

Grosses délivrées
aux parties le :

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

COUR D'APPEL DE PARIS

Pôle 5 - Chambre 7

ARRÊT DU 27 SEPTEMBRE 2018

(n° 21, 11 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **RG 17/22720**

Décision déferée à la Cour : **décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-20 du 17 décembre 2013**, sur renvoi après cassation partielle (Com., 27 septembre 2017, pourvoi n° 15-20.291,15-20.087) de l'arrêt de la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 7), n° RG 14/02694 du 21 mai 2015.

PARTIE SAISSANTE DE LA COUR D'APPEL DE RENVOI :

La société ÉLECTRICITÉ DE FRANCE, S.A. (E.D.F.)

prise en la personne de son représentant légal
immatriculée au RCS de Paris sous le n° B 552 081 317
ayant son siège 22-30 Avenue de Wagram
75008 PARIS

Elisant domicile au cabinet de Maître Matthieu BOCCON-GIBOD
89, Quai d'Orsay
75007 PARIS

Représentée par Me Matthieu BOCCON-GIBOD, de la SELARL LEXAVOUÉ
PARIS-VERSAILLES, avocat au barreau de PARIS, toque : C2477
Assistée de Me Hugues CALVET, de l'AARPI BREDIN PRAT, avocat au barreau de
PARIS, toque : T12

EN PRÉSENCE DE :

L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE

prise en la personne de sa Présidente
Ayant son siège social : 11 rue de l'Échelle
75001 PARIS

Représentée par M. Henri GÉNIN, dûment mandaté

MONSIEUR LE MINISTRE CHARGÉ DE L'ÉCONOMIE

TELEDOC 252 - D.G.C.C.R.F
Bât.5, 59 boulevard Vincent Auriol
75703 PARIS CEDEX 13

Représenté par M. Alexandre APEL, dûment mandaté

La société SOLAIREDIRECT, S.A.
prise en la personne de son représentant légal
inscrite au RCS de Paris sous le n° B 492 490 057
Ayant son siège social 18 rue du Quatre-Septembre
75002 PARIS

Non comparante, non représentée

COMPOSITION DE LA COUR :

L'affaire a été débattue le 28 juin 2018, en audience publique, devant la cour composée de :

- M. Olivier DOUVRELEUR, président de chambre, président
- M. Philippe MOLLARD, président
- M. Pascal CLADIÈRE, conseiller

qui en ont délibéré.

GREFFIER, lors des débats : Mme Cécile PENG

MINISTÈRE PUBLIC :

représenté lors des débats par Mme Madeleine GUIDONI, avocate générale, à laquelle l'affaire a été communiquée et qui a fait connaître son avis.

ARRÊT :

- réputé contradictoire

- rendu 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. Olivier DOUVRELEUR, président de chambre, et par Mme Véronique COUVET, greffier à qui la minute du présent arrêt a été remise par le magistrat signataire

* * * * *

Vu la décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 *relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque* ;

Vu l'arrêt de la cour d'appel de Paris n° RG 2014/02694 du 21 mai 2015 ayant partiellement infirmé cette décision ;

Vu l'arrêt de la Cour de cassation, chambre commerciale financière et économique, du 27 septembre 2017 (pourvois n° 15-20.087 et 15-20.291), ayant partiellement cassé ledit arrêt ;

Vu la déclaration de saisine après cassation déposée au greffe de la cour d'appel de Paris le 13 décembre 2017 par la société Électricité de France ;

Vu les conclusions en intervention volontaire déposées au greffe de la cour le 26 mai 2014 dans la procédure n° RG 14/02694 par la société Solairedirect ;

Vu les observations du ministre chargé de l'Économie déposées au greffe de la cour le 23 avril 2018 ;

Vu les observations de l'Autorité de la concurrence déposées au greffe de la cour le 3 mai 2018 ;

Vu le mémoire en réplique et récapitulatif déposé au greffe de la cour le 7 juin 2018 par la société Électricité de France ;

Vu l'avis écrit du ministère public en date du 26 juin 2018, communiqué le même jour à la société Électricité de France, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'Économie ;

Après avoir entendu à l'audience publique du 28 juin 2018 les conseils de la requérante, qui a été mise en mesure de répliquer et a eu la parole en dernier, ainsi que le représentant de l'Autorité de la concurrence, celui du ministre chargé de l'Économie et le ministère public ;

*
* * *

FAITS ET PROCÉDURE

1. Saisie par une plainte de la société Solairedirect, l'Autorité de la concurrence (ci-après l'« Autorité ») a notifié à la société Électricité de France (ci-après la « société EDF ») deux griefs d'abus de position dominante sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque.

2. La première branche du grief n° 1 était notamment formulée comme suit :

« Il est fait grief à EDF S.A. d'avoir abusé, sur le marché des services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque, de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels, en mettant à la disposition de ses filiales actives dans la filière photovoltaïque (EDF ENR et EDF ENR Solaire), d'une part, des moyens matériels et immatériels (marques, logos, supports de communication, moyens de référencement et de commercialisation), entre novembre 2007 et avril 2009 [...]. Cette mise à disposition s'est faite dans des conditions commerciales telles qu'elle a eu pour objet et pour effet de fausser la concurrence par les mérites sur le marché des services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque en procurant à ces filiales un avantage concurrentiel qui ne pouvait être répliqué par ses concurrents, et, au surplus, à un prix ne reflétant pas la réalité des coûts. Cette pratique est contraire à l'article L.420-2 du code de commerce et à l'article 102 TFUE. »

3. Le grief n° 2 était ainsi libellé :

« Il est fait grief à l'entreprise EDF S.A. d'avoir, de novembre 2007 à avril 2009, abusé, sur le marché des services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque, de sa position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels en utilisant des données dont elle dispose en sa qualité de fournisseur d'électricité pour

faciliter la commercialisation des offres de services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque de sa filiale EDF ENR (promotion des offres et qualification des prospects). Cette pratique a eu pour objet et pour effet de fausser la concurrence par les mérites sur le marché des services aux particuliers producteurs d'électricité photovoltaïque en procurant à cette filiale un avantage concurrentiel qui ne pouvait être répliqué. Elle est contraire à l'article L.420-2 du code de commerce et à l'article 102 TFUE. »

4. Par décision n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque, (ci-après la « décision attaquée »), l'Autorité a jugé ces deux griefs établis et a infligé à la société EDF deux sanctions de, respectivement, 9 853 000 euros, au titre à la fois de la première branche du grief n° 1 et du grief n° 2, et 3 690 000 euros, au titre de la seconde branche du grief n° 1.
5. Dans le cadre du calcul de ces sanctions, l'Autorité a majoré de 25 % le montant de base afin de tenir compte de la situation de réitération dans laquelle se trouvait la société EDF au moment des faits, compte tenu de sa précédente condamnation par la décision du Conseil de la concurrence n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public (décision attaquée, § 613 à 624, pour la première branche du grief n° 1 et le grief n° 2, et § 645, pour la seconde branche du grief n° 1).
6. Sur recours de la société EDF, la cour d'appel de Paris a, par arrêt du 21 mai 2015, jugé que l'infraction visée par la seconde branche du grief n° 1 n'était pas établie. Elle a, en revanche, rejeté l'ensemble des moyens par lesquels cette société contestait le bien-fondé de la première branche du grief n° 1 et du grief n° 2. Elle a, par ailleurs, considéré que la société EDF n'était pas en situation de réitération.
7. En conséquence, la cour a dit n'y avoir lieu à sanction au titre de la seconde branche du grief n° 1, et a fixé à 7 882 736 euros la sanction infligée au titre de la première branche du grief n° 1 et du grief n° 2.
8. Par arrêt du 27 septembre 2017 (pourvois n°s 15-20.087 et 15-20.291), la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la société EDF, mais a fait droit au pourvoi formé par le président de l'Autorité, par lequel celui-ci contestait le constat de la cour d'appel quant à l'absence d'une situation de réitération.
9. En conséquence, la Cour de cassation a cassé l'arrêt entrepris mais seulement en ce que, écartant la circonstance aggravante tirée de la réitération, il a réformé le montant de la sanction prononcée au titre de la première branche du grief n° 1 et du grief n° 2.
10. La société EDF, qui a saisi la cour d'appel après cassation, lui demande de :
 - constater que le taux de majoration de 25 % de la sanction pécuniaire au titre de la réitération qui a été retenu à son encontre par la décision attaquée, est manifestement disproportionné ;
 - en conséquence, annuler ou réformer l'article 3 de la décision attaquée en réduisant substantiellement le montant de la sanction pécuniaire et tirer ainsi toutes les conséquences de la majoration manifestement disproportionnée retenue au titre de la réitération ;
 - condamner l'Autorité au paiement de la somme de 10 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, ainsi qu'aux entiers dépens.

MOTIVATION

Sur la demande de réduction du taux de majoration

11. **La société EDF** rappelle à titre liminaire que le principe de proportionnalité s'impose à l'Autorité lorsqu'elle arrête le montant des sanctions.
12. Elle fait valoir qu'aux fins de déterminer le taux de majoration devant être appliqué au titre de la réitération, l'Autorité prend en compte plusieurs critères :
 - les différences de nature entre les pratiques primitives constatées et les nouvelles pratiques en cause ;
 - le délai écoulé entre le premier constat d'infraction et les nouvelles pratiques en cause, et,
 - le nombre de décisions antérieures constatant une infraction.
13. Selon la requérante, au regard de ces critères, le taux de majoration de 25 % qui lui a été appliqué est manifestement disproportionné.
14. Tout d'abord, la société EDF fait valoir que, même si les pratiques sanctionnées par la décision n° 00-D-47 et celles sanctionnées par la décision attaquée sont des abus de position dominante, elles présentent des caractéristiques très différentes.
15. Selon elle, en effet, par la décision n° 00-D-47, elle a été condamnée pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de l'éclairage public, en pratiquant des prix artificiellement bas dans le cadre d'appels d'offre et en concluant des conventions d'éclairage d'une durée excessive, alors que, dans la décision attaquée, elle a été sanctionnée pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché des offres de services photovoltaïques aux particuliers, en entretenant la confusion dans l'esprit des consommateurs entre son activité de service public de fourniture d'électricité et son activité de service photovoltaïque, ainsi qu'en utilisant son fichier clients pour favoriser la commercialisation des offres de sa filiale. Ces pratiques ne concerneraient donc ni les mêmes marchés, ni les mêmes clients, ni les mêmes mécanismes infractionnels.
16. Elle ajoute que les pratiques pour lesquelles elle a été sanctionnée en l'espèce présentaient un caractère inédit et novateur, de sorte qu'elle ne pouvait être considérée comme parfaitement avisée des règles de concurrence applicables à la cause. Elle fait valoir, à ce titre, que la décision attaquée aurait retenu une qualification juridique inédite, comprise comme une « *combinaison d'actions* » qui auraient eu pour objet et pour effet de fausser la concurrence, alors que la pratique décisionnelle et la jurisprudence antérieures traitaient, d'une part, les cas de confusion liés à l'utilisation de la marque et de la notoriété et, d'autre part, ceux de subventions croisées, sous deux angles distincts.
17. Ensuite, la société EDF fait valoir que plus le délai entre les deux termes de la réitération est long, plus le taux de majoration doit être réduit. Elle soutient que la pratique décisionnelle de l'Autorité confirme cette règle, l'Autorité ayant infligé un taux de majoration de 25 % dans des hypothèses où le délai était inexistant (décisions n° 12-D-08 du 6 mars 2012 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la production et de la commercialisation des endives* et n° 12-D-10 du 20 mars 2012 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'alimentation pour chiens et chats*), tandis qu'à l'inverse, dans une affaire dans laquelle le délai était de sept ans, elle a appliqué un taux de majoration de 5 % seulement (décision n° 08-D-13 du 11 juin 2008 *relative à des pratiques relevées dans le secteur de l'entretien courant des locaux*).

18. En l'espèce, le délai de sept ans qui s'est écoulé entre la décision n° 00-D-47, prononcée le 22 novembre 2000, et le début des pratiques sanctionnées par la décision attaquée, à compter de novembre 2007, aurait dû conduire l'Autorité à appliquer un taux de majoration largement inférieur à 25 %.
19. Enfin, la société EDF soutient que l'Autorité a omis de tenir compte du fait qu'elle n'avait été sanctionnée qu'une seule fois auparavant. Selon elle, en effet, il résulte de la pratique décisionnelle de l'Autorité que celle-ci applique, au titre de la réitération, un taux de majoration important lorsque l'entreprise en cause a déjà fait l'objet de plusieurs décisions d'infraction antérieures (décision n° 12-D-24 du 13 décembre 2012 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléphonie mobile à destination de la clientèle résidentielle en France métropolitaine* et n° 13-D-09 du 17 avril 2013 *relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la reconstruction des miradors du centre pénitentiaire de Perpignan*) et, à l'inverse, modère le taux de majoration lorsque l'entreprise n'a fait l'objet que d'une seule décision d'infraction antérieure (décision n° 12-D-25 du 18 décembre 2012 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport ferroviaire de marchandises*).
20. En l'espèce, la société EDF n'ayant été condamnée qu'une seule fois auparavant pour des pratiques anticoncurrentielles, le taux de majoration de 25 % qui lui a été appliqué serait disproportionné.
21. **La société Solairedirect**, qui ne comparait pas, est réputée s'en tenir aux moyens et prétentions qu'elle avait soumis, dans le cadre de son intervention volontaire, à la cour d'appel première saisie, conformément à l'article 634 du code de procédure civile, et qui concluent à la confirmation de la décision attaquée et au rejet de l'ensemble des demandes présentées par la société EDF.
22. **L'Autorité** conclut au rejet de la demande.
23. Elle fait valoir que les pratiques primitives sanctionnées et celles reprochées à la société EDF dans la présente espèce présentent de fortes similitudes tant par leur objet que par leurs effets : il s'agit dans les deux cas de pratiques d'abus de position dominante ; dans les deux cas, il est reproché à la société EDF d'avoir utilisé les avantages dont elle dispose en sa qualité d'opérateur historique pour intervenir sur des marchés concurrentiels en vue d'évincer ses concurrents de ces marchés par une limitation artificielle de leur efficacité et de leur attractivité auprès de la clientèle ; ces pratiques se sont déployées dans le même secteur d'activité, celui de l'électricité.
24. Elle ajoute que les pratiques pour lesquelles la société EDF a été condamnée par la décision attaquée ne présentaient pas un caractère inédit ou novateur.
25. Par ailleurs, l'Autorité rappelle que les sanctions pécuniaires qu'elle prononce sont nécessairement liées aux faits et au contexte propres à chaque espèce, de sorte que doivent être écartés les arguments de la société EDF invoquant une « *pratique décisionnelle* » de l'Autorité ou établissant une comparaison avec les sanctions infligées à d'autres entreprises.
26. Au demeurant, le taux de majoration de 25 % appliqué à la société EDF s'inscrirait parfaitement dans la pratique décisionnelle antérieure de l'Autorité (décision n° 15-D-10 du 11 juin 2015 *relative à des pratiques mises en œuvre par TDF sur le site de la Tour Eiffel*). S'agissant, plus particulièrement, du taux de majoration relativement bas de 10 % retenu dans la décision n° 12-D-25, précitée, l'Autorité explique qu'il s'agissait d'un cas particulier, tenant au fait qu'une unique sanction avait été infligée au titre de quatre infractions distinctes, dont une seule plaçait l'entreprise sanctionnée en situation de réitération.
27. Selon l'Autorité, le taux de majoration de 25 % retenu à l'encontre de la société EDF au titre de la réitération, est justement proportionné au comportement de cette société.

28. **Le ministre chargé de l'Économie** conclut également au rejet de la demande de la société EDF.
29. Rappelant que, aux termes du point 52 du communiqué de l'Autorité du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires (ci-après le « communiqué sanctions »), le taux de majoration pour réitération peut aller jusqu'à 50 %, le ministre fait valoir que l'application d'un taux de 25 % seulement démontre que l'Autorité a pleinement pris en compte les éléments d'appréciation prévus dans ledit communiqué.
30. Selon le ministre, les pratiques sanctionnées par la décision n° 00-D-47 et celles objet de la décision attaquée ne sont pas aussi différentes que le prétend la société EDF ; le délai qui s'est écoulé entre ces pratiques, d'une durée de sept ans, n'est pas si long et justifie l'application d'un taux de majoration de 25 % ; enfin, le fait qu'il ne s'agit que du second constat d'infraction de la part de la société EDF ne justifie pas d'atténuer ce taux, dans la mesure où cette société est une entreprise de taille importante, disposant d'infrastructures juridico-économiques qui lui permettent d'apprécier le caractère infractionnel de son comportement, de sorte que le fait qu'elle ait de nouveau enfreint l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles démontre que la première sanction qui lui avait été infligée, que le ministre juge somme tout modeste, ne l'a pas incitée à modifier son comportement.
31. Le ministre écarte les arguments de la société EDF fondée sur les précédents décisionnels, soulignant que la pratique décisionnelle antérieure de l'Autorité ne sert pas de cadre juridique aux sanctions pécuniaires infligées en matière de pratiques anticoncurrentielles.
32. **Le ministère public** conclut à la similarité des pratiques sanctionnées par, respectivement, la décision n° 00-D-47 et la décision attaquée, eu égard à leurs modalités de mise en œuvre, leur objectif et leur finalité. Il conteste par ailleurs le caractère novateur de la décision attaquée. Il écarte les arguments de la société EDF pris de la pratique décisionnelle antérieure de l'Autorité, ajoutant qu'au demeurant, le taux de majoration de 25 % s'inscrit dans cette pratique décisionnelle. Enfin, il juge que ce taux tient compte des circonstances propres à l'espèce et est proportionné à l'objectif de répression et de dissuasion poursuivi par l'Autorité.

*
* *

33. La Cour rappelle, à titre liminaire, que la réitération peut être retenue pour de nouvelles pratiques identiques ou similaires, par leur objet ou leurs effets, à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction, sans que cette qualification exige une identité quant à la pratique mise en œuvre ou quant au marché concerné.
34. Elle constate que la société EDF ne conteste désormais pas s'être trouvée en situation de réitération au moment des pratiques visées par la première branche du grief n° 1 et par le grief n° 2.
35. Par ailleurs, c'est à tort que la société EDF reproche à l'Autorité d'avoir décidé sans aucune motivation de lui imposer une majoration de 25 % au titre de la réitération. L'Autorité a en effet motivé sa décision à suffisance de droit en détaillant, aux paragraphes 614 à 624 de la décision attaquée, les éléments qu'elle a pris en compte aux fins de la fixation de ce taux de majoration.
36. Enfin, ainsi que l'ont exactement rappelé l'Autorité et le ministre, la pratique décisionnelle antérieure de l'Autorité ne sert pas de cadre juridique aux sanctions pécuniaires infligées en matière de pratiques anticoncurrentielles. En effet, les sanctions pécuniaires devant être déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionnés, leur fixation est nécessairement liée aux faits et au contexte propres à chaque espèce. Aussi convient-il d'écarter les arguments par lesquels la société EDF se fonde sur des décisions antérieures de l'Autorité pour contester le taux de majoration de 25 % retenu à son encontre au titre

de la réitération.

37. Le point 50 du communiqué sanctions est ainsi libellé :

« La réitération est une circonstance aggravante dont la loi prévoit, compte tenu de son importance particulière, qu'elle doit faire l'objet d'une prise en compte autonome, de manière à permettre à l'Autorité d'apporter une réponse proportionnée, en termes de répression et de dissuasion, à la propension de l'entreprise ou de l'organisme concerné à s'affranchir des règles de concurrence. L'existence même d'une situation de réitération démontre en effet que le précédent constat d'infraction et la sanction pécuniaire dont il a pu être assorti n'ont pas suffi à conduire l'intéressé à respecter les règles de concurrence. »

38. Aux termes du point 52 du communiqué sanctions, *« [e]n cas de réitération, le montant intermédiaire de la sanction pécuniaire, tel qu'il résulte de l'individualisation du montant de base effectuée suivant la méthode décrite à la section B ci-dessus, peut être augmenté dans une proportion comprise entre 15 et 50 %, en fonction notamment du délai séparant le début de la nouvelle pratique du précédent constat d'infraction et de la nature des différentes infractions en cause. »*

39. Il y a lieu de constater d'emblée qu'en retenant un taux de majoration de 25 %, l'Autorité a respecté son communiqué sanctions et que l'argumentation de la société EDF tend uniquement à contester le caractère proportionné de ce pourcentage au regard des spécificités de l'espèce.

40. À la lumière de l'ensemble des circonstances de l'espèce, la cour juge ledit pourcentage justifié et proportionné.

41. En premier lieu, la requérante soutient à tort que les pratiques sanctionnées par la décision n° 00-D-47 et celles sanctionnées par la décision attaquée ont des caractéristiques très différentes. Les deux constats d'infractions présentent au contraire des similitudes marquées, tant par leur objet que par leurs effets. Dans les deux cas, la société EDF a été sanctionnée pour avoir mis en œuvre des pratiques d'abus de position dominante, en violation d'un même fondement légal, à savoir les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE. Plus précisément, détenant, en sa qualité d'ancien monopole légal, une position dominante sur le marché de la fourniture d'électricité, elle a abusé de cette position sur deux marchés connexes ouverts à la concurrence, dans le premier cas, celui de l'éclairage public, dans le second cas, celui des services du secteur photovoltaïque, en recourant à des moyens étrangers à une concurrence par les mérites.

42. Dans la décision n° 00-D-47, le Conseil de la concurrence a retenu que *« les pratiques qui consistent, d'une part, à conclure avec des communes, pour l'entretien et la maintenance de leur éclairage public, des conventions d'une durée excessive par rapport à l'importance des prestations en cause et des investissements concernés, d'autre part, à insérer dans ces conventions des clauses de dénonciation qui rendent plus difficile le recours à un autre prestataire, sont constitutives d'un abus, sur le marché de l'éclairage public, de la position dominante détenue par EDF sur le marché de la distribution d'électricité »*, en ce qu'elles *« ont eu pour objet et pour effet de restreindre l'accès des concurrents au marché et sont prohibées par les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce »*. Le Conseil a, en particulier, relevé que *« les conventions en cause ont été négociées et conclues par des centres EDF-GDF Services, qui, dans le cadre du quasi monopole de la distribution d'électricité d'EDF dont ils assurent la gestion au niveau local, sont en relation constante et privilégiée avec les communes ; que ces centres bénéficient de la notoriété et de l'image d'EDF en matière de distribution de l'électricité et que ces avantages sont susceptibles de leur conférer un rôle de prescripteur auprès des communes, notamment petites et moyennes »*.

43. Aux termes de la décision attaquée, la société EDF s'est également vu reprocher d'avoir enfreint les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE, d'une part, « *en mettant à la disposition de ses filiales actives dans le secteur photovoltaïque, au surplus dans des conditions financières avantageuses, des moyens matériels et immatériels qui ont permis à ces dernières de bénéficier de son image de marque et de sa notoriété* » et, d'autre part, « *en utilisant les données dont elle dispose en sa qualité de fournisseur historique d'électricité pour faciliter la commercialisation des offres de sa filiale EDF ENR* » (article 1^{er}). Dans la décision attaquée, l'Autorité a, en effet, jugé que « *[l]es pratiques sur le marché de la fourniture de services aux producteurs résidentiels d'électricité photovoltaïque, en permettant aux filiales d'EDF de disposer d'une notoriété importante et sans équivalent sur le marché, ont perturbé le processus concurrentiel qui aurait résulté d'une compétition normale par les mérites* » (§ 591).
44. Il s'ensuit que les pratiques primitives et les pratiques nouvelles sont similaires par leur objet et leurs effets et poursuivent un objectif commun : celui de restreindre le développement des concurrents sur des marchés connexes au marché dominé, grâce aux avantages résultant, pour la société EDF, de sa situation d'opérateur historique.
45. Par ailleurs, le moyen de la requérante selon lequel les pratiques sanctionnées au cas d'espèce présenteraient un caractère inédit n'est pas fondé. Contrairement à ce que soutient la société EDF, n'a été sanctionnée qu'une pratique de confusion créée dans l'esprit des consommateurs quant au rôle des diverses entités du groupe EDF dans la filière photovoltaïque. N'ont donc pas été combinées les problématiques liées à l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété avec celles des subventions croisées. Dès lors, il ne peut être utilement reproché à l'Autorité de recourir dans la décision attaquée à « *une qualification juridique inédite* » ne respectant pas la pratique décisionnelle et la jurisprudence.
46. Au surplus, le Conseil de la concurrence puis l'Autorité ont précisé à plusieurs reprises les conditions dans lesquelles des opérateurs historiques titulaires d'anciens monopoles pouvaient diversifier leurs activités. Ils ont notamment souligné qu'il est licite, pour une entreprise publique qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'entrer sur un ou des marchés relevant de secteurs concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour restreindre ou tenter de restreindre l'accès au marché de ses concurrents en recourant à des moyens autres que la concurrence par les mérites (décision n° 02-D-63 du 8 octobre 2002 *relative à des pratiques constatées dans le secteur des télécommunications* ; décision n° 10-D-14 du 16 avril 2010 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la valorisation électrique du biogaz*, § 68).
47. S'agissant, en particulier, de l'utilisation de la marque et de la notoriété de l'opérateur historique, l'Autorité a déjà eu l'occasion d'indiquer que « *le seul fait, pour une filiale appartenant au groupe constitué par l'opérateur historique d'un marché libéralisé, de mentionner son appartenance à ce groupe ne saurait en lui-même caractériser un abus de position dominante que détiendrait l'une des entités de ce groupe. (...) C'est seulement dans des circonstances particulières, comme celles conduisant à entretenir la confusion entre une activité de service public et l'activité concurrentielle ou à tirer parti d'autres avantages spécifiques liés à l'activité de service public, qu'un [tel] abus (...) peut le cas échéant être caractérisé* » (décision n° 10-D-14, précitée, § 73).
48. Concernant de même l'utilisation croisée des bases de clientèle, le Conseil, puis l'Autorité de la concurrence ont, de manière itérative, rappelé les risques associés à l'utilisation de données collectées par un opérateur placé en situation de monopole légal dans le cadre de sa mission de service public dans le secteur concurrentiel. Le Conseil a ainsi souligné que « *le fichier des abonnés au service public de l'électricité, constitué et géré par EDF dans l'exercice de son monopole légal, par son caractère exhaustif et la nature des renseignements techniques, financiers et commerciaux qu'il comporte, représente une source d'informations à la fois précieuse et exclusive et confère à EDF, dans le contexte*

nouveau de l'ouverture du marché, un avantage important sur ses concurrents », de sorte que l'établissement public doit « s'interdire d'en faire bénéficier ses filiales et les sociétés dans lesquelles il détient des participations ainsi que les entreprises co-traitantes ou sous-traitantes œuvrant en aval sur des marchés concurrentiels » (avis n° 00-A-03 du 22 février 2000 relatif à l'acquisition de la société Clemessy par les groupes EDF, Cogema et Siemens). L'Autorité a de même précisé que « [l]'utilisation croisée des bases de clientèle par une entreprise qui dispose d'une position dominante sur le marché initial aux fins de prospector un marché cible est susceptible de constituer un comportement abusif, même si le marché cible est concurrentiel ». Notamment, « si les informations détenues par une entreprise dominante ne sont ni accessibles à ses concurrents, ni reproductibles par eux, elles constituent des informations privilégiées, dont l'exploitation est susceptible de produire des effets restrictifs de concurrence. », car « [l]'utilisation croisée de telles informations peut (...) avoir pour effet d'ériger des barrières à l'entrée sur l'un ou l'autre des marchés concernés » (avis n° 10-A-13 du 14 juin 2010 relatif à l'utilisation croisée des bases de clientèle, § 17 à 26).

49. La société EDF, dont il convient en outre de rappeler qu'elle est une entreprise puissante, dotée d'un service juridique important, doit donc être considérée comme parfaitement informée des règles qu'elle a enfreintes.
50. En deuxième lieu, la cour relève que, alors que le délai de sept ans qui s'est écoulé entre la première décision constatant une infraction au droit de la concurrence et les pratiques en cause, représente moins de la moitié du délai – de quinze ans – au-delà duquel l'Autorité renonce, conformément au point 51 de son communiqué sanctions, à opposer la réitération, l'Autorité a appliqué un taux de majoration qui se situe en dessous du milieu de la fourchette – entre 15 % et 50 % – énoncée au point 52 du communiqué sanctions.
51. Ce simple constat – dont il ne saurait être déduit que la cour exige de l'Autorité qu'elle applique un strict rapport mathématique entre délai et pourcentage – suffit pour conclure que l'Autorité a, en l'espèce, pleinement tenu compte du délai de sept ans.
52. En dernier lieu, la circonstance que la société EDF n'avait été sanctionnée qu'une seule fois auparavant n'est pas davantage de nature à remettre en cause le caractère proportionné du taux de 25 % retenu par l'Autorité.
53. La sanction dont la société EDF avait déjà fait l'objet aurait dû suffire à la dissuader de se livrer de nouveau à des pratiques anticoncurrentielles. La majoration de 25 % de la sanction qui lui a été infligée au titre des nouvelles infractions, apparaît dès lors nécessaire et proportionnée, puisque la première sanction n'a pas été suffisamment dissuasive.
54. La cour ajoute que, si la société EDF avait été sanctionnée à deux reprises, voire davantage, avant la présente espèce, elle aurait pu encourir une majoration plus importante encore.
55. Il convient donc de confirmer la décision attaquée en tant qu'elle a appliqué une majoration pour réitération de 25 % à la sanction infligée au titre à la fois de la première branche du grief n° 1 et du grief n° 2.
56. En application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, le présent arrêt sera transmis à la Commission de l'Union européenne.

Sur les demandes fondées sur l'article 700 du code de procédure civile et sur les dépens

57. La société EDF succombant en son recours, il y a lieu de rejeter sa demande fondée sur l'article 700 du code de procédure civile et de la condamner aux entiers dépens.

PAR CES MOTIFS

REJETTE la demande de la société Électricité de France S. A. en annulation ou réformation de l'article 3 de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 *relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur des services destinés à la production d'électricité photovoltaïque* ;

DIT qu'en application de l'article 15, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, le présent arrêt sera transmis par la cour à la Commission de l'Union européenne ;

REJETTE la demande de la société Électricité de France S. A. fondée sur l'article 700 du code de procédure civile ;

CONDAMNE la société Électricité de France S. A. aux dépens.

LE GREFFIER


Véronique COUVET

LE PRÉSIDENT



Olivier DOUVRELEUR