

COUR DE CASSATION

Audience publique du **27 septembre 2017**

Rejet et cassation
partielle

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 1223 FS-D

Pourvois n° U 15-20.087
R 15-20.291 **JONCTION**

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

I - Statuant sur le pourvoi n° U 15-20.087 formé par le président
de l'Autorité de la concurrence, domicilié 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

contre un arrêt rendu le 21 mai 2015 par la cour d'appel de Paris (pôle 5,
chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1^o/ à la société Electricité de France, société anonyme, dont le
siège est 22-30 avenue de Wagram, 75008 Paris,

2^o/ à la société Solaire direct, société anonyme, dont le siège
est 18 rue du Quatre Septembre, 75002 Paris,

3^o/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,
domicilié DGCCRF, bâtiment 5, 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris
cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

II - Statuant sur le pourvoi n° R 15-20.291 formé par la société Electricité de France (EDF), société anonyme,

contre le même arrêt rendu, dans le litige l'opposant :

1°/ au président de l'Autorité de la concurrence,

2°/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique,

3°/ à la société Solaire direct, société anonyme,

défendeurs à la cassation ;

Le demandeur au pourvoi n° U 15-20.087 invoque, à l'appui de son recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

La demanderesse au pourvoi n° R 15-20.291 invoque, à l'appui de son recours, les quatre moyens de cassation également annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 4 juillet 2017, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mmes Laporte, Bregeon, Darbois, Orsini, MM. Sémériva, Cayrol, Mme Champalaune, conseillers, M. Contamine, Mmes Tréard, Le Bras, M. Gauthier, conseillers référendaires, Mme Beaudonnet, avocat général, M. Graveline, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Poillot-Peruzzetto, conseiller, les observations de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Electricité de France, de la SCP Célice, Soltner, Texidor et Périer, avocat de la société Solaire direct, l'avis de Mme Beaudonnet, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Joint les pourvois n° R 15-20.291 et n° U 15-20.087, qui attaquent le même arrêt ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que la société Solaire direct, qui opère dans le secteur de la production d'électricité photovoltaïque, a saisi le Conseil de la concurrence, devenu l'Autorité de la concurrence (l'Autorité),

de pratiques d'abus de position dominante mises en oeuvre par la société Electricité de France (la société EDF) ainsi que par ses filiales, les sociétés EDF Energie nouvelle (la société EDF EN) et EDF Energies nouvelles réparties (la société EDF ENR) sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque ; que, par une décision n° 13-D-20 du 17 décembre 2013, l'Autorité a dit établi, à l'article 1^{er} de sa décision, que la société EDF avait enfreint les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), pour avoir, d'une part, entre novembre 2007 et avril 2009, mis à la disposition de ses filiales actives dans le secteur photovoltaïque, au surplus dans des conditions financières avantageuses, des moyens matériels et immatériels permettant à ces dernières de bénéficier de son image de marque et de sa notoriété et, d'autre part, utilisé les données dont elle disposait en sa qualité de fournisseur historique d'électricité pour faciliter la commercialisation des offres de sa filiale, la société EDF ENR ; qu'à l'article 2, l'Autorité a dit établi que la société EDF avait enfreint ces mêmes dispositions en mettant à la disposition de ses filiales, actives dans ce secteur, la marque et le logo EDF ENR qui leur ont permis, compte tenu des caractéristiques du marché, de bénéficier de son image de marque et de sa notoriété, entre le mois de mai 2009 et le 31 mars 2010 ; qu'elle a, en conséquence, infligé à la société EDF une sanction pécuniaire au titre de chacune de ces infractions ; que saisie d'un recours par la société EDF, la cour d'appel l'a rejeté en ce qu'il tendait à l'annulation de l'article 1^{er} de la décision, sauf en ce qui concerne le montant de la sanction infligée, qu'elle a réduit, et a dit non établie l'infraction visée à l'article 2 ;

Sur le premier moyen du pourvoi n° R 15-20.291 :

Attendu que la société EDF fait grief à l'arrêt du rejet de son recours en annulation de l'article 1^{er} de la décision alors, selon le moyen :

1°/ que seul un grief clair, précis, préalablement notifié dans les mêmes termes et sur lequel la société a pu présenter ses observations peut être retenu à son encontre par la formation de jugement de l'Autorité de la concurrence ; qu'ainsi cette dernière ne peut ni compléter, ni modifier, ni regrouper les griefs reprochés aux entreprises au stade du jugement de l'affaire ; qu'en considérant qu'aux termes du premier grief les services d'instruction ont clairement reproché à la société EDF la mise à disposition, anticoncurrentielle en tant que telle, de moyens matériels et immatériels au bénéfice de ses filiales qui ont conféré à ces dernières un avantage concurrentiel non répliquable dans la concurrence qu'elles livrent aux autres opérateurs présents dans la filière photovoltaïque, tout en constatant qu'il résulte sans la moindre ambiguïté du libellé même du grief, que les conditions financières avantageuses n'interviennent dans la qualification de la pratique en cause qu'au surplus en amplifiant l'avantage concurrentiel que

procure déjà la simple mise à disposition des moyens matériels et immatériels en cause, ce dont il résulte que les conditions financières de l'opération ont bien été prises en considération dans la qualification de la pratique, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 6 § 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L. 463-2 du code de commerce ;

2°/ que seul un grief clair, précis, préalablement notifié dans les mêmes termes et sur lequel la société a pu présenter ses observations peut être retenu à son encontre par la formation de jugement de l'Autorité de la concurrence ; qu'ainsi cette dernière ne peut ni compléter, ni modifier, ni regrouper les griefs reprochés aux entreprises au stade du jugement de l'affaire ; qu'en considérant qu'aux termes du premier grief les services d'instruction ont clairement reproché à la société EDF la mise à disposition, anticoncurrentielle en tant que telle, de moyens matériels et immatériels au bénéfice de ses filiales qui ont conféré à ces dernières un avantage concurrentiel non répliquable dans la concurrence qu'elles livrent aux autres opérateurs présents dans la filière photovoltaïque, tout en prenant en considération « l'effet anticoncurrentiel des conditions financières de mise à disposition de certains actifs » pour confirmer l'article 1^{er} de la décision déferée déclarant la société EDF coupable d'abus de position dominante, ce dont il résulte que les conditions financières de l'opération ont bien été prises en considération dans la qualification de la pratique, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 6 § 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L. 463-2 du code de commerce ;

3°/ que seul un grief clair, précis, préalablement notifié dans les mêmes termes et sur lequel la société a pu présenter ses observations peut être retenu à son encontre par la formation de jugement de l'Autorité de la concurrence ; qu'ainsi cette dernière ne peut ni compléter, ni modifier, ni regrouper les griefs reprochés aux entreprises au stade du jugement de l'affaire ; qu'en affirmant, pour considérer que les griefs notifiés étaient autonomes, qu'ils visaient chacun à appréhender des pratiques distinctes quand il ressort expressément de la décision déferée que la première branche du premier grief et le second grief ont ensuite été réunis par l'Autorité de la concurrence elle-même pour caractériser une infraction unique sanctionnée par une seule et même amende, ce dont il résulte que les pratiques visées par chacun des griefs n'étaient pas totalement distinctes l'une de l'autre, la cour d'appel a violé de plus fort les articles 6 § 3 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L. 463-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir rappelé le libellé du premier grief notifié à la société EDF, l'arrêt retient que les services d'instruction lui ont reproché, de manière claire, la mise à disposition, en tant

que telle, de moyens matériels et immatériels au bénéfice de ses filiales qui ont conféré à ces dernières un avantage concurrentiel non répliquable dans la concurrence qu'elles livrent aux autres opérateurs présents dans la filière photovoltaïque ; qu'il relève que la précision apportée dans le corps de la notification des griefs, selon laquelle aucune subvention de la part de la société EDF au profit de sa filiale EDF ENR n'a été identifiée, confirme que la référence aux conditions financières dans lesquelles cette mise à disposition est intervenue avait pour seule finalité de souligner l'importance des avantages conférés ; qu'en l'état de ces motifs, dont il ressort que la référence à ces circonstances permettait d'apprécier l'ampleur de la perturbation occasionnée, mais restait sans incidence sur la qualification de la pratique reprochée, fondée sur un abus de position dominante, la cour d'appel, qui n'a pas méconnu les conséquences légales de ses constatations, a pu retenir que la société EDF avait été en mesure de déterminer la portée du premier grief qui lui a été notifié ;

Et attendu, en second lieu, que la cour d'appel ayant retenu que chacun des griefs avait été notifié et était dépourvu d'ambiguïté et que la société EDF avait été en mesure de présenter ses observations, la troisième branche, qui critique leur regroupement dans la décision au sein d'un même article, est sans portée ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le deuxième moyen du même pourvoi :

Attendu que la société EDF fait grief à l'arrêt de lui infliger une sanction au titre de l'infraction visée par l'article 1^{er} de la décision alors, selon le moyen :

1°/ que tout justiciable doit être mis en mesure de connaître, à l'avance, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes ou omissions sont susceptibles d'engager sa responsabilité pénale ou quasi-pénale ; qu'en reprochant à la société EDF d'avoir mis en oeuvre des actions en elles-mêmes licites mais qui constitueraient un abus de position dominante en raison de leur seul cumul, la cour d'appel qui a méconnu les principes de légalité des délits et des peines et de sécurité juridique, a violé les articles 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

2°/ que constitue une subvention croisée le fait pour un opérateur historique d'utiliser la rente générée par son activité exercée en monopole pour conquérir des parts de marché ou compenser des pertes sur

un segment d'activité ouvert à la concurrence ; que le juge ne peut établir qu'un opérateur historique a utilisé les moyens de son monopole à des conditions avantageuses qu'en se livrant à des tests de coûts précis admis par la doctrine économique ; qu'en refusant d'appliquer le standard de preuve applicable en cas de subventions croisées, en se fondant exclusivement, sur la notification des griefs et le rapport pour considérer que les conditions financières de la mise à disposition par la société EDF au profit de sa filiale photovoltaïque de moyens matériels et immatériels ayant permis à cette dernière d'utiliser son image de marque et sa notoriété pour commercialiser ses offres photovoltaïques « ne constituent (...) pas des éléments constitutifs de l'infraction » quand l'article 1^{er} de la décision de l'Autorité de la concurrence confirmée par l'arrêt attaqué reproche in fine expressément à la société EDF d'avoir commis un abus de position dominante 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 », ce qui suffit à démontrer que les conditions financières prétendument avantageuses de cette mise à disposition ont bien été prises en compte au titre des éléments constitutifs de l'infraction pour laquelle la société EDF a été condamnée, sans pour autant appliquer le test économique permettant d'établir l'existence d'une subvention croisée, la cour d'appel a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

3°/ qu'en affirmant que les conditions financières avantageuses de la mise à disposition par la société EDF au profit de sa filiale photovoltaïque de moyens matériels et immatériels ayant permis à cette dernière d'utiliser son image de marque et sa notoriété pour commercialiser ses offres photovoltaïques « ne constituent (...) pas des éléments constitutifs de l'infraction » mais sont seulement appréhendées en ce qu'elles amplifient les effets des pratiques tout en considérant par ailleurs que ces conditions financières avaient eu un effet anticoncurrentiel sur le marché, ce qui ôte tout caractère surabondant à ces constatations, la cour d'appel a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

4°/ qu'en affirmant que les conditions financières de la mise à disposition de moyens par la société EDF sont seulement appréhendées en ce qu'elles amplifient les effets des pratiques, tout en constatant au sujet des conditions financières de la mise à disposition de la marque après mai 2009, que la société EDF « requérante ne peut être sérieusement contredite lorsqu'elle affirme que la mise à disposition d'actifs qui vient nécessairement la compenser ne saurait, en soi, l'amplifier », la cour d'appel a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

5°/ que commet un abus de position dominante par octroi de conditions financières avantageuses l'opérateur historique qui utilise la rente

générée par son activité exercée en monopole pour conquérir directement ou par l'intermédiaire de ses filiales, des parts d'un marché distinct ouvert à la concurrence en proposant des prix prédateurs ; qu'en confirmant l'article 1^{er} de la décision déferée ayant dit que la société EDF avait commis un abus de position dominante en mettant notamment 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, tout en admettant que les prix pratiqués par les filiales photovoltaïques de la société EDF étaient supérieurs à ceux de la concurrence si bien qu'aucun prix abusivement bas ne pouvait leur être reproché, ce qui suffit à démontrer que la mise à disposition de moyens dans des conditions prétendument avantageuses n'avait pas été utilisée à des fins de prédation, la cour d'appel a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

6°/ qu'en reprochant à la société EDF d'avoir permis à sa filiale active dans la filière photovoltaïque, EDF ENR, de bénéficier, entre novembre 2007 et avril 2009 de son image de marque et de sa notoriété en entretenant la confusion dans l'esprit des consommateurs entre son activité de fournisseur d'électricité et celle de ses filiales, leur procurant ainsi un avantage non répliquable par les concurrents de ces filiales, tout en admettant que « l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique ne constitue pas un abus en soi », la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

7°/ qu'en se bornant à reprocher à la société EDF d'avoir permis à sa filiale active dans la filière photovoltaïque, EDF ENR, de bénéficier, entre novembre 2007 et avril 2009 de son image de marque et de sa notoriété en entretenant la confusion dans l'esprit des consommateurs entre son activité de fournisseur d'électricité et celle de ses filiales, leur procurant ainsi un avantage non répliquable par les concurrents de ces filiales, tout en admettant que « l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique (...) ne peut devenir anticoncurrentielle qu'au vu des circonstances particulières de sa mise en oeuvre », la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

8°/ qu'en affirmant que « l'Autorité a exactement constaté (...) que l'avantage concurrentiel des marques et logos du groupe EDF est accru par les caractéristiques du marché en cause, dès lors que le secteur de l'énergie photovoltaïque est essentiellement composé de petites et moyennes entreprises qui ne sont pas en mesure d'acquérir, dans un horizon temporel raisonnable, une notoriété susceptible de concurrencer celle du groupe EDF, lequel détient celle-ci non du fait des mérites de ses

services sur la filière photovoltaïque mais du fait de sa position d'opérateur historique sur le marché de la fourniture d'électricité », avant d'admettre que « s'agissant des caractéristiques de l'offre, (...) l'Autorité ne démontre pas que les opérateurs de petite et moyenne taille ne disposant pas d'une marque notoire auraient rencontré des difficultés spécialement au regard de leurs parts de marchés comprises entre 85 et 99 % depuis 2007 et alors qu'à partir du moratoire de 2010, ainsi que le reconnaît la décision les consommateurs se sont orientés vers les artisans locaux », la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

9°/ que l'utilisation par un opérateur historique des informations relatives aux seules coordonnées de ses clients obtenues dans le cadre de son ancien monopole ne lui procure pas un avantage concurrentiel indu lorsque ces informations sont commercialisées pour un coût raisonnable par de nombreux acteurs sur le marché des bases de données librement accessibles notamment sur internet ; qu'en affirmant, pour reprocher à la société EDF d'avoir abusé de sa position dominante, que les seuls noms et coordonnées des clients de la société EDF communiqués à sa filiale photovoltaïque constituaient des données stratégiques non répliquables dans des conditions économiquement raisonnables, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt relève qu'en mettant à la disposition de ses filiales un ensemble de moyens matériels et immatériels entre novembre 2007 et avril 2009 et en permettant à celles-ci de bénéficier de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique, la société EDF a entretenu la confusion dans l'esprit des consommateurs entre son activité de fournisseur d'électricité et celles de ses filiales, leur procurant ainsi un avantage non répliquable par leurs concurrents ; qu'il ajoute que l'utilisation des informations privilégiées, détenues de manière exclusive par la société EDF au titre de son ancien monopole et de ses missions de service public, a constitué un avantage concurrentiel significatif pour la société EDF ENR en lui permettant d'assurer la promotion de ses offres auprès d'un nombre élevé de prospects dans des conditions non répliquables par ses concurrents ; qu'il retient enfin que le nombre, le cumul et l'interaction des comportements anticoncurrentiels mis en oeuvre en même temps constituent un facteur devant être pris en compte au titre de la gravité des faits ; qu'en l'état de ces motifs, dont il résulte que le cumul des pratiques n'a pas été pris en considération au stade de la qualification de la pratique prohibée mais de la détermination de la sanction pour en apprécier la gravité, la cour d'appel n'a méconnu aucun des textes et principes invoqués ;

Attendu, en deuxième lieu, que, la cour d'appel ayant constaté que la notification des griefs n'avait pas identifié de pratique de subventions

croisées et que le rapport avait confirmé qu'une telle pratique n'était pas reprochée à la société EDF, le moyen, qui, en ses deuxième, troisième et quatrième branches, procède du postulat contraire, est inopérant ;

Attendu, en troisième lieu, que, la cour d'appel n'ayant pas dit que la mise à disposition des moyens matériels et immatériels par la société EDF à ses filiales avait été utilisée à des fins de prédation, le moyen manque en fait en sa cinquième branche ;

Attendu, en quatrième lieu, que l'arrêt énonce que l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique ne constitue pas un abus en soi, mais peut devenir anticoncurrentielle au vu des circonstances particulières de sa mise en oeuvre ; qu'il constate l'existence d'un avantage intrinsèque associé à l'appartenance au groupe EDF de ses filiales actives dans la filière photovoltaïque, résultant de la qualité d'opérateur historique de la société EDF, accru par les caractéristiques d'un marché composé de petites et moyennes entreprises, incapables d'asseoir, en un délai raisonnable, une notoriété susceptible de concurrencer celle de la société EDF ; qu'il relève qu'à l'époque des pratiques, la marque "EDF" jouait un rôle déterminant dans le choix, par un particulier, de son prestataire de services photovoltaïques, l'image de marque de ce prestataire constituant, plus que le prix, un élément déterminant ; qu'il relève encore, par motifs adoptés, qu'a été mis en place un système de commercialisation des offres photovoltaïques dans lequel l'ensemble des moyens de communication à la disposition de la société EDF ont été mobilisés pour orienter les particuliers susceptibles d'être intéressés par le photovoltaïque vers l'offre de service "Conseil Energie Solaire" proposée par ses filiales ; qu'en cet état, la cour d'appel a pu retenir que la mise à disposition litigieuse, qui entretenait la confusion dans l'esprit des consommateurs entre son activité de fournisseur d'électricité et celle de ses filiales et procurait ainsi à ces dernières un avantage concurrentiel non répliquable par leurs concurrents, caractérisait un abus de position dominante ;

Attendu, en cinquième lieu, qu'il ne peut être reproché à la cour d'appel, qui a retenu que le changement de cadre réglementaire avait joué un rôle important dans l'évolution du marché à partir de la fin de l'année 2009, de ne pas avoir tenu compte de cette modification pour analyser la pratique incriminée sur une période antérieure ;

Et attendu, en sixième lieu, que, la cour d'appel n'ayant pas dit que les informations relatives aux clients acquises par la société EDF ENR étaient commercialisées pour un coût raisonnable par de nombreux acheteurs sur le marché des bases de données, ni que ces données étaient librement accessibles, le moyen, en sa neuvième branche, manque en fait ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Sur le troisième moyen du même pourvoi :

Attendu que la société EDF fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ qu'en affirmant, pour considérer que l'abus de position dominante reproché à la société EDF avait eu des effets anticoncurrentiels sur le marché qu'il « a été établi que la société EDF a asséché le marché des prospects en se servant de moyens non répliquables par ses concurrents, ce qui a entraîné une croissance très significative de la société EDF ENR ne reflétant pas une croissance par les mérites », après avoir constaté que « -s'agissant des caractéristiques de l'offre, que l'Autorité ne démontre pas que les opérateurs de petite et moyenne taille ne disposant pas d'une marque notoire auraient rencontré des difficultés spécialement au regard de leurs parts de marchés comprises entre 85 et 99 % depuis 2007 », la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

2°/ qu'en refusant expressément de vérifier si les actifs mis par la société EDF à la disposition de sa filiale étaient ou non indispensables aux autres concurrents, après avoir admis que « s'agissant des caractéristiques de l'offre, que l'Autorité ne démontre pas que les opérateurs de petite et moyenne taille ne disposant pas d'une marque notoire auraient rencontré des difficultés spécialement au regard de leurs parts de marchés comprises entre 85 et 99 % depuis 2007 » la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

3°/ qu'en considérant que si les pratiques relevées à l'encontre de la société EDF ne présentaient pas d'objet anticoncurrentiel, l'Autorité de la concurrence avait caractérisé à suffisance de droit les effets anticoncurrentiels réels des pratiques incriminées, tout en déniait à la société EDF le droit de chercher à établir le nombre de clients qui se seraient effectivement tournés vers les concurrents de la société EDF ENR en l'absence des pratiques reprochées à la société EDF, ce qui interdisait toute analyse des effets anticoncurrentiels réels ou avérés, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

4°/ qu'en se bornant à affirmer, pour dénier à la société EDF le droit de déterminer le nombre de clients qui se seraient effectivement tournés vers les concurrents de la société EDF ENR en l'absence des pratiques reprochées « qu'un tel calcul est, d'un côté, impossible à réaliser

avec des résultats fiables et, de l'autre, inutile pour l'appréciation des effets des pratiques », la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à caractériser l'existence des effets anticoncurrentiels réels des pratiques en cause, a privé sa décision de base légale au regard des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt relève que la société EDF ENR, bien qu'ayant été presque totalement absente du marché en 2007, a connu une forte progression en dix-huit mois pour devenir, en 2010, le premier acteur sur le marché, tandis que les parts de marché de ses concurrents sont demeurées très inférieures aux siennes et leur progression comparativement moins rapide ; qu'il retient que, sans qu'il soit utile de rechercher le nombre de clients qui se seraient tournés vers les concurrents en l'absence de ces pratiques, la société EDF a asséché le marché des prospects par des moyens non replicables par ses concurrents, ce qui a entraîné une croissance significative de la société EDF ENR non fondée sur ses mérites ; que de ces constatations et appréciations, justifiant légalement sa décision, la cour d'appel a pu déduire l'existence d'effets tant réels que potentiels de restriction de concurrence ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le quatrième moyen du même pourvoi :

Attendu que la société EDF fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1°/ qu'il résulte des propres énonciations de l'arrêt attaqué que le paragraphe 37 du communiqué sanctions du 16 mai 2011 précité ne permet à l'Autorité de la concurrence de déroger à la règle du dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction pour évaluer la valeur des ventes que lorsque celui-ci ne constitue manifestement pas une référence représentative ; qu'en affirmant, pour valider la dérogation appliquée en l'espèce par l'Autorité de la concurrence que « l'année 2008 ne semble pas représentative », la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à établir que le dernier exercice comptable complet 2008 ne constitue manifestement pas une référence représentative, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

2°/ que la société EDF avait précisément fait valoir dans son mémoire en réplique que la gravité de l'infraction relative à la première branche du premier grief et au second grief ne peut pas être appréciée sans tenir compte, comme le souligne le ministre, de l'absence d'objet anticoncurrentiel de cette pratique, ce qui ne permet pas de la ranger parmi les infractions les plus graves ; qu'en se bornant à affirmer, pour apprécier la gravité du comportement à sanctionner que les pratiques en cause sont

traditionnellement qualifiées par les autorités de concurrence et les juridictions européennes et nationales de graves, voire de très graves lorsqu'elles sont mises en oeuvre par une entreprise en situation de position dominante et a fortiori, en situation de monopole ou de quasi-monopole, sans répondre à ces conclusions déterminantes démontrant la nécessité absolue d'apprécier la gravité de la pratique selon qu'elle présente ou non un objet anticoncurrentiel, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°/ que les pratiques d'éviction les plus graves sont les pratiques d'éviction tarifaire consistant pour le titulaire d'un monopole légal à utiliser sa rente financière pour pratiquer un prix abusivement bas sur un marché connexe ouvert à la concurrence ; qu'en affirmant péremptoirement que les pratiques d'éviction sont traditionnellement qualifiées par les autorités de concurrence et les juridictions européennes et nationales de graves, voire de très graves lorsqu'elles sont mises en oeuvre par une entreprise en situation de position dominante et a fortiori, en situation de monopole ou de quasi-monopole, sans distinguer selon la pratique en cause bien qu'elle ait admis en l'espèce qu'il ne pouvait pas être reproché à la société EDF une quelconque éviction tarifaire, la cour d'appel qui a statué par des motifs généraux impropres à établir la gravité de la pratique en cause, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4°/ que le dommage à l'économie ne peut pas être présumé ; qu'il incombe donc à l'Autorité de concurrence de démontrer l'existence du dommage à l'économie et d'en déterminer l'importance par une analyse concrète de la situation concurrentielle du secteur en cause ; qu'en se bornant, en ce qui concerne les caractéristiques économiques du secteur, à confirmer la motivation de l'Autorité de la concurrence ne faisant état que du caractère émergent du secteur photovoltaïque, de l'atomicité de l'offre et de l'irréversibilité de l'investissement à réaliser, la cour d'appel qui a statué par des considérations générales insuffisantes à caractériser le dommage à l'économie, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

5°/ que la société EDF avait expressément fait valoir, dans son mémoire en réplique, que pour déterminer le dommage à l'économie, l'ampleur des pratiques visées par la première branche du premier grief et le second grief, devait être examinée en tenant compte non seulement du nombre de destinataires de la Lettre Bleu Ciel mais aussi des effets bénéfiques et pro concurrentiels de la présence de la société EDF dans le développement de la filière photovoltaïque en France ; qu'en se bornant à affirmer sur l'ampleur des pratiques reprochées, que l'impact de la Lettre Bleu Ciel qui avait pu toucher tous les consommateurs a été parfaitement caractérisée par l'Autorité de la concurrence, sans répondre au moyen

déterminant précité démontrant que la présence de la société EDF sur le marché photovoltaïque avait également été bénéfique au développement du secteur, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

6°/ que les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient ; qu'en considérant que la première branche du premier grief et le second grief, formaient en réalité une infraction unique après avoir affirmé que chacun de ces griefs visaient à appréhender des pratiques distinctes, la cour d'appel qui a artificiellement aggravé la pratique incriminée et la sanction pécuniaire encourue par la société EDF, a méconnu le principe de proportionnalité des peines et violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

7°/ que la seule puissance économique de la société EDF et du groupe auquel elle appartient ne constitue pas par elle-même une cause personnelle d'aggravation de la sanction ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir retenu, par motifs propres et adoptés, que les effets des pratiques sont davantage caractérisés en 2009, les ventes de la société EDF ENR ayant triplé entre 2008 et 2009, l'arrêt relève qu'un délai de quatre mois existe entre la vente et l'installation d'un projet photovoltaïque, tandis que le chiffre d'affaires est retenu, en comptabilité, à la date de l'installation du projet ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a approuvé l'Autorité d'avoir écarté le dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction pour retenir celui d'une année, plus approprié, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, en deuxième lieu, que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, que les pratiques reprochées à la société EDF ont consisté à mettre en oeuvre un cumul d'actions visant à favoriser l'activité de ses filiales opérant sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque, ayant eu pour effet, au moins potentiel, d'entraver le développement des opérateurs concurrents sur le marché en cause, voire de les évincer ; qu'il relève que les pratiques d'éviction sont traditionnellement qualifiées de graves, voire de très graves lorsqu'elles sont mises en oeuvre par une entreprise en position dominante, et a fortiori en situation de monopole ou de quasi-monopole, et que la pratique en cause, ayant consisté à utiliser des bases de données commerciales issues d'une situation de monopole légal, est d'une particulière gravité ; qu'il constate que les comportements litigieux procèdent d'une volonté délibérée de bâtir une stratégie marketing globale et cohérente ; qu'il ajoute que ces pratiques ont été mises en oeuvre par

l'opérateur historique de l'électricité en France, qui avait, par son statut, la responsabilité particulière de ne pas entraver l'entrée et le développement d'opérateurs concurrents sur un marché connexe émergent ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a répondu, en les écartant, aux conclusions invoquées par la deuxième branche, a légalement justifié sa décision au titre de la gravité des pratiques retenues ;

Attendu, en troisième lieu, que, par motifs propres et adoptés, l'arrêt énonce que, pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, il convient de tenir compte notamment de l'ampleur de l'infraction, caractérisée par sa couverture géographique ou par la part de marché cumulée des participants sur le secteur ou le marché concerné, sa durée, ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que les caractéristiques économiques pertinentes du secteur ou du marché concerné ; qu'il relève que l'ampleur des pratiques résulte tant de la lettre "Bleu ciel" que des factures d'électricité, qui font état du service "Conseil Energie Solaire" et du numéro auquel il est accessible, qui ont été adressées à l'ensemble des clients de la société EDF résidant en France, soit la quasi-totalité des clients potentiels de la société EDF ENR ; qu'il ajoute que les campagnes de communication radiophoniques ou télévisuelles relatives à ce service ont été diffusées sur tout le territoire national et ont donc pu toucher tous les consommateurs ; qu'il retient que le secteur en cause est un marché émergent, caractérisé par l'atomicité de l'offre et la prépondérance d'acteurs de petite taille ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, procédant d'une analyse concrète de l'incidence économique de la pratique en cause, la cour d'appel, qui a répondu, en les écartant, aux conclusions invoquées à la cinquième branche, a légalement justifié sa décision ;

Attendu, en quatrième lieu, que sous le couvert du grief infondé de violation de la loi, le moyen, en sa sixième branche, ne tend qu'à remettre en cause l'appréciation souveraine, par les juges du fond, des éléments propres à déterminer la proportionnalité de la sanction ;

Et attendu, enfin, que, la société EDF n'ayant pas contesté, dans ses écritures d'appel, l'ajustement à la hausse, au titre de sa puissance économique et de celle du groupe auquel elle appartient, de la sanction pécuniaire qui lui a été infligée, le moyen, en sa septième branche, est nouveau, et mélangé de fait et de droit ;

D'où il suit que le moyen, irrecevable en sa dernière branche, n'est pas fondé pour le surplus ;

Mais sur le moyen unique du pourvoi n° U 15-20.087 :

Vu l'article L. 464-2 du code de commerce ;

Attendu que la circonstance aggravante fondée sur la réitération de pratiques anticoncurrentielles 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 n'exige une identité quant à la pratique mise en oeuvre ou quant au marché concerné ;

Attendu que pour écarter la circonstance aggravante tirée de la réitération et dire qu'il n'y a pas lieu de procéder, de ce chef, à une majoration de la sanction infligée au titre du premier grief, l'arrêt retient que les pratiques mises en oeuvre, par leur combinaison et leur ampleur, ont permis à la société EDF ENR d'acquérir très rapidement une position significative sur le marché grâce à des moyens que ne pouvaient répliquer ses concurrents, faussant ainsi la concurrence par les mérites, de sorte qu'elles ne sont ni identiques ni similaires, par leur objet ou leur effet, à celles pour lesquelles la société EDF avait été précédemment sanctionnée pour avoir proposé, dans le cadre de l'obtention de la concession de la distribution d'électricité de la ville de Tourcoing, une offre concernant l'éclairage public de la ville à un prix particulièrement bas ; qu'il ajoute que la ville a été dissuadée de procéder à un appel d'offres et que la société EDF a emporté ce marché ; qu'il relève encore que cette dernière a été sanctionnée pour avoir, en outre, conclu 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 et qui comportaient des clauses de dénonciation, rendant le recours à un autre prestataire plus difficile ;

Qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que la société EDF avait été sanctionnée par une décision n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 pour avoir enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce au titre de pratiques ayant, également, eu pour effet de permettre à un opérateur dominant d'évincer des concurrents d'un marché, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

Rejette le pourvoi n° R 15-20.291 ;

Et sur le pourvoi n° U 15-20.087 :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce que, écartant la circonstance aggravante tirée de la réitération, il réforme le montant de la

sanction prononcée au titre de l'article 1^{er} de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-20 du 17 décembre 2013 et inflige, en conséquence, à la société EDF une sanction de 7 882 736 euros au titre de l'infraction visée par cet article 1^{er}, l'arrêt rendu le 21 mai 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ; remet, en conséquence, sur ces points, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Paris, autrement composée ;

Condamne la société Electricité de France aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, la condamne à payer au président de l'Autorité de la concurrence et à la société Solaire direct la somme de 3 000 euros chacun et rejette ses demandes ;

Vu l'article R. 470-2 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec accusé de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-sept septembre deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat aux Conseils, pour le président de l'Autorité de la concurrence (demandeur au pourvoi n° U 15-20.087).

IL EST FAIT GRIEF à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir réformé la décision de l'Autorité de la concurrence en ce qui concerne le montant de la sanction pécuniaire infligée à la société EDF au titre des pratiques visées par l'article 1er de la décision déferée et d'avoir infligé à la société EDF une sanction pécuniaire réduite à la somme de 7.882.736 euros au titre des pratiques visées par l'article 1er de la décision n° 13-D-20 de l'Autorité de la concurrence du 17 décembre 2013 ;

AUX MOTIFS QUE sur la sanction infligée au titre de la première branche du premier grief et du second grief [...] en ce qui concerne la prise en compte des circonstances propres à EDF [...] en ce qui concerne la réitération : il est rappelé que la réitération, qui est visée de façon autonome par le I de l'article L. 464-2 du code de commerce, constitue une circonstance aggravante que l'Autorité peut prendre en compte en augmentant le montant de la sanction de manière à lui permettre d'apporter une réponse proportionnée, en termes de répression et de dissuasion, à la propension de l'entreprise ou de l'organisme à s'affranchir des règles de concurrence ; que la décision rappelle à bon droit (paragraphe 615) que la réitération peut être retenue lorsque quatre conditions sont réunies : - une précédente infraction aux règles de concurrence doit avoir été constatée avant la fin de la commission des nouvelles pratiques ; - ces dernières doivent être identiques ou similaires, par leur objet ou leur effet, à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction ; - ce dernier doit être devenu définitif à la date à laquelle l'Autorité statue sur les nouvelles pratiques ; - le délai écoulé entre le précédent constat d'infraction et le début des nouvelles pratiques doit être pris en compte pour appeler une réponse proportionnée à la propension de l'entreprise à s'affranchir des règles de concurrence ; que l'Autorité a estimé qu'EDF se trouvait dans une situation de réitération justifiant, dans les circonstances de l'espèce, une majoration de 25 % de sa sanction, en se référant à un constat antérieur d'infraction résultant d'une décision du Conseil de la concurrence n° 00-D-47 du 22 novembre 2000 l'ayant sanctionnée pour avoir enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ; que EDF soutient que les conditions permettant à l'Autorité de constater la réitération ne sont pas réunies en l'espèce, dès lors que les pratiques en cause dans la décision précitée du Conseil de la concurrence du 22 novembre 2000 sont radicalement différentes de celles visées dans la présente affaire ; que EDF a été précédemment sanctionnée par le Conseil pour avoir proposé, dans le cadre de l'obtention de la concession de la distribution d'électricité de la ville de Tourcoing, une offre concernant l'éclairage public de la ville à un prix

particulièrement bas, ce qui a dissuadé la ville de procéder à un appel d'offres pour cette prestation et a permis à EDF d'emporter ce marché qui, en outre, avait été conclu pour une période de dix ans renouvelable par tacite reconduction ; que, dans la même décision, il lui avait également été reproché d'avoir conclu 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 et d'avoir inséré dans ces conventions des clauses de dénonciation qui rendaient plus difficile le recours à un autre prestataire ; que l'Autorité retient que les pratiques sanctionnées avaient ainsi pour objet ou pour effet de permettre à un opérateur dominant d'évincer des concurrents du marché et que, même si les marchés affectés sont différents, les infractions déjà constatées visaient ainsi le même type de restriction de concurrence que celui qui a été constaté dans la présente affaire, à savoir évincer les concurrents et donc entraver leur développement ; que cependant, dans la présente affaire, l'Autorité a constaté (paragraphe 510 de la décision) : - que les pratiques mises en oeuvre, par leur combinaison et leur ampleur, ont permis à EDF ENR d'acquérir très rapidement une position significative sur le marché grâce à des moyens que ne pouvaient répliquer ses concurrentes, faussant ainsi la concurrence par les mérites ; - que les actions mises en oeuvre par EDF ont eu pour effet de réduire la clientèle potentielle des concurrents d'EDF ENR et de les marginaliser à un stade de développement du marché où l'acquisition de cette clientèle était importante pour leur rentabilité et leur réputation que les nouvelles pratiques visées dans la présente espèce ne sont ainsi identiques ou similaires, par leur objet ou leur effet, à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction ; que dès lors EDF ne se trouvait pas dans une situation de réitération justifiant une majoration de 25 % de la sanction ; qu'il résulte de ce qui précède que la sanction infligée à EDF devra être réduite à la somme de 7.882.736 euros ;

ALORS QUE la commission de pratiques anticoncurrentielles identiques ou similaires, par leur objet ou par leur effet, à des pratiques anticoncurrentielles qui ont donné lieu à un précédent constat d'infraction, justifie l'aggravation de la sanction pécuniaire ; qu'après avoir constaté que la société EDF avait commis des abus de position dominante en raison de ses actions qui avaient notamment « eu pour effet de réduire la clientèle potentielle des concurrents » de sa filiale EDF ENR (arrêt, p. 20 § 2 et 26 in fine), la cour d'appel a relevé que la société EDF avait déjà été sanctionnée sur le fondement de la prohibition des abus de position dominante pour avoir inséré dans des contrats conclus avec des collectivités territoriales des clauses de dénonciation qui « rendaient plus difficile le recours à un autre prestataire », afin d'évincer ses concurrents (arrêt, p. 26 § 6) ; qu'en jugeant néanmoins que « les nouvelles pratiques visées dans la présente espèce n'[étaient] ainsi [pas] identiques ou similaires, par leur objet ou leur effet, à celles ayant donné lieu au précédent constat d'infraction » (arrêt, p. 27 § 1),

la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article L. 464-2 du code de commerce.

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Electricité de France (demanderesse au pourvoi n° R 15-20.291).

PREMIER MOYEN DE CASSATION (absence de clarté des griefs)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir d'abord rejeté le recours de la société EDF en ce qu'il tend à l'annulation de l'article 1er de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-20 du 17 décembre 2013,

AUX MOTIFS QUE sur la formulation des griefs : en ce qui concerne les prétendues contradictions internes au premier grief : EDF maintient, en premier lieu, qu'il ne ressort pas clairement de la notification des griefs, s'il lui est reproché la mise à disposition de moyens matériels et immatériels (marques, personnels) sans contreparties financières reflétant la réalité des coûts (pratique dite de « subvention croisée») ou, en soi, le seul fait pour EDF ENR d'utiliser la marque et le logo du groupe EDF et/ou d'avoir eu recours à EDF pour la prospection et la commercialisation de ses offres photovoltaïques et/ou d'avoir promu ses offres sous la marque « Bleu Ciel d'EDF », indépendamment de toute subvention croisée, ces imprécisions et contradictions internes ne lui ayant pas permis de comprendre précisément l'étendue et la qualification des pratiques alléguées, ce qui a violé de façon irrémédiable l'exercice des droits de la défense ; qu'il est rappelé : - que le libellé du premier grief précise que la « mise à disposition [des moyens matériels et immatériels] s'est faite dans des conditions commerciales telles qu'elle a eu pour objet et pour effet de fausser la concurrence (...) en procurant à ces filiales un avantage qui ne pouvait être répliqué par ses concurrents, et, au surplus, à un prix ne reflétant pas la réalité des coûts » ; - que, dans le corps même de la notification des griefs, il est indiqué qu'« il apparaît difficile d'identifier une quelconque subvention de la part d'EDF au profit de sa filiale EDF ENR », étant observé que cette position est réitérée au stade du rapport ; qu'aux termes de ce premier grief, les services d'instruction reprochent ainsi clairement à EDF la mise à disposition, anticoncurrentielle en tant que telle, de moyens matériels et immatériels au bénéfice de ses filiales qui ont conféré à ces dernières un avantage concurrentiel non répliquable dans la concurrence qu'elles livrent aux autres opérateurs présents dans la filière photovoltaïque et qu'ainsi que cela résulte sans la moindre ambiguïté du libellé même du grief, les conditions financières avantageuses n'interviennent dans la qualification de la pratique en cause qu'au surplus en amplifiant l'avantage concurrentiel que procure déjà la simple mise à disposition des moyens matériels et immatériels en cause ; que le grief est ainsi clair et exempt de la confusion alléguée et que le moyen sera rejeté ;

QU'en ce qui concerne la prétendue absence d'autonomie du second grief, la requérante soutient que l'existence d'un grief autonome relatif à

l'utilisation de la base de données est maintenue dans la décision attaquée au motif que même si certains faits concernés par le premier grief peuvent se recouper avec ceux visant le second grief, « il s'agit, à chaque fois, d'appréhender des pratiques distinctes » ; que EDF reproche précisément à l'Autorité d'avoir introduit une distinction artificielle conduisant à une aggravation de la sanction dès lors : - que les deux griefs notifiés reprochent à EDF l'utilisation d'actifs matériels et immatériels au bénéfice de sa filiale, EDF ENR, l'utilisation des coordonnées des clients pour l'envoi des factures et des lettres Bleu Ciel apparaissant être uniquement comme un des moyens de promotion, supports du premier grief ; - que l'Autorité admet l'absence d'autonomie du second grief en analysant ensemble la première branche du premier grief et le second grief au stade des effets et de l'appréciation de la sanction ; que (cependant), contrairement à ce qui est soutenu, si certains faits concernés par le premier grief peuvent se recouper avec ceux visant le second grief, il s'agit bien à chaque fois, ainsi que l'a exactement constaté l'Autorité (paragraphe 209 à 212 de la Décision), d'appréhender des pratiques distinctes ; qu'en effet, aux termes du premier grief, il est reproché à EDF d'avoir mis en place le « Conseil Energie Solaire » dont la promotion a été assurée par de nombreux supports au moyen de la marque Bleu Ciel commune à tous les services de EDF et qui avait pour objectif de capter et d'orienter la clientèle intéressée par la production d'électricité photovoltaïque vers les offres photovoltaïques d'EDF ENR, alors, qu'en revanche, le second grief vise la pratique d'EDF ayant consisté à fournir à ses propres agents prodiguant le Conseil Energie Solaire au 3929, des informations sur cette clientèle afin de mieux qualifier le prospect ; que de même EDF est mise en cause au titre du premier grief pour avoir assuré la promotion des offres d'EDF ENR sur différents supports utilisant la marque commune Bleu Ciel, tels que la Lettre Bleu Ciel et les factures d'électricité qui sont adressées à l'ensemble de la clientèle résidentielle alors que, pour sa part, le second grief ne concerne que l'utilisation par EDF de sa base de données pour adresser les Lettres Bleu Ciel ainsi que les factures d'électricité concernées à la clientèle résidentielle ; que l'argumentation d'EDF en ce qu'elle incrimine les conditions dans lesquelles l'Autorité a procédé à l'analyse des griefs et en ce qu'elle reproche à l'Autorité une aggravation de la sanction qui lui a été infligée vise en réalité la pertinence de la motivation de la Décision ce qui relève du débat de fond ; que le moyen sera écarté ;

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE (...) sur l'effet anticoncurrentiel des conditions financières de mise à disposition de certains actifs ; que, selon EDF, les coûts supportés pour la mise à disposition des moyens au profit d'EDF ENR sont essentiellement des coûts fixes, que, dès lors, le prix de cession de ces moyens et son augmentation éventuelle n'ont aucun impact sur les prix pratiqués par EDF ENR sur le marché et que, dans ces conditions, la situation concurrentielle n'a subi aucun changement ; que (cependant), la requérante ne produit aucun élément nouveau de nature à remettre en

cause les appréciations pertinentes de l'Autorité (paragraphe 508 et 509 de la Décision) que la cour adopte aux termes desquelles elle a écarté les objections déjà soulevées sur ce point par EDF en relevant : - que le caractère fixe ou variable des charges liées à la mise à disposition des actifs dont a bénéficié EDF ENR dépend de la tarification choisie par EDF pour cette mise à disposition et que des prix de cession plus élevés auraient ainsi pu inciter les deux parties à opter pour une tarification variable fonction par exemple, du nombre de clients d'EDF ENR, du nombre de coordonnées transmises, ou du nombre de factures sur lesquelles figurait la mention du Conseil Energie Solaire; que dès lors, le prix de cession de ces moyens et son augmentation éventuelle n'aurait aucun impact sur les prix pratiqués par EDF ENR sur le marché et la situation concurrentielle n'en aurait donc pas été changée ; - qu'à supposer qu'en raison de coûts fixes plus élevés, EDF ENR ait été conduite à augmenter son prix de vente, selon EDF, une telle hausse des prix aurait nui au consommateur et aurait entraîné une perte sèche pour l'économie que cependant les moyens mis à disposition d'EDF ENR l'ont avantagée par rapport à ses concurrents sans que ces derniers puissent acquérir, par leurs mérites des avantages de même nature ; qu'à tout le moins, une rémunération de ces ressources plus en ligne avec la valeur de l'apport effectué, en incitant EDF ENR à accroître ses prix aurait atténué l'ampleur de l'avantage ainsi apporté tout en améliorant la rentabilité du groupe EDF (arrêt p. 19) ;

1°) ALORS QUE seul un grief clair, précis, préalablement notifié dans les mêmes termes et sur lequel la société a pu présenter ses observations peut être retenu à son encontre par la formation de jugement de l'Autorité de la concurrence ; qu'ainsi cette dernière ne peut ni compléter, ni modifier, ni regrouper les griefs reprochés aux entreprises au stade du jugement de l'affaire ; qu'en considérant qu'aux termes du premier grief les services d'instruction ont clairement reproché à EDF la mise à disposition, anticoncurrentielle en tant que telle, de moyens matériels et immatériels au bénéfice de ses filiales qui ont conféré à ces dernières un avantage concurrentiel non répliquable dans la concurrence qu'elles livrent aux autres opérateurs présents dans la filière photovoltaïque, tout en constatant qu'il résulte sans la moindre ambiguïté du libellé même du grief, que les conditions financières avantageuses n'interviennent dans la qualification de la pratique en cause qu'au surplus en amplifiant l'avantage concurrentiel que procure déjà la simple mise à disposition des moyens matériels et immatériels en cause, ce dont il résulte que les conditions financières de l'opération ont bien été prises en considération dans la qualification de la pratique, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L. 463-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE seul un grief clair, précis, préalablement notifié dans les mêmes termes et sur lequel la société a pu présenter ses observations peut être retenu à son encontre par la formation de jugement de l'Autorité de la concurrence ; qu'ainsi cette dernière ne peut ni compléter, ni modifier, ni regrouper les griefs reprochés aux entreprises au stade du jugement de l'affaire ; qu'en considérant qu'aux termes du premier grief les services d'instruction ont clairement reproché à EDF la mise à disposition, anticoncurrentielle en tant que telle, de moyens matériels et immatériels au bénéfice de ses filiales qui ont conféré à ces dernières un avantage concurrentiel non répliquable dans la concurrence qu'elles livrent aux autres opérateurs présents dans la filière photovoltaïque, tout en prenant en considération « l'effet anticoncurrentiel des conditions financières de mise à disposition de certains actifs » pour confirmer l'article 1er de la décision déferée déclarant la société EDF coupable d'abus de position dominante, ce dont il résulte que les conditions financières de l'opération ont bien été prises en considération dans la qualification de la pratique, la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L. 463-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QUE seul un grief clair, précis, préalablement notifié dans les mêmes termes et sur lequel la société a pu présenter ses observations peut être retenu à son encontre par la formation de jugement de l'Autorité de la concurrence ; qu'ainsi cette dernière ne peut ni compléter, ni modifier, ni regrouper les griefs reprochés aux entreprises au stade du jugement de l'affaire ; qu'en affirmant, pour considérer que les griefs notifiés étaient autonomes, qu'ils visaient chacun à appréhender des pratiques distinctes quand il ressort expressément de la décision déferée que la première branche du premier grief et le second grief ont ensuite été réunis par l'Autorité de la concurrence elle-même pour caractériser une infraction unique sanctionnée par une seule et même amende, ce dont il résulte que les pratiques visées par chacun des griefs n'étaient pas totalement distinctes l'une de l'autre, la cour d'appel a violé de plus fort les articles 6 § 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L. 463-2 du code de commerce.

DEUXIEME MOYEN DE CASSATION (abus de position dominante)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infligé à la société EDF une sanction de 7 882 736 euros au titre de l'infraction visée par l'article 1er de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-20 du 17 décembre 2013,

AUX MOTIFS QUE sur le bien-fondé du premier grief, en ce qui concerne la première branche du premier grief concernant l'utilisation abusive par EDF ENR de l'image de marque et de la notoriété d'EDF à des fins de

préemption du marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque 1- Sur la méthode, EDF fait valoir que l'Autorité a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après « TFUE ») en procédant à un amalgame, d'une part, entre le standard de preuve applicable aux pratiques de confusion et, d'autre part le standard de preuve applicable aux pratiques de subventions croisées, alors que jusqu'alors tant la pratique décisionnelle que la jurisprudence ont toujours procédé à une analyse distincte des pratiques en cause, chacune faisant l'objet d'une appréciation différenciée et répondant à un standard de preuve qui lui est propre ; qu'en l'espèce, selon la requérante, il résulte tant de la notification des griefs que du rapport que les pratiques de subventions croisées ont fait l'objet d'une étude et que les conditions financières de la mise à disposition des actifs ont été prises en considération comme élément constitutif de l'infraction reprochée, dès lors que, selon le rapport, les actifs mis à disposition l'auraient été "à des conditions financières avantageuses" ou "à un prix qui ne reflétait pas la réalité de leurs coûts", ce qui "participe [...] de l'objet et de l'effet des pratiques "; qu'il en résulte, que le standard de preuve applicable aux subventions croisées aurait dû être mis en oeuvre au cas d'espèce ; que (cependant) contrairement à ce qui est soutenu, c'est par de justes motifs (paragraphe 305 à 309 de la Décision), que la cour adopte, que l'Autorité a décidé qu'il n'est pas nécessaire, de statuer sur la première branche du premier grief en distinguant les pratiques d'utilisation de l'image de marque et de la notoriété d'EDF, d'une part, et celles tirées de la mise à disposition de moyens matériels et immatériels, d'autre part et, dès lors, de mettre en oeuvre le standard de preuve spécifique aux pratiques de subventions croisées ; que s'il est vrai que dans la décision de mesures conservatoires du 8 avril 2009, l'Autorité a identifié, d'une part, des pratiques de confusion concernant les activités des entités du groupe EDF dans la filière photovoltaïque et, d'autre part la mise à disposition des moyens matériels et humains des sociétés EDF SA et EDF ENR, force est cependant de constater que la notification des griefs n'a cependant pas identifié de pratique de subventions croisées au titre de la mise à disposition des moyens matériels et humains des sociétés EDF SA et EDF ENR (paragraphe 570 de la notification des griefs) ; que le rapport a confirmé qu'une telle pratique n'était pas reprochée à EDF dans les termes suivants : « les coûts incrémentaux des actifs et services mis à disposition d'EDF ENR à des conditions financières avantageuses n'étant pas étudiées » (point 217 du rapport) ; que si les services d'instruction ont retenu l'existence d'une pratique de confusion ayant consisté en la mise à disposition par EDF au bénéfice de sa filiale active dans la filière photovoltaïque EDF ENR de moyens matériels et immatériels ayant permis à cette dernière d'utiliser l'image de marque et la notoriété de l'opérateur historique pour commercialiser ses offres photovoltaïques les conditions financières de cette mise à disposition ne constituent cependant pas des éléments constitutifs de l'infraction mais sont seulement appréhendées en ce qu'elles amplifient

les effets des pratiques ; qu'il ressort en effet clairement du rapport que « les conditions financières avantageuses n'interviennent dans la qualification de la pratique qu'au surplus, en amplifiant l'avantage concurrentiel que procure la mise à disposition des différents actifs» (point 83) et que, de ce fait l'infraction notifiée ne combine pas les problématiques liées à l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété avec celles des subventions croisées ; qu'elle ne concerne, en effet, qu'une pratique de confusion créée dans l'esprit de consommateurs en ce qui concerne le rôle des diverses entités du groupe EDF, opérateur historique dans la filière photovoltaïque, dont le possible caractère anticoncurrentiel au regard des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE a pu être apprécié sans se référer à la question de la rémunération de l'avantage ainsi procuré et qui ainsi que l'a relevé l'Autorité (paragraphe 286 à 293 de la Décision), ne présente aucun caractère nouveau ; que le moyen sera écarté ;

QUE sur l'existence d'un avantage associé à l'utilisation des marques du groupe EDF par ses filiales, EDF fait valoir que l'Autorité n'a établi, ni en droit, ni en fait l'existence d'un avantage intrinsèque lié à l'utilisation de la marque EDF par ses filiales sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque ; que (cependant) c'est par des appréciations pertinentes (paragraphe 314 à 318 de la Décision) que la cour fait siennes, que l'Autorité a décidé que, contrairement à ce que soutient EDF, l'appartenance au groupe EDF constitue sans conteste un avantage concurrentiel intrinsèque pour les filiales du groupe actives dans la filière photovoltaïque ; que la Décision a relevé à juste titre, tout d'abord, que cet avantage concurrentiel intrinsèque est reconnu par EDF elle-même et confirmé par les études menées sur la valeur de la marque EDF ; qu'en effet l'Autorité se réfère exactement : - à la décision prise en juillet 2011 de changer la dénomination de sa filiale Photon Technologies pour la rebaptiser « EDF ENR Solaire » alors que si, ainsi que le soutient la requérante, l'image de la marque était à ce point négative, rien n'empêchait en effet EDF, comme il l'avait fait pour sa filiale de biogaz Verdesis, qui a gardé son nom après son rachat par EDF, de laisser subsister la marque Photon Technologies dont le savoir-faire était reconnu ou de créer une marque nouvelle qui ne soit pas négativement identifiée au producteur d'énergie nucléaire et que si elle ne l'a pas fait, c'est bien que l'utilisation de ses marques historiques représentait un évident avantage commercial ; - au fait que la filiale exploite d'ailleurs cet avantage : sur son site Internet, EDF ENR revendique pour sa part qu'elle « bénéficie de l'expertise historique de ses deux actionnaires : EDF, expert dans la production d'énergie. EDF EN. producteur d'énergie verte » ; - au rapport Sorgem commandé par EDF pour apprécier la valeur de la marque, qui souligne la crédibilité de la marque EDF et l'avantage que représente l'utilisation de cette marque pour les filiales : parmi les atouts de la marque EDF figure sa capacité à assurer « la crédibilité des filiales qui bénéficient de l'image de solidité financière du groupe » et la marque EDF « facilite

l'accès à de nouveaux contrats pour les filiales utilisant la marque EDF et bénéficiant ainsi de l'image et de la crédibilité de l'expérience du groupe » ; - au fait que ce même rapport relève que « les marques EDF EN et EDF ENR bénéficient de la bonne image de marque d'EDF mais apportent à EDF en retour une image d'entreprise responsable et respectueuse de l'environnement » ; que, contrairement à ce qui est soutenu, l'Autorité a exactement constaté, ensuite, que l'avantage concurrentiel des marques et logos du groupe EDF est accru par les caractéristiques du marché en cause, dès lors que le secteur de l'énergie photovoltaïque est essentiellement composé de petites et moyennes entreprises qui ne sont pas en mesure d'acquérir, dans un horizon temporel raisonnable, une notoriété susceptible de concurrencer celle du groupe EDF, lequel détient celle-ci non du fait des mérites de ses services sur la filière photovoltaïque mais du fait de sa position d'opérateur historique sur le marché de la fourniture d'électricité ; qu'à cet égard, contrairement à ce que prétend EDF, le fait que l'image « verte » d'EDF ENR contribue à la notoriété d'EDF n'enlève rien à l'avantage concurrentiel que confère la marque EDF et ses dérivés aux filiales du groupe actives dans la filière photovoltaïque, que le moyen est inopérant ;

QUE sur le rôle de la marque EDF et de sa notoriété dans le choix des consommateurs, EDF prétend, tout d'abord, que l'Autorité ne démontre pas que l'image de marque et la notoriété du groupe EDF ont nécessairement été prises en considération par les clients pour choisir leur opérateur; qu'elle expose ensuite, qu'il ne suffit pas de bénéficier d'une marque notoire pour jouer un rôle quelconque dans le choix opéré par les consommateurs, contrairement à ce qui est relevé par l'Autorité à partir des études TNS Sofres et PriceWaterhouseCoopers; que la requérante allègue, enfin, que la position de l'Autorité est très critiquable en ce qu'elle refuse de s'interroger sur le rôle joué par EDF, alors même que la présence de ses filiales sur le marché en cause a dynamisé le marché et participé à sa croissance ; que (cependant) c'est par des motifs pertinents (paragraphes 321 à 324 de la Décision), que la cour adopte que l'Autorité a décidé que le dossier démontrait qu'à l'époque des pratiques la marque EDF jouait un rôle déterminant dans le choix par un particulier de son prestataire de services photovoltaïques; que s'il n'est pas contesté que, ainsi que le soutient EDF, le prix constitue un critère important pour le consommateur dans le choix d'une installation photovoltaïque, l'image de marque du prestataire constituait cependant, à l'époque des pratiques, un élément déterminant; qu'en effet: - alors que selon ses propres déclarations, EDF ENR n'était pas la « mieux placée » par rapport à ses concurrents en termes de prix, elle occupait tout de même en 2010 la première place en nombre de contrats conclus et que, dès lors, l'image de marque et la notoriété du groupe EDF auquel appartient EDF ENR ont donc nécessairement été prises en considération par les clients pour choisir leur opérateur; - qu'à cet égard, le rapport Sorgem sur la valorisation de la marque EDF qui souligne que, selon les responsables d'EDF ENR, les principaux « facteurs clés de succès

correspondant aux compétences à maîtriser pour être un acteur déterminant du marché » sont « l'expérience, la maîtrise du modèle industriel, le savoir-faire humain, la qualité et la prestation de service, le modèle d'installation », ne mentionne pas le prix comme tel; - que les études TNS Sofres et PriceWaterhouseCoopers citées dans le rapport démontrent également le rôle joué par la marque EDF sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque, dès lors que ces études indiquent que, dans le secteur photovoltaïque, la marque EDF bénéficie d'une forte notoriété auprès des consommateurs et que l'impact des campagnes de publicité nationale d'EDF sur ces derniers est important ; que le moyen n'est pas pertinent ;

QUE sur l'existence d'une pratique de confusion, EDF fait valoir: - que l'Autorité n'a pas établi l'existence d'une confusion dans l'esprit des consommateurs, révélatrice d'une pratique constitutive d'un abus de dominance, - que l'analyse à laquelle s'est livrée l'Autorité des éléments constitutifs de la confusion ne permet pas de démontrer l'infraction ; que (cependant) les développements de la Décision (paragraphe 81 à 154 de la décision attaquée) auxquels la cour renvoie démontrent que l'Autorité a établi l'existence d'un système de commercialisation des offres photovoltaïques dans lequel l'ensemble des moyens de communication à la disposition d'EDF ont été mobilisés pour orienter vers le Conseil Energie Solaire les particuliers susceptibles d'être intéressés par le photovoltaïque; qu'en effet c'est par des appréciations pertinentes, que la cour adopte, que l'Autorité a constaté que EDF SA a mis son image de marque et sa notoriété à la disposition de ses filiales actives dans la filière photovoltaïque : - en mettant en oeuvre, à partir de novembre 2007, une communication commerciale dans la filière photovoltaïque autour de logos, noms et marques similaires à ceux de l'opérateur historique - en choisissant jusqu'en avril 2009 de commercialiser les offres photovoltaïques d'EDF ENR et d'assurer la prospection des clients principalement par l'intermédiaire des agents commerciaux d'EDF SA, - en développant la communication et la promotion des offres d'EDF ENR autour de la marque « Bleu Ciel d'EDF », puis, à partir de mai 2009 jusqu'à ce jour, autour de la marque « EDF ENR », - dans des conditions de mise à disposition financières parfois avantageuses ; que EDF formule par surcroît des critiques ponctuelles sur l'analyse conduite par l'Autorité sur chacun des éléments constitutifs de la confusion, soit la plate-forme téléphonique 3929, le Conseil Energie Solaire et enfin la marque Bleu Ciel d'EDF; que, concernant, tout d'abord, la plate-forme téléphonique, la société EDF estime d'une part, que les appels vers le 3929 sont répartis en fonction de la demande du client vers des plate-formes différentes afin « d'éviter justement tout risque de confusion entre les produits et services proposés au sein du groupe EDF » et d'autre part, que le client était informé que l'offre photovoltaïque en question était fournie par une filiale d'EDF; qu'en tout état de cause selon la requérante rien ne vient étayer la conviction de l'Autorité quant à la prétendue

perception erronée des consommateurs ; que, s'agissant ensuite, du Conseil Énergie Solaire, la requérante fait valoir qu'en reprochant à EDF d'avoir assuré la prospection des clients d'EDF ENR Solaire la dénomination Conseil Energie Solaire, sans utilisation de la marque EDF ENR, l'Autorité a adopté un raisonnement contradictoire puisqu'elle sanctionne également EDF pour avoir simplement laissé sa filiale utiliser la marque EDF ENR pour commercialiser ses offres photovoltaïques postérieurement au prononcé des mesures conservatoires; que, par surcroît, selon EDF, le Conseil Energie Solaire aurait eu avant tout une mission d'information générale du particulier sur l'énergie solaire ; que concernant enfin la marque « Bleu Ciel d'EDF », EDF conteste l'appréciation de l'Autorité quant à la confusion engendrée par cette marque dans l'esprit des consommateurs, dès lors qu'aucune enquête n'a été menée en direction des consommateurs et que, de plus, l'utilisation de cette marque n'aurait pu servir une quelconque stratégie de préemption du marché, dans la mesure où EDF concède dans le même temps une licence de marque « Partenaire Bleu Ciel d'EDF » à des milliers d'entreprises dont certaines offrent des solutions photovoltaïques directement en concurrence avec celles d'EDF ENR; qu'en outre, l'Autorité, qui estime par ailleurs que les marques « EDF » et « EDF ENR » sont proches, n'est pas fondée à soutenir que les avantages liés à l'usage de la marque « Partenaire Bleu Ciel d'EDF » et de la marque « Bleu Ciel » sont radicalement différents; que (cependant) sur la plate-forme téléphonique, il est constant qu'un portail unique, le 3929, était utilisé pour tous les services EDF dont l'offre de solutions photovoltaïques et que, dès lors ainsi que cela ressort du dossier (paragraphe 345 à 354 de la Décision) il importe peu que les clients soient répartis automatiquement puisque cette orientation s'opère à l'initiative d'EDF et qu'en tout état de cause, elle n'est pas perceptible pour le client ; que, quoi que fassent les télé-opérateurs, l'appelant au 3929 ne pouvait qu'être induit en erreur quant à la distinction des entités du groupe et ce d'autant plus lorsqu'il lui était proposé par le conseiller du 3929 d'être mis en relation avec un conseiller spécialisé dans le secteur du solaire photovoltaïque; qu'il ne ressort pas du dossier que les conseillers du 3929 indiquaient clairement aux appelants que l'offre photovoltaïque en question était fournie par une filiale d'EDF et, qu'à l'opposé, de nombreux éléments du dossier (paragraphe 351 à 353 de la Décision auxquels la cour renvoie purement et simplement) démontrent que tout était fait pour laisser croire à l'appelant que EDF prenait tout en charge ; que s'agissant du Conseil Énergie Solaire, il est rappelé, à titre liminaire, que l'Autorité reproche à EDF, sous des griefs différents couvrant des périodes différentes d'un côté une pratique de confusion dans l'esprit du consommateur en utilisant des moyens tels que le service Conseil Energie Solaire, utilisé comme un « produit d'appel » venant d'une volonté de ne pas créer d'identité propre à la filiale dédiée au photovoltaïque et, d'un autre côté, l'utilisation de la marque et du logo EDF ENR ayant permis aux filiales, compte tenu des caractéristiques du marché en cause, de bénéficier de l'image de marque et de la notoriété d'EDF, fournisseur d'électricité ; que,

sous couvert d'une critique de l'analyse conduite par l'Autorité dans la décision déferée, les écritures d'EDF procèdent, en réalité, à une confusion entre les griefs qui lui sont reprochés et que sur la mission d'information générale du Conseil Energie Solaire, il est établi par le dossier, exactement analysé par l'Autorité, que ce service a servi à promouvoir l'activité photovoltaïque de la filiale d'EDF, la cour renvoyant sur ce point aux développements de la Décision (paragraphe 355 à 358) dont elle adopte les appréciations pertinentes ; que sur la marque Bleu Ciel, il suffit également de renvoyer aux appréciations pertinentes de l'Autorité, que la cour adopte (paragraphe 367 à 381 de la décision attaquée notamment) dont il ressort que l'Autorité s'est fondée sur plusieurs éléments pour établir que la marque « Bleu Ciel d'EDF » a octroyé un avantage concurrentiel qui ne pouvait être répliqué par les concurrents d'EDF ENR ; qu'il est également rappelé que les effets de l'utilisation de la marque « Bleu Ciel d'EDF » ont été mis en avant par l'étude de notoriété de Solaire Direct, datée du 26 août 2010 (cotes n° 2262 à 2265 et 2271 à 2324 du dossier) : en mai - juin 2010 c'est-à-dire un an après que l'Autorité a enjoint à EDF de supprimer dans les supports de communication portant la marque « Bleu Ciel d'EDF » toute référence à l'activité d'EDF ENR dans la filière photovoltaïque (article 1er de la décision de mesures conservatoires du 8 avril 2009), 48 % des téléspectateurs identifiaient encore la marque EDF Bleu Ciel dans le domaine de l'énergie solaire contre 4 % pour Solaire Direct ; que par ailleurs, contrairement à ce qui est soutenu, EDF n'est pas fondée à invoquer une comparaison de la « proximité » des marques « EDF » et « EDF ENR » d'un côté « Bleu Ciel d'EDF » et « Partenaire Bleu Ciel d'EDF », de l'autre, dès lors qu'il ressort du dossier (paragraphe 123 à 155 de la Décision notamment) que la désignation « Partenaire Bleu Ciel d'EDF » est accolée à un millésime et ne renvoie qu'à une accréditation, sans que le soutien éventuel d'EDF ne soit précisé, le terme de « Partenaire » traduisant explicitement une distance vis-à-vis d'EDF alors que ces caractéristiques du label « Partenaire Bleu Ciel d'EDF » ne se retrouvent pas dans la marque EDF ENR ; qu'en outre, la diffusion de la marque « Bleu Ciel d'EDF » au travers de ces partenariats accroît encore la notoriété de la marque utilisée par EDF ENR et accrédite, aux yeux du consommateur, la perception qu'EDF est un acteur majeur du secteur ; qu'il résulte de ce qui précède, concernant la première branche du premier grief, qu'en mettant à la disposition de sa filiale active dans la filière photovoltaïque, EDF ENR, une série de moyens matériels et immatériels entre novembre 2007 et avril 2009 et en permettant ainsi à cette dernière de bénéficier de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique, EDF a entretenu la confusion dans l'esprit des consommateurs entre son activité de fournisseur d'électricité et celle de ses filiales, leur procurant ainsi un avantage non répliquable par les concurrents de ces filiales; que les moyens seront écartés (...);

QUE ainsi que le rappelle l'Autorité (paragraphe 394 de la Décision), il n'est ni contesté, ni contestable, que l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique ne constitue pas un abus en soi, mais peut devenir anticoncurrentielle au vu des circonstances particulières de sa mise en oeuvre ; que, s'agissant de la seconde branche du premier grief, la démonstration par l'Autorité de l'abus de l'utilisation de la marque et du logo EDF ENR ne repose pas sur des actions ou démarches particulières visant à induire le consommateur en erreur mais sur les caractéristiques du marché qui tendraient à amplifier l'avantage qu'implique l'usage de la marque ; que cependant, aucun élément du dossier ne permet de contredire la requérante lorsqu'elle fait valoir, concernant les caractéristiques particulières du marché en cause : - que la connexité du marché sur lequel la marque EDF est utilisée ne constitue pas, en soi, une caractéristique pertinente, dans la mesure où il lui est précisément reproché d'avoir mis en oeuvre une pratique d'abus de position dominante sur un marché connexe ; - que concernant les caractéristiques de la demande, aucune étude objective et, en particulier, aucune étude de marché ne corrobore les appréciations de l'Autorité sur le faible niveau d'expertise des consommateurs ainsi que sur leur aversion au risque ; - s'agissant des caractéristiques de l'offre, que l'Autorité ne démontre pas que les opérateurs de petite et moyenne taille ne disposant pas d'une marque notoire auraient rencontré des difficultés spécialement au regard de leurs parts de marchés comprises entre 85 et 99 % depuis 2007 et alors qu'à partir du moratoire de 2010, ainsi que le reconnaît la Décision, les consommateurs se sont orientés vers les artisans locaux ; - que concernant l'importance de l'investissement mise en exergue par l'Autorité d'une part cette importance doit être relativisée pour un particulier au regard des nombreux dispositifs de soutien dont il bénéficie et, d'autre part que la demande qui est passée entre 2009 et 2010 de 7000 à 31 000 raccordements ne peut être qualifiée de limitée ; qu'alors que l'Autorité estime que l'utilisation de la marque est abusive après le prononcé des mesures conservatoires au regard des caractéristiques du marché, la différenciation de ces caractéristiques du marché durant la période antérieure aux mesures conservatoires, puis durant la période postérieure à celle-ci, ne ressort cependant pas de la Décision ; qu'enfin concernant les conditions financières de la mise à disposition de la marque qui, selon l'Autorité, auraient amplifié l'avantage dont EDF aurait bénéficié, que la requérante ne peut être sérieusement contredite lorsqu'elle affirme que la rémunération de la mise à disposition d'actifs, qui vient nécessairement la compenser ne pourrait, en soi l'amplifier (...)

QUE sur le bien-fondé du second grief, la requérante conteste le bien-fondé de ce grief en faisant valoir que les coordonnées de ses clients dont il lui est reproché l'utilisation pour envoyer les factures et les lettres Bleu Ciel favorisant ainsi la promotion des offres photovoltaïques d'EDF ENR ne constituent pourtant pas une information stratégique dont l'utilisation serait

susceptible d'avoir des effets anticoncurrentiels ; qu'en effet, selon EDF, il ne s'agit pas d'informations détenues exclusivement par EDF revêtant un quelconque caractère technique, financier ou commercial et que, ni les factures, ni les lettres Bleu Ciel ne faisant la promotion directe ou indirecte des offres photovoltaïques d'EDF ENR, elles ne lui ont donc pas conféré un avantage significatif par rapport à ses concurrents; que (cependant), c'est par de justes motifs, que la cour adopte, que l'Autorité a décidé qu'entre novembre 2007 et avril 2009, EDF a utilisé la base de données dont elle dispose en tant que fournisseur d'électricité pour favoriser la commercialisation des offres de sa filiale EDF ENR sur le marché des services aux particuliers souhaitant devenir producteurs d'électricité photovoltaïque ; qu'en effet, la cour fait siennes les appréciations pertinentes de l'Autorité (paragraphe 442 à 449 de la Décision) dont il résulte que les noms et coordonnées des clients figurant dans la base de données d'EDF doivent être considérés comme des informations non reproductibles par les concurrents d'EDF ENR dans des conditions économiquement raisonnables en termes de coûts et de délais et que ces données sont donc bien stratégiques ; que c'est encore par d'exactes appréciations (paragraphe 453 à 460 de la Décision) que l'Autorité a décidé que l'utilisation des informations privilégiées détenues de manière exclusive par EDF au titre de son ancien monopole et de ses missions de service public a constitué un avantage concurrentiel significatif pour EDF ENR en lui permettant d'assurer la promotion de ses offres auprès d'un nombre élevé de prospects, dans des conditions qui ne pouvaient être répliquées par les concurrents ; que le moyen sera écarté (...)

ET AUX MOTIFS ENFIN QUE (...) contrairement à ce qui est soutenu, les orientations de la Commission, se bornent à préciser qu'un effet d'éviction n'implique pas nécessairement des prix prédateurs et qu'ainsi que le précise en tant que de besoin l'Autorité dans ses observations déposées devant la Cour (point 152), le fait de pratiquer des prix prédateurs ne saurait être considéré comme l'unique comportement d'une entreprise en position dominante fondé sur une pratique de prix bas ; que l'Autorité relève en effet exactement (paragraphe 497 de la Décision) qu'au cas d'espèce ce n'est pas tant le prix des offres d'EDF ENR qui est en cause, que le soutien dont EDF ENR a bénéficié de la part de sa maison mère et que si l'appui ainsi procuré à la filiale est suffisamment important, les prix proposés par celle-ci n'ont pas nécessairement à être inférieurs à ceux des concurrents pour entraîner d'effet d'éviction ou de marginalisation ou fausser le jeu concurrentiel ; que c'est encore avec raison que la Décision constate (paragraphe 498), qu'à cet égard, les prix pratiqués par EDF ENR, s'ils n'accroissent pas le risque d'éviction, ne le suppriment pas pour autant ; qu'en effet, les prix pratiqués par EDF ENR demeurent inférieurs à ceux de certains de ses concurrents alors qu'en l'absence des actifs mis à disposition par EDF, EDF ENR aurait dû engager des coûts importants pour disposer de la même notoriété, réputation et visibilité : que par ailleurs, il a

été montré plus haut que les prospects, dans le premier stade de développement du marché, cherchent moins des prix bas (la rentabilité de l'investissement étant de toute façon assurée grâce à l'effet d'aubaine) qu'un partenaire dont la notoriété les rassure; que dès lors que c'est par de justes motifs (paragraphe 497 et 498 de la Décision) que la cour adopte, que l'Autorité a décidé que l'absence de pratiques de prix abusivement bas ne permet pas de conclure à l'absence de pratiques visant à évincer les concurrents ou à fausser la concurrence (arrêt p. 18 et 19) ;

1°) ALORS QUE tout justiciable doit être mis en mesure de connaître, à l'avance, à partir du libellé de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes ou omissions sont susceptibles d'engager sa responsabilité pénale ou quasipénale ; qu'en reprochant à la société EDF d'avoir mis en oeuvre des actions en elles-mêmes licites mais qui constitueraient un abus de position dominante en raison de leur seul cumul, la cour d'appel qui a méconnu les principes de légalité des délits et des peines et de sécurité juridique, a violé les articles 8 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen, 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 49 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE constitue une subvention croisée le fait pour un opérateur historique d'utiliser la rente générée par son activité exercée en monopole pour conquérir des parts de marché ou compenser des pertes sur un segment d'activité ouvert à la concurrence ; que le juge ne peut établir qu'un opérateur historique a utilisé les moyens de son monopole à des conditions avantageuses qu'en se livrant à des tests de coûts précis admis par la doctrine économique ; qu'en refusant d'appliquer le standard de preuve applicable en cas de subventions croisées, en se fondant exclusivement, sur la notification des griefs et le rapport pour considérer que les conditions financières de la mise à disposition par EDF au profit de sa filiale photovoltaïque de moyens matériels et immatériels ayant permis à cette dernière d'utiliser son image de marque et sa notoriété pour commercialiser ses offres photovoltaïques « ne constituent (...) pas des éléments constitutifs de l'infraction » quand l'article 1er de la décision de l'Autorité de la concurrence confirmée par l'arrêt attaqué reproche in fine expressément à la société EDF d'avoir commis un abus de position dominante 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 », ce qui suffit à démontrer que les conditions financières prétendument avantageuses de cette mise à disposition ont bien été prises en compte au titre des éléments constitutifs de l'infraction pour laquelle EDF a été condamnée, sans pour autant appliquer le test économique permettant d'établir l'existence d'une

subvention croisée, la cour d'appel a violé les articles L.420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

3°) ALORS QU'en affirmant que les conditions financières avantageuses de la mise à disposition par EDF au profit de sa filiale photovoltaïque de moyens matériels et immatériels ayant permis à cette dernière d'utiliser son image de marque et sa notoriété pour commercialiser ses offres photovoltaïques « ne constituent (...) pas des éléments constitutifs de l'infraction » mais sont seulement appréhendées en ce qu'elles amplifient les effets des pratiques tout en considérant par ailleurs que ces conditions financières avaient eu un effet anticoncurrentiel sur le marché, ce qui ôte tout caractère surabondant à ces constatations, la cour d'appel a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

4°) ALORS QU'en affirmant que les conditions financières de la mise à disposition de moyens par EDF sont seulement appréhendées en ce qu'elles amplifient les effets des pratiques, tout en constatant au sujet des conditions financières de la mise à disposition de la marque après mai 2009, que la société EDF « requérante ne peut être sérieusement contredite lorsqu'elle affirme que la mise à disposition d'actifs qui vient nécessairement la compenser ne saurait, en soi, l'amplifier », la cour d'appel a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

5°) ALORS QUE commet un abus de position dominante par octroi de conditions financières avantageuses l'opérateur historique qui utilise la rente générée par son activité exercée en monopole pour conquérir directement ou par l'intermédiaire de ses filiales, des parts d'un marché distinct ouvert à la concurrence en proposant des prix prédateurs ; qu'en confirmant l'article 1er de la décision déferée ayant dit que la société EDF avait commis un abus de position dominante en mettant notamment 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, tout en admettant que les prix pratiqués par les filiales photovoltaïques d'EDF étaient supérieurs à ceux de la concurrence si bien qu'aucun prix abusivement bas ne pouvait leur être reproché, ce qui suffit à démontrer que la mise à disposition de moyens dans des conditions prétendument avantageuses n'avait pas été utilisée à des fins de prédation, la cour d'appel a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

6°) ALORS QU'en reprochant à EDF d'avoir permis à sa filiale active dans la filière photovoltaïque, EDF ENR, de bénéficier, entre novembre 2007 et avril 2009 de son image de marque et de sa notoriété en entretenant la confusion dans l'esprit des consommateurs entre son activité de fournisseur d'électricité et celle de ses filiales, leur procurant ainsi un avantage non

réplicable par les concurrents de ces filiales, tout en admettant que « l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique ne constitue pas un abus en soi », la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations, a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

7°) ALORS QU'en se bornant à reprocher à EDF d'avoir permis à sa filiale active dans la filière photovoltaïque, EDF ENR, de bénéficier, entre novembre 2007 et avril 2009 de son image de marque et de sa notoriété en entretenant la confusion dans l'esprit des consommateurs entre son activité de fournisseur d'électricité et celle de ses filiales, leur procurant ainsi un avantage non réplicable par les concurrents de ces filiales, tout en admettant que « l'utilisation de l'image de marque et de la notoriété de l'opérateur historique (...) ne peut devenir anticoncurrentielle qu'au vu des circonstances particulières de sa mise en oeuvre », la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

8°) ALORS QU'en affirmant que « l'Autorité a exactement constaté (...) que l'avantage concurrentiel des marques et logos du groupe EDF est accru par les caractéristiques du marché en cause, dès lors que le secteur de l'énergie photovoltaïque est essentiellement composé de petites et moyennes entreprises qui ne sont pas en mesure d'acquérir, dans un horizon temporel raisonnable, une notoriété susceptible de concurrencer celle du groupe EDF, lequel détient celle-ci non du fait des mérites de ses services sur la filière photovoltaïque mais du fait de sa position d'opérateur historique sur le marché de la fourniture d'électricité », avant d'admettre que « s'agissant des caractéristiques de l'offre, (...) l'Autorité ne démontre pas que les opérateurs de petite et moyenne taille ne disposant pas d'une marque notoire auraient rencontré des difficultés spécialement au regard de leurs parts de marchés comprises entre 85 et 99 % depuis 2007 et alors qu'à partir du moratoire de 2010, ainsi que le reconnaît la décision les consommateurs se sont orientés vers les artisans locaux », la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE ;

9°) ALORS QUE l'utilisation par un opérateur historique des informations relatives aux seules coordonnées de ses clients obtenues dans le cadre de son ancien monopole ne lui procure pas un avantage concurrentiel indu lorsque ces informations sont commercialisées pour un coût raisonnable par de nombreux acteurs sur le marché des bases de données librement accessibles notamment sur internet ; qu'en affirmant, pour reprocher à la société EDF d'avoir abusé de sa position dominante, que les seuls noms et coordonnées des clients d'EDF communiqués à sa filiale photovoltaïque constituaient des données stratégiques non répliquables dans des conditions

économiquement raisonnables, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

TROISIEME MOYEN DE CASSATION (effets anticoncurrentiels)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infligé à la société EDF une sanction de 7 882 736 euros au titre de l'infraction visée par l'article 1er de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-20 du 17 décembre 2013,

AUX MOTIFS QUE sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques, sur le standard de preuve d'un abus de position dominante, EDF soutient que, s'agissant des pratiques qui, comme en l'espèce, n'ont pas d'objet anticoncurrentiel, l'Autorité de la concurrence était tenue de démontrer des effets anticoncurrentiels réels et avérés et que, pour qu'elle puisse se contenter de démontrer l'existence d'effets potentiels, la pratique doit impérativement, au regard de la jurisprudence communautaire revêtir un objet anticoncurrentiel ou poursuivre un but anticoncurrentiel ; que cependant pour établir une violation de l'article 102 TFUE, il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante a eu un effet anticoncurrentiel concret sur les marchés concernés mais seulement qu'il tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, qu'il est de nature à ou est susceptible d'avoir un tel effet, principe qui ressort d'une jurisprudence itérative et constante (CIUE, TeliaSonera, 17 février 2011, aff. C-52/09, paragraphes 61 à 65 ; TPICE British Airways/Commission, 17 décembre 2003, aff. T-219/99, paragraphes 293-294 et 297 ; CJCE, Michelin/Commission, 3 juillet 1991, aff. C-322/81, paragraphe 85 ; TPICE, Michelin II, 3 septembre 2003, aff. T-203/01; Trib. UE, Tomra, 9 septembre 2010, T-155/06, paragraphe 289; CIUE, Tomra, 19 avril 2012, aff. C-549/10 P, paragraphe 17) ; qu'ainsi contrairement à ce qui est soutenu, l'Autorité doit seulement démontrer l'existence d'un effet anticoncurrentiel au moins potentiel, sans avoir à apporter la preuve d'une détérioration effective quantifiable de la position concurrentielle des autres opérateurs sur le marché ; que le moyen est sans portée ; qu'en ce qui concerne les effets anticoncurrentiels réels des pratiques visées par la première branche du premier grief et le second grief, concernant en premier lieu la position et l'évolution d'EDF ENR et de ses concurrents sur le marché, EDF fait valoir que, au regard de ses parts de marché restées modestes, tout effet d'éviction des pratiques qui lui sont reprochées doit être exclu ; que l'atomisation du marché ne renforce pas l'asymétrie régnant sur ce marché entre EDF et la plupart de ses concurrents qui ne peuvent s'adosser à un groupe étant donné d'une part, que, de nombreux opérateurs sont adossés à de grands groupes et, d'autre part, que les petits opérateurs locaux exercent une pression concurrentielle sérieuse et effective ; que cependant il est établi par le dossier (paragraphes 483 à 488 de la Décision) que, EDF ENR, presque totalement absente du marché en 2007, contrairement à ses concurrents, a connu, malgré son entrée tardive, une forte progression de

son activité en dix-huit mois et qu'en moins de deux ans, elle est devenue le second acteur du marché puis le premier en 2010 ; que, dans la mesure où il existe un décalage pouvant être estimé à un trimestre entre la date de signature des contrats par EDF ENR et la date de mise en service des installations raccordées au réseau ERDF, l'Autorité a évalué les parts de marché d'EDF ENR selon deux modes de calcul, dont l'un repose sur le ratio entre les ventes réalisées par EDF ENR au cours du quatrième trimestre de l'année N-1 jusqu'au troisième trimestre de l'année N, et les données de raccordement de l'année N d'ERDF ; qu'ainsi, les parts de marché d'EDF ENR entre 2007 et 2011, calculées selon le mode de calcul prenant en compte uniquement le nombre de raccordements par ERDF sont de 0,06 % pour 2007 ; 14,94 % pour 2008 ; 11,14 % pour 2009 ; 3,88 % pour 2010 et 2,35 % pour 2011 ; que concernant le calcul prenant en compte le décalage entre la date de signature des contrats et celle du raccordement par ERDF, les parts de marché sont de 0 % pour 2007, 3 % pour 2008, 10 % pour 2009, 4 % pour 2010 et 4 % pour 2011 ; que si dans l'absolu, la part de marché d'EDF ENR demeure limitée, il convient toutefois de la mettre en perspective avec les parts de marché nettement inférieures de la plupart de ses concurrents ; qu'en effet dans leur grande majorité, ceux-ci n'ont réalisé que moins de 0,5% des installations déjà mises en service et que les données communiquées par ERDF indiquent en effet que 98 % des opérateurs sur le marché ont réalisé moins de 0,5 % du nombre total de contrats de prestations ; qu'en outre, la position d'EDF ENR sur le marché ne saurait être exclusivement déterminée à partir des parts qu'il en détient ; que ce n'est qu'au surplus que la cour relève que les affirmations de la requérante sur le fait que l'atomisation du marché renforce son asymétrie, constituent la critique d'un simple élément de contexte. qu'en effet, ainsi que le fait valoir l'Autorité dans ses observations, bien que certains opérateurs soient aussi adossés à des groupes, dans des conditions toutefois différentes d'EDF ENR et EDF, cela n'enlève rien à l'asymétrie régnant sur le marché en cause, comme a pu le relever la décision au paragraphe 488, en énonçant que « la plupart » des concurrents d'EDF ENR sont de très petite taille, dépourvus de moyens financiers et ne peuvent s'adosser à un groupe disposant de la notoriété d'EDF ; que concernant, en deuxième lieu, l'évolution de l'activité d'EDF ENR et de ses concurrents, la requérante estime que cette activité a connu une évolution très proche de celle de ses concurrents, notamment Evasol et Solaire Direct, et que, même si ceux-ci ont connu une progression moindre, cela peut résulter de choix stratégiques indépendants, Solaire Direct ayant par exemple centré son développement sur les parcs solaires ; qu'aucun élément ne permet ainsi d'établir que les clients d'EDF NR auraient été des clients de ses concurrents en l'absence des pratiques reprochées et que, même si ces clients s'étaient déportés vers les concurrents, l'impact aurait été extrêmement limité, comme le démontre d'ailleurs le rapport Microeconomix ; que cependant il ressort du dossier (paragraphe 489 à 492) qu'entre 2007 et 2009, lorsqu'EDF ENR est passé de 2 contrats (en 2007) à 1046 (en 2008) puis 3460 (en 2009), Solaire Direct

est passé de 3 contrats (en 2007) à 260 (en 2008) puis 791 (en 2009), Evasol de 1 121 contrats (en 2007) à 2255 (en 2008) puis 3062 (en 2009) ; que, dès lors, il ne peut être sérieusement contesté que, d'une part, la progression de Solaire Direct est bien moindre que celle d'EDF ENR puisqu'en 2009 le premier a conclu 791 contrats quand le second en a conclu 3460 et d'autre part si EDF ENR détient, en 2009, un nombre de contrats proche de celui d'Evasol, il faut tenir compte du fait que ce dernier n'était pas nouveau sur le marché en 2007 (1121 contrats) et que sa progression est par conséquent plus faible ; qu'ainsi que le constate la décision (paragraphe 492), si la croissance de Solaire Direct a été forte sur les parcs solaires, à l'inverse, sur le marché résidentiel, cette société a progressé beaucoup moins vite qu'EDF ENR sans qu'aucun élément autre que les pratiques reprochées à EDF ne vienne expliquer les raisons de ce différentiel ; qu'ainsi que le fait valoir l'Autorité à juste titre dans ses observations (point 147), la requérante n'est pas fondée à tenter de déterminer, par un calcul théorique, le nombre de clients qui se seraient effectivement tournés vers les concurrents d'EDF ENR en l'absence des pratiques reprochées à EDF dès lors qu'un tel calcul est, d'un côté, impossible à réaliser avec des résultats fiables et, de l'autre, inutile pour l'appréciation des effets des pratiques ; qu'en effet, il a été établi qu'EDF a asséché le marché des prospects en se servant de moyens non répliquables par ses concurrents, ce qui a entraîné une croissance très significative d'EDF ENR ne reflétant pas une croissance par les mérites ; qu'en troisième lieu, sur le positionnement-prix d'EDF ENR, que la requérante estime que, dès lors que les prix pratiqués par EDF ENR étaient supérieurs à ceux de ses principaux concurrents, il ne s'agissait pas de prix prédateurs ; qu'elle ajoute qu'alors que les orientations de la Commission européenne citées au paragraphe 496 de la décision attaquée décrivent l'éviction anticoncurrentielle comme une situation dans laquelle un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux marchés est entravé ou supprimé par le comportement de l'entreprise dominante, il n'y a au cas d'espèce pas eu d'entrave, ni à l'accès effectif aux sources d'approvisionnement, ni à l'accès effectif aux marchés puisque de nombreuses entreprises ont pénétré sur le marché considéré ; que la Décision relève que EDF avait exposé à l'Autorité que les prix d'EDF ENR sont supérieurs en moyenne de 9 % à ceux de Solaire Direct et de 12 % à ceux d'Evasol et que, selon elle, le fait que sa filiale ait pratiqué des prix supérieurs à ses concurrents démontre l'absence d'objet et d'effet anticoncurrentiel puisque EDF ENR n'a pas adopté « une politique de prix abusivement bas qui aurait pu mettre en difficulté ses concurrents » ; qu'au cours de l'instruction au fond, d'autres opérateurs ont indiqué pratiquer des prix qui se révèlent très proches voire supérieurs à ceux d'EDF ENR, tels qu'Energia autour de 20000 euros ; qu'au regard de telles appréciations, l'Autorité a rappelé à juste titre (paragraphe 496 de la Décision), qu'en tout état de cause, des pratiques peuvent fausser le jeu de la concurrence par les mérites sans pour autant s'accompagner de prix inférieurs à ceux des concurrents et qu'à cet égard, la communication de la

Commission européenne sur ses orientations en matière de pratiques d'éviction ne se limite pas aux pratiques fondées sur le prix mais considère que l'éviction anticoncurrentielle « décrit une situation dans laquelle un accès effectif des concurrents actuels ou potentiels aux sources d'approvisionnement ou aux marchés est entravé ou supprimé sous l'effet du comportement de l'entreprise dominante, ce qui va probablement permettre à cette dernière d'augmenter rentablement ses prix » (point 19) ; que, contrairement à ce qui est soutenu, les orientations de la Commission, se bornent à préciser qu'un effet d'éviction n'implique pas nécessairement des prix prédateurs et qu'ainsi que le précise en tant que de besoin l'Autorité dans ses observations déposées devant la Cour (point 152), le fait de pratiquer des prix prédateurs ne saurait être considéré comme l'unique comportement d'une entreprise en position dominante fondé sur une pratique de prix bas ; que l'Autorité relève en effet exactement (paragraphe 497 de la Décision) qu'au cas d'espèce ce n'est pas tant le prix des offres d'EDF ENR qui est en cause, que le soutien dont EDF ENR a bénéficié de la part de sa maison mère et que si l'appui ainsi procuré à la filiale est suffisamment important, les prix proposés par celle-ci n'ont pas nécessairement à être inférieurs à ceux des concurrents pour entraîner d'effet d'éviction ou de marginalisation ou fausser le jeu concurrentiel ; que c'est encore avec raison que la Décision constate (paragraphe 498), qu'à cet égard, les prix pratiqués par EDF ENR, s'ils n'accroissent pas le risque d'éviction, ne le suppriment pas pour autant ; qu'en effet, les prix pratiqués par EDF ENR demeurent inférieurs à ceux de certains de ses concurrents alors qu'en l'absence des actifs mis à disposition par EDF, EDF ENR aurait dû engager des coûts importants pour disposer de la même notoriété, réputation et visibilité ; que par ailleurs, il a été montré plus haut que les prospects, dans le premier stade de développement du marché, cherchent moins des prix bas (la rentabilité de l'investissement étant de toute façon assurée grâce à l'effet d'aubaine) qu'un partenaire dont la notoriété les rassure ; que dès lors que c'est par de justes motifs (paragraphe 497 et 498 de la Décision) que la cour adopte, que l'Autorité a décidé que l'absence de pratiques de prix abusivement bas ne permet pas de conclure à l'absence de pratiques visant à évincer les concurrents ou à fausser la concurrence ; que dès lors c'est par de justes motifs (paragraphe 497 et 498 de la Décision) que la cour adopte, que l'Autorité a décidé que l'absence de pratiques de prix abusivement bas ne permet pas de conclure à l'absence de pratiques visant à évincer les concurrents ou à fausser la concurrence ; qu'en quatrième lieu sur le lien de causalité entre les pratiques et les restrictions de concurrence que EDF prétend que les pratiques constatées entre novembre 2007 et avril 2009 - correspondant à la première branche du premier grief et au second grief - n'ont aucun lien de causalité avec les difficultés rencontrées par certains opérateurs après les modifications réglementaires précitées et la crise de confiance qui s'en est suivie ; que cependant, si la Décision admet (paragraphe 501) que s'il est vrai que les difficultés des opérateurs concurrents ne sont pas exclusivement liées aux

pratiques mises en oeuvre par EDF ENR, il n'en demeure pas moins que l'Autorité a constaté ensuite que les incertitudes liées au changement du cadre réglementaire, qui n'ont fait ressentir leurs effets qu'à partir de septembre 2009 et au cours du premier trimestre 2010 ne sont donc pas susceptibles d'expliquer la très forte croissance de la part de marché d'EDF ENR sur la période 2007-2009 ; qu'à cet égard, l'Autorité a exactement relevé : - que sur cette période 2007-2009, la forte et rapide croissance des parts de marché d'EDF ENR en dépit de prix plus élevés que ceux correspondant à la moyenne du marché, ne peut s'expliquer que par l'utilisation systématique des moyens mis à disposition de sa filiale par EDF ; - que les actions mises en oeuvre par EDF ont eu pour effet de réduire la clientèle potentielle des concurrents d'EDF ENR à un stade de développement du marché où l'acquisition de cette clientèle était importante pour leur rentabilité; qu'en revanche l'Autorité a admis que le changement de cadre réglementaire a joué un rôle important dans l'évolution du marché à partir de la fin de l'année 2009 et, qu'à ce titre, elle procéderait à l'analyse de l'influence de ce changement à l'occasion de l'examen des effets de la seconde branche du premier grief; que, sur l'effet anticoncurrentiel des conditions financières de mise à disposition de certains actifs ; selon EDF, les coûts supportés pour la mise à disposition des moyens au profit d'EDF ENR sont essentiellement des coûts fixes, que, dès lors, le prix de cession de ces moyens et son augmentation éventuelle n'ont aucun impact sur les prix pratiqués par EDF ENR sur le marché et que, dans ces conditions, la situation concurrentielle n'a subi aucun changement ; que cependant, la requérante ne produit aucun élément nouveau de nature à remettre en cause les appréciations pertinentes de l'Autorité (paragraphe 508 et 509 de la Décision) que la cour adopte aux termes desquelles elle a écarté les objections déjà soulevées sur ce point par EDF en relevant : - que le caractère fixe ou variable des charges liées à la mise à disposition des actifs dont a bénéficié EDF ENR dépend de la tarification choisie par EDF pour cette mise à disposition et que des prix de cession plus élevés auraient ainsi pu inciter les deux parties à opter pour une tarification variable fonction par exemple, du nombre de clients d'EDF ENR, du nombre de coordonnées transmises, ou du nombre de factures sur lesquelles figurait la mention du Conseil Energie Solaire ; que dès lors, le prix de cession de ces moyens et son augmentation éventuelle n'auraient aucun impact sur les prix pratiqués par EDF ENR sur le marché et la situation concurrentielle n'en aurait donc pas été changée ; - qu'à supposer qu'en raison de coûts fixes plus élevés, EDF ENR ait été conduite à augmenter son prix de vente, selon EDF, une telle hausse des prix aurait nui au consommateur et aurait entraîné une perte sèche pour l'économie que cependant les moyens mis à disposition d'EDF ENR l'ont avantagée par rapport à ses concurrents sans que ces derniers puissent acquérir, par leurs mérites des avantages de même nature ; qu'à tout le moins, une rémunération de ces ressources plus en ligne avec la valeur de l'apport effectué, en incitant EDF ENR à accroître ses prix aurait atténué l'ampleur de l'avantage ainsi apporté tout en améliorant

la rentabilité du groupe EDF ; qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les moyens soulevés par EDF échouent à remettre en cause les conclusions de l'Autorité (paragraphe 510 de la Décision) aux termes desquelles : - les pratiques mises en oeuvre, par leur combinaison et leur ampleur, ont permis à EDF ENR d'acquérir très rapidement une position significative sur le marché grâce à des moyens que ses concurrentes ne pouvaient répliquer, faussant ainsi la concurrence par les mérites ; - les actions mises en oeuvre par EDF ont eu pour effet de réduire la clientèle potentielle des concurrents d'EDF ENR et de les marginaliser, à un stade de développement du marché où l'acquisition de cette clientèle était importante pour leur rentabilité et leur réputation ; que les moyens seront rejetés ; QU'en ce qui concerne les effets anticoncurrentiels potentiels des pratiques visées par la première branche du premier grief et le second grief, EDF souligne l'absence d'effets potentiels des pratiques pendant la période 2007-avril 2009 (première branche du premier grief et second grief) en se prévalant d'une part, de l'absence de preuve de la mise en oeuvre d'une stratégie systématique et coordonnée et, d'autre part, du fait que les actifs mis à disposition d'EDF ENR, s'ils n'étaient pas répliquables, n'étaient en tout état de cause nullement indispensables à ses concurrents pour commercialiser leurs offres photovoltaïques ; que cependant, tout d'abord, sur le prétendu défaut de preuve de l'existence d'une stratégie systématique et coordonnée d'EDF, qu'il suffit de renvoyer aux développements qui précèdent, dont il ressort que l'Autorité a établi le caractère systématique et coordonné d'un ensemble de pratiques commerciales visant à faire croire aux clients, grâce à l'emploi de personnels d'EDF, du Conseil Energie Solaire et de la marque Bleu Ciel qu'ils traitaient directement avec EDF et non avec sa filiale, mettant ainsi en oeuvre une confusion délibérée entre les activités du fournisseur historique et les activités de diversification; qu'ensuite, la requérante ne démontre pas à quel titre il conviendrait de prendre en compte le caractère « indispensable » et non « répliquable » des actifs mis à disposition ; qu'ainsi que le fait valoir à juste titre l'Autorité dans ses observations déposées devant la cour (point 163), il ne peut être utilement contesté que les seuls avantages acceptables au regard des règles de concurrence sont ceux indispensables à la réalisation de la mission de service public confiée à l'opérateur ; qu'en effet, un bon fonctionnement de la concurrence n'implique pas des conditions d'exercice de l'activité identiques pour tous les acteurs présents sur un marché et que le but poursuivi par le contrôle concurrentiel est d'éviter que l'entreprise ayant disposé d'un monopole légal sur un marché et intervenant sur un marché connexe concurrentiel n'exploite un avantage non reproductible et injustifié, qui ferait ainsi obstacle au développement d'une concurrence par les mérites sur le marché concerné, quel que soit par ailleurs le niveau des performances des opérateurs; que le moyen est inopérant; qu'en ce qui concerne la mise en oeuvre des tests économiques, c'est également à juste titre que l'Autorité a décidé (paragraphe 521 à 528 de la Décision) que les tests économiques mis en oeuvre en annexe des observations d'EDF au

rapport et, en particulier, le test de l'absence de sens économique, ne peuvent constituer un standard de preuve se substituant à l'analyse concrète, menée par l'Autorité, de l'objet ou des effets réels ou potentiels des pratiques en cause ; que, dès lors, la requérante n'est pas fondée à soutenir qu'appliqué au cas d'espèce, ce test aurait dû conduire l'Autorité à écarter tout caractère anticoncurrentiel des pratiques ; que le moyen est dépourvu de portée; qu'en ce qui concerne les prétendus effets pro-concurrentielles des pratiques : EDF maintient que les moyens de promotion déployés (Conseil Energie Solaire, campagnes de publicité Bleu Ciel etc.) ont eu des effets économiques favorables en stimulant le développement de l'ensemble de la filière et favorisé ainsi directement les concurrents; que cependant, EDF ne produit aucun élément nouveau de nature à remettre en cause les appréciations pertinentes de l'Autorité (paragraphe 512 à 520 de la Décision) dont il ressort que les effets proconcurrentiels des pratiques ne sont pas démontrés et que les moyens déployés par EDF au profit de sa filiale ne peuvent par leur nature et par leur ampleur, que fausser le jeu de la concurrence ; que le moyen doit être écarté;

1°) ALORS QU'en affirmant, pour considérer que l'abus de position dominante reproché à EDF avait eu des effets anticoncurrentiels sur le marché qu'il « a été établi qu'EDF a asséché le marché des prospects en se servant de moyens non répliquables par ses concurrents, ce qui a entraîné une croissance très significative d'EDF ENR ne reflétant pas une croissance par les mérites », après avoir constaté que « - s'agissant des caractéristiques de l'offre, que l'Autorité ne démontre pas que les opérateurs de petite et moyenne taille ne disposant pas d'une marque notoire auraient rencontré des difficultés spécialement au regard de leurs parts de marchés comprises entre 85 et 99 % depuis 2007 », la Cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QU'en refusant expressément de vérifier si les actifs mis par EDF à la disposition de sa filiale étaient ou non indispensables aux autres concurrents, après avoir admis que « s'agissant des caractéristiques de l'offre, que l'Autorité ne démontre pas que les opérateurs de petite et moyenne taille ne disposant pas d'une marque notoire auraient rencontré des difficultés spécialement au regard de leurs parts de marchés comprises entre 85 et 99 % depuis 2007 » la cour d'appel qui n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

3°) ALORS QU'en considérant que si les pratiques relevées à l'encontre d'EDF ne présentaient pas d'objet anticoncurrentiel, l'Autorité de la concurrence avait caractérisé à suffisance de droit les effets anticoncurrentiels réels des pratiques incriminées, tout en déniaut à EDF le

droit de chercher à établir le nombre de clients qui se seraient effectivement tournés vers les concurrents d'EDF ENR en l'absence des pratiques reprochées à EDF, ce qui interdisait toute analyse des effets anticoncurrentiels réels ou avérés, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QU'en se bornant à affirmer, pour dénier à la société EDF le droit de déterminer le nombre de clients qui se seraient effectivement tournés vers les concurrents d'EDF ENR en l'absence des pratiques reprochées « qu'un tel calcul est, d'un côté, impossible à réaliser avec des résultats fiables et, de l'autre, inutile pour l'appréciation des effets des pratiques », la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à caractériser l'existence des effets anticoncurrentiels réels des pratiques en cause, a privé sa décision de base légale au regard des articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

QUATRIEME MOYEN DE CASSATION (sanction)

Il est fait grief à l'arrêt attaqué d'avoir infligé à la société EDF une sanction de 7 882 736 € au titre de l'infraction visée par l'article 1er de la décision de l'Autorité de la concurrence n° 13-D-20 du 17 décembre 2013,

AUX MOTIFS QUE SUR LA SANCTION INFLIGÉE AU TITRE DE LA PREMIÈRE BRANCHE DU PREMIER GRIEF ET DU SECOND GRIEF (...), en ce qui concerne la valeur des ventes: l'Autorité a justement rappelé, à titre liminaire (paragraphe 560 de la Décision), que, si le code de commerce, en ne se référant pas au chiffre d'affaires lié au secteur ou au marché en cause en lien avec la pratique poursuivie, mais uniquement au chiffre d'affaires mondial consolidé ou combiné, n'impose pas à l'Autorité de procéder de la sorte pour autant, ce paramètre constitue généralement une référence appropriée et objective permettant de proportionner au cas par cas l'assiette de la sanction à la réalité économique de l'infraction en cause, et plus précisément à son ampleur ainsi qu'au poids relatif dans le secteur concerné de chacune des entreprises qui y a participé ; qu'au soutien de son recours, EDF fait valoir que la méthode de calcul de la valeur des ventes utilisée par l'Autorité dans la présente affaire et la méthode décrite dans le communiqué sanctions sont contradictoires, dès lors que si ce communiqué permet à l'Autorité de retenir un autre exercice comptable que le dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction lorsque ce dernier ne constitue manifestement pas une référence pertinente l'Autorité ne pouvait cependant procéder à des approximations pour déterminer la moyenne annualisée pour les mois concernés par l'infraction ; que cependant, EDF ne produit aucun élément de nature à remettre en cause les appréciations de l'Autorité (paragraphe 561 à 567 de la Décision), que la cour fait siennes, qui, pour le calcul de la valeur des ventes, l'ont conduite à prendre en considération la moyenne annualisée des ventes de l'année

2008 et des ventes des 8 premiers mois de l'année 2009 (soit la période comprise entre le 1er janvier et le 1er mai, plus quatre mois jusqu'à la fin du mois d'août 2009), ce qui correspond à un montant de 39811 800 euros; qu'en effet, l'Autorité a exactement constaté: - que les catégories de produits et services à prendre en considération sont celles affectées par les pratiques c'est-à-dire les prestations de services destinées aux particuliers pour la production d'électricité photovoltaïque et, qu'à l'époque des faits, EDF à qui les pratiques sont imputables, était active dans le secteur du photovoltaïque par le biais de ses deux filiales dénommées EDF ENR et EDF ENR Solaire; - que EDF ENR a commercialisé ses offres photovoltaïques entre novembre 2007 et juillet 2010 et n'a, depuis cette date, plus d'activité en propre dans ce domaine; que jusqu'en juillet 2010 EDF ENR solaire agissait principalement comme mandataire d'EDF ENR, en commercialisant en son nom et pour son compte ses offres photovoltaïques ; que depuis le 1er juillet 2010, EDF ENR Solaire commercialise les offres photovoltaïques destinées aux particuliers en son propre nom et pour son propre compte, sous la marque EDF ENR; - que, dès lors, la valeur des ventes est constituée de l'ensemble des ventes de prestations de services aux particuliers pour la production d'électricité photovoltaïque réalisées par EDF ENR, ce que EDF n'a pas contesté ; - que les pratiques, initiées en octobre 2007 se sont poursuivies jusqu'à l'exécution de la décision de mesures conservatoires le 1er mai 2009 ; - que le paragraphe 37 du communiqué du 16 mai 2011, précité prévoit que dans la mesure où l'Autorité considère que le dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction ne constitue manifestement pas une référence représentative elle retient un exercice qu'elle estime plus approprié ou une moyenne d'exercices, en motivant ce choix; - qu'en l'espèce, l'année 2008 ne semble pas représentative: en effet, on constate que les effets des pratiques sont davantage caractérisés en 2009 les ventes ayant triplé entre 2008 et 2009 ; que par ailleurs, la direction financière d'EDF ENR a indiqué qu'il existait un délai d'environ quatre mois entre la vente et l'installation d'un projet photovoltaïque; qu'or le chiffre d'affaires est reconnu de façon comptable à l'installation du projet: ainsi, un contrat signé en avril 2009 (dernier mois complet de commission des pratiques) n'a donné lieu à une inscription comptable qu'en août 2009 ; que le moyen sera écarté;

QU'en ce qui concerne la gravité des faits: la requérante, conteste les critères qui ont été mis en oeuvre par l'Autorité, spécialement en procédant à une comparaison avec d'autres affaires ; qu'elle affirme que l'Autorité a porté une appréciation inexact sur la gravité des pratiques; que EDF soutient aussi que c'est à tort que l'Autorité a refusé de prendre en compte l'existence de facteurs de nature atténuer la gravité des pratiques, soit les engagements proposés, alors que la procédure d'engagements ne devrait être exclue que pour les infractions les plus graves ayant déjà causé un dommage à l'économie important; que la requérante prétend, enfin que l'absence de tout effet concret des pratiques et de toute préemption du

marché devrait être prise en compte non seulement au titre du dommage causé à l'économie mais encore au titre de l'appréciation de la gravité des pratiques, compte tenu des fluctuations chiffrées très nettes du chiffre d'affaires et de la part de marché d'EDF ENR ainsi que des incertitudes qui affectaient l'ensemble de la filière ; que cependant, l'Autorité a fait une juste appréciation de la gravité des faits (paragraphe 572 à 578 de la Décision) au terme d'une analyse pertinente du dossier que la cour fait sienne: - s'agissant de pratiques d'éviction, traditionnellement qualifiées par les autorités de concurrence et les juridictions européennes et nationales de graves, voire de très graves lorsqu'elles sont mises en oeuvre par une entreprise en situation de position dominante et a fortiori, en situation de monopole ou de quasimonopole ; que s'agissant plus particulièrement de pratiques d'utilisation de bases de données commerciales issues d'une situation de monopole légal; - alors que les comportements anticoncurrentiels en cause procèdent d'une volonté délibérée de bâtir une stratégie marketing globale et cohérente; - que les pratiques ont été mises en oeuvre par l'opérateur historique de l'électricité en France qui avait, en raison de son statut la responsabilité particulière de ne pas entraver l'entrée et le développement d'opérateurs concurrents sur un marché connexe émergent; que EDF n'est pas fondée à se prévaloir de la procédure d'engagements pour tenter d'atténuer l'appréciation de la gravité des faits par l'Autorité dès lors que, ainsi que l'a constaté celle-ci (paragraphe 572 de la Décision) les propositions d'engagements faites par EDF ont été rejetées par le Conseil de la concurrence lors de la séance de mesures conservatoires du 24 février 2009, au motif que les problèmes de concurrence soulevés dans le cadre de la présente affaire ne pouvaient être résolus de manière satisfaisante par les engagements proposés ; qu'au surplus, contrairement à ce qui est soutenu, la part de marché fluctuante d'EDF ENR constitue un indice montrant la croissance spectaculaire de l'entreprise sur le marché en cause' que, de plus les incertitudes réglementaires ont été prises en compte dans la présente affaire notamment dans la détermination de la durée des pratiques et qu'à tout le moins, les comportements reprochés à EDF ne peuvent pas se justifier par ces incertitudes (...);

QUE sur l'importance du dommage causé à l'économie: la Décision déférée rappelle à juste titre (paragraphe 579 à 583): - que l'importance du dommage causé à l'économie s'apprécie de façon globale pour les pratiques en cause et que ce critère légal ne se confond pas avec le préjudice qu'ont pu subir les victimes des pratiques en cause, mais s'apprécie en fonction de la perturbation générale qu'elles sont de nature à engendrer pour l'économie; - que l'Autorité qui n'est pas tenue de chiffrer précisément le dommage causé à l'économie, doit procéder à une appréciation de son existence et de son importance, en se fondant sur une analyse aussi complète que possible des éléments du dossier et en recherchant les différents aspects de la perturbation générale du fonctionnement normal de

l'économie engendrée par les pratiques en cause, de sorte que l'existence du dommage à l'économie ne saurait être présumée; - que l'Autorité tient notamment compte, pour apprécier l'incidence économique de la pratique en cause, de l'ampleur de l'infraction telle que caractérisée, entre autres, par sa couverture géographique ou par la part de marché cumulée des participants sur le secteur ou le marché concerné, de sa durée, de ses conséquences conjoncturelles ou structurelles, ainsi que des caractéristiques économiques pertinentes du secteur ou du marché concerné; que EDF soutient que, concernant la première période - novembre 2007/ avril 2009 - l'Autorité a opéré une inexacte appréciation des critères utilisés pour définir le dommage à l'économie soit, tout d'abord, l'ampleur des pratiques, qui contrairement à ce qui a été relevé par la Décision, est limitée, dès lors que les Lettres Bleu Ciel et les factures étaient envoyées à l'ensemble des clients d'EDF et que ces derniers n'étaient pas pour autant des prospects aux offres photovoltaïques; qu'en effet, la plupart des Français ne sont pas éligibles à la production d'électricité photovoltaïque; que EDF reproche aussi à la Décision de retenir des caractéristiques économiques du secteur qui ne sont pas pertinentes; qu'ainsi: - si un marché émergent doit être protégé d'une pratique permettant à l'opérateur historique d'acquérir une position déterminante pour l'avenir et de figer les positions des autres acteurs, tel n'est cependant pas le cas en l'espèce; - l'atomicité de l'offre et la prépondérance d'acteurs de petite taille ne disposant pas d'une forte notoriété ne constituent pas une caractéristique déterminante, dès lors qu'aucune étude n'a été menée afin de déterminer si le consommateur est ou non sensible à la notoriété des fournisseurs de services photovoltaïques; -l'irréversibilité de l'investissement dans l'équipement photovoltaïque, conçu pour durer vingt ans, ne constitue pas une caractéristique pertinente, dès lors que, selon l'étude Microeconomix, les pratiques litigieuses n'auraient pas réduit sensiblement la clientèle potentielle pour les concurrents d'EDF ENR ; que EDF critique aussi l'analyse conduite par la Décision, dans le cadre de l'appréciation de l'importance du dommage à l'économie des conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques. en faisant valoir en particulier, que les pratiques en cause ne pouvaient pas détourner la clientèle des concurrents, renforcer l'affaiblissement des concurrents dû uniquement à la crise du secteur ou encore dissuader l'entrée de concurrents potentiels sur le marché au vu de l'entrée massive d'opérateurs; qu'au cas d'espèce, EDF ne produit aucun élément de nature à remettre en cause les appréciations pertinentes de l'Autorité sur le dommage à l'économie qui l'ont conduite à examiner tout d'abord l'ampleur des pratiques, puis les caractéristiques économiques des activités en cause et enfin les conséquences conjoncturelles ou structurelles des infractions reprochées (paragraphes 579 à 597) ; que l'ampleur des pratiques a été parfaitement caractérisée par l'Autorité qui a relevé que, tant la lettre « Bleu Ciel» que les factures d'électricité faisant état du « conseil Energie solaire », accessible au 3929, ont été adressées à l'ensemble des clients d'EDF résidant en France qui représentent la quasi-totalité des clients

potentiels d'EDF ENR puisqu'à l'époque des faits, EDF détenait des parts de marché très élevées sur le marché de la production et de la fourniture d'électricité aux clients résidentiels, estimées entre 90 et 95% en 2010 et que les campagnes de communication radiophonique ou télévisuelle sur le « conseil Energie solaire » ont été diffusées sur tout le territoire national et ont donc pu toucher tous les consommateurs; que EDF échoue également à remettre en cause la pertinence de l'analyse de l'Autorité, que la cour fait sienne tant sur les caractéristiques économiques objectives du secteur (notamment marché émergent, atomité de l'offre et prépondérance d'acteurs de petite taille) qu'en ce qui concerne les conséquences conjoncturelles et structurelles des pratiques (paragraphe 586 à 596 de la Décision) , que le moyen doit être rejeté;

QU'en ce qui concerne la prise en compte des circonstances propres à EDF et spécialement la puissance économique de EDF et du groupe auquel elle appartient, alors que le montant de base de la sanction pécuniaire avait été fixé par l'Autorité à 5.255.158 euros en considération des critères précités (paragraphe 604 de la Décision), la requérante n'a pas contesté le principe de l'ajustement à la hausse de 50 % de la sanction pécuniaire qui lui a été infligée au titre de sa puissance économique et du groupe auquel elle appartient (paragraphe 607 à 612 de la Décision) ; qu'en cet état, l'Autorité a bien déterminé la sanction pécuniaire qui a été prononcée à l'encontre de la requérante en application des dispositions précitées de l'article L. 464-2 du code de commerce, en fixant le montant de base de la sanction pécuniaire à 7 882 736 euros (...);

QUE (...) EDF soutient que, s'agissant des pratiques qui, comme en l'espèce, n'ont pas d'objet anticoncurrentiel, l'Autorité de la concurrence était tenue de démontrer des effets anticoncurrentiels réels et avérés et que, pour qu'elle puisse se contenter de démontrer l'existence d'effets potentiels, la pratique doit impérativement, au regard de la jurisprudence communautaire revêtir un objet anticoncurrentiel ou poursuivre un but anticoncurrentiel ; que cependant, pour établir une violation de l'article 102 TFUE, il n'est pas nécessaire de démontrer que le comportement abusif de l'entreprise en position dominante a eu un effet anticoncurrentiel concret sur les marchés concernés mais seulement qu'il tend à restreindre la concurrence ou, en d'autres termes, qu'il est de nature à ou est susceptible d'avoir un tel effet, principe qui ressort d'une jurisprudence itérative et constante (CIUE, TeliaSonera, 17 février 2011, aff. C-52/09, paragraphes 61 à 65 ; TPICE British Airways/Commission, 17 décembre 2003, aff. T-219/99, paragraphes 293-294 et 297 ; CJCE, Michelin/Commission, 3 juillet 1991, aff. C-322/81, paragraphe 85 ; TPICE, Michelin II, 3 septembre 2003, aff. T-203/01; Trib. UE, Tomra, 9 septembre 2010, T-155/06, paragraphe 289; CIUE, Tomra, 19 avril 2012, aff. C-549/10 P, paragraphe 17) ; qu'ainsi contrairement à ce qui est soutenu, l'Autorité doit seulement démontrer l'existence d'un effet anticoncurrentiel au moins potentiel, sans avoir à apporter la preuve d'une

détérioration effective quantifiable de la position concurrentielle des autres opérateurs sur le marché (...) (arrêt p. 17) ;

QUE contrairement à ce qui est soutenu, les orientations de la Commission, se bornent à préciser qu'un effet d'éviction n'implique pas nécessairement des prix prédateurs et qu'ainsi que le précise en tant que de besoin l'Autorité dans ses observations déposées devant la Cour (point 152), le fait de pratiquer des prix prédateurs ne saurait être considéré comme l'unique comportement d'une entreprise en position dominante fondé sur une pratique de prix bas ; que l'Autorité relève en effet exactement (paragraphe 497 de la Décision) qu'au cas d'espèce ce n'est pas tant le prix des offres d'EDF ENR qui est en cause, que le soutien dont EDF ENR a bénéficié de la part de sa maison mère et que si l'appui ainsi procuré à la filiale est suffisamment important, les prix proposés par celle-ci n'ont pas nécessairement à être inférieurs à ceux des concurrents pour entraîner d'effet d'éviction ou de marginalisation ou fausser le jeu concurrentiel ; que c'est encore avec raison que la Décision constate (paragraphe 498), qu'à cet égard, les prix pratiqués par EDF ENR, s'ils n'accroissent pas le risque d'éviction, ne le suppriment pas pour autant ; qu'en effet, les prix pratiqués par EDF ENR demeurent inférieurs à ceux de certains de ses concurrents alors qu'en l'absence des actifs mis à disposition par EDF, EDF ENR aurait dû engager des coûts importants pour disposer de la même notoriété, réputation et visibilité ; que par ailleurs, il a été montré plus haut que les prospects, dans le premier stade de développement du marché, cherchent moins des prix bas (la rentabilité de l'investissement étant de toute façon assurée grâce à l'effet d'aubaine) qu'un partenaire dont la notoriété les rassure; que dès lors que c'est par de justes motifs (paragraphe 497 et 498 de la Décision) que la cour adopte, que l'Autorité a décidé que l'absence de pratiques de prix abusivement bas ne permet pas de conclure à l'absence de pratiques visant à évincer les concurrents ou à fausser la concurrence (arrêt p. 19 et 20);

ET ENFIN QUE (...) en ce qui concerne la prétendue absence d'autonomie du second grief, la requérante soutient que l'existence d'un grief autonome relatif à l'utilisation de la base de données est maintenue dans la décision attaquée au motif que même si certains faits concernés par le premier grief peuvent se recouper avec ceux visant le second grief, "il s'agit, à chaque fois, d'appréhender des pratiques distinctes" ; que EDF reproche précisément à l'Autorité d'avoir introduit une distinction artificielle conduisant à une aggravation de la sanction dès lors : - que les deux griefs notifiés reprochent à EDF l'utilisation d'actifs matériels et immatériels au bénéfice de sa filiale, EDF ENR, l'utilisation des coordonnées des clients pour l'envoi des factures et des lettres Bleu Ciel apparaissant être uniquement comme un des moyens de promotion, supports du premier grief; - que l'Autorité admet l'absence d'autonomie du second grief en analysant ensemble la première branche du premier grief et le second grief au stade des effets et de

l'appréciation de la sanction ; que (cependant), contrairement à ce qui est soutenu, si certains faits concernés par le premier grief peuvent se recouper avec ceux visant le second grief, il s'agit bien à chaque fois, ainsi que l'a exactement constaté l'Autorité (paragraphe 209 à 212 de la Décision), d'appréhender des pratiques distinctes ; qu'en effet, aux termes du premier grief, il est reproché à EDF d'avoir mis en place le « Conseil Energie Solaire » dont la promotion a été assurée par de nombreux supports au moyen de la marque Bleu Ciel commune à tous les services de EDF et qui avait pour objectif de capter et d'orienter la clientèle intéressée par la production d'électricité photovoltaïque vers les offres photovoltaïques d'EDF ENR, alors, qu'en revanche, le second grief vise la pratique d'EDF ayant consisté à fournir à ses propres agents prodiguant le Conseil Energie Solaire au 3929, des informations sur cette clientèle afin de mieux qualifier le prospect ; que de même EDF est mise en cause au titre du premier grief pour avoir assuré la promotion des offres d'EDF ENR sur différents supports utilisant la marque commune Bleu Ciel, tels que la Lettre Bleu Ciel et les factures d'électricité qui sont adressées à l'ensemble de la clientèle résidentielle alors que, pour sa part, le second grief ne concerne que l'utilisation par EDF de sa base de données pour adresser les Lettres Bleu Ciel ainsi que les factures d'électricité concernées à la clientèle résidentielle ; que l'argumentation de EDF en ce qu'elle incrimine les conditions dans lesquelles l'Autorité a procédé à l'analyse des griefs et en ce qu'elle reproche à l'Autorité une aggravation de la sanction qui lui a été infligée vise en réalité la pertinence de la motivation de la Décision ce qui relève du débat de fond (...) (arrêt p. 7 et 8) ;

1°) ALORS QU'il résulte des propres énonciations de l'arrêt attaqué que le paragraphe 37 du communiqué sanctions du 16 mai 2011 précité ne permet à l'Autorité de la concurrence de déroger à la règle du dernier exercice comptable complet de participation à l'infraction pour évaluer la valeur des ventes que lorsque celui-ci ne constitue manifestement pas une référence représentative ; qu'en affirmant, pour valider la dérogation appliquée en l'espèce par l'Autorité de la concurrence que « l'année 2008 ne semble pas représentative », la cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à établir que le dernier exercice comptable complet 2008 ne constitue manifestement pas une référence représentative, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L 464-2 du code de commerce ;

2°) ALORS QUE la société EDF avait précisément fait valoir dans son mémoire en réplique que la gravité de l'infraction relative à la première branche du premier grief et au second grief ne peut pas être appréciée sans tenir compte, comme le souligne le ministre, de l'absence d'objet anticoncurrentiel de cette pratique, ce qui ne permet pas de la ranger parmi les infractions les plus graves ; qu'en se bornant à affirmer, pour apprécier la gravité du comportement à sanctionner que les pratiques en cause sont traditionnellement qualifiées par les autorités de concurrence et les

juridictions européennes et nationales de graves, voire de très graves lorsqu'elles sont mises en oeuvre par une entreprise en situation de position dominante et a fortiori, en situation de monopole ou de quasi-monopole, sans répondre à ces conclusions déterminantes démontrant la nécessité absolue d'apprécier la gravité de la pratique selon qu'elle présente ou non un objet anticoncurrentiel, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) ALORS QUE les pratiques d'éviction les plus graves sont les pratiques d'éviction tarifaire consistant pour le titulaire d'un monopole légal à utiliser sa rente financière pour pratiquer un prix abusivement bas sur un marché connexe ouvert à la concurrence ; qu'en affirmant péremptoirement que les pratiques d'éviction sont traditionnellement qualifiées par les autorités de concurrence et les juridictions européennes et nationales de graves, voire de très graves lorsqu'elles sont mises en oeuvre par une entreprise en situation de position dominante et a fortiori, en situation de monopole ou de quasi-monopole, sans distinguer selon la pratique en cause bien qu'elle ait admis en l'espèce qu'il ne pouvait pas être reproché à EDF une quelconque éviction tarifaire, la cour d'appel qui a statué par des motifs généraux impropres à établir la gravité de la pratique en cause, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

4°) ALORS QUE le dommage à l'économie ne peut pas être présumé ; qu'il incombe donc à l'Autorité de concurrence de démontrer l'existence du dommage à l'économie et d'en déterminer l'importance par une analyse concrète de la situation concurrentielle du secteur en cause ; qu'en se bornant, en ce qui concerne les caractéristiques économiques du secteur, à confirmer la motivation de l'Autorité de la concurrence ne faisant état que du caractère émergent du secteur photovoltaïque, de l'atomicité de l'offre et de l'irréversibilité de l'investissement à réaliser, la cour d'appel qui a statué par des considérations générales insuffisantes à caractériser le dommage à l'économie, a privé sa décision de base légale au regard de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

5°) ALORS QUE la société EDF avait expressément fait valoir, dans son mémoire en réplique, que pour déterminer le dommage à l'économie, l'ampleur des pratiques visées par la première branche du premier grief et le second grief, devait être examinée en tenant compte non seulement du nombre de destinataires de la Lettre Bleu Ciel mais aussi des effets bénéfiques et pro concurrentiels de la présence d'EDF dans le développement de la filière photovoltaïque en France ; qu'en se bornant à affirmer sur l'ampleur des pratiques reprochées, que l'impact de la Lettre Bleu Ciel qui avait pu toucher tous les consommateurs a été parfaitement caractérisée par l'Autorité de la concurrence, sans répondre au moyen déterminant précité démontrant que le présence d'EDF sur le marché

photovoltaïque avait également été bénéfique au développement du secteur, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

6°) ALORS QUE les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient ; qu'en considérant que la première branche du premier grief et le second grief, formaient en réalité une infraction unique après avoir affirmé que chacun de ces griefs visaient à appréhender des pratiques distinctes, la cour d'appel qui a artificiellement aggravé la pratique incriminée et la sanction pécuniaire encourue par EDF, a méconnu le principe de proportionnalité des peines et violé l'article L 464-2 du code de commerce ;

7°) ALORS QUE la seule puissance économique de la société EDF et du groupe auquel elle appartient ne constitue pas par elle-même une cause personnelle d'aggravation de la sanction ; qu'en décidant le contraire, la cour d'appel a violé l'article L. 464-2 du code de commerce.