

Grosses délivrées  
aux parties le :

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE  
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL DE PARIS**

Pôle 5 - Chambre 5-7

**ARRÊT DU 23 MARS 2010**

(n° **54**, 13 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2009/09599**

Décision déferée à la Cour : n° **09-D-14** rendue le **25 mars 2009**  
par l' **AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**

**DEMANDEUR AU RECOURS :**

**- La société GAZ ET ÉLECTRICITÉ DE GRENOBLE - GEG, S.E.M.**  
Prise en la personne de son représentant légal  
dont le siège social est : 8 place Robert Schumann 38000 GRENOBLE

représentée par la SCP FISSELIER-CHILOUX-BOULAY,  
avoués associés près la Cour d'Appel de PARIS  
assistée de Maître Nicolas LEVEQUE,  
avocat au barreau de PARIS  
31 avenue Pierre 1<sup>er</sup> de Serbie 75782 PARIS CEDEX 16

**EN PRÉSENCE DE :**

**- Mme LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DE L'EMPLOI**  
D.G.C.C.R.F  
Bât.5, 59 boulevard Vincent Auriol  
75703 PARIS CEDEX 13

non représentée

**- M. LE PRÉSIDENT DE L'AUTORITE DE LA CONCURRENCE**  
11 rue de l'Echelle  
75001 PARIS

représenté par Mme Irène LUC, munie d'un pouvoir

**COMPOSITION DE LA COUR :**

L'affaire a été débattue le 02 février 2010, en audience publique, devant la Cour  
composée de :

- M. Thierry FOSSIER, Président de chambre
- M. Christian REMENIERAS, Conseiller
- M. Jean-Jacques GILLAND, Vice-Président placé

qui en ont délibéré

**GREFFIER**, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU

**MINISTÈRE PUBLIC** :

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par M. François VAISSETTE, Substitut Général, qui a fait connaître son avis.

**ARRÊT** :

- contradictoire

- prononcé par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par M. Thierry FOSSIER, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

\* \* \* \* \*

## **CIRCONSTANCES, FAITS ET PROCEDURE**

### **Le secteur en cause**

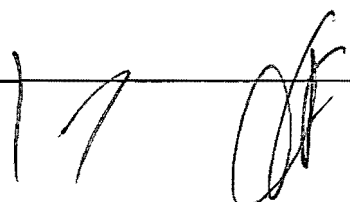
A l'origine du litige se trouve l'ouverture à la concurrence du marché de la fourniture d'électricité par la loi n° 2000-108 du 10 février 2000. Celle-ci a permis, à compter du 1er juillet 2004, à tous les professionnels d'acheter leur électricité auprès du ou des fournisseurs de leur choix, à un prix déterminé par le marché et non à un tarif réglementé. Ces professionnels sont des clients dits éligibles. Lors des faits, en 2005, l'exercice d'une telle éligibilité par un professionnel était irréversible, puisque la faculté de retour aux tarifs réglementés a été mise en place par une loi du 7 décembre 2006.

L'ouverture du secteur de l'électricité à la concurrence n'a cependant été que partielle dans la mesure où seules les activités de production et de fourniture d'électricité y sont soumises, le transport et la distribution d'électricité demeurant des monopoles de l'opérateur historique et des « distributeurs non nationalisés » (DNN).

Tous les opérateurs alternatifs aux fournisseurs historiques doivent présenter des garanties suffisantes, sous peine de se voir interdire l'exercice de l'activité par le ministre chargé de l'énergie.

### **Les entreprises en présence : Gaz Electricité de Grenoble et Poweo**

La gestion du réseau de distribution d'électricité est assurée, à Grenoble, par une entreprise locale de distribution (ELD) : Gaz Electricité de Grenoble (la S.E.M. G.E.G.), société d'économie mixte locale, détenue à 50.01 p.100 par la ville et à 42 p.100 par le groupe Suez, en position de monopole sur sa zone de desserte. Le chiffre d'affaires consolidé de la S.E.M. G.E.G. s'est élevé à 126,645 millions d'euros en 2007. Le montant des ventes d'électricité effectuées par la S.E.M. G.E.G. représentait environ 64 millions d'euros en 2007, soit 0.2 p.100 de parts du marché national.



POWEO est une société anonyme, qui développe des activités dans le secteur de l'énergie. En tant qu'opérateur alternatif et afin de desservir ses clients, la société Poweo a conclu le 5 janvier 2005 un contrat d'accès au réseau public de transport de l'électricité d'EDF ainsi qu'un contrat avec les gestionnaires des réseaux de distribution approvisionnant ses clients, dont la S.E.M. G.E.G. pour la zone grenobloise.

### **La saisine de la CRE et du Conseil de la concurrence**

Par application de l'article 39 de la loi du 10 février 2000 précitée, la Commission de régulation de l'énergie a, le 8 juillet 2005, porté à la connaissance du Conseil de la concurrence un communiqué de presse paru dans le Dauphiné Libéré, à deux reprises, les 13 et 18 avril 2005. Ce communiqué était ainsi rédigé : « *GEG appelle ses clients professionnels à la vigilance !*

*La Direction de Gaz Electricité de Grenoble met en garde tous ses clients professionnels, contre des démarchages commerciaux abusifs et mensongers.*

*Ces derniers jours à Grenoble, certains commerçants sont démarchés de manière abusive par un nouvel opérateur, récemment arrivé sur le marché de l'électricité désormais ouvert à la concurrence pour tous les professionnels. Cet opérateur leur annonce à tort qu'il a conclu un partenariat avec GEG, voire même qu'il a racheté GEG, et que ces derniers doivent par conséquent signer un nouveau contrat pour changer de fournisseur d'électricité.*

*Ces propos sont évidemment mensongers, GEG tient à rappeler à tous ses clients qu'elle n'a conclu d'accord avec aucun fournisseur d'électricité à Grenoble et condamne ces agissements malintentionnés et contraires à toute éthique commerciale.*

*L'ouverture du marché de l'électricité aux professionnels a vu apparaître de nouveaux opérateurs, pour qui le métier et l'expérience de distributeur et de fournisseur d'énergie sont récents. Certains d'entre eux ont une conception de la qualité de services très relative et n'hésitent pas à faire usage de méthodes peu scrupuleuses pour parvenir à leurs fins, souvent strictement financières.*

*GEG est le fournisseur d'énergie historique à Grenoble depuis plus de cent ans et a toujours défendu les valeurs du service public local. L'entreprise a développé un savoir-faire et des services de proximité compétitifs. Elle place la satisfaction de ses clients au cœur de ses préoccupations. GEG invite tous les clients concernés par ces démarchages abusifs à prendre contact avec leurs conseillers commerciaux »*

La CRE a procédé à la saisine du Conseil de la concurrence le 8 juillet 2005.

La publication de ce communiqué de presse fait suite aux démarchages entrepris par la société Poweo à compter du mois de février 2005. Ces démarchages, menés par des « revendeurs indirects » avaient pour objet de convaincre les professionnels d'exercer leur éligibilité en souscrivant aux offres de Poweo. Certains commerciaux seraient allés jusqu'à mener une campagne de désinformation auprès des professionnels afin d'obtenir leur signature.

En conséquence, la S.E.M. G.E.G. se serait convaincue de la nécessité de riposter contre les pratiques qu'elle jugeait peu loyales de son concurrent Poweo en publiant un communiqué dans la presse locale, dont le contenu est reproduit en note.

### **Les procédures intentées par la S.E.M. G.E.G.**

Quelques jours après les publications du communiqué de presse, le 22 avril 2005, la S.E.M. G.E.G. a assigné en référé Poweo pour concurrence déloyale devant le Tribunal de commerce de Grenoble. Poweo a alors formé une demande reconventionnelle afin d'obtenir la reconnaissance des actes de concurrence déloyale auxquels se serait livrée la S.E.M. G.E.G. et de voir ordonner leur cessation sous astreinte. La société Poweo a obtenu gain de cause aussi bien devant le président du Tribunal de Commerce de Grenoble que devant la Cour d'appel de Grenoble, au motif que la S.E.M. G.E.G. avait « commis des actes de concurrence déloyale, notamment par voie de presse, en procédant au dénigrement de la personne de son concurrent, la société Poweo, en discréditant la réputation, l'honnêteté, l'honorabilité, l'image, les méthodes de travail et la qualité des services de celle-ci ». La société POWEO a obtenu une provision de 7.500 euros.

La S.E.M. G.E.G. et Poweo ont conclu un accord afin de régler les suites de cette procédure judiciaire, accord dont le contenu demeurerait, au jour de la décision de l'Autorité, secret.

### **Le grief notifié**

Le Conseil de la concurrence a estimé que ce communiqué de presse pouvait viser à critiquer de façon systématique Poweo ainsi qu'à valoriser la S.E.M. G.E.G. au détriment de ses concurrents, tout en entretenant une confusion entre les activités de fournisseur de la S.E.M. G.E.G. – soumises à concurrence – et celles de distribution pour lesquelles la S.E.M. G.E.G. conserve de droit un monopole.

Le 14 mai 2008, sur le fondement de l'article L. 420-2 du Code de commerce, le Rapporteur du Conseil a fait grief à la S.E.M. G.E.G. d'avoir : « abusé de sa position dominante sur le marché de l'électricité à l'usage des professionnels, sur la zone de desserte de Grenoble, en se livrant, courant 2005 et notamment par voie de presse, à des pratiques de dénigrement à l'encontre de son concurrent Poweo et en associant à ces pratiques la diffusion d'une communication institutionnelle entretenant la confusion entre ses activités de distributeur exercées dans le cadre du service public et celles de fournisseur soumises à la concurrence ». Ces pratiques auraient eu pour objet ou pour effet de limiter l'accès de Poweo au marché de l'électricité à l'usage des clients professionnels.

### **La sanction**

Sur le rapport de son Rapporteur général en date du 3 novembre 2008, l'Autorité de la concurrence a infligé une sanction pécuniaire de 320.000 euros à la S.E.M. G.E.G. pour avoir enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

## **LA COUR**

Vu la Décision n° 09-D-14 de l'Autorité de la concurrence en date du 25 mars 2009 (« la Décision »), relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'électricité ;

Vu le mémoire établi et déposé au greffe le 2 juin 2009 par la S.E.M. Gaz et Electricité de Grenoble, au soutien de sa déclaration de recours, demandant à la cour de :

- Dire et juger que le délai de la procédure devant l'Autorité n'a pas été raisonnable au sens de l'article 6 de la convention E.S.D.H. ;
- En conséquence, annuler la Décision et ordonner le remboursement immédiat par le Trésor public de la somme de 320.000 euros payée par la S.E.M. G.E.G. en exécution de la Décision attaquée, assorti des intérêts au taux légal à compter de l'arrêt et avec application de l'article 1154 du Code civil ;
- Sur le fond, constater que l'Autorité a commis une erreur de droit en limitant le marché pertinent à celui de la fourniture d'électricité aux clients petits professionnels éligibles dans la région de Grenoble ; constater au contraire que le marché pertinent doit être défini comme celui de la fourniture aux clients professionnels éligibles ayant exercé leur éligibilité, qui revêt une dimension nationale ; constater dès lors que la S.E.M. G.E.G. ne peut pas avoir détenu une quelconque position dominante sur un tel marché à l'époque des faits et n'a pu, à plus forte raison, abuser d'une telle position ;
- En conséquence, annuler la Décision et ordonner le remboursement immédiat par le Trésor public de la somme de 320.000 euros payée par la S.E.M. G.E.G. en exécution de la Décision attaquée, assorti des intérêts au taux légal à compter de l'arrêt et avec application de l'article 1154 du Code civil ;
- A titre subsidiaire, constater que le communiqué de presse publié dans « Le Dauphiné Libéré » à l'initiative de la S.E.M. G.E.G. l'a été à deux reprises seulement, entre le 13 et le 18 avril 2005 ; constater qu'il n'est pas reproché à la

S.E.M. G.E.G. la diffusion d'autres messages prétendument « dénigrants » ; constater que ledit communiqué de presse a revêtu une portée très limitée et qu'il visait à répondre de manière circonstanciée aux pratiques commerciales commises en avril 2005 par des représentants commerciaux agissant pour le compte de Poweo, qui avaient été jugées critiquables par la S.E.M. G.E.G. sur le terrain de la concurrence déloyale ; constater que la pratique reprochée à la S.E.M. G.E.G. n'a eu aucun objet visant à « évincer » Poweo du marché en cause et que l'effet anticoncurrentiel du communiqué de presse litigieux n'a pas été démontré par l'Autorité ; constater qu'il n'existe aucun lien nécessaire entre la pratique limitée reprochée à la S.E.M. G.E.G. et la situation concurrentielle à Grenoble décrite par l'Autorité ; constater que la pratique reprochée à la S.E.M. G.E.G. ne pouvait être la cause de la prétendue éviction de Poweo à Grenoble qui n'a jamais été démontrée par l'Autorité ; constater que la pratique reprochée à la S.E.M. G.E.G. n'a pas davantage eu d'effet de forclusion sur le marché en cause ; en conséquence, annuler la Décision et ordonner le remboursement immédiat par le Trésor public de la somme de 320.000 euros payée par la S.E.M. G.E.G. en exécution de la Décision attaquée, assorti des intérêts au taux légal à compter de l'arrêt et avec application de l'article 1154 du Code civil ;

- A titre très subsidiaire, constater le caractère très disproportionné des sanctions infligées à la S.E.M. G.E.G., dès lors que l'AdIC n'a pas démontré l'existence d'un dommage à l'économie, ni même la gravité des pratiques alléguées ; réformer la Décision en conséquence ;
- Condamner la Ministre chargée de l'économie à payer la somme de 50.000 euros pour frais irrépétibles de procédure et les entiers dépens ;

Vu les observations de l'Autorité de la concurrence en date du 5 novembre 2009 ;

Vu les observations de Madame la Ministre chargée de l'économie, en date du 20 novembre 2009 ;

Vu le mémoire en réplique de la S.E.M. Gaz et Electricité de Grenoble, en date du 18 décembre 2009, tendant aux mêmes fins que le mémoire du 2 juin 2009 ;

Vu les conclusions de Monsieur le Procureur Général en date du 26 janvier 2010 ;

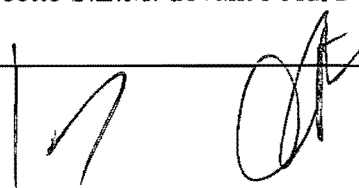
Où le conseil de la S.E.M. Gaz et Electricité de Grenoble, et les représentants de l'Autorité de la concurrence et de Monsieur le Procureur Général, à l'audience du 2 février 2010, la société requérante ayant pu répliquer et eu la parole en dernier ;

## SUR QUOI

### A – Sur le respect de l'article 6 de la Convention E.S.D.H. et la durée de la procédure

**Considérant que la S.E.M. G.E.G.** demande à la cour de dire et juger que le délai de la procédure devant l'Autorité n'a pas été raisonnable au sens de l'article 6 de la convention E.S.D.H. ; que la S.E.M. G.E.G. qualifie la durée de la procédure d'excessive au motif que l'instruction a duré près de quatre années (après deux années écoulées pour que le Rapporteur général désigne deux Rapporteurs successifs) alors que l'affaire était dénuée de toute complexité autre que de pur droit et que les actes d'instruction n'ont pas été nombreux ;

Que ce délai a porté atteinte aux droits de la S.E.M. G.E.G. car il a indûment différé l'exercice des droits de la défense, le débat contradictoire ne pouvant exister qu'à compter de la notification de griefs et compte tenu du caractère essentiellement ponctuel et circonstancié de la pratique qui lui est reprochée ; que concrètement, des collaborateurs ont quitté la S.E.M. G.E.G. pendant la longue période d'enquête et ceci a rendu impossible la mise en place de la défense de cette S.E.M. devant l'AdIC ;



**Mais considérant** que le respect des droits de la défense revêtant une importance capitale dans les procédures telles que celle en l'espèce, il importe d'éviter que ces droits puissent être irrémédiablement compromis, notamment en raison d'une durée excessive de la phase d'enquête et que cette durée soit susceptible de faire obstacle à l'établissement de preuves visant à réfuter l'existence de comportements de nature à engager la responsabilité des entreprises concernées ; que pour cette raison, l'examen de l'éventuelle entrave à l'exercice des droits de la défense ne doit pas être limité à la phase même dans laquelle ces droits produisent leur plein effet, à savoir la seconde phase de la procédure administrative ; que l'appréciation de la source de l'éventuel affaiblissement de l'efficacité des droits de la défense doit s'étendre à l'ensemble de cette procédure en se référant à la durée totale de celle-ci, enquête comprise ; que pour autant, la durée excessive de la procédure ne peut être déterminée en soi de manière abstraite ;

Qu'en l'espèce, une durée de trois ans et demi ne peut être considérée comme excessive au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme si la société requérante ne démontre pas en quoi, in concreto, elle aurait été privée du droit de se défendre ;

Qu'à ce sujet, il peut être constaté qu'après une saisine intervenue le 12 juillet 2005 à l'initiative de la Commission de régulation de l'énergie le président de la S.E.M. G.E.G. a été entendu par le rapporteur le 10 juillet 2007 en lui donnant connaissance de la lettre de saisine ; que la S.E.M. G.E.G. a disposé également des délais prévus par l'article L. 463-2 du code de commerce pour faire valoir ses observations ; qu'il ne résulte d'aucune démonstration, et même d'aucune assertion claire de la requérante, qu'elle n'ait pas pu préparer de manière satisfaisante sa défense devant l'Autorité puis devant la cour ; qu'elle invoque mais ne prouve pas une impossibilité de recueillir des témoignages à décharge, notamment du fait des changements susceptibles d'intervenir dans la composition des organes dirigeants des entreprises concernées et des mouvements affectant les autres personnels de celles-ci ; qu'elle n'a pas à déplorer non plus la perte des documents commerciaux ou internes, des notes ou courriers-papier, les courriels et comptes-rendus de conversations téléphoniques, dont la destruction aurait été décidée après un temps bref ; en quoi, la S.E.M. G.E.G. n'apporte aucun élément sérieux, précis et concret d'une violation de ses droits de la défense ;

Que le moyen sera rejeté ;

## **B – Sur la définition du marché pertinent**

**Considérant que la S.E.M. G.E.G.** relève que le marché de produits retenu par l'Autorité est celui de la fourniture d'électricité aux clients petits professionnels *éligibles* ; que pourtant, le marché des clients professionnels ayant *exercé leur éligibilité*, c'est-à-dire le marché ouvert à la concurrence le 1<sup>o</sup> juillet 2004, doit seul être pris en considération, la clientèle étant cloisonnée selon le type d'offre (tarif réglementé ou prix du marché) qu'elle a choisi et une faible part ayant choisi le marché en raison d'un effet de ciseau ; que la S.E.M. G.E.G. s'appuie, à ce titre, sur la décision n°07-MC-01 dans laquelle le Conseil de la concurrence a retenu que l'irréversibilité du passage vers les offres de marché était l'un des principaux éléments permettant de définir un marché distinct de la fourniture d'électricité aux clients professionnels ayant exercé leur éligibilité ;

Que s'agissant du marché géographique, si l'Autorité l'a défini comme local, la S.E.M. G.E.G. entend démontrer que celui-ci est national car la réglementation libéralisant le marché de la fourniture de l'électricité est nationale, et les conditions – et les opérateurs (dont Poweo) - de commercialisation de l'électricité sont les mêmes sur l'ensemble du territoire ;

**Mais considérant, sur le marché de produits,** que le marché se définit comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique ; que sur un marché donné, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres ;

Que le 1<sup>er</sup> juillet 2004, les clients " petits professionnels " se sont vu reconnaître le droit d'acheter de l'électricité auprès du fournisseur de leur choix tout en conservant la possibilité de continuer à s'approvisionner auprès de leur fournisseur historique et de bénéficier de la part de celui-ci des tarifs réglementés fixés par l'Etat ; que de février à avril 2005, des clients de la S.E.M. G.E.G. ont quitté le fournisseur historique au profit du fournisseur alternatif ce qui démontre qu'il existait, à ce moment de l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence, une substituabilité entre les services offerts par la S.E.M. G.E.G. et Poweo et qu'en conséquence ces deux entreprises intervenaient sur le même marché ;

Considérant que du tout il s'évince, comme l'a affirmé la Décision (parag. 40 à 51), que le marché pertinent est bien le marché de la fourniture d'électricité aux clients petits professionnels et non le marché des seuls professionnels ayant exercé leur éligibilité ;

**Considérant en outre, sur le marché géographique,** que le marché géographique comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et services en cause, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable ;

Qu'en l'espèce, les clients professionnels situés dans la zone de desserte de la S.E.M. G.E.G. ne peuvent acheter de l'électricité qu'auprès de la S.E.M. G.E.G., fournisseur exclusif d'électricité au tarif réglementé sur sa zone, ou auprès de fournisseurs alternatifs d'électricité au prix de marché qui ont conclu un contrat d'accès au réseau de distribution géré en monopole par la S.E.M. G.E.G. pour acheminer leur électricité jusqu'au client final ; qu'il en résulte qu'ils ne peuvent se procurer de l'électricité qu'à l'intérieur de la zone géographique couverte par le distributeur non nationalisé ;

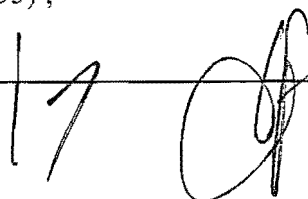
Considérant qu'en conséquence, le marché pertinent est la zone desservie par le réseau de distribution de l'électricité de Grenoble ; que le moyen contraire de la S.E.M. G.E.G. sera rejeté ;

### **C - Sur l'existence d'une position dominante**

**Considérant que la S.E.M. G.E.G. dénie** avoir occupé sur le marché tel qu'elle l'a considéré, une position dominante au moment des faits, puisqu'elle gère et fournit 0.59 p.100 en volume et 0.67 p.100 des sites ; que sa position d'opérateur prétendument historique a de toute façon été anéantie par l'ouverture du marché à la concurrence, évolution sur laquelle la Décision est demeurée taissante ;

**Mais considérant** que comme il a été énoncé précédemment, le marché pertinent n'est pas celui que prétend la S.E.M. G.E.G., en sorte que son raisonnement devant la cour est nécessairement vicié ;

Considérant par ailleurs que le marché de la fourniture d'électricité n'ayant été ouvert à la concurrence que le 1<sup>er</sup> juillet 2004 et la S.E.M. G.E.G. détenant jusqu'à cette date un monopole sur ce marché, la répartition des parts de marché n'avait pas sensiblement évolué au moment des faits, en avril 2005, puisque seule la société POWEO avait pris des initiatives (cf. Décision, parag. 55) ;



Que lors d'une audition d'un responsable de la S.E.M. G.E.G. le 10 juillet 2007, il a été établi que la part de marché de la S.E.M. G.E.G. s'élevait à 80% ; qu'il n'était donc pas anormal pour l'AdIC de considérer que cette part ait été plus importante au moment des faits, deux ans plus tôt, à un moment où l'ouverture du marché était balbutiante ;

Considérant qu'en conséquence, l'existence d'une position dominante de la S.E.M. G.E.G. sur le marché local de la fourniture d'électricité aux clients éligibles est avérée et que le moyen de la requérante de ce chef sera rejeté ;

Considérant, pour répondre complètement aux arguties de la requérante, et relativement à la perte juridique de position monopolistique de la S.E.M. G.E.G., que quand bien même l'ouverture à la concurrence d'un monopole entraîne nécessairement une perte de parts de marché pour l'opérateur historique, une analyse concrète peut permettre de constater toutefois que l'opérateur historique conserve une position de monopole de fait, ou de quasi-monopole, du fait de sa notoriété par exemple ; qu'en l'occurrence, l'Autorité était fondée à relever que la position dominante de la S.E.M. G.E.G. ne pouvait qu'être renforcée par sa notoriété d'opérateur historique aux yeux des clients éligibles et par son monopole sur les marchés connexes de la distribution d'électricité et de fourniture d'électricité aux clients résidentiels et sur l'activité gazière ; qu'en témoigne le fait que dès 2006, elle a pu restaurer sa position de monopoleur comme il sera dit plus loin ;

#### **D - Sur la pratique de dénigrement, constitutive de l'abus de position dominante**

**Considérant que la S.E.M. G.E.G.** affirme que les communiqués de presse litigieux, d'ailleurs très peu nombreux, n'ont eu aucun objet anticoncurrentiel, ne relèveraient au pire que de l'action en réparation pour concurrence déloyale, mais n'ont même pas eu de caractère de dénigrement ; que la cour en jugerait-elle autrement, à l'instar de l'AdIC, tout dénigrement dont une entreprise en position dominante serait l'auteur, n'est pas nécessairement constitutif d'un abus de position dominante ; qu'il est toujours nécessaire d'établir un lien entre la domination de l'entreprise et la pratique de dénigrement ; que sous cet angle, la S.E.M. G.E.G. avance que le communiqué de presse litigieux ne consistait qu'à démentir les informations fausses ou déloyales diffusées par certains agents commerciaux mandatés par Poweo après l'échec d'une démarche amiable en forme de mise en demeure, cinq jours avant le premier des deux communiqués de presse ; que le discrédit ne pouvait pas être qualifié de systématique puisque la réaction de la S.E.M. G.E.G. était ponctuelle et circonstanciée, Poweo ne contestant pas que la pratique a cessé dès le début de la procédure judiciaire d'indemnisation le 22 avril 2005 ; qu'enfin, la S.E.M. G.E.G. conteste la confusion qui lui est reprochée, entre ses missions de service public et les activités exercées dans le secteur ouvert à la concurrence, en sorte que le lien de causalité entre la position dite dominante et le dénigrement n'existe pas et ne peut dégénérer en abus ;

**Mais considérant, en premier lieu,** que l'Autorité de la concurrence a veillé à souligner que l'abus de position dominante ne se confond pas avec une pratique de concurrence déloyale ; qu'en effet, alors que l'action en concurrence déloyale protège les concurrents, la sanction de l'abus de position dominante vise à protéger l'ordre public économique, en sorte d'ailleurs que l'absence de POWEO aux débats devant la cour ne présente strictement aucun inconvénient ; qu'au demeurant, et pour répondre complètement aux assertions de la requérante, il faut rappeler qu'en matière d'abus de position dominante, les comportements fautifs de l'entreprise au regard des dispositions générales de l'article 1382 du code civil constituent des abus de position dominante ;

Considérant en deuxième lieu, que le communiqué de presse litigieux contenait des mentions de dénigrement à l'égard de Poweo, nouvel entrant sur le marché ; que ce communiqué faisait état de « conception de la qualité de services très relative », de l'« usage de méthodes peu scrupuleuses » et de la poursuite de « fins strictement financières » ; que certaines mentions étaient en outre de nature à induire les clients éligibles en erreur dans la mesure où il était indiqué que « cet opérateur annonce à tort qu'il a conclu un partenariat



avec la S.E.M. G.E.G. » alors que Poweo avait effectivement conclu un contrat d'accès au réseau de distribution le 5 janvier 2005 ;

Considérant en troisième lieu, sur le lien entre position dominante et dénigrement, que plusieurs éléments, à juste titre relevés par la Décision, l'établissent ;

Que le communiqué de presse a constitué un argumentaire des agents commerciaux de la S.E.M. G.E.G. pour inciter des clients qui avaient souscrit un contrat avec Poweo, à le résilier et à renouer avec le seul autre opérateur, la S.E.M. G.E.G. ; que le communiqué litigieux a ainsi été, non pas un acte isolé, mais le point de départ d'une "contre-offensive" fondée sur un dénigrement systématique et destinée à affaiblir le concurrent et qui n'était concrètement possible que pour un opérateur en position dominante ;

Que ce faisant, la S.E.M. G.E.G. a profité du caractère très récent de l'ouverture du marché à la concurrence (1<sup>o</sup> juillet 2004, soit à peine neuf mois auparavant) et a pu user de la notoriété et de l'image, encore présentes aux esprits, liées à l'activité de monopole gérant un service public ;

Que cette analyse est corroborée par les chiffres réunis en annexe au procès-verbal d'audition du responsable de la S.E.M. G.E.G. devant le Rapporteur de l'Autorité, qui fait apparaître, en tenant compte du temps-retard des souscriptions et des résiliations, que le nombre de contrats passés par des clients avec Poweo a augmenté très fortement en mars et avril 2005 mais n'a cessé de décroître ensuite, comme il sera redit par la cour à propos des effets des pratiques, en sorte que la S.E.M. G.E.G. a retrouvé finalement sa position historique ;

Considérant en quatrième lieu que le dénigrement était d'autant plus recherché, que les formulations du communiqué de presse semblaient présenter Poweo comme incapable d'assumer la fonction de distributeur, alors que cette société n'a jamais prétendu à cette fonction et ne l'aurait légalement pas pu ; que de même et encore, le communiqué nie tout partenariat entre la S.E.M. G.E.G. et Poweo alors qu'un contrat les liait depuis janvier 2005, comme il a été énoncé précédemment ;

Considérant que du tout, il résulte que les communiqués litigieux ont constitué, en eux-mêmes et par l'usage ultérieur qui en a été fait, un dénigrement, adossé à la position dominante de la S.E.M. G.E.G. et constitutif par conséquent d'un abus de cette position ;

#### **E – Sur les effets des pratiques**

**Considérant que la S.E.M. G.E.G. dénie la pertinence de l'analyse juridique de l'Autorité, selon laquelle les pratiques ont eu à la fois pour objet et pour effet d'entraver le développement d'un concurrent et de le décider à mettre un terme à son action commerciale à Grenoble ;**

Qu'en fait, selon la société G.E.G., l'Autorité ne peut pas se contenter de mentionner le nombre de contrats signés par Poweo, resté stable (autour de 190) jusqu'en janvier 2006 ; qu'à supposer que la progression se soit affaiblie à compter des publications du communiqué de presse, d'autres facteurs peuvent expliquer ce fait prétendu, notamment :

- (i) le communiqué de presse n'a eu qu'une portée limitée (caractère limité dans le temps et caractère général contrairement au démarchage ciblé de POWEO) ;
- (ii) POWEO a modifié sa stratégie commerciale (arrêt des démarchages et prospections) ;
- (iii) les prix de gros de l'électricité ont fortement augmenté et ont dépassé les tarifs réglementés, rendant peu intéressante la conclusion d'un contrat avec un opérateur alternatif (ciseau tarifaire) ;
- (iv) POWEO a manifesté sa volonté de se désengager de la fourniture (marché aval) pour se concentrer sur la production d'électricité (marché amont) ;

Qu'en outre, la S.E.M. G.E.G. se fonde sur le nombre de points de service alimentés par Poweo, c'est-à-dire les sites de livraison aux clients éligibles, qu'elle estime être l'indicateur le plus pertinent pour mesurer le poids respectif des différents acteurs ; que ce nombre est passé, trois mois après la publication du communiqué de presse, de 15 à 190 (tableau GEG, parag.222, p.41) ; que par ailleurs, la S.E.M. G.E.G. affirme que la pratique n'a pas pu avoir d'effet d'éviction car le message commercial n'a été diffusé qu'à deux reprises ; que le nombre de résiliations, établi à 27 sur 190 contrats signés, est faible et la preuve n'a pas été apportée que les agents commerciaux de la S.E.M. G.E.G. auraient relayé sur le terrain les éléments dénigrants du communiqué de presse ; que la S.E.M. G.E.G. en conclut qu'il n'existe donc aucun lien nécessaire entre la publication du communiqué de presse et la prétendue sortie du marché de POWEO ;

Que sur l'effet de forclusion, la S.E.M. G.E.G. avance qu'il existe d'autres fournisseurs alternatifs sur le marché de Grenoble ; qu'ainsi, GDF est le premier fournisseur à Grenoble en offre de marché ;

Qu'en somme, comme en témoigne la pratique décisionnelle de l'Autorité, il n'est plus permis d'articuler des présomptions sur les effets des pratiques et, en l'espèce, aucune démonstration n'est faite par la Décision ;

**Mais considérant** qu'en droit, l'Autorité avait bien pour mission de rechercher l'effet anticoncurrentiel des pratiques de la S.E.M. G.E.G., au sens de l'article L 420-2 C.com. ;

Que la recherche de l'effet anticoncurrentiel de la pratique poursuivie est présentée par la S.E.M. G.E.G., tantôt comme le but poursuivi concrètement par la S.E.M. G.E.G., auquel cas l'analyse se confond avec celle de l'abus menée précédemment par la cour ; tantôt comme le ressort essentiel du comportement (pratique anticoncurrentielle *per se*), auquel cas la conjonction OU qu'énonce la loi indique que l'effet anticoncurrentiel suffit à consacrer le grief poursuivi ;

Considérant qu'en fait, l'Autorité a pu relever la concomitance entre la publication à deux reprises du communiqué de presse les 13 et 18 avril 2005 et la baisse du nombre de contrats signés par Poweo ; qu'après correction tenant au décalage entre la date de souscription des contrats et celle de prise d'effet des changements de fournisseur, le nombre de contrats signés a évolué de la manière suivante : Ont été signés par Poweo en février 2005 un contrat, en mars 14, en avril 107, puis en mai 68, en juin 0 et, en juillet et au delà, aucun contrat ; que du 17 avril au 17 mai 2005, la société Poweo a reçu 36 lettres de résiliation dont 27 étaient, comme la S.E.M. G.E.G. n'en disconvient pas, identiques en la forme, et une envoyée des locaux de la S.E.M. G.E.G. elle-même ; qu'enfin, la société Poweo n'a conclu aucun nouveau contrat entre juin 2005 et juin 2008 ; qu'en somme, elle n'a pu conserver une bonne part des contrats d'origine que par le jeu de l'irréversibilité légale, décrite précédemment ;

Considérant que dès lors, l'Autorité a pu à bon droit relever les effets anticoncurrentiels des pratiques de la S.E.M. G.E.G., contrairement à ce que celle-ci soutient ;

#### **F - Sur l'évaluation de la sanction**

**Considérant que la S.E.M. G.E.G. dénie** que les pratiques incriminées aient présenté un degré significatif de gravité ;

Qu'elle estime aussi que les pratiques n'ont pas occasionné un quelconque dommage à l'économie ; qu'elle indique plus en détail que Gaz de France a réussi à s'implanter pendant la période incriminée et à devenir le premier fournisseur en offre de

marché à Grenoble ; que le surplus du consommateur n'a pas été significativement affecté par les pratiques litigieuses, comme l'énonce la Décision elle-même ; que le ciseau tarifaire était la seule question qui se posait réellement et qui a conduit à la prétendue éviction de Poweo ;

Qu'elle rappelle, au titre de l'individualisation de la sanction, qu'elle dispose d'une faible surface financière ;

**Mais considérant, sur la gravité du comportement**, que celle-ci ne se confond pas avec la réalité de l'abus de position dominante, examinée précédemment, mais doit procéder d'une analyse des méthodes utilisées par la S.E.M. G.E.G. pour parvenir à ses fins, d'une mesure des parts de marché que détient l'entreprise poursuivie, d'un examen de la durée du comportement anticoncurrentiel, de l'étendue ou la complexité des processus anticoncurrentiels, de l'affectation directe des prix, jusques et y compris les prix de détail, d'une analyse des marchés concernés, selon qu'il s'agit de marchés "sensibles" ou qui le sont moins, de marchés touchant directement le consommateur final ou pas, de l'identification de clients personnes physiques ou petites entreprises, ou de clients vulnérables (enfants, personnes âgées, malades, ...) ou d'une clientèle captive au sens économique, de la continuation du comportement anticoncurrentiel après la saisine de l'Autorité, ou encore du fait qu'il s'agisse d'un marché public ;

Qu'en l'espèce, l'Autorité a pu retenir tour à tour que la S.E.M. G.E.G. a opéré une confusion délibérée entre ses missions de service public et les activités exercées en concurrence (Déc°, § 70 suiv., déjà examinés plus haut) ; que le discours dénigrant du communiqué de presse est particulièrement répréhensible car il provient de l'opérateur historique (Déc°, § 91) ; que les pratiques n'ont pas été instantanées puisqu'elles ont été précédées de courriers (Déc°, § 94) et suivies de démarchages auprès des anciens clients pour regagner leur confiance ;

Qu'il faut ajouter que les pratiques incriminées ont eu pour but d'entraver le développement d'un concurrent sur le marché de la fourniture de l'électricité aux clients éligibles de Grenoble au moment crucial et symbolique de l'ouverture à la concurrence ;

Que réciproquement, il ne peut être reproché à l'Autorité de ne pas avoir tenu compte des facteurs habituels d'atténuation, qui étaient étrangers à l'espèce, tels que l'ancienneté des faits - la saisine de l'Autorité ayant été immédiate - , la cessation du comportement anticoncurrentiel à partir de la saisine de l'Autorité - l'abandon du marché par Poweo ayant restauré la position de monopoleur de la S.E.M. G.E.G. -, ou le pouvoir de marché de Poweo - tout-à-fait modeste, ainsi qu'il a été dit - ;

Que dès lors, il ne peut être fait aucun reproche à la Décision, ni en droit ni en fait, dans l'examen de la gravité du comportement ;

Considérant encore, sur **le dommage causé à l'économie**, que l'Autorité a pu valablement caractériser une probabilité raisonnable de dommage collectif ;

Que la procédure a démontré que la S.E.M. G.E.G. a empêché l'ouverture du marché à la concurrence en réduisant le nombre des opérateurs au point que cette entreprise a pu revenir à la situation qui était la sienne avant le 1<sup>er</sup> juillet 2004 soit antérieurement à l'ouverture du marché à la concurrence en restaurant sa position de monopoleur ;

Que cependant, comme le reconnaît à juste titre la Décision, ce dommage a été limité à la zone de desserte de Grenoble ;

Que l'Autorité a pris soin encore d'écarter expressément le facteur important dit "d'affectation significative du surplus du consommateur" ; qu'en effet, si la S.E.M. G.E.G. s'est retrouvée en position de monopole de fait, sur le marché pertinent après le retrait de Poweo, elle n'était pas libre d'en profiter et de pratiquer des prix de monopole car elle devait

appliquer le tarif réglementé fixé par la puissance publique ; que de plus, au vu des conditions du marché libre de l'électricité, l'intérêt de la clientèle de masse sauf bouleversement des prix de marché [était] de rester aux tarifs réglementés (Déc°, § 97 suiv.), notamment en raison du ciseau tarifaire, tel qu'il a été exposé précédemment ;

Que réciproquement, l'Autorité n'a tiré aucun argument d'autres facteurs significatifs du dommage à l'économie, n'a notamment pas exagéré l'étendue du marché affecté par le comportement anticoncurrentiel ni les perturbations du marché ;

Que l'Autorité admet également les rapports d'activité de la CRE depuis 2005 qui font état de la stagnation du rythme de l'ouverture du marché de l'électricité pour les clients professionnels, et ce, sur l'ensemble du territoire national ; que l'Autorité n'impute pas l'absence d'opérateurs alternatifs, en tout cas jusqu'à l'arrivée de GDF sur le marché, aux pratiques de la S.E.M. G.E.G. ;

Qu'enfin, l'Autorité n'a pas négligé de tenir compte de ce que Poweo n'a pas déposé plainte devant l'Autorité de la concurrence pour abus de position dominante, le Rapporteur ayant mené son instruction sur la seule saisine de la CRE ; et de ce que Poweo ne s'est pas non plus jointe à la procédure par la suite ; qu'au demeurant, et pour répondre complètement à un argument de la S.E.M. G.E.G., l'Autorité de la concurrence, dans sa mission de protection des consommateurs, n'a pas besoin de l'appui ou de l'assentiment des concurrents, moyennant quoi la réparation accordée auxdits concurrents par les voies de droit commun n'a pas d'influence sur la procédure de régulation, punitive et préventive, fondée sur l'ordre public économique ;

Qu'en somme, loin d'exagérer le dommage à l'économie occasionné par le comportement poursuivi, et après avoir répondu point par point aux arguments de Poweo, l'Autorité a fait de ce dommage une analyse très pondérée, que la cour approuve ;

Considérant enfin, s'agissant de **l'individualisation de la sanction** (§ 104 à 106) et que l'Autorité de la concurrence a précisé que le chiffre d'affaires consolidé de la S.E.M. G.E.G. avait atteint en 2007 124,645 millions d'euros avec pour conséquence que le montant maximum de la sanction encourue s'élève à 12 500 000 € ; que ces considérations sont incontestables et incontestées et qu'elles incluent nécessairement l'évaluation de la capacité contributive de la S.E.M. G.E.G., qui n'a pas traversé à l'époque des faits poursuivis ni postérieurement, des difficultés particulières qui commanderaient une autre analyse ;

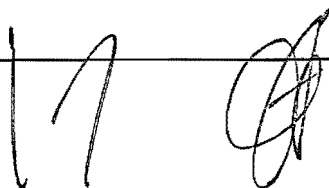
Qu'à titre superfétatoire, mais sans inexactitude, il a été tenu compte par l'Autorité du fait que les ventes d'électricité réalisées par la S.E.M. G.E.G. n'ont cessé de progresser entre 2004 et 2007 pour atteindre 64 261 401 euros en 2007 ;

Qu'enfin, il n'y a pas lieu de tenir compte de l'indemnisation provisionnelle accordée à Poweo par la juridiction commerciale, pour les raisons susdites ;

Considérant qu'ayant ainsi procédé sans erreur à l'analyse de la gravité de la pratique anticoncurrentielle, ayant ensuite évalué avec pondération le dommage à l'économie et ayant précisément examiné les facteurs d'individualisation de la sanction, l'Autorité a exactement proportionné celle-ci, à une hauteur d'à peine trois pour mille du meilleur chiffre d'affaires annuel de la période considérée ; que la demande de réformation de la S.E.M. G.E.G. est manifestement infondée ;

## PAR CES MOTIFS

Rejette le recours ;



Condamne la S.E.M. G.E.G. aux dépens.

**LE GREFFIER,**

**Benoit TRUET-CALLU**

**LE PRESIDENT,**

**Thierry FOSSIER**