



HAL
open science

L'Autorité de la concurrence accepte des engagements proposés par l'opérateur historique dans le secteur de la livraison de colis

Marie Cartapanis

► To cite this version:

Marie Cartapanis. L'Autorité de la concurrence accepte des engagements proposés par l'opérateur historique dans le secteur de la livraison de colis. *Concurrences* [Competition law journal / Revue des droits de la concurrence], 2020, 3, pp.99-101. hal-03183587

HAL Id: hal-03183587

<https://hal.science/hal-03183587>

Submitted on 18 Oct 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Concurrences

REVUE DES DROITS DE LA CONCURRENCE | COMPETITION LAW REVIEW

Pratiques unilatérales Chroniques

| Concurrences N° 3-2020 | pp. 97-106

Marie Cartapanis

marie.cartapanis@univ-amu.fr

Maître de conférences

Université Aix-Marseille

Frédéric Marty

frederic.marty@gredeg.cnrs.fr

Chargé de recherche CNRS

Université Côte d'Azur GREDEG, Nice
CIRANO, Montréal

Anne Wachsmann

anne.wachsmann@linklaters.com

Avocat

Linklaters, Paris

Dans sa réponse, la Commissaire à la concurrence fait preuve de prudence et insiste sur le fait qu'une application de la théorie des facilités essentielles aux plateformes numériques dominantes ne peut être systématique. Elle doit procéder d'une décision individuelle et n'intervenir que dans le cadre d'une mesure correctrice assise sur la démonstration d'un dommage concurrentiel. Ainsi, selon la M. Vestager, "*l'appréciation de la pertinence de ce critère et son application concrète nécessitent une analyse détaillée au cas par cas, tenant compte notamment des caractéristiques spécifiques de l'infrastructure considérée et du contexte économique*". L'outil idoine pour organiser un accès aux données est bien plus à rechercher dans une éventuelle régulation sectorielle, ce qui fait à la fois écho à l'arrêt *Trinko* de la Cour Suprême et à la proposition de régulation dans le cadre du Digital Service Package proposé par la Commission.

M. C. & F. M. ■

2. France

Services postaux – Engagements comportementaux – Rabais :

L'Autorité de la concurrence accepte des engagements proposés par l'opérateur historique dans le secteur de la livraison de colis (*Aut. conc., déc. n° 20-D-06 du 2 avril 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la livraison de colis*)

Plus de dix ans après l'ouverture d'une procédure à l'encontre de *La Poste* pour des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la livraison de colis, et alors que la livraison de colis d'entreprises à particuliers fait face à un afflux massif en raison de la crise sanitaire, l'Autorité de la concurrence publie une décision dans laquelle elle rend obligatoires les engagements proposés par l'opérateur postal.

Cette décision fait suite à deux saisines déposées les 27 septembre et 28 octobre 2010 par le ministre de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, et par un opérateur de livraison de colis hors domicile, la société Kiala (rachetée par le groupe UPS en 2012). Elle s'intéresse à plusieurs pratiques qui auraient été mises en œuvre par l'opérateur historique *La Poste*, alors que la libéralisation des services postaux s'achevait (Directives postales du Parlement européen et du Conseil, directive 97/67/CE, du 15 décembre 1997, concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service, modifiées par les directives 2002/39/CE du 10 juin 2002 et la directive 2008/6/CE du 20 février 2008).

Les faits sont les suivants : depuis 2010, l'entreprise *La Poste* propose, en plus des offres de livraison de colis à domicile, la livraison de colis des entreprises vers les particuliers avec un mode de réception hors domicile,

c'est-à-dire en relais commerce ou en bureau de poste, et dont le flux, en constante augmentation, est alimenté par les entreprises de vente à distance, notamment les sites de vente par Internet. Selon les parties saisissantes, *La Poste* aurait mis en œuvre près de huit pratiques anticoncurrentielles dans ce secteur.

Les marchés en cause

Revenons d'abord sur les marchés concernés et sur la position de l'entreprise. Cette affaire recouvre deux marchés : celui de la livraison de colis d'entreprises à particuliers (BtoC) à domicile et celui de la livraison de colis d'entreprises à particuliers hors domicile, deux marchés *a priori* distincts, mais connexes. C'était le premier enjeu de la décision : différencier ou assimiler ces deux marchés. À cet égard, l'Autorité ne se prononce pas fermement et envisage les deux possibilités. Dans une première analyse, les deux marchés sont distincts. Sur le marché de la livraison traditionnelle de colis d'entreprises à particuliers à domicile, la part de marché détenue par *La Poste* est supérieure à 85 %, ce qui laisse peu de doute quant à sa position dominante. Quant à la livraison dite hors domicile, ses parts de marché en volume ne dépassent pas 22 %, mais sont en nette progression. Dans une seconde analyse, l'Autorité procède à une étude des parts de marché sur un seul marché pertinent, celui de la livraison de colis d'entreprises à particuliers, à domicile et hors domicile. *La Poste* y détient près de 70 % des parts de marché, alors que celles des concurrents n'excèdent pas les 12 %. L'Autorité conclut dès lors que, quel que soit le marché pertinent retenu, et en raison de leur connexité, les résultats de l'analyse concurrentielle sont inchangés et la position dominante de l'entreprise, impliquant sa responsabilité particulière, est avérée (pt 56).

Les faits reprochés

Initialement, plusieurs pratiques étaient dénoncées par les parties saisissantes : un accord de partenariat conclu entre *La Poste* et son principal concurrent par lequel elle combinait son réseau de commerçants et de bureaux de poste à celui de son concurrent principal (accord qui a été suspendu, avec la décision n° 11-MC-01 du 12 mai 2011, relative à une demande de mesures conservatoires) ; l'incitation et la participation par *La Poste* à la violation d'une clause d'exclusivité ; la rupture de relations commerciales ; le refus d'accès à une infrastructure de livraison ; des subventions croisées ; une prédation tarifaire ; une proposition de vente liée ; et, enfin, des pratiques relatives à une confusion au bénéfice de l'image de *La Poste*.

Aucun élément apporté par les saisissantes n'a cependant permis de confirmer l'existence et la nocivité de l'ensemble de ces comportements. L'Autorité a par exemple écarté les allégations de prédation. À ce sujet, on sait que lorsque qu'une entreprise en position dominante met en œuvre des prix inférieurs à ses coûts, les tests de coût perdent leur consistance si le marché est naissant, et ce, durant les 12 à 16 premiers mois de l'activité (Commission européenne, 16 juillet 2003, COMP/38.233, *Wanadoo Interactive*). En l'espèce, l'entrée récente de *La Poste* sur le marché de la livraison de colis hors domicile

pouvait expliquer les marges négatives enregistrées. Dès lors, en l'absence d'un plan d'éviction ou d'effets d'éviction potentiels, ces marges négatives n'ont pas suffi pas à fonder des préoccupations de concurrence (pt 179).

En revanche, la pratique de remises a attiré l'attention de l'Autorité. Premièrement, *La Poste* avait mis en place un système de remises groupées, entre les livraisons à domicile et les livraisons hors domicile. De telles remises peuvent avoir pour effet d'inciter les entreprises de vente à distance (clients chargeurs) à privilégier les services de *La Poste* pour bénéficier des dites remises, sans que les autres opérateurs de la livraison hors domicile ne puissent riposter (pt 77). Deuxièmement, et lorsque les types de livraison n'étaient pas cumulés, l'entreprise avait instauré des remises rétroactives sur la livraison de colis à domicile pour inciter les clients à privilégier des livraisons à domicile avec *La Poste* plutôt qu'avec des concurrents (pt 82).

L'appréciation de l'effet anticoncurrentiel susceptible d'être causé par ces pratiques est cependant contrastée. D'un côté, le test du concurrent aussi efficace réalisé par les services d'instruction indique que, pour la livraison hors domicile et à domicile, des concurrents aussi efficaces auraient été en mesure de rivaliser (pts 84 et s.). D'un autre côté, l'Autorité estime que pour les années 2012 et 2014, les marges négatives réalisées par *La Poste* en raison des remises rétroactives n'auraient pas pu être réalisées par un concurrent aussi efficace sans subir de pertes importantes. Rien ne permet donc d'écarter les effets anticoncurrentiels des pratiques susvisées. Aussi, et parce que la portée du test doit être relativisée (*La Poste* n'a pas été en mesure de communiquer des données précises et détaillées, pt 84), l'Autorité conclut que les pratiques de couplage et de remises rétroactives suscitent des préoccupations de concurrence et sont susceptibles de contrevenir aux articles L. 420-2 C. com. et 102 du TFUE. Dans ces conditions, une proposition d'engagements a été présentée par *La Poste*.

La proposition d'engagements

En application de l'article L. 464-2 C. com., l'Autorité de la concurrence a apprécié la pertinence du recours aux engagements. Malgré les arguments soulevés par UPS, pour qui des engagements ne permettaient pas de résoudre les préoccupations de concurrence compte tenu de la durée de l'instruction et de la gravité de l'infraction, l'Autorité défend la mise en œuvre de l'article L. 464-2 C. com.. Elle relève notamment que *“les pratiques visées ne sont pas de celles imposant nécessairement le prononcé de sanctions pécuniaires dans la mesure où les éléments présents au dossier ne permettent pas de conclure qu'elles ont causé un dommage à l'économie important”* (pt 68) et que *“concernant la durée de l'instruction”*, l'analyse approfondie des huit pratiques dénoncées explique une telle durée, celle-ci ne justifiant pas d'écarter le recours à la procédure d'engagements (pt 73).

Sur le fond, les engagements proposés sont des engagements comportementaux qui ont fait l'objet d'une consultation publique au mois de juillet 2019 (C. Lemaire, M. Florent, “Engagements : L'Autorité de la concurrence

soumet à consultation publique des engagements proposés dans le secteur de la livraison de colis pour répondre à des pratiques susceptibles de constituer des entraves à la concurrence (*La Poste*)”, 31 juillet 2019, Concurrences N° 4-2019, Art. N° 92356, p. 169) et qui visent le découplage des remises applicables aux livraisons à domicile et hors domicile (engagement n° 1) et la détermination du prix des livraisons de colis à domicile (engagement n° 2).

Pour procéder au découplage des remises applicables aux livraisons de colis à domicile et hors domicile, *La Poste* s'engage en premier lieu à supprimer, dans l'élaboration de ses offres commerciales (devis et contrats) toute remise reposant sur le cumul des deux flux de livraison, et de construire des propositions tarifaires distinctes pour les deux types de livraison (pts 95 et 96). En second lieu, *La Poste* s'engage à supprimer les effets fidélisants des prix pratiqués sur les livraisons de colis à domicile, en proposant des grilles tarifaires qui reposent sur des paliers de volume fixes et dont le niveau de remise est identique pour chaque client.

Le respect de ces engagements est garanti par plusieurs mesures complémentaires : la mise en place de formations spécifiques sur le respect du droit de la concurrence ; l'instauration d'un outil informatique de conservation des données contractuelles pour faciliter la tâche du mandataire ; et l'instauration d'un comité de pilotage de déploiement des engagements et d'un comité de contrôle par un mandataire indépendant.

Pour l'essentiel, les engagements ont convaincu l'Autorité qui a estimé qu'ils étaient nécessaires, suffisants et proportionnés pour résoudre les préoccupations de concurrence. Un point de discussion doit, à cet égard, être relevé. Si la proportionnalité se pose généralement quant au contenu des remèdes, cette exigence peut également concerner la partie qui s'engage à les respecter. La proposition engageait-elle le Groupe *La Poste* ou *La Poste S.A.* ? *On peut en effet aisément comprendre qu'il serait disproportionné de faire peser sur toutes les entités du Groupe La Poste les contraintes liés à la mise en œuvre des engagements (par exemple, l'obligation de formation). Mais on peut également craindre que, suite à un transfert d'activité, une autre entité du Groupe La Poste procède à des remises similaires, également susceptibles de fausser de la concurrence. Des garanties supplémentaires accompagnent donc les remèdes qui engagent La Poste S.A. En cas de transfert ou de création d'activité de livraison traditionnelle BtoC au sein du Groupe La Poste, La Poste S.A. s'engage à ce que la nouvelle entité continue de mettre en œuvre les engagements, et à en informer l'Autorité et le mandataire.*

Conclusion

Conformément à l'article 8 de l'ordonnance n° 2020-306 du 25 mars 2020 et comme indiqué par le communiqué du 27 mars 2020 de l'Autorité relatif à l'adaptation des délais et procédures de l'Autorité de la concurrence, la décision sera exécutoire à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la cessation de l'état d'urgence sanitaire. Rappelons cependant que cette décision ne

que ces mesures “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”.

En l’espèce, l’Autorité de la concurrence identifie une atteinte grave et immédiate au secteur de la presse. L’atteinte est immédiate, d’abord, en ce que les pratiques reprochées sont récentes, et mises en œuvre à “une époque décisive pour l’animation concurrentielle” (pts 281 et s.). L’atteinte est grave, ensuite, parce que les pratiques dénoncées empêchent les éditeurs et les agences de presse de valoriser les droits qui leur ont été reconnus par la loi du 24 juillet 2019 sur les droits voisins, alors même qu’il s’agissait d’une source de revenus vitale pour le secteur (pt 275) et que *Google Search* est la principale source de trafic redirigé vers les sites des éditeurs de presse (pt 276). Cela, combiné à la crise actuelle du secteur de la presse, permet de caractériser la gravité de l’atteinte. L’Autorité appuie par ailleurs son analyse en se fondant sur le rôle primordial que joue la presse dans une société démocratique et se réfère explicitement au Conseil constitutionnel, lequel a considéré que “le pluralisme des quotidiens d’information politique et générale est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle” (Conseil constitutionnel, décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, Loi portant réforme du régime juridique de la presse, pt 20).

Les mesures prononcées

Au terme de la décision, et compte tenu de la gravité et de l’immédiateté de l’atteinte au secteur de la presse, l’Autorité prononce des mesures conservatoires afin de garantir aux éditeurs et aux agences de presse la possibilité de négocier avec la plateforme. Elle enjoint notamment à *Google*, dans un délai de trois mois à compter de la demande de l’éditeur ou de l’agence de presse de négocier de bonne foi, en vue de parvenir à un accord sur les modalités de reprise et d’affichage de contenus protégés, et sur la rémunération qui doit y être associée. L’Autorité ajoute à ces mesures conservatoires une obligation de poursuivre des négociations “de bonne foi” et impose à *Google* un double principe de neutralité des négociations : sur la façon dont sont indexés, classés et présentés les contenus protégés, et sur les autres relations commerciales que *Google* entretient avec les éditeurs et les agences de presse.

Est-ce à dire qu’il est désormais impossible à tout éditeur de concéder à *Google* des licences à titre gratuit ? On peut émettre des réserves sur cette possibilité. Le respect des mesures conservatoire exige, certes, que la négociation aboutisse à une rémunération effective. Mais cette effectivité n’exclut pas le “prix zéro”, puisque l’appréciation de la proposition de rémunération sera appréciée à la lumière de la loi du 24 juillet 2019 sur les droits voisins, ce qui induit notamment des licences transparentes, objectives et non discriminatoires. En théorie au moins, et si la situation le justifie, une rémunération à prix nul est donc envisageable (pt 304, iii).

Conclusion

En conclusion, la décision est riche d’enseignements, mais laisse encore de nombreuses questions en suspens. Gardons-nous dès lors de toute conclusion hâtive sur le fond de l’affaire. Il faut toutefois relever qu’elle n’est pas sans rappeler les prises de position de l’Autorité au sujet de la régulation des plateformes. Que l’on approuve ou que l’on désapprouve sa démarche, on ne peut nier la richesse de son travail et cette décision ne manquera pas de nourrir des débats déjà denses sur le rôle du droit de la concurrence dans l’économie numérique. Elle en élargit également le champ, car en se référant directement au “rôle primordial de la presse dans le fonctionnement d’une société démocratique”, l’Autorité française repousse, de nouveau, les limites de l’analyse concurrentielle.

M. C. ■

Position dominante collective – Dépendance économique – Rejet : L’Autorité de la concurrence rejette la plainte d’une plateforme de diffusion de chaînes de télévision qui se disait victime d’une tentative d’éviction (*Aut. conc., déc. n° 20-D-08 du 30 avril 2020 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l’édition et de la commercialisation de chaînes de télévision*)

Dans une décision du 30 avril 2020, l’Autorité de la concurrence (l’Autorité) a rejeté la saisine au fond de la société *Molotov* (*Molotov*) et, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires qui lui était associée, déposées contre les groupes *M6* et *TF1*.

Molotov est une plateforme diffusant des chaînes de télévision sur Internet, c’est-à-dire en dehors des réseaux classiques (TNT, satellite, câble ou via les fournisseurs d’accès à internet), ce que l’on appelle la télévision accessible “over the top”. Elle a démarré son activité en 2016 avec un modèle économique, dénommé “freemium”, consistant à donner un accès gratuit à un contenu de base et proposer d’autres contenus complémentaires payants. Ces derniers constituent sa seule source de revenus car *Molotov* ne perçoit pas de recettes publicitaires.

Au cours de l’année 2015, *Molotov* avait souscrit des contrats conclus “à titre expérimental” avec les groupes *M6* d’une part, et *TF1* d’autre part, qui lui permettaient de diffuser, contre rémunération, les chaînes de chacun de ces groupes soit dans son offre gratuite, soit dans ses offres payantes. Ces contrats ont ensuite évolué pour autoriser *Molotov* à proposer d’autres services à ses utilisateurs, notamment la fonction d’enregistrement. Ces contrats prenaient fin au 31 décembre 2017 mais ont été prolongés jusqu’au 31 mars 2018 pour le groupe *M6* et jusqu’au 30 juin 2019 pour le groupe *TF1*.

Par la suite, *Molotov* n’a pas été en mesure de s’entendre ni avec le groupe *M6* ni avec le groupe *TF1* sur de nouveaux contrats, évoquant des conditions inacceptables et une absence de réelle volonté de négociation de