôles routiers en France plus objective, transparente et non discriminatoire pour les annonceurs. 2) Rétablissement, dans les 5 jours, du compte AdWords de Navx.	La MC oblige Google à clarifier et à appliquer de manière non discriminatoire sa politique de contenus s'agissant de la publicité en ligne liée aux recherches en matière d'avertisseurs de radars.
	16/09/09	Relative aux saisines au fond et aux demandes de MC présentées par Orange Réunion, Orange Mayotte et Outremer Télécom concernant les pratiques mises en œuvre par la société SRR dans le secteur de la téléphonie mobile à La Réunion et à Mayotte	14-D-05	1) L'écart de prix entre appels/SMS on-net et off-net ne doit pas dépasser l'écart de coûts supportés par SRR pour l'acheminement de ces deux types d'appels/SMS. 2) Information des clients "afin de mettre un terme à cette distorsion de concurrence, l'Adic demande à SRR de ne plus différencier ses tarifs."	La MC contraint SRR à mettre un terme à une discrimination tarifaire selon le réseau du destinataire, sauf à refléter une différence de coûts supportés. Cette MC conduit à un potentiel transfert de clientèle aux concurrents de SRR et, partant, à une perte de recettes pour cette dernière.

Numéro	Date	Nom de la décision	Décision au fond	Mesure conservatoire	Effets irréversibles
09-MC-01	8/04/09	Relative à la saisine au fond de la demande de MC présentée par la société Solaire Direct	13-D-20 APD 13.5 millions	<p>1) Supprimer, des supports de communication de la marque Bleu Ciel d'EDF et des contacts avec les agents du 3929, toute référence à l'activité d'EDF ENR dans la filière solaire photovoltaïque.</p> <p>2) Mettre fin à la communication à EDF ENR d'informations recueillies par le 3929.</p> <p>3) Ne plus mettre à la disposition d'EDF ENR d'informations dont EDF dispose du fait de ses activités de fournisseur aux TRV.</p>	La MC enjoint à EDF de modifier sa communication commerciale de façon à séparer celle relevant de fournisseur d'électricité aux TRV (activité de service public) et celle de services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque (concurrence).
08-MC-01	17/12/2008 4/02/09 16/02/2010	Relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones Rejet en appel Cassation-renvoi	10-D-01 Engagements d'Apple et Orange	Suspension de l'exclusivité d'Orange en tant qu'opérateur mobile et grossiste pour la distribution de l'iPhone. Limitation des futures exclusivités à 3 mois.	Du fait de la rupture de l'exclusivité, l'iPhone pourra être commercialisé et être le support de services de téléphonie mobile par d'autres entreprises que Orange. Orange perdra des clients et une source de revenus.
07-MC-06	11/12/07 5/02/2008 13/01/09	Relative à une demande de MC présentée par la Société Arrow Génériques CA Paris, rejet Rejet en cassation	13-D-21 APD et entente 15,3 millions	<p>1) Publication d'un communiqué dans des revues médicales pour "rétablir la confiance" vis-à-vis des génériques concurrents du princeps.</p> <p>2) Ne pas cesser de commercialiser le princeps, même après mise sur le marché du nouveau princeps.</p>	La MC incite les professionnels de santé à prescrire et délivrer le générique et, partant, à augmenter les ventes d'Arrow au détriment de Schering. La MC nuit également à l'image de Schering en sous-entendant qu'elle s'est livrée à des pratiques abusives.
07-MC-05	11/07/07 24/08/07	Relative à une demande de MC présentée par la société towerCast Rejet en appel	15-D-10 APD 5,6 millions	<p>1) Proposition par TDF d'une offre de gros d'hébergement de diffusion de radio FM depuis la tour Eiffel, exempte de ciseau tarifaire, permettant une concurrence effective de ses offres de détail.</p> <p>2) Limiter à un an les nouveaux contrats de diffusion entre TDF et les radios privées.</p>	La MC conduit TDF à diminuer le prix de l'hébergement de détail de radio FM pour que towerCast propose des offres de détail moins onéreuses aux radios. Cette MC est potentiellement source d'une perte de revenus sur le marché de gros et de clients sur le marché de détail.
07-MC-04	28/06/07	Relative à une demande de MC de la société Direct Energie	07-D-43 Engagements d'EDF	<p>1) Proposition par EDF d'une offre de fourniture d'électricité en gros, exempte de ciseau tarifaire, permettant une concurrence effective sur le marché de détail.</p> <p>2) Négocier de bonne foi avec Direct Energie un contrat transitoire d'approvisionnement en gros à un prix reflétant les coûts complets de production d'EDF.</p>	La MC conduit EDF à diminuer le prix de ses offres de gros pour que Direct Energie propose des offres de détail moins onéreuses. Cette MC est potentiellement source d'une perte de revenus sur le marché de gros et de clients sur le marché de détail. Confusion de la proportionnalité des MC avec celle des engagements au fond.

Numéro	Date	Nom de la décision	Décision au fond	Mesure conservatoire	Effets irréversibles
07-MC-03	07/06/07	Relative à une demande de MC par la société Solutel	08-D-21 Engagements de France Télécom	<p>1) Cesser de dénigrer Solutel.</p> <p>2) Suspendre le tarif de fourniture du point d'adduction.</p> <p>3) Communiquer et raccorder les abonnés dans des délais brefs.</p> <p>4) Ne pas réclamer le paiement de prestations déjà effectuées par Solutel.</p>	La suspension du tarif de fourniture de point de raccordement conduit à une perte de revenus pour France Télécom et potentiellement à une diminution de sa part de marché au profit de Solutel.
07-MC-02	02/05/07	Relative à une demande de MC par la société Emettel	07-D-30 Engagements de TDF	<p>1) Ne pas s'opposer au transfert de site du réseau secondaire du marché de gros de diffusion hertzienne de TV.</p> <p>2) Ne pas limiter dans les prochains contrats le nombre de sites du réseau secondaire du marché de gros de diffusion hertzienne de TV.</p> <p>3) Informer les chaînes TV de la décision du Conseil de la concurrence.</p>	La MC suspend les accords d'exclusivité entre TDF et les chaînes TV, qui pourront transférer un site du réseau secondaire à Emettel. La MC représente potentiellement une perte de part de marché pour TDF.
07-MC-01	25/04/07 26/06/07	Relative à une demande de MC par la société KalibraXE Rejet en appel	-	<p>1) Définir, dans les CGV d'EDF, les conditions de résiliation anticipée pour convenance du contrat de fourniture pour professionnels : modalités, préavis, cas de résiliation et calcul de l'indemnité.</p> <p>2) Informer la clientèle d'EDF qu'aucune pénalité n'est encourue à l'échéance normale du contrat.</p>	La MC clarifie les conditions de résiliation anticipée des contrats de fourniture d'électricité d'EDF avec ses clients professionnels. Ces derniers pourront plus facilement changer de fournisseur et faire diminuer les revenus et la part de marché d'EDF.
06-MC-03	11/12/06 6/02/07	Relative à des demandes de MC dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent Irrecevabilité en appel, car annulation de la procédure de passation par le CE le 15/12/06	09-D-10 APD 300000 €	<p>1) Transmettre le montant de l'offre subvention pour l'attribution de chaque ligne Marseille-Corse, informer l'OTC sur l'évaluation du montant pour une offre groupée, ne pas s'opposer à une attribution partielle.</p> <p>2) Ne pas signer de DSP avant exécution des présentes MC.</p>	La MC contraint la SNCM à rendre son offre globale divisible, de façon à ce que la collectivité de Corse puisse comparer les offres ligne par ligne et envisager un panachage entre plusieurs offres concurrentes. Une fois la DSP partiellement attribuée à la SNCM dans les 20 jours, pas de retour en arrière.
06-MC-02	27/06/06	Relative à une demande de MC présentée par la commune de Bouc Bel Air	-	Suspension de l'avenant au contrat de travail de 33 salariés d'une crèche prévoyant le versement de 100 000 € dès que l'effectif de l'employeur dépasse 60 personnes.	-
06-MC-01	23/02/06	Relative à une demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés les Messageries Lyonnaises de Presse et Agora Diffusion Presse	07-D-32 Engagements de NMPP et SAEM-TP	Suspension de protocoles interprofessionnels conclus entre les messageries de presse NMPP/SAEM-TP et les syndicats UNDP/SNDP.	La MC suspend l'incitation financière des diffuseurs à distribuer les titres de NMPP et SAEM-TP, au profit de leur concurrent les MLP.

Numéro	Date	Nom de la décision	Décision au fond	Mesure conservatoire	Effets irréversibles
04-MC-02	09/12/04 28/01/05	Demande de MC présentée par Bouygues à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom Rejet-réformation partielle en appel sur le délai de mise en œuvre des MC	09-D-36 (5 ans après) Entente et APD 63 millions	1) Supprimer les clauses d'exclusivité de OC avec les distributeurs et avec l'unique réparateur de portables + Info. 2) Les offres de communications <i>on-net</i> et <i>off-net</i> ne doivent pas dépasser l'écart de coûts d'acheminement d'OC + Info. 3) Permettre aux clients d'utiliser leurs points de fidélité sur tout bien/service de OC (+ seulement portable neuf).	1) Du fait de la rupture de l'exclusivité, les services de Bouygues Caraïbe pourront être commercialisés par les distributeurs d'Orange. Orange perdra des clients et une source de revenus. 2) Cette MC conduit à un potentiel transfert de clientèle à Bouygues Caraïbe et, partant, à une perte de recettes pour OC.
04-MC-01	15/04/04 29/06/04 8/11/05	Relative à la saisine et à la demande de MC présentées par les sociétés Free, Iliad, LDCOM et 9 Télécom Réformation en appel Cassation. Invalidation de la caractérisation des pratiques anticoncurrentielles comme condition du bien-fondé des MC.		1) FT/TPS informé, sur tous supports publicitaires, de l'incompatibilité de l'offre TV par ADSL avec le dégroupage par un opérateur alternatif. 2) FT autorise Neuf Télécom à installer des matériels de vidéo ADSL. 3) FT facture séparément transport et desserte locale des flux de vidéo ADSL.	La MC enjoint à FT de modifier sa communication commerciale de façon à séparer offre TV par ADSL et téléphonie. FT est également tenu de donner accès à ses salles de cohabitation pour que Neuf Télécom raccorde ses DSLAM à son réseau de desserte en boucle. Une fois l'accès octroyé, Neuf Télécom aura pu obtenir une plus grande clientèle au détriment de FT.
03-MC-04	22/12/03 12/02/04 12/07/05 31/01/06 20/07/07	Relative à une demande de MC présentée par la société Messagerie Lyonnaises de Presse Rejet en appel Cassation partielle sur l'indispensabilité des infrastructures essentielles CA Paris, annulation des MC Rejet du 2 ^e pourvoi	08-D-04 Engagements de NMPP 09-D-04 Non-lieu (remises discriminatoires) + 3 millions (remises fidélisantes)	1) NMPP donne accès au logiciel Presse 2000 + suspend l'exclusivité de distribution à l'export. 2) NMPP/SAEM-TP suspendent leurs remises de fidélité + cessent leur bonification exceptionnelle.	Une fois l'accès au logiciel Presse 2000 octroyé, les MLP auront pu profiter d'un outil de distribution de presse plus performant que le leur (préparation de la distribution, gestion des inventaires et réassortiments, comptabilisation) et réaliser une économie non négligeable de moyens.
03-MC-03	01/12/03	Relative à une demande de MC représentée par la société towerCast à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société TéléDiffusion de France		TDF propose aux sociétés nationales de programmes de nouvelles offres de diffusion de radio FM, détaillées site par site et fréquence par fréquence, en conformité avec la législation communautaire abrogeant ses droits exclusifs.	Si Radio France souhaite renégocier la convention FM, TDF doit y répondre par une offre détaillée, sans imposer une offre globale couvrant l'ensemble des programmes de Radio France. Des opérateurs alternatifs tels que towerCast peuvent concourir pour obtenir la diffusion de certaines fréquences de Radio France et prendre des PDM à TDF.
03-MC-02	05/03/03 29/04/03 17/01/06	Relative à la demande de MC présentée par la société Cegetel CA Paris, réformation partielle : la MC s'applique seulement à l'utilisation de supports de communication existants à la date de l'arrêt d'appel. Transaction entre Cegetel et FT (i) portabilité des n ^{os} spéciaux (ii) licence générale d'utilisation des n ^{os} spéciaux	Désistement de Cegetel à la suite de la transaction avec FT. Extension par l'ADLC de ce protocole à l'ensemble des opérateurs tiers	FT suspend, pour les contrats de services spéciaux, la clause de perte de droit d'usage des numéros de FT sur les dénominations "numéro vert", "numéro azur" et "numéro indigo".	Des opérateurs alternatifs pourront désormais fournir des services spéciaux de télécommunications sous les anciennes dénominations de FT. Ils pourront prendre des clients et des PDM à FT.

Ce document est protégé au titre du droit de propriété intellectuelle (art. L. 122 5 CPI) et des mesures techniques de protection (art. L. 335-2 CPI). Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénal sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300.000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection (art. L. 335-2 CPI). Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénal sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300.000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection (art. L. 335-2 CPI). Ce document est protégé au titre du droit de propriété intellectuelle (art. L. 122 5 CPI) et des mesures techniques de protection (art. L. 335-2 CPI). Toute utilisation non autorisée constitue une contrefaçon, délit pénal sanctionné jusqu'à 3 ans d'emprisonnement et 300.000 € d'amende (art. L. 335-2 CPI). L'utilisation personnelle est strictement autorisée dans les limites de l'article L. 122 5 CPI et des mesures techniques de protection (art. L. 335-2 CPI).

Numéro	Date	Nom de la décision	Décision au fond	Mesure conservatoire	Effets irréversibles
03-MC-01	23/01/03 29/04/03	Relative à la demande de MC présentées par la société TPS Dessaisissement de la CA Paris à la suite d'une transaction entre LFP/Canal+/TPS ; prorogation à l'identique de l'accord de 1999 relatif aux droits de diffusion + annulation de la décision d'attribution des droits de 2002	Transaction	La Ligue de football professionnel et Canal Plus suspendent l'attribution des droits de diffusion des matchs de Ligue 1 et s'abstiennent de toute communication commerciale sur le sujet.	Jusqu'à la date de la décision au fond, Canal Plus perd la possibilité de gagner des nouveaux abonnés grâce au bénéfice de l'attribution des droits de diffusion.
02-MC-06	30/04/02 4/06/02	Relative à une demande de MC présentées par la société RMC Info CA Paris, rejet. Vocabulaire de préjugement : <i>"restaurer ou rétablir les conditions de concurrence"</i> .	-	Le GIE Sport libre suspend les clauses de son contrat constitutif et de son règlement intérieur limitant la liberté de ses membres de conclure individuellement des accords de retransmission d'événements sportifs.	RMC Info va pouvoir exploiter ses droits exclusifs de diffusion radio de la Coupe du monde de football de 2002 en concluant individuellement avec d'autres radios des accords de sous-licence. Les membres du GIE Sport libre bénéficieront de conditions commerciales moins favorables que celles qu'elles auraient pu obtenir grâce à la mise en commun de leurs politiques d'achat. Une fois la Coupe du monde passée, le Conseil ne pourra revenir sur sa décision.
02-MC-04	11/04/02 21/05/02	Relative à une demande de MC présentée par la société Antalis CA Paris, réformation sur le principe d'orientation vers les coûts, remplacé par un prix proportionné à la valeur du service. La MC était <i>"de nature à pénaliser injustement et irrémédiablement l'opérateur historique"</i> .	-	TDF communique aux diffuseurs une offre de prestations d'accueil sur certains sites de diffusion hertzienne, détaillée poste par poste et intégrant des conditions OTND à un prix orienté vers les coûts, y compris une rémunération raisonnable.	La MC conduit TDF à diminuer ses prix. En raison des nouvelles offres qu'Antalis adressera aux éditeurs de programmes TV, TDF pourra potentiellement perdre des clients diffuseurs, une source de revenus et des parts de marché dans le secteur des services techniques de la TNT.
02-MC-03	27/02/02 9/04/02 19/07/02	Relative à une demande de MC présentée par la société T-Online France CA Paris, rejet. Décision 02-D-46 : levée de l'injonction 2) à la mise en place de l'accès 1).	07-D-33 APD 45 millions	1) FT donne accès aux FAI aux mêmes informations (éligibilité lignes ADSL, modems) et aux mêmes opérations de connexion que sa filiale Wanadoo Interactive. 2) Dans l'attente de cet accès, FT suspend la commercialisation des offres ADSL de Wanadoo Interactive. 3) Suspension des offres multi-FAI destinées à la grande distribution.	Une fois que l'accès aux informations techniques du réseau local est garanti, les FAI pourront gagner des clients grâce à ces informations sans qu'un retour en arrière soit possible. De plus, la suspension de certaines offres ADSL de FT l'empêche de fournir ses services d'accès à Internet à des clients et lui cause une perte de revenus. D'ailleurs, la décision au fond souligne que les concurrents de Wanadoo ont gagné des parts de marché du fait de la mesure conservatoire (07-D-33, § 16).
01-MC-07	21/12/01	Relative à une demande de MC présentées par la société Kosmos	-	FT oriente vers les coûts ses tarifs de collecte de trafic téléphonique pour les services de cartes à code au public.	La MC conduit à une diminution des prix des offres de collecte et une perte de revenus pour FT.
01-MC-06	19/12/01 26/03/02	Relative à une demande de MC présentée par les sociétés Télé 2 et Cegetel CA Paris, désistement.	-	1) Suspension par FT des offres couplant des prestations offertes en concurrence et des prestations maintenues en monopole. 2) Suspension par FT de campagnes publicitaires pour ces offres couplées et contre la compatibilité avec la présélection d'opérateurs alternatifs.	En raison de la suspension d'offres et de communication commerciale, FT perd la possibilité de conclure avec des nouveaux abonnés et ceux-ci peuvent potentiellement conclure avec des opérateurs tiers.
01-MC-01	11/05/01	Relative à une demande de MC présentées par les sociétés Multivision et Télévision Par Satellite	-	Canal Plus s'abstient d'acquiescer les droits de diffusion TV exclusifs de films français récents pour le paiement à la séance.	La MC contraint Canal Plus à se priver d'une source de revenus importante et permet à des concurrents de gagner des parts de marché dans le secteur de la diffusion de films français récents.

Editoriaux

Jacques Attali, Elie Cohen, Claus-Dieter Ehlermann, Jean Pisani Ferry, Ian Forrester, Eleanor Fox, Douglas H. Ginsburg, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Arnaud Montebourg, Mario Monti, Gilbert Parleani, Jacques Steenberg, Margrethe Vestager, Bo Vesterdorf, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

Interviews

Sir Christopher Bellamy, Lord David Currie, Thierry Dahan, Jean-Louis Debré, Isabelle de Silva, Riccardo Falconi, François Fillon, John Fingleton, Renata B. Hesse, François Hollande, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Robert Mahnke, Ségolène Royal, Nicolas Sarkozy, Marie-Laure Sauty de Chalon, Tommaso Valletti, Christine Varney...

Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, John Connor, Damien Gérardin, Assimakis Komninou, Christophe Lemaire, Ioannis Lianos, Pierre Moscovici, Jorge Padilla, Emil Paulis, Robert Saint-Esteben, Jacques Steenberg, Florian Wagner-von Papp, Richard Whish...

Articles

Guy Canivet, Emmanuelle Claudel, Emmanuel Combe, Thierry Dahan, Isabelle de Silva, Luc Gyselen, Daniel Fasquelle, Barry Hawk, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Frédéric Jenny, Bruno Lasserre, Luc Peepkorn, Anne Perrot, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Patrick Rey, Joseph Vogel, Wouter Wils...

Pratiques

Tableaux jurisprudentiels : Actualité des enquêtes de concurrence, Contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU...

International

Belgium, Brésil, Canada, China, Germany, Hong-Kong, India, Japan, Luxembourg, Switzerland, Sweden, USA...

Droit & économie

Emmanuel Combe, Philippe Choné, Laurent Flochel, Frédéric Jenny, Gildas de Muizon, Jorge Padilla, Penelope Papandropoulos, Anne Perrot, Nicolas Petit, Etienne Pfister, Francesco Rosati, David Sevy, David Spector...

Chroniques

ENTENTES

Ludovic Bernardeau, Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Etienne Thomas

PRATIQUES UNILATÉRALES

Laurent Binet, Frédéric Marty, Anne Wachsmann

PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Rodolphe Mesa, Marie-Claude Mitchell

DISTRIBUTION

Nicolas Ereseo, Dominique Ferré, Didier Ferrier, Anne-Cécile Martin

CONCENTRATIONS

Jean-François Bellis, Olivier Billard, Jean-Mathieu Cot, Ianis Girgenson, Sergio Sorinas, David Tayar

AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

PROCÉDURES

Pascal Cardonnel, Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire

RÉGULATIONS

Orion Berg, Hubert Delzangles, Emmanuel Guillaume

MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée

ACTIONS PUBLIQUES

Jean-Philippe Kovar, Francesco Martucci, Stéphane Rodrigues

DROITS EUROPÉENS ET ÉTRANGERS

Rafael Allendesalazar, Walid Chaiehloudj, Sophie-Anne Descoubes, Marianne Faessel, Pierre Kobel, Silvia Pietrini, Jean-Christophe Roda

Livres

Sous la direction de Stéphane Rodrigues

Revue

Christelle Adjémian, Mathilde Brabant, Emmanuel Frot, Alain Ronzano, Bastien Thomas

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

> Abonnement Concurrences+

Devis sur demande
Quote on request

Revue et Bulletin: Versions imprimée (Revue) et électroniques (Revue et Bulletin) (avec accès multipostes pendant 1 an aux archives)
Review and Bulletin: Print (Review) and electronic versions (Review and Bulletin)
(unlimited users access for 1 year to archives)

Conférences: Accès aux documents et supports (Concurrences et universités partenaires)
Conferences: Access to all documents and recording (Concurrences and partner universities)

Livres: Accès à tous les e-Books
Books: Access to all e-Books

> Abonnements Basic

Revue Concurrences | Review Concurrences

HT Without tax TTC Tax included

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 545,00 € | 654,00 € |
| <input type="checkbox"/> | Version imprimée (4 N° pendant un an, pas d'accès aux archives)
<i>Print version (4 issues for 1 year, no access to archives)</i> | 595,00 € | 607,50 € |

e-Bulletin e-Competitions | e-Bulletin e-Competitions

- | | | | |
|--------------------------|---|----------|----------|
| <input type="checkbox"/> | Version électronique (accès monoposte au dernier N° en ligne pendant 1 an, pas d'accès aux archives)
<i>Electronic version (single user access to the latest online issue for 1 year, no access to archives)</i> | 760,00 € | 912,00 € |
|--------------------------|---|----------|----------|

Renseignements | Subscriber details

Prénom-Nom | *First name - Name*

Courriel | *e-mail*

Institution | *Institution*

Rue | *Street*

Ville | *City*

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

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

Formulaire à retourner à | Send your order to:

Institut de droit de la concurrence

68 rue Amelot - 75011 Paris - France | webmaster@concurrences.com

Conditions générales (extrait) | Subscription information

Les commandes sont fermes. L'envoi de la Revue et/ou du Bulletin 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 the Review and on-line access to the Review and/or the Bulletin require full prepayment. For "Terms of use", see www.concurrences.com.

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