

Conseil de la Concurrence

Treizième rapport d'activité

1999

OBSERVATIONS GÉNÉRALES	3
PREMIÈRE PARTIE BILAN D'ENSEMBLE DES TRAVAUX DU CONSEIL	6
Chapitre Ier Les saisines contentieuses et les demandes d'avis	6
Chapitre II Les délibérations du Conseil	7
DEUXIÈME PARTIE analyse des décisions du conseil	15
Chapitre Ier Questions de compétence, de procédure et de preuve	15
Chapitre II Les ententes illicites	29
Chapitre III Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels	38
Chapitre IV Les conditions d'application de l'article 10 de l'ordonnance	50
Chapitre V Les pratiques de prix abusivement bas	50
Chapitre VI L'action du Conseil en matière de pratiques anticoncurrentielles	51
TROISIÈME PARTIE ANALYSE DES AVIS DU CONSEIL	56
Chapitre Ier Les concentrations	56
Chapitre II Les autres avis	63
QUATRIÈME PARTIE LES ACTIVITÉS COMMUNAUTAIRES ET INTERNATIONALES DU CONSEIL	77

[Annexes 1](#)

[Annexes 2](#)

[Annexes 3](#)

[Annexes 4](#)

Par délibération en date du 10 mai 2000, le Conseil de la concurrence a adopté le présent rapport, établi en application des dispositions de l'article 7 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986, aux termes duquel le Conseil de la concurrence adresse chaque année au ministre chargé de l'économie un rapport d'activité qui est publié au *Journal officiel* de la République française et qui comporte en annexe les décisions du Conseil prévues à l'article 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et les avis rendus en application des articles 1^{er}, 5, 6, 26 et du titre V de la même ordonnance ainsi que sur le fondement des articles L. 36-7 (7^o) et L. 36-10 de la loi de réglementation des télécommunications.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

L'année 1999 peut apparaître comme une année de transition pour le Conseil de la concurrence qui a vu son collège très largement renouvelé pour une nouvelle période de six ans. La composition de ce nouveau collège est marquée, comme les précédents, par une forte pluridisciplinarité. Des magistrats, des experts – universitaires ou représentants des consommateurs – et des représentants de la vie économique s'y côtoient. Cette pluridisciplinarité est l'une des marques distinctives fortes du Conseil de la concurrence ; elle contribue incontestablement à la richesse de ses débats. L'arrivée d'économistes renforcera également sa capacité d'expertise et traduit, en France, le mouvement constaté dans d'autres grands pays développés qui tend à rapprocher davantage encore le droit de la concurrence de l'analyse économique.

Année de transition, 1999 n'en est pas moins une année fort riche pour les activités du Conseil.

1. Ce sont d'abord ses procédures et ses méthodes de travail qui ont subi un profond changement à la suite de l'orientation jurisprudentielle tracée par l'assemblée plénière de la Cour de cassation à propos de la procédure suivie devant la Commission des opérations de Bourse qui exige que les autorités administratives indépendantes distinguent soigneusement, lorsqu'elles usent de leur pouvoir de sanction, les fonctions d'instruction et de jugement.

Le Conseil a immédiatement transposé ce principe dans sa pratique et, sans attendre la confirmation en ce qui le concerne de cette jurisprudence, a écarté des délibérés les rapporteurs et les rapporteurs généraux alors même qu'ils ne participaient pas au vote. Cette orientation forte conduira nécessairement à revoir un certain nombre de dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; le projet de loi sur " les nouvelles régulations économiques ", actuellement encore en discussion au Parlement, s'est d'ailleurs déjà engagé dans cette voie.

Par des réflexions internes, le Conseil s'est préparé à ces évolutions qui font progresser les droits de la défense, l'égalité des armes et le débat impartial. Le Conseil est doté de pouvoirs de sanction importants. Il n'y a rien d'anormal dans le contexte d'aujourd'hui à appliquer à cette partie de son activité les exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Bien au contraire, leur respect scrupuleux ne peut que renforcer l'autorité de ses décisions.

2. Comme chaque année, les activités économiques concernées par les analyses et les décisions du Conseil sont nombreuses et extrêmement variées.

Les secteurs les plus traditionnels (la porcelaine, la papeterie, le bâtiment et les travaux publics) y côtoient les activités les plus modernes (l'audiovisuel, les télécommunications, l'Internet à haut débit) ; les activités développées dans le cadre de services publics (les transports scolaires ou de voyageurs, la distribution du gaz ou de l'électricité, les parcs départementaux de l'administration de l'équipement) sont examinées au même titre que celles qui relèvent d'activités purement privées.

Cette diversité ne fait que refléter, en fait, le caractère général et horizontal du droit de la concurrence qui a vocation à s'appliquer en utilisant les mêmes analyses et les mêmes concepts à chaque activité économique quelle que soit sa spécificité.

L'examen des domaines abordés par le Conseil révèle aussi à quel point de nombreux aspects de la vie très quotidienne du consommateur sont concernés par ses décisions : qu'il s'agisse du secteur des jouets, de celui du transport sanitaire des skieurs accidentés, de celui de la vente au détail du charbon et du fioul domestique, de celui des boissons gazeuses, voire encore de celui du téléphone, du Minitel ou de l'Internet, ce sont les intérêts des consommateurs en terme de niveaux de prix et de diversité de l'offre qui sont inlassablement recherchés par le Conseil. Ils sont, en effet, la finalité ultime du droit de la concurrence.

3. S'agissant des pratiques anticoncurrentielles, la jurisprudence du Conseil est maintenant bien établie et largement connue.

Quelques décisions, cependant, ont apporté des précisions nouvelles et importantes. Tel a été le cas de la question peu traitée en jurisprudence de la qualité des participants à une entente. Le Conseil, dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre par le Comité intersyndical du livre parisien, a considéré en se fondant sur la rédaction même de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qu'une entente anticoncurrentielle n'était pas nécessairement une entente entre des entreprises, mais pouvait être le fait, comme en l'espèce, de syndicats ouvriers. Cette

interprétation n'a toutefois pas été admise par la cour d'appel de Paris qui a retenu que, si certains participants à une entente pouvaient ne pas être des entreprises, l'un au moins des participants devait être " un acteur actif sur un marché " pour que les dispositions de l'article 7 soient applicables.

La décision relative aux applications thermiques de l'énergie a fourni l'occasion au Conseil de définir les conditions dans lesquelles des aides commerciales accordées par une entreprise en position dominante peuvent présenter un caractère anticoncurrentiel ; il en est ainsi si les prix, une fois déduites les aides accordées, sont prédateurs, si ces aides sont accordées de façon discriminatoire ou si, plus généralement, les conditions d'octroi de ces aides en établissent l'objet ou l'effet anticoncurrentiel.

Par ailleurs, et plus généralement, la réforme du droit communautaire en matière de restrictions verticales, souhaitée par certaines autorités de concurrence, et notamment par le Conseil, a abouti au règlement du 22 décembre 1999. Elle marque la volonté de s'attacher aux impacts économiques des accords en cause et oriente l'appréciation du Conseil en ce qui concerne tant la prise en compte de la part de marché détenue par le fournisseur que la gravité intrinsèque de certaines pratiques, celles relatives à la libre détermination du prix de revente notamment.

On notera, enfin, qu'aucune décision de fond n'a été rendue sur le fondement de l'article 10-1 de l'ordonnance qui prohibe " les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas ". Mais il est vrai, aussi, que très peu de saisines évoquent explicitement cette disposition.

4. L'activité consultative du Conseil s'est maintenue au niveau atteint ces dernières années.

Quatre opérations de concentration ont été soumises par le ministre de l'économie à l'avis du Conseil ; deux d'entre elles - la décision Coca-Cola et celle relative aux " briques et tuiles d'Alsace " - ont fait l'objet, comme le Conseil l'avait estimé souhaitable, d'une décision négative ou d'une décision d'autorisation sous condition de la part du ministre de l'économie et des finances. Face au phénomène de globalisation et de concentration des entreprises qui suscite inquiétude et interrogation, on ne peut que souligner l'importance de ce contrôle qui permet, par une régulation fine prenant en considération les caractéristiques structurelles de chaque marché, d'en préserver a priori le fonctionnement régulier.

La possibilité pour le Conseil d'être consulté sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance sur toute question concernant la concurrence par les commissions parlementaires, le Gouvernement, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture, de métiers et de commerce et industrie lui a permis en 1999 d'aborder quelques sujets nouveaux et importants : quelles doivent être les conditions qui permettent d'assurer un fonctionnement concurrentiel du marché du gaz ? Un réseau de commerçants indépendants peut-il, à l'instar des grands groupes intégrés, procéder sous une même enseigne à une campagne publicitaire temporaire comportant un prix promotionnel unique ? Dans quelles conditions les producteurs peuvent-ils créer une structure commune pour organiser et financer dans des conditions économiquement satisfaisantes une filière d'élimination des accumulateurs usagés ?

Les réponses données par le Conseil dans chacun de ces cas, parmi de nombreux autres, lui permettent d'éclairer, de manière générale et préventive, les opérateurs économiques sur les questions de concurrence qui se posent dans leur secteur et de formuler des recommandations générales.

Il s'agit là, pour une autorité de concurrence qui se préoccupe non pas seulement d'exercer une action répressive mais aussi de favoriser un fonctionnement concurrentiel des marchés, d'une attribution forte et qu'il convient de développer. A cet égard, le Conseil regrette que le projet de loi sur les nouvelles régulations économiques n'ait pas prévu qu'il puisse se saisir d'office en avis, comme peut le faire, par exemple, l'autorité italienne de concurrence.

5. Ce rapport est aussi l'occasion d'une interrogation sur l'effectivité du droit de la concurrence en France et l'efficacité de l'action du Conseil. A cet égard, plusieurs observations peuvent être faites.

En 1999, six mesures conservatoires ont été prononcées par le Conseil, ce chiffre marque une forte progression par rapport à celui de l'année précédente. Il correspond, certes, à une demande toujours soutenue de la part des entreprises, mais il correspond aussi probablement pour certains secteurs, tels l'audiovisuel ou les télécommunications, à une procédure bien adaptée à leur temps économique qui est particulièrement rapide. On soulignera aussi que, dans ces affaires, le Conseil s'est attaché, lorsqu'il a prononcé des mesures conservatoires, à déterminer celles qui, sans préjuger le fond, permettaient la réponse la mieux adaptée à la situation d'urgence qui lui était soumise. Les mesures prononcées dans l'affaire Grolier, qui visaient exclusivement à resserrer l'écart séparant France Télécom de ses concurrents dans la possibilité de fournir des services par Internet à haut débit, en sont un exemple particulièrement éclairant.

Le fait qu'en 1999 le Conseil ait usé à sept reprises de la possibilité de se saisir d'office marque aussi sa volonté de rester particulièrement réactif à la situation de la concurrence sur les marchés et

de se comporter comme une véritable autorité régulatrice. Dans le même sens, on peut penser aussi qu'une utilisation plus fréquente pourrait être faite de la possibilité prévue à l'article 11 de l'ordonnance de transmettre des dossiers au juge pénal en vue de l'application des dispositions de l'article 17 de l'ordonnance.

A cet égard, le nombre particulièrement faible des décisions qui ont prononcé des sanctions en 1999 (14) ainsi que le montant peu élevé du total de celles-ci (61 millions de francs environ) ne doivent pas laisser croire à un quelconque relâchement de la vigilance du Conseil. Ces chiffres s'expliquent en effet en grande partie par la circonstance qu'à la suite d'une jurisprudence de la cour d'appel de Paris, devenue plus exigeante sur les conditions de régularité des procès-verbaux d'enquête et des saisies de documents, un certain nombre de dossiers ont vu les éléments de preuve qu'ils rassemblaient disparaître et se sont donc clôturés par des décisions de non-lieu.

Mais ce n'est pas seulement d'un pouvoir de sanction qu'une autorité de concurrence peut tirer toute sa force. Il lui appartient aussi de disposer de l'ensemble des moyens qui lui permettent d'exercer une réelle politique, c'est-à-dire d'orienter son action en fonction des priorités qui se sont révélées à elle ou qu'elle a fixées.

Le projet de loi sur les nouvelles régulations économiques apporte à cet égard un certain nombre de progrès qui vont dans le sens souhaité par le Conseil : il en est ainsi du pouvoir dont elle disposera de transiger avec les entreprises qui ont reconnu les faits et prennent des engagements pour l'avenir, de la possibilité de recourir plus facilement à la procédure simplifiée, de l'introduction en droit français d'une procédure de clémence, ou encore de la possibilité de coopérer avec la Commission et ses homologues étrangers. Il y a là une véritable perspective de modernisation pour le droit français de la concurrence.

Cette évolution n'est probablement pas allée à son terme et d'autres mesures tout aussi importantes restent à envisager : l'introduction d'une règle de minimis permettant de classer rapidement les dossiers qui ne représentent pas de réel intérêt du point de vue de la concurrence ; la possibilité pour le Conseil de se saisir d'office en avis ; l'élargissement de sa saisine en matière de contrôle des concentrations.

Ces évolutions resteront d'autant plus nécessaires que le Conseil de la concurrence français est engagé, à la suite de la réforme du règlement communautaire 17 que la France appuie, dans un processus de mise en réseau avec la Commission et les autres autorités européennes de concurrence. Appelées par la force des évolutions économiques à travailler ensemble sur les mêmes dossiers, ces autorités vont se trouver en concurrence, comme elles le sont d'ailleurs déjà aux yeux de certains " usagers ", entreprises ou conseils. A cet égard, il est particulièrement important que le droit français de la concurrence et les institutions qui sont chargées de le mettre en œuvre correspondent aux standards internationaux qui sont en train de s'imposer.

Or, il ne peut y avoir de modernisation du droit de la concurrence s'il n'y a pas aussi allocation de moyens suffisants. Des efforts ont déjà été engagés, d'autres sont en cours ; ils devront être poursuivis de manière suffisamment constante pour venir à bout d'un stock de dossiers et de délais de procédure qui restent à des niveaux beaucoup trop élevés. Cette question des moyens reste aujourd'hui encore cruciale pour le Conseil. Car, comme l'a rappelé le récent rapport du Commissariat général au Plan sur les services publics en réseau, l'indépendance d'une autorité régulatrice est aussi une question de moyens financiers et de moyens en personnels ; ils déterminent sa capacité d'expertise et d'action. Or, si la réforme de 1986 a institué au Conseil de la concurrence un collège réellement indépendant (sa composition, son statut, ses règles de fonctionnement, son contrôle par la cour d'appel de Paris le garantissent), l'autonomie de l'institution en terme de moyens lui est encore trop étroitement comptée.

6. Enfin, l'année 1999 a été caractérisée par une intense activité dans le domaine international.

La réflexion engagée à la suite de la conférence de Singapour dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce s'est poursuivie et le groupe de travail sur l'interaction entre le commerce et la politique de concurrence, présidé par F. Jenny, vice-président du Conseil de la concurrence, a publié un second rapport témoignant de l'approfondissement de la réflexion dans le domaine de la régulation des marchés globalisés. Certes, la Conférence de Seattle n'a pas permis de lancer un nouveau cycle de négociations. Il convient cependant de noter, d'une part, que les membres de l'OMC ont souhaité, à l'issue de la Conférence de Seattle, poursuivre la réflexion sur les voies et moyens de concilier libéralisation du commerce et fonctionnement de la concurrence, de telle sorte que le groupe de travail de l'OMC a repris ses travaux et, d'autre part, que l'on constate une évolution prudente des positions. En particulier, un certain nombre de pays asiatiques, qui étaient sceptiques sur les bienfaits du droit de la concurrence, semblent plus convaincus de l'intérêt qu'ils pourraient tirer de l'adoption d'un tel droit. De son côté, l'Union européenne semble plus consciente que par le passé de la nécessité de promouvoir au plan multilatéral des solutions offrant suffisamment de progressivité et de flexibilité pour pouvoir être acceptées par des pays ayant des niveaux de développement très différents.

Par ailleurs, et de façon complémentaire aux travaux engagés au sein de l'OMC, la coopération

volontaire bilatérale, rendue nécessaire par l'internationalisation des marchés, s'est développée. L'année 1999 a été l'année de la signature d'accords de coopération entre les Etats-Unis et le Japon, d'une part, et l'Australie, d'autre part ; des travaux ont été entrepris dans le cadre de l'OCDE afin de compléter la recommandation adoptée en 1998 sur la coopération en matière d'ententes injustifiables ; enfin, dans le cadre de la réforme et de la modernisation du droit européen de la concurrence, la Commission a ouvert le chantier de la coopération entre les autorités de concurrence des Etats membres ainsi qu'entre ces autorités et la Commission elle-même.

Ces développements témoignent, s'il en était besoin, des profondes mutations qui sont engagées et qui vont se poursuivre dans les années à venir pour permettre aux autorités nationales de la concurrence de faire face à la mondialisation des activités économiques.

PREMIÈRE PARTIE BILAN D'ENSEMBLE DES TRAVAUX DU CONSEIL

Chapitre Ier **Les saisines contentieuses et les demandes d'avis**

En 1999, le Conseil a enregistré 109 saisines contentieuses et 27 demandes d'avis, soit au total 136 affaires entrantes.

Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre des saisines et des demandes d'avis depuis 1990.

SAISINES ou demandes	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Contentieuses	103	117	109	103	113 (1)	128	115	93	135 (2)	109
Pour avis	22	12	12	24	27	19	27	27	29	27
Total	125	129	121	127	140	147	142	120	164	136

(1) Dont une saisine au titre de l'article 14 de l'ordonnance.
(2) Dont deux saisines au titre de l'article 14 de l'ordonnance.

A. - Les saisines et demandes contentieuses

1. Les saisines au fond

Le tableau ci-dessous présente le nombre et l'origine des saisines contentieuses du Conseil fondées sur l'article 11 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

ORIGINE des saisines	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Ministre chargé de l'économie	43	27	41	35	26	30	24
Saisines directes dont	46	51	61	58	51	74	57
- entreprises	40	45	51	45	38	61	44
- organisations professionnelles	3	6	10	10	11	11	11
- Chambres de commerce	0	0	0	0	0	0	0
- chambres de métiers	0	0	0	0	0	0	0
- associations de consommateurs	3	0	0	2	1	1	1
- collectivités territoriales	0	0	0	1	1	1	1
Saisines d'office	2	1	2	4	4	3	7
Saisines sur renvoi de la cour d'appel							2
Total	91	79	104	97	81	107	90

2. Les demandes de mesures conservatoires

Le Conseil a enregistré, en 1999, dix-neuf demandes de mesures conservatoires, soit une diminution de sept par rapport à l'année 1998, année au cours de laquelle avaient été enregistrées vingt-six demandes. On constate toutefois que, sur moyenne période, le recours à cette faculté est de plus en plus souvent utilisé par les parties.

3. Observations générales sur le nombre des saisines contentieuses

L'année 1999 a été marquée par une nette diminution du nombre de saisines (- 26 par rapport à l'année 1998) ; ce niveau est ainsi revenu à la moyenne du début des années 90. La répartition des saisines est cependant différente de celle qui prévalait à cette époque puisque le nombre de saisines d'origine ministérielle accuse une baisse sensible (- 6 par rapport à l'année dernière, mais - 19 par rapport à l'année 1993).

Deux éléments nouveaux sont à souligner :

- d'une part, une augmentation nette du nombre des saisines d'office, qui est passé de trois en 1998 à sept en 1999 ;
- d'autre part, pour la première fois, deux saisines sur renvoi de la cour d'appel, après que celle-ci se fût prononcée en faveur de la recevabilité du dossier, infirmant la décision d'irrecevabilité du Conseil.

B. - Les demandes d'avis

Vingt-sept demandes d'avis ont été enregistrées en 1999, contre vingt-neuf l'année précédente.

Parmi ces demandes :

- une a été présentée sur le fondement des dispositions de l'article 1^{er} de l'ordonnance, aux termes desquelles : “ (...) dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou des difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation du Conseil de la concurrence ” ;
- quinze ont été présentées sur le fondement des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance aux termes desquelles : “ Le Conseil peut être consulté par les commissions parlementaires sur les propositions de lois ainsi que sur toute question concernant la concurrence. Il donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Il peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge ”. Parmi ces demandes, six émanaient du ministre de l'économie, six d'organisations professionnelles, deux de commissions parlementaires et une d'une collectivité territoriale ;
- une a été présentée sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance, dont les dispositions prévoient que : “ le Conseil est obligatoirement consulté sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet :
 - de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ;
 - d'établir des droits exclusifs dans certaines zones ;
 - d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente ” ;
- trois l'ont été sur le fondement de l'article 26 de l'ordonnance qui permet aux juridictions de consulter le Conseil sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles 7 et 8 de l'ordonnance relevées dans les affaires qu'elles ont à connaître ;
- six sur le fondement de l'article 38 de l'ordonnance aux termes duquel : “ Tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante, peut être soumis par le ministre chargé de l'économie à l'avis du Conseil de la concurrence ” ;
- deux demandes d'avis ont été présentées par l'autorité de régulation des télécommunications sur le fondement de l'article L. 36-7 (7^o) et de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications.

Chapitre II **Les délibérations du Conseil**

Le tableau suivant présente le nombre des séances tenues par le Conseil dans ses différentes formations et le nombre de dossiers sur lesquels il a été statué au cours des dix dernières années.

ANNÉES	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Séances	72	64	66	68	94	100	94	101	89	83
Dossiers sur lesquels il a été statué :	103	94	90	105	121	143	124	141	139	131
- par une décision	82	83	78	85	89	123	106	115	114	109
- par un avis	21	11	12	20	32	20	18	26	25	22

Il ressort de ce tableau que, malgré un tassement du nombre des séances, dû, notamment, au fait que 1999 a été une année de renouvellement pour une large partie du collège, l'activité du Conseil s'est maintenue à un rythme soutenu puisqu'en 83 séances, 131 dossiers ont été examinés.

La répartition des 83 séances tenues par le Conseil selon ses différentes formations a été la suivante :

- 5 séances en formation plénière ;
- 39 séances dans l'une des quatre sections (cf. note 1) ;
- 39 séances en commission permanente.

La commission permanente, dont on peut constater qu'elle siège aussi souvent, à elle seule, que les autres sections réunies, est composée du président et des vice-présidents. C'est la seule formation du Conseil habilitée à examiner les affaires contentieuses selon la procédure simplifiée prévue à l'article 22 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Par ailleurs, en vertu d'un arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale, financière et économique) en date du 6 avril 1993 (cf. note 2) , qui précise les cas dans lesquels la décision à prendre en matière d'instruction doit revêtir un caractère collégial, la commission permanente est seule compétente, d'une part, pour demander au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de procéder à une enquête permettant la mise en œuvre des pouvoirs prévus par l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'autre part, pour présenter à la cour d'appel de Paris des observations écrites en application de l'article 9 du décret du 19 octobre 1987 relatif aux recours formés devant cette juridiction contre les décisions du Conseil de la concurrence. Pour l'exercice de ces attributions, la commission permanente s'est réunie 46 fois au cours de l'année 1999.

A. - Les décisions

Les décisions contentieuses prises par le Conseil au cours de l'année 1999 se répartissent comme suit :

DÉCISIONS	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Irrecevabilité	17	13	12	7	7	7	25
Classement	6	3	12	13	15	21	17
Non-lieu	7	7	12	15	30	26	22
Sursis à statuer	4	4	5	4	3	3	6
Statuant sur des griefs notifiés	29	35	48	49	50	34	27
Relatives à des demandes de mesures conservatoires	9	13	17	9	8	17	12

En outre, la présidente du Conseil a pris neuf décisions en application de l'article 23 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui lui permet de refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires, sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à l'instruction.

Les décisions d'irrecevabilité, de non-lieu à poursuivre la procédure, de sursis à statuer, celles intervenant en cas de formulation de griefs et celles relatives à des demandes de mesures conservatoires appellent les précisions suivantes :

1. Les décisions d'irrecevabilité et de rejet

L'article 19 de l'ordonnance prévoit que le Conseil peut déclarer, par décision motivée, une saisine irrecevable, s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants. A ces deux conditions, le Conseil, confirmé par la cour d'appel de Paris, en a ajouté une troisième, le défaut de qualité pour agir, qu'il a déduit des dispositions combinées des articles 5 et 11 de l'ordonnance :

- sept décisions d'irrecevabilité ont été fondées, exclusivement ou notamment, sur le fait que les faits dénoncés n'entraient pas dans le champ de sa compétence (cf. note 3) . Les décisions d'irrecevabilité fondées, exclusivement ou notamment, sur l'absence d'éléments suffisamment probants ont été au nombre de douze (cf. note 4) ;
- trois décisions ont été fondées sur le défaut de qualité à agir (cf. note 5) ;
- enfin, trois demandes d'avis ont été rejetées car elles émanaient de personnes n'ayant pas qualité pour saisir le Conseil (cf. note 6) .

2. Les décisions de classement

Les dix-sept décisions de classement rendues en 1999 résultent d'un retrait de saisine.

3. Les décisions de non-lieu à poursuivre la procédure

Dix décisions de non-lieu à poursuivre la procédure ont été rendues en 1999 dans des cas où il apparaissait que les faits soumis à l'appréciation du Conseil ne révélaient pas l'existence de pratiques prohibées par les dispositions des articles 7, 8 ou 10-1 de l'ordonnance ; dans ces dix affaires, le Conseil est parvenu à cette conclusion sur la base d'une proposition de non-lieu présentée par le rapporteur (cf. note 7) .

Dans les autres cas le non-lieu a été prononcé alors que des griefs avaient été notifiés.

4. Les décisions de sursis à statuer

Dans les six affaires (cf. note 8) qui ont fait l'objet d'une décision de sursis à statuer, le Conseil, s'estimant insuffisamment informé au vu du dossier et après avoir entendu les représentants des parties et le commissaire du Gouvernement, a considéré qu'il y avait lieu de procéder à un complément d'instruction.

5. Les décisions en cas de formulation de griefs

Parmi les vingt-sept décisions rendues par le Conseil au terme d'une procédure au cours de laquelle des griefs avaient été notifiés aux parties, on relèvera que :

- dans trois d'entre elles, au stade de l'instruction plusieurs dossiers auraient été joints (cf. note 9) ;
- cinq ont été rendues aux termes de la procédure simplifiée prévue par l'article 22 de l'ordonnance, sur décision du président du Conseil de porter l'affaire devant la commission permanente après notification des griefs, mais sans établissement d'un rapport (cf. note 10) .
- dans quinze décisions, le Conseil a prononcé des sanctions ou des injonctions, parmi lesquelles :
 - cinq dans lesquelles il n'a prononcé que des sanctions (cf. note 11) ;
 - cinq dans lesquelles il a prononcé des sanctions et des injonctions (cf. note 12) ;
 - une dans laquelle il n'a prononcé que des injonctions (cf. note 13) ;
 - quatre dans lesquelles il a ordonné la publication de sa décision (cf. note 14) ;
 - dans une décision (cf. note 15) , le Conseil a considéré qu'il n'y avait lieu ni à sanction, ni à injonction.

Le tableau suivant présente les principales indications relatives aux sanctions prononcées par le Conseil au cours des six dernières années :

	1994	1995	1996	1997	1998	1999
Nombre de décisions de sanctions	27	38	41	36		
32				14		
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	119	163	99	82	76	58
Montant des sanctions	68 895 000	478 105 500	105 044 849	161 900 500	90 073 000	60 734 210
Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées	28	23	14	39	14	8
Montant des sanctions	7 845 000	3 077 000	1 272 000	2 522 500	3 002 000	670 000
Montant total des sanctions	76 740 000	481 182 500	106 316 849	164 423 000	93 075 000	61 404 210

On constate une diminution de plus de 50 % du nombre de décisions de sanctions au cours de l'année 1999. Il s'agit, d'ailleurs, du chiffre le plus bas depuis sept ans.

Cette baisse importante est, en partie, due à une évolution récemment intervenue de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris qui exige que soient écartés des dossiers les procès-verbaux établis dans des conditions contraires aux principes de loyauté. Il s'agit, notamment, des cas où il n'est pas établi que l'objet de l'enquête et son cadre juridique ont été indiqués de façon suffisamment claire pour que les personnes interrogées ne puissent se méprendre sur la portée de leurs déclarations, qui peuvent, en effet, conduire à leur notifier des griefs.

Les dossiers examinés par le Conseil en 1999 étaient souvent étayés par des enquêtes effectuées avant cette évolution de jurisprudence. Ceci explique que, sur vingt-sept décisions rendues sur des dossiers pour lesquels des griefs avaient été notifiés, douze sont des décisions de non-lieu à statuer. En 1998, seuls deux dossiers sur trente-quatre ayant fait l'objet d'une notification de griefs avaient abouti à une telle décision.

6. Les décisions en cas de demande de mesures conservatoires

Sur les douze demandes de mesures conservatoires recevables examinées au cours de l'année 1999 :

- six ont été rejetées après que le Conseil eut constaté que les conditions de fond prévues par le deuxième alinéa de l'article 12 de l'ordonnance n'étaient pas réunies (cf. note 16) ;
- six demandes ont donné lieu au prononcé de mesures conservatoires (cf. note 17) .

En définitive, le nombre des affaires entrées ayant été supérieur à celui des affaires traitées, le stock d'affaires pendantes au Conseil s'est accru. Au 31 décembre 1999, il s'élevait à 373 dossiers contentieux, chiffre qui résulte d'une nouvelle méthode de comptabilisation rendue nécessaire par le développement de l'informatisation du Conseil, et qui ne peut se comparer aux chiffres, différemment calculés, rendus publics lors des rapports précédents. Si l'on ajoute à ce chiffre le nombre de demandes de mesures conservatoires et de demandes d'avis pendantes à la même date, ce sont 408 dossiers qui étaient alors ouverts.

B. - Les recours contre les décisions du Conseil

Les décisions du Conseil peuvent faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris conformément aux dispositions des articles 12 et 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dans leur rédaction issue de la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987. Le pourvoi en cassation, formé le cas échéant contre l'arrêt de la cour, est exercé dans un délai d'un mois.

Vingt-cinq recours ont été formés contre les décisions rendues en 1999 par le Conseil, dont :

- quatre concernant des mesures conservatoires ;
- sept concernant des décisions d'irrecevabilité.

Une décision a fait l'objet d'une demande de sursis à exécution devant le premier président de la cour d'appel de Paris.

1. Les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris au cours de l'année 1999

Au cours de l'année 1999, la cour d'appel de Paris a statué sur vingt-quatre recours exercés contre des décisions du Conseil : treize de ces décisions prononçaient des sanctions, six portaient sur des mesures conservatoires, cinq déclaraient les saisines irrecevables et deux disaient n'y avoir lieu à poursuivre la procédure. La cour d'appel a également statué, en formation solennelle, sur renvoi après cassation de deux de ses arrêts concernant des décisions du Conseil. Par ailleurs, le premier président de la cour d'appel de Paris a examiné deux demandes de sursis à exécution des décisions du Conseil formées sur le fondement des dispositions de l'article 15 alinéa 3 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

En outre, dans deux arrêts, la cour a statué avant dire droit sur sa compétence.

a) Dans douze arrêts, la cour a confirmé les analyses du Conseil en rejetant les recours formés à l'encontre de ses décisions :

- arrêt du 19 janvier 1999 (cf. note 18) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-26, en date du 7 avril 1998, relative à des pratiques relevées sur le marché de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique technologique de Luminy ;
- arrêt du 19 janvier 1999 (cf. note 19) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-23, en date du 24 mars 1998, dans le secteur des travaux de voirie et de revêtement de sols dans les Alpes-Maritimes ;
- arrêt du 9 février 1999 (cf. note 20) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-MC-12, en date du 17 novembre 1998, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société More Groupe France ;
- arrêt du 15 mars 1999 (cf. note 21) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil

n° 99-MC-01, en date du 12 janvier 1999, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société NC Numéri Câble ;

- arrêt du 13 avril 1999 (cf. note 22) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-61, en date du 6 octobre 1998, relative à la situation de la concurrence dans le secteur du traitement des ordures ménagères en Ile-de-France ;

- arrêt du 13 avril 1999 (cf. note 23) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-55, en date du 9 septembre 1998, relative à des pratiques relevées dans le secteur du transport scolaire de handicapés dans les Alpes-Maritimes ;

- arrêt du 29 juin 1999 (cf. note 24) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-73, en date du 25 novembre 1998, relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par l'Union nationale patronale des prothésistes dentaires ;

- arrêt du 2 juillet 1999 (cf. note 25) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 99-D-23, en date du 23 mars 1999, relative à une saisine et à une demande mesures conservatoires présentée par la Compagnie d'organisation des salons des professions ;

- arrêt du 14 septembre 1999 (cf. note 26) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 99-MC-05, en date du 23 juin 1999, relatif à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Planète Câble ;

- arrêt du 14 septembre 1999 (cf. note 27) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-51, en date du 7 juillet 1998, relative à une saisine de la SA Concurrence et la SA Jean Chapelle ;

- arrêt du 19 octobre 1999 (cf. note 28) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 99-D-17, en date du 24 juin 1999, relative à une saisine présentée par le Conseil national des professions de l'automobile ;

- arrêt du 19 octobre 1999 (cf. note 29) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-76, en date du 4 décembre 1998, relative à la situation de la concurrence dans le secteur du disque.

b) A trois reprises, la cour d'appel a confirmé, au fond, les analyses du Conseil, après avoir sanctionné la présence au délibéré, sans voix délibérative, du rapporteur chargé de l'instruction du dossier et de la notification de griefs et du rapporteur général chargé d'animer et de contrôler l'activité des rapporteurs, en considérant que cette présence " était tout à la fois contraire à l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, aux garanties de la défense et à l'article 18 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 " :

- arrêt du 15 juin 1999 (cf. note 30) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-70, en date du 24 novembre 1998, relative à la saisine des sociétés Multivision et Télévision par satellite dans le secteur des droits de diffusion audiovisuelle ;

- arrêt du 29 juin 1999 (cf. note 31) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-60, en date du 29 septembre 1998, relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés du téléphone ;

- arrêt du 12 octobre 1999 (cf. note 32) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-81, en date du 21 décembre 1998, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'expertise des objets d'art et de collection.

Annulant les décisions du Conseil, la cour a rappelé que le droit à un procès équitable, contenu à l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ainsi qu'à l'article 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, supposait le principe de l'égalité des armes et que le respect des droits de la défense impliquait l'existence d'une procédure juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties. Elle a considéré que la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré leur permettait d'exprimer devant le Conseil, en l'absence des parties, des positions sur lesquelles celles-ci n'étaient pas en mesure de répondre. La Cour de cassation a confirmé cette analyse dans un arrêt de principe du 5 octobre 1999 (cf. note 33) .

Sur le fond, se prononçant dans le cadre du contentieux de pleine juridiction institué par l'article 15 alinéa 1^{er} de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la cour a confirmé les analyses du Conseil. Le montant des sanctions prononcées par le Conseil dans sa décision n° 98-D-81 en date du 21 décembre 1998, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'expertise des objets d'art et de collection, a toutefois été réduit. Il convient de souligner que, dans cet arrêt du 12 octobre 1999, la cour a considéré que le délai de prescription se trouvait suspendu à l'égard du ministre, dans la mesure où, n'ayant pas été chargé d'une enquête, il avait été mis dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif dans la procédure en cours devant le Conseil.

c) Dans un arrêt en date du 26 janvier 1999 (cf. note 34) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-41, en date du 16 juin 1998, relative à des pratiques relevées lors de la passation du marché de fourniture et de pose d'écrans acoustiques pour la dénivellation de la voie rapide de Poisy (Haute-Savoie), la cour, tenant compte de la dégradation de la situation économique et financière des entreprises poursuivies, a réduit le montant des sanctions prononcées tout en

confirmant au fond la décision.

d) La cour a réformé partiellement deux décisions du Conseil relatives à des pratiques d'entente mises en œuvre à l'occasion de la passation de marchés publics, en considérant dans chaque affaire que la preuve de l'un des griefs retenus par le Conseil n'était pas suffisamment rapportée :

- arrêt du 2 mars 1999 (cf. note 35) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-30, en date du 6 mai 1998, relative à la situation de la concurrence dans le secteur des travaux souterrains pour le gaz et l'électricité en région parisienne ;

- arrêt du 15 juin 1999 (cf. note 36) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-33 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation de marchés publics de voirie et réseaux divers dans le département de l'Hérault.

Dans le premier de ces cas, la cour a réduit le montant de certaines sanctions.

e) Quatre décisions du Conseil dont une prononçant l'irrecevabilité d'une saisine en application de l'article 19, une décidant n'y avoir lieu à poursuivre la procédure en application de l'article 20, et deux portant sur l'octroi de mesures conservatoires en application de l'article 12 de l'ordonnance ont été infirmées en totalité par la cour d'appel de Paris :

- dans sa décision n° 99-D-21 en date du 10 mars 1999, le Conseil avait déclaré irrecevable la saisine du Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) relative à des pratiques mises en œuvre par le Groupement des cartes bancaires. Le Conseil avait relevé que la généralisation des "cartes à autorisation systématique", utilisables exclusivement dans un environnement électronique avec demande d'autorisation préalable, ne modifiait pas les conditions d'exercice de la concurrence sur le marché de la distribution des produits pétroliers et qu'elle pouvait être imposée aux membres du groupement dans le but de normaliser le système de paiement.

La cour a réformé cette décision dans un arrêt en date du 25 novembre 1999 (cf. note 37) en considérant, d'une part, que l'affirmation du CNPA, selon laquelle l'obligation d'accepter les cartes bancaires à autorisation systématique était de nature à affecter les conditions de la concurrence sur le marché de la distribution des carburants en contribuant à l'éviction de certains opérateurs, ne pouvait être regardée comme dénuée de vraisemblance, et, d'autre part, qu'il ne pouvait être exclu que l'obligation faite aux détaillants en carburants d'accepter une telle carte entre dans les prévisions de l'article 8 de l'ordonnance, au regard de la spécificité de la situation des exploitants de stations-service, des caractéristiques du système de paiement par carte bancaire et de celles de la carte à autorisation systématique. La cour a déclaré recevable la saisine et a renvoyé l'affaire devant le Conseil, pour instruction.

- par un arrêt du 9 mars 1999 (cf. note 38) la cour a réformé la décision du Conseil n° 98-D-50 en date du 7 juillet 1998 qui, appliquant la jurisprudence antérieure de la cour d'appel de Paris telle qu'elle résultait d'un arrêt en date du 1^{er} décembre 1995, ayant donné lieu à un pourvoi, rejeté par la Cour de cassation (Entreprise industrielle et autres), avait constaté l'accomplissement, depuis la notification de griefs, du délai de prescription de trois ans prévu par l'article 27 de l'ordonnance. Dans un considérant de principe, la cour d'appel de Paris a jugé que "si l'article 27 établit un délai de prescription de trois ans susceptible d'être interrompu par tout acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés au Conseil de la concurrence, un tel délai se trouve suspendu à l'égard de l'entreprise ayant saisi le Conseil en application de l'article 11 de l'ordonnance, lorsque cette partie a été mise dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif". Dans un arrêt en date du 12 octobre 1999, précité, la cour a considéré que, dans les mêmes conditions, le délai de prescription était suspendu à l'égard du ministre chargé de l'économie ;

- dans une décision n° 99-MC-03 en date du 2 avril 1999, le Conseil avait enjoint à un établissement de transfusion sanguine, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, de reprendre, sous la réserve de l'approbation de l'Agence française du sang, les livraisons qu'il avait interrompues à l'égard d'une société exerçant une activité d'élaboration et de vente de produits sanguins traités pour la fabrication de réactifs à usage industriel, l'existence de cette société étant menacée par l'arrêt des livraisons. La cour d'appel de Paris a réformé cette décision par un arrêt du 2 avril 1999 (cf. note 39). La cour, après avoir relevé que les conventions de cession de produits sanguins à des fins non thérapeutiques sont soumises à l'approbation de l'Agence française du sang, établissement public administratif placé sous la tutelle du ministre chargé de la santé, a considéré que la mesure décidée par le Conseil n'entraînait pas dans le champ des prévisions de l'article 12, dans la mesure où elle était subordonnée à la décision d'une autorité tierce.

- dans une décision n° 99-MC-07 en date du 13 octobre 1999, le Conseil avait enjoint à une entreprise exerçant une activité de traitement automatisé des coupons publicitaires de réduction émis par les fabricants de produits de marques de grande consommation de suspendre l'application de la clause d'exclusivité inscrite dans les contrats la liant avec les annonceurs. Le Conseil avait relevé que cette société disposait d'une situation de quasi-monopole sur le marché et que le maintien d'une clause d'exclusivité dans les contrats faisait obstacle à l'ouverture du marché à de nouveaux entrants, portant ainsi une atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur intéressé. La cour d'appel de

Paris a réformé cette décision par un arrêt en date du 16 décembre 1999 (cf. note 40) . Après avoir relevé que la clause d'exclusivité, insérée dans des conventions conclues pour une durée d'un an et renouvelables par tacite reconduction, était limitée dans le temps, elle a considéré que la présence de plusieurs prestataires de services ne permettait pas de retenir une atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur concerné ou à l'intérêt des consommateurs.

f) La cour a annulé deux décisions du Conseil :

- dans un arrêt du 25 février 1999 (cf. note 41) statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-MC-16, en date du 12 décembre 1998, relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Tofolutti, la cour a jugé qu'une demande d'enquête adressée par le président du Conseil au directeur général de la concurrence devait être écartée des débats dans la mesure où aucun des termes employés dans cette correspondance ne permettait de dire si le président du Conseil agissait à la demande du rapporteur ou du Conseil lui-même. La décision du Conseil, fondée sur les documents transmis en réponse à cette lettre, a, en conséquence, été annulée. Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation dans une décision en date du 16 mai 2000, reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir pris en considération le fait que la lettre du président du Conseil se bornait à inviter l'administration à communiquer aux rapporteurs des informations qu'elle détenait déjà et de ne pas avoir recherché si la note jointe à cette lettre, et incluant des indications plus précises sur les diligences envisagées, n'était pas imputable au rapporteur désigné.

- par un arrêt du 14 septembre 1999 (cf. note 42) , la cour a annulé la décision du Conseil n° 99-D-02, en date du 12 janvier 1999, par laquelle la saisine de la société Energie de Bigorre, qui exploite une installation de production autonome d'électricité à gaz, avait été déclarée irrecevable au motif qu'elle n'apportait pas d'éléments probants de nature à établir l'existence de pratiques anticoncurrentielles au sens des dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance. La société Energie de Bigorre faisait valoir qu'EDF avait opéré une baisse des prix d'achat de l'énergie électrique qui avait pour effet d'entraîner une discrimination entre les producteurs indépendants d'électricité et de l'évincer du marché de l'électricité. Elle soutenait que cette pratique s'inscrivait dans le cadre d'une stratégie globale d'éviction des producteurs d'électricité exploitant une centrale à gaz.

La cour, après avoir constaté qu'EDF détenait une position dominante sur le marché de l'électricité, a considéré que la société Energie de Bigorre était en droit de prétendre au bénéfice d'un contrat d'achat adapté pour permettre la rémunération effective des capitaux engagés pour l'exploitation de la centrale thermique à gaz et que, dans ces circonstances, il ne pouvait être exclu que les pratiques reprochées à EDF soient constitutives d'un abus de position dominante. La cour a en conséquence renvoyé l'affaire pour instruction devant le Conseil.

g) La cour d'appel de Paris a statué, en formation solennelle, sur renvoi après cassation de deux de ses arrêts concernant les décisions du Conseil :

- par un arrêt du 2 décembre 1997, la Cour de cassation avait censuré un arrêt de la cour d'appel en date du 23 août 1995, statuant sur le recours formé contre une décision du Conseil n° 95-MC-10 en date du 12 juillet 1995, relative à une demande de mesures conservatoires présentées par plusieurs sociétés d'équipements sportifs. Dans cette décision, la cour d'appel s'était déclarée incompétente pour suspendre l'application de l'article 315 du règlement de la Ligue nationale de football alors que la Cour de cassation a considéré que cette disposition ne mettait en œuvre aucune prérogative de puissance publique et concernait " seulement des activités commerciales de distribution de produits qui ne se rattachent pas à la mission de service public ". Sur renvoi, la cour d'appel, dans un arrêt du 16 février 1999 (cf. note 43) a constaté que le Conseil de la concurrence s'était prononcé au fond sur les pratiques et que le recours sur la mesure conservatoire était dépourvu d'objet ;

- par un arrêt en date du 7 avril 1998, la Cour de cassation avait cassé un arrêt de la cour d'appel en date du 5 mars 1996, statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 95-D-34 en date du 9 mai 1995, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Rallye.

La Cour de cassation avait reproché à l'arrêt d'avoir qualifié des pratiques d'entente au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, sans établir que " les parties y avaient librement consenti en vue de limiter l'accès au marché ou à la libre concurrence ".

Par un arrêt en date du 12 octobre 1999 (cf. note 44) , la cour d'appel, statuant sur renvoi après cassation, a déclaré irrecevable, en application de l'article 2 du décret du 19 octobre 1987, la saisine du ministre chargé de l'économie au motif que l'objet du recours n'était pas précisé.

h) A deux reprises, le premier président de la cour d'appel de Paris a été saisi d'une demande de sursis à exécution concernant des décisions du Conseil, en application des dispositions de l'article 15 alinéa 3 de l'ordonnance :

- par une ordonnance du 18 février 1999, la demande de sursis à exécution formée par la SA Canal Plus à l'encontre de la décision du Conseil n° 98-D-70 en date du 24 novembre 1998 a été rejetée au motif, notamment, que la requérante ne démontrait pas concrètement les excès évidents qu'entraînerait de manière effective l'exécution des injonctions et qu'il lui était loisible de prendre les

dispositions propres à éviter, durant la brève période à courir jusqu'à ce qu'il soit statué sur son recours, les conséquences résultant des injonctions ;

– par une ordonnance en date du 1^{er} juin 1999, la demande de sursis à exécution formée par l'Académie d'architecture à l'encontre de la décision du Conseil n° 99-D-08 en date du 2 février 1999, a été partiellement accordée au motif que l'interdiction qui lui avait été faite de ne plus diffuser de série de prix comportant des valeurs de références était de nature à entraîner une situation irréversible en la contraignant à mettre fin à une activité qui lui apportait une part majoritaire de ses ressources.

i) Dans deux arrêts avant dire droit, la cour a retenu sa compétence alors que le préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris, par un déclinatoire de compétence, lui avait demandé se déclarer incompétente :

– arrêt du 23 février 1999 statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 98-D-34 en date du 2 juin 1998 (cf. note 45) ;

– arrêt du 16 février 1999 statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 97-D-71 en date du 7 octobre 1997 (cf. note 46) .

Enfin, il convient de citer un arrêt de la cour d'appel en date du 15 juin 1999, par lequel la cour s'est déclarée incompétente pour statuer sur le recours en annulation et en réformation formé à l'encontre de l'établissement et la transmission à la presse par le Conseil d'un communiqué reprenant en substance les motifs et le dispositif de la décision n° 98-D-70. Au soutien de son arrêt, la cour a énoncé que “ la diffusion par le Conseil d'un communiqué de presse concernant le prononcé de sa décision ne constitue pas une mesure de publication au sens de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ” et que “ à supposer même qu'un tel acte de publicité procède d'une décision, le recours formé par Canal Plus n'entre pas dans la compétence de la cour d'appel de Paris fixée par les articles 12 et 15 du texte précité ”.

Le bilan des recours devant la cour d'appel de Paris sur les décisions rendues par le Conseil au 31 décembre 1999 est le suivant :

- Décisions contentieuses du Conseil 1 041
- Décisions ayant donné lieu à recours 312 30 %
- Décisions sur lesquelles la cour s'est prononcée 298

Hors classement 1999 : 17

Dont :

- confirmations pures et simples 187
- confirmations au fond et réformations des sanctions ou injonctions 48 78,9 %
- réformations totales ou partielles 36
- annulations totales ou partielles 29

2. Les arrêts rendus par la Cour de cassation au cours de l'année 1999

La Cour de cassation a rendu, au cours de l'année 1999, neuf arrêts sur des pourvois formés contre des arrêts de la cour d'appel de Paris statuant sur des recours contre des décisions du Conseil.

Elle a ainsi rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 18 mars 1997 sur recours contre la décision du Conseil n° 96-D-36. Dans son arrêt en date du 12 janvier 1999 (cf. note 47) , la Cour de cassation a rappelé qu'en l'absence de toute définition légale ou réglementaire d'un seuil de sensibilité, il appartient aux juridictions saisies de vérifier dans chaque cas d'espèce si l'effet potentiel ou avéré des pratiques incriminées est de nature à restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché concerné.

Dans trois arrêts, en date du 18 mai 1999 (cf. note 48) (cf. note 49) et du 15 juin 1999 (cf. note 50) , la Cour de cassation a également rejeté les pourvois formés contre les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris le 4 avril 1997, le 7 mai 1997 et le 6 mai 1997 statuant sur les recours contre les décisions du Conseil n° 96-D-49, n° 92-D-62 et n° 96-D-12.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 18 février 1997, statuant sur le recours formé contre la décision en Conseil n° 96-D-10 a été partiellement censuré par la Cour de cassation en ses dispositions relatives à France Télécom. Dans son arrêt en date du 6 avril 1999 (cf. note 51) , la Cour de cassation a reproché à la cour d'appel d'avoir déclaré la société France Télécom coupable d'abus de position dominante sans avoir constaté que France Télécom avait participé de façon concrète aux pratiques ayant fait l'objet des sanctions. En revanche, les deux autres pourvois dirigés contre cet arrêt de la cour d'appel ont été rejetés.

Dans un arrêt de principe en date du 5 octobre 1999 (cf. note 52) , la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour d'appel en date du 27 mai 1997 statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 95-D-76 en estimant que la participation du rapporteur au délibéré, fût-ce sans voix délibérative, est contraire au principe de l'égalité des armes affirmé par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales dès lors qu'il procède aux investigations utiles pour l'instruction des faits dont le Conseil est saisi et qu'il en est de même pour le

rapporteur général, l'instruction étant accomplie sous son contrôle.

Enfin, dans un arrêt en date du 14 décembre 1999 (cf. note 53), la Cour de cassation a cassé un arrêt de la cour d'appel en date du 27 février 1998 réformant la décision du Conseil n° 96-D-64 et réduisant le montant des sanctions pécuniaires prononcées au motif que la cour d'appel, en se déterminant par des motifs impropres à établir l'appréciation concrète de la proportionnalité de la sanction prononcée, à la gravité des faits reprochés, au dommage à l'économie et à la situation de chacune des entreprises concernées, n'avait pas légalement justifié sa décision au regard des dispositions de l'article 13 de l'ordonnance.

Depuis le 1^{er} janvier 2000, la Cour de cassation a rendu notamment deux arrêts :

– par un arrêt en date du 25 janvier 2000, elle a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 9 septembre 1997, qui, statuant sur le recours formé contre la décision du Conseil n° 96-D-51, s'était référé, pour la première fois en droit interne, à la théorie des "infrastructures essentielles" (cf. note 54) ;

– par un arrêt en date du 21 mars 2000, elle a cassé, en ce qu'il avait écarté un procès-verbal d'audition, l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 13 janvier 1998, statuant sur la décision du Conseil n° 97-D-11. Dans sa décision, la Cour de cassation, distinguant l'objet de l'enquête de la notion de marché au sens du droit de la concurrence, rappelle que " l'article 47 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne fait pas obligation aux enquêteurs de délimiter le marché ou les marchés, au sens de l'article 7 de cette ordonnance sur lesquels il font porter leurs investigations " (cf. note 55) .

DEUXIEME PARTIE

analyse des décisions du conseil

Chapitre Ier

Questions de compétence, de procédure et de preuve

A. - Le champ de compétence du Conseil

1. L'applicabilité de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

En 1999, le Conseil s'est prononcé trois fois sur sa compétence au regard des dispositions de l'article 53 de l'ordonnance.

Dans une affaire relative à certaines pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires de skieurs accidentés, il était soutenu que, dès lors que chaque skieur accidenté se trouvait face à un offreur de service unique, il n'y avait ni marché ni concurrence, et que le droit de la concurrence ne trouvait donc pas à s'appliquer ; de ce fait, le Conseil aurait été incompétent. La décision n° 99-D-70 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires de skieurs accidentés a répondu à cette argumentation en précisant que l'existence d'une situation dans laquelle un offreur dispose d'un monopole de fait n'a pas pour effet d'abolir le marché ni de faire échec à l'application du droit de la concurrence.

La décision n° 99-D-64 relative à des pratiques relevées lors de la passation d'un marché de construction d'un atelier mécano-plastique à Auray dans le Morbihan a rappelé, conformément à une jurisprudence constante, que, si la Cour de cassation (Cass. com. 14 décembre 1993 Soc Guy Couach Plascoa) juge que la décision d'attribution d'un marché public par une personne publique constitue une décision administrative relevant de la seule compétence du juge administratif, le Conseil de la concurrence demeure compétent pour qualifier au regard de l'article 7 de l'ordonnance des pratiques de concertation ayant eu lieu avant la passation d'un marché.

La décision n° 99-D-72, relative à une saisine de la société 3MCE, a constitué la première occasion offerte au Conseil de tirer les conséquences de l'arrêt du 18 octobre 1999, concernant Aéroport de Paris, par lequel le Tribunal des Conflits a précisé que " si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions par lesquelles ces personnes assument la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité, et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par les personnes publiques ". La société 3MCE avait saisi le Conseil de la concurrence d'une pratique imputée à la fois à la société Mac Donald's France et à la ville de Nice ayant abouti à ce qu'un restaurant Mac Donald's soit autorisé à fonctionner sur le domaine public municipal. La décision indique que les conventions en cause sont des actes de gestion du domaine public et qu'ainsi, leur examen échappe à la compétence du Conseil.

L'affirmation traditionnelle selon laquelle l'ordonnance s'applique aux pratiques susceptibles d'avoir un effet sur le territoire national n'est pas totalement exacte puisqu'aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est applicable en Polynésie française, ce que la décision n° 99-D-66 relative à la saisine de M. Naudet, propriétaire de la société Boutique Sign, et de M. Dechaintre, responsable de la société JC Système, a rappelé. Cette décision a, par ailleurs, repris l'analyse habituelle au sujet de la compétence *ratione loci* du Conseil : les pratiques dénoncées auraient, selon la saisine, débuté au siège d'une entreprise installée en Martinique, département où l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est applicable. Mais, dès lors que le marché éventuellement affecté était celui de la vente des terminaux de paiement électronique en Polynésie française, le Conseil n'était pas compétent pour en connaître.

Sur cette question, ce sont surtout les arrêts du Tribunal des Conflits qui ont marqué l'année 1999. Dans deux arrêts, la cour d'appel de Paris a retenu sa compétence, alors que le préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris, avait, par un déclinatoire de compétence, demandé à la cour de se déclarer incompétente :

Dans une décision n° 98-D-34 en date du 2 juin 1998, le Conseil avait sanctionné, d'une part, l'entente mise en œuvre entre Aéroports de Paris (ADP) et Air France permettant à Air France de regrouper toutes ses activités à Orly et, d'autre part, les abus de position dominante constitués par le refus d'ADP de permettre à la société TAT European Airlines (TAT) d'ouvrir de nouvelles liaisons à partir de l'aérogare d'Orly ouest ainsi que par le fait pour ADP d'imposer à TAT d'utiliser ses services d'assistance en escale. Par un arrêt en date du 23 février 1999 (cf. note 56) , la cour a rejeté l'exception d'incompétence soulevée par ADP et Air France et le déclinatoire déposé par le préfet de Paris en constatant qu'ADP, en mettant des installations à disposition des compagnies aériennes moyennant une redevance, exerçait une activité économique visée par l'article 53 de l'ordonnance, " peu important au regard de ce texte, qui fait expressément entrer dans son champ d'application les activités de production de distribution et de services émanant de personnes publiques, que le gestionnaire soit investi de prérogatives de puissance publique ou gère une partie du domaine public ".

Le 18 octobre 1999, dans deux autres affaires, le Tribunal des Conflits a précisé le champ de compétence du Conseil et partiellement confirmé l'arrêté de conflit pris le 12 mars 1999 par le préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris, en rappelant que les décisions par lesquelles les personnes publiques " assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité reconnue par ces personnes publiques " et en considérant que les décisions de regrouper les activités du groupe Air France à l'aérogare d'Orly-Ouest et de refuser à la société TAT d'ouvrir de nouvelles lignes à partir de cette aérogare, constituaient l'usage de prérogatives de puissance publique indissociables des pratiques relevées par le Conseil.

En revanche, le Tribunal des Conflits a estimé que les pratiques consistant dans l'obligation faite à la compagnie TAT d'utiliser les services d'assistance en escale d'ADP en substitution à ses personnels, étaient détachables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif. Il a considéré en conséquence que l'arrêté de conflit avait revendiqué à tort la connaissance de ces pratiques pour la juridiction administrative.

Dans une décision n° 97-D-71 en date du 7 octobre 1997, le Conseil avait sanctionné, sur le fondement des articles 85 alinéa 1 du traité de Rome et 7 de l'ordonnance, l'accord conclu entre la Ligue nationale de football et la société Sarragan France, qui conférait à cette dernière le droit d'utiliser le titre de " fournisseur officiel et exclusif de la LNF " ainsi que la représentation de la marque et de l'image des clubs de football professionnel de première et de deuxième division, en contrepartie de la fourniture de l'équipement des joueurs et d'une dotation financière de 60 millions de francs. Cet accord avait été arrêté le 28 avril 1995 par le conseil d'administration de la Ligue, qui avait, au cours de la même séance, décidé de modifier l'article 315 du règlement des championnats de première et deuxième division, pour disposer que " les clubs participant aux CF1 et CF2 seront tenus de faire porter à leurs joueurs les équipements fournis par la LNF ". Le Conseil avait considéré que cet accord, eu égard au caractère global de la négociation engagée par la LNF pour l'ensemble des clubs de première et de deuxième division, à la position dominante de la société Adidas sur le marché de la chaussure de football et à la part détenue sur ce marché par ses concurrents, avait pour objet et pouvait avoir pour effet de fausser ou restreindre le jeu de la concurrence entre la société Adidas et les autres équipementiers sur le marché de la chaussure de football.

Par un arrêt en date du 16 février 1999 (cf. note 57) , la cour d'appel, tirant les conséquences d'une part, d'un arrêt rendu le 19 novembre 1997 par le Conseil d'Etat constatant que la LNF avait agi en dehors des pouvoirs conférés par la délégation de service public dont elle bénéficiait en se créant une exclusivité de fourniture des équipements sportifs destinés aux clubs, et, d'autre part, d'un arrêt de la Cour de cassation en date du 2 décembre 1997 constatant que les activités en cause de la LNF

étaient de nature commerciale et entraient dans le champ d'application de l'article 53 de l'ordonnance, a retenu sa compétence pour examiner les pratiques incriminées au regard de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

La cour a également retenu sa compétence au regard de l'article 85 du traité de Rome en considérant que " le Conseil de la concurrence dispose des pouvoirs qui lui sont reconnus par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 pour faire application des dispositions des articles 85 à 87 du traité de Rome, sous la réserve édictée par l'article 90 du traité à l'égard des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, que l'application de ces textes ne fasse pas échec à l'accomplissement de la mission qui leur a été impartie ; que cette compétence pour apprécier la conformité des pratiques qui lui sont déférées avec les règles communautaires de la concurrence implique le pouvoir de sanctionner les violations du traité ".

Dans un arrêt du 11 mai 1999, la cour a constaté l'irrecevabilité du déclinatoire de compétence du préfet de la région d'Ile-de-France, préfet de Paris, formé postérieurement à l'arrêt du 16 février statuant définitivement sur la compétence et dans un arrêt du 29 juin 1999 (cf. note 58) , la cour a sursis à statuer dans l'attente de la décision du Tribunal des Conflits. Le Tribunal des Conflits dans une décision du 15 novembre 1999 a confirmé cette analyse.

2. Le champ d'application du titre III de l'ordonnance

Selon une jurisprudence constante, il ne peut être fait application du titre III de l'ordonnance à des opérations de concentration qui relèvent du titre V, même si celles-ci, parce qu'elles concernent plusieurs entreprises, constituent, au sens banal du terme, des " ententes ". Le Conseil (décision n° 93-D-29 relative à quatre saisines portant sur le marché de l'exploitation des salles de cinéma), suivi par la cour d'appel de Paris (arrêt du 28 juin 1994), estime en effet que l'existence d'un régime de contrôle administratif des concentrations fait obstacle à ce que celles-ci soient traitées comme des ententes ordinaires. En 1999, le Conseil a eu à se prononcer à deux reprises sur des moyens par lesquels les parties saisissantes l'invitaient à considérer que cette jurisprudence ne leur était pas, en l'espèce, applicable.

La société Europe Régies (décision n° 99-D-03) a fait valoir devant le Conseil que l'existence d'accords constitutifs d'une concentration est par nature anticoncurrentielle ; cette argumentation reviendrait à lui faire examiner l'opération de concentration, ce à quoi il s'est refusé en déclarant la saisine irrecevable pour cause d'incompétence du Conseil.

Dans une autre affaire, relative à une saisine présentée par la société Kaolinière armoricaine, le Conseil était saisi au contentieux d'une opération de concentration qui avait été notifiée au ministre chargé de l'économie et autorisée par ce dernier. L'entreprise saisissante considérait néanmoins que l'opération devait être regardée comme une pratique anticoncurrentielle tombant sous le coup des articles 81 et 82 du traité de Rome au motif que, par ses caractéristiques, cette opération, trop modeste pour dépasser le seuil du contrôle communautaire des concentrations, n'en était pas moins soumise au droit communautaire de la concurrence et devait donc pouvoir faire l'objet de sanctions pour méconnaissance des articles pertinents du traité. Ce point de vue pouvait s'autoriser d'un certain nombre d'analyses doctrinales selon lesquelles l'instauration, par le règlement n° 4064/89, d'un contrôle communautaire des concentrations ne s'appliquant qu'au-dessus d'un certain seuil de chiffre d'affaires, n'avait pas pu priver d'effet les articles 81 et 82 du traité en ce qui concerne les concentrations anticoncurrentielles inférieures à ces seuils mais affectant le commerce entre États membres. Selon cette thèse, il aurait donc appartenu aux autorités nationales, dans la mesure où elles sont chargées d'appliquer le droit communautaire, de sanctionner de telles concentrations si elles se révélaient constituer des ententes anticoncurrentielles ou des abus de position dominante. Comme la justice britannique l'avait fait quelques années auparavant, le Conseil, dans sa décision 99-D-69 relative à une saisine présentée par la société Kaolinière armoricaine, a écarté cette argumentation en considérant que le règlement 4064/89, s'agissant des concentrations sans dimension communautaire, prévoit la possibilité pour les États membres de saisir la Commission dans le cas où l'opération entraverait la concurrence sur le territoire de cet État et affecterait le commerce entre États membres mais qu'aucune disposition ne donne compétence aux autorités de concurrence nationales pour appliquer elles-mêmes directement les articles 81 et 82 du traité à de telles concentrations.

Par ailleurs, selon une jurisprudence constante, le Conseil est compétent pour connaître des pratiques prohibées par le titre III de l'ordonnance à condition qu'elles aient un effet ou un objet susceptible d'avoir un effet sur le territoire national. En application de cette règle, par la décision n° 99-D-52 relative à trois saisines de la société Saviex France, le Conseil s'est déclaré incompétent pour connaître d'une pratique susceptible de fausser le jeu de la concurrence entre des exportateurs français de pièces détachées pour automobiles ; les marchés concernés étaient les marchés algérien et nigérian.

3. Les pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions

Selon une jurisprudence constante, le Conseil, qui est saisi in rem, n'est pas tenu par les conclusions des parties. Lorsqu'il est saisi de conclusions qui ne relèvent pas de sa compétence mais de celle, exclusive, d'autres juridictions, le Conseil ne peut que rejeter ces conclusions. C'est ce que le Conseil a fait, par exemple, dans l'affaire relative à une saisine présentée par la société Ad Valorem qui ne demandait que l'annulation d'un arrêté ministériel et des dommages-intérêts et n'alléguait par ailleurs l'existence d'aucun fait susceptible de constituer des pratiques prohibées par le titre III de l'ordonnance. (décision n° 99-D-36).

4. L'application du droit communautaire

Le Conseil de la concurrence est compétent, en application des dispositions du troisième paragraphe de l'article 9 du règlement 17/62 du Conseil des ministres des Communautés européennes, pour faire application des dispositions des articles 85 § 1 et 86 devenus 81 et 82 du traité de Rome. En outre, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 92-1282 du 31 décembre 1992, qui a introduit l'article 56 *bis* dans l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil peut désormais être saisi de façon autonome sur le fondement des articles 81 et 82 anciennement 85 et 86, du traité.

Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (cf. note 59), l'application du droit national est compatible avec le droit communautaire " sous réserve cependant que cette mise en œuvre du droit national ne puisse porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci ".

Par ailleurs, une communication de la Commission européenne du 15 octobre 1997 relative à la coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des Etats membres pour le traitement d'affaires relevant des articles 81 et 82 anciennement 85 et 86 du traité trace des lignes directrices pour la répartition des tâches entre la Commission et les autorités nationales de concurrence ainsi que les modalités de leur coopération selon que la Commission ou une autorité nationale de concurrence est saisie la première d'une affaire, en prévoyant, notamment, des procédures d'information réciproques.

Trois des décisions rendues en 1999 font application de l'un ou l'autre de ces articles.

L'instruction de l'affaire relative à des pratiques relevées dans la distribution des produits de la société Laboratoire 3M Santé ayant donné lieu à la décision n° 99-D-52 avait révélé que les différentes filiales nationales du groupe 3M en Europe se répartissaient le marché et harmonisaient leurs tarifs de façon à ce que, dans chaque pays, les achats s'effectuent auprès de la filiale implantée dans ce pays. La question se posait de savoir si de telles pratiques tombaient sous le coup de la prohibition prévue à l'article 85, devenu 81, du traité.

Appliquant à cette affaire les principes édités par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt Viho Europe BV rendu contre la décision du 24 octobre 1996 de la Commission, le Conseil a considéré que lorsqu'une maison mère et ses filiales forment une entité économique à l'intérieur de laquelle les filiales, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne jouissent pas d'une autonomie réelle mais appliquent les instructions de leur maison mère, les pratiques coordonnées qui peuvent exister entre ces filiales ne tombent pas sous le coup de l'interdiction des ententes prévues par le droit communautaire. Par ailleurs, le Conseil a considéré qu'il n'était pas établi que la société Laboratoire 3M Santé se serait concertée avec les revendeurs établis en France afin d'empêcher les importations à partir de ses filiales établies dans d'autres pays de l'Union Européenne.

Dans l'affaire relative à trois saisines de la société Saviex France qui a donné lieu à une décision n° 99-D-52, les pratiques en cause affectaient les conditions d'exportation de pièces détachées pour automobiles dans des pays africains. Comme aucun élément de dossier ne permettait de présumer que les produits exportés par la société Saviex et ses concurrents pourraient être réimportés dans un pays de l'Union Européenne, le Conseil a considéré que ces pratiques n'entraient pas dans les prévisions des articles 85 et 86 du traité de Rome.

Enfin, la décision n° 99-D-69 relative à une saisine présentée par la société Kaolinière armoricaine a été commentée au point A.2 du présent chapitre.

B. - La prescription

Aux termes de l'article 27 de l'ordonnance : " Le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans, s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ".

S'agissant de la période antérieure à la saisine du Conseil, ce dernier a rappelé qu'une plainte pénale et l'enquête qui en résulte constituent des actes entrant dans les prévisions de l'article 27 et

interrompant donc le délai de prescription (décision n° 99-D-50 relative aux pratiques anticoncurrentielles concernant le déménagement des militaires dans la région de Vannes). Cette même décision faisait par ailleurs application de la jurisprudence constante selon laquelle l'audition d'une partie interrompt le délai de prescription à l'égard de toutes les entreprises impliquées dans les pratiques en cause.

S'agissant de la période postérieure à la saisine du Conseil, ce dernier a eu l'occasion de préciser, dans sa décision n° 99-D-01 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Distri club médical, que constituent des actes tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de faits tant la convocation d'un dirigeant d'entreprise à une audition que l'audition elle-même, ce qui l'a conduit à indiquer que de tels événements pouvaient interrompre la prescription, dès lors que leurs dates étaient antérieures à l'expiration du délai de trois ans, indépendamment du point de savoir si les procès-verbaux d'audition avaient été datés et signés avant cette expiration.

Dans deux arrêts en date du 9 mars 1999 et du 12 octobre 1999, la cour d'appel de Paris a considéré que le délai de prescription établi par l'article 27 était suspendu à l'égard de l'entreprise saisissante, ou du ministre lorsqu'il est à l'origine de la saisine du Conseil, en cas d'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif dans la procédure en cours devant le Conseil.

C. - Le déroulement de la procédure contentieuse

1. Les enquêtes administratives

a) Les pouvoirs d'enquête au titre de l'article 47

C'est à de très nombreuses reprises que le Conseil a eu, cette année, à se prononcer sur la régularité des opérations d'enquête réalisées par les services de la DGCCRF. En effet, l'évolution de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris a conduit les parties à soulever presque systématiquement les irrégularités des procès-verbaux. Depuis ses arrêts du 2 mars 1999 et du 13 avril 1999, la cour exige, en effet, non seulement que les procès-verbaux portent la mention de ce que l'enquêteur a fait connaître sa qualité et l'objet de son enquête, mais encore que cet objet soit expressément décrit, sauf à ce que des éléments intrinsèques ou extrinsèques permettent d'établir que la personne interrogée connaissait l'objet de l'enquête. Conscient de l'importance de l'exigence de loyauté rappelée par la cour, exigence qui conduit notamment à respecter un principe de non auto-incrimination, le Conseil s'est montré vigilant et a écarté à de nombreuses reprises des procès-verbaux irréguliers. Il a également cru de son devoir de soulever, lui-même, d'office, de telles irrégularités. Il a, enfin, accueilli des moyens fondés sur des vices comparables mais qui n'avaient pas, jusqu'à présent, été sanctionnés comme tels par la cour d'appel.

C'est ainsi que, dans l'affaire relative à des pratiques relevées à l'occasion de marchés de fourniture d'enrobés à la ville de Rennes, qui a donné lieu à la décision n° 99-D-33, le Conseil a écarté, notamment :

- sept procès-verbaux de déclaration et de communication de documents qui ne comportaient ni le visa de l'ordonnance, ni la mention de l'objet de l'enquête, ni même que cet objet aurait été indiqué à la personne entendue ;
- un procès-verbal de déclaration mentionnant l'objet de l'enquête mais ne visant pas l'ordonnance.

Après avoir ainsi écarté un certain nombre de constatations, le Conseil a estimé que celles qui pouvaient être régulièrement retenues ne permettaient d'établir aucun des griefs qui avaient été notifiés : la procédure s'est conclue par un non-lieu.

Dans d'autres cas, le Conseil a écarté, par le même type de raisonnement, un certain nombre de procès-verbaux mais il en restait suffisamment au dossier pour administrer la preuve de la réalité des pratiques illicites : la mise à l'écart des procès-verbaux n'a pas empêché le Conseil de prononcer une condamnation. Par exemple, dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires de biologie végétale Yves Rocher, la société saisissante entendait s'appuyer sur un procès-verbal établi à l'appui d'une procédure pénale ayant abouti à un classement sans suite, ce qui, en soi, comme indiqué plus loin à propos de l'affaire n° 99-D-41, ne posait pas de problème. Cependant, il est apparu que le procès-verbal en cause visait exclusivement des dispositions du titre IV de l'ordonnance : en conséquence, il n'était pas établi que les personnes entendues aient été informées que leurs déclarations pourraient être utilisées dans le cadre d'une procédure relevant du titre III ; aussi le procès-verbal a-t-il été écarté du dossier mais d'autres éléments du dossier ont permis au Conseil de considérer des pratiques concurrentielles comme établies.

En revanche, s'agissant des procès-verbaux d'audition des témoins, le Conseil, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation (ch. com, 1^{er} juin 1999) a considéré que le principe de non-auto incrimination ne s'appliquait pas et qu'en conséquence, l'omission de l'objet de l'enquête n'entraînait pas l'irrégularité du procès-verbal (décision n° 99-D-62 relative aux pratiques relevées sur le marché passé par la ville d'Hendaye pour la construction de locaux publics dans le cadre de

l'aménagement du port de plaisance de Sokoburu).

Dans deux décisions (n° 99-D-62 relative aux pratiques relevées sur le marché passé par la ville d'Hendaye pour la construction de locaux publics dans le cadre de l'aménagement du port de plaisance de Sokoburu et 99-D-84 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la vente au détail du charbon et du fioul domestique dans la région Nord-Pas-de-Calais), le rapporteur ayant soulevé l'irrégularité de procès-verbaux qui ne comportent pas le visa du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ni l'objet de l'enquête ni la nature de ce que cet objet avait été indiqué aux intéressés, le Conseil les a écartés des débats et n'a statué que sur le fondement des pièces restantes. Ces décisions ont fait l'objet de recours actuellement pendants devant la cour d'appel de Paris.

La décision n° 99-D-65 relative à des pratiques constatées lors de l'appel d'offres lancé en octobre 1991 par la communauté urbaine de Lyon pour le renouvellement de marchés de travaux de chaussée, a écarté un procès-verbal de remise de documents en se fondant sur une irrégularité que la cour d'appel de Paris n'avait pas encore sanctionnée mais qui mettait en cause les principes fixés par sa jurisprudence. Les enquêteurs avaient demandé à une secrétaire, seule présente à ce moment-là, son " chrono " ; après l'avoir consulté, ils lui ont demandé d'aller rechercher aux archives une note à laquelle le " chrono " faisait référence. Cette note fut jointe à un procès-verbal signé par le responsable de l'entreprise, absent au moment de la remise et non par la secrétaire ; le procès-verbal lui-même ne faisait aucune allusion aux conditions de remise de la note, qui n'ont été établies que par d'autres pièces du dossier. Le Conseil a considéré que ces circonstances ne le mettaient pas en mesure d'exercer son contrôle sur la régularité de la remise et il a écarté la note du débat.

Cette même décision, par ailleurs, a rappelé que les mentions d'un procès-verbal font foi jusqu'à preuve du contraire et que de simples allégations ne constituent pas une telle preuve.

Si la régularité de l'enquête est d'une très grande importance pour le déroulement normal d'une procédure devant le Conseil, celui-ci a cependant eu l'occasion de rappeler que l'enquête n'est qu'un acte préparatoire à la mise en œuvre de la procédure contradictoire qui se déroule devant lui et qu'il n'est pas lié par ses résultats. Sur cette base, le Conseil a estimé que le défaut d'impartialité d'une enquête, à le supposer établi, ne serait pas de nature à entraîner la nullité de la procédure (décision n° 99-D-14 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France). Par ailleurs, les règles procédurales propres aux enquêtes ne s'appliquent pas à la totalité des informations et documents recueillis soit par les enquêteurs soit par le rapporteur : des documents résumant des informations commerciales, transmis aux enquêteurs par la société Nielsen, ont pu être utilisés par le Conseil bien que cette transmission n'ait pas donné lieu à procès-verbal puisqu'il s'agissait de panels commercialisés auprès des professionnels (décision n° 99-D-44 relative à la saisine de l'entreprise La Clôture). Dans cette même décision, une solution identique est appliquée à des opinions émises par un universitaire : bien que ce dernier ait été interrogé par l'enquêteur, sans que celui-ci n'ait rédigé de procès-verbal, ses opinions ont pu être prises en compte par le Conseil dès lors qu'elles avaient fait l'objet de publications.

b) Les pouvoirs d'enquête au titre de l'article 48

Le Conseil a fait usage, dans sa décision n° 99-D-11 relative à des pratiques relevées à l'occasion de travaux d'assainissement sur les communes de Toulouse et Lamasquère, de sa jurisprudence habituelle selon laquelle il est incompétent pour se prononcer sur la régularité d'opérations de visites et saisies réalisées sur le fondement de l'article 48. Il n'a, en effet, pas encore eu l'occasion, en 1999, de tirer les conséquences de l'arrêt du 30 novembre 1999 à l'occasion duquel la Cour de cassation (ch. comm.) a indiqué qu'il appartiendrait désormais au Conseil de procéder, à l'occasion de l'examen du fond de l'affaire, à la vérification de la régularité des opérations réalisées dans ce cadre.

Dans cette même décision 99-D-11, le Conseil a cependant dû prendre parti sur les conditions dans lesquelles, en amont d'une enquête de l'article 48, la DGCCRF pouvait prendre connaissance de certaines informations. La solution adoptée ne semble d'ailleurs pas limitée au cas de l'article 48. Le Conseil a considéré, d'une part, que des pièces spontanément remises par une personne à qui des griefs n'ont, par la suite, pas été notifiés, peuvent à la fois servir de point de départ à une enquête et figurer ensuite dans la procédure, pour peu qu'il ne soit pas allégué que leur remise aurait été sanctionnée par une condamnation pénale pour violation du secret professionnel ou qu'une procédure aurait été ouverte de ce chef ; d'autre part, le Conseil a souligné que les informations recueillies par les agents de la DGCCRF dans le cadre de leur mission de suivi systématique des marchés publics locaux pouvaient également être utilisées sans donner lieu à procès-verbal.

2. La saisine du Conseil

a) Les auteurs de la saisine

Il résulte des dispositions combinées des articles 11 et 5, 2^e alinéa de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que le Conseil ne peut être saisi au contentieux que par le ministre chargé de l'économie, les entreprises, les organisations de consommateurs agréées et les organisations professionnelles.

S'agissant des entreprises, le Conseil a rappelé, dans la décision n° 99-D-25 relative à une saisine de M. Patrick Guillot, que le saisissant, pour être regardé comme une entreprise, devait exercer une activité d'offreur de biens ou de services sur un marché à la date de la saisine ; en d'autres termes, le fait, pour une personne, d'avoir exercé une telle activité dans le passé n'en fait pas une entreprise au sens des dispositions susrappelées si l'activité a cessé à la date de la saisine. Cette même décision indique que, lorsqu'une entreprise a été mise en liquidation judiciaire, le liquidateur n'a pas qualité pour reprendre la procédure ainsi irrégulièrement ouverte par l'ancien entrepreneur car, en vertu des dispositions de l'article 152 de la loi du 25 janvier 1985, le liquidateur n'a vocation à exercer les droits et actions du débiteur qu'en ce qui concerne le patrimoine de ce dernier ; or, la faculté de saisir le Conseil de la concurrence n'est pas un droit patrimonial.

S'agissant des associations de consommateurs agréées, le Conseil a indiqué, implicitement, dans sa décision n° 99-D-28, que le " comité des abonnés au câble de Metz et de sa région " ne relevait pas de cette catégorie.

b) Le champ de la saisine

Conformément à une jurisprudence constante, le Conseil a été amené à rappeler qu'il est saisi *in rem* de l'ensemble des faits et des pratiques affectant le fonctionnement d'un marché, sans être lié par les demandes des parties saisissantes. Cela lui permet d'examiner, sans avoir à se saisir d'office, des pratiques anticoncurrentielles non mentionnées dans la saisine mais mises en œuvre soit sur le marché concerné par les pratiques dénoncées dans la saisine, soit sur des marchés connexes. C'est ainsi que, dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par la société Distri club médical ayant donné lieu à la décision n° 99-D-01, le ministre avait saisi le Conseil de pratiques de prix imposés sur le marché de la distribution de matériel médical destiné aux professionnels de santé. Le rapporteur ayant découvert, dans une pièce annexée au rapport administratif, la preuve d'un boycott, le Conseil a sanctionné cette pratique dès lors qu'elle était organisée sur le même marché.

c) Les modalités de la saisine

Dès lors que le Conseil est saisi *in rem*, il n'est lié ni par les qualifications ni par les conclusions des parties.

Il en résulte, en particulier, que le fait, pour une saisine, de conclure à ce que le Conseil arrête des décisions qui ne relèvent pas de sa compétence ne rend pas nécessairement la saisine irrecevable. Mais il faut, pour que le Conseil puisse l'examiner, que le saisissant fasse état, à l'appui de ses conclusions, de pratiques susceptibles de tomber sous le coup des prohibitions prévues par les articles 7, 8 ou 10-1 de l'ordonnance. Lorsque ce n'est pas le cas, la saisine est déclarée irrecevable, le Conseil, comme il l'a fait dans sa décision n° 99-D-36 relative à une saisine présentée par la société Ad Valorem, précise à la fois qu'il n'entre pas dans ses pouvoirs de faire droit aux conclusions et qu'aucun fait susceptible de constituer une pratique prohibée n'est par ailleurs allégué.

3. L'examen des mesures conservatoires

Aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, des mesures conservatoires " ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante " ; les mesures susceptibles d'être prises doivent " rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence ".

19 demandes de mesures conservatoires ont été enregistrées en 1999.

a) La recevabilité des demandes de mesures conservatoires

En 1999, sept demandes de mesures conservatoires ont été présentées en relation avec une saisine au fond que le Conseil a déclaré irrecevable. Dans tous les cas, la demande de mesures conservatoires a été rejetée par voie de conséquence.

Il est à noter que, si la recevabilité d'une demande de mesures conservatoires est conditionnée par l'existence et la recevabilité d'une demande au fond, ces deux saisines n'en sont pas moins distinctes, ce qui a conduit le Conseil à accepter de classer une demande de mesures conservatoires à la suite d'un désistement ne concernant que cette demande (décision n° 99-D-06).

b) Le bien-fondé des demandes de mesures conservatoires

Au cours de l'année 1999, le Conseil s'est prononcé douze fois sur des demandes de mesures conservatoires appuyées sur des saisines au fond recevables : cinq d'entre elles ont été rejetées tandis que sept ont été totalement ou partiellement accordées. Les secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel ont connu un nombre particulièrement élevé de demandes et de mesures conservatoires accordées.

C'est l'absence de démonstration d'une atteinte grave et immédiate telle que prévue à l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui a justifié le rejet des demandes. Le Conseil a ainsi été amené à prendre en considération l'impact géographique limité d'une pratique potentiellement anticoncurrentielle : par exemple, dans la décision n° 99-MC-02, il a été considéré que le risque que courait la société de télévision Planète Câble du fait qu'elle ne pouvait plus diffuser sa chaîne sur le réseau câblé possédé par France Télécom Câble Atlantique dans l'agglomération de Bayonne-Anglet-Biarritz n'entraînait pas dans les prévisions de l'article 12, dès lors que les abonnés de cette agglomération ne représentaient que 0,4% des abonnés de la chaîne. La société Planète Câble ayant par la suite perdu la possibilité de diffuser sa chaîne sur d'autres réseaux locaux, elle a de nouveau saisi le Conseil d'une demande de mesures conservatoires. Ce dernier, après s'être assuré que la société conservait la possibilité de diffuser sur de nombreux autres réseaux à des conditions économiquement acceptables, a, cette fois encore, rejeté la demande. Dans cette nouvelle décision (décision n° 99-MC-05), le Conseil s'est également interrogé sur les effets de la pratique sur les consommateurs (la chaîne écartée étant remplacée par d'autres, les consommateurs bénéficiaient toujours d'une offre suffisante) et sur l'économie du secteur de la production de documentaires, à propos de laquelle aucun élément probant n'avait été fourni.

Dans d'autres cas, c'est le fait que la pratique invoquée était limitée dans le temps qui explique le rejet : dans la décision n° 99-MC-04, était en cause une offre promotionnelle de France Télécom qui liait un abonnement au service de téléphonie mobile à un abonnement à l'option " Primaliste longue distance " concernant la téléphonie fixe ; le Conseil a relevé que l'opération était limitée dans le temps, ne s'était accompagnée d'aucune publicité dans les médias et ne bénéficiait en fait qu'aux consommateurs renvoyant un coupon, lesquels ne représentaient que 4,4 % de la cible potentielle. Dans cette affaire, le Conseil ne s'en est pas tenu à ces considérations relatives au caractère limité de la pratique : il a également tenu compte, de ce que, à la date à laquelle il statuait, aucun chiffre significatif ne démontrait qu'un impact mesurable avait été observé.

C'est encore le champ limité de la pratique, permettant aux entreprises victimes de continuer leur activité, qui a conduit le Conseil à rejeter la demande de mesures conservatoires présentée par l'association professionnelle Ténor dans l'affaire qui a donné lieu à la décision n° 99-MC-08. Les opérateurs qui mettent à la disposition du public des cartes téléphoniques prépayées, utilisables notamment à partir des cabines téléphoniques de France Télécom, estimaient être victimes d'un " effet de ciseau " : les tarifs d'interconnexion de France Télécom, depuis l'instauration d'une majoration de 25 centimes la minute destinée à rémunérer l'usage des Publiphones, seraient devenus trop élevés pour permettre à ces opérateurs de rester compétitifs face aux télécartes vendues par France Télécom. Sans exclure que l'instruction au fond du dossier puisse révéler que la pratique en cause était anticoncurrentielle, le Conseil a refusé les mesures conservatoires demandées au motif qu'il ne résultait des données recueillies ni que les émetteurs de cartes prépayées seraient dans l'impossibilité de conserver une activité rentable sur certaines destinations, notamment à l'international, ni qu'un nombre significatif d'opérateurs risquait d'être exclu du marché.

Dans une autre affaire de télécommunication, qui a donné lieu à la décision n° 99-MC-11, c'est encore une fois l'impact limité de la pratique qui a guidé le Conseil. Ce dernier était saisi d'une offre de France Télécom nommée " Les Intégrales ", qui consistait à regrouper la fourniture d'accès à Internet et un forfait d'heures de communications téléphoniques. Il était soutenu, points que l'instruction au fond permettra ultérieurement de vérifier, que cette offre constituait une remise couplée, avait un caractère prédateur et que les concurrents, à cause de l'effet de ciseau, n'étaient pas en mesure de proposer une offre comparable dans des conditions économiquement acceptables. Après avoir indiqué que, *prima facie*, il n'était pas exclu que la pratique tombât sous le coup de l'article 8 de l'ordonnance, le Conseil a rejeté la demande de mesures conservatoires. En premier lieu, le Conseil a relevé qu'il n'était pas soutenu que la présence sur le marché de l'entreprise saisisante, AOL France, soit menacée à court terme. En deuxième lieu, il a relevé que l'offre promotionnelle s'achevait dix jours après la décision et que 1 100 clients par jour adhéraient à l'offre, chiffre qu'il convenait de rapprocher des 1,9 million d'abonnements déjà souscrits auprès d'un fournisseur d'accès à Internet. En troisième lieu, le Conseil s'est fondé sur la structure du marché, marquée par la présence de groupes importants, et sur son évolution, caractérisée par une baisse de prix et une érosion des parts de marché de France Télécom.

Outre la durée limitée de l'opération de promotion sur les coffrets OLA organisée par France

Télécom, la décision n° 99-MC-12 a retenu, pour rejeter la demande de mesures conservatoires présentée par Bouygues Télécom, le fait que la part de marché de cette dernière dans la téléphonie mobile augmentait et l'absence de démonstration de ce que sa survie serait menacée en deçà d'une part de marché de 25 à 30 %.

Les mesures conservatoires accordées cette année par le Conseil ont été justifiées dans trois cas par le risque d'atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise saisissante. Par exemple, la société NumériCâble exploitait, d'une part, 26 réseaux de câble pour télévision lui appartenant en propre et, d'autre part, 18 sites appartenant à France Télécom. La pratique dont le Conseil était saisi consistait en l'augmentation de 148 MF à 373 MF de la redevance demandée par France Télécom pour l'exploitation de ces 18 sites. Après avoir considéré qu'il n'était pas exclu que la pratique fût anticoncurrentielle, le Conseil, dans la décision n° 99-MC-01, a relevé qu'en égard à la part représentée par ces sites dans le chiffre d'affaires de la société NumériCâble, au montant de l'augmentation et à son exigibilité immédiate, faute de quoi le signal serait suspendu, une atteinte grave et immédiate serait portée aux intérêts de l'entreprise. De même, dans l'affaire qui a donné lieu à la décision n° 99-MC-09, le fait qu'EDF n'achète pas la production électrique de la société Énergie de Bigorre à un prix permettant la rémunération effective des capitaux engagés conduisait à des pertes très élevées et à un arrêt de la production, situation constitutive d'une atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise.

Dans d'autres cas, c'est l'atteinte portée au secteur ou à l'intérêt des consommateurs qui a justifié l'octroi de mesures conservatoires. C'est ainsi que, dans l'affaire concernant des pratiques mises en œuvre sur le marché des tickets et forfaits d'accès aux remontées mécaniques de la station de Pra-Loup, la société agence Alp Azur se plaignait de ce que la société gestionnaire des remontées mécaniques de la station ne lui fasse pas de propositions commerciales permettant à cette agence de vendre à des tours-opérateurs des séjours tout compris alors que l'autre agence de la station en avait obtenu. Cette situation, dont l'instruction au fond permettra seule de dire si elle est anticoncurrentielle, ne mettait pas en danger la survie de la société saisissante. Mais, dès lors qu'il n'était pas contesté que, pour établir des propositions de séjour " tout compris ", chacune des deux agences de voyage installées sur la station devait avoir communication des conditions de vente consenties par la société de remontées mécaniques et que les tours-opérateurs avaient intérêt à faire jouer la concurrence entre ces deux agences, le Conseil, par la décision n° 99-MC-10, a considéré que la situation comportait un risque d'atteinte grave et immédiate au secteur et à l'intérêt des consommateurs puisque si l'une des deux agences ne pouvait plus proposer de séjours " tout compris ", les demandeurs deviendraient dépendants d'un offreur unique.

C'est également le risque d'atteinte grave et immédiate au secteur qui a été pris en considération dans l'importante affaire relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Grolier Interactive Europe / Online Groupe qui a donné lieu à la décision n° 99-MC-06. En vue de préparer le lancement d'offres d'accès à Internet à haut débit recourant à la technologie ADSL, la société France Télécom avait procédé, à partir du 15 février 1998, à des expérimentations puis à des commercialisations expérimentales sur des zones limitées. Dans les deux cas, les expérimentations n'avaient associé qu'un seul fournisseur d'accès à Internet, la société France Télécom Interactive (Wanadoo), filiale de France Télécom. A la suite de ces expérimentations, France Télécom s'apprêtait à lancer en liaison avec sa filiale une offre d'accès à Internet par ADSL baptisée Netissimo. Cette offre devait être commercialisée en septembre 1999. Les autres fournisseurs d'accès à Internet allaient, certes, se voir proposer ultérieurement des offres de connexion ADSL susceptibles de leur permettre de commercialiser des services concurrents du Netissimo de France Télécom. Mais, après avoir considéré qu'il ne pouvait être exclu que la mise en œuvre anticipée de l'offre de France Télécom fût constitutive d'un abus de position dominante, le Conseil a constaté que les autres fournisseurs d'accès ne disposeraient des informations techniques relatives à l'offre d'interconnexion ADSL que le quinze juillet et que quinze semaines leur seraient ensuite nécessaires pour procéder aux expérimentations techniques préalables à l'offre commerciale. Or l'apparition plus précoce de l'offre de France Télécom risquait d'attirer vers son fournisseur d'accès les très grands consommateurs et ceux qui exigent une excellente qualité de service tout en lui donnant le bénéfice d'un effet d'image. En octroyant à sa filiale un avantage lui permettant ainsi de prendre une avance décisive sur ses concurrents, les pratiques de France Télécom étaient ainsi susceptibles de porter une atteinte grave et immédiate au secteur intéressé.

c) La nature des mesures conservatoires accordées

Les mesures conservatoires accordées en 1999 ont été variées : suspension de la mise en œuvre d'une clause contractuelle (décision n° 99-MC-01), injonction d'avoir à proposer une offre commerciale (décision n° 99-MC-09) ou d'avoir à communiquer des conditions générales et particulières de vente (décision n° 99-MC-10). L'affaire relative à une demande de mesures

conservatoires de la société Grolier Interactive Europe/Online Groupe (décision n° 99-MC-06) présentait une difficulté particulière puisqu'il était demandé au Conseil de suspendre l'offre commerciale d'accès à Internet par ADSL que France Télécom et France Télécom Interactive s'appropriaient à mettre sur le marché. Or l'Internet à haut débit correspond à une attente forte des consommateurs et les autorités de la concurrence répugnent à retarder l'apparition de technologies nouvelles. Mais, d'une part, le Conseil a estimé que " si le projet de France Télécom consiste à introduire sur le marché une offre innovante constituant un progrès pour le consommateur, les risques que le jeu de la concurrence soit durablement faussé sur le marché des services d'accès à Internet justifient une mesure de suspension " ; en d'autres termes, un bilan a été établi entre la gêne de court terme imposée aux consommateurs par la mesure et le bénéfice que ces derniers pourront tirer, à long terme, d'une concurrence plus intense. D'autre part, cette démarche était conditionnée par le fait que la suspension serait de courte durée. Aussi le Conseil a-t-il enjoint à la société France Télécom Interactive " de suspendre la commercialisation de toute offre d'accès rapide à Internet par la technique ADSL pendant une période de quinze semaines suivant la "recette" des équipements... Cette suspension sera interrompue si un FAI autre que France Télécom Interactive commercialise une offre d'accès à Internet par ADSL avant l'expiration de ce délai ".

Il convient, enfin, de signaler que deux décisions accordant des mesures conservatoires ont été annulées par la cour d'appel de Paris : la décision Reims Bio n° 99-MC-03, annulée par l'arrêt du 2 avril 1999 et la décision Scan Coupon n° 99-MC-07, annulée par l'arrêt du 16 décembre 1999.

Dans la première de ces deux affaires, un opérateur qui détenait le monopole de la collecte des produits sanguins dans la région de Champagne-Ardenne, le GIP Champagne-Ardenne, refusait de livrer en produits sanguins une entreprise qui se trouvait en concurrence avec lui sur un autre marché, celui des réactifs d'origine sanguine. La mesure conservatoire adoptée par le Conseil consistait à enjoindre à cet opérateur de reprendre les livraisons de matières premières et de produits sanguins destinés à la fabrication de réactifs en direction de cette société concurrente, la SARL Reims Bio, sous réserve de l'approbation par l'Agence française du sang de la délibération par laquelle le conseil d'administration de groupement d'intérêt public aurait décidé la signature d'une convention avec ladite société.

Par l'arrêt précité, la cour d'appel de Paris a jugé qu'une telle mesure, parce qu'elle est subordonnée à la décision d'une autorité tierce, n'entre pas dans le champ des prévisions de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Dans l'affaire 99-MC-07, le Conseil était saisi par la société Scan Coupon des pratiques d'un opérateur, la société Sogec, dont il était soutenu qu'il détenait une position dominante sur le marché du traitement des coupons de réduction. Après avoir considéré qu'il n'était exclu ni qu'une telle position soit détenue ni que certaines pratiques de cette société soient constitutives d'un abus, le Conseil avait enjoint à la société Sogec, à titre de mesures conservatoires, de suspendre l'application de la clause d'exclusivité insérée à l'article I de ses contrats d'adhésion, de ne plus proposer de contrats comportant une telle clause et d'informer de cette injonction tous ses clients.

Cette mesure était fondée sur le risque d'atteinte grave d'indemnité à l'économie du secteur intéressé.

Par l'arrêt précité, la cour a jugé que la présence de plusieurs opérateurs, dont la société saisissante, sur ce marché ne permettait pas de retenir l'atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur ou à l'intérêt des consommateurs.

4. *L'instruction*

a) La notification des griefs

Pendant les deux mois qui suivent la réception de la notification de griefs, les parties peuvent consulter le dossier. La composition du dossier ouvert à la consultation fait parfois l'objet de discussions. Dans sa décision n° 99-D-11, le Conseil a ainsi précisé qu'il n'était pas nécessaire que le dossier contienne des pièces relatives à la procédure purement administrative ayant abouti à une enquête demandée par le ministre, sur la base de laquelle ce dernier a ensuite saisi le Conseil.

Il résulte de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (arrêt Coca-Cola Beverages du 8 septembre 1998) que, lorsque le rapporteur d'une affaire a proposé, dans un rapport notifié aux parties, que soit prononcé un non-lieu, il n'est pas possible à un autre rapporteur ultérieurement désigné (mais la solution serait vraisemblablement la même s'il s'agissait du même rapporteur) de notifier des griefs portant sur les mêmes faits tant, du moins, que le Conseil ne s'est pas expressément prononcé sur la proposition de non-lieu initiale. Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France, qui a donné lieu à la décision n° 99-D-14, cette société considérait que la jurisprudence Coca-Cola Beverages devait s'appliquer lorsque, dans une première notification de griefs, le rapporteur n'avait pas retenu un certain grief. Cette abstention devait être regardée comme équivalant à une proposition de non-lieu sur ce grief, ce qui aurait dû

interdire au rapporteur de procéder ensuite à une notification de griefs complémentaire concernant ce grief particulier, du moins tant que le Conseil ne s'était pas prononcé sur la proposition initiale. Le Conseil n'a pas suivi ce raisonnement ou, plus exactement, il a considéré qu'il ne pourrait s'appliquer que si la notification de griefs initiale avait examiné, pour l'écarter expressément, le grief ultérieurement notifié. Mais, dans le cas d'espèce où ce grief n'avait en aucune manière été envisagé, la notification de griefs initiale ne devait pas être regardée comme l'équivalent d'une proposition de non-lieu concernant ce grief particulier. Le rapporteur avait donc pu notifier ensuite ce nouveau grief sans que le Conseil n'ait à l'y autoriser.

b) Les destinataires de la notification de griefs

Aux termes du premier alinéa de l'article 21 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : " Sans préjudice des mesures prévues à l'article 12, le Conseil notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du Gouvernement qui peuvent consulter le dossier et présenter leurs observations dans un délai de deux mois ".

Dans l'affaire relative aux pratiques anticoncurrentielles concernant le déménagement des militaires dans la région de Vannes qui a donné lieu à la décision n° 99-D-50, l'une des entreprises se plaignait d'avoir été mise en cause alors que toutes les entreprises concernées ne l'avaient pas été. Le Conseil a précisé qu'une telle omission, à la supposer établie, serait sans effet sur la qualification des pratiques ayant donné lieu à la notification de griefs. Dans cette même affaire, le Conseil a considéré qu'une erreur matérielle relative à la dénomination de l'entreprise destinataire de la notification de griefs et à son adresse était sans incidence dès lors que l'entreprise, après avoir mentionné ces erreurs, avait répondu au grief notifié et avait admis en séance avoir été à même de faire valoir ses arguments en défense.

c) Le rapport

Produit par le rapporteur, dans le cadre de la procédure normale, après réception des observations écrites formulées par les parties en réponse à la notification de griefs, le rapport est une pièce essentielle de la procédure puisque, d'une part, le Conseil ne peut retenir dans sa décision que des griefs maintenus dans le rapport et que, d'autre part, il ne peut se fonder que sur des pièces annexées au rapport.

Dans sa décision n° 99-D-14, le Conseil a rappelé qu'en revanche il n'était pas nécessaire d'annexer au rapport des pièces, par exemple des procès-verbaux, auxquelles ni le rapport ni sa propre décision ne se référaient.

L'article 21 de l'ordonnance fait obligation au Conseil de notifier le rapport au ministre chargé de l'économie et au " ministre intéressé ". Dans la plupart des cas, le rapport n'est notifié qu'au ministre chargé de l'économie. En effet, comme le Conseil l'a rappelé dans sa décision n° 99-D-21, le ministre intéressé au sens de cette disposition est le ministre chargé de l'application d'un texte dont l'interprétation est nécessaire à la solution du litige. En l'espèce, la pratique dont le Conseil était saisi consistait, de la part d'un laboratoire pharmaceutique, à avoir modifié les règles de distribution de certains de ses produits ; l'encadrement législatif et réglementaire de la mise sur le marché du produit n'était nullement en cause : il ne pouvait donc être soutenu que le ministre chargé de la santé était un " ministre intéressé " au sens de l'article 21.

d) La durée de la procédure

La disparition de personnes dont l'audition aurait pu être utile à l'établissement de la vérité ou la perte d'archives ne paraissent pas constituer en elles-mêmes des causes d'irrégularité de la procédure. Le Conseil précise en effet qu'il lui appartient d'apprécier la situation ainsi créée pour vérifier s'il dispose des éléments suffisants pour statuer. Les disparitions résultant de l'écoulement du temps peuvent donc avoir un effet négatif sur la procédure, mais cet effet n'est pas mécanique : il dépend de leur incidence sur l'ensemble des éléments probants dont dispose le Conseil qui n'exclut pas, au surplus, de s'interroger sur le point de savoir si la situation ainsi créée a porté préjudice aux parties (décision n° 99-D-50 relative à aux pratiques anticoncurrentielles concernant le déménagement des militaires dans la région de Vannes).

e) Le déroulement de la séance

Il résulte des dispositions de l'article 22 du décret du 29 décembre 1986 que les convocations aux séances du Conseil sont adressées trois semaines au moins avant le jour de la séance. Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par l'Académie d'architecture dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, qui a donné lieu à la décision n° 99-D-08 rendue selon la procédure

simplifiée, l'Académie faisait valoir que la convocation à la séance lui était parvenue avant l'expiration du délai de deux mois dont elle disposait pour présenter ses observations écrites sur la notifications de griefs. Le Conseil s'est borné à observer que, le jour de la séance, cette partie avait bien disposé d'un délai de deux mois pour présenter ses observations et que, par ailleurs, le délai de convocation de trois semaines avait bien été respecté.

Dans la même affaire, le Conseil a pu rappeler qu'il n'est pas tenu d'entendre au cours de la séance toutes les personnes concernées par les pratiques, par exemple, les maîtres d'ouvrages et les entreprises qui étaient des utilisateurs de la " série centrale de prix " réalisée par cette Académie.

La séance qui s'est tenue le 30 juin 1999, au cours de laquelle le Conseil a examiné une affaire relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet, a donné lieu à un incident qui a permis au Conseil de préciser la portée et les conditions de régularité de l'exposé oral présenté devant lui par le rapporteur de l'affaire. L'une des sociétés mises en cause avait, au cours de la séance, fait valoir que le rapporteur avait développé oralement une argumentation détaillée à laquelle elle n'était pas en mesure de répondre immédiatement. Le Conseil a alors suspendu la séance et, après en avoir délibéré, a joint l'incident au fond. La décision rendue, sous le n° 99-D-44, a apporté les précisions suivantes : en ce qui concerne le contenu de l'intervention du rapporteur, il a d'abord été indiqué que celle-ci avait repris, pour l'essentiel, les éléments d'analyse déjà présentés dans la notification de griefs ou dans le rapport. Toutefois, le Conseil a précisé que des considérations nouvelles avaient été en outre développées mais que cette circonstance n'était pas, en l'espèce, constitutive d'une irrégularité car il s'agissait pour le rapporteur de répondre à une étude économétrique, elle-même détaillée, produite par l'entreprise mise en cause à l'appui des observations présentées en réponse au rapport. Le Conseil considère donc que le rapporteur peut développer oralement des considérations nouvelles lorsqu'il doit répondre à des arguments produits *in fine* et auxquels aucune pièce du dossier ne se réfère. Cette condition de fond n'est toutefois pas la seule à prendre en compte pour apprécier la régularité du déroulement de la séance lorsque le rapporteur ajoute à ce qu'il avait écrit dans son rapport : le Conseil relève ainsi, en l'espèce, que les représentants de la société ont bénéficié du temps de parole qu'ils ont estimé nécessaire pour répondre aux observations orales du rapporteur.

L'article 25 de l'ordonnance autorise le Conseil à entendre, au cours de la séance, des personnes susceptibles de l'éclairer. Lors de la séance au cours de laquelle a été examinée l'affaire ayant donné lieu à la décision n° 99-MC-06, le Conseil avait souhaité entendre une association, laquelle avait désigné à cet effet deux personnes dont l'une se trouvait être salariée d'une entreprise concurrente de la société mise en cause, ce que cette dernière contestait. Mais, dès lors qu'il n'était contesté ni que l'entreprise qui salariait cette personne était membre de l'association ni que la personne avait été mandatée par l'association, le moyen a été écarté par le Conseil.

D. - La preuve des pratiques anticoncurrentielles

Si les constatations et les pièces rassemblées au cours des enquêtes administratives diligentées soit à la demande du ministre, soit à celle du Conseil, constituent les éléments de preuve les plus fréquemment utilisées, le Conseil s'estime libre de se fonder sur tout élément de preuve objectif, dont il lui appartient d'apprécier la valeur. Tel est le cas, par exemple, de constats d'huissier annexés à une plainte pénale : si l'appréciation au regard du droit pénal des faits relatés dans la plainte ne relève pas de sa compétence, le Conseil peut néanmoins les considérer comme des éléments de preuve dont il apprécie librement la valeur (décision n° 99-D-41 relative à des pratiques mises en œuvre par le Comité intersyndical du livre parisien et les syndicats composant cette coordination dans le secteur de l'imprimerie de publications ; il convient cependant de rappeler que cette décision a été annulée par la cour d'appel de Paris, laquelle ne s'est pas prononcée sur ce point précis).

La preuve d'une pratique anticoncurrentielle peut être administrée au moyen de documents établissant la mise en œuvre de pratiques prohibées ; le Conseil peut également se fonder sur un faisceau d'indices graves, précis et concordants. Dans ce dernier cas, la preuve résulte de la concordance de ces indices, appréciés dans leur ensemble, indépendamment de la valeur de chacun d'entre eux pris individuellement, valeur d'ailleurs fréquemment contestée.

Plusieurs dossiers traités en 1999 ont montré la difficulté d'établir la preuve des pratiques anticoncurrentielles.

Dans un certain nombre de cas, le parallélisme de comportement observé ne s'accompagnait d'aucun autre indice ou bien d'indices dont le nombre ou la cohérence sont apparus insuffisants au Conseil.

Par exemple, dans sa décision relative au secteur des tubes en polychlorure de vinyle (décision n° 99-D-10), le Conseil a réaffirmé que le parallélisme des comportements ne suffit pas à lui seul à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle, ce parallélisme pouvant résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché. La pratique en cause consistait, de la part des fabricants, en des hausses de prix fréquentes et présentant une

identité de taux, une proximité de dates d'annonce et de mise en vigueur, une similitude des modalités d'application et des justifications données, les fabricants attribuant ces hausses à la variation du prix de la résine et à la volonté de reconstituer leurs marges. Ce parallélisme de comportement s'accompagnait d'un indice qui pouvait faire naître des soupçons : les résines achetées par les différents fabricants connaissaient des évolutions de prix comparables mais aboutissant à des niveaux différents compte tenu de la diversité des approvisionnements ; surtout, la part du coût de revient de la résine dans le coût total variait fortement d'une entreprise à l'autre. De plus, des documents émanant de concurrents avaient été trouvés au siège de certains fabricants. Mais, dès lors que le mécanisme de prise de décision des hausses de prix et la circulation d'informations remontant des négociants vers les fabricants permettaient d'expliquer à la fois la présence de ces documents et les comportements haussiers observés, le Conseil a considéré qu'il ne disposait pas d'un faisceau d'indices suffisant : un non-lieu a été prononcé.

Dans d'autres cas, le parallélisme de comportement s'accompagnait certes de plusieurs indices mais une explication cohérente de leur présence pourrait être fournie. Certes, le Conseil considère que la contestation séparée de la valeur de chaque indice ne peut suffire à réfuter la preuve qui résulte de leur pluralité et de leur concordance. Mais, dans l'affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans les régions de Bourgogne, Centre et Ile-de-France (n° 99-D-48), le Conseil a considéré qu'une explication plausible de la présence de l'ensemble des indices était envisageable. Le parallélisme de comportement consistait en une relative stabilité des parts de marché des centrales à béton et une évolution comparable des prix pratiqués. Les enquêteurs avaient réuni les indices suivants : au siège de certaines entreprises, des documents rassemblaient des informations sur les volumes produits et les parts de marché des concurrents. Les hausses de prix, de montants voisins, intervenaient à des époques similaires. Parfois, des circulaires annonçant les augmentations étaient adressées aux concurrents. Mais l'ensemble des indices réunis pouvait s'expliquer par une considération unique : les entreprises en cause, de structure assez simple, avaient des caractéristiques faciles à connaître par leurs concurrents, d'autant qu'elles étaient souvent clientes les unes des autres. Dans ces conditions, il était normal à la fois qu'elles s'informent des prix effectivement pratiqués et qu'elles disposent, en interne, d'une documentation sur leurs situations respectives. Cette décision a fait l'objet d'un recours actuellement pendant devant la cour d'appel de Paris.

Dans l'affaire relative aux pratiques relevées sur le marché passé par la ville d'Hendaye pour la construction de locaux publics dans le cadre de l'aménagement du port de plaisance de Sokoburu (décision n° 99-D-62), les travaux d'aménagement du port avaient donné lieu successivement à un marché privé puis à un marché public dont les mêmes entreprises avaient été attributaires. Le Conseil a estimé que cette particularité pouvait expliquer, en premier lieu, que, compte tenu de l'imbrication des deux opérations, des opérations relevant du marché public aient été réalisées par anticipation dans le cadre du marché privé, sans que cet état de fait ne démontre qu'il était sûr d'obtenir l'attribution de ce marché public. En second lieu, le fait qu'une télécopie adressée à l'un des soumissionnaires par un sous-traitant ait été retrouvée chez un autre pouvait s'expliquer par la circonstance qu'associés dans le cadre du marché privé, ils partageaient les mêmes locaux de chantier. Cette décision a fait l'objet d'un recours actuellement pendant devant la cour d'appel de Paris.

Dans l'affaire relative à des pratiques constatées lors de l'appel d'offres lancé en octobre 1991 par la communauté urbaine de Lyon pour le renouvellement de marchés de travaux de chaussée (décision n° 99-D-65), le Conseil a écarté une note de service qui constituait l'un des indices importants retenus par le rapporteur à l'appui de sa notification de griefs. En l'absence de cette note, l'unique indice d'entente subsistant consistait dans la stabilité, d'ailleurs relative, de l'attribution des lots de deux marchés successifs de travaux d'entretien passés en 1986 et 1991, stabilité qui ressortait à la fois de la répartition des lots et de la sous-traitance. Or, de cette situation, les entreprises fournissaient des explications tirées des conditions de passation des marchés, qui incitaient aux regroupements, et des avantages propres, pour chaque lot, à certaines entreprises compte tenu de leurs compétences et de leur localisation géographique. Ces explications, *a priori* plausibles, sont certes souvent écartées par le Conseil dans des cas de ce type compte tenu de l'existence d'autres indices. Mais, dans cette affaire, en l'absence de tout autre indice, il a été estimé qu'elles ne pouvaient pas être écartées : la preuve de l'existence d'une entente visant à une répartition des marchés n'était pas établie.

Au contraire, dans un certain nombre d'affaires, le Conseil a estimé disposer d'un faisceau d'indices sérieux, précis et concordants. C'est ainsi que, dans l'affaire relative à des pratiques relevées à l'occasion d'assainissement sur les communes de Toulouse et Lamasquère (décision n° 99-D-11), un groupement d'entreprises avait déposé des offres pour quatre marchés dont les détails estimatifs correspondaient poste par poste à ceux du groupement attributaire, tout en étant supérieure de 12 à 17 % et alors qu'aucune étude technique n'avait pu être produite. Dans l'affaire

relative aux pratiques anticoncurrentielles concernant le déménagement des militaires de la région de Vannes (décision n° 99-D-50), le fait que les dossiers soumis à l'administration par les militaires en vue du remboursement de leur déménagement aient comporté les deux devis estimatifs réglementaires joint au fait que, dans un certain nombre de cas, les militaires aient attesté n'avoir en réalité consulté qu'une seule entreprise suffisait à établir que les deux entreprises s'étaient concertées pour se répartir le marché.

A plusieurs reprises, au cours de l'année 1999, le Conseil a été conduit à trancher entre deux interprétations d'une pratique observée à l'intérieur d'un réseau de distribution : il s'agit de savoir si la pratique est le fruit d'une entente ou au contraire d'une décision unilatérale de la " tête de réseau ", qu'il s'agisse du fournisseur ou du franchiseur. Pour répondre à cette question, le Conseil recherche si le dossier fournit des indices d'un accord de volonté entre cet acteur principal et un ou plusieurs membres du réseau.

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par la société Distri club médical (décision n° 99-D-01), le franchiseur soutenait que l'opération de boycott d'un fournisseur qui lui était reprochée ne pouvait être qualifiée d'entente car elle résultait d'un appel lancé unilatéralement par son président. Le Conseil s'est fondé sur l'existence d'une réunion qui avait rassemblé le franchiseur et plusieurs franchisés et dont le compte rendu précisait que les décisions avaient été prises " à l'unanimité " pour estimer que la pratique en cause résultait bien d'une action concertée.

L'affaire relative à la situation de la concurrence dans le secteur des garnitures de freins pour poids lourds (décision n° 99-D-31 du 18 mars 1999), qui sera présentée plus en détail à l'occasion de l'examen des principales " ententes verticales " rencontrées cette année par le Conseil, est une illustration de la difficulté d'identifier une pratique anticoncurrentielle au sein d'un réseau qui, en l'espèce, était un " réseau de fait " : il n'était régi ni par un contrat de distribution exclusive ou sélective ni même par des conditions générales. Le Conseil a estimé que la transmission, par le fournisseur, à des distributeurs d'une note confidentielle critiquant les produits d'un concurrent avec mention d'en faire le " meilleur usage " ne traduisait pas en elle-même un accord de volonté entre la " tête de réseau " et les distributeurs. Par ailleurs, il a considéré que la constatation qu'un distributeur s'était plaint auprès du fournisseur des prix trop bas pratiqués par un de ses concurrents et que le fournisseur avait réagi en faisant pression sur le distributeur " dissident " ne suffisait pas à établir la preuve d'une action anticoncurrentielle concertée puisque le " plaignant " n'avait pas indiqué quelle était la réaction qu'il attendait du fournisseur.

La jurisprudence du Conseil se révèle cependant nuancée : dans l'affaire relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de la porcelaine de Limoges (décision n° 99-D-78), l'élimination de distributeurs au motif qu'ils ne pratiquaient pas la politique commerciale, notamment les prix conseillés par le fournisseur et alors que ces obligations ne figuraient pas dans le contrat de distribution sélective (où elles auraient été illicites), a été considérée comme constitutive d'une entente prohibée, sans que le Conseil ait estimé nécessaire de démontrer que l'opération d'élimination avait été le fruit d'une action concertée. La même démarche a été suivie pour le refus d'intégrer un fournisseur au réseau, ce refus n'ayant pas été motivé par le non-respect des critères objectifs prévus au contrat. Dans ces cas, il était possible d'affirmer que le réseau fonctionnait de façon discriminatoire ; même si cette caractéristique ne résultait pas d'une clause explicite du contrat à laquelle les distributeurs auraient consciemment adhéré, mais d'une simple pratique, il n'en demeure pas moins qu'un réseau de distribution sélective, à la différence du réseau de fait rencontré dans la décision précédemment commentée, constitue par lui-même une entente résultant de l'adhésion de plusieurs distributeurs à la " règle du jeu " fixée par le fournisseur ; un réseau de distribution sélective fonctionnant de façon discriminatoire peut donc tomber sous le coup de l'article 7 de l'ordonnance sans qu'il soit nécessaire de démontrer que chacune des pratiques discriminatoires résulte d'une action concertée spécifique.

E. - La qualification des pratiques

L'article 7 de l'ordonnance prohibe les ententes dès lors qu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. L'article 8 prohibe, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique. Sur le fondement d'une interprétation littérale de ces dispositions, le Conseil englobe dans le champ de la prohibition les ententes qui ont un objet anticoncurrentiel, celles qui ont un effet anticoncurrentiel ainsi que celles qui ont une potentialité d'effet anticoncurrentiel. Toutefois, la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle étant de principe, l'intervention des autorités de régulation des marchés a pu être considérée comme légitime seulement dans le cas où une atteinte sensible, avérée ou potentielle, au jeu de la concurrence est établie. La condition de sensibilité est alors un élément de la qualification des pratiques et conduit donc le Conseil à examiner les effets concrets, avérés ou potentiels des pratiques en cause.

Chapitre II

Les ententes illicites

Les dispositions du premier alinéa de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prohibent les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

L'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 donne une liste, non exhaustive, des pratiques concertées, horizontales ou verticales, qui sont prohibées. Ce sont notamment celles qui tendent à :

- limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
- faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
- limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique.

A. - La forme des ententes prohibées

1. Les ententes horizontales

Les ententes anticoncurrentielles horizontales peuvent revêtir des formes diverses telles que, par exemple, des ententes de prix ou de marges entre entreprises en principe concurrentes, la mise au point et la diffusion de barèmes, l'élaboration et la diffusion de recommandations ou de directives en matière de prix ou de remises par des organismes professionnels, des échanges d'informations ou des ententes entre soumissionnaires à un même appel d'offres, des ententes de répartition de marchés, des pratiques concertées visant à exclure certaines entreprises d'un marché ou à en limiter l'accès, des conditions générales de vente ou d'achat, ainsi que leur application. En 1999, la jurisprudence du Conseil a rencontré la plupart de ces situations.

2. Les groupements d'entreprises

Le Conseil a réaffirmé sa jurisprudence relative aux structures communes. Il a, ainsi, rappelé que la réunion d'entreprises indépendantes au sein d'un groupement d'intérêt économique, d'une association ou d'une société ne saurait être considérée en soi comme une pratique d'entente prohibée. En revanche, il a recherché si ces structures avaient été utilisées pour mettre en œuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché.

C'est ainsi que, dans l'affaire relative à des pratiques relevées à l'occasion de travaux d'assainissement sur les communes de Toulouse et Lamasquère qui a donné lieu à la décision n° 99-D-11, six entreprises s'étaient groupées pour répondre à des appels d'offres et avaient remporté quatre marchés ; la participation de l'une d'entre elles au groupement pour le quatrième marché était conditionnée par son échec à un appel d'offres organisé dans une autre commune. Toutefois, compte tenu du nombre important d'autres entreprises ayant soumissionné à ces mêmes marchés, le Conseil a considéré que la nature anticoncurrentielle de la pratique n'était pas établie. De même, dans une affaire relative à la saisine d'ambulanciers à Verdun (décision n° 99-D-16), le Conseil a considéré que la création du groupement était compatible avec l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 car ce groupement ne constituait pas l'unique moyen d'accéder au marché concerné et que d'autres entreprises étaient en mesure de proposer une offre concurrente.

Dans l'affaire qui a donné lieu à la décision n° 99-D-62, le Conseil a relevé que le fait que les sociétés HE Mas et Socae-Atlantique se soient regroupées en société en participation (SEP) après l'attribution de marchés n'était pas en soi anticoncurrentiel et que le caractère " occulte " par nature de ces sociétés expliquait que le maître d'ouvrage n'ait pas été informé de leur existence.

3. Les ententes verticales

Les ententes verticales se rencontrent généralement à l'intérieur de réseaux de distribution organisés par un fournisseur ou un franchiseur ou, plus généralement, dans le cadre des relations nouées entre des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne commerciale.

B. - Les participants aux ententes

1. La nature des participants

L'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par le Comité intersyndical du livre parisien et les syndicats composant cette coordination dans le secteur de l'imprimerie de publications a permis à la jurisprudence de préciser une question difficile : une entente anticoncurrentielle est-elle nécessairement une entente entre entreprises ? Cette question était loin d'être nouvelle et un certain

nombre de réponses lui avaient déjà été apportées. C'est ainsi que des organisations professionnelles, qui ne sont pas des entreprises, sont régulièrement condamnées pour avoir organisé des ententes. Mais, à vrai dire, cette jurisprudence repose sur l'idée que ces organisations constituent en elles-mêmes des réunions d'entreprises : elles sont davantage l'instrument de l'entente que des participants autonomes, même si elles sont directement condamnées. Par ailleurs, il était déjà arrivé qu'un donneur d'ordres public soit condamné pour s'être entendu avec les soumissionnaires à un appel d'offres. Dans ce dernier cas, cependant, la majorité des participants à l'entente était constituée d'entreprises.

Dans l'affaire ici commentée, en revanche, les auteurs de l'entente présumée étaient tous des syndicats ouvriers et non des entreprises. Le Conseil a cependant considéré (décision n° 99-D-41) que leur entente, dès lors qu'elle avait eu pour objet d'entraver le fonctionnement de la concurrence sur un marché, entrait dans les prévisions de l'article 7 de l'ordonnance. Ce point de vue pouvait s'autoriser d'un argument de texte : alors que l'article 81 du traité de Rome prohibe les ententes anticoncurrentielles entre entreprises et que l'article 8 de l'ordonnance prohibe les abus de position dominante commis par des entreprises, l'article 7 de l'ordonnance ne se réfère pas à la notion d'entreprise. Ce point de vue n'a cependant pas été entériné par la cour d'appel de Paris qui, par un arrêt du 29 février 2000, a annulé cette décision. Si la cour a admis que certains des participants à une entente pouvaient ne pas être des entreprises et pouvaient donc, par exemple, être des syndicats ouvriers, elle a considéré que l'un des participants au moins devait être un "acteur actif sur un marché". Cette jurisprudence confirme donc que des "non-entreprises" peuvent participer à une entente anticoncurrentielle et être condamnées de ce chef. Mais elle ne reconnaît l'existence d'une entente que si une entreprise au moins y a participé, sauf à ce que soit ultérieurement précisée la différence entre la notion d'entreprise et la notion d'acteur actif sur un marché.

2. Le rôle des organisations professionnelles

L'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par l'Académie d'architecture dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, qui a donné lieu à la décision n° 99-D-08, concernait une pratique souvent rencontrée par le Conseil : celle d'une organisation élaborant et diffusant un barème de prix. Mais, alors que ces pratiques sont généralement le fait d'organisations professionnelles rassemblant officiellement des entreprises, telles que des syndicats professionnels ou des ordres, la pratique était ici imputable à l'Académie d'architecture, c'est-à-dire à une "société savante" qui réunissait certes des architectes, dont certains étaient honoraires, mais aussi d'autres spécialistes. Le Conseil a toutefois relevé que, si la conception de l'ouvrage dénommé "série centrale de prix" relevait d'architectes conseils et d'architectes honoraires membres de l'Académie, les prix eux-mêmes étaient déterminés par des comités de rédaction composés, pour la période en cause, uniquement d'architectes intervenant sur le marché. En d'autres termes, les comités de rédaction constituaient bien des ententes entre entreprises, dont l'Académie était à la fois l'organisateur et le support. Sans qu'il ait été besoin de la qualifier d'organisation professionnelle, le Conseil a donc pu la considérer comme ayant mis en œuvre une entente prohibée.

Deux autres organisations professionnelles ont également été sanctionnées pour avoir organisé des ententes prohibées : le Syndicat des négociants détaillants en combustible du Nord (décision n° 99-D-84) et le Syndicat national des ambulanciers de montagne (décision n° 99-D-70).

C. - Les ententes anticoncurrentielles

1. Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics ou privés

Les ententes anticoncurrentielles entre entreprises soumissionnaires à des marchés publics ou privés aboutissent à un affaiblissement de la concurrence et, dans certains cas, à l'élimination de certaines entreprises.

En 1999, le Conseil a examiné sept affaires dans lesquelles des soumissionnaires à des appels d'offres publics ou privés ont échangé des informations ou se sont concertés avant la remise des plis pour déterminer en commun l'entreprise qui, présentant l'offre la plus basse, serait dès lors l'attributaire du marché, et pour organiser le dépôt d'offres de couverture par les autres entreprises afin de faire échec au fonctionnement de la concurrence sur ces marchés. Ces affaires ont conduit le Conseil à réaffirmer sa jurisprudence en la matière.

S'agissant de la nature des concertations ou des échanges d'informations mis en œuvre entre entreprises soumissionnaires, le Conseil a précisé dans quelles conditions ces pratiques sont qualifiées sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Il a ainsi rappelé qu'en matière de marchés publics ou privés il est établi que les entreprises ont conclu une entente anticoncurrentielle dès lors que la preuve est rapportée soit qu'elles ont convenu de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations antérieurement à la date où le résultat de l'appel

d'offres est connu ou peut l'être, qu'il s'agisse de l'existence de concurrents, de leur nom, de leur importance, de leur disponibilité en personnel et en matériel, de leur intérêt ou de leur absence d'intérêt pour le marché considéré ou des prix qu'ils envisagent de proposer.

Ainsi, dans l'affaire relative à des pratiques relevées lors de la passation de deux marchés de réhabilitation du centre hospitalier de Manosque, (décision n° 99-D-13 du 17 février 1999), les sociétés soutenaient que la communication d'informations à une entreprise concurrente ne constituait qu'une présomption de concertation. Le Conseil a considéré qu'il était établi qu'une copie de la soumission d'une des entreprises avait été envoyée à l'autre et que cette dernière avait établi sa propre soumission en se fondant sur celle reçue en copie. Une des sociétés avait avancé l'argument selon lequel ses soumissions étaient de simples offres de courtoisie, c'est-à-dire des offres destinées à manifester la présence commerciale de l'entreprise et non sa volonté d'obtenir le marché. Le Conseil a réfuté cet argument en rappelant sa jurisprudence constante selon laquelle le dépôt d'une " offre de courtoisie " par l'un des soumissionnaires à un appel d'offres ne suppose pas un échange d'informations entre lui et les autres entreprises soumissionnaires préalablement au dépôt des offres.

Dans plusieurs affaires, les entreprises mises en cause invoquaient les circonstances particulières ayant entouré le lancement de l'appel d'offres.

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées sur des marchés d'études pour la voie de contournement ouest de l'agglomération toulousaine (décision n° 99-D-57), trois bureaux d'études avaient soumissionné à trois appels d'offres et il leur était reproché de s'être concertés pour déterminer les montants de leurs offres de façon à se répartir les trois marchés. L'originalité de cette affaire tenait à ce que le département de la Haute-Garonne avait chargé ces trois bureaux d'études de travaux préparatoires et les avait réunis avant la procédure de passation de marchés. Aussi les sociétés mises en cause soutenaient-elles que le département était l'instigateur et le seul responsable des pratiques dénoncées. Mais le Conseil a considéré qu'à partir du moment où le département avait décidé de recourir à une procédure de mise en concurrence, et dès lors que les bureaux d'études n'avaient réalisé qu'une partie des travaux, les pratiques avaient bien eu pour objet de faire obstacle au libre jeu de la concurrence. Des griefs avaient également été notifiés au sujet d'une seconde consultation, à l'occasion de laquelle le département avait demandé aux trois bureaux d'études de fournir le nom d'autres concurrents ; ces derniers avaient, pour trois d'entre eux et en concertation avec les trois bureaux d'études, déposé des offres de couverture. Selon ceux-ci, la brève durée de la consultation, qui au surplus se déroulait pendant le mois d'août, traduisait la volonté du département de ne réaliser qu'une consultation formelle. Cette fois encore, le Conseil n'a pas considéré le comportement du département comme absolu alors même que le fait qu'une entreprise ait été écartée bien qu'ayant fait la proposition la moins-disante pouvait conduire à douter de la volonté du département de faire jouer une réelle concurrence : dès lors que les pratiques avaient eu pour objet de restreindre la concurrence, elles étaient contraires aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance.

Dans une autre affaire (décision n° 99-D-64), cependant, le Conseil a estimé que le comportement du donneur d'ordres public ne permettait pas de qualifier d'entente anticoncurrentielle le comportement des entreprises mises en cause. La société Armep avait décidé de s'installer dans de nouveaux locaux et avait, pour ce faire, noué des relations avec un cabinet d'architectes et avec un entrepreneur, la société Sirebat. Mais il était ensuite apparu que l'opération ne pourrait bénéficier de subventions publiques que si le bâtiment était construit par le Syndicat intercommunal pour le développement économique du pays d'Auray (Sidepa). Pour ce faire, ce dernier a confié la maîtrise d'œuvre au cabinet d'architectes déjà retenu par la société Armep ; quant à l'entreprise retenue à l'issue de l'appel d'offres, ce fut la société Sirebat, qui s'était révélée être la moins-disante et la seule à proposer le type de toiture que l'architecte avait prévu dans l'appel d'offres. Un grief d'entente entre Armep, le cabinet, la société Seribat et Sidepa leur avait été notifié. Mais le Conseil a estimé que les contacts noués avant le lancement de l'appel d'offres suffisaient à expliquer la supériorité de l'offre de Seribat et que d'autres entreprises auraient pu proposer le type de toiture envisagé, pour lequel Seribat ne disposait d'aucune exclusivité, ce qui ne permettait pas de considérer que la présence de cette exigence résultait d'une entente avec l'architecte.

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées à l'occasion de travaux d'assainissement sur les communes de Toulouse et Lamasquère (décision n° 99-D-11), les neuf sociétés mises en cause estimaient que le dépôt de dix-sept candidatures lors de l'appel d'offres rendait impossible une entente entre elles. Le Conseil a réfuté cet argument en précisant que les neuf entreprises étaient les plus représentatives du secteur de la zone concernée et en en déduisant que la mise en place d'une entente efficace n'appelait pas nécessairement la participation de tous les soumissionnaires, d'autant que les autres entreprises étaient de taille modeste, ce qui pouvait laisser penser qu'elles ne soumissionneraient pas pour des offres excédant leurs capacités.

2. Ententes et échanges d'informations sur les prix et les marges

Comme chaque année, le Conseil a eu à sanctionner des ententes horizontales entre entreprises opérant sur le même marché et ayant pour but de fixer de façon coordonnée les prix facturés aux consommateurs.

Dans un certain nombre de cas, ces ententes sur les prix ont été mises en place par des organisations. Ce fut notamment le cas avec la " *série centrale de prix* " élaborée par l'Académie d'architecture (décision n° 99-D-08). Cette pratique était fort ancienne puisqu'elle durait sans interruption depuis 1883. Comme il est fréquent dans ce type d'affaire, il était soutenu que les chiffres fournis ne constituaient que des indications que les architectes n'étaient pas tenus de suivre et dont ils pouvaient s'écarter en fonction de leurs contraintes de gestion. Le Conseil s'est alors livré à une analyse minutieuse des données de la série centrale au terme de laquelle il lui est apparu, d'une part, que les chiffres fournis n'étaient pas des prix " *constatés* ", comme on en trouve dans les mercuriales, mais de véritables propositions et, d'autre part, que par leur degré de détail combiné à l'absence de prise en compte des facteurs de productivité propres à chaque entreprise et à l'utilisation d'une marge globale bénéficiaire préfixée, ils ne revêtaient pas la nature de supports techniques destinés à aider les architectes à calculer indépendamment leurs prix. Le Conseil a refusé d'admettre, par ailleurs, que l'existence de tels barèmes puisse favoriser la concurrence au motif que les petites et moyennes entreprises y trouveraient des références. Enfin, il a écarté un moyen tiré de ce que l'Académie avait été reconnue association d'utilité publique par décret : en tout état de cause, les statuts ainsi approuvés ne mentionnaient pas la série centrale de prix.

Dans l'affaire qui a donné lieu à la décision n° 99-D-84 du 21 décembre 1999, c'est encore une organisation, le Syndicat des négociants détaillants en combustible du Nord, qui avait élaboré des grilles de marge pour le fioul et le charbon. Le Conseil a rappelé qu'une telle pratique était étrangère à l'objet statutaire de cette organisation. Il a refusé de reconnaître le bénéfice de l'article 10-2 de l'ordonnance : contrairement à ce que soutenait le syndicat, le fait de favoriser, par une hausse artificielle et concertée des prix, la survie de petites entreprises, ne constituait pas une contribution au progrès économique, notamment parce que les entreprises ainsi sauvegardées étaient vraisemblablement les moins productives ; en tout état de cause, la mise en œuvre de l'article 10-2 suppose que les utilisateurs bénéficient d'une partie équitable du progrès économique résultant de la pratique, ce qui n'avait pas été le cas puisque les entreprises se réservaient la totalité des avantages supposés résulter de la hausse des prix.

Il arrive aussi que les organisations professionnelles qui mettent au point des tarifs le fassent en concertation avec d'autres intervenants. Dans l'affaire relative à certaines pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires de skieurs accidentés (décision n° 99-D-70), le Syndicat national des ambulances de montagne avait élaboré pour le transport primaire des skieurs accidentés un tarif supérieur au tarif remboursé par la sécurité sociale, et cela en concertation avec les sociétés d'assurance et avec une société appelée CNAS qui servait d'interface entre les principales compagnies d'assurance-assistance et les ambulanciers chargés du transport des accidentés. Le Conseil a considéré que cette pratique restreignait la concurrence non seulement sur le marché du transport des skieurs accidentés mais aussi sur celui de l'assurance-assistance. A cette occasion, il a par ailleurs écarté un certain nombre d'objections relatives soit à l'effet de la pratique, dans la mesure où son objet anticoncurrentiel était avéré, soit à l'existence de solutions alternatives encore plus onéreuses, soit à la carence des autorités municipales qui n'auraient pas organisé de service public pour satisfaire le besoin en cause.

Dans d'autres cas, ce sont les entreprises qui se sont directement entendues pour fixer d'un commun accord les prix pratiqués. Le Conseil a, par exemple, sanctionné des marbreries funéraires de la région de Reims (décision n° 99-D-22) ; à cette occasion, il a écarté un moyen de défense tiré de ce que les consommateurs ne cherchaient pas à comparer les prix et de ce qu'aucune publicité sur les prix n'était pratiquée.

A plusieurs reprises, le Conseil n'a pas considéré comme établies les ententes sur les prix qui lui avaient été dénoncées. C'est ainsi que deux décisions, portant les numéros 99-D-09 et 99-D-10, ont prononcé des non-lieux sur des saisines relatives à la situation de la concurrence dans les secteurs respectifs du négoce des tubes en polychlorure de vinyle et de la fabrication de ces mêmes tubes. Dans le second cas, en particulier, il était établi que les fabricants mis en cause avaient procédé à des hausses de prix présentant une identité de taux, une proximité de dates d'annonce et de mise en vigueur et une similitude de modalités d'application et des justifications données. Selon sa jurisprudence constante, le Conseil ne s'est pas arrêté à ce parallélisme de comportements, qui pouvait résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché. Il a donc recherché si d'autres indices pouvaient être réunis. Or, d'une part, il est apparu que le mécanisme de la hausse des prix comportait deux étapes, une date d'annonce et une date d'entrée en vigueur, qui permettaient à chacun des fabricants d'être informé des hausses pratiquées par les autres, dès lors que les comportements des négociants favorisaient la diffusion de telles informations. D'autre part, les documents de concurrents trouvés dans certaines entreprises

démontraient la circulation de ces informations mais il n'était pas établi que celle-ci avait eu lieu avant la date d'entrée en vigueur des tarifs ou avant la date de prise de décision.

Par ailleurs, il convient de rappeler que toute liste de prix rendue publique ou circulant parmi des professionnels n'est pas constitutive d'une entente anticoncurrentielle. De jurisprudence constante, il est licite par exemple, d'élaborer des mercuriales, c'est-à-dire des listes de prix effectivement pratiqués : de telles listes ne traduisent en effet que des observations. Encore faut-il que les conditions de leur diffusion ne conduisent pas les destinataires à les regarder comme des barèmes de prix. Dans la décision n° 99-D-15, le Conseil a statué sur une liste de prix d'un autre type : les barèmes indicatifs de rémunération des experts judiciaires. Dans la mesure où ces barèmes sont élaborés à l'initiative des premiers présidents de cour d'appel à seule fin de permettre aux juridictions de fixer le montant des honoraires dus aux experts et bien que les compagnies d'experts aient participé à leur élaboration, ces barèmes ne sont pas le fruit d'une entente prohibée ; en effet, aucun élément du dossier ne permettait d'imputer aux compagnies des pratiques qui ne trouveraient pas leur justification dans la demande des premiers présidents. De même, dans la décision n° 99-D-19 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du matériel médical destiné aux professionnels, il a été considéré que, si l'édition, par des groupements de distributeurs, de catalogues personnalisés au nom de chaque adhérent, reprenant en grande partie les prix conseillés par les fournisseurs, peut constituer une incitation à l'uniformisation des prix, la pratique n'était pas illicite du moment que chaque membre du groupement restait libre d'adapter sa politique commerciale en fonction de ses coûts et de la concurrence locale.

3. Entraves à l'accès au marché

Outre les pratiques par lesquelles des entreprises déterminent en commun leur stratégie en matière de prix ou de volume de production, méconnaissant ainsi la condition d'autonomie des décisions qui doit prévaloir sur un marché concurrentiel, plusieurs affaires examinées par le Conseil au cours de l'année 1999 ont révélé des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter l'accès de nouveaux compétiteurs au marché ou le maintien sur celui-ci de certains opérateurs.

S'agissant des pratiques mises en œuvre par la société TF1 dans le secteur de la production, de l'édition et de la publication des vidéogrammes (décision n° 99-D-85), le Conseil retient, au sujet de la pratique consistant, pour TF1, à réserver à sa filiale spécialisée l'exploitation vidéographique du projet de co-production, que le producteur qui se trouve contraint d'adhérer aux clauses du contrat de co-production lors de la mise en place du plan de financement du fichier ne reçoit aucune assurance de la part de la chaîne quant à l'exploitation effective de l'œuvre sous la forme de vidéogrammes et peut se trouver ainsi privé de la possibilité de faire jouer la concurrence entre éditeurs concurrents de la filiale de TF1 qui sont empêchés d'accéder au marché considéré.

Il convient également de mentionner la décision n° 99-D-01 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de matériel médical. Le groupement "*Distri Club Médical*" (DCM) avait été créé pour concéder à ses franchisés, en contrepartie de redevances, un droit d'usage du nom et de l'enseigne DCM déposés au titre de la marque, un savoir-faire ainsi qu'une assistance technique et commerciale. Chaque année, la société DCM référence un certain nombre de fournisseurs et diffuse auprès des franchisés la liste de ces fournisseurs ainsi que les conditions de vente qu'elle a négociées. A la suite d'un désaccord sur le niveau des prix, la société DCM a décidé de ne pas référencer la société Becton Dickinson. Le Conseil retient que, si le fait pour des entreprises indépendantes de distribution de se regrouper en une centrale pour négocier des accords de référencement n'est pas en lui-même illicite, le fait, pour une centrale de référencement de franchisés, d'organiser entre les revendeurs franchisés qu'elle regroupe le boycott d'un fournisseur qu'elle ne référence plus est de nature à limiter artificiellement l'accès de ce fournisseur au marché et constitue une action prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Dans la décision n° 99-D-51 relative à des pratiques constatées dans le secteur des applications thermiques de l'énergie, qui est commentée plus en détail dans le cadre de l'analyse des abus de position dominante, le Conseil a retenu une entente consistant pour EDF et GDF à avoir proposé à des promoteurs de la ZAC de Bercy des aides aboutissant à une baisse significative des prix de ces énergies en les subordonnant à la signature d'une clause d'exclusivité de longue durée ; les entreprises s'étaient défendues en faisant valoir que les clients qui signaient une telle clause conservaient la possibilité de passer alternativement du gaz à l'électricité pendant la durée de validité de la clause. Mais le Conseil a considéré que, précisément, l'entente entre ces deux opérateurs aboutissait à exclure du marché pour une longue période les concurrents (principalement des fournisseurs de fluides chauds ou froids) ; la combinaison des prix artificiellement abaissés et de la clause d'exclusivité constituait donc une entente prohibée par l'article 7 de l'ordonnance.

Par sa décision n° 99-D-68, le Conseil a statué sur le grief fait à la Fédération française des

sociétés d'assurance (FFSA) d'avoir, en invitant ses adhérents à différer leur inscription au salon " Assure-expo " de 1992, provoqué un mouvement de désaffection ayant contribué à la disparition de la seule manifestation où les différents professionnels de l'assurance pouvaient présenter concurremment leurs produits et, de ce fait, porté atteinte à la concurrence sur le marché de l'assurance. Le Conseil a estimé qu'en appelant, par une lettre, ses adhérents à surseoir momentanément à la confirmation de leur participation à l'édition 1999 de ce salon, la FFSA avait mis en œuvre une pratique concertée qui avait été de nature à remettre en cause l'existence de cette manifestation. Pourtant, un non-lieu a été prononcé : le Conseil a considéré que la pratique n'avait eu ni objet ni effet anticoncurrentiel. S'agissant de l'objet, aucun élément du dossier ne permettait de conclure qu'au-delà du désir, licite, que cette organisation professionnelle pouvait avoir de voir le salon évoluer en une manifestation de nature différente, la pratique ait été destinée à diminuer l'intensité de la concurrence sur les marchés de l'assurance. S'agissant de l'effet, il devait être tenu compte de ce que le salon n'accueillait que très marginalement les clients finaux des produits d'assurance et de ce qu'il ne s'y concluait pratiquement pas de contrat ; certes, un grand nombre d'intermédiaires fréquentaient cette manifestation, en appréciant le fait de pouvoir y nouer des relations commerciales avec des fournisseurs nouveaux. Il n'était cependant pas possible d'affirmer que, pour une profession dont l'activité implique la recherche permanente des compagnies susceptibles d'offrir à la clientèle le meilleur contrat, la disparition de cette manifestation annuelle restreignait à elle seule significativement le jeu de la concurrence sur les marchés de l'assurance, alors surtout que les consommateurs, pour leur part, disposaient, en dehors des courtiers, de nombreux autres canaux pour découvrir et comparer les produits d'assurance.

4. Répartition de marché

Si les ententes anticoncurrentielles intervenant entre entreprises soumissionnaires à des marchés publics aboutissent souvent à une répartition de marchés entre entreprises, d'autres types d'ententes peuvent avoir le même objet ou le même effet.

La décision n° 99-D-50, en date du 13 juillet 1999, est relative à des pratiques anticoncurrentielles concernant le déménagement des militaires dans la région de Vannes.

En ce qui concerne le déménagement des militaires, les dispositions réglementaires relatives à son remboursement sur la base des frais réels imposent à ces personnes de présenter à leur administration deux devis concurrents. Chaque agent qui doit déménager connaît la limite financière autorisée et sait que, si le prix de son déménagement venait à la dépasser, il devrait en supporter personnellement l'excédent. De la même façon, les entreprises savent qu'un déménagement ne sera susceptible d'être indemnisé intégralement par l'administration compétente que si son coût respecte cette limite.

Dix-sept entreprises de déménagement ont été mises en cause pour ententes illicites portant principalement sur les devis des déménagements des personnels militaires ou de gendarmerie. En effet, il résulte des déclarations des agents de l'Etat que ceux-ci n'ont pas eu de contact direct avec l'entreprise de déménagement au nom de laquelle un second devis concernant leur déménagement a été produit. Les pièces du dossier ont permis d'établir que les déménagements correspondants avaient fait l'objet d'une pratique concertée de devis de couverture.

Les entreprises mises en cause ont soutenu que les pratiques qui leur étaient reprochées étaient rendues inévitables par la réglementation en vigueur. Mais celle-ci ne contient aucune disposition imposant aux entreprises de se concerter ; elle est conçue, au contraire, pour organiser l'exercice de la libre concurrence entre déménageurs. De plus, la plupart des entreprises en cause faisaient valoir que la pratique des devis de couverture n'aurait pas eu d'effets anticoncurrentiels. Le Conseil a réfuté cet argument, la circonstance selon laquelle les prix résultant des ententes ne seraient pas supérieurs à ceux qui résulteraient du libre jeu du marché ne saurait faire obstacle à l'application de l'article 7 de l'ordonnance qui prohibe les ententes lorsqu'elles tendent à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

L'affaire relative à certaines pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires de skieurs accidentés (décision n° 99-D-70), déjà commentée, a également conduit le Conseil à condamner une pratique de répartition de marchés. Le CNAS, entreprise servant d'interface entre les compagnies d'assurance-assistance et les ambulanciers assurant le transport des skieurs accidentés, avait passé avec les ambulanciers et avec le Syndicat national des ambulanciers de montagne une convention qui prévoyait notamment que les entreprises ayant assuré le transport primaire des blessés (entre les pistes et le centre de soins) assureraient aussi le transport secondaire (reconduite des skieurs à leur domicile). Une telle pratique faisait disparaître la concurrence au stade du transport secondaire. Les entités mises en cause se défendaient en faisant valoir que le choix du même ambulancier par le consommateur pour le transport secondaire était " naturel " et que la convention avait seulement pour but d'empêcher le CNAS de s'opposer à cette démarche. Le Conseil a écarté

l'argument en soulignant son caractère contradictoire : une convention serait inutile si la pratique en cause, dite " droit de suite ", correspondait à un comportement spontané du consommateur. Par ailleurs, le Conseil a démontré que la pratique avait un effet anticoncurrentiel en comparant la proportion des cas où transports primaires et secondaires sont assurés par la même entreprise selon que le CNAS intervenait ou non. Le Conseil a, enfin, examiné le moyen tiré de ce que la pratique avait contribué au progrès économique en facilitant la gestion des entreprises et l'organisation des secours aux skieurs : cette éventualité n'a pas été écartée mais il a été répondu qu'en tout état de cause, il n'était ni allégué ni établi que la pratique était indispensable pour atteindre le progrès économique invoqué.

5. Restrictions verticales

Les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance, qui prohibe les conventions qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence, sont applicables non seulement aux actions concertées qui peuvent être le fait de concurrents potentiels, mais aussi aux relations qui peuvent s'instaurer entre des agents économiques qui se situent à des stades différents du processus de production et de commercialisation, telles notamment les conventions liant un producteur ou un fabricant à ses distributeurs.

a) Contrats de distribution sélective ou exclusive, contrats de franchise

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par la société Distri club médical (décision n° 99-D-01), le Conseil a indiqué que, si un réseau de franchisés pouvait créer une centrale commune de référencement, celle-ci devait fonctionner dans des conditions telles que les distributeurs franchisés restent libres de s'approvisionner en dehors de la centrale et qu'un déréférencement n'empêche pas totalement la commercialisation du produit.

La centrale de référencement en cause dans cette affaire ayant organisé entre les distributeurs franchisés le boycott d'un fournisseur qu'elle venait de déréférencer, les conditions n'étaient pas satisfaites.

Dans la décision n° 99-D-49, le Conseil a eu l'occasion d'examiner le contrat de franchise conclu entre la société Yves Rocher et ses 4 000 franchisés.

La principale question posée par cette affaire était de savoir si le franchiseur, dont le contrat de franchise constitue, dès lors que les franchisés y adhèrent, une entente, pouvait, sans enfreindre les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance, obliger les franchisés à acheter des matériels de présentation et de gestion choisis par lui. Il est de jurisprudence constante qu'un contrat de franchise ne peut limiter la liberté commerciale des adhérents que pour autant que le respect de ces obligations est nécessaire à la protection des droits de la propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé. Ces limitations doivent, autant que possible, prendre la forme de spécifications objectives, de façon à laisser le franchiseur libre de s'approvisionner auprès des fournisseurs de son choix. Il peut se faire, cependant, que de telles spécifications ne soient pas possibles ou pas suffisantes pour atteindre l'objectif visé.

La première clause discutée dans cette affaire concernait les matériels et équipements nécessaires à l'aménagement des magasins. L'utilité pour le réseau de disposer d'une politique cohérente en la matière n'était pas discutée et la clause semblait conforme aux exigences de la jurisprudence puisqu'elle prévoyait que, si Yves Rocher communiquait aux franchisés une liste de fournisseurs, le franchisé conservait la possibilité de faire réaliser l'aménagement de son magasin par d'autres entreprises à condition de respecter les plans, normes et cahiers des charges d'Yves Rocher. Le Conseil a cependant considéré que la rédaction de la clause était ambiguë et que la pratique, notamment les informations délivrées aux franchisés au cours des congrès, ne permettait pas de lever cette ambiguïté. Le Conseil n'a cependant pas prononcé de sanction : il a enjoint à Yves Rocher de modifier le contrat et de cesser de faire circuler une liste de fournisseurs de matériels et équipements.

Une autre clause du contrat type de franchise de la société Yves Rocher obligeait les franchisés à équiper leur centre de matériel informatique fourni par une société donnée. Cette fois, le Conseil retient que la mise en œuvre d'un réseau centralisé était indispensable au fonctionnement et à la réputation de la franchise compte tenu du nombre élevé de franchisés, de l'inexpérience en matière informatique de la plupart d'entre eux ainsi que de la nécessité de gérer de façon cohérente un double système de commercialisation (le réseau de franchisés et la vente directe par correspondance). Un tel réseau informatique centralisé supposait, à l'époque des faits en tout cas, pour rechercher des conditions d'acquisition avantageuses et pour assurer la disponibilité et la maintenance des matériels, que tous les franchisés achètent leur matériel informatique et le fassent entretenir par les entreprises désignées par Yves Rocher. La clause relative au matériel informatique n'a donc pas été considérée comme contraire aux exigences de l'article 7.

Dans la décision n° 99-D-34, le Conseil a examiné des pratiques relevées sur le marché des cartes postales reproduisant des affiches de cinéma. La société UGC Distribution et la société AMLF avaient concédé à la société Sonis le droit exclusif de fabriquer et de vendre le matériel publicitaire des films qu'elles distribuaient. Il était reproché aux deux premières sociétés de s'être entendues avec la troisième pour fixer le prix indicatif de vente aux détaillants de ces matériels.

Le Conseil a rappelé qu'un contrat par lequel le titulaire d'un droit d'auteur concède un droit d'exclusivité de reproduction ou de diffusion n'est pas illicite en soi mais qu'il y a lieu d'apprécier dans chaque cas d'espèce si les modalités fixées pour l'exercice de ce droit n'ont pas pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence. Comme il est loisible au détenteur d'un droit de propriété intellectuelle, soit de se réserver l'usage de ce droit, soit d'en concéder l'usage exclusif à la personne de son choix, les produits mis sur le marché en application de cette exclusivité ne peuvent, en tout état de cause, être offerts que par un seul opérateur, lequel ne peut dès lors être en concurrence avec un autre offreur. Ainsi, en l'absence d'autres éléments, la circonstance que les conditions de vente de ces produits soient fixées par le détenteur du droit de propriété, son concessionnaire ou par une concertation entre le détenteur et son concessionnaire est indifférente au regard de l'exercice de la concurrence.

La décision n° 99-D-78 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de la porcelaine de Limoges a conduit le Conseil à examiner les conditions de fonctionnement des réseaux de distribution sélective de trois importants fabricants de porcelaine.

Cet examen a d'abord porté sur les clauses des contrats de distribution sélective.

Il s'agissait, en premier lieu, des clauses relatives à l'agrément des distributeurs. Conformément à une jurisprudence constante, ont été considérées comme prohibées les clauses d'agrément des distributeurs qui excluaient certaines formes de distribution. Tel était le cas, pour la société Bernardaud, de la référence à la notion de "*commerce traditionnel de produits de luxe*" exercé soit "*dans le cadre d'un magasin spécialisé dans les arts de la table*" soit "*dans le cadre d'un département spécialisé à l'intérieur d'un magasin*". En effet, la notion de commerce traditionnel excluait certaines formes modernes de distribution. De même, la référence à la notion de "*commerce traditionnel de produits de luxe*" dans le contrat de distribution sélective de la société Raynaud a été considérée comme prohibée, ainsi que les conditions imposant que le magasin soit situé directement sur une artère commerçante et dispose d'une vitrine sur rue d'au moins trois mètres de large. En revanche, certaines exigences des contrats relativement à la sélection des distributeurs ont été considérées comme légitimes : la société Raynaud pouvait exiger une surface minimale de cinquante mètres carrés compte tenu des nécessités d'exposition propres à ce type de commerce.

Ont été examinées, en second lieu, des clauses relatives au fonctionnement de ces contrats. La société Bernardaud imposait à ses distributeurs d'entretenir un courant d'affaires minimum avec le fournisseur, soit une commande initiale minimale de 40 000 F pour un nouveau distributeur et une commande annuelle d'au moins 25 000 F par la suite. Le principe de telles clauses a été jugé licite car, dès lors qu'elles contribuent à une meilleure distribution du produit, elles peuvent être regardées comme des exigences de nature qualitative et non comme des obligations d'achat. La différence entre la commande initiale et les commandes annuelles ultérieures est apparue justifiée par la nécessité, pour les nouveaux distributeurs, d'offrir une gamme homogène de produits. La société Haviland et la société Raynaud imposaient un accord préalable du fournisseur pour toute opération publicitaire portant sur les produits de la marque. Cette exigence a été considérée comme licite dès lors qu'elle visait la protection de la marque et qu'il n'était pas démontré que, sous couvert de cette protection, elle aurait eu pour but de permettre aux fournisseurs d'empêcher des campagnes publicitaires portant sur les prix. Enfin, et bien entendu, ont été considérées comme prohibées dans le contrat de la société Raynaud, les clauses qui imposaient aux distributeurs de pratiquer un prix minimal et celles qui leur interdisaient de revendre à d'autres distributeurs les produits de la marque.

L'examen a ensuite porté sur le fonctionnement réel de certains réseaux.

La société Bernardaud avait résilié le contrat de distribution sélective qui la liait à la société Pujol-Chaumat, active sur le marché toulousain, en invoquant le non-respect des critères qualitatifs prévus audit contrat. L'instruction de l'affaire avait cependant démontré que le motif réel de la résiliation résidait dans la politique commerciale du distributeur qui ne respectait pas les prix conseillés par le fournisseur. Pour tomber sous le coup de la prohibition instituée à l'article 7 de l'ordonnance, une telle pratique doit pouvoir être qualifiée d'entente. Dans un souci d'explicitation de sa jurisprudence, le Conseil a précisé que le comportement apparemment unilatéral du fournisseur entraînait dans les prévisions de l'article 7 parce qu'il était intervenu dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, dont il était ainsi démontré qu'il fonctionnait de façon discriminatoire, même si les stipulations expresses du contrat ne faisaient pas mention d'un prix minimum. Le même raisonnement a été suivi à propos de l'élimination d'un autre distributeur ainsi que pour le refus d'intégrer un candidat dans le réseau.

b) Conditions générales de vente et accords de coopération commerciale

La décision n° 99-D-31 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des garnitures de freins pour poids lourds illustre une tendance importante de la jurisprudence actuelle relative aux réseaux de distribution. Il est de jurisprudence constante que, par le seul fait d'adhérer à un contrat de franchise, de distribution exclusive ou sélective ou, plus simplement, par des actes d'achats conformes à des conditions générales de vente, des distributeurs sont réputés avoir donné leur accord aux clauses éventuellement anticoncurrentielles que ces actes peuvent contenir. Mais le Conseil prend soin de ne pas déduire des relations contractuelles nouées entre un fournisseur et un distributeur que ce dernier adhérerait automatiquement à des pratiques anticoncurrentielles extérieures au contrat.

Dans le cas d'espèce, un certain nombre d'indices permettaient de penser que la société Ferodo Abex avait essayé :

- de faire diffuser par ses distributeurs des documents critiques à l'égard d'un concurrent ;
- d'obliger, par des menaces relatives aux conditions commerciales, l'un de ses distributeurs à se limiter à une zone géographique donnée ;
- de faire pression sur certains distributeurs pour qu'ils pratiquent des prix plus élevés ;
- de pratiquer des conditions de vente différentes selon les distributeurs, sans que celles-ci reposent sur des bases objectives.

Dans le premier cas, la note critique établie par Ferodo Abex avait été envoyée, notamment, au distributeur Kemper Freins, qui l'avait lui-même diffusée à des clients. Le Conseil n'a pourtant pas considéré qu'une entente était caractérisée entre ces deux sociétés car chacune avait un intérêt autonome, l'une à établir la note comparative et à la diffuser aux distributeurs et l'autre, dès lors qu'elle l'avait reçue, à la faire connaître à ses clients.

Dans les deuxième et troisième cas, les pressions exercées par Ferodo Abex faisaient suite à des plaintes que lui avaient adressées certains distributeurs, mécontents des prix trop bas pratiqués par certains de leurs concurrents sur les produits Ferodo Abex. Mais, dès lors que de telles plaintes, lorsqu'elles ne s'accompagnent pas d'une demande de mesure de rétorsion précise, peuvent n'avoir pour objet que de demander au fournisseur de meilleures conditions commerciales afin de pouvoir résister à la concurrence, le Conseil a considéré qu'un accord de volonté tendant à obtenir des distributeurs " bon marché " qu'ils relèvent leurs prix n'était pas caractérisée ; la pratique en cause était purement unilatérale et, puisqu'elle n'émanait pas d'un opérateur en position dominante, elle ne tombait pas sous le coup de la prohibition prévue par le titre III de l'ordonnance.

Un raisonnement comparable a été suivi au sujet de la quatrième pratique : dès lors que Ferodo Abex n'avait pas de conditions générales de vente (situation qui, en elle-même, ne relève pas de la compétence du Conseil), les distributeurs qui lui achetaient des produits n'étaient pas censés savoir que leurs concurrents étaient traités de façon discriminatoire, sans raison objective : aucune entente ne pouvait être caractérisée, la situation ne provenant que d'un comportement unilatéral du fournisseur.

Un non-lieu a donc été prononcé sur l'ensemble de cette affaire.

6. Autres restrictions verticales

L'affaire relative à des pratiques relevées dans la distribution des produits de la société Laboratoires 3M Santé offrait l'occasion d'examiner les relations entre un fournisseur et des revendeurs n'appartenant pas à un réseau organisé par lui. Il apparaissait que ce fournisseur souhaitait que les revendeurs pratiquent des prix conseillés et intervenait auprès d'eux lorsque ce n'était pas le cas afin qu'ils remontent leurs prix. Mais aucun élément du dossier ne laissait penser que les revendeurs s'associaient à cette pratique ; l'un d'eux, par exemple, avait indiqué aux enquêteurs ne pas s'être senti engagé à remonter ses prix. Un autre, mentionné dans une note interne à la société Laboratoires 3M Santé, n'avait pas modifié sa politique tarifaire. Quant à l'indice retenu par l'enquête administrative tiré de ce que les prix de vente de certains stéthoscopes par seize distributeurs étaient identiques, le Conseil a considéré que l'échantillon était trop restreint et a relevé qu'aucun des articles n'était vendu au même prix par la totalité des commerçants de l'échantillon. D'une manière générale, la comparaison entre les prix conseillés et les prix effectivement pratiqués par les distributeurs faisait apparaître que les prix, produit par produit, étaient tantôt identiques et tantôt différents des prix conseillés : il n'était donc pas établi que la volonté du fournisseur de voir les distributeurs respecter sa politique de prix fût respectée par eux, ce qui ne permettait pas de démontrer qu'il y aurait eu un accord de volonté entre plusieurs entreprises pour pratiquer une politique de prix uniformes. Dans sa décision n° 99-D-18, le Conseil a donc considéré qu'aucune entente n'était caractérisée. Cette affaire, ainsi qu'une décision n° 99-D-19 rendue le même jour à propos du même secteur, illustre le soin avec lequel le Conseil distingue, dans les relations verticales,

les actions unilatérales imputables au seul fournisseur des ententes, traduisant un accord de volonté entre celui-ci et l'un au moins des distributeurs.

La décision n° 99-D-32 relative à des pratiques de la société Exacompta (articles de papeterie) comporte une prise de position importante au sujet de la politique commerciale qui peut être pratiquée dans un réseau. Dans le département de la Seine-Maritime, la société Exacompta avait décidé de commercialiser ses produits, qui sont vendus au public par des papetiers, à travers deux filières : un service d'approvisionnement lui appartenant en propre et un grossiste. Un grief d'entente avait été notifié à cette société et à ce grossiste pour pratique de prix coordonnés (les prix de la société Exacompta étant inférieurs à ceux du grossiste) et répartition de marché, le grossiste effectuant plus volontiers les commandes d'importance modeste. Le Conseil a estimé qu'un tel système était licite : d'une part, un fournisseur peut librement décider de partager l'approvisionnement des détaillants entre ses propres services et un grossiste ; d'autre part, le grossiste rendant un service différent, avec des livraisons plus fréquentes, la différence de prix observée était explicable.

Dans la décision n° 99-D-85 relative à des pratiques de la société Télévision Française 1 (TF1) dans le secteur de la production, de l'édition et de la publicité des vidéogrammes, le Conseil a été conduit à qualifier d'entente prohibée par l'article 7 de l'ordonnance une clause anticoncurrentielle d'un contrat de financement d'une œuvre audiovisuelle liant TF1 à un producteur alors pourtant que le producteur se trouvait dans l'obligation d'accepter cette clause compte tenu du rôle de premier plan joué par cette société de télévision. Il convient cependant de noter que le grief n'avait été notifié qu'à TF1 et que seule cette dernière a été condamnée. Dans cette affaire, par ailleurs, le contenu de la clause litigieuse peut également retenir l'attention : elle oblige le producteur à confier, dès la signature du contrat de coproduction, l'édition de son œuvre sous forme de vidéogramme (cassette vidéo) à l'une des filiales de la société TF1. Le producteur ne reçoit pour autant aucune assurance de l'exploitation effective de son œuvre sous forme de vidéogramme ; quant aux autres éditeurs, concurrents de la filiale de TF1, ils se trouvent empêchés d'accéder au marché correspondant.

Chapitre III

Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels

L'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prohibe, lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, " l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises " :

- " 1. D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci " ;
- " 2. De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente ".

A. - Les abus de position dominante

L'application des dispositions du 1. de l'article 8 de l'ordonnance implique tout d'abord de définir le marché de référence, ensuite d'évaluer la position qu'occupe sur ce marché l'entreprise ou le groupe d'entreprises dont les pratiques ont été dénoncées et, enfin, au cas où la position dominante est caractérisée, d'examiner ces pratiques en vue de déterminer si elles présentent un caractère abusif et anticoncurrentiel.

Au cours de l'année 1999, le Conseil a pris sept décisions de fond concernant l'application de ces dispositions.

1. Définition du marché

Les rapports précédents ont fait le point sur les principes et les méthodes d'analyse qu'utilise le Conseil pour déterminer le marché pertinent.

Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chacun de ces derniers est soumis à la concurrence par les prix des autres offreurs. A l'inverse, un offreur sur un marché n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent

arbitrer pour satisfaire une même demande. Parmi les éléments à prendre en compte pour définir les contours d'un marché pertinent, il y a lieu, notamment, de retenir la nature de la prestation, l'environnement juridique, les conditions techniques d'utilisation, le coût d'usage ou de mise à disposition et la stratégie des offreurs, ainsi que la qualité des demandeurs.

Dans le dossier relatif aux pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France (décision n° 99-D-14), la question de la définition du marché s'est posée à deux niveaux : celui de la diffusion des chaînes généralistes et celui des prestations effectuées à la demande des collectivités pour la diffusion de ces chaînes.

En ce qui concerne la diffusion des chaînes généralistes, la définition des marchés pertinents a été effectuée par étapes successives. Le Conseil a d'abord noté l'existence de différentes techniques de diffusion des chaînes de télévision : par réseau câblé, par satellite ou par voie hertzienne. Il a ensuite pris en compte les spécificités des modes d'exploitation commerciale des différentes chaînes de télévision pour procéder à une première distinction entre chaînes généralistes, d'une part, et chaînes thématiques et bouquets de chaînes à péage, d'autre part. La constatation que le réseau câblé ainsi que la diffusion par satellite ne permettaient pas, en l'état actuel de l'équipement des foyers, de répondre à la demande de diffusion nationale des chaînes de télévision généralistes, a permis de conclure à l'absence de substituabilité entre les techniques de diffusion par câble et par satellite et la technique de diffusion par voie hertzienne pour les chaînes généralistes. Enfin, l'existence d'un critère légal, à savoir la loi du 30 septembre 1986, qui a autorisé les chaînes privées à s'adresser au diffuseur de leur choix alors que les chaînes publiques sont tenues de s'adresser à TDF, a conduit le Conseil à procéder à une dernière distinction entre les chaînes publiques et les chaînes privées. C'est sur la base de ces différents critères que le Conseil a conclu à l'existence d'un marché de la diffusion hertzienne des chaînes nationales publiques généralistes et d'un marché de la diffusion hertzienne des chaînes nationales privées généralistes.

Examinant ensuite les conditions dans lesquelles se confrontaient l'offre et la demande de prestations réalisées à la demande de collectivités locales pour la diffusion des chaînes nationales, le Conseil a observé que les chaînes nationales généralistes privées, dans une " logique d'entreprise privée ", ne souhaitaient pas procéder à l'investissement supplémentaire nécessaire pour étendre leur couverture de diffusion au-delà d'un certain seuil. Il peut arriver en outre que certaines zones du territoire ne soient pas couvertes par le réseau hertzien de la société TDF, ce qui rend impossible la diffusion des chaînes publiques. Confrontées à l'existence de zones d'ombre, certaines collectivités territoriales expriment alors une demande de diffusion dans les zones qui ne sont pas couvertes par les chaînes.

Pour satisfaire cette demande, certaines collectivités territoriales acceptent de prendre en charge tout ou partie du coût d'installation des équipements nécessaires à la diffusion et font appel à la société TDF pour organiser une consultation des fournisseurs de matériel de réémission. Pour cette mission, dite d' " ingénierie ", la société TDF, qui ne fournit pas de matériel de réémission, perçoit une rémunération de maîtrise d'œuvre. Une fois le fournisseur du matériel retenu, il appartient à la collectivité territoriale de rechercher un prestataire de services, qui sera chargé de l'installation et de la maintenance du matériel. Face à cette demande des collectivités locales existent trois catégories d'offres : une offre de services de maîtrise d'œuvre, une offre de fourniture de matériels de réémission et une offre d'installation et de maintenance de matériel de réémission. Le Conseil en a déduit l'existence de trois marchés distincts, correspondant au croisement de la demande des collectivités locales avec chacune de ces catégories d'offres.

Un second dossier concernant le secteur de l'audiovisuel mettait en cause les pratiques de la société Télévision Française (TF1) dans le secteur de la production de l'édition et de la publicité des vidéogrammes (décision n° 99-D-85).

Le Conseil s'est référé à sa décision n° 96-D-44 du 18 juin 1996 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la publicité, dans laquelle il avait indiqué que chaque média possède des qualités propres de nature à le rendre imparfaitement substituable à un autre média pour un annonceur désireux de procéder à une campagne publicitaire, soit que cet annonceur décide d'investir son budget sur un seul média, soit qu'au contraire il décide de le répartir entre différents médias pour moduler son message et diversifier ou élargir ses cibles. Au cas d'espèce, la demande de publicité télévisée émanait des éditeurs de vidéogrammes.

La société TF1 soutenait, d'une part, que le marché à prendre en considération est non pas celui de la publicité télévisée mais celui de la publicité tous médias et tous supports confondus et, d'autre part, que la demande à retenir est celle de l'ensemble des annonceurs et non celle des éditeurs de vidéogrammes. A l'appui de son raisonnement, elle a versé au dossier les résultats d'une étude économétrique démontrant, au vu des résultats de tests d'élasticité croisée effectués pour la période courant de 1993 à 1996, que les espaces publicitaires entre différents médias seraient substituables.

Le Conseil a réfuté cet argument en rappelant qu'une concurrence partielle ne suffit pas à établir en soi l'existence d'un seul et unique marché, en raison notamment des caractéristiques propres à

chaque média, comme il l'avait précisé dans sa décision n° 96-D-44 susvisée, et des différences de prix existant entre les espaces publicitaires disponibles sur chacun des médias. En outre, l'offre d'espaces publicitaires à la télévision se caractérise par l'existence d'un régime dérogatoire réservé aux seuls éditeurs de vidéogrammes et de disques audio consistant en une rémunération proportionnelle aux ventes avec versement d'une somme garantie. Ainsi, à la différence des autres prestataires de services, les éditeurs de disques vidéo et audio peuvent choisir entre les publicités "classiques", le système de "floating", et les publicités payées "au rendement".

Les caractéristiques des investissements publicitaires effectués par les éditeurs de vidéogrammes ont également conduit à leur reconnaître une spécificité. Ainsi, les investissements publicitaires multimédia effectués par les éditeurs de vidéogrammes ont progressé de plus de 57 % entre 1994 et 1996, alors que, dans le même temps, les investissements multimédia effectués par l'ensemble des annonceurs n'ont progressé que de 14,2 %. Au cours de la même période, environ 80 % des investissements publicitaires réalisés par les éditeurs vidéo l'ont été dans la télévision, alors que les investissements multimédia (radio, télévision, presse écrite) effectués par l'ensemble des annonceurs se sont répartis entre la télévision (40 % environ), la presse écrite (46 % environ) et la radio (14 % environ).

L'analyse du Conseil a également reposé sur les écarts entre les prix payés par les éditeurs vidéo pour l'achat d'espaces publicitaires et ceux payés par l'ensemble des annonceurs : au cours de la période 1994-96, les prix payés par les éditeurs vidéo étaient inférieurs, de 26 à 43 % pour la télévision et de 23 à 27 % pour la radio, à ceux payés par l'ensemble des annonceurs. Ces écarts de prix illustrent le régime de prix favorable accordé au secteur de l'édition des vidéogrammes et des disques audio. A l'inverse, dans le domaine de la presse écrite, les prix payés par les éditeurs vidéo étaient supérieurs de 14 à 18 % à ceux payés par l'ensemble des annonceurs, cet écart pouvant s'expliquer par le coût plus élevé des supports retenus par les annonceurs vidéo.

Enfin, le Conseil s'est interrogé sur la valeur de l'étude économétrique produite par la société TF1. Il a estimé que les données utilisées ne constituaient pas une base statistique suffisante pour en déduire des résultats probants et qu'elle présentait des inexactitudes méthodologiques en ce qu'elle mesurait les élasticités croisées entre les montants des investissements et les prix unitaires des espaces publicitaires, alors qu'il convenait d'étudier des élasticités croisées entre les volumes d'espaces publicitaires et leurs prix unitaires, en s'assurant au préalable que les évolutions constatées ne pourraient s'expliquer par aucun autre facteur.

Sur la base de ces différents éléments, le Conseil a conclu qu'il existait un marché spécifique de la publicité télévisée pour les vidéogrammes. Compte tenu de l'existence de barrières naturelles à l'entrée dans la télévision hertzienne, qui occupe une place prépondérante en France, ainsi que de l'importance de la langue et des préférences des consommateurs, ce marché revêt une dimension nationale. Le Conseil a également retenu dans ce dossier deux autres marchés : celui de la gestion de droits d'œuvres audiovisuelles et celui de l'édition des vidéogrammes.

Dans l'affaire relative aux implants intra-oculaires et aux substances visco-élastiques (décision n° 99-D-20), la société Pharmacia & Upjohn soutenait que la substance visco-élastique est inséparable de l'implant et que leur association constitue un produit nouveau destiné à une nouvelle discipline, l'opération de la cataracte par le biais de la viscochirurgie. Elle prétendait également qu'il fallait distinguer selon le statut public ou privé des établissements hospitaliers demandeurs, les modalités d'achat, le niveau de prix ainsi que la gamme de produits susceptibles d'être utilisés, permettant de définir deux marchés distincts.

Le Conseil n'a pas retenu cette argumentation. Sur le premier point, il a constaté que, pendant la période examinée, il n'existait pas d'autres produits qui puissent se substituer aux substances visco-élastiques et que des substances visco-élastiques avaient été commercialisées indépendamment des implants : il a conclu à l'existence de deux marchés distincts, celui des implants et celui des substances visco-élastiques.

Sur le second point, le Conseil a précisé qu'il ne pouvait être affirmé qu'il existait deux marchés de la vente des substances visco-élastiques, selon qu'elle concernait le secteur public ou le secteur hospitalier privé ; en effet, si les modalités d'achat, les gammes de produits et les niveaux de prix pratiqués diffèrent selon que les demandeurs appartiennent au secteur public ou au secteur privé, il n'en demeure pas moins que les produits concernés et leur utilisation sont identiques dans les deux secteurs, que les offreurs sont les mêmes et qu'ils n'utilisent pas des méthodes de commercialisation différentes. De même, les différences de prix constatées pour un même produit entre les ventes au secteur public et les ventes au secteur privé s'expliquent principalement par le fait que les quantités achetées par les hôpitaux publics sont plus importantes que celles achetées par les établissements du secteur privé.

Dans sa décision relative à la distribution de certains articles de papeterie (décision n° 99-D-32), le Conseil a été conduit à définir le marché pertinent dans un secteur caractérisé par la diversité des filières et des produits. Les produits de papeterie peuvent être en effet classés en huit "familles" qui

groupent des gammes de produits variés utilisés pour l'équipement de bureau, les activités scolaires ou de loisirs.

Après avoir observé, d'une façon générale, que les produits composant les " familles " de " la filière papeterie en France ", même s'ils correspondent à des utilisations voisines, ne sont pas complètement substituables entre eux et que l'offre des fabricants est segmentée par familles de produits, le Conseil a centré son analyse, compte tenu du champ de la saisine, sur la famille des " façonnés " qui regroupe des produits tels que les blocs de correspondance, les enveloppes, cahiers, carnets, registres, piquûres comptables, agendas...

La délimitation du marché pertinent a reposé essentiellement sur le comportement de l'utilisateur final. Ainsi, au sein de la famille des façonnés, l'utilisateur final distingue plusieurs produits non substituables entre eux, qui constituent des marchés pertinents au sens du droit de la concurrence : enveloppes, cahiers, registres, agendas, etc. Certains façonnés ont cependant des substituts à l'extérieur de leur propre famille de produits. Tel est le cas des registres, dans la mesure où la consignation d'une information légalement élaborée et conservée peut être assurée par d'autres moyens que les supports papiers. L'utilisateur potentiel d'un registre peut parfois, en effet, être placé en situation de choix entre un support papier ou un support informatique, certains logiciels étant légalement substituables aux registres traditionnels. La substituabilité entre registres et logiciels est cependant imparfaite, en raison de la différence importante de prix, du caractère quasiment irréversible de la décision d'investir dans un logiciel (et un ordinateur), et du fait que la tenue des registres papiers reste, dans certains cas, obligatoire. Sur la base de ces éléments, le Conseil a conclu à l'existence d'un marché des " registres et piquûres ".

L'affaire concernant le secteur du jouet (décision n° 99-D -45) a donné lieu à un débat sur la méthodologie d'analyse du marché pertinent.

La société Mattel, qui fabrique la poupée Barbie, contestait la méthode d'analyse qui avait conduit le rapporteur à constater l'existence d'un marché de la poupée-mannequin. Elle soutenait, en particulier, qu'il n'existe pas de marché distinct des poupées-mannequins mais un marché englobant au moins les poupées-mannequins, les poupées-poupons, les jeux artistiques et les peluches. Elle fondait son affirmation sur une étude économétrique réalisée à sa demande, en soulignant que les tests d'élasticité croisée sont la seule méthode pertinente pour délimiter un marché.

Le Conseil a rappelé, à cette occasion, que la délimitation des contours du marché doit être opérée en examinant successivement et, en cas de contradiction, en combinant les différents indices réunis au cours de l'instruction. Il en résulte qu'un test d'élasticité croisée, comme celui présenté par la société Mattel, peut être pris en compte mais d'une façon non exclusive, dès lors que figurent au dossier d'autres éléments d'appréciation.

Ces principes posés, le Conseil a examiné les différents critères susceptibles de concourir à la délimitation du marché.

Il a retenu en premier lieu les caractéristiques propres du produit, en particulier l'allure typique des poupées-mannequins comparées aux autres jouets anthropomorphes. A ensuite été pris en compte l'écart entre le niveau de prix moyen des poupées-mannequins et celui des poupées-poupons calculé à partir des relevés Nielsen. Le Conseil s'est également appuyé sur des études de comportement de l'enfant qui font apparaître que les poupées-mannequins et les poupées-poupons ne sont pas porteuses des mêmes potentialités ludiques et psychologiques, car elles ne mobilisent pas chez l'enfant les mêmes facultés imaginatives.

La société Mattel avait certes contesté la prise en compte d'études d'ordre sociologique et psychologique pour définir le marché pertinent. Elle estimait, en effet, que l'observation selon laquelle le comportement de l'enfant est différent avec une poupée-poupon et avec une poupée-mannequin ne change rien au fait que ces deux catégories de jouets répondent pour l'utilisateur, l'enfant, à un seul et même besoin : celui de jouer. Elle soutenait également que l'analyse de la demande ne peut se limiter à celle exprimée par le prescripteur (l'enfant), demande qui peut présenter une distorsion avec le comportement effectif d'achat des adultes.

En réponse à ces deux arguments, le Conseil a rappelé en premier lieu la communication du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en droit communautaire de la concurrence dans laquelle la Commission a précisé que les éléments retenus peuvent être variables selon les cas d'espèce et que leur caractère déterminant doit être apprécié en fonction des caractéristiques et spécificités du secteur et des produits considérés. En l'espèce, il a estimé qu'il convenait de tenir compte de la complexité de l'activité ludique des enfants et de ce que les habitudes de jeux sont le reflet des motifs distincts qui les poussent à désirer et à faire acheter un jouet plutôt qu'un autre. Les éléments psychologiques n'ont pas à être écartés a priori et doivent être analysés conjointement avec les autres éléments du dossier.

Il a observé, en second lieu, que le parallélisme établi par la société Mattel entre la relation malade/médecin, pour le médicament, et la relation enfant/parents, pour le jouet, devait être relativisé en raison de la nature même des produits et de leur finalité. En effet, le malade, bien qu'utilisateur

final, n'est à aucun moment celui qui a la faculté de décider du médicament qui doit lui être prescrit, la prescription adaptée dépendant d'une compétence spécifique détenue par le médecin. La situation est différente pour l'enfant qui, sans être le " payeur ", choisit néanmoins lui-même souvent ou emporte la décision de l'acheteur dans le sens qu'il désire. D'ailleurs, l'instruction a montré que la stratégie marketing de la société Mattel est orientée en direction des fillettes.

Après avoir rappelé, au début de son développement, sa position de principe sur la place d'un test d'élasticité croisée dans la méthodologie d'analyse du marché et après avoir examiné les éléments d'appréciation d'ordre technique, économique et comportemental, le Conseil a commenté au fond les résultats de l'étude économétrique produits par la société Mattel.

En particulier, selon cette étude, les ventes baisseraient de 15,4 % si le prix des poupées Barbie augmentait de 10 % et une hausse de 5 % des prix des poupées Barbie aboutirait à une baisse des bénéfices de la société Mattel.

Le Conseil a observé que ces constatations sont insuffisantes en elles-mêmes pour définir les contours du marché dans la mesure où elles pourraient être cohérentes tant avec une situation dans laquelle les poupées Barbie seraient en concurrence avec d'autres poupées ou jeux (thèse de la société Mattel) qu'avec une situation dans laquelle la société Mattel disposerait d'un monopole, les poupées Barbie constituant alors un produit insubstituable à toute autre poupée ou jeu. Dans ce dernier cas, en effet, et si la société Mattel pratiquait un prix maximisant ses profits, toute augmentation de ce prix entraînerait nécessairement une baisse de son profit. En outre, un monopole a toujours intérêt à fixer son prix à un niveau tel que, pour ce prix, l'élasticité du prix de la demande pour son produit est supérieure à 1 en valeur absolue.

Sur la base de tous ces éléments, le Conseil a retenu un marché des poupées-mannequins.

Dans la décision relative aux applications thermiques de l'énergie (décision n° 99-D-51), la question s'est posée de la définition matérielle et de la définition géographique des marchés.

Sur le plan matériel, l'analyse du Conseil a reposé sur la description du processus qui caractérise la demande de chaleur et la demande de froid.

Ce processus fait appel à la fois à une fourniture d'énergie et au choix d'un système technique spécifique dont la combinaison produit la chaleur ou le froid demandés. Dans ce cadre particulier, la rencontre entre l'offre et la demande prend d'abord la forme du choix, opéré par le demandeur, entre plusieurs options technologiques qui déterminent de façon plus ou moins rigide le type d'énergie qui sera ensuite utilisé. C'est au stade du choix des équipements que se prend la décision essentielle et que joue la concurrence entre les différentes énergies disponibles. A ce stade du raisonnement, le Conseil a déduit que la fourniture d'énergie correspond à une demande spécifique faisant l'objet d'un marché et qu'il existe un marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage des bâtiments et un marché de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation des bâtiments.

Une fois le choix de ses équipements de chauffage et de climatisation effectué, le consommateur ne peut, en général, les alimenter que par une seule source d'énergie. Si la dépendance du consommateur vis-à-vis de la source d'énergie adéquate à son équipement n'est pas absolue puisqu'un nouvel investissement est presque toujours susceptible de permettre le passage à une énergie de substitution, le coût de cette opération interdit au consommateur d'effectuer un arbitrage permanent entre les différentes sources d'énergie. Ainsi, dans la pratique, les consommateurs qui ont fait le choix d'équipements de chauffage ou de climatisation fonctionnant à l'électricité ne peuvent s'adresser pour leur demande quotidienne d'énergie qu'au marché de l'électricité. De la même façon, les consommateurs qui ont fait le choix de chaudières thermiques fonctionnant au gaz ne peuvent adresser leur demande qu'à des offreurs de gaz.

Sur la base de ces considérations, le Conseil a décidé que les marchés pertinents à retenir sont, d'une part, les marchés de fourniture de l'énergie destinés à assurer le chauffage et de fourniture de l'énergie destinée à assurer la climatisation, marchés qui se caractérisent par une rencontre de l'offre et de la demande opérée au stade du choix de l'équipement, et, d'autre part, les marchés du gaz et de l'électricité, marchés caractérisés par une rencontre de l'offre et de la demande au stade de l'expression des besoins quotidiens de chaud ou de froid.

En ce qui concerne la délimitation géographique, EDF et GDF soutenaient que les contraintes juridiques affectant les activités en cause, et spécialement l'existence de concessions, conduisaient en l'espèce à retenir l'existence d'un marché parisien, voire celle d'un marché délimité par la zone de concession attribuée à la société Climespace, pour la demande de froid, et par la zone de concession de la CPCU, pour la demande de chaleur.

Le Conseil a observé qu'aucun monopole obligeant l'utilisateur potentiel à recourir aux seuls services du concessionnaire n'était établi en faveur d'opérateurs tels que Climespace ou la CPCU dans leur zone de concession. De plus, les opérateurs de réseaux de chaleur ou de froid sont des entreprises de dimension nationale, voire internationale. Le fait qu'ils soient présents sur une zone géographique déterminée ne permet pas de restreindre le marché à cette zone, alors que ces opérateurs ne font que fournir une offre supplémentaire pour le consommateur, venant s'ajouter à

celle émanant d'opérateurs tels qu'EDF et GDF qui, pour leur part, sont présents sur tout le territoire national. Pour ces différentes raisons, le Conseil a conclu que les marchés concernés présentaient une dimension nationale.

Saisi par une société d'économie mixte locale (décision n° 99-D-59) qui dispose du monopole de la distribution d'électricité sur le territoire de la commune de Lannemezan et qui se plaignait du refus opposé par EDF de signer un contrat d'achat de l'électricité avec un producteur situé sur le territoire de la commune, le Conseil s'est référé, pour délimiter le marché, aux dispositions légales en vigueur au moment des faits. Dans le cadre juridique défini par les articles 8 et 23 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, le Conseil a estimé que le marché pertinent avait une dimension locale correspondant au territoire de la commune.

2. Définition de la position dominante

Ayant délimité les contours du ou des marchés pertinents, le Conseil examine si une entreprise ou un groupe d'entreprises détient une position dominante sur ce ou ces marchés. En d'autres termes, il recherche si une entreprise est en position de s'abstraire de la concurrence d'autres entreprises présentes sur le même marché. Ce faisant, il adopte une analyse conforme à la jurisprudence dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes, qui a considéré que " la position dominante visée par l'article 82 concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs ".

La détention d'une importante part du marché, qui est souvent caractéristique de l'existence d'une position dominante, ne constitue cependant pas un indice suffisant pour conclure à l'existence d'une position dominante ; d'autres éléments, tels que la part relative des autres intervenants sur le marché, le fait que l'entreprise en cause appartient ou non à un groupe d'entreprises puissant, le statut de cette entreprise, le fait qu'elle a ou non un accès préférentiel à certaines matières premières ou sources de financement, ainsi que l'existence et la nature des barrières à l'entrée sur le marché, doivent également être pris en compte.

Dans le cas où un opérateur détient la totalité ou la quasi-totalité du marché, ce seul fait suffit à établir qu'il détient une position dominante au sens de l'article 8 de l'ordonnance. Ainsi la part des ventes réalisées par la société Exacompta (décision n° 99-D-32) sur le marché des registres et piquûres - qui était évaluée à 89 % - a été le seul critère à partir duquel a été établie la position dominante.

Dans le dossier concernant la société Télédiffusion de France (TDF) (décision n° 99-D-14), la position dominante de TDF a été définie en prenant en compte le monopole légal de la diffusion et de la transmission que détient la société, le fait qu'elle exploitait environ 99 % des fréquences autorisées par le CSA, ainsi que la situation de dépendance dans laquelle se trouve une chaîne nationale émettant en hertzien vis-à-vis de son fournisseur exclusif de moyens techniques de diffusion.

Sur le marché de la maîtrise d'œuvre, le Conseil a également considéré que la société TDF détenait une position dominante. Il s'est fondé sur le prestige attaché à l'antériorité de la société, à sa mission de service public ainsi qu'à la détention de nombreuses infrastructures nécessaires à la diffusion. Il a également pris en compte la circonstance que la société TDF est la seule entreprise, sur le plan national, à être en mesure d'offrir aux collectivités territoriales une prestation complète comprenant la maîtrise d'œuvre ainsi que l'installation et la maintenance du matériel nécessaire à la réémission des émissions de télévision et qu'elle dispose de laboratoires de recherche et de bureaux d'étude et d'ingénierie. En revanche, sur le marché de l'installation et de la maintenance des matériels de diffusion à la demande des collectivités territoriales, il a estimé que la société TDF se trouvait en concurrence avec divers opérateurs, dont la partie saisissante.

Dans le dossier relatif à TF 1 (décision n° 99-D-85), le Conseil a considéré que l'autorisation d'utilisation des fréquences hertziennes dont bénéficie la chaîne constitue un " droit spécial " au sens de l'article 90 du traité de Rome. Prenant en compte l'existence d'une part de marché supérieure à 60 % pendant la période examinée et la détention de ce " droit spécial ", le Conseil a estimé que TF 1 se trouvait en position dominante sur le marché de la publicité télévisée pour les vidéogrammes. En revanche, sur les marchés de la gestion de droits d'œuvres audiovisuelles et de l'édition des vidéogrammes, les parts de marché de TF 1 (37 % et 10 %) ne permettaient pas d'établir l'existence d'une position dominante.

L'affaire relative aux applications thermiques de l'énergie (décision n° 99-D-51) a donné lieu à des contestations portant sur l'assimilation entre monopole légal et position dominante ainsi que sur le lien entre le marché dominé et celui sur lequel les pratiques ont été relevées. A l'occasion de l'examen de la position détenue par EDF et GDF sur les marchés de l'électricité et du gaz, ces deux opérateurs ont contesté l'assimilation entre monopole légal et position dominante, le fait pour un opérateur de

détenir le monopole légal sur une activité ne lui conférant pas automatiquement une position dominante sur un marché économiquement pertinent.

En réponse à cet argument, le Conseil a fait valoir que, lorsqu'une entreprise bénéficie du monopole légal d'une activité et que celle-ci se confond avec la production d'un bien ou d'un service alimentant quasiment à lui seul un marché, il est légitime de déduire de ce seul monopole l'existence d'une position dominante puisque, d'une part, l'entreprise n'a pas de concurrent de fait sur le marché et que, d'autre part, la protection légale du monopole la met à l'abri de toute concurrence potentielle. Pour cette raison, il ne peut être contesté que EDF et GDF détiennent une position dominante respectivement sur le marché de l'électricité et sur celui du gaz.

Le Conseil a ensuite examiné la position détenue par chacun de ces deux opérateurs sur les marchés de la fourniture d'énergie destinée au chauffage des bâtiments et sur celui de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation des bâtiments. Il a constaté que l'électricité produite et distribuée par EDF représentait 42 % de l'énergie utilisée pour le chauffage dans le secteur résidentiel et 61 % dans le secteur tertiaire. En dehors de GDF, opérateur unique de dimension nationale pour la fourniture de gaz qui, selon les mêmes chiffres, représentait 19,5 % de l'énergie consommée pour la fonction chauffage en secteur résidentiel et 18,5 % dans le secteur tertiaire, les autres énergies étaient distribuées par des opérateurs nombreux, adossés pour certains à des groupes nationaux (en matière de distribution de fioul) mais qui, pour la plupart, étaient des opérateurs locaux de petite taille. De plus, si les réseaux de vapeur les plus importants appartenaient à des entreprises de taille nationale, cette forme d'énergie ne représentait, au moment des faits, que 3,6 % de la fourniture de chaleur sur l'ensemble du territoire. Ont été également prises en compte les caractéristiques propres à la situation d'EDF : son caractère de monopole public, sa notoriété, son image de " prescripteur " et sa puissance financière. C'est l'ensemble de ces éléments qui a caractérisé la position dominante d'EDF sur le marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage.

Sur le marché de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation, l'électricité produite et distribuée par EDF était à la date des faits la seule énergie utilisée pour fabriquer du froid, y compris par les centrales de froid alimentant les réseaux d'eau glacée. L'objection d'EDF relative au caractère naissant du marché en cause n'est pas apparue pertinente, l'appréciation de la position d'un opérateur sur un marché devant être effectuée à partir d'une observation quantitative des parts de marché détenues au moment des pratiques relevées. De la même façon que pour le marché précédent, les caractéristiques propres à la situation d'EDF, et notamment son caractère de monopole public, sa notoriété, son image de " prescripteur ", sa puissance financière, ont été considérées comme renforçant la position que cette entreprise détient sur le marché de l'énergie destinée à la climatisation.

C'est pour GDF que s'est posée la question du lien entre le marché dominé et les marchés sur lesquels les pratiques ont été relevées. En effet, pour EDF, cette question ne présente pas d'intérêt puisque EDF dispose d'une position dominante non seulement sur le marché de l'électricité mais aussi sur les deux marchés nationaux sur lesquels ont été relevées les pratiques discutées.

Le Conseil a rappelé que l'abus de position dominante peut être sanctionné lorsqu'il est commis sur un marché distinct de celui sur lequel l'entreprise en cause détient une position dominante lorsqu'un lien de connexité suffisant entre les deux marchés peut être établi et à condition qu'il existe un rapport de causalité entre la domination de l'un des marchés et les pratiques relevées sur l'autre.

Dans le cas d'espèce, l'image de service public et la puissance, consubstantielle au caractère de monopole public national, dont dispose GDF, se sont avérées de nature à favoriser le choix de cette entreprise comme cocontractante par les utilisateurs. Les pratiques relevées ont pris appui sur l'ensemble des moyens tant matériels qu'immatériels dont GDF dispose du fait de sa situation d'établissement public, titulaire d'un monopole, et du fait de sa position dominante sur le marché. Ces constatations montrent bien qu'il existe un lien entre le marché dominé et le marché sur lequel ont été relevées les pratiques litigieuses.

Sur le marché en cause, le Conseil a également relevé que GDF disposait, à défaut d'une position dominante, d'une position prééminente sur le marché de l'énergie destinée au chauffage, immédiatement connexe du marché du gaz, en soulignant que, dans l'arrêt du 14 novembre 1996 (Tetra Pak), la " position prééminente " d'un opérateur sur un marché " étroitement connexe " de celui sur lequel il détenait une position quasi-monopolistique a conduit la CJCE à confirmer l'applicabilité de l'article 82 du traité.

Dans le second dossier mettant en cause EDF, affaire relative à une saisine de la société anonyme d'économie mixte locale Energie Services Lannemezan (décision n° 99-D-59), la question de la position dominante de l'opérateur public n'a pas donné lieu à débat.

Sur le marché de la poupée mannequin (décision n° 99-D-45), la position dominante de la société Mattel a été déterminée à partir de plusieurs éléments : sa part de marché, supérieure à 80 %, sa stratégie commerciale spécifique qui faisait de la poupée Barbie un produit d'une très forte notoriété et considéré comme incontournable par les distributeurs, l'importance de son budget de communication.

Le Conseil a également retenu l'appartenance de la société Mattel France à un groupe puissant, premier fabricant mondial de jouets, et le fait que les poupées-mannequins concurrentes de la poupée Barbie sont très loin de bénéficier de la même notoriété, aucune ne détenant d'ailleurs plus de 6 % de part de marché.

Dans sa décision relative aux implants intraoculaires et aux substances viscoélastiques (décision n° 99-D-20), le Conseil a estimé que les éléments constitutifs d'une position dominante n'étaient pas réunis. Il a d'abord constaté que sur la période à prendre en considération la part de marché de la société Pharmacia & Upjohn, seule présente sur le marché jusqu'en 1988, s'était effritée et que, parallèlement, le nombre de nouveaux concurrents avait augmenté. Il a ensuite observé l'évolution des prix de vente des substances viscoélastiques. Après avoir fortement augmenté jusqu'au début de l'année 1991, les prix de vente du produit distribué par la société Pharmacia & Upjohn se sont ensuite stabilisés. La même évolution a été enregistrée pour les prix des produits des deux principaux concurrents. Cette hausse de prix a pu s'expliquer par la pression croissante de la demande pour un produit particulièrement innovant et permettant une amélioration considérable des conditions d'opération de la cataracte. Le quasi-alignement des prix de vente des substances viscoélastiques qui s'est manifesté à partir de 1991 démontrait que la société Pharmacia & Upjohn n'était pas en mesure de déterminer une politique de prix indépendante de celle suivie par ses concurrents.

3. Abus de position dominante anticoncurrentiels

Dans les affaires relatives à l'application de l'article 8 de l'ordonnance, le Conseil a été conduit à dire si les entreprises en cause avaient utilisé la position dominante qu'elles détenaient pour chercher par des pratiques abusives à éliminer un concurrent ou à empêcher l'entrée sur le marché d'une nouvelle entreprise.

Dans deux des dossiers examinés en 1999, le Conseil a estimé que les conditions d'application de l'article 8 n'étaient pas réunies.

Dans le premier d'entre eux, était en cause le régime de remises de fin d'année à usage des seuls détaillants, mis en place par la société Exacompta (décision n° 99-D-32) et qui excluait de son bénéfice les grossistes qui étaient pourtant habituellement soumis aux mêmes conditions tarifaires que les détaillants.

Le Conseil a rappelé que le fait, pour un fournisseur, d'accorder des remises qualitatives différenciées en fonction des stades de distribution et des services rendus à chacun de ces stades n'est pas en soi anticoncurrentiel, si les conditions d'obtention de ces remises n'excluent pas des entreprises qui seraient prêtes à fournir les services requis, si elles sont définies de façon objective, appliquées de façon non discriminatoire et n'ont pas pour objet ou pour effet de limiter la liberté des commerçants de déterminer de façon autonome leur politique de prix de vente.

Dans le cas examiné, les remises de fin d'année étaient la contrepartie d'un service spécifique rendu par les détaillants à leur fournisseur en présentant à la vente une gamme élargie de produits Exacompta, les grossistes devant au contraire, de par leur fonction même, pouvoir offrir aux détaillants un grand nombre de références autres qu'Exacompta. Les remises quantitatives et qualitatives consenties aux grossistes ne bénéficiaient pas de manière significative aux détaillants, compte tenu de leurs volumes de vente. Dès lors, l'octroi à ces derniers de remises de fin d'année en fonction de la diversification des gammes de produits offerts à la vente constituait un outil de promotion des ventes adapté à leur statut. Enfin, les conditions d'attribution de ces remises étaient définies de façon objective et aucun élément du dossier ne permettait de penser qu'elles avaient été appliquées de façon discriminatoire ou qu'elles avaient limité la liberté des détaillants d'établir leur politique commerciale de façon autonome.

Dans le second dossier, la société anonyme d'économie mixte locale Energies Service Lannemezan (décision n° 99-D-59) soutenait qu'EDF avait abusé de sa position dominante en refusant de signer un contrat d'achat avec la société Energies Service Pyrénées, filiale de la société d'économie mixte Energie Service Lannemezan, chargée de la distribution locale de l'électricité, et qui envisageait de construire une centrale de production d'électricité sur le territoire de la commune.

Le Conseil a d'abord rappelé qu'en vertu de la réglementation en vigueur à l'époque des faits EDF n'était pas tenue de signer le contrat d'achat proposé, cette obligation incombant à la société Energies Service Lannemezan qui dispose du monopole de la distribution d'électricité sur le territoire de la commune. Malgré cette absence d'obligation légale, le Conseil a néanmoins recherché si le refus d'EDF n'avait pas affecté la capacité de la société d'économie mixte à produire de l'électricité de pointe dans des conditions économiques plus rentables. En effet, les entreprises autorisées à produire de l'électricité par les dispositions de la loi du 8 avril 1946, à défaut de pouvoir faire jouer la concurrence par les prix - réglementés par les pouvoirs publics - auprès des utilisateurs, doivent pouvoir exercer une concurrence sur le plan technologique, contribuant ainsi à améliorer la compétitivité des installations de production d'électricité, laquelle est susceptible de se répercuter, à

terme, dans les structures tarifaires et de conduire à une diminution des prix, bénéfique pour les utilisateurs.

Dans le cas d'espèce, l'attitude d'EDF n'avait pas affecté la capacité de la société Energies Service Lannemezan à produire de l'électricité de pointe dans des conditions économiques plus rentables. En effet, l'installation en 1991 de groupes électrogènes, assortie de la signature d'un contrat d'achat des surplus par EDF, lui avait permis de produire l'électricité de pointe à des conditions économiques qu'elle estimait plus avantageuses et, contrairement à ce que soutenait la société Energies Service Lannemezan, l'électricité produite par sa filiale n'était pas destinée à satisfaire les besoins des utilisateurs de la commune mais était destinée en réalité à être revendue intégralement à EDF.

Dans les autres affaires examinées, le Conseil a considéré que les conditions d'application de l'article 8 de l'ordonnance étaient réunies.

Télédiffusion de France (TDF) (décision n° 99-D-14) a été sanctionnée pour s'être opposée à la mise en œuvre des dispositions de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication qui a ouvert partiellement le secteur de la diffusion hertzienne à la concurrence. Antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, la société TDF avait conclu, avec un certain nombre de collectivités territoriales, des conventions relatives à l'installation et à l'exploitation de stations de réémission de télévision. La société TDF a pu ainsi se constituer un réseau de stations principales et secondaires installées, le plus souvent, sur des points hauts. Ces conventions réservaient généralement à TDF l'exclusivité de l'utilisation de la station en vue de la mission qui lui était assignée d'assurer le transport et la diffusion des programmes des 1^{re}, 2^e et 3^e chaînes et prévoyaient que toute installation complémentaire de matériels de réémission dans ces stations ne pourrait se faire qu'avec l'accord de la société TDF. Confrontées à la demande croissante de leurs administrés d'élargir le champ des émissions déjà reçues à de nouvelles chaînes, les collectivités territoriales, compte tenu du refus des chaînes concernées de prendre en charge le coût des installations supplémentaires, se sont résolues à en assurer le financement en faisant jouer la concurrence entre les installateurs de matériels et prestataires spécialisés dans la maintenance. Après l'entrée en vigueur de la loi du 30 septembre 1986, la société TDF s'est opposée en diverses circonstances à l'installation, par les collectivités territoriales, de matériels leur permettant de recevoir des chaînes privées sur les sites qu'elle exploitait ou sur les pylônes qui y étaient installés, dès lors qu'elle n'était pas le maître d'œuvre désigné pour le choix de ces matériels et qu'elle n'en assurait pas la maintenance.

Le Conseil a écarté les arguments avancés par la société TDF pour justifier ses refus : respect de la loi de 1986, spécifications techniques, droit de propriété, sécurité des agents. Il a souligné que le caractère discriminatoire et anticoncurrentiel du comportement de TDF résultait du fait que, tout en refusant, sous divers prétextes, d'accueillir des tiers choisis par la commune sur les sites qu'elle exploite en exclusivité, elle acceptait, en revanche, d'accueillir de tels tiers sur ses sites lorsque la collectivité territoriale lui donnait en contrepartie la possibilité d'utiliser la station à des fins commerciales autres que la télédiffusion à laquelle elle était initialement destinée. Ces pratiques ont pu soit décourager les collectivités de faire appel à la concurrence pour l'installation et la maintenance de matériels de réémission de chaînes privées et de confier ces prestations à la société TDF, soit leur imposer des coûts artificiels dès lors qu'elles entendaient faire jouer la concurrence.

La société TDF soutenait qu'au vu de la liste de 450 " sites concurrents alternatifs " versée au dossier, la preuve était rapportée que les stations de réémission ne pouvaient constituer des infrastructures essentielles dans la mesure où un concurrent peut toujours disposer de sites alternatifs. Mais le Conseil a répondu qu'il n'est pas toujours techniquement possible d'installer de nouvelles infrastructures pour des raisons tenant aux caractéristiques naturelles de certaines de ces zones, à leur protection éventuelle ainsi qu'à la rareté des fréquences disponibles et aux risques de perturbation radio-électrique. En tout état de cause, la circonstance, à la supposer établie, que les sites dont elle refuse l'accès aux tiers choisis par les collectivités ne constitueraient pas des facilités essentielles ne saurait servir de justification au fait qu'ayant une position dominante sur plusieurs marchés TDF a mis en œuvre des pratiques discriminatoires et artificielles de nature à limiter l'accès de ses concurrents au marché des prestations d'installation et de maintenance de matériels de réémission choisis par des collectivités territoriales.

Le Conseil a également sanctionné la pratique de TDF consistant à coupler les opérations de maîtrise d'œuvre et de maintenance. Cette pratique consistait à proposer à une collectivité désireuse d'assurer la diffusion de nouvelles chaînes deux prix différents, selon que la collectivité s'engage ou non à la retenir pour la maîtrise d'œuvre et la prestation de maintenance, étant précisé que la fourniture de matériel est assurée par une entreprise tierce. Dans le premier cas, le prix appliqué pour la prestation de maîtrise d'œuvre à l'occasion de l'installation du matériel s'élèverait à 5 % du montant du matériel alors que dans le second cas, si la collectivité décide de retenir un autre prestataire pour la réalisation de la maintenance, le taux appliqué s'élèverait à 10 % du montant du matériel. Une telle pratique était de nature à dissuader les collectivités de confier la maintenance des matériels installés à

un concurrent de TDF, dès lors que cette dernière assurait la maîtrise d'œuvre.

TDF exigeait également, lorsqu'elle assure la maintenance d'un site, le remplacement du matériel de réémission si celui-ci n'avait pas été agréé par elle. Il est apparu que le choix des matériels imposé par TDF ne dépendait ni des exigences des chaînes, ni de la conformité des appareils à une norme, mais du respect de spécifications qu'elle établit elle-même pour ses propres achats ou de son appréciation personnelle quant au non-respect de ces spécifications. Au cours de l'instruction, TDF n'a apporté aucun élément sur le caractère objectif et justifié des spécifications qu'elle impose pour les matériels achetés par les communes ou sur la tolérance qu'elle accorde à certains matériels ne respectant pas ces spécifications.

Les exigences de TDF ont, en particulier, gêné la société Emmettel qui, outre son activité de fabricant, assure également la maintenance de ses matériels et se trouve donc en concurrence avec TDF sur le marché de la maintenance. Le Conseil a considéré que cette pratique avait un effet potentiel d'autant plus restrictif de concurrence sur les marchés des matériels et de la maintenance qu'elle était complémentaire des autres pratiques de la société TDF précédemment décrites et visant, d'une part, à empêcher la maintenance par des tiers de matériels non agréés par TDF installés par les collectivités sur les sites exploités par cette dernière et, d'autre part, à inciter les collectivités à lui confier la maintenance des matériels agréés pour le choix et l'installation desquels ces collectivités lui avaient confié la maîtrise d'œuvre. Dans ces conditions, les producteurs de matériels non agréés par TDF ne pouvaient ni assurer eux-mêmes, ni faire assurer par TDF la maintenance de leurs matériels installés sur les sites exploités par cette dernière et les collectivités étaient dissuadées d'installer des matériels non agréés par TDF sur les sites exploités par cette dernière ou de confier à un tiers la maintenance de ces matériels.

La dernière pratique sanctionnée a été la clause insérée dans un contrat conclu en 1991 entre TDF et TF 1 et qui prévoyait, dans l'hypothèse où TF 1 délaisserait certaines des stations de diffusion, qu'elle bénéficierait, à tarif et à niveau de qualité de prestations comparables, d'un droit de préférence sur d'autres prestations éventuelles. Le Conseil a considéré que cette clause qui pouvait permettre à TDF de se faire communiquer les conditions proposées par ses concurrents et de faire une offre comparable, voire largement inférieure, à la meilleure de ces offres, présentait un caractère anticoncurrentiel, même si, comme le soutenait TDF, elle n'avait pas été appliquée.

Dans le dossier relatif à TF 1 (décision n° 99-D-85), étaient en cause les conditions tarifaires consenties par TF1 Publicité à une autre filiale du groupe, TF 1 Entreprises, qui édite des vidéogrammes.

Les éditeurs de vidéogrammes désireux de promouvoir leurs produits sur les écrans de TF 1 peuvent arbitrer entre une campagne de publicité classique, des publicités réalisées en "floating time", c'est-à-dire des publicités dont la programmation est laissée au choix de TF 1 en fonction de la disponibilité des écrans publicitaires, ou effectuer de la publicité "au rendement", selon un régime spécifique réservé au secteur "éditions musicales et vidéo". Dans ce dernier cas, la rémunération de la régie publicitaire de TF 1 comprend, d'une part, une redevance fixée, selon la période, à 35 à 40 % de la valeur brute des écrans, laquelle demeure acquise à TF 1, et, d'autre part, un pourcentage sur le montant des ventes de vidéogrammes fixé de manière contractuelle. Les annonceurs concernés peuvent également opter pour une campagne "mixte" associant la publicité "au rendement" et en "floating", auquel cas la rémunération de TF 1 Publicité est basée sur un forfait fixé à 60 % de la valeur brute des écrans publicitaires sans facturation de redevance. En 1994 et 1995, le choix des éditeurs de vidéogrammes et de musique entre les différentes options s'est porté majoritairement sur les publicités "au rendement" (45 %) et en "floating" (39 %), la publicité "classique" ne recueillant que 9 % de la demande concernée.

Les relations commerciales entre TF 1 Publicité et sa filiale TF 1 Entreprises sont régies par un accord cadre signé le 21 avril 1994 qui précise, entre autres, qu'en raison de son appartenance au groupe TF 1 la société TF 1 Entreprises bénéficie de conditions tarifaires spécifiques. Le prix défini contractuellement comporte, d'une part, un forfait de 10 % de "l'investissement rendement consenti et réellement programmé par TF 1 Publicité", ces 10 % étant considérés comme une "avance sur redevances", et, d'autre part, une redevance égale à 5 % du chiffre d'affaires de TF 1 Entreprises sur tous les exemplaires vendus dans le circuit commercial constitué par les grossistes, la FNAC, les hypermarchés et supermarchés ainsi que les détaillants.

L'instruction avait établi que TF 1 traitait de façon discriminatoire les annonceurs selon qu'ils appartenaient ou non à son groupe. Le Conseil a considéré que le fait, de la part d'une entreprise bénéficiaire d'une autorisation d'utiliser des fréquences hertziennes pour l'émission des programmes télévisés et se trouvant en position dominante sur le marché de la publicité télévisée des vidéogrammes, d'accorder des conditions de vente non transparentes et discriminatoires à sa filiale spécialisée dans l'édition de vidéogrammes fausse le jeu de la concurrence dans la mesure où la pratique en cause donne un avantage injustifié à la filiale concernée et peut avoir pour effet de limiter l'accès au marché de la publicité par des entreprises concurrentes. TF 1 a également été sanctionnée

sur la base de l'article 7 pour s'être réservée l'exploitation vidéographique des œuvres audiovisuelles lors de la signature du contrat de coproduction (voir *supra* chapitre II).

Dans le dossier relatif au secteur du jouet (décision n° 99-D-45), étaient en cause les conditions de vente de la société Mattel. Les contrats de coopération avec les grossistes comme avec les détaillants contenaient des clauses destinées à leur imposer des marges bénéficiaires égales à la totalité des remises et ristournes prévues dans les conditions de vente. Le non-respect de cette obligation entraînait la suppression d'une remise de "complémentarité".

Les contrats de coopération pour les grossistes contenaient également une clause interdisant la rétrocession des marchandises, le non-respect de cette obligation étant sanctionné par la suppression de la remise de complémentarité de 7 %.

La société Mattel avait enfin introduit dans ses conditions particulières de vente applicables à tous les distributeurs, dans les conditions de vente spécifiques aux centrales d'achat et aux groupements et dans les contrats de "coopération détaillants", une clause subordonnant le versement des remises au paiement de toutes les factures à échéance. Les éléments du dossier ont démontré que cette clause a été introduite pour renforcer la politique de prix imposés et qu'elle supprimait toute possibilité pour le distributeur de tenir compte de ces remises lors de l'établissement de ses prix de vente.

Dans le dossier relatif aux applications thermiques de l'énergie (décision n° 99-D-51), dix griefs avaient été notifiés.

Le premier visait la pratique consistant, pour EDF, à avoir, dans le cadre de l'aménagement de la Bibliothèque nationale de France, octroyé des aides diverses destinées à la construction d'une centrale de production frigorifique. L'examen de ce grief a été l'occasion pour le Conseil de définir les conditions dans lesquelles des aides commerciales présentent un caractère anticoncurrentiel. Les aides commerciales accordées par une entreprise en position dominante à ses clients et qui peuvent défavoriser ses concurrents, à supposer qu'elles ne soient pas prohibées en tant qu'aides d'Etat par le droit communautaire, ne sont pas en elles-mêmes anticoncurrentielles. Elles constituent la seule marge de négociation commerciale pour une entreprise dont les prix sont régulés par la puissance publique. Pour qu'une telle pratique soit constitutive d'un abus de position dominante, il faut démontrer soit que les prix, une fois déduites les aides accordées des barèmes de prix officiels, sont prédateurs, soit que les conditions dans lesquelles ces aides sont octroyées sont discriminatoires, soit, plus généralement, que leurs conditions d'octroi ou leur montant sont d'une nature telle qu'ils en établissent l'objet ou l'effet anticoncurrentiel.

Dans le cas présent, le Conseil a constaté qu'aucun grief de prédation n'avait été allégué. De même, la preuve d'une discrimination dans l'allocation des aides n'a pas été rapportée. Les éléments du dossier n'établissaient pas que le montant de ces aides était supérieur au montant susceptible d'être accordé par EDF en application de son contrat de plan. Il est également apparu que des considérations techniques indépendantes des aides ont contribué aux choix de la Bibliothèque nationale de France. Pour ces différentes raisons, le Conseil a estimé que, pour le premier grief, les conditions d'application de l'article 8 n'étaient pas réunies.

Le deuxième grief visait la pratique consistant, pour EDF, à avoir subordonné l'octroi d'aides financières à l'engagement par la Bibliothèque nationale de France de s'approvisionner en énergie exclusivement et directement auprès d'EDF pendant une durée d'au moins vingt ans et sous peine de pénalités financières. Le Conseil a estimé que cette clause d'exclusivité permettait à EDF, d'une part, d'empêcher l'accès de concurrents potentiels au système de climatisation et de chauffage de la Bibliothèque nationale de France pendant la durée d'exclusivité consentie, et, d'autre part, de lui permettre d'amortir le montant des aides accordées pour subventionner les équipements en cause. Il a également réfuté l'argument d'EDF selon lequel cette clause n'avait aucune portée, la fourniture d'électricité relevant, de toute façon, de son monopole. Il a souligné qu'EDF ne pouvait ignorer que son monopole n'était pas intangible, compte tenu des perspectives résultant de la création du marché intérieur de l'électricité. Il a considéré que cette clause, de nature à fermer le marché à d'autres opérateurs pendant la durée d'exclusivité consentie, alors même que pendant cette période une évolution juridique était susceptible de modifier les conditions de la fourniture de l'électricité en France, présentait un caractère anticoncurrentiel.

Le troisième grief concernait le reproche fait à EDF d'avoir subordonné le maintien des aides financières à l'exploitation, par la seule Bibliothèque nationale de France et pour ses seuls besoins, de la centrale de production frigorifique que cet établissement avait choisi de construire. Le Conseil a relevé qu'en agissant ainsi, EDF s'était immiscée, en pratique, dans les conditions d'exploitation de ladite centrale. Cette immixtion avait pour effet de maîtriser les conditions d'utilisation de l'électricité fournie à la Bibliothèque nationale de France et d'éviter l'utilisation de l'électricité ainsi distribuée pour l'alimentation d'un réseau de fluide réfrigérant, qui aurait pu constituer, dans la zone, une offre concurrente de l'électricité en ce qui concerne la satisfaction des besoins de climatisation. Ce comportement a été considéré comme abusif dans la mesure où la Bibliothèque nationale de France,

qui avait déjà fait le choix de principe de recourir à un système de production autonome, compte tenu notamment des conditions offertes par EDF, ne pouvait recourir à un autre fournisseur, en raison du monopole d'EDF. Par ailleurs, le Conseil a relevé qu'EDF était en mesure d'allouer ou de supprimer les aides de façon discrétionnaire. Les conventions entre EDF et la Bibliothèque nationale de France fixant les modalités des aides n'étaient pas encore signées au moment des négociations entre la Bibliothèque nationale de France et Climespace sur la reprise par celle-ci de la centrale de production frigorifique, ce qui rendait possible une éventuelle remise en cause de celles-ci. Or, cette remise en cause était expressément liée à l'éventualité d'une alimentation du réseau Climespace par la centrale de production de la Bibliothèque nationale de France, ce qui présentait également un caractère abusif au sens de l'article 8.

Le Conseil n'a pas retenu le quatrième grief reposant sur l'offre faite par EDF d'assortir le recours aux services de sa filiale GDF d'une aide financière, ou à tout le moins d'une facilité de financement. Il a, en effet, constaté qu'il ne s'agissait que d'une proposition qui n'a pas été retenue ni même été étudiée par la Bibliothèque nationale de France et qu'il n'était pas possible, dans ces conditions, d'établir ni son objet ni ses effets anticoncurrentiels.

Les cinquième et sixième griefs visaient les pratiques consistant à exiger, dans le cadre de diverses opérations immobilières, en contrepartie d'une aide commerciale et de prestations particulières, un engagement de la part des clients d'utiliser et conserver les équipements fonctionnant à l'électricité pour assurer les fonctions de chauffage et de climatisation. Ces pratiques, qui subordonnent l'octroi d'aides commerciales et d'une prestation complémentaire qu'EDF, et EDF seule, compte tenu de ce que cette prestation entre dans le cadre de ses activités sous monopole, peut discrétionnairement accorder ou refuser, au recours exclusif à l'électricité pour la satisfaction des besoins thermiques d'un immeuble, font obstacle à l'utilisation d'une énergie concurrente. Le Conseil a considéré que, si les efforts commerciaux font partie des outils normaux utilisés dans la compétition existant entre opérateurs, ceux mis en œuvre dans les cas d'espèce revêtent un caractère abusif parce qu'ils sont le fait d'un opérateur en position dominante.

Le septième grief concernait GDF qui, dans le cadre de l'opération d'aménagement de la ZAC de Bercy, avait accordé à la société Zeus une garantie du prix du gaz, indexée sur le prix de la vapeur. Cette clause assure au client le maintien des conditions économiques prévalant au moment de la conclusion du contrat de fourniture, et offre à GDF, dans le même temps, un débouché certain pendant la durée de la convention. Il en résulte qu'en garantissant à ses clients que le recours au gaz sera toujours, pendant la durée de la garantie, économiquement favorable, GDF restreint le jeu de la concurrence sur le marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage. En réalité, une telle clause, sous couvert de sauvegarder l'intérêt du client, a pour effet de faire obstacle à l'abaissement des prix de vente de la part des concurrents producteurs de vapeur, aucun d'entre eux ne pouvant, à terme, espérer augmenter significativement sa part de marché s'il diminue ses prix. Elle contribue à figer les positions acquises sur le marché et revêt, de ce fait, un caractère anticoncurrentiel.

Dans le cadre de cette même opération d'aménagement de la ZAC de Bercy, EDF et GDF avaient subordonné l'octroi d'aides financières à l'engagement par le client final de s'approvisionner en énergie exclusivement et directement auprès d'EDF ou de GDF pendant une durée d'au moins dix ans et sous peine de pénalités financières. Cette pratique, qui avait fait l'objet d'un huitième grief, n'a pas été considérée comme présentant un caractère anticoncurrentiel. En effet, la durée d'exclusivité n'est pas apparue excessive au regard de la nature et du montant des investissements consentis par EDF et GDF. D'autre part, les modalités de calcul des pénalités n'obéraient pas la situation du client décidant de modifier son approvisionnement énergétique en cours de convention.

Les deux derniers griefs visaient les pratiques relevées à l'occasion de deux opérations immobilières particulières qui trouvaient leur source dans des conventions initialisées et mises en œuvre par deux centres EDF GDF Services. Ces pratiques ont été analysées *supra* chapitre II.

B. - La situation de dépendance économique

L'application du 2 de l'article 8 de l'ordonnance conduit, en premier lieu, à déterminer si l'entreprise concernée se trouve dans une situation de dépendance économique vis-à-vis d'un de ses fournisseurs ou d'un de ses clients et, en second lieu, à se demander si ce fournisseur ou ce client a abusé de cette situation en mettant en œuvre des pratiques de caractère anticoncurrentiel.

En 1999, le Conseil n'a pas rendu de décision sur le fondement de ces dispositions.

Chapitre IV

Les conditions d'application de l'article 10 de l'ordonnance

A. - Les pratiques résultant d'un texte

Aux termes du 1 de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les pratiques qui " résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application " ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 ou 8 de cette même ordonnance. Selon une jurisprudence constante, ces dispositions ne trouvent à s'appliquer que pour autant que les pratiques constatées sont la conséquence directe et nécessaire de ces textes.

B. - Les pratiques contribuant au progrès économique

Selon les dispositions du 2 de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les pratiques anticoncurrentielles d'entente, d'abus de position dominante ou d'abus de dépendance économique ne sont pas soumises aux prohibitions édictées par les articles 7 ou 8 de l'ordonnance lorsque leurs auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. La loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 a complété ces dispositions en prévoyant que ces pratiques " peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de la production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ". Ces dispositions, comme celles du 1 de l'article 10, sont d'interprétation stricte.

Le progrès invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées. Il doit, notamment, être établi que le progrès économique allégué est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies. La preuve doit également être rapportée que ce progrès est suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence observées.

Ces deux dispositions n'ont été invoquées qu'à une seule reprise en 1999 par EDF dans le dossier relatif aux applications thermiques de l'énergie (décision n° 99-D-51). EDF soutenait que la convention signée par un centre EDF GDF Services avec l'aménageur de la zone du nouveau Bercy et qui contenait une clause d'exclusivité de fourniture en faveur d'EDF et de GDF, ne constituait pas une entente au sens de l'article 7 de l'ordonnance mais était inhérente à l'existence des centres locaux communs aux deux opérateurs. Elle faisait également valoir que la clause d'exclusivité était une condition de l'efficacité économique.

Le Conseil a écarté ces deux moyens de défense. En ce qui concerne le 1 de l'article 10 il a estimé qu'aucun texte n'était susceptible de justifier la pratique visée, les textes invoqués par EDF étant relatifs à l'existence des centres EDF GDF, services qui n'étaient pas mis en cause en tant que tels. En ce qui concerne le 2 de l'article 10, rien n'établissait que la clause d'exclusivité de fourniture consentie au bénéfice d'EDF et GDF ait été indispensable pour obtenir l'efficacité économique dont EDF se prévalait. Il a souligné qu'en tout état de cause, le 2 de l'article 10 exclut l'exemption des pratiques donnant aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause lorsque tels étaient bien l'objet et l'effet de la pratique incriminée.

Chapitre V

Les pratiques de prix abusivement bas

L'article 10-1 de l'ordonnance prohibe " les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits. Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits.

" Ces dispositions ne sont pas applicables en cas de revente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels ".

En 1999 le Conseil n'a eu à examiner qu'une affaire au titre de ces dispositions (décision n° 99-PB-01).

La commune de Sainte-Colombe dans le Rhône avait lancé un appel à candidatures en vue de la délégation du service public de l'assainissement sous forme d'affermage. Deux propositions lui étaient parvenues, l'une de la Société de distribution d'eau intercommunale (SDEI) pour un montant de 119 800 F (HT), l'autre de la société Cholton pour un montant de 131 000 F (HT), soit un écart de 8,5 % entre les deux offres. Le conseil municipal a retenu l'offre du moins-disant, SDEI. Le Syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement soutenait que l'entreprise retenue avait proposé un prix abusivement bas et demandait donc au Conseil de la sanctionner sur la base de l'article 10-1 de l'ordonnance.

Le Conseil n'a pas retenu l'argumentation du syndicat. Il a en effet constaté qu'en passant le marché en vue de l'attribution de l'affermage de son assainissement, la commune est intervenue pour subdéléguer une mission de service public et pour satisfaire non ses besoins propres mais ceux de ses habitants. Le Conseil en a conclu que, conformément à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, la commune n'est pas un consommateur au sens de l'article 10-1 et il a en conséquence prononcé l'irrecevabilité de la saisine.

Chapitre VI

L'action du Conseil en matière de pratiques anticoncurrentielles

En application de l'article 13 de l'ordonnance, le Conseil peut, lorsqu'il a constaté des pratiques anticoncurrentielles prohibées, ordonner aux intéressés qu'il soit mis fin à ces pratiques dans un délai déterminé, imposer des conditions particulières et infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les pouvoirs du Conseil en matière contentieuse sont ainsi fixés de manière limitative.

A. - L'aspect correctif : les injonctions

Les dispositions de l'article 13 de l'ordonnance relatives au pouvoir d'injonction du Conseil dotent celui-ci des moyens juridiques de faire cesser les pratiques dont il a constaté le caractère prohibé au regard des dispositions du titre III de l'ordonnance. Dans ce cadre, le Conseil peut soit ordonner aux intéressés qu'il soit mis fin aux pratiques qui leur sont reprochées, soit leur imposer des conditions particulières. Lorsque le Conseil a prononcé une injonction, il peut, en application de l'article 14 de l'ordonnance, vérifier que celle-ci a été exécutée.

1. Injonction de s'abstenir de certaines pratiques

Lorsque le Conseil constate que les pratiques anticoncurrentielles qu'il décide de sanctionner se poursuivent, il peut enjoindre aux parties concernées d'y mettre fin. En 1999, le Conseil a utilisé cette possibilité à plusieurs reprises.

Le Conseil a ainsi enjoint à l'Académie d'architecture dont il a examiné les pratiques de ne plus diffuser de série de prix comportant des valeurs de référence ainsi qu'une marge globale bénéficiaire dont le pourcentage est prédéterminé (décision n° 99-D-08 du 2 février 1999).

Dans sa décision relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet, le Conseil a enjoint à la société Mattel France de mettre fin à ses pratiques de prix imposés (décision n° 99-D-45 du 30 juin 1999).

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre par des entreprises du secteur de la marbrerie funéraire de l'agglomération de Reims, le Conseil a enjoint aux sociétés de Pompes funèbres du Tardenois, Pechenard, Traxler, Walter-Focant et Maily de s'abstenir d'élaborer, de diffuser et de pratiquer des barèmes établis en communs (décision n° 99-D-22 du 23 mars 1999).

Dans sa décision relative à des pratiques de TF 1 dans le secteur de la production de l'édition et de la publicité des vidéogrammes (décision n° 99-D-85 du 22 décembre 1999), le Conseil a enjoint à TF 1 de cesser de réserver à TF 1 Entreprises un régime spécifique en matière de publicité télévisée de vidéogrammes.

2. Injonction de prendre certaines mesures

A sept reprises au cours de l'année 1999, le Conseil a enjoint aux entreprises dont il avait examiné les pratiques de prendre certaines mesures et, notamment, de modifier certaines clauses contractuelles. Ainsi, le Conseil a-t-il enjoint à la société Mattel France de retirer de ses conditions de vente et de ses contrats de coopération commerciale toutes les clauses tendant à limiter la liberté tarifaire de ses distributeurs (décision n° 99-D-45 du 30 juin 1999).

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires de biologie végétale Yves Rocher, le Conseil a enjoint à la société Yves Rocher de supprimer de son contrat de franchise la clause 4-1 qui prévoit la communication de la liste de fournisseurs de matériels et équipements et de cesser de diffuser ladite liste (décision n° 99-D-49 du 6 juillet 1999).

Le Conseil a enjoint à la société Raynaud de modifier dans ses accords de distribution sélective, la clause réservant la commercialisation des porcelaines Raynaud " aux commerces traditionnels de produits de luxe " (décision n° 99-D-78 du 15 décembre 1999).

3. Examen du respect des injonctions

Les dispositions de l'article 14 de l'ordonnance ouvrent au ministre chargé de l'économie, qui, en application de ces dispositions, veille à l'exécution des décisions du Conseil, ainsi qu'aux entreprises et organismes mentionnés à l'article 11, la faculté de saisir le Conseil du non respect des injonctions que ce dernier a décidées sur le fondement des articles 12 ou 13 de ce même texte. Dans ce cas, l'examen auquel se livre le Conseil n'a pas pour objet de déterminer à nouveau si les pratiques dont il est saisi ont un caractère anticoncurrentiel, mais vise exclusivement à déterminer si ses injonctions ont bien été respectées ; si le Conseil constate que tel n'est pas le cas, il peut prononcer des sanctions pécuniaires.

En 1999, le Conseil n'a rendu aucune décision dans le cadre de cette procédure, il n'en avait rendu qu'une en 1998.

B. - L'aspect dissuasif : les sanctions

Sur les 85 décisions rendues par le Conseil en 1999, le Conseil a estimé dans 13 cas que les pratiques relevées justifiaient le prononcé des sanctions pécuniaires. Dans une décision (décision n° 99-D-49), le Conseil a considéré que des mesures correctrices du type de celles évoquées ci-dessus étaient suffisantes pour rétablir le bon fonctionnement du marché. Dans deux décisions (décisions n° 99-D-68 et n° 99-D-52), le Conseil a constaté que les pratiques étaient établies mais qu'il n'y avait lieu ni à sanction ni à injonction : dans la première décision, il y avait bien concertation mais celle-ci ne portait pas atteinte de manière significative au jeu de la concurrence et, dans la seconde décision, les pratiques anticoncurrentielles existaient mais n'avaient aucun effet sur le territoire national.

Le Conseil peut infliger des sanctions pécuniaires à des entreprises ou organismes sur le fondement du deuxième alinéa de l'article 13 de l'ordonnance au terme d'une instruction portant sur des pratiques que le Conseil considère comme anticoncurrentielles au sens des articles 7 et 8 de l'ordonnance. Le Conseil a, en 1999, infligé des sanctions pécuniaires pour un montant total de 61 404 210 F à 58 entreprises et huit organisations professionnelles.

Les conditions de détermination du montant des sanctions sont fixées par les troisième et quatrième alinéas de l'article 13 de l'ordonnance, aux termes desquels : " Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum de la sanction est de dix millions de francs. "

Ces dispositions, introduites par la loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992, ont conduit le Conseil à renforcer la motivation de ses décisions.

1. Les motivations des sanctions

a) La gravité des faits

Comme l'a souligné le Conseil dans son rapport pour 1997, la gravité de la pratique ne peut donner lieu à la construction d'une échelle graduée qui permettrait de classer automatiquement les pratiques, qui seraient ainsi affectées d'un coefficient ou d'un degré de gravité objectif, dans la mesure où la même pratique, une entente, un boycott ou un abus de position dominante, peut revêtir des formes différentes (contrat, convention tacite, échange d'informations, prix prédateurs, etc.), qui ne peuvent être classées d'une manière certaine et définitive, indépendamment des particularités du secteur où elles s'exercent, de la taille et du nombre des entreprises concernées, du mode de fonctionnement du marché, de son dynamisme, etc.

La jurisprudence du Conseil permet cependant de répartir en grandes catégories les pratiques en fonction du trouble causé au fonctionnement du marché, c'est-à-dire de la profondeur et de l'étendue de l'atteinte à l'exercice de la concurrence.

1. Une première catégorie de pratiques regroupe celles qui ne causent qu'un trouble limité au fonctionnement du marché et n'affectent la concurrence que d'une manière marginale. Ces pratiques peuvent être inspirées par des considérations étrangères à la concurrence, comme par exemple l'homogénéité d'un réseau de distribution, la préservation d'une image de marque, etc. : ainsi, les restrictions verticales, qui résultent de clauses anticoncurrentielles qui figurent dans certains contrats liant un fournisseur et des distributeurs ou un franchiseur et ses franchisés, mais qui, sur des marchés par ailleurs concurrentiels, n'affectent que marginalement le jeu de la concurrence.

2. Une deuxième catégorie concerne des pratiques dont l'objet et la potentialité d'effet sont manifestes, qui portent atteinte à la concurrence, mais conservent un caractère ponctuel ou conjoncturel. Ainsi en est-il des ententes qui portent sur un marché limité ou de certaines restrictions verticales qui limitent l'entrée sur le marché de certains distributeurs, mais laissent subsister une concurrence réelle entre les opérateurs.

3. Les infractions les plus graves concernent celles qui ferment ou tentent de fermer d'une manière efficace un marché et ont pour objet soit de procéder au partage de ce marché, soit d'interdire l'accès du marché à un nouvel entrant : pratiques d'entente sur des marchés oligopolistiques, cartels, prix prédateurs, boycott des entrants potentiels, abus de position dominante, etc.

La gravité des pratiques s'apprécie également en fonction soit de circonstances de fait, soit de leurs répercussions : conditions de mise en œuvre de la pratique, intentionnalité des acteurs qui peut manifester une volonté délibérée de restreindre la concurrence, situation du marché ou des marchés connexes, effet d'entraînement ou d'exemplarité (ainsi la gravité d'une pratique sera différemment appréciée selon que son auteur est une grande ou une petite entreprise, un syndicat professionnel minoritaire ou un Ordre professionnel disposant d'un magistère moral) ou encore réitération.

Inversement, l'abandon spontané d'une pratique, l'adhésion passive ou plus ou moins contrainte à une entente, l'absence d'application d'une clause anticoncurrentielle sont de nature à atténuer le degré de gravité d'une pratique.

Conformément aux principes ci-dessus exposés, la gravité des faits a été appréciée selon trois critères principaux.

La nature des pratiques en cause :

Le caractère de gravité des pratiques mises en œuvre par des entreprises des pompes funèbres du Tardenois a été apprécié en tenant compte du fait que les familles des défunts se trouvent, en raison du désarroi que le deuil est de nature à leur causer, dans une position de faiblesse vis-à-vis des entreprises assurant des prestations funéraires (décision n° 99-D-22).

Dans sa décision n° 99-D-08 du 2 février 1999 relative à des pratiques dans le secteur du bâtiment et des travaux publics, le Conseil a tenu compte du fait que l'Académie d'architecture ne pouvait ignorer que la diffusion et l'élaboration de la série centrale des prix constitueraient une pratique anticoncurrentielle.

Il en a fait de même dans la décision n° 99-D-11 du 9 février 1999 en relevant que les entreprises appartenant à un groupe d'importance nationale ne pouvaient ignorer la gravité des pratiques ayant pour objet de fausser le jeu de la concurrence ni le risque de sanctions qu'elles encouraient.

Le Conseil a considéré que la gravité des pratiques doit être appréciée en tenant compte qu'elles ont été le fait de deux des trois entreprises soumissionnaires et qu'un de leurs auteurs avait été désigné comme attributaire des marchés considérés et que les pratiques avaient été mises en œuvre par deux entreprises locales (décision n° 99-D-13).

Les caractéristiques des pratiques relevées :

Dans sa décision n° 99-D-11 en date du 9 février 1999, relative à des pratiques constatées à l'occasion de travaux d'assainissement dans les communes de Toulouse et de Lamasquère, le Conseil a tenu compte du fait que ces pratiques dépassent le simple enjeu des marchés sur lesquels elles ont été caractérisées, en soulignant que le montant total des travaux examinés représentait 22 % en valeur des marchés de canalisation de l'agglomération toulousaine et 27 % de ceux de ces marchés ayant une valeur d'au moins un million de F.

Le Conseil a relevé, dans sa décision n° 99-D-14 en date du 23 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société TDF, la multiplicité des pratiques par lesquelles la société TDF a tenté de s'opposer à la mise en œuvre des dispositions de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication qui a ouvert à la concurrence des services de communication audiovisuelle.

Dans sa décision n° 99-D-51 relative à des pratiques constatées dans le secteur des applications thermiques de l'énergie, le Conseil retient que l'utilisation de devis de couverture constitue une pratique grave qui a pour objet et peut avoir pour effet de faire échec au processus de mise en concurrence des entreprises pour la réalisation d'une prestation dont, en définitive, les finances publiques supportent le coût.

Ces éléments peuvent aussi être appréciés à décharge. Ainsi, dans sa décision n° 99-D-01

relative à des pratiques mises en œuvre par la société Distri Club Médical, le Conseil a relevé que le boycott reproché à la société en cause n'avait duré que peu de temps.

Dans la décision n° 99-D-85, le Conseil relève, pour apprécier la gravité des pratiques mises en œuvre par TF 1, que cette société a utilisé de manière détournée le droit spécial qui lui est réservé sur les fréquences. Le Conseil a en outre considéré, dans sa décision n° 99-D-14, que la société TDF s'était appuyée sur son monopole légal de diffusion des chaînes publiques et sur sa position dominante sur le marché de la prestation de maîtrise d'œuvre pour renforcer les barrières à l'entrée dans le secteur de la diffusion des programmes.

Dans sa décision n° 99-D-57, le Conseil retient qu'il faut tenir compte, pour apprécier la gravité des faits, du comportement du maître d'ouvrage.

Le pouvoir d'influence des auteurs :

Dans certains cas, le comportement des auteurs des pratiques est jugé d'autant plus grave que ceux-ci occupent une position importante sur le marché ou exploitent l'influence que leur confèrent des responsabilités particulières.

Dans sa décision n° 99-D-08, le Conseil retient pour apprécier la gravité des pratiques observées que l'Académie d'architecture jouit d'une notoriété et d'une autorité certaines et que la série centrale des prix élaborés par elle est utilisée par de nombreuses entreprises et maîtres d'ouvrage notamment publics.

De la même façon, dans la décision n° 99-D-11, la gravité des faits résulte du nombre et du pouvoir d'influence des entreprises qui se sont concertées.

Dans la décision n° 99-D-45 relative au marché du jouet, le Conseil a constaté que les pratiques tendant à la fixation d'un prix minimum de revente émanaient d'une entreprise détenant une position dominante sur le marché de référence. Pour apprécier la gravité des pratiques sur le marché des applications thermiques de l'énergie dans la décision n° 99-D-51, le Conseil retient que EDF et GDF sont détenteurs d'une position dominante et sont des opérateurs publics.

Enfin, dans la décision n° 99-D-78 relative au secteur de la porcelaine de Limoges, le Conseil tient compte du prestige des sociétés impliquées ainsi que de leur poids au sein des fabricants de porcelaine de Limoges.

b) Le dommage à l'économie

Le deuxième paramètre en fonction duquel le montant de la sanction est fixé est l'importance du dommage causé à l'économie.

Divers facteurs sont pris en compte pour apprécier le dommage à l'économie, tels que la nature du produit ou du service ainsi que les caractéristiques du marché selon par exemple qu'il s'agit d'un marché où les demandeurs sont avertis et ont un pouvoir d'expertise et de négociation - marchés interindustriels par exemple - ou d'un marché de biens ou de services de première nécessité, pour lesquels il n'existe pas de substituts et auxquels les demandeurs, quels que soient leurs revenus, sont obligés de recourir.

Il convient cependant d'observer, en premier lieu, que l'effet réel de la pratique, même lorsqu'il est établi, est souvent difficile à mesurer puisqu'il ne peut être évalué qu'en comparant la situation résultant de la pratique à la situation qui aurait prévalu en l'absence de cette pratique. Ainsi, il est presque toujours impossible, par exemple, de déterminer à quelle entreprise et à quelles conditions un marché passé à la suite d'un appel d'offres faussé par une entente prohibée aurait été attribué si cette concertation n'avait pas eu lieu. En second lieu, le dommage résulte de l'objet et/ou de la potentialité d'effet anticoncurrentiel d'une pratique, dès lors quelle fausse ou empêche le jeu de la concurrence et, par conséquent, porte atteinte au fonctionnement du marché.

S'agissant de l'étendue des conséquences sur l'économie, le Conseil a retenu plusieurs circonstances.

En premier lieu, il a retenu l'importance des marchés concernés tenant, par exemple :

- à la grande notoriété de la poupée Barbie (décision n° 99-D-45) ;
- au montant total des marchés qui s'est élevé à 10 MF (décision n° 99-D-57).

En deuxième lieu, il s'est intéressé à l'effet, qui peut être parfois limité par le fait que les opérateurs économiques n'adhèrent pas à la pratique condamnée ou, au contraire, être amplifié par l'influence que la pratique pourrait avoir sur les comportements des acteurs sur d'autres marchés. C'est ainsi que la décision n° 99-D-01 relève que les franchisés ayant suivi les consignes de boycott représentaient moins de 4 % des 1200 revendeurs spécialisés dans le matériel médical et ne détenaient que 2,35 % de part de marché des aiguilles et seringues.

En revanche, la décision n° 99-D-11 insiste sur le fait que les pratiques contestées dépassent le simple enjeu des marchés sur lesquels elles ont été constatées.

En troisième lieu, la fragilité particulière de certains consommateurs peut être prise en considération ; c'est ainsi que, pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de prendre en

considération le fait que l'aménagement d'une tombe représente une dépense d'un montant élevé dont une partie au moins est obligatoire (décision n° 99-D-22).

La durée des pratiques :

L'appréciation du dommage à l'économie tient également compte de la durée des pratiques. Dans sa décision n° 99-D-41, le dommage à l'économie était limité du fait que les pratiques en cause n'ont affecté le secteur de l'imprimerie que pendant une courte durée.

Le Conseil a également tenu compte, dans la décision n° 99-D-45, du fait que certaines clauses illicites avaient été retirées par Mattel de ses contrats de coopération commerciale dès 1997.

Les effets structurels :

Dans sa décision n° 99-D-51 relative au marché du gaz et de l'électricité, le Conseil souligne que les pratiques contestées avaient pour objet et pouvaient avoir pour effet d'entraver spécialement le développement des énergies concurrentes distribuées par réseau et donc de fermer l'accès à un marché naissant. De plus, elles ont produit leur effet sur une zone d'aménagement urbain considérée comme essentielle au rééquilibrage de l'agglomération parisienne.

c) La situation de l'entreprise

Elle peut être évaluée de deux manières : en fonction de la taille de l'entreprise et en fonction de sa situation financière :

- la première renvoie à l'idée de proportionnalité. Il est, en effet, nécessaire, pour fixer le montant de la sanction, de tenir compte de la taille de l'entreprise, afin d'éviter qu'une sanction calculée " objectivement ", c'est-à-dire uniquement en fonction de la nature des pratiques, de la dimension du marché, de la gravité et du dommage à l'économie, ne conduise à des sanctions inadaptées notamment lorsque les auteurs des pratiques sont des entreprises de tailles très différentes. L'indicateur le plus représentatif et le plus accessible de la taille d'une entreprise étant son chiffre d'affaires, il est cohérent, pour fixer le montant de la sanction, d'appliquer à la base initialement retenue un " coefficient de dimension " tenant compte de cet élément ; ce coefficient peut éventuellement prendre en considération d'autres facteurs, comme le statut juridique de l'entreprise (entreprise indépendante, filiale d'un grand groupe) ou la diversité de ses activités ;
- le second critère concerne la situation financière de l'entreprise, au sens habituel du terme, c'est-à-dire ses résultats exprimés par ses comptes. Indépendamment des situations extrêmes, dépôt de bilan, redressement ou liquidation judiciaires, qui justifient un traitement particulier et peuvent conduire le Conseil à fixer la sanction à un montant symbolique ou à renoncer à prononcer une sanction, le montant de la sanction peut être réduit pour tenir compte des résultats déficitaires de l'entreprise ; dans ce cas, cependant, les résultats d'un seul exercice ne reflètent pas nécessairement la situation financière réelle de l'entreprise, en raison notamment de l'incidence que peuvent avoir sur les résultats d'une année non seulement les accidents conjoncturels, mais aussi les opérations exceptionnelles et le changement des méthodes comptables. Aussi, le Conseil, dans toute la mesure du possible, se réfère-t-il à l'évolution des comptes sur plusieurs exercices, qui est de nature à donner une image plus fidèle de la situation de l'entreprise. Par ailleurs, la moyenne des résultats des entreprises rapportés à leur chiffre d'affaires (ou à leur valeur ajoutée ou à leurs fonds propres) variant très sensiblement d'un secteur à l'autre, cet élément doit également être pris en considération.

2. Le plafond des sanctions

Aux termes de l'article 13 de l'ordonnance, le montant maximal de la sanction pécuniaire susceptible d'être infligée à une entreprise est de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos et, s'il ne s'agit pas d'une entreprise, de 10 millions de francs.

a) La pluralité d'activités

Le Conseil a, à plusieurs reprises, rappelé qu'aux termes mêmes de l'article 13 de l'ordonnance, la seule référence pertinente est le chiffre d'affaires total de l'entreprise et a écarté, en conséquence, le moyen selon lequel le plafond de la sanction devrait être calculé en tenant compte du seul chiffre d'affaires réalisé dans tel ou tel secteur d'activité, en rapport avec les pratiques reprochées.

Cette interprétation a été confirmée par la cour d'appel de Paris (cf. note 60) , ainsi que par la Cour de cassation (cf. note 61) .

Dans la décision n° 99-D-50, le Conseil affirme que ni les dispositions de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ni le principe de proportionnalité des sanctions ne limitent le chiffre d'affaires à celui afférent aux prestations délivrées dans le cadre du marché pertinent. Le Conseil a réaffirmé ce principe préalablement dans la décision n° 99-D-11 en rejetant l'argument selon lequel seul le chiffre d'affaires de l'activité " travaux publics canalisations " devait être retenu pour le

calcul des sanctions. Comme le rappelle cette décision, “ aucune distinction ne doit être opérée en fonction du secteur d'activité ”.

b) L'absence d'identité entre la personne juridique et l'entité économique

On relèvera ici que, lorsque l'entreprise a fait l'objet d'une liquidation judiciaire, le Conseil constate cette situation ainsi que l'absence d'activité économique et décide qu'il n'y a pas lieu au prononcé des sanctions. Cette solution a été appliquée dans la décision n° 99-D-11.

3. La publication des décisions

Dans trois des décisions au fond rendues par le Conseil au cours de l'année 1999, la sanction a été assortie d'une obligation de publication. Conformément à la jurisprudence dégagée par la cour d'appel de Paris (cf. note 62), l'obligation de publication de la décision du Conseil doit faire l'objet d'une motivation.

Dans la décision n° 99-D-14, le Conseil a ordonné la publication de sa décision dans la “ gazette des communes ” afin de porter à la connaissance des communes l'illicéité du comportement de TDF.

Dans sa décision n° 99-D-51 relative au marché du gaz et de l'électricité, compte tenu de l'importance de l'image d'EDF et de GDF et de leur réputation de prescripteurs techniques, le Conseil a considéré qu'il convenait d'informer leurs consommateurs potentiels de ce que ces avantages liés à leurs positions dominantes avaient pu être utilisés de façon abusive. Il a donc été prescrit la publication de cette décision dans “ Le Monde ”.

S'agissant des pratiques illicites dans le domaine du déménagement des militaires, le Conseil a cru bon de porter à la connaissance des personnels militaires (décision n° 99-D-50), lesquels négocient directement avec les entreprises, le caractère illicite de certaines pratiques et les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises qui s'y prêtent par le biais de la publication de cette décision dans le magazine “ Armée d'aujourd'hui ”.

Il convient par ailleurs de préciser que, selon la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (1^{re} ch. section h, 15 juin 1999 SA Soc. Canal Plus c/ SNC Télévision par satellite), la diffusion par le Conseil d'un communiqué de presse annonçant la prononcé de sa décision ne constitue pas une mesure de publication au sens de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

**TROISIÈME PARTIE
ANALYSE DES AVIS DU CONSEIL**

Le Conseil a rendu vingt-deux avis en 1999, qui se répartissent de la manière suivante : quatre concernant des avis donnés au ministre chargé de l'économie sur des opérations de concentration, sur le fondement des dispositions du titre V de l'ordonnance, quatre concernant des décrets de réglementation des prix, pris sur le double fondement des articles 1^{er} et 5, onze portant sur des questions générales de concurrence sur le fondement de l'article 5, deux concernant des projets de textes législatifs ou réglementaires sur le fondement de l'article 6, deux sur le fondement de l'article 26 qui permet aux juridictions d'instruction et de jugement d'interroger le Conseil, et enfin, deux sur le fondement des dispositions de la loi de réglementation des télécommunications, à la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications. Le Conseil ne commente dans le présent rapport que les avis pour lesquels il est habilité à le faire. En particulier, les avis que le Conseil rend au ministre sont soumis à des conditions de publication particulières (cf. chapitre II ci-dessus). Par ailleurs, les avis rendus aux juridictions en application de l'article 26 ne sont pas publiés par le Conseil avant que les jugements concernés ne soient rendus. Le présent rapport ne commente donc pas les deux avis précités.

**Chapitre Ier
Les concentrations**

Sur les quatre opérations seulement qui ont été soumises au Conseil en 1999, trois ont fait l'objet d'une décision ministérielle explicite, à laquelle était annexé l'avis du Conseil, deux d'entre elles ayant fait l'objet d'un arrêté du ministre enjoignant aux entreprises de renoncer à l'opération. Ces avis, qui seront analysés ci-après, concernent l'acquisition de la société Vicarb par la société Alfa Laval Holding AB, l'acquisition de la société Proteg par la société Securitas AB, l'acquisition par les sociétés Koramic et Wienerberger des sociétés Migeon SA et Bisch SNC et l'acquisition par la société The Coca-Cola Compagny des actifs du groupe Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque Orangina.

L'examen d'une opération de concentration conduit le Conseil, en premier lieu, à s'assurer que cette opération entre dans le champ d'application du titre V de l'ordonnance et, en second lieu, à

apprécier si l'opération porte atteinte ou risque de porter atteinte à la concurrence et si la contribution qu'elle apporte, le cas échéant, à l'économie est suffisante pour compenser cette atteinte.

A. - Le caractère contrôlable de l'opération

1. La nature de l'opération *(art. 39 de l'ordonnance)*

Aux termes de l'article 39 de l'ordonnance : “ La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante ”.

Le Conseil a considéré que les quatre opérations soumises à son examen en 1999 constituaient une concentration au sens de l'article 39 :

- dans le premier dossier (cf. note 63) , la société Alfa Laval Holding AB, société du groupe suédois Tetra Laval, avait acquis la totalité des actions des sociétés constituant le groupe Vicarb, ce qui lui permettait d'exercer une influence déterminante sur ces sociétés ;
- dans la seconde opération (cf. note 64) , la société Securitas AB avait acquis la quasi-totalité des actions de la société Proteg, ce qui lui permettait d'exercer une influence déterminante sur cette société ;
- dans le troisième dossier (cf. note 65) , la société Wiekor invest NV avait acquis la quasi-totalité de la société Bisch SNC, et la totalité du capital de la société Migeon SA. Etant donné que Wiekor invest NV était une filiale commune des sociétés Koramic et Wienerberger Industriel, l'opération permettait à ces deux sociétés de contrôler intégralement Bisch SNC et Migeon SA ;
- le quatrième dossier (cf. note 66) concernait un accord conclu entre les sociétés The Coca-Cola Company et Pernod Ricard dont l'objet était de transférer à la première des droits de la société Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque Orangina emportant donc “ transfert de propriété sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ”.

2. Les seuils de part de marché et de chiffre d'affaires *(art. 38 de l'ordonnance)*

Lorsqu'elle satisfait aux conditions énoncées par l'article 39 de l'ordonnance, une opération de concentration, pour être contrôlable, doit encore répondre à l'une des deux conditions fixées par l'article 38 de l'ordonnance.

Il faut, en effet, que les entreprises qui sont parties à l'acte ou qui en sont l'objet, ou encore qui leur sont économiquement liées, aient :

- soit réalisé ensemble plus de 25 % des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services substituables ou sur une partie substantielle d'un tel marché ;
- soit totalisé un chiffre d'affaires hors taxes de plus de sept milliards de francs, à condition que deux au moins des entreprises parties à la concentration aient réalisé un chiffre d'affaires d'au moins deux milliards de francs.

a) La condition de part de marché **La détermination des marchés pertinents**

Pour déterminer le chiffre d'affaires réalisé ou la part de marché détenue par l'entreprise, le Conseil procède tout d'abord à la détermination du ou des marchés pertinents ; cette détermination, nécessaire tant pour vérifier que la condition de part de marché en valeur relative est remplie que pour apprécier, par la suite, les conséquences de l'opération, a parfois été l'occasion d'un débat.

Concernant les groupes Alfa Laval et Vicarb (cf. note 67) , leur activité commune porte sur la fabrication, la distribution et le service après-vente de différents types d'échangeurs thermiques.

Le Conseil a retenu deux marchés distincts : celui des échangeurs à plaques et celui des échangeurs tubulaires. En effet, en dépit de l'élément commun que constitue leur fonction d'échange de chaleur entre plusieurs fluides, les différents échangeurs thermiques présentent des caractéristiques distinctes et des conditions d'utilisation différentes qui ne les rendent, du point de vue de l'utilisateur, que partiellement substituables. Ainsi, les échangeurs multitubulaires peuvent, en principe, être utilisés dans la plupart des cas, notamment à des pressions et des températures élevées. Ils ne sont cependant pas susceptibles de répondre de manière satisfaisante aux besoins de certaines industries utilisatrices, compte tenu notamment de leur caractère volumineux et de leur faible rendement. En revanche, les échangeurs à plaques et joints ne sont pas en mesure de répondre aux besoins des industries utilisatrices dont les échanges de chaleur se font à haute

température, à de fortes pressions ou entre des liquides corrosifs. Par ailleurs, de nombreux utilisateurs mettent en avant la compacité comme élément de différenciation des échangeurs à plaques. Ces éléments ont donc été retenus par le Conseil pour distinguer deux marchés.

Pour ce qui est du dossier des sociétés Proteg et Securitas AB (cf. note 68) , le Conseil a considéré que quatre marchés étaient concernés : celui de la surveillance par agent, celui de la télésurveillance, celui de l'électronique de lutte contre la malveillance et celui du transfert de fonds, ce dernier étant suffisamment distinct des trois autres pour ne pas justifier une analyse spécifique.

En effet, la télésurveillance se distingue de la surveillance par agent par le fait que la prestation de surveillance est assurée, non pas sur le site à protéger, mais à distance, par l'intermédiaire d'une centrale de télésurveillance : un même agent peut donc suivre un grand nombre de sites ; il en résulte que le prix d'une prestation de télésurveillance est très inférieur au prix d'une prestation de surveillance par agent.

Par ailleurs, les modalités de gestion des informations reçues par une centrale de télésurveillance ne s'accompagnent pas nécessairement d'une intervention sur le site concerné mais peuvent consister à prévenir les forces de police ou de gendarmerie.

Enfin, le critère de la rapidité de l'intervention humaine permet de distinguer nettement les prestations de surveillance par agent des prestations de télésurveillance et de patrouilles mobiles.

A cet égard, le Conseil notait que les dépenses réalisées par les utilisateurs de services de télésurveillance avaient augmenté au cours des dernières années, alors que les dépenses des utilisateurs de services externes de surveillance par agent avaient diminué d'environ 5 % en valeur depuis 1991. Pour autant, il n'y avait pas eu de transfert significatif de la demande de surveillance par agent au profit de la télésurveillance, ce que l'importance de l'écart de prix entre ces deux types de prestations aurait dû, si elles étaient pleinement substituables, inciter les utilisateurs à effectuer.

Pour le quatrième marché, le Conseil a considéré que, si les équipements électroniques de lutte contre la malveillance ont également pour objet d'assurer la surveillance des locaux et si les systèmes de détection d'intrusion peuvent, le cas échéant, être raccordés à une centrale de télésurveillance, ces équipements une fois installés ne s'accompagnent d'aucune intervention humaine.

Dans l'opération concernant les sociétés Tuileries de Pontigny Aléonard, Terca France et Sturm SA, filiales françaises des sociétés Koramic et Wienerberger, et les sociétés Migeon SA et Bisch SNC, filiales françaises de la société Laufen, le secteur concerné était celui de la fabrication et de la distribution de tuiles et de briques en terre cuite (cf. note 69) .

Le Conseil a distingué, d'une part, les marchés des éléments de structure qui sont régionaux ; en Alsace, un marché spécifique des briques de structure en terre cuite a pu être isolé ; et, d'autre part, celui des tuiles béton et terre cuite dont le périmètre géographique est le quart nord-est de la France.

Pour ce faire, il a considéré que les briques de structure, d'une part, et les briques de façade, d'autre part, ne peuvent être fabriquées dans les mêmes unités de production, en raison de méthodes de fabrication différentes. Par ailleurs, les briques de structure sont utilisées dans la construction des parties principales du gros œuvre (murs extérieurs, cloisons intérieures, planchers) alors que les briques de façade sont utilisées pour la décoration et l'isolation des façades extérieures.

Les matières premières, les procédés de fabrication, les usines et les coûts de production des briques de structure sont très différents de ceux des autres matériaux de construction : le coût de construction d'une unité de production de briques en terre cuite est beaucoup plus élevé que celui d'une unité de production de parpaings en béton aggloméré. L'analyse du Conseil rejoignait, à cet égard, celle de la Commission des Communautés européennes, notamment dans sa décision du 18 juin 1996 relative à la concentration Creditanstalt, Koramic, Wienerberger (1996).

C'est sur le marché géographique de la brique en Alsace que s'est concentrée l'analyse du Conseil.

Plus spécifiquement, le Conseil a estimé que la brique est utilisée, en Alsace, de façon privilégiée dans la construction de tous les types de logements et que les briques utilisées, en Alsace, pour la construction des murs extérieurs, sont des briques à perforations verticales, dont la résistance et les performances climatiques sont meilleures que celles des briques de petit format à perforations horizontales encore largement utilisées dans les autres régions françaises. Il a également noté qu'en dépit d'un différentiel de prix favorable, les parpaings ne constituent, en Alsace, que 12 % des matériaux utilisés dans la construction des maisons individuelles, contre 71 % sur l'ensemble de la France, ce qui tient au poids de la tradition sur les modes de construction.

La spécificité du marché alsacien était également confirmée par l'analyse des flux d'échanges de la brique entre cette région et les régions limitrophes, en France et en Allemagne.

Le Conseil a donc défini en Alsace un marché spécifique des briques de structure en terre cuite, distinct de celui des autres matériaux de construction de structure.

Examinant le secteur des matériaux de couverture, le Conseil a constaté que l'utilisation de la tuile, d'une part, et des autres types de matériaux de couverture, comme l'ardoise ou le zinc, d'autre part, dépend des traditions régionales et de la taille des bâtiments à couvrir. Dans l'est de la France, la

tuile est traditionnellement utilisée, mais le marché inclut à la fois les tuiles de terre cuite et celles en béton.

Contrairement à la brique, la tuile se transporte sur d'assez longues distances : le marché n'est donc pas limité à une région, mais la zone de commercialisation des producteurs de tuiles installés en Alsace s'étend sur l'ensemble du quart nord-est de la France.

Dans le dossier des sociétés The Coca-Cola Compagny et Pernod Ricard, le Conseil s'est référé à son avis n° 98-A-09 concernant les mêmes marchés.

En effet, le Conseil a considéré, d'une part, que les boissons gazeuses sans alcool (BGSA) devaient être distinguées des autres boissons rafraîchissantes sans alcool en raison de leurs caractéristiques physiques, des habitudes de consommation et des données relatives aux prix et, d'autre part, que les BGSA au goût de cola devaient être distinguées des autres BGSA en raison de la spécificité de leur goût, de leur origine et de leur image particulière aux yeux des consommateurs. Ainsi, le Conseil a considéré que les BGSA autres que les colas appartenaient au même marché de produits.

Le Conseil a ensuite segmenté les marchés en constatant que ces boissons sont distribuées sur l'ensemble du territoire français, soit dans les magasins alimentaires, soit dans les cafés, hôtels, restaurants et autres collectivités.

La consommation " hors foyer " présente des caractéristiques spécifiques, en raison des prestations qui l'accompagnent et de contraintes particulières d'espace. Du point de vue du consommateur, l'achat d'une boisson dans le circuit hors foyer procède donc d'une démarche différente de l'achat du même produit dans le circuit alimentaire.

Le Conseil en a conclu que les marchés nationaux concernés par l'opération étaient, d'une part, le marché des BGSA autres que les colas vendues dans les magasins alimentaires et, d'autre part, celui de ces mêmes boissons vendues dans les cafés, hôtels, restaurants et autres établissements de consommation hors foyer.

b) Les seuils de part de marché

Après avoir défini le ou les marchés pertinents, le Conseil a examiné si le seuil de marché fixé par l'article 38 de l'ordonnance était atteint :

- pour la concentration Alfa Laval et Vicarb (cf. note 70) , le Conseil a relevé que, sur le marché des échangeurs à plaques, le groupe Alfa Laval détenait une part de 19,5 % et le groupe Vicarb une part de 9,8 %, soit, ensemble, une part de 29,3 % ;

- il en était de même pour les groupes Proteg et Protectas (cf. note 71) qui détenaient en 1997 respectivement 19,9 % et 9 % du marché de la surveillance par agent : le nouvel ensemble détenait près de 29 % dudit marché ;

- pour ce qui est de l'opération relative aux briques et tuiles d'Alsace (cf. note 72) , le Conseil a rappelé que le " marché national de biens, produits ou services substituables " visé par l'article 38 n'est pas nécessairement un marché s'étendant à l'ensemble du territoire national. Ainsi, les caractéristiques de coût de transport, ainsi que de celles de l'offre et de la demande correspondantes peuvent déterminer des marchés s'étendant sur des aires géographiques de tailles plus restreintes que le territoire national.

Il a alors indiqué que, lorsque les biens, produits ou services concernés par une opération de concentration sont échangés sur une pluralité de marchés nationaux, de taille régionale ou locale, il suffit que les entreprises parties à l'opération détiennent plus de 25 % de part de marché sur un seul d'entre eux pour que l'opération soit considérée comme une concentration contrôlable. Si, au contraire, le marché pertinent s'étend sur une zone qui dépasse le territoire national, le dépassement du seuil de 25 % doit être évalué sur la partie de ce marché qui correspond au territoire national. Enfin, lorsque le seuil n'est dépassé sur aucun des marchés pertinents, une opération peut cependant être réputée contrôlable lorsque le dépassement intervient sur une " partie substantielle " d'un de ces marchés nationaux, c'est-à-dire sur une zone plus petite que l'aire, quelle qu'elle soit, couverte par ce marché, à la condition que les transactions qui s'effectuent dans cette zone, portant sur les mêmes produits ou services que ceux qui s'échangent sur le marché pertinent, exercent un effet direct sur les prix et conditions de vente de l'ensemble de ce marché et en déterminent l'évolution.

Ayant ainsi rappelé ses critères d'analyse, le Conseil a estimé les sociétés Tuileries de Pontigny Aléonard, Terca France et Sturm SA, filiales françaises des sociétés Koramic et Wienerberger, et les sociétés Migeon SA et Bisch SNC, filiales françaises de la société Laufen, réunissaient, sur le marché des briques de structure en terre cuite en Alsace, la totalité des unités de production et que, dès lors, le seuil de 25 % était dépassé.

- en 1998, la société Orangina France détenait une part de 20,8 % sur le marché des BGSA autres que les colas destinées à la consommation à domicile et que le groupe Coca-Cola détenait une part de 11,9 % sur ce même marché. A l'issue de l'opération envisagée, ce groupe en aurait détenu

32,7 %. La société Orangina France détenait également une part de 33,5 % sur le marché des BGSA autres que les colas destinées à la consommation hors foyer et le groupe Coca-Cola en détenait une part de 23,9 % : à l'issue de l'opération, le groupe aurait détenu un portefeuille de marques représentant plus de 57 % de ce marché. Enfin, le groupe Coca-Cola détenait 84 % du marché des colas destinés à la consommation à domicile et près de 91 % du marché des colas destinés à la consommation hors foyer. En conséquence, l'opération était contrôlable par le Conseil de la concurrence au regard de l'article 38 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

c) Les conditions de chiffres d'affaires

Aucune des concentrations examinées en 1999 ne remplissait le critère relatif au seuil de chiffre d'affaires.

B. - Bilan concurrentiel et bilan économique

Lorsqu'une opération est contrôlable, le Conseil doit, en application de l'article 41 de l'ordonnance, apprécier si le projet de concentration ou la concentration comporte des risques pour la concurrence et, en cas de réponse affirmative, si la contribution qu'elle apporte au progrès économique est suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Il doit, dans cette analyse, tenir compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale.

Le Conseil établit, dans un premier temps, un bilan concurrentiel de l'opération, c'est-à-dire qu'il détermine si l'opération risque de porter atteinte à la concurrence, soit par les modifications qu'elle entraîne dans la structure du marché, soit par les changements de comportement qu'elle peut induire. Si le Conseil estime que l'opération n'est pas de nature à restreindre l'exercice de la concurrence, c'est-à-dire si le bilan concurrentiel est positif (l'opération étant de nature à stimuler la concurrence) ou neutre (sans incidence prévisible sur la concurrence), son analyse est achevée. En revanche, s'il estime que l'opération présente un bilan concurrentiel négatif (restriction vraisemblable de l'exercice de la concurrence), le Conseil doit alors établir un bilan économique et examiner si la contribution éventuelle de l'opération au progrès économique est de nature à compenser les atteintes prévisibles à la concurrence.

Dans cette hypothèse, il examine, sur le ou les marchés concernés, les conséquences économiques de l'opération - non seulement pour les entreprises en cause pour lesquelles il existe une forte présomption qu'elles seront favorables - mais au regard de l'économie dans son ensemble, notamment pour les consommateurs.

Deux cas peuvent alors se présenter : les conséquences favorables sont insuffisantes pour compenser les atteintes à la concurrence ou bien les conséquences favorables paraissent suffisamment étendues pour compenser les atteintes à la concurrence telles que les a appréciées le Conseil.

Le bilan concurrentiel établi lors de l'examen de l'acquisition de la société Vicarb par la société Alfa Laval Holding AB (cf. note 73) n'a pas fait apparaître de risque d'atteinte à la concurrence.

Le Conseil a d'abord observé que l'opération se traduisait par la disparition d'un intervenant important sur le marché national des échangeurs thermiques à plaques. Cependant, sur le marché national, les autres fournisseurs étaient principalement les groupes multinationaux GEA, Swep et APV, d'importance comparable au groupe Alfa Laval, et disposaient d'une large gamme de produits, de nature à satisfaire l'ensemble des besoins des utilisateurs.

Ainsi, pour l'ensemble du secteur des échangeurs thermiques, la part des importations était, en 1997, de 26 % de la consommation. Celle des exportations était de 51 % de la production.

Enfin, le Conseil a pris en considération le fait qu'une majorité des utilisateurs interrogés avaient répondu qu'il existait d'autres fournisseurs que les parties à la concentration.

A l'argumentation selon laquelle, le marché étant tel que " Les fabricants doivent innover en permanence ", l'opération entraînerait un renforcement de la position d'Alfa Laval, le Conseil a répondu que, même si le rachat d'un produit couvert par un brevet sur un marché où l'innovation est permanente pouvait être de nature à renforcer la puissance de marché de l'acquéreur, il conviendrait, en outre, qu'il soit établi que les conditions de la concurrence en soient affectées sur le marché sur lequel opèrent les parties à la concentration. En l'espèce, les technologies de base et la plupart des adaptations ou aménagements étaient dans le domaine public.

Le Conseil s'est également interrogé sur le fait que la puissance d'achat du nouveau groupe pourrait lui permettre d'obtenir des conditions d'achat des matières premières plus favorables que celles que peuvent obtenir les entreprises françaises de taille moindre. Le Conseil a, cependant, relevé que les achats totaux annuels de matières premières des deux groupes sur les marchés secondaires ne représentaient que des quantités marginales, 0,012 % pour l'acier au carbone, 0,14 % pour l'acier inoxydable, 0,19 % pour les alliages de nickel et 3,52 % pour le titane, et que, dès lors,

l'opération de concentration ne modifierait pas la puissance d'achat du groupe Alfa Laval (cf. note 74)

Quant aux contributions au progrès économique, le Conseil a été d'avis que le projet de renforcer le pôle de Vicarb, situé à Fontanil près de Grenoble, en y investissant de façon à promouvoir la recherche et l'exportation, était de nature à lui permettre d'élargir sa clientèle et, ainsi, d'améliorer sa compétitivité au regard de la concurrence internationale.

Le Conseil a également considéré, dans le dossier concernant la concentration Proteg/Securitas AB (cf. note 75), que cette opération ne portait pas atteinte à la concurrence.

Certes, à l'issue de l'opération, la société Securitas AB contrôlait les deux principaux intervenants sur le marché de la surveillance par agent, le groupe Proteg et le groupe Protectas, et le nouvel ensemble détenait environ 29 % dudit marché et devenait le seul acteur d'envergure nationale.

Mais le Conseil a estimé que l'activité de surveillance par agent est essentiellement une activité de main d'œuvre, ce qui limite les possibilités d'économies d'échelle. De plus, à la différence d'autres secteurs de l'économie, comme la distribution de produits ou de services à destination des consommateurs, la commercialisation de services de surveillance par agent n'implique pas nécessairement de disposer d'un réseau d'agences implantées à proximité des clients. Par ailleurs, ce marché est essentiellement un marché de renouvellement.

Sur le marché de la télésurveillance, la part de marché du nouvel ensemble (11,5 %) demeurerait très inférieure à celle du premier intervenant, le groupe américain Tyco, qui, à lui seul, en détenait 45 %.

Il en était de même du marché de l'électronique de lutte contre la malveillance, dont le nouveau groupe ne détenait que 3 %.

Le Conseil a cependant analysé, sur les différents facteurs susceptibles de renforcer la puissance de marché du nouveau groupe, en particulier, le fait que " les groupes Proteg et Protectas seraient les seuls à proposer l'ensemble des prestations de sécurité, et quasiment les seuls à disposer des certifications (ISO 9002) nécessaires pour répondre aux appels d'offres européens et à posséder la capacité financière pour investir en recherche-développement et en publicité ".

Il a constaté que d'autres groupes étaient également à même de fournir une gamme étendue de services, notamment les groupes Sicli, Brink's, Tyco et Ardial, et que les clients importants s'efforcent de répartir leurs besoins entre plusieurs opérateurs.

Par ailleurs, le Conseil a été d'avis que la norme internationale ISO 9002 d'assurance qualité était indépendante de tout secteur industriel ou économique particulier et ne se substituait donc pas aux exigences techniques propres au produit ou au service concerné.

Enfin, le Conseil a observé que les sociétés Protectas et Proteg pouvaient bénéficier du soutien financier de leur société mère, la société Securitas AB, et disposaient de possibilités d'investissement supérieures à celles de la plupart des entreprises du secteur. Cependant, elles n'étaient pas les seules à être adossées à des groupes puissants, alors que la recherche-développement et la publicité ne requièrent pas de moyens importants sur les marchés de la surveillance par agent et de la télésurveillance.

Dans le dossier concernant le secteur des briques et tuiles en Alsace (cf. note 76), le Conseil a d'abord constaté que le nouvel ensemble, filiale du groupe Koramic-Wienerberger, assurait désormais la totalité de la production des briques de structure en terre cuite en Alsace et réalisait la quasi totalité des ventes en volume sur ce marché.

De plus, compte tenu de l'attachement des utilisateurs alsaciens aux qualités de la brique en terre cuite, la sensibilité de la demande de produits en béton à une hausse du prix de la brique paraissait être faible.

Enfin, les producteurs de briques de structure en terre cuite allemands n'avaient pas augmenté de façon significative leurs exportations en Alsace en dépit de la baisse des prix du marché des matériaux de construction en Allemagne constatée depuis déjà cinq ou six ans.

Ainsi, le Conseil a considéré que la pénétration du marché des briques de structure en Alsace se heurtait à des obstacles durables, ce qui pouvait avoir pour conséquence que le nouvel ensemble issu de la concentration détiendrait pour longtemps le quasi monopole de l'offre et serait ainsi en mesure de pratiquer des prix supérieurs à ceux résultant du fonctionnement d'un marché concurrentiel. Compte tenu, de plus, du risque d'appauvrissement des gammes de produits offerts, le Conseil a été d'avis que l'opération en cause était de nature à porter atteinte à la concurrence.

S'agissant de l'opération Coca-Cola/Orangina (cf. note 77), le Conseil a d'abord estimé que le fait que la société The Coca-Cola Company se soit lancée dans une acquisition de dimension mondiale, en rachetant les marques de boissons de Cadbury Schweppes dans de nombreux pays, était sans incidence sur l'opération qui lui était soumise.

Certes, l'accord initial conclu entre TCCC et Cadbury Schweppes comportait une clause aux termes de laquelle le groupe Cadbury Schweppes s'interdisait de vendre des marques ou des éléments d'actifs à un concurrent majeur de TCCC. Cette clause aurait pu avoir pour effet d'empêcher

le groupe PepsiCo, principal concurrent du groupe Coca-Cola, d'acquérir les marques de boissons du groupe Cadbury Schweppes dans les pays non concernés par l'opération, dont la France.

Cependant l'accord conclu entre TCCC et Cadbury Schweppes avait été modifié par un avenant aux termes duquel TCCC ne procéderait à l'achat d'aucune des marques, des activités et des actifs du groupe Cadbury Schweppes dans l'Union européenne (à l'exception du Royaume-Uni, de l'Irlande et de la Grèce), en Norvège et en Suisse.

S'il était vraisemblable que la gestion des marques et le développement technique des produits imposeraient une coordination au niveau mondial entre TCCC et Cadbury Schweppes, notamment en ce qui concerne la promotion de la marque, cette circonstance ne permettait pas, à elle seule, de conclure à l'absence d'indépendance de la filiale française de Cadbury Schweppes vis-à-vis de TCCC mais pouvait, au contraire, être de nature à renforcer sa compétitivité sur le marché français.

Au contraire, le Conseil a estimé que l'opération portait préjudice à la concurrence sur le marché des BGSA, autres que les colas, destinées à la consommation hors foyer.

Pour ce faire, et outre les parts de marché très importantes détenues par le groupe, le Conseil a pris en compte les contraintes d'espace des distributeurs, contraintes qui les conduisent généralement à ne sélectionner qu'une seule marque pour chaque variété de BGSA : dans chaque catégorie de BGSA, une marque de grande notoriété, faisant l'objet d'une demande forte et spontanée des consommateurs, est préférentiellement choisie. Il en résulte que la position des marques de premier plan est plus solidement établie sur ce marché que sur celui des BGSA destinées à la consommation à domicile. Or, "Orangina" représentait plus de 33,5 % des ventes en volume de BGSA autres que les colas destinées à la consommation hors foyer, et "Coca-Cola" représentait près de 91 % des ventes de colas dans les circuits de la consommation hors foyer.

Par ailleurs, les offreurs de BGSA ont intérêt, en s'appuyant sur la demande spontanée de leurs produits dont les marques sont les plus notoires, à faire porter les efforts de leurs équipes commerciales sur la vente des marques les moins notoires de leur gamme et sur celle qui sont le plus directement concurrencées par des marques d'un autre groupe : la détention d'une marque considérée comme incontournable permet aux offreurs de BGSA d'inciter leurs clients à compléter leur gamme en achetant les boissons du groupe positionnées sur les autres segments du marché, ce qui conditionne l'existence d'une concurrence active au fait que chacun des groupes présents sur le secteur dispose d'une marque considérée comme incontournable.

Certes, la société TCCC avait, dans le cadre du nouveau projet d'acquisition, pris divers engagements.

En premier lieu, la société TCCC s'engageait à ne pas commercialiser les boissons "Orangina" dans le "circuit hors foyer" pendant une durée de dix ans et à accorder à un "tiers indépendant" une licence exclusive pour la commercialisation et la distribution de ces produits pendant cette période.

TCCC s'engageait aussi sur les prix d'approvisionnement du licencié en concentré pendant toute la durée de la licence et sur une promotion publicitaire et commerciale d'Orangina pendant au moins dix ans.

La société Pernod Ricard proposait que le "tiers indépendant" chargé d'assurer la distribution des produits Orangina suive sa filiale CSR Pampryl, qui commercialise déjà des jus de fruits, du cidre, du calvados et des boissons pour enfants.

La société TCCC confirmait également qu'elle appliquerait pour ses activités en France l'engagement donné en 1989 par The Coca-Cola Export Corporation à la Commission des communautés européennes, selon lequel le groupe Coca-Cola n'exigerait des clients ni qu'ils achètent des produits "Orangina" comme condition pour obtenir des produits "Coca-Cola", ni qu'ils achètent des produits "Coca-Cola" comme condition pour obtenir des produits "Orangina", ni encore qu'ils achètent une boisson correspondant à l'une ou l'autre de ses autres marques comme condition pour obtenir des produits "Orangina" et/ou "Coca-Cola".

Cependant, ces engagements, pour lesquels TCCC acceptait un contrôle du ministre chargé de l'économie, n'étaient pas, à eux seuls, susceptibles d'éviter les inconvénients relevés par le Conseil dans son précédent avis.

En effet le projet d'accord de licence ne se bornait pas à prévoir, de manière légitime, que TCCC disposerait du droit exclusif de contrôle nécessaire pour s'assurer que le licencié ne porte pas atteinte au caractère distinctif, à la force et au "goodwill" de la marque "Orangina". Il stipulait, en outre, la création d'un comité de pilotage des politiques et des décisions concernant le marketing, y compris les promotions sur les ventes et le positionnement commercial de la marque et des produits Orangina. Ainsi, TCCC membre du comité aurait participé à la gestion de la marque Orangina sur le marché hors foyer. Les informations fournies par le tiers licencié auraient pu favoriser, de la part de TCCC, une politique commerciale sur les marques "Sprite" et "Fanta" corrélée avec celles pratiquée sur la marque "Orangina" par le tiers licencié. Dans ces conditions, le dispositif proposé ne garantissait pas le maintien de deux concurrents réellement indépendants sur le marché concerné.

Chapitre II

Les autres avis

Le Conseil ne peut faire état que des avis qui ont été publiés. Il convient à cet égard de rappeler que, conformément aux dispositions de l'article 10 du décret du 29 décembre 1986, pris pour l'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

- les avis rendus en application de l'article 1^{er} (projets de décret réglementant les prix) et de l'article 6 (projets de texte instituant des régimes restrictifs de concurrence de l'ordonnance) sont publiés avec les textes auxquels ils se rapportent. Un avis rendu en 1998 sur la base de l'article 6 sera commenté dans le présent rapport, sa publication étant intervenue en 1999 ;
- les avis rendus en application de l'article 5 (questions générales de concurrence posées au Conseil) et destinés à une commission parlementaire ou au Gouvernement peuvent être publiés par leur destinataire ou, avec l'accord de ce dernier, par le Conseil de la concurrence, celui-ci pouvant publier de sa propre initiative les avis demandés par d'autres personnes. Compte tenu de ces dispositions, dix avis rendus sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sont analysés dans le présent rapport.

A. - Avis rendus sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance et d'autres dispositions

Au cours de l'année 1999, le Conseil a été conduit à examiner, à la demande du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, trois projets de loi importants et à analyser les problématiques de concurrence sous-jacentes : il s'agissait de la réforme des marchés publics, du projet de loi audiovisuel et de la loi de transposition de la directive gaz. Ces avis n'ayant pas fait encore l'objet d'une publication, ils ne seront pas commentés dans le présent rapport.

Le Conseil a également répondu à des questions plus ponctuelles portant sur le fonctionnement de la concurrence dans des secteurs très variés, que ce soit à la demande du ministre ou d'associations professionnelles. Enfin, il a rendu deux avis à l'Autorité de régulation des télécommunications, sur la base des dispositions spécifiques du code des télécommunications.

1. Le Conseil a été saisi par la Fédération française des pétroliers indépendants (FFPI) (cf. note 78) des modalités d'application de la loi n° 92-1443 du 31 décembre 1992 portant réforme du secteur pétrolier. La FFPI souhaitait que le Conseil dresse un bilan, au regard du droit de la concurrence, de l'application de cette loi.

La saisine critiquait certains des aspects du système de constitution des stocks stratégiques de produits pétroliers tel qu'il résulte d'un ensemble de dispositions législatives et réglementaires et, principalement, l'uniformité des obligations imposées aux différents opérateurs, ainsi que la possibilité pour certains d'entre eux de consentir des mises à disposition de produits pétroliers tant à d'autres opérateurs, qui sont leurs concurrents sur les marchés aval, qu'à l'organisme central de stockage, le CPSSP. L'essentiel des critiques de la FFPI reposait sur la confusion qui existerait, pour partie, entre le stock outil des opérateurs et les stocks stratégiques.

Le Conseil a analysé les effets potentiels de l'uniformité des obligations et de la procédure de mise à disposition sur le fonctionnement de la concurrence sur les marchés concernés sans porter d'appréciation sur les choix du législateur et du Gouvernement en faveur d'un système de stockage comportant une partie mise à la charge d'un organisme centralisé et une partie laissée à la charge des opérateurs.

Le Conseil a constaté qu'il n'y avait pas, au niveau européen, de modèle unique de système de stockage stratégique : l'objectif de sécurité d'approvisionnement recherché par le système de stockage stratégique peut donc être atteint de plusieurs manières.

Le Conseil a relevé que le respect par les opérateurs des obligations en matière de stocks stratégiques n'était pas contesté, mais qu'il était vraisemblable qu'une partie au moins du stock outil se trouve de facto incluse dans le stock stratégique des raffineurs et/ou dans celui qui est constitué sous la forme de mises à disposition au profit d'autres opérateurs ou du CPSSP.

Du point de vue des effets potentiels sur le fonctionnement de la concurrence d'un éventuel recouvrement entre les deux catégories de stocks, le Conseil a indiqué qu'en raison de la spécificité de leurs activités, les raffineurs et les distributeurs détiennent des niveaux de stocks très dissemblables. Dès lors, l'obligation uniforme de stockage stratégique ne représente pas en pratique la même charge pour les différents types d'opérateurs. En effet, les raffineurs sont exonérés d'une partie de la charge supplémentaire induite par l'obligation de stockage stratégique, car ils peuvent s'acquitter partiellement de cette obligation par l'affectation de tout ou partie de leur stock outil, alors que les distributeurs indépendants, qui ne disposent que d'un stock outil beaucoup plus limité, ne peuvent faire de même.

La loi du 31 décembre 1992 a défini le principe des mises à disposition effectuées entre

opérateurs et rémunérées par eux ou par l'intermédiaire du CPSSP et rémunérées par lui mais financées par les redevances des opérateurs. Cette possibilité peut être de nature à faciliter le maintien des petits opérateurs sur le marché. Des économies d'échelle peuvent être réalisées par les opérateurs disposant de grosses capacités de stockage et qui en mettent une partie à disposition d'autres opérateurs. Le coût de ces mises à disposition peut, dès lors, être inférieur à celui qui résulterait de l'obligation pour les petits opérateurs de constituer et d'entretenir des capacités de stockage supérieures à celles résultant des strictes nécessités de leur activité commerciale. Le Conseil a donc été d'avis que ce principe n'était pas de nature à fausser la concurrence sur les marchés concernés, ce que la diminution du nombre des petits dépôts semblait conforter.

Le Conseil a également analysé l'affectation potentielle de la concurrence au stade de la distribution : dans l'hypothèse où les sociétés de raffinage exerceraient directement une activité de distribution, ces mises à disposition seraient de nature à fausser la concurrence sur les marchés aval des carburants et du fioul domestique, dans la mesure où elles font supporter des charges supplémentaires aux indépendants par rapport aux raffineurs.

Interrogé sur la faculté de substituer du pétrole brut aux autres produits pétroliers, le Conseil a estimé que, dans l'hypothèse d'une confusion entre stock outil et stocks stratégiques, elle favorisait les raffineurs qui se trouvent dans la nécessité d'en détenir pour les besoins de leur activité. Le stockage de pétrole brut au lieu et place des autres produits présente en lui-même des avantages spécifiques : il s'agit d'un produit moins cher que les produits raffinés, qui " vieillit " moins mal que ceux-ci, qui n'est pas susceptible d'être atteint par les modifications des spécifications affectant la composition des carburants et est moins sensible aux variations de la demande finale. Ces avantages sont apparus de nature à réduire le coût total du stockage des produits pétroliers et les risques financiers qui lui sont attachés. A contrario, l'arrêté du 7 avril 1997 qui limite la possibilité pour le CPSSP de recourir au pétrole brut pour la couverture de son obligation peut alourdir les contraintes pesant sur cet organisme et, par conséquent, le montant de la redevance facturée aux opérateurs.

Le Conseil a surtout rappelé que la directive n° 98-93 du 14 décembre 1998 incite les Etats membres à répondre à la demande de transparence des opérateurs sur les coûts de stockage. Il estime que les opérateurs français disposent à cet égard d'éléments de référence avec les coûts de stockage de la SAGESS qui sont connus au travers des comptes de cette société et de ceux du CPSSP. Le Conseil a considéré que la mise en œuvre de ce volet de la directive était de nature à répondre en partie aux interrogations des opérateurs indépendants sur la réalité des charges pesant sur les raffineurs.

2. Le Conseil a également examiné une demande d'avis formulée par la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère (cf. note 79) portant sur le comportement d'un établissement particulier, la Régie des voies ferrées du Dauphiné.

Les questions posées au Conseil concernaient, à titre principal, les conséquences sur la concurrence de l'importation, rapportée à son chiffre d'affaires annuel, de la subvention de fonctionnement que peut recevoir annuellement une régie de transport.

Le Conseil a noté que la loi d'orientation des transports intérieurs et son décret d'application relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes permettent expressément l'exécution des services de transports publics de personnes en régie par une personne publique, sous forme d'un service public industriel et commercial. Cette personne publique peut être soit dotée de la seule autonomie financière et disposer d'un budget annexe à celui de la collectivité territoriale concernée, soit constituée en établissement public à caractère industriel et commercial. Dans ce cas, les règles budgétaires applicables, conformément aux dispositions de l'article 16 du décret n° 85-891 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes, sont celles établies pour les collectivités territoriales. La subvention d'équilibre qu'un Conseil général peut accorder à sa régie de transport s'inscrit ainsi dans le dispositif du code général des collectivités territoriales. La comptabilité d'une régie de transport est tenue conformément au plan comptable applicable à la matière et soumise aux règles de la comptabilité publique.

L'une des conséquences de ces règles financières est que les régies de transport ont des budgets qui doivent être en équilibre, ce qui contraint les collectivités départementales à leur attribuer, en cas de déficit, une subvention d'équilibre dont la nature est différente de celle des subventions accordées aux autres exploitants de lignes régulières. Ceci donne aux régies une grande latitude pour fixer leurs prix ou leurs conditions d'intervention sans mettre leur situation financière en péril.

Ainsi, les régies de transport se trouvent dans des conditions d'exploitation différentes de celles des transporteurs privés mais peuvent se trouver en concurrence avec ceux-ci, soit pour l'attribution de marchés privés, soit pour l'attribution de lignes dans le cadre d'appels à la concurrence organisés en vue d'un marché public.

Le Conseil a considéré que cette différence de situation ne constituait pas en soi une atteinte au droit de la concurrence, car le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas

nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques. Il suppose toutefois qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général.

Sur l'attribution directe de lignes par un département à sa régie, le Conseil a noté que la loi organise l'exercice de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées : l'autorité organisatrice est libre d'assurer elle-même l'exploitation de ses transports ou de la confier à une entreprise publique ou privée ayant passé avec elle une convention à durée déterminée. Il en résulte donc que le département peut cumuler les fonctions d'autorité organisatrice et d'exploitant de services de transport. Le service, que le département se rend à lui-même, ne fait donc pas l'objet d'une offre et d'une demande qui se rencontreraient sur un marché ; la décision d'attribuer des services à la régie n'est pas, dès lors, susceptible d'être critiquée au regard des exigences du droit de la concurrence.

Pour ce qui est des activités de diversification développées par les régies de transport, le Conseil a été d'avis que le versement d'une subvention d'équilibre pourrait sous certaines hypothèses être anticoncurrentiel. En effet, l'utilisation d'une subvention d'équilibre pour financer des activités commerciales de manière à pratiquer des prix bas peut défavoriser des concurrents. Une telle pratique sera, par exemple, considérée comme anticoncurrentielle si la régie occupe une position dominante sur un ou des marchés et si le prix pratiqué sur le marché des transports privés est prédateur, c'est-à-dire susceptible d'empêcher l'accès des concurrents au marché ou de les en exclure.

Enfin, sur l'attribution de lignes à une régie à la suite d'un appel à la concurrence, le Conseil a convenu que la régie peut utiliser la souplesse que lui donne le bénéfice d'une subvention d'équilibre pour proposer des conditions plus avantageuses que celles de ses concurrents. Ainsi, dans ce cas, malgré l'appel à la concurrence, le choix de la régie ne sera pas le plus efficient économiquement pour le département. Toutefois, le droit de la concurrence ne s'oppose pas à ce qu'un demandeur sur un marché privilégie une offre qui n'est pas, pour lui, la plus avantageuse.

Par ailleurs, s'il peut arriver qu'une régie réponde à des appels à la concurrence organisés par des collectivités autres que le département qui l'a instituée, le Conseil est d'avis que dans ce cas le droit de la concurrence s'applique de la même façon aux opérateurs privés et aux régies.

Au total, le Conseil a préconisé que les régies de transport disposent d'une comptabilité analytique qui permette de connaître la rentabilité de leurs différentes activités et la part des subventions affectée à chacune de celle-ci, et que les subventions versées puissent être affectées aux différentes lignes de transport interurbain.

3. Le Conseil général du Nord a interrogé le Conseil sur les procédures de mise en concurrence pour l'attribution de la gestion déléguée des services de transports interurbains et scolaires (cf. note 80) .

Le Conseil a tout d'abord examiné la distinction entre délégation de service public et marché public du point de vue du droit de la concurrence : il a rappelé que l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 s'applique à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de délégation de service public.

Qu'il s'agisse donc de délégation de service public ou de marché public, il appartient aux collectivités publiques de choisir le type de procédure qu'elles souhaitent retenir, mais, ce choix fait, elles ont pour obligation d'observer les règles qui lui sont applicables. Le Conseil a, de plus, fait référence à la position de la Commission de l'Union européenne, qui reconnaît une certaine spécificité aux concessions et autres formes de partenariat public-privé, mais considère que la directive n° 93/38/CEE relative aux marchés passés par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des communications, permet d'analyser les modalités d'octroi des concessions au regard des règles de la concurrence.

Le Conseil général du Nord posait la question du statut de la sous-traitance ou subdélégation au regard des règles de concurrence.

Le Conseil a noté que les concertations et échanges d'informations entre entreprises qui se prévalaient de projets de sous-traitance non aboutis avaient parfois une fin anticoncurrentielle. A ce titre, la sous-traitance pouvait constituer un moyen de mettre en œuvre une entente préalable de répartition d'ensembles de marchés dans un secteur donné.

De même, la subdélégation ne doit pas être un moyen de faire échec à la concurrence en réintroduisant dans le marché des entreprises qui en ont été écartées. Selon le Conseil, la meilleure façon d'éviter de telles pratiques serait, d'une part, d'obliger de porter à la connaissance et à l'approbation de l'autorité délégante les sous-traitants des délégataires et, d'autre part, d'exiger de ces derniers que le choix des sous-traitants fasse l'objet d'une mise en concurrence.

Interrogé également sur les groupements d'entreprises, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'il a été conduit à examiner le comportement de groupements d'entreprises dans le cadre de

marchés publics ou privés.

D'une part, une telle réunion d'entreprises indépendantes peut être en soi favorable à l'exercice de la concurrence, dans la mesure où elle permet à des petites entreprises de participer à une consultation et d'accroître ainsi le nombre des offreurs.

D'autre part, le regroupement peut présenter un caractère anticoncurrentiel, sans qu'il soit possible d'établir une typologie a priori des pratiques. Le Conseil a cité quelques unes de ses décisions à cet égard, pour illustrer notamment le fait qu'un groupement peut conduire les entreprises à renoncer à présenter des propositions de prix calculées de façon indépendante.

4. A la demande de l'Union des opticiens de France (UDO) (cf. note 81), le Conseil a examiné les possibilités de remboursements différenciés en matière d'optique et la question de la communication des conventions signées entre mutuelles et opticiens. Cette analyse a, en particulier, porté sur l'application du droit de la concurrence aux centres d'optique mutualistes et à certaines possibilités de remboursements différenciés.

Le Conseil a, à cet égard, se référant aux jurisprudences communautaire et nationale, rappelé que le droit de la concurrence s'appliquait aux régimes complémentaires de protection sociale. En particulier, dans le cadre de leur activité de protection sociale complémentaire, les mutuelles, par l'intermédiaire des centres d'optique mutualistes, offrent des biens et services et ont une activité économique qui relève de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, en application de son article 53.

L'UDO interrogeait le Conseil sur la conformité au droit de la concurrence du fait, pour une mutuelle, d'accorder à ses adhérents une prise en charge améliorée en ce qui concerne leurs achats de produits d'optique-lunetterie dès lors qu'ils s'adressent à un centre d'optique mutualiste ou à une société d'optique dont la mutuelle détient tout ou partie du capital plutôt qu'à une autre entreprise d'optique.

Le Conseil a rappelé que la qualification d'entente anticoncurrentielle ne peut s'appliquer aux relations entre un centre d'optique mutualiste et la mutuelle qui le gère, dans la mesure où le centre n'a pas de personnalité juridique distincte de la mutuelle. Il en va différemment si un centre ou une société commerciale distribuant des articles de lunetterie-optique est créé par plusieurs mutuelles ou par un groupement de mutuelles.

Le Conseil a été d'avis que la pratique des remboursements différenciés pourrait être considérée comme anticoncurrentielle dans le cas où un accord exprès ou tacite serait mis en œuvre entre plusieurs mutuelles pour instaurer ce type de remboursement et où cet accord aurait un objet ou un effet anticoncurrentiel. Cela pourrait, notamment, être le cas en ce qui concerne l'objet d'une entente entre mutuelles, s'il était démontré qu'elle a été réalisée en vue d'éliminer un ou plusieurs concurrents sur le marché de l'optique en général ou sur le marché de l'optique mutualiste, ou encore d'interdire à un concurrent potentiel l'accès à ce marché.

Le Conseil a rappelé que la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 5 décembre 1991, a précisé notamment que la place occupée pour les mutuelles sur le marché intérieur de l'optique-lunetterie ne caractérise en rien une situation de nature à les placer, par l'intermédiaire de leurs centres d'optique, dans une position leur donnant pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective de la part des opticiens exerçant à titre libéral.

Le Conseil n'a, cependant, pas exclu qu'une mutuelle ou un groupement de mutuelles puisse détenir, localement, une position dominante. Dans ce dernier cas, un abus pourrait, notamment, être constitué si le centre d'optique mutualiste pratiquait un prix prédateur.

Au sujet de la politique de conventionnement des opticiens par les mutuelles, le Conseil a, dans son analyse, écarté la question des conventions qui peuvent être passées entre une union départementale ou une mutuelle, d'une part, et la Caisse primaire d'assurance maladie, d'autre part, afin de permettre à tous les assurés sociaux d'un lieu géographique donné de bénéficier des services offerts par un centre d'optique mutualiste.

Les conventions liant mutuelles et distributeurs de produits d'optique-lunetterie portaient à l'origine uniquement sur le tiers-payant. Les mutuelles développent une autre politique de conventionnement avec les opticiens libéraux dont l'orientation est, d'une part, d'instaurer le tiers-payant, notamment sur la part complémentaire remboursée par la mutuelle et, d'autre part, d'obtenir en contrepartie des engagements tarifaires de la part des opticiens indépendants. En particulier, ces derniers doivent faire une offre de base à leurs clients correspondant strictement à l'ordonnance de l'ophtalmologiste pour corriger la vue, ainsi qu'un devis pour toute offre personnalisée. Ces conventions sont passées soit entre les mutuelles et les opticiens, soit entre les unions départementales mandataires des mutuelles et les opticiens. La FNMF a élaboré une convention-type.

Le Conseil a indiqué que de telles conventions pourraient être constitutives de pratiques anticoncurrentielles, notamment si le choix des opticiens conventionnés ne répondait pas à des critères objectifs et transparents, ou si les conventions étaient appliquées de manière discriminatoire. Ce type de qualification pourrait être appliqué à des clauses d'exclusivité ou des clauses restrictives. Le Conseil a rappelé sa décision n° 91-D-04 où il avait considéré que des clauses par lesquelles les

sociétés mutualistes s'engagent, en contrepartie d'avantages consentis par les opticiens, à s'abstenir de créer des centres d'optique, ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter l'accès au marché.

L'Union des opticiens de France demandait, enfin, au Conseil s'il pouvait incomber aux mutuelles ou groupements de mutuelles signataires de conventions avec des distributeurs de produits d'optique-lunetterie une obligation d'information à l'égard de toute personne pouvant être intéressée par l'adhésion à ces mécanismes conventionnels.

Le Conseil a indiqué que le fait de rendre ces conventions accessibles à tous les professionnels qui en demanderaient la communication montrerait que les mutuelles ne poursuivent pas un objectif discriminatoire.

5. Le Conseil a répondu à une demande d'avis de l'Union fédérale des coopératives des commerçants (cf. note 82) , portant sur la question suivante : “ un réseau de commerçants indépendants, organisé sous la forme de regroupements de commerçants détaillants régis par la loi du 11 janvier 1972, peut-il, à l'instar des grands groupes intégrés, procéder sous une même enseigne à une campagne publicitaire temporaire comportant un prix promotionnel unique ”.

Pour répondre pleinement à la demande de l'UFCC, le Conseil a examiné la question sous ses deux aspects, en examinant, d'une part, dans quelle mesure la simple annonce d'un prix unique dans le cadre de campagnes promotionnelles temporaires, sans que le consommateur soit explicitement informé de son caractère de prix maximum ou de prix conseillé, peut être conforme aux règles de concurrence, d'autre part, si la pratique effective d'un prix unique par tous les adhérents peut ne pas être anticoncurrentielle.

Le Conseil a observé, en premier lieu, que la demande d'avis concernait les réseaux organisés sous la forme de coopératives de détaillants, c'est-à-dire des commerçants qui ont accepté de mettre en commun de manière durable et effective un certain nombre de moyens afin d'améliorer les conditions dans lesquelles ils exercent leur profession. Les regroupements coopératifs permettent aux commerçants de faire face à la concurrence des entreprises intégrées de la grande distribution, elles-mêmes en voie de concentration. Ils participent donc au développement de la concurrence entre enseignes, même s'il peut arriver aussi que ces commerçants se trouvent localement en situation de se faire concurrence entre eux.

La demande d'avis visait les campagnes publicitaires temporaires comportant un prix promotionnel unique. Le Conseil a été d'avis que ces campagnes, de nature à abaisser les marges commerciales, peuvent être un facteur d'animation et d'intensification de la concurrence.

Pour des opérations limitées dans le temps, portant sur un petit nombre de produits offerts à des prix particulièrement attractifs et s'inscrivant dans la même ligne que les campagnes promotionnelles de la grande distribution intégrée, la diffusion de documents ou de messages publicitaires mentionnant des prix uniques dans le cadre de promotions temporaires n'a pas été considérée par le Conseil comme contraire aux règles de concurrence.

Il convient néanmoins que le prix de référence faisant l'objet de la campagne soit, dans les faits, un prix maximum conseillé et qu'il n'existe pas de pressions directes ou indirectes sur les distributeurs pour en imposer l'application. Les adhérents doivent disposer en toute connaissance de cause de la liberté soit de choisir de participer ou non aux campagnes communes, soit, s'ils y participent, de pratiquer des prix réels inférieurs aux prix annoncés dans la campagne promotionnelle. Chaque réseau peut librement décider des moyens adéquats pour diffuser cette information à ses membres.

Dans cette limite, le Conseil a indiqué que l'absence de mention “ prix conseillé ” ou “ maximum conseillé ” sur le support de la publicité ne constitue pas un indice suffisant pour qualifier le prix de prix imposé.

Par ailleurs, le Conseil a constaté qu'une campagne de promotion à prix coûtant peut donner lieu à la diffusion de prix correspondant au seuil de revente à perte, pour autant que ce dernier soit le même pour tous les membres de la coopérative.

Toutefois, dans un cas de campagne à prix coûtant conduisant à une pratique de prix unique, il convient de s'assurer que le prix de cession aux membres du réseau n'a pas été artificiellement majoré pour donner lieu ensuite à des ristournes ou remises exceptionnelles anormales (remises fin d'année...) : une telle pratique reviendrait à fixer un prix minimum imposé et serait anticoncurrentielle.

Enfin, serait condamnable, indépendamment de toute appréciation du niveau du prix, l'imposition d'un prix unique à son réseau par une entreprise détenant une position dominante, cette pratique constituant une pratique abusive contraire à l'article 8 de l'ordonnance de 1986.

6. L'Union des syndicats de l'industrie routière française a interrogé le Conseil sur l'intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsion de bitume et des travaux routiers (cf. note 83) .

Le Conseil a exclu de l'analyse au regard des règles de la concurrence la partie d'activité des parcs qui relève des prestations que l'Etat se fournit à lui même.

Le Conseil a noté que la part des parcs de l'équipement dans les travaux routiers est relativement faible à l'échelon national. Mais, pour l'essentiel, la concurrence s'exerçant à l'échelon

local, c'est à ce niveau que la part de marché des parcs doit être examinée. Ainsi, il ne peut être exclu que, dans certaines zones, les parts de marché des parcs leur confèrent une position dominante sur le marché des émulsions de bitume ou sur celui des travaux routiers.

Les multiples fonctions remplies par les directions départementales de l'équipement renforcent leur poids local : les subdivisions organisent le travail des parcs et servent de conseillers des communes, d'organiseurs des chantiers et de prestataires de services. La participation des parcs à de nombreux travaux les avantage auprès des collectivités qui souhaitent avoir peu d'interlocuteurs. Enfin, l'organisation des relations entre les parcs et les communes résulte le plus souvent de conventions, alors que les entreprises privées sont soumises à la procédure d'appel d'offres : ceci constitue également un avantage indéniable. Le Conseil a rappelé que la jurisprudence européenne a établi que l'égalité des chances est rompue dans la concurrence entre opérateurs publics et privés lorsque les premiers sont à la fois compétiteurs et arbitres au titre de la même activité sur le même terrain.

Le Conseil a indiqué qu'en ce qui concerne les niveaux de prix pratiqués par les parcs et les pratiques de démarchage commercial, l'examen d'éventuelles pratiques d'éviction ou de prédation nécessite une comparaison entre les coûts de l'opérateur et les tarifs qu'il pratique.

A cet égard, le Conseil a relevé que les parcs de l'équipement bénéficient d'avantages en termes de coûts sur plusieurs postes, tels que la main-d'œuvre, les assurances, la rémunération du capital ou certaines taxes.

En revanche, les parcs, en raison de leur statut et de leur mission de service public, supportent des surcoûts que ne connaissent pas les entreprises privées, du fait notamment d'une moindre flexibilité dans l'adaptation de leurs effectifs et de leur situation structurelle de surinvestissement nécessaire pour faire face à des situations de crise. Ces surcoûts n'ont fait l'objet d'aucune estimation et ne peuvent, de ce fait, être mis en regard des économies de charges réalisées par ailleurs.

Mais, le Conseil a estimé que l'analyse conduisant à la détermination des prix pratiqués par les parcs devrait, dans chaque cas d'espèce, s'appuyer sur les coûts réels engagés.

Par ailleurs, le Conseil a souligné les risques d'une politique d'investissements des parcs durablement supérieurs à ce qui est nécessaire pour faire face aux circonstances exceptionnelles. Une telle politique serait en effet de nature à permettre une tarification à des niveaux inférieurs aux coûts, visant à évincer des entreprises privées du marché.

Le Conseil a considéré que la coexistence d'activités propres et d'activités de marché rendait indispensables l'établissement et la tenue d'une comptabilité analytique pertinente dont les objectifs seraient :

- éviter qu'une partie de financement du coût des activités concurrentielles soit effectuée par un prélèvement sur les revenus de l'autoconsommation ;
- permettre l'évaluation des surcoûts structurels des parcs et le montant des exonérations de charges dont ils bénéficient ;
- contribuer à l'établissement d'une méthode de calcul objective et uniforme des tarifs et des redevances d'utilisation des équipements versées par le département et l'Etat.

Le Conseil a également relevé que les parcs éditent des " plaquettes ", qui témoignent d'une volonté de démarchage commercial auprès des communes, mais qui peuvent aussi participer de la gestion interne des personnels et des activités (valorisation du service...). Le démarchage est étranger à l'activité d'autoconsommation et ne saurait être financé par cette activité. De même, certains responsables subdivisionnaires s'appuieraient, y compris dans des courriers, sur leurs relations privilégiées avec les communes, au titre du conseil, pour proposer les prestations du parc. De plus, les parcs communiqueraient aux communes leur tarif, avant tout appel d'offres, pour des marchés de travaux routiers déterminés et passeraient des conventions après des appels d'offres déclarés infructueux. La possibilité, pour les communes, d'intervenir dans l'un ou l'autre cadre, celui des conventions ou celui des appels d'offres, est certes inscrite dans les lois de décentralisation. Cette situation confère implicitement aux barèmes du parc une fonction de tarif de référence.

Une analyse du cumul des fonctions de conseil et de prestataire de service par l'ensemble subdivision-parc et de la pratique consistant, pour les parcs, à contracter en marge de tout appel d'offres, serait susceptible de conduire, dans des contextes déterminés, à identifier des abus de position dominante.

7. L'avis du Conseil a été sollicité par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, sur les conditions d'organisation et de financement de la filière d'élimination des accumulateurs usagés (cf. note 84) .

Il a été estimé que la création de structures communes, associant les producteurs pour cette activité d'élimination, peut favoriser la mise en place d'une filière d'élimination, qui ne serait pas rentable dans les conditions économiques actuelles. Cependant, l'autorisation, donnée par décret du 12 mai 1999, et l'existence d'un objectif d'intérêt général, consistant en la protection de l'environnement, ne sauraient dispenser les fabricants, les importateurs et les distributeurs pour leurs

marques de distributeurs ainsi que le ou les organismes ainsi créés de respecter les règles de la concurrence, a fortiori dans le cas d'un organisme regroupant un grand nombre des fabricants d'un secteur et disposant, de ce fait, d'une position forte sur le marché.

Le Conseil a, en effet, estimé que la création et la gestion par les fabricants et importateurs de piles et accumulateurs d'un organisme de collecte unique est, d'abord, susceptible de gêner l'entrée sur le marché des nouveaux fabricants ou importateurs de ces mêmes produits.

En effet, compte tenu de la taille de l'organisme commun et de l'importance des économies d'échelle qui peuvent être réalisées grâce à sa création, un nouvel entrant, s'il ne peut bénéficier lui-même de l'accès à ce réseau, devra supporter le coût de mise en place d'un système de collecte moins efficient. Il pourrait en résulter l'instauration d'une barrière à l'entrée de nature à restreindre la concurrence sur le marché des accumulateurs.

Pour éviter ces effets, le Conseil a formulé les recommandations suivantes qui visent à garantir, dans tous les cas, une intensité concurrentielle suffisante sur les marchés en cause :

- les opérateurs qui ne sont pas membres fondateurs de l'organisme devraient pouvoir bénéficier de ses services à des tarifs et conditions non discriminatoires par rapport à ceux dont bénéficient ses membres. La contribution demandée devrait être fixée de manière transparente, en tenant compte des quantités réelles à retraiter dans le cadre de l'organisme commun et être différenciée par type de produits, en fonction des coûts réels de recyclage ou d'élimination. A cet égard, une comptabilité analytique permettrait d'appréhender plus précisément les produits et les charges ; des procédures de contrôle permettraient d'associer l'ensemble des opérateurs intéressés ;
- dans la mesure où les contributions demandées par l'organisation de collecte seraient supérieures à ses coûts réels, le prix ne constituerait que pour partie une charge pour les actionnaires, les profits ainsi réalisés pouvant être redistribués. Pour éviter une discrimination entre les opérateurs actionnaires et les autres, il serait opportun que les nouveaux entrants puissent, s'ils le souhaitent, entrer dans le capital de la structure commune dans des conditions d'accès transparentes et non discrétionnaires. Les droits d'entrée ou droits de sortie du dispositif devraient être justifiés par des impératifs économiques.

Le Conseil a indiqué que, si, de plus, le ou les organismes parvenaient à détenir une position dominante, si les nouveaux entrants ne pouvaient pas mettre en place un système de collecte propre à des conditions économiquement acceptables, la méconnaissance de ces recommandations pourrait exposer l'organisme commun et ses membres au reproche d'avoir abusé de cette position.

De même, dans l'hypothèse où plusieurs organismes seraient constitués, dont aucun ne détiendrait de position dominante, et s'il apparaissait toutefois que tous les organismes ainsi créés refusaient leurs prestations ou l'ouverture de leur capital aux nouveaux entrants sans que ceux-ci puissent mettre en place un système de collecte propre à des conditions économiquement acceptables, l'effet cumulatif de ces différentes ententes pourrait leur conférer un caractère anticoncurrentiel.

S'agissant des rapports avec les organismes souhaitant exercer des activités semblables d'intermédiaire entre, d'une part, les fabricants, les importateurs et les distributeurs d'accumulateurs sous leur propre marque et, d'autre part, les industriels du recyclage, le Conseil a noté que des risques de pratiques d'éviction ne sont pas non plus à exclure, en particulier par le biais d'une politique de prix empêchant l'émergence de nouveaux opérateurs.

Pour la collecte et le recyclage, le Conseil a relevé que les industriels disposent de capacités de traitement bien supérieures à celles qui sont nécessaires pour traiter la matière première disponible au plan national et réalisent l'essentiel de leur chiffre d'affaires à partir d'une matière première importée.

Si, pour certains traitements spécialisés, il existe des monopoles, en revanche, pour d'autres traitements, la concurrence peut s'exercer. Dans ce dernier cas, le ou les organismes de collecte auront spontanément intérêt à chercher les meilleures conditions de retraitement en s'adressant à plusieurs opérateurs ; néanmoins, s'agissant d'organismes collectifs, il ne serait pas superflu de les astreindre à des procédures d'appel d'offres et de les obliger à ne conclure des contrats que pour une durée limitée.

Enfin, le Conseil a souligné le risque que l'organisme commun soit utilisé par ses membres pour coordonner leurs politiques commerciales, c'est-à-dire à des fins étrangères à son objet social.

Le Conseil était également appelé à s'exprimer sur la possibilité d'une détermination concertée par les opérateurs de la " contribution environnement " et d'une répercussion obligatoire de cette contribution à l'utilisateur final.

La possibilité offerte par les dispositions combinées des articles 7 et 9 du décret du 12 mai 1999 aux personnes physiques ou morales qui fabriquent, importent, introduisent ou distribuent sous leurs propres marques des piles et accumulateurs de créer une ou des organisations communes conduit de manière sans doute inéluctable à la fixation concertée au sein de chaque organisme de la " contribution environnement " prélevée, faute de quoi l'organisme ou les organismes en cause perdraient leur raison d'être et ne pourraient plus fonctionner.

Par ailleurs, les règles de la concurrence ne s'opposent pas à ce que les producteurs cherchent, dans le cadre de leurs relations commerciales avec leurs clients, à répercuter les frais supportés pour satisfaire à leurs obligations en matière d'environnement. Un mécanisme de répercussion automatique et entière de la contribution ne permettrait cependant pas une internalisation des coûts et enlèverait donc au prix une partie de sa valeur d'indicateur.

En particulier, une fixation collective, par les producteurs, du montant de la contribution, couplée à une répercussion automatique, risque de conduire à inclure, dans cette contribution, des coûts qui n'auraient qu'un rapport très éloigné avec la protection de l'environnement. Surtout, un mécanisme de répercussion automatique conduit en pratique à une coordination partielle des politiques de fixation des prix, alors surtout que, par hypothèse, la contribution est de même niveau pour tous.

Cette dérogation aux règles habituelles n'apparaissant pas indispensable pour atteindre les objectifs poursuivis, une concertation des producteurs pour réaliser une répercussion automatique tout au long de la chaîne de commercialisation ne pourrait qu'être condamnée. Il en irait de même du fait, pour les distributeurs, de s'entendre entre eux pour s'opposer par principe à toute répercussion de cette contribution. *A fortiori*, le Conseil serait susceptible de sanctionner une entente verticale associant les producteurs et les distributeurs. Chacun des opérateurs de la chaîne de production et de commercialisation doit garder son entière liberté commerciale et les clients doivent conserver la possibilité de contester les augmentations de prix et de chercher à en réduire le montant.

En conclusion, le Conseil a estimé :

- qu'un mécanisme de fixation de la contribution au sein de chaque organisme commun créé paraît inéluctable dans le cas d'une organisation collective de l'élimination des piles et accumulateurs ;
- que si le fait, pour chacun des opérateurs pris individuellement, de répercuter tout ou partie des coûts engendrés par l'obligation légale de recycler ses produits n'est pas condamnable en lui-même, chaque opérateur doit conserver sa liberté commerciale en la matière ; le principe et l'étendue de la répercussion ou de la non répercussion ne peuvent faire l'objet d'aucune concertation horizontale, ni entre producteurs, ni entre distributeurs, ni d'aucune concertation verticale entre les différents intervenants de la chaîne de commercialisation dans le but de coordonner ou au contraire d'empêcher une telle répercussion.

Enfin, en examinant les conditions dans lesquelles les coûts supportés par les adhérents à cet organisme sont susceptibles de faire l'objet d'une facturation distincte, le Conseil a souhaité attirer l'attention sur le danger que peut représenter la mention dans les factures de la charge supportée pour les besoins de l'élimination ou du recyclage des produits. Selon l'hypothèse précédente, cette charge serait la même pour tous les producteurs ou importateurs. Si la mention se présente comme un élément constitutif du prix total, il en résulte que ce dernier ne sera plus fixé de façon totalement indépendante par les différents opérateurs puisque l'un de ses éléments sera le même pour tous. Certes, la concurrence pourra continuer à jouer sur les autres éléments, mais son intensité s'en trouvera diminuée. Par ailleurs, à supposer qu'il soit recouru à cette même pratique pour d'autres charges (pratique consistant à confier une fonction à une organisation commune demandant la même redevance à tous les opérateurs), c'est, peu à peu, une partie de plus en plus conséquente du prix facturé aux clients qui serait identique pour tous les opérateurs.

Le Conseil a donc été d'avis que la mention prévue par l'article 9 du décret du 12 mai 1999 devrait prendre la forme d'une information présentée indépendamment du prix facturé au client. Il a relevé, d'ailleurs, que cette disposition réglementaire n'a pas de base législative : elle ne saurait donc être interprétée comme autorisant, au titre de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, une pratique anticoncurrentielle.

Enfin, le Conseil a rappelé que l'article 9 *in fine* prévoit expressément que l'initiative de mentionner séparément le montant de cette contribution doit résulter d'une décision prise par chacun, librement et individuellement, et, qu'à défaut de respecter ces conditions, le comportement des opérateurs économiques pourrait éventuellement être qualifié d'entente sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

8. La demande d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie relative à l'option tarifaire " Abonnement modéré " de France Télécom (cf. note 85) se situait dans un cadre particulier, dans la mesure où le Conseil avait déjà examiné cette question, dans son avis n° 96-A-18 du 31 décembre 1996. Le Conseil avait alors relevé que, si une option " Abonnement modéré " ne présentait pas en soi un caractère anticoncurrentiel, elle était de nature à faire bénéficier France Télécom d'une exclusivité et de limiter l'accès des concurrents de l'opérateur historique aux abonnés ayant souscrit cette option.

En l'absence de justification de cette exclusivité par le souci de limiter les coûts d'abonnement pour certaines catégories sociales, le Conseil avait alors proposé que l'" Abonnement modéré " soit homologué temporairement, pour une période allant jusqu'au 31 décembre 1997, et fasse l'objet d'un réexamen ultérieur de sa part.

Sur la base des nouveaux éléments qui lui étaient soumis, le Conseil a observé que le bénéfice

de l' " Abonnement modéré " n'était pas lié à des conditions de revenus ou de handicap particulier des abonnés.

Ainsi, il a semblé au Conseil que l'offre " Abonnement modéré ", prévoyant une exclusivité pour l'opérateur historique, était conçue pour se substituer à l'abonnement réduit pour " faible consommation " qui ne comportait pas d'exclusivité de transporteur.

France Télécom conditionnait la commercialisation de cette nouvelle offre d'abonnement à l'exclusivité d'acheminement des communications, au motif qu'elle risquait d'être détournée de son objet par des abonnés qui opteraient pour cette formule, afin de faire transiter leurs appels longue distance par un opérateur concurrent de France Télécom offrant pour ce trafic des prix moins élevés que l'opérateur de la boucle locale.

En s'appuyant sur un avis de l'ART, le Conseil n'a pas fait droit à une telle argumentation, au motif qu'elle était contradictoire avec la stratégie de diversification tarifaire menée par ailleurs par France Télécom.

A cet égard, le Conseil a considéré que l' " Abonnement modéré ", fondé sur le couplage d'un abonnement réduit et d'une clause d'exclusivité d'acheminement des communications par France Télécom, rendait non attractive l'offre " multilignes " de Cegetel, par laquelle cet opérateur proposait pour les abonnés résidentiels un abonnement de 10 F par mois pour les communications longue distance, pour quatre lignes maximum, à deux adresses distinctes, assorti de remises sur les communications et d'une facturation unique.

Ainsi le Conseil a été d'avis que, sur un marché de la téléphonie vocale ouvert à la concurrence, sur lequel l'opérateur historique est encore en quasi monopole sur les liaisons locales et très largement dominant sur les liaisons longue distance, l'option tarifaire " Abonnement modéré ", assortie d'une clause d'exclusivité pour France Télécom sur l'acheminement, qui n'avait pas de justification technique, aurait pour conséquence de restreindre artificiellement la concurrence entre les opérateurs.

En revanche, le Conseil a indiqué n'être pas hostile à la reconduction de l'option tarifaire " Abonnement modéré ", dès lors que cette option ne comporterait pas de clause interdisant la sélection du transporteur.

9. Par ailleurs, l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a saisi, comme chaque année, le Conseil, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-7 (7^o) du code des postes et télécommunications, d'une demande d'avis relative à la liste des opérateurs susceptibles d'être concernés par l'article L. 34-8 dudit code comme exerçant une influence significative sur le marché des télécommunications (cf. note 86) .

Les textes prévoient de fonder la qualification des ces opérateurs, d'une part, sur l'examen des parts de marché, par référence à un seuil de 25 %, et, d'autre part, sur des critères complémentaires. Le Conseil a considéré que le critère de parts de marché introduit une présomption simple et que, en cas de doute, celle-ci peut être confirmée ou infirmée en s'appuyant sur les autres critères.

Définir le marché comme le lieu de rencontre entre l'offre et la demande de produits ou de services substituables entre eux suppose une analyse de la réalité économique.

Le Conseil a estimé qu'il n'y avait pas lieu, dans le cadre de la procédure de désignation des opérateurs puissants, de procéder à une approche différente de celle suivie par la directive ONP du 30 juin 1997 modifiée, approche à laquelle il s'est conformé dans ses précédents avis rendus sur le fondement de l'article L. 36-7 (7^o) du code des postes et télécommunications. Elle conduit à distinguer les quatre marchés de la téléphonie fixe, des lignes louées, de la téléphonie mobile et de l'interconnexion. Le Conseil a toutefois précisé que cette approche sectorielle ne préjuge pas de la définition des marchés qui pourraient être retenus dans le cadre de procédures contentieuses ou d'avis rendus en application des critères utilisés de manière constante par les autorités de concurrence.

Afin de mesurer la position de chacun des opérateurs sur les marchés, l'Autorité de régulation des télécommunications avait adressé un questionnaire aux opérateurs détenteurs d'une licence attribuée au titre des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et des télécommunications. Les données constatées en 1998 et les données prévisionnelles pour 1999, en ce qui concerne le service téléphonique fixe, les lignes louées, la téléphonie mobile et le marché de l'interconnexion ont ainsi été recueillies.

Le Conseil a noté que le marché de l'interconnexion, qui englobe les interconnexions aux réseaux fixes, aux réseaux mobiles et celles des liaisons louées, s'analysait comme un marché qui concerne l'offre et la demande d'infrastructures sur lequel les offreurs, exploitants de réseaux, et les demandeurs sont des opérateurs cherchant à satisfaire la demande des utilisateurs finals. Il doit donc être distingué des marchés de détail où les offreurs sont les opérateurs ou fournisseurs de services de télécommunications et où les demandeurs sont les clients finals.

Le Conseil a, sur cette base, analysé la situation sur chacun des marchés concernés.

Les marchés de la téléphonie fixe et des liaisons louées.

Compte tenu de la part occupée par France Télécom dans la téléphonie fixe et les liaisons

louées (part supérieure à 90 % quel que soit le critère retenu), le Conseil a constaté que cet opérateur était toujours le seul à entrer dans la catégorie des opérateurs “ *puissants sur le marché* ”.

Le marché de la téléphonie mobile.

Le Conseil a rappelé que ce marché est caractérisé par l'existence de deux barrières principales à l'entrée qui sont la rareté des ressources hertziennes et le besoin de financement. Par ailleurs, l'évolution du secteur de la téléphonie mobile se trouvera, à terme, conditionnée par le développement des systèmes de communications mobiles “ *nouvelle génération* ” UMTS (cf. note 87) , qui devraient permettre l'apparition de nouveaux services grâce aux technologies de hauts débits (transfert de voix, images et données).

Sur ce marché, trois opérateurs interviennent actuellement au plan national : la société France Télécom, la société SFR, filiale de Cegetel, et la société Bouygues Télécom.

Seules la société France Télécom et la société SFR détenaient une part, mesurée en chiffre d'affaires, c'est-à-dire en valeur, supérieure à 25 % du marché. Leurs parts respectives étaient de 37,4 et 41 % contre 20,6 % seulement pour le troisième opérateur. Ces positions étaient confirmées par les données en volume.

En revanche, le Conseil a souligné que la part de marché de Bouygues Télécom s'était rapprochée, sans l'atteindre, du seuil de 25 %, ce qui conduisait à examiner cette dernière société au regard des critères complémentaires prévus par les textes. Entrée plus tard que ses deux concurrents sur le marché, elle n'exerce des activités dans ce secteur que depuis trois ans et est encore dans une phase où de lourds investissements doivent être consentis alors qu'un opérateur comme France Télécom Mobiles est entré dans la phase de décroissance sensible de ses investissements.

Le taux de couverture du territoire de Bouygues Télécom n'était que de 62 %, ce qui ne lui permettait de couvrir que 95 % de la population, soit 2 % de moins que pour le réseau Itinériss. Or la couverture des derniers points de pourcentage, qui concernent des populations dispersées, est de loin la plus coûteuse. Enfin, en nombre d'abonnés, autre élément de mesure de l'accès à l'utilisateur, alors que les parts de France Télécom et de la société SFR s'élevaient respectivement à 49,5 % et 36,9 %, celle de Bouygues Télécom n'était que de 13,5 %.

Les critères complémentaires n'ont donc pas conduit le Conseil à renverser la présomption selon laquelle la société Bouygues Télécom n'est pas “ *puissante* ” sur le marché de détail de la téléphonie mobile.

Le marché de l'interconnexion.

Le Conseil a observé que trois opérateurs détenaient, en valeur, une part supérieure à 25 % du marché de l'interconnexion : France Télécom (téléphonie fixe), France Télécom Mobiles et SFR, présumés exercer une influence significative sur ce marché.

Le Conseil a également relevé que l'application des autres critères conforte cette présomption d'une influence significative sur le marché :

- France Télécom détient, en volume et en valeur, plus de 90 % du secteur de la téléphonie fixe dans son ensemble (téléphonie locale et longue distance) ;
- France Télécom détient, en valeur, plus de 90 % du secteur des lignes louées ;
- France Télécom (activité mobile) et la société SFR détiennent plus de 25 % du marché de la téléphonie mobile en volume et en valeur.

En menant une analyse, conduite en application des critères fixés dans la directive 97/33/CE susvisée et dans le code des postes et télécommunications et reposant sur les données économiquement les plus adéquates, le Conseil a considéré que France Télécom (activité de téléphonie fixe), France Télécom Mobiles et SFR étaient des opérateurs puissants sur le marché national de l'interconnexion au sens de la directive et exerçant une influence significative sur le même marché au sens du code des postes et télécommunications.

Le Conseil de la concurrence a toutefois estimé utile de formuler un certain nombre d'observations complémentaires.

Le Conseil a ainsi noté que la part des opérateurs de téléphonie mobile sur le marché national de l'interconnexion était, pour la première fois, mesurée en valeur. Or, la valorisation des revenus repose en grande partie sur des règles conventionnelles dont l'application confère une part d'incertitude aux conclusions qui peuvent en être tirées sur les positions effectives des différents opérateurs sur le marché national de l'interconnexion : les revenus tirés de l'interconnexion des lignes louées nationales et internationales n'avaient pas été retenus dans l'estimation faite par l'ART. Pourtant, la prise en compte de ce chiffre conduirait vraisemblablement à augmenter la part de France Télécom (activité fixe) au détriment de celle des opérateurs de téléphonie mobile sur le marché national de l'interconnexion.

Par ailleurs, le fait de retenir, comme critère de l'influence d'une entreprise sa part de marché en valeur calculée en multipliant un volume par un prix qui n'est pas orienté vers les coûts, suscite inévitablement une difficulté méthodologique. En effet, l'effet mécanique de la déclaration d'influence sera, au cas d'espèce, d'obliger les opérateurs à baisser leurs tarifs et donc, au moins dans un

premier temps, de réduire ladite part de marché.

Le Conseil a également observé que la désignation d'une ou plusieurs entreprise(s) de téléphonie mobile comme opérateur(s) exerçant une influence significative sur le marché national de l'interconnexion aurait des conséquences structurelles sur le développement de la concurrence dans le secteur de la téléphonie, au plan national, pendant plusieurs années.

Une diminution des revenus que les opérateurs de téléphonie mobile tirent des appels " *fixe vers mobile* " amoindrit leur capacité d'autofinancement alors que l'un d'entre eux au moins se trouve encore en phase de déploiement. La désignation d'un ou deux opérateurs de téléphonie mobile comme exerçant une influence significative sur le marché national de l'interconnexion et l'obligation qui s'ensuit pour ces opérateurs d'aligner à la saisine leurs tarifs d'interconnexion sur les coûts auraient des conséquences sur les revenus du troisième opérateur, qui serait certainement conduit à aligner ses tarifs sur ceux de ses concurrents.

A l'inverse, une baisse des tarifs d'interconnexion fixe vers mobile diminuerait d'autant les charges supportées par de nouveaux entrants dans la téléphonie fixe, dont certains se sont dotés d'un réseau en propre, en concurrence avec France Télécom, et favoriserait donc le développement de ces entreprises sur un marché ouvert plus récemment que la téléphonie mobile à la concurrence.

10. En dernier lieu, le Conseil a examiné une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications concernant la création d'un service dénommé " *Portail Vocal* " (cf. note 88) par France Télécom.

L'Autorité de régulation des télécommunications (ART) avait été saisie pour avis par France Télécom d'une homologation tarifaire de ce nouveau service.

Le Conseil a observé que le " *Portail Vocal* ", qui n'héberge aucun service, n'est qu'une modalité pratique d'accès aux services Audiotel proposés par France Télécom aux abonnés au téléphone, laquelle nécessite l'utilisation d'une ressource physique, le réseau téléphonique, et d'une ressource en numérotation, un numéro court, attribuée par l'Autorité de régulation des télécommunications.

De par l'attribution du numéro court 32 23, France Télécom disposait d'une nouvelle ressource, relativement rare, pour laquelle elle acquitte une redevance.

La société Cegetel, qui disposait d'une base de clientèle établie de l'ordre d'un million d'abonnés sur le " 7 " auxquels elle facturait des services, était le seul opérateur de télécommunications en téléphonie fixe en mesure de proposer à sa clientèle, avec le numéro 32 22, un service comparable à celui du " *Portail Vocal* " de France Télécom, qui devrait être disponible auprès de plus de 34 millions d'abonnés au téléphone fixe et d'environ 6,5 millions d'abonnés au service de téléphonie mobile Itineris.

Le Conseil a souligné que le nombre de numéros de type " 32 PQ " possible était de l'ordre d'une centaine, segmentable en tranches spécifiques, pour certains utilisateurs.

La nouvelle activité de fournisseur d'accès à un " *Portail Vocal* " que France Télécom envisage de mettre en œuvre n'a pas paru au Conseil reposer sur une ressource à ce point rare et à ce point inaccessible que d'autres entreprises, si elles le souhaitent, ne puissent aussi se la procurer.

Dès lors qu'il est probable qu'un nombre significatif d'opérateurs de télécommunications ou de simples fournisseurs de services disposeraient de la possibilité d'obtenir l'attribution du numéros courts de type 32 PQ, il n'est pas impossible, en principe, que plusieurs services de type " *Portail Vocal* ", concurrents entre eux, et tous également accessibles à partir d'un poste de téléphone fixe, puissent voir le jour.

Le Conseil a souligné qu'une bonne partie des risques de pratiques anticoncurrentielles seraient sérieusement atténués si plusieurs portails vocaux fonctionnaient en concurrence. D'une part, les consommateurs y gagneraient les bénéfices habituels de la concurrence ; d'autre part, les fournisseurs de services Audiotel, écartés du portail de France Télécom, pourraient espérer trouver, ailleurs, la voie d'accès facile au public que semble promettre le concept de portail.

Le Conseil a estimé important, dans ces conditions, d'évaluer la probabilité d'apparition de plusieurs portails.

Le Conseil a constaté, tout d'abord, que seulement six numéros de type 32 PQ avaient été attribués. Le développement de la concurrence entre les services kiosque téléphonique Audiotel suppose que les opérateurs concernés aient accès soit directement, soit indirectement, à l'abonné pour pouvoir procéder à la facturation des services qui lui sont rendus. Cela explique qu'en principe, sauf à s'assurer de la collaboration de France Télécom, seuls les opérateurs disposant d'une boucle locale et gérant directement leurs abonnés peuvent leur offrir un tel service.

Or l'ouverture à la concurrence dans les télécommunications locales demeure embryonnaire, cette activité étant encore largement dominée par France Télécom.

Il demeure cependant concevable, d'un point de vue technique, que des opérateurs ou des fournisseurs de services sans accès direct aux abonnés puissent créer des portails vocaux substituables, du point de vue du consommateur, à celui qu'envisage de créer France Télécom. Il suffit, pour cela, que France Télécom accepte de facturer à ses propres abonnés le montant du prix

de la consultation, par ces derniers, des services audiotels accessibles par ces portails concurrents et que ces montants soient ensuite rétrocédés au gestionnaire du portail et aux fournisseurs de services : c'est ce que l'on appelle la facturation pour compte de tiers. Le Conseil a, dans ces conditions, précisé l'intérêt d'une mise en œuvre rapide d'une telle offre par France Télécom.

France Télécom précisait, par ailleurs, que, pour permettre à l'appelant d'exercer un choix plus large, il proposerait un " *moteur de recherche* " thématique des services Audiotel.

Le service ainsi proposé a paru au Conseil de nature à améliorer la qualité du " *Portail Vocal* ", mais la limitation de son usage aux seuls clients de France Télécom apparaissait comme un frein à la concurrence de " *portails* " concurrents, eu égard au caractère innovant de ce service et à l'avantage dont dispose l'opérateur dominant en termes d'expérimentation.

France Télécom envisageait que le " *Portail Vocal* " soit disponible sur le téléphone mobile (Itinéris et/ou autres opérateurs concurrents). L'accès des consommateurs au moteur de recherche sur le " *Portail Vocal* " à partir des téléphones mobiles avait donc également des incidences sur le marché connexe de la téléphonie mobile.

Le Conseil a considéré que le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché de biens et de services utilisés pour une activité sur un marché aval concurrentiel sur lequel elle est également présente, d'offrir ces biens et ces services à des prix supérieurs aux charges qu'elle s'impute à elle-même pour leur utilisation pouvait avoir pour effet d'empêcher ses concurrents de se maintenir ou d'entrer sur ce marché aval.

Il a semblé nécessaire au Conseil que les conditions d'interconnexion de ce service soient rapidement précisées et que les prix offerts à Itinéris soient valorisés aux mêmes niveaux que ceux, orientés vers les coûts, offerts aux opérateurs concurrents désireux d'utiliser ce service.

L'ART posait, à ce sujet, différentes questions au Conseil.

La première portait sur le point de savoir si le refus d'accès ou l'imposition de conditions discriminatoires dans la sélection des fournisseurs de services " *éligibles* " au " *Portail Vocal* ", pratiques contraires aux dispositions de l'article L. 34-8-II du code des postes et télécommunications, pourraient, de manière concomitante, être constitutifs d'abus de position dominante.

Le Conseil a considéré qu'un marché des services de renseignements Audiotel, faute de substituabilité avec des renseignements de nature différente, est susceptible d'exister.

L'offre de services de renseignements sur des numéros courts à quatre chiffres constitue, pour l'entreprise fournisseur de services qui en bénéficiera, un avantage important par rapport aux fournisseurs de services disposant d'un numéro Audiotel à dix chiffres.

A ce marché, il faut ajouter les marchés immédiatement connexes de la téléphonie fixe et de la téléphonie mobile.

Le Conseil a rappelé la position dominante de France Télécom sur les marchés connexes de la téléphonie.

Sur les marchés des renseignements par Audiotel, bien que France Télécom dispose de filiales qui y interviennent, le Conseil a considéré que cette société n'occupe pas de position dominante, compte tenu de l'éclatement de l'offre. Mais l'influence exercée par France Télécom, du fait que cette société délivre les numéros et fixe les paliers tarifaires, est manifeste.

La présence de plusieurs fournisseurs pour chacun des thèmes choisis par France Télécom pour son " *Portail Vocal* " serait plus favorable à la concurrence, mais la sélection d'un seul fournisseur par thème retenu ne pourrait s'analyser en soi comme un abus de position dominante de la part de France Télécom. En revanche, les méthodes de sélection de ce fournisseur unique pourraient être constitutives d'un tel abus.

L'ART interrogeait également le Conseil sur les critères de sélection des fournisseurs de services à appliquer par France Télécom, compte tenu du fait que cet accès sera, par nature, limité en nombre.

Le Conseil a, à cet égard, pris acte du fait que France Télécom entendait procéder à un appel d'offres à l'issue de la phase expérimentale et sélectionner des fournisseurs de services au regard de critères objectifs.

Parmi les critères à retenir pour garantir le déroulement du jeu de la concurrence dans des conditions satisfaisantes, la qualité du service pour ce qui concerne les contenus a paru déterminante au Conseil, comme le respect des règles déontologiques, la mise à jour des informations diffusées et l'ergonomie.

En particulier, il conviendra de veiller, lors de la procédure de sélection des fournisseurs, que le " *Portail Vocal* " ne privilégie pas indûment, dans les faits, des filiales de France Télécom intervenant sur le marché des contenus ou des éditeurs entretenant déjà des liens d'exclusivité avec cet opérateur. Le Conseil a insisté sur l'importance des informations techniques et commerciales nécessaires à la préparation des réponses aux appels d'offres, auxquelles les entreprises participant à la phase expérimentale auront un accès privilégié.

Pour éviter ce risque, le Conseil a recommandé que la société France Télécom rende accessibles à tous les fournisseurs de services intéressés les résultats techniques et commerciaux du

test, notamment pour ce qui concerne la mesure de l'audience de ce nouveau service par rapport aux services kiosque sur numéros à dix chiffres.

La quatrième question de l'ART portait sur les modifications à apporter aux conventions, en particulier leur dispositions tarifaires, pour tenir compte de l'accès au " *Portail Vocal* ".

Le Conseil, étant également saisi au contentieux par des éditeurs de services diffusés par Télétel et Audiotel des modalités de fixation tarifaires de leurs services, n'a pas souhaité, dans le cadre d'une procédure d'avis, se prononcer sur l'opportunité ou non qu'il y aurait de modifier les dispositions tarifaires figurant dans les conventions actuelles.

En dernier lieu, l'ART interrogeait le Conseil sur la qualification d'ententes anticoncurrentielles qui pourrait s'appliquer aux conventions liant les fournisseurs de services à France Télécom.

Le Conseil a particulièrement souligné les risques propres aux clauses qui concernent l'exclusivité et la durée, et a recommandé qu'aucune clause conférant à France Télécom l'exclusivité d'un service ne figure dans les contrats liant France Télécom aux fournisseurs de services. Cette recommandation visait principalement à ne pas pénaliser les éventuels portails vocaux concurrents qui viendraient à apparaître : une clause d'exclusivité pourrait les priver d'un service jugé essentiel par les consommateurs. Le Conseil a été d'avis que la durée des conventions devrait être limitée à deux ans.

B. - Avis rendus sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance

Le Conseil a fait l'objet en 1998 de deux saisines fondées sur l'article 6 de l'ordonnance. De surcroît, est publié au présent rapport un avis rendu en 1998 mais qui se rapporte à un décret qui a été publié au cours de l'année 1999.

1. Le ministre a saisi le Conseil d'une demande d'avis portant sur un projet de décret relatif aux prix des médicaments (cf. note 89) .

Ce projet de décret s'inscrivait dans la politique de maîtrise des dépenses de santé, puisque les conventions qu'ils prévoyaient prenaient en compte un effet prix/volume.

En application des dispositions de l'article L. 162-16-1 du code de la sécurité sociale, le prix des médicaments remboursables devait être désormais fixé par convention et, à titre exceptionnel, par voie réglementaire.

Le Conseil a constaté que le projet de décret soumis à son appréciation, qui avait ainsi pour objet de définir les règles relatives à la négociation des prix des médicaments remboursables et des délais dans lesquels ces négociations devront intervenir, précisait, par renvoi à une disposition législative explicite, les éléments à prendre en compte pour déterminer le prix des médicaments et les délais dans lesquels les décisions relatives à ces prix devraient être publiées et seraient donc opposables. Le projet avait été rédigé de façon à garantir aux entreprises pharmaceutiques la plus grande transparence possible des règles applicables et un égal accès au marché.

Le Conseil a rappelé, toutefois, l'importance d'une normalisation du dossier de demande de fixation du prix des médicaments, de façon à assurer une complète égalité de traitement entre les différentes entreprises pharmaceutiques.

Dans ces conditions et sous cette réserve, le Conseil de la concurrence a constaté que le projet qui lui était soumis ne comportait aucune disposition de nature à porter atteinte au libre jeu de la concurrence.

2. Le Conseil a également examiné un projet de décret en Conseil d'Etat concernant l'organisation de la profession de transporteur routier de marchandises (cf. note 90) .

Sur les effets des mesures envisagées à l'égard des entreprises utilisant des véhicules dont le tonnage maximum autorisé est supérieur à 3,5 tonnes, le Conseil a approuvé la baisse du montant de capacité financière imposée aux entreprises qui, en soi, est de nature à favoriser l'accès au marché du transport routier de marchandises et l'exercice de cette profession. Par ailleurs, il a relevé que le projet de décret alignait les montants de capacité financière exigés sur les montants retenus par la récente directive du Conseil des communautés européennes du 1^{er} octobre 1998.

Les mesures envisagées avaient également des effets à l'égard des entreprises utilisant des véhicules dont le tonnage maximum autorisé est inférieur à 3,5 tonnes.

La loi du 6 février 1998 avait imposé à toutes les entreprises de transport routier de marchandises, disposant de véhicules d'au moins quatre roues, d'être inscrites au registre des transporteurs et des loueurs. Par décret du 14 mars 1986, cette inscription a été subordonnée à la réalisation d'une triple condition d'honorabilité, de capacité financière et professionnelle, déjà existante pour les entreprises utilisant des véhicules de 3,5 tonnes de PMA et étendue par le projet de décret aux entreprises possédant des véhicules dont le poids maximal autorisé est inférieur à 3,5 tonnes.

Dès lors, le Conseil a cherché à apprécier si les dispositions envisagées dans le projet de décret affectaient la concurrence dans une mesure excédant ce qui est nécessaire à la satisfaction des

objectifs d'intérêt général ainsi définis.

Sur la condition de capacité financière :

Le Conseil a observé que les entreprises de moins de cinq salariés, soit 77 % des entreprises du secteur, exploitaient plus de la moitié des véhicules de moins de 3,5 tonnes de PMA. Par conséquent, le dispositif retenu concernerait particulièrement les plus petites entreprises, notamment celles qui n'exploitent qu'un seul véhicule et qui sont généralement constituées sous forme d'entreprises individuelles.

Il convenait donc de rechercher si l'exigence d'un montant minimum de capitaux propres pourrait avoir pour effet de faire obstacle au maintien ou à l'entrée d'entreprises sur le marché.

Le Conseil a observé que, compte tenu de la valeur d'acquisition d'un véhicule de transport même usagé et des autres investissements indispensables, le montant exigé, soit 6000 F -dont de surcroît la moitié peut être représenté par une caution-, n'était pas de nature à empêcher l'accès et le développement des entreprises concernées sur le marché du transport routier de marchandises. De plus, il était inférieur aux capitaux propres dont une entreprise doit disposer pour exercer son activité. Ainsi, ce montant n'a pas paru disproportionné au regard des objectifs d'assainissement de la profession poursuivis par le Gouvernement.

Sur la condition de capacité professionnelle :

Le Conseil a noté que la justification de la capacité professionnelle exigée des chefs d'entreprises serait moins rigoureuse pour ceux qui exploitent des véhicules d'un PMA inférieur à 3,5 tonnes que pour ceux qui exploitent des véhicules d'un PMA supérieur à 3,5 tonnes.

Sans se prononcer sur l'étendue et le niveau des compétences requises, le Conseil a observé que ces dernières sont exigées uniformément de tous les chefs d'entreprises exploitant la même catégorie de véhicules et qu'en conséquence cette disposition n'est pas de nature à créer une quelconque discrimination entre elles.

Dans ces conditions, le Conseil a estimé que les restrictions envisagées par le projet de décret n'étaient pas de nature à porter atteinte au libre exercice de la concurrence au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation des objectifs d'intérêt général définis par la loi.

3. En septembre 1998, le ministre avait saisi le Conseil d'une demande d'avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat modifiant le décret n° 83-13 du 10 janvier 1983 portant application des dispositions de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif aux groupements et ententes de programmation. Le décret ayant été publié le 11 septembre 1999, le Conseil est en mesure de commenter son analyse dans le présent rapport (cf. note 91) .

Le projet soumis à l'examen du Conseil s'inscrivait dans un régime législatif et réglementaire qui encadrait étroitement l'activité des différents opérateurs en poursuivant un double objectif : préserver le meilleur accès possible des exploitants aux salles et favoriser la plus large diffusion des œuvres cinématographiques. Le Conseil n'a examiné que les dispositions susceptibles d'avoir une incidence au regard du droit de la concurrence.

Le projet de décret entendait modifier les dispositions relatives aux engagements souscrits par les entreprises ou groupements et ententes de programmation qui, bien que ne programmant pas de salles tierces, assurent un certain pourcentage de recettes ou d'entrées dans une zone de chalandise comportant une agglomération de plus de 100 000 habitants.

Le Conseil a donc observé que le projet de texte visait à soumettre à des engagements de programmation tout opérateur qui, détenant un pouvoir de marché, pourrait l'utiliser dans un sens contraire aux objectifs fixés par la loi du 29 juillet 1982, qui vise le " libre jeu de la concurrence et la plus large diffusion des œuvres ".

S'agissant des ententes et des groupements de programmation, le Conseil a constaté qu'à la différence d'un exploitant isolé, la puissance d'un groupement ou d'une entente de programmation résulte tant de l'ensemble de son parc de salles que de la position de telle ou telle salle située dans une zone de chalandise déterminée. Le Conseil a été d'avis qu'il n'y avait pas lieu de limiter la possibilité de soumettre à des engagements les seuls exploitants, membres d'un groupement ou d'une entente de programmation, présents dans une zone de chalandise comportant plus de 100 000 habitants, dès lors qu'un comportement limitant la concurrence peut être développé par un exploitant appartenant à un tel groupement ou entente quelle que soit la taille de l'agglomération dans laquelle il exerce son activité.

Au demeurant, le Conseil a observé que, dans les faits, compte tenu de la dimension des groupements et des ententes de programmation, ceux-ci programment tous au moins une salle qui leur assure 25 % du nombre des entrées ou des recettes et qui est installée dans une zone de chalandise comportant une agglomération de plus de 100 000 habitants ; ainsi, malgré la nouvelle formulation du décret, tous les groupements ou ententes seront, comme auparavant, tenus de souscrire des engagements. Par suite, le Conseil a préconisé de conserver l'ancien système applicable en l'espèce, qui soumettait tous les groupements ou ententes à la souscription d'engagements sans référence à un seuil de population ou à un pourcentage du nombre des entrées

ou du montant des recettes.

S'agissant des exploitants individuels, le Conseil a relevé qu'en fixant un seuil de population minimale dans la zone de chalandise pour rendre " éligible " un opérateur présent dans cette zone, le texte ne permettait pas de répondre à toutes les situations qu'il visait. En effet, le pouvoir détenu par un opérateur sur un marché est indépendant des critères tenant à la taille de l'agglomération incluse dans la zone. Ainsi, dans une zone de moindre importance du point de vue démographique, il peut exister un opérateur prééminent dont les comportements pourraient être de nature à restreindre la concurrence. Une référence à un seuil quantitatif de population n'apparaît donc pas appropriée au Conseil pour régler les situations dans laquelle la concurrence sur le marché pourrait être menacée.

En conséquence, le Conseil a suggéré de supprimer dans le projet toute référence quantitative au nombre d'habitants, de façon à ce que tous les opérateurs réalisant au moins 25 % du nombre des entrées ou des recettes dans leur zone de chalandise ou 15 % à Paris et en agglomération parisienne puissent être " éligibles ", voire soumis à l'obligation de souscrire des engagements, si, comme le prévoit le texte de l'article 15 *bis*, leur activité pourrait faire obstacle au libre jeu de la concurrence et à la plus grande diffusion des œuvres.

Par ailleurs, le projet de décret entendait soumettre à l'obligation de souscrire des engagements les entreprises de spectacles cinématographiques ayant en commun un associé ou un actionnaire majoritaire.

La formulation ainsi retenue permettait aux entreprises de certains groupes d'échapper à l'obligation de souscrire des engagements. En effet, un certain nombre d'entreprises cinématographiques sont détenues par des structures dont les membres se sont réparti les établissements de cinéma concernés en constituant pour chacun de ceux-ci une société propriétaire du fonds et dont chaque membre est associé ou actionnaire. Il suffirait qu'un de ces membres ne soit majoritaire que dans une ou plusieurs des sociétés mais non dans toutes pour écarter l'application du texte.

Il a cependant paru excessif au Conseil de préconiser l'extension des obligations aux groupes d'entreprises ayant en commun un associé ou un actionnaire non majoritaire.

Le Conseil a estimé, en revanche, que le texte pourrait utilement viser, outre la présence dans chaque entreprise du groupe d'un associé ou actionnaire majoritaire commun, l'existence d'un dirigeant commun, dès lors que l'accès à de telles fonctions n'est pas juridiquement lié à la détention de la majorité des parts ou actions de la société.

Enfin, le Conseil a été d'avis que devaient pouvoir être proposés les engagements par l'entreprise, soit, en cas de désaccord, imposés par le Centre national de la cinématographie. Pour répondre à une préoccupation générale d'information des opérateurs sur les marchés concernés, le Conseil a estimé qu'il serait souhaitable de prévoir que les engagements seront rendus publics.

QUATRIÈME PARTIE

LES ACTIVITÉS COMMUNAUTAIRES ET INTERNATIONALES DU CONSEIL

Le Conseil entretient des relations suivies tant avec les institutions communautaires et les organisations internationales qu'avec les autorités nationales de la concurrence d'autres Etats. Comme les années précédentes, il a été procédé à de nombreux échanges de vues, à l'occasion de réunions internationales, d'entretiens bilatéraux ou de colloques scientifiques.

1. Les relations avec les institutions communautaires

C'est avec la Commission européenne et plus particulièrement avec la Direction générale de la concurrence (Direction générale IV) que le Conseil entretient les liens les plus étroits et les plus fréquents.

Ces relations s'inscrivent tout d'abord dans le cadre des comités consultatifs qui ont été institués auprès de la Commission soit par l'article 10 du règlement 17/62 qui est le premier règlement d'application des articles 85 et 86 du traité, soit par l'article 19 du règlement 4064/89 du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises ; le Conseil de la concurrence, dans le cadre de la délégation française, participe aux séances de ces comités.

Le Conseil assiste en outre aux réunions des comités *ad hoc* ou comités d'experts qui sont mis en place auprès de la Commission pour étudier les évolutions du droit ou de la pratique qui permettraient d'améliorer la surveillance du fonctionnement des marchés.

A cet égard, l'année 1999 a été marquée par un programme chargé qui a porté non seulement sur la mise en œuvre de la réforme relative au traitement des restrictions verticales et sur le suivi des nouvelles dispositions en matière de concentrations mais, surtout, sur l'examen du livre blanc sur la modernisation des règles d'application des articles 85 et 86 du traité CE publié par la Commission en mai de cette année.

En ce qui concerne la réforme du traitement des restrictions verticales, le règlement du Conseil habilitant la Commission à prendre un règlement d'exemption portant sur tous les types d'accords verticaux et dispensant de notification préalable tous ces accords verticaux, n'a en définitive été adopté que le 10 juin 1999. Les travaux du comité d'experts ont alors repris sur le projet de règlement d'exemption de la Commission ainsi que sur un texte de lignes directrices destinées à en faciliter l'interprétation. Le règlement d'exemption dont le libellé indique qu'il concerne l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées a été adopté le 22 décembre 1990 mais n'entrera réellement en vigueur que le 1^{er} mai 2000 à la suite d'une période de cinq mois au cours de laquelle on continuera d'appliquer l'ancien régime ; les lignes directrices seront publiées avant cette date. Une période transitoire de deux ans est prévue pour les anciens règlements d'exception.

Ce règlement se substitue aux règlements existants (systèmes de distribution exclusive et franchise) et englobe un certain nombre de domaines non couverts jusque là (distribution sélective, distribution des services, distribution des biens intermédiaires, association de commerçants dans leurs relations avec leurs membres, d'une part, et les fournisseurs, d'autre part, et certains accords verticaux entre concurrents). Il cohabite avec le règlement propre à la distribution automobile qui vient à échéance le 30 septembre 2002 et le règlement sur le transfert de technologie. De même, la communication sur la sous-traitance du 31 janvier 1979 reste en vigueur.

Le nouveau régime prévoit une présomption d'exemption sauf clause noire qui s'applique aux entreprises dont la part de marché ne dépasse pas 30 % ; au-delà de ce seuil unique, il n'existe pas de présomption dans un sens ou dans l'autre et l'appréciation de la situation des accords doit être conduite au cas par cas.

Enfin, les autorités nationales de concurrence se voient reconnaître le droit de retirer le bénéfice de l'application du règlement sur tout ou partie du territoire national dans la mesure où sur un marché géographique distinct un accord produirait des effets incompatibles avec les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité.

En matière de concentration, les travaux ont porté essentiellement sur les restrictions accessoires, les engagements et sur la mise en place d'une procédure simplifiée pour le traitement de certaines concentrations.

Mais c'est la modernisation des règles d'application des articles 81 et 82 du traité CE qui a donné lieu aux échanges les plus soutenus.

La Commission propose aux Etats membres d'abandonner le système actuel de notification qui permet aujourd'hui aux entreprises d'obtenir soit une attestation négative, soit une exemption explicite sur la base de l'article 81-3 pour un régime dit d'exception légale qui laisserait aux entreprises le soin d'apprécier leur situation par rapport aux dispositions des articles 81 (81-1 et 81-3) et 82 et permettrait du même coup aux autorités de la concurrence et aux tribunaux nationaux d'appliquer directement l'article 81-3 dans les litiges qui leur seraient soumis. Cette proposition, qui soulève encore des questions relatives à la sécurité juridique pour les entreprises et à la cohérence des décisions ainsi décentralisées mais qui repose sur le constat de la lourdeur du système actuel de notification et sur la plus grande transparence et la meilleure explicitation du droit de la concurrence auxquelles on est aujourd'hui parvenu, devrait, dès l'été 2000, prendre la forme d'un avant-projet de règlement du Conseil et donner lieu à de larges consultations.

2. Les travaux au sein des organisations internationales

Dans le contexte de la mondialisation économique, l'année 1999 a été marquée par la poursuite des travaux au sein de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) en matière d'analyse de l'impact du droit et de la politique de la concurrence sur le commerce international. Le thème de la concurrence faisait partie de la liste des " nouveaux sujets " qui devaient être discutés au cours de la conférence ministérielle de Seattle en novembre 1999. Les réflexions menées au sein de l'OMC sont venues compléter les travaux conduits chaque année dans le cadre du comité du droit et de la politique de la concurrence de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) et la Conférence des Nations Unies pour la coopération et le développement (CNUCED).

A l'OMC, le groupe de travail sur l'interaction du commerce et de la politique de la concurrence, présidé par M. Frédéric Jenny, vice-président du Conseil de la concurrence, a tenu deux sessions formelles et une session informelle en 1999.

Les deux premières réunions ont concerné trois thèmes : premièrement, une évaluation de la pertinence pour la politique de la concurrence des principes fondamentaux de l'OMC que sont le traitement national, la transparence et le traitement de la nation la plus favorisée, et vice versa, deuxièmement, un inventaire des approches permettant de promouvoir la coopération et la communication entre pays membres de l'OMC, y compris dans le domaine de la coopération technique, et, troisièmement, la contribution de la politique de la concurrence à la réalisation des

objectifs de l'OMC, y compris la promotion du commerce international. Par rapport à l'année précédente, un nombre plus réduit (vingt-cinq au lieu d'une trentaine) de contributions écrites a été présenté au cours de ces débats, ce qui porte à un total de cent trente-sept textes le nombre de documents soumis par les Etats membres de l'OMC au cours des trois années de travail sur le thème de la concurrence dans cette enceinte avant la conférence de Seattle. Enfin, la troisième réunion de ce groupe de travail était destinée à préparer le rapport du groupe de travail présenté au Conseil général de l'OMC qui représente l'organe de direction de cette organisation.

Le Conseil de la concurrence était représenté à chacune de ces réunions de travail au cours desquelles la Commission de l'Union européenne a systématiquement présenté le point de vue de l'Union et de ses Etats membres, conformément à la règle au sein de cette organisation internationale. S'il n'est pas encore possible de dégager un consensus entier sur la portée des instruments qu'il conviendrait d'adopter en matière de contrôle des engagements des Etats au plan international dans le cadre de cette organisation, la participation des pays en développement à cet exercice, déjà remarquée les deux années précédentes, s'est confirmée au cours de l'année 1999. Cette participation montre à nouveau le succès de l'initiative prise par l'Union européenne d'ouvrir des travaux à l'OMC sur le thème de la politique de la concurrence et du commerce international.

Ces réunions ont également révélé qu'un nombre important de pays se déclaraient en faveur de la poursuite de ces travaux et que ces derniers pourraient déboucher sur de futures négociations au sein de l'OMC. Ces négociations pourraient viser notamment à renforcer les principes de base de transparence et de non-discrimination et la mise en place d'un mécanisme liant les Etats membres de cette organisation quant à l'existence et aux conditions de mise en œuvre de leurs droits nationaux de la concurrence.

A l'OCDE, le Comité du droit et de la politique de la concurrence, qui est présidé par M. Jenny, vice-président du Conseil, constitue un forum d'échanges d'informations sur les développements des politiques de concurrence mises en œuvre dans les Etats membres de cette organisation ainsi qu'un laboratoire de recherche et de réflexion sur l'application de ces politiques. L'année 1999 a vu la poursuite des activités du Comité conjoint des échanges internationaux et du droit et de la politique de la concurrence, chargé de promouvoir la convergence entre ces deux politiques et de préparer une réflexion de fond sur certains thèmes évoqués dans le cadre de l'OMC. Ainsi, les thèmes de la courtoisie positive et de la coopération internationale sont étudiés en même temps que le Comité conjoint travaille à la mise au point d'un vocabulaire ou d'une terminologie destinée à accroître la cohérence entre les politiques de la concurrence et des échanges internationaux. Cette terminologie devrait aussi permettre de faciliter les négociations en vue d'aboutir à terme à un accord international en matière de concurrence à l'OMC. Le Conseil de la concurrence a été représenté aux trois séances annuelles du Comité conjoint ainsi qu'aux trois séances du Comité du droit et de la politique de la concurrence et de ses deux groupes de travail. Ces deux groupes de travail traitent respectivement du droit et de la politique de la concurrence et de la réglementation et de la coopération entre autorités de concurrence des Etats membres. Comme l'année précédente, les principaux thèmes traités par le Comité en 1999 ont été largement centrés sur les problématiques liées à la déréglementation, qui ont fourni matière à des tables rondes, notamment sur les sujets suivants : l'accroissement du rôle de la politique de la concurrence dans le fonctionnement des services postaux, le rôle de la concurrence et les questions de régulation dans le secteur des alliances stratégiques aériennes, la concurrence et l'industrie de la collecte et du traitement des déchets ménagers, le traitement des oligopoles. Le comité a également poursuivi les analyses des rapports annuels en matière de concurrence et a procédé à l'examen approfondi des politiques de la concurrence de quatre pays qui se sont soumis à l'examen d'ensemble de leur politique économique dans le cadre de l'exercice de l'OCDE sur la réforme réglementaire : Corée, Hongrie, Espagne et Danemark. Enfin, un séminaire au niveau ministériel a réuni pour deux journées en juin 1999 des responsables politiques de plus d'une quarantaine de pays de l'OCDE et de pays tiers (en développement et en transition) pour traiter des trois thèmes suivants : inventaire des problèmes soulevés à l'intersection du commerce international, de la réglementation et de la concurrence, quelles options sont ouvertes pour améliorer la cohérence des politiques des échanges internationaux et de la concurrence ? Faut-il une réglementation internationale ?

Le Conseil est également membre de la délégation française du groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence institué auprès de la CNUCED. Ce groupe a pour objet d'élaborer et de mettre en application un ensemble de principes visant à promouvoir la concurrence au sein des pays membres des Nations Unies (celles-ci regroupant un nombre d'Etats plus important que ceux représentés à l'OMC et incluant en particulier la République de Chine). Ce groupe d'experts met notamment en place des programmes d'assistance technique en faveur des Etats en voie de développement ou qui sont nouvellement acquis à l'économie de marché ou des économies émergentes et qui procèdent à des réformes économiques. Ce groupe permet également d'assurer la diffusion des principes du droit de la concurrence dans l'ensemble des pays en

développement, conformément à ce que prévoient les programmes du FMI et de la Banque mondiale. Cela constitue de même l'un des piliers de la stratégie de l'Union européenne dans son assistance aux pays en transition d'Europe centrale et aux pays en développement. A ce titre, ce groupe permet d'assurer à la fois une coordination des activités des pays développés à l'égard des pays en développement et d'accroître les informations de chacun sur les développements et difficultés rencontrées par les autorités de concurrence des pays en développement. Un rapporteur permanent du Conseil, chargé des affaires multilatérales, est le coordinateur des pays de l'OCDE au sein de ce groupe depuis 1995. En 1999, les travaux de ce groupe ont suivi les méthodes de travail en vigueur au sein de l'OCDE. La session dans son ensemble a été consacrée à la préparation de la V^e Conférence de révision sur les règles de concurrence préconisées par les Nations Unies en matière de concurrence qui interviendra en septembre 2000. La session du groupe d'experts était également adossée à un séminaire préparatoire à la X^e Conférence des Nations Unies pour la coopération et le développement qui devait se tenir à Bangkok en février 2000, dans le sillage de la conférence de l'OMC à Seattle. Trois tables rondes ont été organisées par le groupe intergouvernemental d'experts sur le thème des relations entre autorités de régulation et autorités de concurrence, le contrôle des fusions internationales et la création d'une culture de la concurrence (*competition advocacy*) en particulier dans les pays en développement. En outre, à l'initiative du secrétariat de la CNUCED, un rapporteur permanent du Conseil a été invité à participer à deux séminaires concernant respectivement les conditions de mise en place du droit de la concurrence en Thaïlande et les premières approches en vue de l'élaboration d'un droit de la concurrence au Vietnam. Enfin, le même rapporteur a été invité par ce secrétariat à animer un séminaire sur le droit et la politique de la concurrence destiné aux responsables d'autorités de concurrence des pays anglophones de la zone caraïbe.

Deux conférences internationales ont été conjointement organisées par la Banque mondiale, la CNUCED, l'OCDE et l'OMC au cours de l'année 1999 centrées d'une part sur le rôle de la politique de la concurrence en vue d'améliorer les conditions de fonctionnement du commerce international mais aussi le développement économique des pays en développement et, d'autre part, sur la prise en compte des attentes de la société civile - en particulier des consommateurs - par rapport aux réflexions menées sur la politique de la concurrence.

3. *Les relations bilatérales*

Le Conseil de la concurrence entretient des relations régulières avec les autorités de la concurrence de nombreux pays. C'est ainsi qu'en 1999, le Conseil a reçu des délégations chinoise, russe et bulgare, sans compter les coopérations plus traditionnelles avec des pays comme la Tunisie et la Grande-Bretagne.

Enfin, il convient de signaler qu'une délégation conduite par la présidente du Conseil de la concurrence s'est rendue en Corée pour y tenir une série d'entretiens annuels avec les autorités de concurrence de ce pays. Le thème central des débats était la déréglementation et les conditions de l'application de la politique de la concurrence dans la phase de redressement économique entamée par la Corée en 1999, et dans le contexte de l'examen de la politique économique de ce pays par l'OCDE dans le cadre de l'exercice sur la réforme réglementaire. Une délégation conduite par la présidente du Conseil de la concurrence s'est également rendue à Taïwan à l'invitation des autorités locales de concurrence.

Conseil de la Concurrence

Treizième rapport d'activité

1999

ANNEXES

Annexe 1

Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

Modifiée par :

Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 ;
Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992 ;
Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 ;
Loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992 ;
Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 ;
Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 ;
Loi n° 94-89 du 1^{er} février 1994 ;
Loi n° 95-95 du 1^{er} février 1995 ;
Loi n° 95-127 du 8 février 1995 ;
Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 ;
Loi n° 99-532 du 25 juin 1999.

Le Président de la République,

Sur le rapport du Premier ministre, du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, et du garde des sceaux, ministre de la justice,

Vu la Constitution, notamment son article 38 ;

Vu la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, notamment son article 1^{er} ;

Le Conseil d'Etat entendu ;

Le Conseil des ministres entendu,

Ordonne :

TITRE I^{er} DE LA LIBERTÉ DES PRIX Article 1^{er}

L'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 est abrogée. Les prix des biens, produits et services relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence.

Toutefois, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison soit de situations de monopole ou de difficultés durables d'approvisionnement, soit de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'Etat peut réglementer les prix après consultation du Conseil de la concurrence.

Les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d'Etat, contre des hausses (*Loi n° 95-95 du 1^{er} février 1995, art. 8*) « ou des baisses » excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret est pris après consultation du Conseil national de la consommation. Il précise sa durée de validité qui ne peut excéder six mois.

TITRE II DU CONSEIL DE LA CONCURRENCE Article 2

Il est créé un Conseil de la concurrence comprenant (*Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 1^{er}, 1°*) « dix-sept membres » nommés pour une durée de six ans par décret pris sur le rapport du ministre chargé de l'économie.

Il se compose de :

1. (*Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 1^{er}, 2°*) « Huit membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires ; »

2. Quatre personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation ;

3. Cinq personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales.

(*Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 1^{er}, 3°*) « Le président et les trois vice-présidents sont nommés, pour trois d'entre eux, parmi les membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes, et pour l'un d'entre eux, parmi les catégories de personnalités mentionnées aux 2 et 3 ci-dessus. »

Les quatre personnalités prévues au 2 sont choisies sur une liste de huit noms présentée par les (*Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 1^{er}, 4°*) « huit membres » prévus au 1.

Le mandat des membres du Conseil de la concurrence est renouvelable.

Article 3

Le président et les vice-présidents exercent leurs fonctions à plein temps. Ils sont soumis aux règles d'incompatibilité prévues pour les emplois publics.

Est déclaré démissionnaire d'office par le ministre tout membre du Conseil qui n'a pas participé, sans motif valable, à trois séances consécutives ou qui ne remplit pas les obligations prévues aux deux alinéas ci-dessous.

Tout membre du Conseil doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique.

Aucun membre du Conseil ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées.

Le commissaire du Gouvernement auprès du Conseil est désigné par le ministre chargé de l'économie.

Article 4

Le Conseil peut siéger soit en formation plénière, soit en sections, soit en commission permanente. (*Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 2*) « La commission permanente est composée du président et des trois vice-présidents. »

En cas de partage égal des voix, la voix du président de la formation est prépondérante.

Le rapporteur général, « le ou les rapporteurs généraux adjoints » (*Loi n° 99-532 du 25 juin 1999*) et les rapporteurs permanents sont nommés sur proposition du président par arrêté du ministre chargé de l'économie. Les autres rapporteurs sont désignés par le président.

Les crédits attribués au Conseil de la concurrence pour son fonctionnement sont inscrits au budget du ministère chargé de l'économie.

Le président est ordonnateur des recettes et des dépenses du Conseil.

Article 5

Le Conseil de la concurrence peut être consulté par les commissions parlementaires sur les propositions de lois ainsi que sur toute question concernant la concurrence.

Il donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Il peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge.

Article 6

Le Conseil est obligatoirement consulté par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet :

1. De soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ;
2. D'établir des droits exclusifs dans certaines zones ;
3. D'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.

TITRE III

DES PRATIQUES ANTICONCURRENTIELLES

Article 7

Sont prohibées, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :

1. Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;
2. Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;
3. Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;
4. Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

Article 8

Est prohibée, dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises :

1. D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;
2. De l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une

entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente.

Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Article 9

Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8.

Article 10

Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques :

1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;
2. Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques (*Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 3*) « qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun », ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

Certaines catégories d'accords (*Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 4*) « ou certains accords », notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnues comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la concurrence.

Article 10-1

(*Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 5*)

« Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits.

« Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits.

« Ces dispositions ne sont pas applicables en cas de revente en l'état, à l'exception des enregistrements sonores reproduits sur supports matériels. »

Article 11

Le Conseil de la concurrence peut être saisi par le ministre chargé de l'économie. Il peut se saisir d'office ou être saisi par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les organismes visés au deuxième alinéa de l'article 5.

Il examine si les pratiques dont il est saisi entrent dans le champ (*Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 6*) « des articles 7, 8 ou 10-1 » ou peuvent se trouver justifiées par application de l'article 10. Il prononce, le cas échéant, des sanctions et des injonctions.

Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article 17, il adresse

le dossier au procureur de la République. Cette transmission interrompt la prescription de l'action publique.

Article 12

Le Conseil de la concurrence peut, après (*Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987, art. 1^{er}*) « avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement », prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées par le ministre chargé de l'économie, par les personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article 5 ou par les entreprises.

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

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

(*Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987, art 1^{er}, II.*) « La décision du Conseil peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation par les parties en cause et le commissaire du Gouvernement devant la cour d'appel de Paris au maximum dix jours après sa notification. La cour statue dans le mois du recours.

« Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution des mesures conservatoires, si celles-ci sont susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à leur notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité. »

Les mesures conservatoires sont publiées au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*.

Article 13

Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières.

Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions.

(*Loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992.*) « Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. »

Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de dix millions de francs.

Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne, l'affichage dans les lieux qu'il indique et l'insertion de sa décision dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou de directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée.

Article 14

Si les mesures et injonctions prévues aux articles 12 et 13 ne sont pas respectées, le Conseil peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article 13.

Article 15

(Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987, art. 2)

« Les décisions du Conseil de la concurrence mentionnées au présent titre sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'économie, qui peuvent, dans un délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris.

« Les décisions sont publiées au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*. Le ministre chargé de l'économie veille à leur exécution.

« Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.

« Le pourvoi en cassation, formé le cas échéant contre l'arrêt de la cour, est exercé dans un délai d'un mois suivant sa notification. »

Article 16

Les sanctions pécuniaires sont recouvrées comme les créances de l'Etat étrangères à l'impôt et au domaine.

Article 17

Sera punie d'un emprisonnement de six mois à quatre ans et d'une amende de 5 000 à 500 000 F ou de l'une de ces deux peines seulement toute personne physique qui, frauduleusement, aura pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles 7 et 8.

Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné.

Article 18

L'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires.

Article 19

Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants.

Article 20

Le Conseil de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été mis à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Article 21

Sans préjudice des mesures prévues à l'article 12, le Conseil notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, qui peuvent consulter le dossier et présenter leurs observations dans un délai de deux mois.

Le rapport est ensuite notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés.

Les parties ont un délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse qui peut être consulté dans les quinze jours qui précèdent la séance par les personnes visées à l'alinéa précédent.

Article 22

Le président du Conseil de la concurrence peut, après notification des griefs aux parties intéressées, décider que l'affaire sera portée devant la commission permanente, sans établissement préalable d'un rapport. Cette décision est notifiée aux parties « qui peuvent dans les quinze jours demander le renvoi au Conseil » (dernier membre de phrase abrogé par art. 7, loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996).

La commission permanente peut prononcer les mesures prévues à l'article 13. Toutefois, la sanction pécuniaire prononcée ne peut excéder 500 000 F pour chacun des auteurs de pratiques prohibées.

Article 23

Le président du Conseil de la concurrence peut refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires, sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties. Les pièces considérées sont retirées du dossier.

Article 24

Sera punie des peines prévues à l'article 378 du code pénal la divulgation par l'une des parties des informations concernant une autre partie ou un tiers et dont elle n'aura pu avoir connaissance qu'à la suite des communications ou consultations auxquelles il aura été procédé.

Article 25

Les séances du Conseil de la concurrence ne sont pas publiques. Seuls les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent y assister. Les parties peuvent demander à être entendues par le Conseil et se faire représenter ou assister.

Le Conseil de la concurrence peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information.

Le rapporteur général, « le ou les rapporteurs généraux adjoints » (*Loi n° 99-532 du 25 juin 1999*) et le commissaire du Gouvernement peuvent présenter des observations.

Le rapporteur général et le rapporteur assistent au délibéré, sans voix délibérative.

Article 26

Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer au Conseil de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont le Conseil est saisi.

Le Conseil peut être consulté par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies (*Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 8*) « aux articles 7 et 8 et 10-1 » et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Il ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire. Toutefois, s'il dispose d'informations déjà recueillies au cours d'une procédure antérieure, il peut émettre son avis sans avoir à mettre en œuvre la procédure prévue au présent texte.

Le cours de la prescription est suspendu, le cas échéant, par la consultation du Conseil. L'avis du Conseil peut être publié après le non-lieu ou le jugement.

Article 27

Le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction.

TITRE IV DE LA TRANSPARENCE ET DES PRATIQUES RESTRICTIVES

Article 28

(Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 9)

« Toute publicité à l'égard du consommateur, diffusée sur tout support ou visible de l'extérieur du lieu de vente, mentionnant une réduction de prix ou un prix promotionnel sur les produits alimentaires périssables doit préciser la nature et l'origine du ou des produits offerts et la période pendant laquelle est maintenue l'offre proposée par l'annonceur.

« Toute infraction aux dispositions du premier alinéa est punie d'une amende de 100 000 F.

« Lorsque de telles opérations promotionnelles sont susceptibles, par leur ampleur ou leur fréquence, de désorganiser les marchés, un arrêté interministériel ou, à défaut, préfectoral fixe, pour les produits concernés, la périodicité et la durée de telles opérations.

« La cessation de la publicité réalisée dans des conditions non conformes aux dispositions du présent article peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du code de la consommation. »

Article 29

(Abrogé par loi n° 93-949 du 26 juillet 1993, art. 4)

(Article L. 121-35 du code de la consommation)

Article 30

(Abrogé par loi n° 93-949 du 26 juillet 1993, art. 4)

(Article L. 122-1 du code de la consommation)

Article 31

Tout achat de produits ou toute prestation de services pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation.

Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation du service. L'acheteur doit la réclamer. La facture doit être rédigée en double exemplaire. Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire.

La facture doit mentionner le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente ou de la prestation de services, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus *(Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 10-I*)* « ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture ».

(Loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992.) « La facture mentionne également la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions de vente. »

(Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 10-II)* « Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé. »

(Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.) « Toute infraction aux dispositions du présent article est punie d'une amende de 500 000 F.

« L'amende peut être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée.

« Les personnes morales peuvent être déclarées responsables conformément à l'article 121-2 du code pénal. Les peines encourues par les personnes morales sont :
« 1^o L'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 dudit code.
« 2^o La peine d'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus, en application du 5^o de l'article 131-39 du code pénal. »

Article 32

(Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 11-II et III)*

« I. - Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 500 000 F d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif.

« Le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

« Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, de l'infraction prévue au premier alinéa du présent article.

« Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1^o L'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;

« 2^o La peine mentionnée au 9^o de l'article 131-39 du même code.

« La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du code de la consommation.

« II. - Les dispositions qui précèdent ne sont pas applicables :

« 1^o Aux ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale :

« - aux produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ;

« - aux produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques ;

« - aux produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat ;

« - aux produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de moins de 1 000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité ;

« 2^o A condition que l'offre de prix réduit ne fasse pas l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente aux produits périssables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide.

« III. - Les exceptions prévues au II ne font pas obstacle à l'application du 2 de l'article 189 et du 1 de l'article 197 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation des entreprises. »

Article 33

(Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.) « Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur, est tenu de communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de prestations de services pour une activité professionnelle, qui en fait la demande, son barème

de prix et ses conditions de vente. »

(Loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992.) « Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les modalités de calcul et les conditions dans lesquelles des pénalités sont appliquées dans le cas où les sommes dues sont versées après la date de paiement figurant sur la facture, lorsque le versement intervient au-delà du délai fixé par les conditions générales de vente.

« Ces pénalités sont d'un montant au moins équivalent à celui qui résulterait de l'application d'un taux égal à une fois et demie le taux de l'intérêt légal.

« La communication prévue au premier alinéa s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession. »

(Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.) « Les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent faire l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des deux parties. »

(Loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992.) « Toute infraction aux dispositions visées ci-dessus sera punie d'une amende de 100 000 F. »

(Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993.) « Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal. »

(Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 12.) « La peine encourue par les personnes morales est l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 dudit code. »

Article 34

Est puni d'une amende de 5 000 à 100 000 F le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de services ou à une marge commerciale.

Article 35

(Loi n° 92-1442 du 31 décembre 1992)

A peine d'une amende de 500 000 F, le délai de paiement, par tout producteur, revendeur ou prestataire de services, ne peut être supérieur :

- à trente jours après la fin de la décade de livraison pour les achats de produits alimentaires périssables (Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 13*) « et de viandes congelées ou surgelées, ainsi que de poissons surgelés », à l'exception des achats de produits saisonniers effectués dans le cadre de contrats dits de culture visés à l'article 17 de la loi n° 64-678 du 6 juillet 1964 tendant à définir les principes et les modalités du régime contractuel en agriculture ;

- à vingt jours après le jour de livraison pour les achats de bétail sur pied destiné à la consommation et de viandes fraîches dérivées ;

- à trente jours après la fin du mois de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de consommation prévus à l'article 403 du code général des impôts ;

- à défaut d'accords interprofessionnels conclus en application de la loi n° 75-600 du 10 juillet 1975 relative à l'organisation interprofessionnelle agricole et rendus obligatoires par voie réglementaire à tous les opérateurs sur l'ensemble du territoire métropolitain pour ce qui concerne les délais de paiement, à soixante-quinze jours après le jour de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus à l'article 438 du même code.

Article 36

Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :

1. De pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;

2. (Abrogé par loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 14-1^o.)

3. (Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 14-2^o.) « D'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ; »

(Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 14-3^o.) « 4. D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale des relations commerciales, des prix, des délais de paiement, des modalités de vente ou des conditions de coopération commerciale manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente ;

« 5. De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte des relations commerciales antérieures ou des usages reconnus par des accords interprofessionnels. Les dispositions précédentes ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou de force majeure ;

« 6. De participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence. »

L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le parquet, par le ministre chargé de l'économie ou par le président du Conseil de la concurrence, lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Le président de la juridiction saisie peut, en référé, enjoindre la cessation des agissements en cause ou ordonner toute autre mesure provisoire.

Article 37

(Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 15-I)

« Aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts. »

Article 37-1

(Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 15-II)

« Il est interdit à toute personne d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public de l'Etat, des collectivités locales et de leurs établissements publics.

« Les infractions à l'interdiction mentionnée à l'alinéa précédent sont recherchées et constatées dans les conditions définies par les articles 45 à 47 et 52.

« Les agents peuvent consigner, dans des locaux qu'ils déterminent et pendant une durée qui ne peut être supérieure à un mois, les produits offerts à la vente et les biens ayant permis la vente des produits ou l'offre de services.

« La consignation donne lieu à l'établissement immédiat d'un procès-verbal. Celui-ci comporte un inventaire des biens et des marchandises consignés ainsi que la mention de leur valeur. Il est communiqué dans les cinq jours de sa clôture au procureur de la République et à

l'intéressé.

« La juridiction peut ordonner la confiscation des produits offerts à la vente et des biens ayant permis la vente des produits ou l'offre de services. La juridiction peut condamner l'auteur de l'infraction à verser au Trésor public une somme correspondant à la valeur des produits consignés, dans le cas où il n'a pas été procédé à une saisie. »

TITRE V DE LA CONCENTRATION ÉCONOMIQUE Article 38

Tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une position dominante peut être soumis, par le ministre chargé de l'économie, à l'avis du Conseil de la concurrence.

Ces dispositions ne s'appliquent que lorsque les entreprises qui sont parties à l'acte ou qui en sont l'objet ou qui leur sont économiquement liées ont soit réalisé ensemble plus de 25 % des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services substituables ou sur une partie substantielle d'un tel marché, soit totalisé un chiffre d'affaires hors taxes de plus de sept milliards de francs, à condition que deux au moins des entreprises parties à la concentration aient réalisé un chiffre d'affaires d'au moins deux milliards de francs.

Article 39

La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante.

Article 40

Tout projet de concentration ou toute concentration ne remontant pas à plus de trois mois peut être soumis au ministre chargé de l'économie par une entreprise concernée. La notification peut être assortie d'engagements. Le silence gardé pendant deux mois vaut décision tacite d'acceptation du projet de concentration ou de la concentration ainsi que des engagements qui y sont joints. Ce délai est porté à six mois si le ministre saisit le Conseil de la concurrence.

Article 41

Le Conseil de la concurrence apprécie si le projet de concentration ou la concentration apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Le Conseil tient compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale.

Article 42

Le ministre chargé de l'économie et le ministre dont relève le secteur économique intéressé peuvent, à la suite de l'avis du Conseil de la concurrence, par arrêté motivé et en fixant un délai, enjoindre aux entreprises, soit de ne pas donner suite au projet de concentration ou de rétablir la situation de droit antérieure, soit de modifier ou compléter l'opération ou de prendre toute mesure propre à assurer ou à rétablir une concurrence suffisante.

Ils peuvent également subordonner la réalisation de l'opération à l'observation de prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

Ces injonctions et prescriptions s'imposent quelles que soient les stipulations des parties.

Article 43

Le Conseil de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, demander au ministre chargé de l'économie d'enjoindre, conjointement avec le ministre dont relève le secteur, par arrêté motivé, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre.

Article 44

La procédure applicable aux décisions du titre V est celle prévue au deuxième alinéa de l'article 21 et aux articles 23 à 25. Toutefois, les intéressés doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai d'un mois.

Ces décisions sont motivées et publiées au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes* avec l'avis du Conseil de la concurrence.

En cas de non-respect de ces décisions ou des engagements mentionnés à l'article 40, le ministre chargé de l'économie et le ministre dont relève le secteur économique intéressé peuvent, après consultation du Conseil de la concurrence et dans les limites de son avis, prononcer une sanction pécuniaire dont le montant est défini conformément au troisième alinéa de l'article 13 de la présente ordonnance.

TITRE VI DES POUVOIRS D'ENQUÊTE Article 45

Des fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l'économie peuvent procéder aux enquêtes nécessaires à l'application de la présente ordonnance.

Les rapporteurs du Conseil de la concurrence disposent des mêmes pouvoirs pour les affaires dont le Conseil est saisi.

Des fonctionnaires de catégorie A du ministère chargé de l'économie, spécialement habilités à cet effet par le garde des sceaux, ministre de la justice, sur la proposition du ministre chargé de l'économie, peuvent recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires.

Article 46

Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux et, le cas échéant, de rapports.

Les procès-verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Un double en est laissé aux parties intéressées. Ils font foi jusqu'à preuve contraire.

Article 47

Les enquêteurs peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transports à usage professionnel, demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place, les renseignements

et justifications.

Ils peuvent demander à l'autorité dont ils dépendent de désigner un expert pour procéder à toute expertise contradictoire nécessaire.

Article 48

Les enquêteurs ne peuvent procéder aux visites en tous lieux, ainsi qu'à la saisie de documents, que dans le cadre d'enquêtes demandées par le ministre chargé de l'économie ou le Conseil de la concurrence et sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter ou d'un juge délégué par lui. Lorsque ces lieux sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, une ordonnance unique peut être délivrée par l'un des présidents compétents.

Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information de nature à justifier la visite.

La visite et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. Lorsqu'elles ont lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, il délivre une commission rogatoire pour exercer ce contrôle au président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'effectue la visite.

Le juge peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. A tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite.

L'ordonnance mentionnée au premier alinéa du présent article n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le code de procédure pénale. Ce pourvoi n'est pas suspensif.

La visite, qui ne peut commencer avant six heures ou après vingt et une heures, est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant.

Les enquêteurs, l'occupant des lieux ou son représentant ainsi que l'officier de police judiciaire peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie.

Les inventaires et mises sous scellés sont réalisés conformément à l'article 56 du code de procédure pénale.

Les originaux du procès-verbal et de l'inventaire sont transmis au juge qui a ordonné la visite.

Les pièces et documents qui ne sont plus utiles à la manifestation de la vérité sont restitués à l'occupant des lieux.

Article 49

Le président du Conseil de la concurrence est informé sans délai du déclenchement et de l'issue des investigations mentionnées à l'article 48 lorsqu'elles ont été diligentées à l'initiative du ministre chargé de l'économie et qu'elles se rapportent à des faits susceptibles de relever des articles 7 et 8 ci-dessus.

Il peut proposer au Conseil de se saisir d'office.

Article 50

Le président du Conseil de la concurrence désigne, pour l'examen de chaque affaire, un ou plusieurs rapporteurs. A sa demande, l'autorité dont dépendent les agents visés à l'article 45 désigne les enquêteurs et fait procéder sans délai à toute enquête que le rapporteur juge utile. Ce dernier définit les orientations de l'enquête et est tenu informé de son déroulement.

Article 51

Les enquêteurs peuvent, sans se voir opposer le secret professionnel, accéder à tout document ou élément d'information détenu par les services et établissements de l'Etat et des autres collectivités publiques.

Article 52

Sera puni d'un emprisonnement de deux à six mois et d'une amende de 5 000 à 50 000 F, ou de l'une de ces deux peines seulement, quiconque se sera opposé, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents désignés à l'article 45 et les rapporteurs du Conseil de la concurrence sont chargés en application de la présente ordonnance.

Article 52-1

(Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992)

« Le fait, en diffusant, par quelque moyen que ce soit, des informations mensongères ou calomnieuses en jetant sur le marché des offres destinées à troubler le cours ou des suroffres faites aux prix demandés par les vendeurs, ou en utilisant tout autre moyen frauduleux d'opérer ou de tenter d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix de biens ou de services ou d'effets publics ou privés, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

« Lorsque la hausse ou la baisse artificielle des prix concerne des produits alimentaires, la peine est portée à trois ans d'emprisonnement et 300 000 F d'amende.

« Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent article encourent également les peines complémentaires suivantes :

« 1° L'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités de l'article 131-26 du code pénal ;

« 2° L'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du code pénal. »

Article 52-2

(Loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992)

« Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal des infractions définies aux deux premiers alinéas de l'article 52-1 de la présente ordonnance.

« Les peines encourues par les personnes morales sont :

« 1° L'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal ;

« 2° Les peines mentionnées aux 2°, 3°, 4°, 5°, 6° et 9° de l'article 131-39 du même code.

« L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du même code porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. »

TITRE VII

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 53

Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques (*Loi n° 95-127 du 8 février 1995, art. 6*), « notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public. »

Article 54

La juridiction peut condamner solidairement les personnes morales au paiement des amendes prononcées contre leurs dirigeants en vertu des dispositions de la présente ordonnance et des textes pris pour son application.

Article 55

(Loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996, art. 16)

« En cas de condamnation au titre des articles 31, 32, 34 et 35, la juridiction peut ordonner que sa décision soit affichée ou diffusée dans les conditions prévues par l'article 131-10 du code pénal.

« Lorsqu'une personne ayant fait l'objet, depuis moins de deux ans, d'une condamnation pour l'une des infractions définies par les articles 28 et 31 à 35 commet la même infraction, le maximum de la peine d'amende encourue est porté au double.

« Lorsqu'une personne morale ayant fait l'objet, depuis moins de deux ans, d'une condamnation pour l'une des infractions définies par les articles 31 à 33 commet la même infraction, le taux maximum de la peine d'amende encourue est égal à dix fois celui applicable aux personnes physiques pour cette infraction. »

Article 56

Pour l'application de la présente ordonnance, le ministre chargé de l'économie ou son représentant peut, devant les juridictions civiles ou pénales, déposer des conclusions et les développer oralement à l'audience. Il peut également produire les procès-verbaux et les rapports d'enquête.

Article 56 bis

(Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992)

« Pour l'application des articles 85 à 87 du traité de Rome, le ministre chargé de l'économie et les fonctionnaires qu'il a désignés ou habilités conformément aux dispositions de la présente ordonnance, d'une part, le Conseil de la concurrence, d'autre part, disposent des pouvoirs qui leur sont reconnus par les titres III, VI et VII de la présente ordonnance, pour ce qui concerne le ministre et les fonctionnaires susvisés, et par son titre III pour ce qui concerne le Conseil de la concurrence. Les règles de procédure prévues par ces textes leur sont applicables. »

Article 56 ter

(Loi n° 95-95 du 1^{er} février 1995, art. 9)

« Les organisations professionnelles doivent introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale pour les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent, ou à la loyauté de concurrence. »

Article 57

Sont abrogés :

- le 2° de l'article 419 du code pénal ;
- l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 relative à la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique ;
- la loi du 7 avril 1947 complétant et modifiant la législation économique ;
- la loi n° 51-356 du 20 mars 1951 modifiée portant interdiction du système de vente avec timbres, primes ou tous autres titres analogues ou avec primes en nature ;
- la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique

et à la répression des ententes illicites et abus de position dominante ;

- le second alinéa de l'article 45 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat ;

- l'article 49 de la loi de finances du 14 avril 1952 ;

- les dispositions du troisième alinéa de l'article L. 310-3 ainsi que les dispositions du troisième et du quatrième alinéa de l'article L. 310-5 du code des assurances.

Article 58

Les articles 8-3 et 35 de la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs sont abrogés.

Les articles 32 et 33 du décret n° 49-1473 du 14 novembre 1949 relatif à la coordination et à l'harmonisation des transports ferroviaires et routiers sont maintenus provisoirement en vigueur jusqu'au 31 décembre 1991. Cette date peut être avancée par décret.

Dès lors qu'elle constitue un élément d'évolution vers la libre concurrence, peut être établie par décret une procédure contribuant à l'information sur les coûts des transports routiers de marchandises et facilitant la gestion des entreprises.

Article 59

Le ministre chargé de l'économie reste compétent dans les conditions prévues aux articles 53, 54, 56 et 57 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 pour se prononcer sur les avis rendus par la commission de la concurrence antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente ordonnance. Il reste également compétent dans les conditions fixées à l'article 55 de ladite ordonnance si la consultation du président de la commission de la concurrence prévue au même article est déjà intervenue.

Si le rapport prévu par l'article 52 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 a déjà été notifié aux parties intéressées, celles-ci disposent d'un délai de deux mois à compter de la date de la notification pour présenter leurs observations ; elles peuvent consulter les mémoires des autres parties dans les conditions prévues au dernier alinéa de l'article 21 de la présente ordonnance. Les pouvoirs dévolus au ministre chargé de l'économie en application des articles 53 et 54 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 sont exercés par la commission de la concurrence et, à compter de son installation, par le Conseil de la concurrence.

Demeurent valables les actes de constatation et de procédure établis conformément aux dispositions de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, et notamment ses articles 52 à 55, et de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945.

Article 60

I. – Dans tous les textes législatifs et réglementaires en vigueur, les mots : « commission de la concurrence » sont remplacés par les mots : « Conseil de la concurrence ».

II. – Dans les articles 26 et 29 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, les mots : « dans les conditions fixées par l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 » sont remplacés par les mots : « dans les conditions fixées par les articles 45, premier alinéa, 46 et 47 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ».

III. – Les deux premiers alinéas de l'article 89 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 modifiée relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit sont ainsi rédigés :

« L'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence s'applique aux établissements de crédit pour ce qui est de leurs activités définies

aux articles 7 et 8.

« Les articles 7 à 10 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence s'appliquent aux établissements de crédit pour leurs opérations de banque. Les infractions à ces dispositions sont constatées, poursuivies et sanctionnées, par dérogation à l'article 45 de la présente loi, dans les conditions fixées par les titres III et VI de ladite ordonnance. »

IV. - L'article 10 de l'ordonnance n° 67-808 du 22 septembre 1967 portant modification et codification des règles relatives aux marchés d'intérêt national est ainsi rédigé : « Les infractions aux interdictions des articles 5, 6 et 7 de la présente ordonnance ainsi qu'aux dispositions prises en application de ces articles seront constatées et poursuivies dans les conditions fixées par les articles 45, premier alinéa, 46 et 47 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et sanctionnées d'une peine d'amende de 5 000 F à 100 000 F. Les articles 54 et 55 de ladite ordonnance sont applicables. »

V. - L'article 1^{er} de la loi n° 66-965 du 26 décembre 1966 relative à la constatation et à la répression des infractions en matière de publicité et de prix des hôtels et restaurants est ainsi rédigé :

« Les infractions aux dispositions du décret n° 66-371 du 13 juin 1966 relatif au classement et aux prix des hôtels et restaurants ainsi qu'à celles des arrêtés pris pour leur application sont constatées et poursuivies dans les conditions fixées par les articles 45, premier alinéa, 46 et 47 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. »

L'article 2 de ladite loi est ainsi rédigé :

« Les infractions aux dispositions du décret n° 66-371 du 13 juin 1966 sont punies d'une peine d'amende de 5 000 F à 100 000 F. Les articles 54 et 55 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 susvisée s'appliquent. »

VI. - Le premier alinéa de l'article 45 de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat est ainsi rédigé :

« L'action civile en réparation du dommage causé par l'une des infractions constatées, poursuivies et réprimées suivant les dispositions de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, est exercée dans les conditions de droit commun. »

VII. - Au premier alinéa de l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication, les mots : « la section III du livre III de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix et du titre II de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante » sont remplacés par les mots : « l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ».

Au deuxième alinéa du même article, les mots : « aux articles 8, 9 et 10 de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 précitée ainsi qu'au deuxième alinéa de l'article 54 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 précitée » sont remplacés par les mots : « au titre V de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ».

VIII. - Au dernier alinéa de l'article 2 de la loi n° 75-600 du 10 juillet 1975 modifiée relative à l'organisation interprofessionnelle agricole, les mots : « les dispositions de l'article 3 de l'ordonnance n° 67-835 du 28 septembre 1967 relative au respect de la loyauté en matière de concurrence » sont remplacés par les mots : « les dispositions du 1^o de l'article 10 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ».

IX. – A l'article L. 246 du livre des procédures fiscales du nouveau code des impôts, les mots : « les ventes sans facture constatées dans les conditions prévues aux articles 5, 6 et 7 de l'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 modifiée » sont remplacés par les mots : « les infractions aux règles de la facturation constatées dans les conditions prévues aux articles 45, premier alinéa, 46 et 47 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ».

L'article 1751 du code général des impôts est modifié comme suit :

- le paragraphe 1^{er} est abrogé ;
- au paragraphe 2, les mots : « dans tous les cas où une infraction prévue au I est relevée » sont remplacés par les mots : « dans tous les cas où est relevée l'infraction aux règles de facturation telles que prévues à l'article 31 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ».

X. – L'article 4 de la loi de finances n° 63-628 du 2 juillet 1963 est remplacé par les dispositions suivantes :

« Art. 4. – Les infractions aux dispositions de l'article 1^{er} de la présente loi sont constatées, poursuivies et réprimées dans les conditions fixées par l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. »

Article 61

A titre transitoire, demeurent en vigueur les arrêtés réglementant, en application de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945, les prix des secteurs et des zones visés au deuxième alinéa de l'article 1^{er} de la présente ordonnance et énumérés au décret prévu à l'article suivant.

Les dispositions de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 demeurent en vigueur pour la réglementation du papier de presse.

Article 62

Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application de la présente ordonnance.

Le titre I^{er} entrera en vigueur le 1^{er} janvier 1987.

Article 63

Le Premier ministre, le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, et le garde des sceaux, ministre de la justice, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution de la présente ordonnance, qui sera publiée au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 1^{er} décembre 1986.

François Mitterrand

Par le Président de la République :
Le Premier ministre,

Jacques Chirac
*Le ministre d'État, ministre de l'économie,
des finances et de la privatisation,*
Edouard Balladur
Le garde des sceaux, ministre de la justice,
Albin Chalandon

(*) Dispositions entrant en vigueur le premier jour du sixième mois suivant la date de promulgation de la même loi.

Annexe 2

Décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (cf. note 92)

Le Premier ministre,
Sur le rapport du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, et du garde des sceaux, ministre de la justice ;
Vu le code pénal, et notamment son article R. 25 ;
Vu l'ordonnance n° 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances ;
Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ;
Vu le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique ;
Vu le décret n° 64-486 du 28 mai 1964 modifié relatif aux régies de recettes et aux régies d'avances des organismes publics ;
Le Conseil d'Etat (section des finances) entendu,
Décrète :

Chapitre I^{er} **Du Conseil de la concurrence** **Article 1^{er}**

Le président du Conseil de la concurrence est suppléé, en cas d'absence ou d'empêchement, par un vice-président.

Article 2

Le rapporteur général est nommé, sur proposition du président du Conseil de la concurrence, pour quatre ans, parmi les membres du Conseil d'Etat, les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A et les personnes pouvant justifier d'une expérience d'au moins cinq ans dans le domaine du droit de la concurrence et titulaires d'un des diplômes permettant d'accéder à un corps de catégorie A. Il peut être renouvelé une fois dans ses fonctions.

Il anime et contrôle l'activité des rapporteurs.

Article 3

Les rapporteurs permanents sont nommés parmi les membres du Conseil d'Etat, les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A, les agents contractuels de l'Etat de niveau équivalent ou les personnalités ayant une compétence économique ou juridique et titulaires d'un des diplômes permettant d'accéder à un corps de catégorie A.

En cas d'absence ou d'empêchement du rapporteur général, un des rapporteurs est désigné par le président du Conseil de la concurrence pour le suppléer.

Article 4

Le président du Conseil de la concurrence peut faire appel à des rapporteurs extérieurs choisis parmi les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A ou les agents contractuels de l'Etat de niveau équivalent.

Article 5

Le président du Conseil de la concurrence fixe le nombre et la composition des sections ; il affecte les membres du Conseil de la concurrence à chacune d'entre elles.

Chaque section est présidée par le président du Conseil de la concurrence ou, à défaut, par l'un des vice-présidents. Elle comprend au moins deux autres membres.

Article 6

Le Conseil ne peut valablement délibérer que s'il comprend au moins huit membres en formation plénière et au moins trois membres en section, dont un membre de la catégorie mentionnée au 1 de l'article 2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée. Une section peut à tout moment décider le renvoi d'une affaire en formation plénière.

La commission permanente ne peut délibérer que si trois membres sont présents. En cas d'empêchement, la commission est complétée par un membre du Conseil désigné par le président.

Article 7

Le Conseil de la concurrence adresse chaque année au ministre chargé de l'économie un rapport d'activité qui est publié au *Journal officiel* de la République française.

Les décisions du Conseil prévues à l'article 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée et les avis rendus en application de son titre V sont annexés à ce rapport.

Article 8

Le Conseil de la concurrence établit son règlement intérieur, qui fixe notamment ses conditions de fonctionnement administratif et l'organisation de ses services.

Article 9

Le président peut déléguer sa signature au rapporteur général pour engager les dépenses et signer les marchés.

Des régies de recettes et de dépenses peuvent être créées auprès du Conseil par arrêté du ministre chargé de l'économie et du budget dans les conditions prévues par le décret du 28 mai 1964 susvisé.

Article 10

Les avis rendus en application des articles 1^{er} et 6 de l'ordonnance sont publiés avec les textes auxquels ils se rapportent.

Les avis rendus en application de l'article 5 de l'ordonnance et destinés à une commission parlementaire ou au Gouvernement peuvent être publiés par leur destinataire ou, avec l'accord de ce dernier, par le Conseil de la concurrence. Le Conseil de la concurrence peut publier les avis demandés par d'autres personnes.

Article 10-1

(Créé par décret n° 88-479 du 2 mai 1988)

Délégation permanente est donnée au ministre chargé de l'économie pour consulter, au nom du Gouvernement, le Conseil de la concurrence de sa propre initiative ou à la demande du ministre dont relève le secteur économique concerné, en application des articles 1^{er}, 5 et 6 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée.

Chapitre II

Des pratiques anticoncurrentielles

Article 11

(Modifié par décret n° 97-538 du 26 mai 1997)

Les accords présentés au ministre chargé de l'économie, en application du deuxième alinéa de l'article 10 de l'ordonnance, sont accompagnés des informations suivantes :

- l'identification détaillée des entreprises parties à l'accord ;
- les objectifs fixés par l'accord ;
- la délimitation du marché concerné par l'accord ;
- les produits, biens ou services concernés ;
- les produits, biens ou services substituables ;
- les parts de marché détenues par chaque partie à l'accord (en volume et en chiffre d'affaires) ;
- l'impact sur la concurrence.

Si les entreprises estiment que certains des documents inclus dans ce dossier présentent un caractère confidentiel, elles peuvent porter sur ces documents la mention « secret des affaires ». Dans ce cas, le ministre chargé de l'économie leur demande de lui indiquer les informations dont elles souhaitent qu'il ne soit pas fait mention dans le décret et dans l'avis du Conseil de la concurrence.

Un mois avant leur transmission au Conseil de la concurrence, les projets de décrets prévus au dernier alinéa de l'article 10 de l'ordonnance doivent faire l'objet d'une publication au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*. Les observations éventuelles des personnes intéressées, recueillies dans ce délai, sont communiquées au Conseil de la concurrence.

Article 12

(Modifié par décret n° 88-479 du 2 mai 1988)

La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article 12 de l'ordonnance ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée.

Article 13

Pour l'application du second alinéa de l'article 13 de l'ordonnance, la commission permanente constate que les injonctions du Conseil n'ont pas été exécutées.

Article 14

Pour l'application du troisième alinéa de l'article 13 de l'ordonnance, lorsque la durée du dernier exercice clos a été supérieure ou inférieure à douze mois, il est tenu compte du chiffre d'affaires réalisé durant les douze mois précédant la clôture de cet exercice.

Article 15

*(Modifié par décrets n° 88-479 du 2 mai 1988
et n° 97-538 du 26 mai 1997)*

Pour l'application des articles 10-1, 12 et 19 de l'ordonnance, le président du Conseil de la concurrence peut fixer des délais pour la production des mémoires, pièces justificatives ou observations et pour leur consultation par les intéressés ou par le commissaire du Gouvernement. Au cours de la séance, un rapporteur peut présenter des observations orales.

Article 16

Le Conseil de la concurrence communique aux autorités administratives énumérées en annexe du présent décret toute saisine entrant dans le champ de leur compétence. Ces autorités administratives disposent d'un délai de deux mois pour faire part de leurs observations éventuelles. Celles-ci sont jointes au dossier.

Article 17

Pour l'application de l'article 20 de l'ordonnance, l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement disposent d'un délai de deux mois pour faire valoir leurs observations.

Article 18

(Modifié par décret n° 88-479 du 2 mai 1988)

Pour l'application de l'article 21 de l'ordonnance, la notification des griefs retenus par le rapporteur et la notification du rapport sont faites par le président. Le rapport contient l'exposé des faits et griefs finalement retenus par le rapporteur à la charge des intéressés ainsi qu'un rappel des autres griefs. Les avis éventuels des ministres intéressés sont transmis au Conseil de la concurrence par l'intermédiaire du commissaire du Gouvernement.

Article 19

Les notifications visées à l'article 18 sont faites à l'auteur de la saisine et aux autres intéressés.

Article 20

Les auditions auxquelles procède, le cas échéant, le rapporteur donnent lieu à un procès-verbal, signé par les personnes entendues. En cas de refus de signer, il en est fait mention par le rapporteur.

Les personnes entendues peuvent être assistées d'un conseil.

Article 21

Lorsque le président du Conseil de la concurrence, en application de l'article 22 de l'ordonnance, décide que l'affaire sera portée devant la commission permanente sans établissement préalable d'un rapport, les parties disposent d'un délai de deux mois à compter de la notification de cette décision pour présenter leurs observations sur les griefs communiqués.

Article 22

Les convocations aux séances du Conseil sont adressées trois semaines au moins avant le jour de la séance.

Les notifications et convocations font l'objet d'envois recommandés avec demande d'avis de réception.

Article 22-1

*(Créé par décret n° 88-479 du 2 mai 1988)
(Modifié par décret n° 97-538 du 26 mai 1997)*

La procédure contradictoire prévue à l'article 26 de l'ordonnance comporte la communication du rapport aux parties en cause devant la juridiction, au commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, aux autres personnes dont les agissements ont été examinés dans le rapport au regard des articles 7, 8 et 10-1 de l'ordonnance.

Le président du Conseil de la concurrence leur impartit, à compter de cette notification, un délai qui ne peut être inférieur à un mois pour consulter le dossier et présenter des observations écrites.

Les dispositions de l'article 25 de l'ordonnance susvisée sont applicables.

L'avis du Conseil rendu à la juridiction est communiqué aux personnes mentionnées au premier alinéa.

Article 22-2

*(Créé par décret n° 88-479 du 2 mai 1988)
(Modifié par décret n° 97-538 du 26 mai 1997)*

Les décisions du Conseil de la concurrence sont notifiées dans les conditions suivantes :

1° Pour les mesures mentionnées à l'article 12 de l'ordonnance, à l'auteur de la demande, aux personnes contre lesquelles la demande est dirigée ainsi qu'au commissaire du Gouvernement ;

2° Pour les décisions visées à l'article 19 de l'ordonnance, à l'auteur de la saisine ainsi qu'au ministre chargé de l'économie ;

3° Pour les décisions visées à l'article 20 de l'ordonnance, à l'auteur de la saisine, aux personnes dont les agissements ont été examinés par le rapporteur au regard des articles 7, 8 et 10-1 de l'ordonnance ainsi qu'au ministre chargé de l'économie ;

4° Pour les décisions prises suivant les modalités prévues par les articles 21 et 22 de l'ordonnance, aux personnes destinataires de la notification de griefs et au ministre chargé de l'économie.

Chapitre III

De la transparence et des pratiques restrictives

Article 23

La valeur maximale des échantillons, objets et services visés au deuxième alinéa de l'article 29 de l'ordonnance est déterminée en fonction du prix de vente net, toutes taxes comprises, des produits, des biens ou des services faisant l'objet de la vente dans les conditions suivantes : 7 p. 100 du prix net défini ci-dessus si celui-ci est inférieur ou égal à 500 F ; 30 F plus 1 p. 100 du prix net défini ci-dessus si celui-ci est supérieur à 500 F.

Cette valeur ne doit en aucun cas dépasser 350 F et s'entend, toutes taxes comprises, départ production pour des objets produits en France, et franco et dédouanés à la frontière française pour les objets importés.

Article 24

Ne sont pas considérés comme primes :

- le conditionnement habituel du produit, les biens, produits ou prestations de services qui sont indispensables à l'utilisation normale du produit, du bien ou du service faisant l'objet de la vente ;
- les prestations de service après-vente et les facilités de stationnement offertes par les

commerçants à leur clients ;

– les prestations de services attribuées gratuitement si ces prestations ne font pas ordinairement l’objet d’un contrat à titre onéreux et sont dépourvues de valeur marchande.

Article 25

Les objets mentionnés à l’article 23 du présent décret doivent être marqués d’une manière apparente et indélébile du nom, de la dénomination, de la marque, du sigle ou du logo de la personne intéressée à l’opération de publicité.

Les échantillons visés au même article doivent porter la mention « Echantillon gratuit – Ne peut être vendu », inscrite de manière lisible, indélébile et apparente à la présentation.

Article 26

Pour l’application du deuxième alinéa de l’article 31 de l’ordonnance, les originaux ou les copies des factures sont conservés pendant un délai de trois ans à compter de la vente ou de la prestation de service.

Chapitre IV

De la concentration économique

Article 27

Le chiffre d’affaires pris en compte à l’article 38 de l’ordonnance est celui réalisé sur le marché national par les entreprises concernées et s’entend de la différence entre le chiffre d’affaires global hors taxes de chacune de ces entreprises et la valeur comptabilisée de leurs exportations directes ou par mandataire vers l’étranger.

Article 28

(Modifié par décret n° 95-916 du 9 août 1995)

La notification au ministre chargé de l’économie d’un projet ou d’une opération de concentration en application de l’article 40 de l’ordonnance est accompagnée d’un dossier comprenant :

1. Une copie des actes ou des projets d’acte soumis à notification et une présentation des aspects juridiques et financiers de l’opération ainsi que de ses objectifs économiques ;

2. Une présentation des entreprises parties à l’acte ou qui en sont l’objet et de celles qui leur sont économiquement liées au sens de l’article 38 de l’ordonnance, comportant notamment :

a) Les statuts ;

b) La liste des dirigeants et principaux actionnaires ou associés ;

c) Le montant de la participation de chacune de ces entreprises, de leurs sociétés mères et des sociétés appartenant au même groupe dans toute société où elles détiennent soit la majorité dans les organes directeurs, soit la faculté de nommer les dirigeants ;

d) Les pactes d’actionnaires pour les entreprises parties à l’acte ou qui en sont l’objet ;

e) Les effectifs ;

f) Les comptes annuels pour le dernier exercice clos, avec indication des chiffres d’affaires réalisés en France ;

g) Les conventions entre sociétés parties à la concentration ou qui leur sont économiquement liées, prévoyant des prix de cessions ou services, des prêts ou des avances ;

h) Les extraits des comptes rendus des organes délibérants relatifs à la concentration ;

i) La liste des opérations de concentration réalisées au cours des trois dernières années ;

3. Une définition du ou des marchés de produits ou de services concernés par

l'opération, précisant les critères retenus pour sélectionner les produits ou services que les parties notifiantes considèrent comme substituables ;

4. Une définition de l'étendue géographique de ces marchés (internationale, nationale, régionale ou autre), en précisant les critères utilisés à cette fin ;

5. Les caractéristiques des marchés, notamment :

a) Une estimation de ces marchés en valeur et en volume ou, à défaut, en valeur ou en volume ainsi que de leur évolution ;

b) Le nom des principaux opérateurs et leurs parts de marchés ;

c) Les flux d'importation et d'exportation ;

d) Les principales organisations professionnelles ;

e) Les principaux facteurs contribuant à la détermination des prix ;

f) L'évolution des prix pratiqués au cours des cinq dernières années ;

g) Une présentation des facteurs susceptibles d'avoir des incidences sur l'accès aux marchés concernés (dispositions réglementaires spécifiques, notamment existence d'autorisations préalables à l'exercice de l'activité, conditions d'accès aux matières premières, importance des dépenses de recherche et de développement et des dépenses de publicité, existence de normes, de licences, de brevets ou d'autres droits, importance des économies d'échelle, caractère spécifique de la technologie mise en œuvre, etc.) ;

6. La position sur les marchés concernés des entreprises parties à l'acte ou qui en sont l'objet, et notamment :

a) Une estimation des parts de marché détenues par ces entreprises ainsi que de leur évolution ;

b) Les tarifs et les conditions de vente ;

c) Le nom des principaux clients et fournisseurs ;

d) L'implantation des principales unités ;

e) Les accords de distribution ;

f) Les contrats conclus avec les collectivités publiques ;

g) Les droits incorporels portant sur les produits ou services correspondant à ces marchés ;

h) Les dépenses de recherche et de développement et celles de publicité ;

7. Le cas échéant, les engagements mentionnés à l'article 40 de l'ordonnance.

Si les entreprises notifiantes estiment que certains des documents inclus dans ce dossier présentent un caractère confidentiel, elles peuvent porter sur ces documents la mention « Secret des affaires ». Dans ce cas, le ministre chargé de l'économie leur demande de lui indiquer les informations dont elles souhaitent qu'il ne soit pas fait mention dans sa décision et dans l'avis du Conseil de la concurrence.

Le point de départ du délai de deux mois prévu à l'article 40 de l'ordonnance est fixé au jour de la délivrance des accusés de réception, sous réserve que le dossier soit complet.

Article 29

Lorsque le ministre chargé de l'économie saisit le Conseil d'un projet ou d'une opération de concentration, il en avise les entreprises parties à l'acte.

Article 30

Avant de prendre la décision prévue à l'article 42 de l'ordonnance, le ministre chargé de l'économie envoie le projet de décision accompagné de l'avis du Conseil de la concurrence aux parties intéressées et leur impartit un délai pour présenter leurs observations.

Chapitre V
Des pouvoirs d'enquête
Article 31

Les procès-verbaux prévus à l'article 46 de l'ordonnance sont rédigés dans le plus court délai. Ils énoncent la nature, la date et le lieu des constatations ou des contrôles effectués. Ils sont signés de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus de celle-ci mention en est faite au procès-verbal.

Article 32

Les procès-verbaux prévus à l'article 48 de l'ordonnance relatent le déroulement de la visite et consignent les constatations effectuées. Ils sont dressés sur-le-champ. L'inventaire des pièces et documents saisis est annexé au procès-verbal.

Les procès-verbaux sont signés par les enquêteurs, par l'occupant des lieux ou son représentant ainsi que par l'officier de police judiciaire chargé d'assister à ces opérations.

Une copie du procès-verbal et de l'inventaire est remise à l'occupant des lieux ou à son représentant. Ces pièces et documents ne peuvent être opposés aux intéressés qu'après leur restitution ou lorsque les intéressés ont été mis en mesure d'en prendre connaissance.

Chapitre VI
Dispositions diverses
Article 33

Les infractions aux dispositions des articles 29, 30, 33 et 37 de l'ordonnance ainsi qu'aux articles 23 à 25 du présent décret sont punies des peines d'amende prévues pour les contraventions de cinquième classe. Il en est de même pour les infractions aux dispositions des textes pris en application de l'article 1^{er} de l'ordonnance et des arrêtés prévus à son article 61, énumérés en annexe au présent décret.

Les mêmes peines sont applicables en cas d'infraction aux arrêtés prévus à l'article 28 de l'ordonnance ainsi qu'aux arrêtés ayant le même objet pris en application de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945.

En cas de récidive, les peines d'amende prévues pour la récidive des contraventions de la cinquième classe sont applicables.

Article 33-1
(Créé par décret n° 97-538 du 26 mai 1997)

Les infractions aux dispositions des textes pris en application du troisième alinéa de l'article 28 de l'ordonnance ainsi que les infractions aux dispositions de l'article 37-1 de la même ordonnance sont punies des peines prévues pour les contraventions de 5^e classe.

En cas de récidive, les peines d'amende prévues pour la récidive des contraventions de la 5^e classe sont applicables.

Article 34

Dans chaque département un arrêté préfectoral crée un comité de la consommation qui comprend pour moitié des représentants des consommateurs et pour moitié des représentants des activités économiques. Il est présidé par le préfet ou son représentant. Un arrêté du ministre chargé de l'économie en fixe les règles de composition et de fonctionnement.

Le comité peut émettre des avis et des vœux sur les questions de consommation, de concurrence et de formation des prix.

Article 35

Sont abrogés :

Le décret n° 65-787 du 11 septembre 1965 relatif aux transactions en matière d'infractions à la réglementation économique ;

Le décret n° 74-410 du 9 mai 1974 relatif aux ventes et prestations avec primes ;

Le décret n° 75-763 du 7 août 1975 relatif à la composition du Comité national des prix ;

Le décret n° 77-1189 du 25 octobre 1977 modifié fixant les conditions d'application de la loi n° 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante.

Article 36

Le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, le garde des sceaux, ministre de la justice, et le ministre des départements et territoires d'outre-mer sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 29 décembre 1986.

Jacques Chirac

Par le Premier ministre :

*Le ministre d'État, ministre de l'économie,
des finances et de la privatisation,*

Edouard Balladur

Le garde des sceaux, ministre de la justice,

Albin Chalandon

*Le ministre des départements
et territoires d'outre-mer,*

Bernard Pons

A N N E X E I

LISTE DES ARRÊTÉS GÉNÉRAUX VISÉS À L'ARTICLE 61 DE L'ORDONNANCE N° 86-1243 DU 1^{er} DÉCEMBRE 1986

L'arrêté n° 86-18/A du 15 avril 1986 relatif aux prix de l'électricité.

L'arrêté n° 86-34/A du 18 décembre 1986 relatif aux prix du gaz.

L'arrêté n° 84-72/A du 19 septembre 1984 relatif aux prix à la production des produits industriels en tant qu'il s'applique aux prix d'édition des livres.

L'arrêté n° 25-553 du 6 décembre 1968 modifié relatif au tarif pharmaceutique national.

L'arrêté n° 79-05/P du 16 février 1979 relatif au prix de vente au public des autovaccins et allergènes préparés pour un seul individu.

L'arrêté n° 82-88/A du 27 septembre 1982 modifié, ensemble l'arrêté n° 83-35/A du 29 juin 1983, relatifs aux marges de distribution des grossistes répartiteurs et des pharmaciens d'officine.

Les arrêtés n°s 83-9/A du 4 février 1983, 84-55/A du 29 juin 1984 et 86-31/A du 10 juillet 1986 relatifs aux prix des médicaments remboursables aux assurés sociaux.

L'arrêté n° 86-2/A du 14 janvier 1986 relatif à la détermination des prix des produits et services inscrits au tarif interministériel des prestations sanitaires.

L'arrêté n° 82-36/A du 28 juin 1982 relatif aux prix et tarifs d'honoraires de professions médicales, des auxiliaires médicaux et des laboratoires d'analyses médicales.

L'arrêté n° 86-15/A du 7 mars 1986 relatif aux tarifs des transports effectués par des

véhicules sanitaires terrestres privés agréés, l'arrêté n° 86-16/A du 7 mars 1986 relatif aux tarifs des transports effectués par des véhicules sanitaires terrestres privés non agréés, ensemble les arrêtés préfectoraux pris pour leur application et en vigueur à la date du présent décret.

Les arrêtés n°s 83-15/A du 22 février 1983 et 86-5/A du 7 février 1986 relatifs aux prix des soins et de l'hospitalisation afférents à l'interruption volontaire de grossesse.

L'arrêté n° 85-78/A du 30 décembre 1985 relatif aux prix des prestations de services des maisons de retraite non conventionnées.

Les arrêtés préfectoraux relatifs aux tarifs des cliniques privées conventionnées en vigueur à la date d'application du présent décret, ensemble les arrêtés préfectoraux relatifs aux tarifs des établissements thermaux.

Les arrêtés préfectoraux fixant les tarifs des taxis en vigueur à la date d'application du présent décret.

L'arrêté n° 83-73/A du 8 décembre 1983 relatif aux prix des communications téléphoniques passées à partir de postes d'abonnés mis à la disposition du public, ensemble l'arrêté n° 86-50/A du 3 novembre 1986 relatif au tarif applicable à la commercialisation d'impulsions téléphoniques utilisables à partir des publiphones.

L'arrêté n° 86-66/A du 18 décembre 1986 relatif aux tarifs des cantines scolaires publiques, de pension et de demi-pension dans les établissements publics locaux d'enseignement.

L'arrêté n° 85-75/A du 30 décembre 1985, ensemble l'accord de régulation entériné par cet arrêté, relatifs aux prix et tarifs des transports publics urbains de voyageurs.

L'arrêté n° 81-27/A du 14 avril 1981 relatif aux tarifs de remorquage dans les ports maritimes.

L'arrêté n° 70-789 du 10 juillet 1970 relatif aux tarifs des outillages dans les ports maritimes et fluviaux.

L'arrêté n° 86-65/A du 18 décembre 1986 concernant les entreprises de manutention portuaire et les consignataires de navires.

L'arrêté n° 75-17/P du 7 mars 1975 relatif aux péages sur les autoroutes.

Les arrêtés n°s 84-57/A du 29 juin 1984 et 86-22/A du 23 mai 1986 relatifs aux tarifs des opérations de dépannage et de remorquage des véhicules d'un poids total autorisé en charge inférieur à 3,5 tonnes, effectuées sur les autoroutes et voies rapides équipées d'un dispositif d'alerte.

A N N E X E I I

LISTE DES ARRÊTÉS EN VIGUEUR DANS LES DÉPARTEMENTS D'OUTRE-MER ET DANS LA COLLECTIVITÉ TERRITORIALE DE SAINT-PIERRE-ET-MIQUELON VISÉS À L'ARTICLE 61 DE L'ORDONNANCE N° 86-1243 DU 1^{er} DÉCEMBRE 1986

L'arrêté ministériel n° 76-64/P du 23 juin 1976 relatif au prix de vente au détail de certains produits pharmaceutiques.

L'arrêté ministériel n° 76-72/P du 8 juillet 1976 et les arrêtés préfectoraux relatifs aux produits alimentaires de grande consommation.

L'arrêté ministériel n° 77-62/P du 18 avril 1977 et les arrêtés préfectoraux relatifs aux matériaux de construction, ensemble l'arrêté ministériel n° 77-74/P du 8 juin 1977 modifié relatif aux prix et aux marges de distribution de certains matériaux de construction à la Martinique.

L'arrêté ministériel n° 77-63/P du 28 avril 1977 relatif aux engrais, ensemble les arrêtés préfectoraux relatifs aux engrais et aux produits phytosanitaires.

L'arrêté ministériel n° 77-64/P du 28 avril 1977 et les arrêtés préfectoraux relatifs aux aliments du bétail.

Les arrêtés préfectoraux relatifs aux biens et services de santé, aux livres, aux articles scolaires, aux produits énergétiques, aux transports, aux pompes funèbres et aux travaux de bâtiment.

Les arrêtés préfectoraux relatifs aux prix et aux marges des secteurs faisant l'objet d'arrêtés maintenus en vigueur au plan national.

L'arrêté ministériel n° 76-48/P du 12 mai 1976 relatif à la détermination du prix de revient des produits importés de l'étranger ou en provenance de la métropole dans les départements d'outre-mer, en tant qu'il concerne les secteurs dont les prix demeurent réglementés.

Les arrêtés préfectoraux relatifs aux prix des produits et services de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon.

A N N E X E I I I

LISTE DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES VISÉES À L'ARTICLE 16

Commission des opérations de bourse.

Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Médiateur du cinéma.

Commission des marchés à terme réglementés de marchandises.

Commission bancaire.

Commission nationale de la communication et des libertés.

Annexe 3

Décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence

NOR : JUSC8720752D

(*Journal officiel* du 21 octobre 1987)

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, et du garde des sceaux, ministre de la justice ;

Vu le nouveau code de procédure civile ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, modifiée par la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire, et notamment ses articles 12, 15, 21 et 23 ;

Le Conseil d'Etat (section de l'intérieur) entendu,

Décète :

Article 1^{er}

Par dérogation aux dispositions du titre VI du livre II du nouveau code de procédure civile, les recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence sont formés, instruits et jugés conformément aux dispositions ci-après.

Section 1

Des recours prévus à l'alinéa 1^{er} de l'article 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiée

Article 2

Les recours prévus au premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée sont formés, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, par une

déclaration écrite en triple exemplaire déposée contre récépissé au greffe de la cour d'appel de Paris.

Sous la même sanction :

1° La déclaration indique, si le demandeur est une personne physique, ses nom, prénoms, profession et domicile ; si le demandeur est une personne morale, sa dénomination, sa forme, son siège social et l'organe qui la représente ; dans le cas où la déclaration est faite au nom du ministre chargé de l'économie, elle indique la dénomination et l'adresse du service mentionné au deuxième alinéa de l'article 16 ci-après ;

2° La déclaration précise l'objet du recours ;

3° Lorsque la déclaration ne contient pas l'exposé des moyens invoqués, le demandeur doit déposer cet exposé au greffe dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil de la concurrence.

Article 3

La déclaration de recours mentionne la liste des pièces et documents justificatifs produits. Les pièces et documents mentionnés dans la déclaration sont remis au greffe de la cour d'appel en même temps que la déclaration. Le demandeur au recours joint à la déclaration une copie de la décision attaquée.

Lorsque le demandeur au recours n'est pas représenté, il doit informer sans délai le greffe de la cour de tout changement de domicile.

Article 4

Dans les cinq jours qui suivent le dépôt de la déclaration, le demandeur au recours doit, à peine d'irrecevabilité de ce dernier, en adresser par lettre recommandée avec demande d'avis de réception une copie aux parties auxquelles la décision du Conseil de la concurrence a été notifiée, ainsi qu'il ressort de la lettre de notification prévue au deuxième alinéa de l'article 20 du présent décret.

Article 5

Dès l'enregistrement du recours, le greffe de la cour d'appel adresse pour information un exemplaire de la déclaration mentionnée à l'article 2 au Conseil de la concurrence, ainsi qu'au ministre chargé de l'économie s'il n'est pas demandeur au recours.

Le Conseil de la concurrence transmet au greffe de la cour le dossier de l'affaire qui comporte les procès-verbaux et rapports d'enquête, les griefs, les observations, le rapport, les documents et les mémoires mentionnés aux articles 20 à 22 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée.

Le greffe transmet au Conseil de la concurrence et au ministre de l'économie une copie des pièces de procédure ultérieures, y compris celles qui résultent de l'application des articles 6, 7 et 9 ci-après.

Article 6

Un recours incident peut être formé alors même que son auteur serait forclos pour exercer un recours à titre principal. Dans ce dernier cas, le recours ne sera toutefois pas recevable s'il est formé plus d'un mois après la réception de la lettre prévue à l'article 4 ou si le recours principal n'est pas lui-même recevable.

Le recours incident est formé selon les modalités prévues à l'article 2. Il est dénoncé, dans les conditions prévues à l'article 4, aux demandeurs au recours à titre principal.

Article 7

Lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant le Conseil de la concurrence, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans les conditions prévues à l'article 2 dans le délai d'un mois après la réception de la lettre prévue à l'article 4. Elle est notifiée aux demandeurs au recours.

A tout moment, le premier président ou son délégué ou la cour peut mettre d'office en cause ces mêmes personnes. Le greffe notifie la décision de mise en cause par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Article 8

Le premier président de la cour d'appel ou son délégué fixe les délais dans lesquels les parties à l'instance doivent se communiquer leurs observations écrites et en déposer copie au greffe de la cour. Il fixe également la date des débats.

Le greffe notifie ces délais aux parties et les convoque à l'audience prévue pour les débats par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Article 9

Le Conseil de la concurrence n'est pas partie à l'instance. Toutefois, lorsqu'il a reçu communication de l'ensemble des pièces de la procédure, il a la faculté de présenter des observations écrites. Le premier président ou son délégué fixe les délais de production des observations.

Les observations écrites du ministre chargé de l'économie sont présentées dans les mêmes délais et conditions, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance.

Les observations présentées en application du présent article sont portées par le greffe à la connaissance des parties à l'instance.

La date retenue pour les débats est transmise pour information au Conseil de la concurrence par le greffe de la cour d'appel.

Section 2

Des recours prévus à l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiée

Article 10

Les recours prévus à l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiée sont portés devant la cour d'appel par voie d'assignation à une audience préalablement indiquée par le premier président ou son délégué.

A peine de nullité, l'assignation contient, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, l'objet du recours avec un exposé des moyens.

Sous la même sanction :

1^o Une copie de la décision attaquée est jointe à l'assignation ;

2^o Une copie de l'assignation est déposée en triple exemplaire au greffe de la cour d'appel au plus tard dans les cinq jours qui suivent celui de sa signification.

L'assignation est délivrée à l'auteur de la demande de mesures conservatoires ou aux autres parties en cause devant le Conseil de la concurrence ainsi qu'au commissaire du Gouvernement.

Article 11

Le greffe de la cour transmet aussitôt pour information une copie de l'assignation au Conseil de la concurrence, qui a la faculté de présenter des observations.

Section 3
Des demandes de sursis à exécution
Article 12

Les demandes de sursis à exécution prévues aux articles 12 et 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiée susvisée sont portées par voie d'assignation devant le premier président de la cour d'appel de Paris, selon les modalités du deuxième alinéa de l'article 485 du nouveau code de procédure civile.

Article 13

A peine de nullité, l'assignation contient, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, l'exposé des moyens invoqués à l'appui de la demande de sursis.

Sous la même sanction, elle précise la date à laquelle a été formé le recours contre la décision dont le sursis à exécution est demandé.

Article 14

L'assignation est délivrée à l'auteur de la saisine du Conseil de la concurrence et au ministre chargé de l'économie.

Section 4
Dispositions communes aux différentes demandes
Article 15

Les notifications entre parties ont lieu par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par notification directe entre les avocats ou les avoués des parties.

Les pièces de procédure doivent être déposées au greffe en triple exemplaire.

Article 16

Devant la cour d'appel de Paris ou son premier président, les parties ont la faculté de se faire assister par un avocat, ou représenter par un avoué près la cour d'appel de Paris.

Le ministre chargé de l'économie est représenté par le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou son délégué.

Article 17

Le ministère public peut prendre communication des affaires dans lesquelles il estime devoir intervenir.

Article 18

Les décisions de la cour d'appel de Paris ou de son premier président sont notifiées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception par le greffe de la cour aux parties à l'instance.

A l'initiative du greffe elles sont portées à la connaissance du Conseil de la concurrence et à celle du ministre chargé de l'économie, lorsque ce dernier n'est pas partie à l'instance.

Le ministre chargé de l'économie veille à l'exécution des décisions et les fait publier au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*.

Section 5
Dispositions diverses
Article 19

Les décisions prises par le président du Conseil de la concurrence en application de l'article 23 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiée susvisée ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision du Conseil sur le fond.

Article 20

Les décisions du Conseil de la concurrence sont notifiées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

A peine de nullité, la lettre de notification doit indiquer le délai de recours ainsi que les modalités selon lesquelles celui-ci peut être exercé. Elle comporte en annexe les noms, qualités et adresses des parties auxquelles la décision du Conseil de la concurrence a été notifiée.

Article 21

Les augmentations de délais prévues à l'article 643 du nouveau code de procédure civile ne s'appliquent pas aux recours présentés en vertu des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiée susvisée devant la juridiction judiciaire.

Article 22

Le ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, le garde des sceaux, ministre de la justice, et le secrétaire d'Etat auprès du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, chargé de la consommation, de la concurrence et de la participation, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel* de la République française.

Fait à Paris, le 19 octobre 1987.

Jacques Chirac

Par le Premier ministre :

Le garde des sceaux, ministre de la justice,

Albin Chalandon

Le ministre d'Etat, ministre de l'économie,

des finances et de la privatisation,

Edouard Balladur

Le secrétaire d'Etat auprès du ministre d'Etat,

ministre de l'économie, des finances

et de la privatisation, chargé de la consommation,

de la concurrence et de la participation,

Jean Arthuis

Annexe 4

Règlement intérieur du Conseil de la concurrence (cf. note 93)

NOR : JUSC8720752D

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, modifiée par la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire ;

Vu le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de

l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, et notamment son article 8,

Chapitre I^{er}

Organisation des services du Conseil

Article 1^{er}

La direction générale des services du Conseil est assurée par le président ou, en cas d'empêchement, par un vice-président délégué.

Le rapporteur général contrôle l'activité des services qui comprennent :

- le bureau de la procédure ;
- le bureau de la documentation ;
- le bureau de la gestion administrative ;
- le bureau du budget et de la comptabilité.

Article 2

Le bureau de la procédure est chargé :

- a) Du service du courrier ;
- b) De la constitution et du suivi des dossiers à toutes les phases de la procédure ; à ce titre, il procède aux notifications, contrôle le respect des délais ainsi que la régularité matérielle des documents versés aux débats et veille au bon déroulement de la consultation des dossiers par les parties ;
- c) Du secrétariat des séances du Conseil, dont il prépare l'organisation ; à cet effet, il adresse les convocations, diffuse les décisions et les avis du Conseil et procède à la relecture avant publication au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (BOCCRF)*. Le chef du bureau de la procédure est secrétaire du Conseil.

Article 3

Le bureau de la documentation rassemble les documents d'information se rapportant à l'activité du Conseil et les diffuse en son sein. Il effectue les recherches qui lui sont demandées par les membres du Conseil et les rapporteurs. Il procède au classement des archives. La bibliothèque et les relations avec les banques de données auxquelles le Conseil est abonné sont placées sous sa responsabilité.

Article 4

Le bureau de la gestion administrative assure la gestion du personnel, la coordination dactylographique, le fonctionnement du service intérieur chargé de l'accueil du public, de l'entretien du matériel et des locaux ainsi que de leur surveillance.

Lui sont rattachés le centre informatique et statistique ainsi que l'atelier de reprographie.

Article 5

Le bureau du budget et de la comptabilité prépare et exécute le budget, prépare les marchés et veille à leur exécution, assure la tenue de la comptabilité et gère les régies de recettes et d'avances.

Chapitre II

Conditions de fonctionnement du Conseil

« Art. 6. – La saisine et les pièces annexes sont adressées au Conseil en quatre exemplaires :

« – soit par lettre recommandée avec demande d’avis de réception ;

« – soit par dépôt au bureau de la procédure, contre reçu, 11, rue de l’Echelle, 75001 Paris.

« Les saisines sont inscrites sur un registre d’ordre et marquées d’un timbre indiquant leur date d’arrivée. Il en est de même des pièces adressées au Conseil au cours de l’instruction.

« La saisine, dont l’objet doit être clairement précisé, comporte la mention des dispositions sur lesquelles la partie saisissante entend fonder sa demande. Elle indique, si le demandeur est une personne physique, ses nom, prénoms, profession et domicile ; si le demandeur est une personne morale, sa dénomination, sa forme, son siège social et l’organe qui la représente.

« Lorsque le demandeur est une entreprise, la saisine mentionne le chiffre d’affaires des trois derniers exercices ; elle est accompagnée des bilans et comptes de résultat correspondants.

« L’auteur de la saisine doit préciser l’adresse à laquelle les notifications et les convocations devront lui être envoyées et aviser, sans délai, le Conseil de la concurrence de tout changement d’adresse par lettre recommandée avec demande d’avis de réception.

« Les personnes citées dans la procédure sont tenues de fournir au rapporteur qui leur en fait la demande, selon qu’elles sont des personnes physiques ou des personnes morales, les informations mentionnées au troisième alinéa et, lorsqu’il s’agit d’une entreprise, au quatrième alinéa du présent article. Elles sont également tenues de se conformer aux dispositions du cinquième alinéa ci-dessus. »

Article 7

Le bureau de la procédure adresse copie au commissaire du Gouvernement de toutes les saisines autres que celles émanant du ministre.

Le bureau de la procédure est ouvert au public du lundi au vendredi de 9 heures à 12 heures et de 14 heures à 17 heures ; la consultation des dossiers est autorisée de 14 heures à 17 heures. Ces horaires peuvent être modifiés par décision du président.

Les demandes de photocopie précisent les pièces qui en sont l’objet. Elles sont adressées au bureau de la procédure et, dans la mesure où elles sont compatibles avec les moyens matériels du Conseil, elles sont satisfaites dans les meilleurs délais, conformément aux dispositions de l’arrêté du 29 mai 1980 (*Journal officiel* du 3 juin 1980).

Article 8

(Abrogé par décision du 28 mars 2000)

Article 9

Les mémoires et les observations écrites des parties sont adressés au Conseil (bureau de la procédure), suivant les modalités prévues à l’article 6 du présent règlement, en quinze exemplaires auxquels il convient d’ajouter les copies destinées aux parties en cause. En cas de nécessité, les parties sont invitées à produire des copies supplémentaires.

Tout document produit devant le Conseil doit être rédigé en langue française ou, à défaut, être accompagné d’une traduction.

Article 10

Le calendrier des séances et l’ordre du jour de chaque séance sont arrêtés par le président.

Le calendrier est communiqué aux membres du Conseil, au commissaire du Gouvernement, au ministre chargé de l'économie ainsi qu'aux rapporteurs.

L'ordre du jour est adressé, avec la convocation, aux membres du Conseil, aux parties et au commissaire du Gouvernement. Il est également transmis aux rapporteurs inscrits à la séance.

Article 11

Pour l'application des dispositions du premier alinéa de l'article 25 de l'ordonnance susvisée, les parties qui souhaitent assister à une séance doivent aviser de leur intention le secrétaire du Conseil huit jours au moins avant la date fixée et indiquer leurs nom et qualité. Si elles souhaitent, en outre, formuler des observations au cours de la séance, leur demande, assortie de leurs nom et qualité, doit parvenir au Conseil dans le même délai.

Après avoir pris contact avec les parties, le secrétaire du Conseil les avise des modalités d'organisation de la séance.

Article 12

En cas d'empêchement du rapporteur chargé de l'instruction, le président désigne un rapporteur qui présente le rapport en séance.

Article 13

Le président de la formation veille au bon déroulement de la séance, qu'il peut, le cas échéant, suspendre.

Article 14

L'ordre des interventions orales en séance est le suivant : le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, enfin, lorsqu'elles sont présentes en application de l'article 25 de l'ordonnance susvisée, les parties, dans les conditions fixées conformément à l'article 11 du présent règlement.

Toutefois, lorsque le Conseil est appelé à faire application de l'article 12 ou de l'article 19 de l'ordonnance et qu'il n'a pas été procédé à la désignation d'un rapporteur, la parole est donnée en premier lieu à l'auteur de la demande.

Article 15

Le secrétaire du Conseil rédige et signe avec le président le procès-verbal chronologique des séances, qui mentionne le nom des personnes présentes.

Article 16

Chaque décision ou avis fait l'objet d'une minute établie en un seul exemplaire et conservée avec le procès-verbal de la séance sous la responsabilité du secrétaire du Conseil. Elle est pourvue d'un numéro de code chronologique correspondant à la nature de l'affaire.

Article 17

Les ampliations des décisions et des avis sont certifiées conformes par le rapporteur général.

Adopté par le Conseil de la concurrence siégeant en formation plénière le 29 mars 1988.

Pour le Conseil de la concurrence :
Le président,
P. Laurent

Annexe 5
**Composition du Conseil de la concurrence
à partir du 29 juillet 1998**

1. Membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, de la Cour de cassation ou des autres juridictions administratives ou judiciaires.

Mme Marie-Dominique Hagelsteen, conseiller d'Etat, présidente.
M. Pierre Cortesse, conseiller maître honoraire à la Cour des comptes, vice-président.
Mme Micheline Pasturel, conseiller honoraire à la Cour de cassation, vice-présidente.
M. Jacques Bon, président honoraire du tribunal de commerce de Paris, membre.
M. Bruno Lasserre, conseiller d'Etat, membre.
M. Alain Pichon, conseiller maître à la Cour des comptes, président de la chambre régionale des comptes d'Aquitaine, membre.
M. Yves Rocca, avocat général à la Cour de cassation, membre.
M. Pierre Sargos, conseiller à la Cour de cassation, membre.

2. Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation.

M. Frédéric Jenny, professeur d'économie, vice-président.
Mme Marie-Chantal Boutard-Labarde, professeur à l'université Paris-X, membre.
M. Pierre Marleix, président d'honneur de l'association FO-Consommateurs, membre.
M. Charles Urbain, vice-président de la Fédération des entreprises du commerce et de la distribution, membre.

3. Personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales.

M. Alfred Callu, vice-président de la chambre de commerce et d'industrie des Yvelines, membre.
M. Claude Gicquel, président de la Fédération nationale des professionnels indépendants de l'électricité et de l'électronique, membre.
M. Georges Robin, président de l'Institut de liaisons et d'études des industries de consommation, membre.
M. Bernard Thiolon, président de la Banque Colbert, membre.
M. Jean-Pierre Sloan, avocat à la cour d'appel de Paris, membre.

A partir du 24 mars 1999

1. Membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, de la Cour de cassation ou des autres juridictions administratives ou judiciaires.

Mme Marie-Dominique Hagelsteen, conseiller d'Etat, présidente.
M. Pierre Cortesse, conseiller maître honoraire à la Cour des comptes, vice-président.
Mme Micheline Pasturel, conseiller honoraire à la Cour de cassation, vice-présidente.
M. Pierre Bargue, conseiller à la Cour de cassation, membre.
M. Bruno Lasserre, conseiller d'Etat, membre.
M. Philippe Nasse, conseiller maître à la Cour des comptes, membre.
M. Bernard Piot, vice-président honoraire du tribunal de commerce de Paris, membre.
M. Yves Rocca, avocat général à la Cour de cassation, membre.
M. Pierre Sargos, conseiller à la Cour de cassation, membre.

2. Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation.

M. Frédéric Jenny, professeur d'économie, vice-président.

Mme Marie-Chantal Boutard-Labarde, professeur à l'université Paris-X, membre.

3. Personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales.

M. Jean-Pierre Sloan, avocat à la cour d'appel de Paris, membre.

A partir du 25 juin 1999

1. Membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, de la Cour de cassation ou des autres juridictions administratives ou judiciaires.

Mme Marie-Dominique Hagelsteen, conseiller d'Etat, présidente.

M. Pierre Cortesse, conseiller maître honoraire à la Cour des comptes, vice-président.

Mme Micheline Pasturel, conseiller honoraire à la Cour de cassation, vice-présidente.

M. Pierre Bargue, conseiller à la Cour de cassation, membre.

M. Bruno Lasserre, conseiller d'Etat, membre.

M. Philippe Nasse, conseiller maître à la Cour des comptes, membre.

M. Bernard Piot, vice-président honoraire du tribunal de commerce de Paris, membre.

M. Yves Rocca, avocat général à la Cour de cassation, membre.

2. Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation.

M. Frédéric Jenny, professeur d'économie, vice-président.

Mme Marie-Chantal Boutard-Labarde, professeur à l'université Paris-X, membre.

Mme Reine-Claude Mader-Saussaye, secrétaire général de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie, membre.

Mme Anne Perrot, professeur de sciences économiques à l'université de Paris, membre.

3. Personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales.

M. Jean-Pierre Bidaud, président honoraire de la chambre des métiers de la Haute-Vienne, membre.

Mme Elisabeth Flüry-Herard, directeur général de l'Institut pour le financement du cinéma et des industries culturelles, membre.

M. Jacques Ripotot, président de Francap distribution, membre.

M. Georges Robin, président de l'Institut de liaison et d'études des industries de consommation, membre.

M. Jean-Pierre Sloan, avocat à la cour d'appel de Paris, membre.

A partir du 13 décembre 1999

1. Membres ou anciens membres du Conseil d'Etat, de la Cour des comptes, de la Cour de cassation ou des autres juridictions administratives ou judiciaires.

Mme Marie-Dominique Hagelsteen, conseiller d'Etat, présidente.

M. Pierre Cortesse, conseiller maître honoraire à la Cour des comptes, vice-président.

Mme Micheline Pasturel, conseiller honoraire à la Cour de cassation, vice-présidente.

M. Pierre Bargue, conseiller à la Cour de cassation, membre.

M. Bruno Lasserre, conseiller d'Etat, membre.

Mme Agnès Mouillard, conseiller référendaire à la Cour de cassation, membre.

M. Philippe Nasse, conseiller maître à la Cour des comptes, membre.

M. Bernard Piot, vice-président honoraire du tribunal de commerce de Paris, membre.

2. Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière

de concurrence et de consommation.

M. Frédéric Jenny, professeur d'économie, vice-président.

Mme Marie-Chantal Boutard-Labarde, professeur à l'université Paris-X, membre.

Mme Reine-Claude Mader-Saussaye, secrétaire général de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie, membre.

Mme Anne Perrot, professeur de sciences économiques à l'université de Paris, membre.

3. Personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales.

M. Jean-Pierre Bidaud, président honoraire de la chambre des métiers de la Haute-Vienne, membre.

Mme Elisabeth Flüry-Herard, directeur général de l'Institut pour le financement du cinéma et des industries culturelles, membre.

M. Jacques Ripotot, président de Francap distribution, membre.

M. Georges Robin, président de l'Institut de liaison et d'études des industries de consommation, membre.

M. Jean-Pierre Sloan, avocat à la cour d'appel de Paris, membre.

Annexe 6

Décision du 2 juillet 1999 portant affectation des membres du Conseil de la concurrence

Par décision de la présidente du Conseil de la concurrence en date du 2 juillet 1999, le Conseil de la concurrence comprend quatre sections composées comme suit :

Section I

M. Cortesse, vice-président, M. Bidaud, M. Lasserre, Mme Mader, Mme Perrot, M. Rocca, et M. Sloan, membres.

Section II

M. Jenny, vice-président, M. Bargue, Mme Boutard-Labarde, Mme Flüry-Herard, M. Lasserre, M. Nasse et M. Robin, membres.

Section III

Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, M. Bidaud, Mme Boutard-Labarde, M. Ripotot, M. Robin, M. Rocca, M. Sloan et Mme Flüry-Herard, membres.

Section IV

Mme Pasturel, vice-présidente, Mme Boutard-Labarde, Mme Mader, M. Nasse, Mme Perrot, M. Piot et M. Ripotot, membres.

Annexe 7

Arrêté du 9 janvier 1987 portant nomination d'un commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence

Par arrêté du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et de la privatisation, en date du 9 janvier 1987, en application du dernier alinéa de l'article 3 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 :

M. Babusiaux, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la

répression des fraudes, exerce les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence et, jusqu'à son installation, auprès de la commission de la concurrence.

En cas d'absence ou d'empêchement de M. Babusiaux, les fonctions de commissaire du Gouvernement sont exercées par M. Malhomme ou M. de La Laurencie, chefs de service à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

**Arrêté du 18 décembre 1989 portant nomination
d'un commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence**
NOR : *JUSC8720752D*

Par arrêté du ministre d'Etat, ministre de l'économie, des finances et du budget, en date du 18 décembre 1989, en cas d'absence ou d'empêchement de M. Babusiaux, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, M. Renaudin, administrateur civil, est désigné pour exercer les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence, en remplacement de M. de La Laurencie.

**Arrêté du 13 janvier 1995 portant nomination
d'un commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence**
NOR : *ECOC9500008A*

Par arrêté du ministre de l'économie en date du 13 janvier 1995, en cas d'absence ou d'empêchement de M. Babusiaux (Christian), directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, Mme Targa (Annie), administrateur civil, est désignée pour exercer les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence.

**Arrêté du 24 mars 1995 portant nomination
d'un commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence**
NOR : *ECOC9500049A*

Par arrêté du ministre de l'économie en date du 24 mars 1995, en cas d'absence ou d'empêchement de M. Babusiaux (Christian), directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, M. Brunel (Jean), sous-directeur, chargé des fonctions de chef du service de la concurrence et de l'orientation des activités à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, est désigné pour exercer les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence.

**Arrêté du 17 mars 1997 portant nomination
d'un commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence**
NOR : *FCEC9700063A*

Par arrêté du ministre de l'économie et des finances en date du 17 mars 1997, M. Gallot (Jérôme), directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, est désigné pour exercer les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence.

En cas d'empêchement de M. Gallot (Jérôme), les fonctions de commissaire du

Gouvernement sont exercées par M. Malhomme, chef de service, ou M. Brunel (Jean), administrateur civil, chargé du service de la concurrence et de l'orientation des activités, ou Mme Targa (Annie), administrateur civil, sous-directeur.

**Arrêté du 30 octobre 1997 portant nomination
d'un commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence**
NOR : *ECOC9700186A*

Par arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 30 octobre 1997, en cas d'absence ou d'empêchement de M. Gallot (Jérôme), directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, M. Diricq (Noël), sous-directeur à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, est désigné pour exercer les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence.

**Arrêté du 20 novembre 1998 portant nomination
de commissaires du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence**
NOR : *ECOC9700186A*

Par arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 30 octobre 1997, en cas d'absence ou d'empêchement de M. Gallot (Jérôme), directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, Mme Montalcino (Caroline), sous-directrice, et M. Lesquins (Jean-Louis), sous directeur à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, sont désignés pour exercer les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence.

Annexe 8

**Décision n° 99-D-01 du Conseil de la concurrence en date du 5 janvier 1999
relative à des pratiques mises en œuvre par la société Distri club médical**
NOR : *ECOC9910054S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 6 octobre 1994 sous le numéro F 703, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par des groupements de distributeurs de matériel médical ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société Distri club médical et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et le représentant de la société Distri club médical entendu ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Le secteur de la distribution de matériel médical

Le matériel médical regroupe de nombreux produits, très divers, tels que les draps d'examen en papier, les seringues, les pansements, les fauteuils roulants pour handicapés, les tensiomètres ou les stéthoscopes. L'offre de ces produits est assurée par un nombre élevé de producteurs ou importateurs.

Ces produits sont utilisés par trois grandes catégories de clientèle : les hôpitaux et les collectivités, telles les maisons de retraite, les professions médicales libérales, principalement les médecins et les infirmiers, et les particuliers.

Le matériel médical est distribué soit par les producteurs et importateurs, soit par des revendeurs. Les ventes directes concernent principalement les clients les plus importants : les hôpitaux et les cliniques. Les autres clients s'adressent généralement à des revendeurs qui sont soit des pharmaciens, soit des distributeurs spécialisés de matériel médical.

Le nombre de distributeurs spécialisés est élevé. Selon les professionnels de ce secteur, il serait compris entre 1 200 et 1 700. Il s'agit donc d'un secteur peu concentré.

Ces distributeurs peuvent être regroupés en trois catégories :

1. Les revendeurs indépendants, qui sont les plus nombreux, un millier environ ;
2. Les revendeurs adhérents d'un groupement : ces groupements ont été créés récemment et trois d'entre eux sont importants : Paramat, Europe service santé système (E3S) et Distri club médical (DCM). En 1993, ces trois groupements représentaient cent vingt-quatre points de vente, soit 10 % environ du nombre des magasins de détail de matériel médical ;
3. Les sociétés de vente par correspondance (NM médical, Médistore).

B. - Le réseau Distri club médical (DCM)

M. Pomart a créé, en 1977, le groupement Distri club médical (DCM). A partir de 1985, le réseau s'est développé dans le cadre de la franchise. En 1993, il regroupait quarante-trois franchisés répartis sur l'ensemble du territoire national.

La société Distri club médical concède aux franchisés, en contrepartie de redevances, un droit d'usage du nom et de l'enseigne Distri club médical, déposés à titre de marque, un savoir-faire ainsi qu'une assistance technique et commerciale. Dans ce cadre, le franchiseur assure une fonction de centrale de référencement. Chaque année, après proposition d'une commission de référencement regroupant quelques franchisés responsables de région, la société Distri club médical référence un certain nombre de fournisseurs et diffuse auprès des franchisés la liste de ces fournisseurs ainsi que les conditions de vente qu'elle a négociées. Seuls les produits référencés sont présentés dans les catalogues de produits et prospectus publicitaires édités par le franchiseur et distribués par l'ensemble des franchisés.

Le contrat de franchise ne prévoyant pas l'exclusivité d'approvisionnement des franchisés auprès des fournisseurs référencés, les franchisés ont la possibilité de s'approvisionner auprès des autres fournisseurs de leur choix. Toutefois, plusieurs éléments conduisent les franchisés à privilégier les fournisseurs référencés. Tout d'abord, le contrat de franchise précise que, pour préserver l'identité et la réputation du réseau de franchise par la standardisation des produits proposés, à prix et à qualité égaux, le franchisé s'engage à donner priorité à l'achat des produits référencés. Ensuite, plusieurs circulaires internes rappellent aux franchisés que plus de 90 % des achats doivent être effectués auprès des fabricants référencés pour atteindre les objectifs de vente et obtenir ainsi les remises et ristournes négociées avec chaque fournisseur. Enfin, les produits des fournisseurs qui ne sont pas référencés sont absents des catalogues de produits distribués par les franchisés aux différentes catégories de clientèle.

Pour les seringues et les aiguilles hypodermiques, la société Distri club médical référence habituellement deux fournisseurs : la société Terumo et la société Becton Dickinson. Selon la

société Becton Dickinson, la société Terumo détient 55 % du marché non hospitalier des seringues et aiguilles et la société Becton Dickinson 40 %.

C. - Les pratiques relevées

En décembre 1993, à la suite d'un désaccord sur le niveau des prix et la participation aux frais du catalogue DCM apparu au cours des négociations pour le référencement de l'année 1994, la société Distri club médical a décidé de ne pas référencer la société Becton Dickinson. La circulaire interne Distri club médical du 22 décembre 1993 indique :

« De nombreuses rencontres ont eu lieu, et après avoir dû rappeler personnellement Becton Dickinson avant la réunion et leur envoyer un fax pour qu'il nous donne enfin les termes de leur politique et les conditions de partenariat pour 1994, la réponse de celui-ci démontre parfaitement que nous avons affaire à des responsables incohérents, désorganisés ou qui s'en fichent de Distri club médical, dans ce cas et devant une telle attitude après la réunion et ce que nous avons décidé, j'ai donc pris l'initiative de leur répondre de la même manière par un fax stipulant que nous n'étions pas d'accord et que dans ce cas Becton Dickinson est déréférencé pour 1994, et qu'il ne paraîtra pas sur nos catalogues. Pour ce qui est de Terumo, le langage a été tout autre, celui-ci nous a fait une contre-proposition qui nous donnera un ballon d'oxygène au niveau de nos marges, car nous ne casserons pas pour autant nos prix si la concurrence reste stable [...] Je demanderai donc à chacun des franchisés et aux responsables de région de faire en sorte que pour 1994 nous fassions la promotion de Terumo, qui sera seul dans le futur catalogue. De répondre négativement à toute tentative de déstabilisation de la part de leur promoteur ou de leur directeur et de les renvoyer systématiquement sur le siège social, de nous tenir au courant des entretiens que vous auriez pu avoir avec ces derniers, en cas de diffamation je vous demanderai même de les mettre purement et simplement à la porte. Une attitude de bloc bien faite comme cela s'est déjà produit dans le passé et fera probablement revenir Becton Dickinson en 1995 avec une autre tendance. »

Dans un courrier du 6 janvier 1994, la société Becton Dickinson a confirmé à la société Distri club médical qu'elle maintenait les conditions de vente de 1993. Elle a précisé dans cette lettre :

« Suite aux différents entretiens que nous avons eus récemment, en ce qui concerne la politique de prix de notre société pour le marché de détail, nous vous confirmons notre volonté de maintenir les mêmes conditions qu'en 1993 pour les aiguilles, seringues [...] Pour les autres produits autres que la gamme hypodermique nous n'appliquons qu'une hausse de 2 % sur le tarif 1993. Nous sommes extrêmement déçus par votre décision de ne pas référencer nos produits dans votre catalogue. Toutefois, dans le cas où vous seriez prêts à donner à BD l'exclusivité de sa marque dans votre catalogue et à vous engager pour des quantités satisfaisantes sur l'année 1994, pour les produits de notre gamme hypodermique, nous pourrions réviser notre décision de participation aux frais d'élaboration de votre catalogue ainsi qu'à la modification de notre politique prix. Dans le cas d'un refus de votre part, la division médicale Becton Dickinson se réserve le droit de proposer ses produits directement aux revendeurs, adhérents du Distri club, au tarif indiqué et pourra leur faire bénéficier d'actions promotionnelles au cours de l'année. »

Le 11 janvier 1994, au cours d'une réunion des responsables des régions, le litige avec la société Becton Dickinson a été évoqué. M. Pomart, en sa qualité de franchiseur, et les représentants des franchisés DCM 06, DCM 26, DCM 40, DCM 41, DCM 48, DCM 50, DCM 62, DCM 85 et DCM 86 participaient à cette réunion. Le procès-verbal de réunion précise :

« Pour ce qui est du problème de l'hypodermique, entre Becton Dickinson et Terumo, suite aux différents entretiens et aux correspondances que nous avons eues avec les premiers,

n'ayant pas souhaité nous communiquer une politique cohérente, ayant maintenu les prix 1994 alors que le marché est plutôt à l'effondrement, devant la proposition et le chantage fait par M. English, directeur commercial, à savoir que si nous ne donnions pas un référencement à Becton Dickinson, il contacterait individuellement les franchisés en leur proposant les mêmes prix ainsi que des promos ! Cette attitude n'est pas permise dans le cadre d'un groupe. Aussi, à l'unanimité il a été décidé de répondre négativement au référencement 94 pour cette société tant pour l'hypodermique pour les gants ou autres. En conséquence, nous demandons à chacun d'entre vous de respecter la décision des responsables de région faute de quoi nous risquons de tomber dans le piège des fabricants : vouloir diviser pour mieux régner alors que nous œuvrons pour nous intégrer à des groupes comme Clinifrance ! »

La lettre interne DCM du 29 janvier 1994 rappelle la position prise à l'égard de ce fournisseur :

« Pour Becton Dickinson, la position que nous avons prise me semble être stratégique pour le moment et judicieuse [...] La force d'un groupe comme le nôtre vient de notre union Bon nombre de franchisés nous ont fait part de la visite des commerciaux et des propos que Becton Dickinson peut tenir. Je n'ai pas grand-chose à dire car nous ne pouvons empêcher les gens de parler ! A chacun d'entre vous de remettre en place ces personnes qui impliquent des propos qui n'ont jamais été tenus et ne sont de ce fait pas justifiés. Il est prudent afin de ne pas créer d'autres polémiques, de demander à ces messieurs de bien vouloir prendre la porte et de revenir lorsqu'ils tiendront des propos plus cohérents. »

Dans la lettre interne DCM du 22 février 1994, il est demandé aux franchisés responsables de régions de faire respecter la décision de « boycott » de la société Becton Dickinson :

« Achats : Revenons-en aux seringues & aiguilles : j'attire à nouveau l'attention des responsables des régions qui doivent, au sein des franchisés de leur secteur, de montrer non seulement l'exemple mais de faire appliquer les décisions prises en assemblée nationale et entérinées dans le cadre des réunions de région. Pour ce qui est de Becton Dickinson, nous avons donc pris une position de boycott vis-à-vis de cette société, ce qui du reste a été fait par d'autres groupes concurrents. Il va de soi qu'à l'exception de Médical Vendée qui a un contrat cliniques, nous devons absolument vendre aux privés du Terumo. Or, il s'avère que d'après les commandes de janvier, le chiffre d'affaires des seringues 2 P (entre autres) est considérable puisque le recensement des commandes effectuées chez Médical Bordin n'engendre que 6 magasins ! Il semble évident que si nous ne commercialisons plus dans nos secteurs respectifs de seringues et aiguilles, d'une part, nous avons bien fait de ne faire qu'une page sur le catalogue de 156 pages, mais le dépliant 6 pages, 3 volets prévu en avril pour les infirmières ne se justifie plus ! En tout état de cause, si nous avions la surprise que certains franchisés commandaient directement chez Becton Dickinson alors qu'ils savaient que nous pouvions les dépanner en adressant les commandes au siège à Embry, cela démontrerait un excellent état d'esprit d'égoïsme et d'individualisme et il va de soi qu'un tel comportement pourrait remettre en cause beaucoup de choses. Il ne sert à rien, pour un groupement, d'essayer de se battre pour des fantômes ! Dans ce cas, une fois de plus, les franchisés qui jouent le jeu en seraient les premiers perdants ! En résumé, la grande perte se ferait principalement vis-à-vis des franchisés qui n'ont pas joué le jeu car ils auraient rendu non seulement leur entreprise plus vulnérable mais auraient, de surcroît décrédibilisé le groupe. Cela n'est absolument pas tolérable. »

Selon les données communiquées par la société Becton Dickinson, les ventes réalisées avec le réseau DCM se sont élevées à 2 494 368 F en 1993 et à 1 515 660 F en 1994, soit une baisse de 39,2 %.

Une analyse du montant des achats de chaque franchisé auprès de ce fournisseur permet

de constater que quatre franchisés sur les neuf présents à la réunion du 11 janvier 1994 ont diminué de manière sensible leurs achats à la société Becton Dickinson :

FRANCHISÉ	CA 1993	CA 1994
DCM 50 (Bordin)	607 533 F	38 480 F
DCM 26 (Condamine)	164 441 F	76 763 F
DCM 62 (Médical Fournier)	134 654 F	58 564 F
DCM 06 (Médicomat)	112 708 F	34 988 F

Certains franchisés qui n'étaient pas présents à la réunion du 11 janvier ont également diminué leurs achats en produits Becton Dickinson :

FRANCHISÉ	CA 1993	CA 1994
DCM 62 (Hénin médical)	235 952 F	115 916 F
DCM 37 (Barthès médical)	123 746 F	19 986 F
DCM 74 (Médical Boccard)	60 793 F	15 683 F
DCM 51 (Médical Dewitte)	35 870 F	12 988 F
DCM 69	58 158 F	0 F
DCM 60	37 654 F	15 726 F
DCM 87	25 440 F	9 712 F

En revanche, les achats de trois franchisés présents à la réunion du 11 janvier ont été stables ou ont augmenté en 1994 :

FRANCHISÉ	CA 1993	CA 1994
DCM 86 (Collon médical)	69 046 F	66 735 F
DCM 85 (Médical Vendée)	495 485 F	703 635 F
DCM 48	0 F	12 623 F

De même, certains franchisés qui n'étaient pas présents à la réunion du 11 janvier ont maintenu leurs achats de produits Becton Dickinson en 1994 : DCM 43, DCM 59, DCM 66 et DCM 80 ou, comme la société DCM 13, ont augmenté leurs achats en 1994. Par ailleurs, la société Becton Dickinson n'a pas communiqué le montant des achats pour les franchisés DCM 40 et DCM 41, présents à la réunion du 11 janvier.

Selon le fournisseur, l'attachement à la marque et aux produits de la société Becton Dickinson expliquerait le maintien d'un courant d'affaires avec la plupart des adhérents.

Dès le mois d'octobre 1994, les sociétés Distri club médical et Becton Dickinson ont signé un nouveau contrat de référencement pour l'année 1995.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la prescription :

Considérant que la société Distri club médical relève que l'audition de M. Pomart, président de la société Distri club médical, a eu lieu le 22 septembre 1997, que le procès-verbal a été reçu par la société Distri club médical le 22 octobre 1997, signé par M. Pomart puis renvoyé au Conseil le 27 octobre 1997 ; qu'elle soutient que le procès-verbal n'a été régulièrement dressé que lorsque M. Pomart a apposé sa signature, soit le 27 octobre 1997, et que seul le procès-verbal régulièrement dressé, et non l'audition, est susceptible d'interrompre la prescription ; qu'en conséquence, les conditions d'application de l'article 27 de

l'ordonnance sont réunies et les faits qui lui sont reprochés sont prescrits ;

Mais considérant qu'aux termes de l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *Le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction* » ; qu'en l'espèce, la saisine ministérielle est datée du 4 octobre 1994 ; que plusieurs représentants d'entreprises du secteur ont été convoqués par le rapporteur, pour une audition avant le terme du délai de trois ans, soit le 4 octobre 1997 ; qu'en effet M. Roturier, gérant la SARL Paramat, a été convoqué par télécopie le 29 août 1997 ; M. Cormier, président-directeur général de la SA Pèse-Bébé Cormier, et M. Huet, président de la société Ambulances nuit et jour, par télécopie du 10 septembre 1997 ; M. Pomart, président de la SA Distri club médical, par télécopie du 3 septembre 1997 et M. Le Pape et M. Ribes, du groupement Europe service santé système, par télécopie du 1^{er} septembre 1997 ; que ces convocations aux auditions se référant à la saisine ministérielle tendaient directement à la recherche, à la constatation et à la sanction de pratiques anti-concurrentielles et ont interrompu la prescription ; qu'il ne peut être, en conséquence, utilement soutenu que seules les dates auxquelles les procès-verbaux d'audition ont été dressés doivent être prises en compte ; qu'au surplus, d'une part, les auditions de ces mêmes représentants d'entreprises ont également été réalisées avant le terme du délai de trois ans ; qu'en effet, le 3 septembre 1997, le rapporteur a entendu M. Roturier, le 19 septembre 1997, M. Cormier et M. Huet, le 22 septembre 1997, M. Pomart et le 25 septembre 1997, M. Le Pape et M. Ribes ; que, d'autre part, les procès-verbaux rédigés à la suite de ces auditions ont été retournés signés par courrier au rapporteur par les personnes intéressées respectivement le 23 septembre, le 25 novembre, le 15 octobre, le 28 octobre et le 21 novembre 1997 ; qu'ainsi, M. Roturier a signé son procès-verbal d'audition avant le terme du délai de trois ans à compter de la saisine du Conseil ; que, dans ces conditions, les faits ne sont pas couverts par la prescription et peuvent être valablement examinés au regard des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur la durée de la procédure et l'objet de l'enquête :

Considérant que la société Distri club médical soutient que la durée anormale de la procédure et la confusion entretenue sur l'objet de l'enquête à son endroit sont contraires à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ont porté atteinte aux droits de la défense ; qu'elle fait valoir que l'objet de l'enquête de la direction nationale des enquêtes de concurrence et de la saisine ministérielle portait sur l'existence d'une répartition géographique des marchés et d'une entente sur les prix dans le secteur de la distribution de matériel médical aux professionnels ; que le rapporteur a, au cours de la procédure, élargi unilatéralement l'objet de son enquête à la distribution de matériel médical aux particuliers et a notifié un grief pour une pratique de boycott, d'une nature toute différente de l'objet de l'enquête qui avait été énoncé à la société Distri club médical pendant plus de cinq ans de procédure ; qu'ainsi elle n'aurait pas été en mesure d'identifier l'étendue et la finalité de l'enquête et d'adapter sa défense en conséquence ;

Mais considérant que le moyen soulevé par référence à l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas de nature à entacher la procédure de nullité et est, dès lors, inopérant ;

Considérant, au surplus, que la preuve alléguée de la violation des droits de la défense ne saurait résulter *ipso facto* de la seule durée de la procédure ; qu'il n'est pas démontré, au cas présent, en quoi les délais qui se sont écoulés entre la date des faits dont le Conseil est saisi et les étapes de la procédure devant le Conseil de la concurrence auraient porté atteinte aux droits de la défense ;

Considérant, enfin, en ce qui concerne l'objet de l'enquête, que le Conseil est saisi *in rem* de l'ensemble des faits et des pratiques affectant le fonctionnement d'un marché, sans être lié par les demandes de la partie saisissante ; qu'il peut examiner, sans avoir à se saisir

d'office, les pratiques anticoncurrentielles révélées au cours de l'instruction dès lors que celles-ci concernant les mêmes marchés ou des marchés connexes ; qu'en l'espèce la saisine ministérielle porte sur « sur les pratiques mises en œuvre par des groupements de distributeurs de matériel médical destiné aux professionnels de santé, aboutissant à la pratique de prix imposés » ; que cette saisine est accompagnée d'un rapport administratif et d'annexes parmi lesquelles figure la circulaire DCM du 22 décembre 1993 qui évoque le litige commercial entre la société Distri club médical et la société Becton Dickinson ; que le rapporteur était donc fondé à notifier un grief de boycott ;

Sur le fond :

Considérant que, si le fait, pour des distributeurs indépendants, de se regrouper dans une centrale pour négocier des accords de référencement n'est pas en lui-même prohibé par les dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et si la négociation ou la renégociation de tels accords sont, en principe, licites, il importe cependant de vérifier que celles-ci ne s'appuient pas sur la mise en œuvre de pratiques ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence entre les distributeurs ou entre les fournisseurs ; que la modulation du rythme des commandes de produits des fournisseurs référencés par les distributeurs indépendants membres d'une centrale ou le déréférencement de certains des produits de ces fournisseurs par cette centrale peuvent ne pas être contraires aux dispositions de l'ordonnance, dès lors qu'il est établi, d'une part, que les distributeurs indépendants regroupés sont restés libres de s'approvisionner en produits du fournisseur en dehors de la centrale et, d'autre part, que les produits déréférencés ont continué d'être commercialisés ; qu'en effet, dans ce cas, la capacité du fournisseur d'accéder aux consommateurs n'a pas été limitée ;

Mais considérant que le fait pour une centrale de référencement de franchisés d'organiser entre les revendeurs franchisés qu'elle regroupe le boycott d'un fournisseur qu'elle ne référence plus est de nature à limiter artificiellement l'accès de ce fournisseur au marché et constitue une action concertée prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'il n'est pas contesté qu'en décembre 1993, à la suite d'un litige sur les prix de vente et sur la participation aux frais des catalogues des revendeurs au cours des négociations pour le référencement 1994, la société Distri club médical a décidé de déréférencer la société Becton Dickinson ; que, dans un courrier du 6 janvier 1994, la société Becton Dickinson a informé la société Distri club médical que, si elle n'était pas référencée, elle se réservait le droit de contacter directement chaque revendeur ; que, le 11 janvier 1994, une réunion a eu lieu entre le franchiseur et les franchisés, responsables de région, DCM 06, DCM 26, DCM 40, DCM 41, DCM 48, DCM 50, DCM 62, DCM 85 et DCM 86 et que le procès-verbal de cette réunion indique : « A l'unanimité il a été décidé de répondre négativement au référencement 94 pour cette société tant pour l'hypodermique, pour les gants ou autres. En conséquence, nous demandons à chacun d'entre vous de respecter la décision des responsables de région » ; que la lettre interne DCM du 22 février 1994 précise : « Revenons-en aux seringues et aiguilles : j'attire à nouveau l'attention des responsables de région qui doivent, au sein des franchisés de leur secteur, montrer non seulement l'exemple mais de faire appliquer les décisions prises en Assemblée nationale et entérinées dans le cadre des réunions de région. Pour ce qui est de Becton Dickinson, nous avons donc pris une décision de boycott vis-à-vis de cette société » ; que cette circulaire précise qu'il n'est pas « tolérable » que des franchisés ne « jouent pas le jeu » ;

Considérant que la société Distri club médical prétend que sa décision commerciale était justifiée car elle ne pouvait pas accepter les conditions de vente proposées par la société Becton Dickinson dans la lettre du 6 janvier 1994 sans procéder à un boycott de la société Terumo ; qu'elle ajoute que, dans cette lettre, en menaçant de démarcher directement les

franchisés, la société Becton Dickinson annonçait à mots couverts qu'elle pratiquerait des conditions discriminatoires ;

Mais considérant qu'il ne peut être valablement soutenu que la société Becton Dickinson exigeait des revendeurs DCM une exclusivité pour ses produits ou qu'elle allait pratiquer des conditions de vente discriminatoires ; qu'en effet, dans sa lettre du 6 janvier 1994, la société Becton Dickinson précise : « *Nous vous confirmons notre volonté de maintenir les mêmes conditions qu'en 1993 pour les aiguilles, seringues 2 et 3 pièces [...]. Toutefois, pour le cas où vous seriez prêts à donner à BD l'exclusivité de sa marque dans votre catalogue et à vous engager pour des quantités satisfaisantes pour l'année 1994, nous pourrions réviser notre décision de participation aux frais d'élaboration de votre catalogue ainsi qu'à la modification de notre politique de prix* » ; qu'ainsi, la société Becton Dickinson n'exigeait pas l'exclusivité de sa marque pour maintenir les relations commerciales ; que cette exclusivité ne concernait que le catalogue et non la vente des produits ; que, par ailleurs, aucun élément de courrier ne permet de considérer que la société Becton Dickinson allait pratiquer des conditions de vente discriminatoires ;

Considérant que la société Distri club médical soutient que la preuve d'une action concertée de boycott n'est pas apportée car les documents sur lesquels s'est appuyé le rapporteur ont été exclusivement et unilatéralement rédigés par le président de la société Distri club médical, M. Pomart, et qu'il s'agissait d'une décision unilatérale et non d'une concertation ; qu'elle précise qu'au cours de la réunion des responsables de région des 11 et 12 janvier 1994 aucune décision collective n'a été prise par les franchisés, qu'en réalité cette commission de référencement n'a fait qu'une simple proposition au franchiseur, qui a unilatéralement pris la décision de déréférencement ; qu'elle ajoute que le procès-verbal de la réunion n'est pas signé par les participants ;

Mais considérant qu'il ne peut être valablement soutenu que la décision de boycott est unilatérale dès lors que, le 11 janvier 1994, le franchiseur et les franchisés DCM 06, DCM 26, DCM 40, DCM 41, DCM 48, DCM 50, DCM 62, DCM 85 et DCM 86 se sont réunis et que le procès-verbal de la réunion précise : « *Aussi, à l'unanimité il a été décidé de répondre négativement au référencement 94 pour cette société tant pour l'hypodermique pour les gants ou autres. En conséquence, nous demandons à chacun d'entre vous de respecter la décision des responsables de région* » ; que la circonstance que le procès-verbal de réunion rédigé par la société Distri club médical ne soit pas signé par l'ensemble des participants est sans influence sur la qualification de la concertation résultant des décisions prises à l'unanimité au cours de cette réunion ; que, de plus, la lettre interne du 22 février rappelle que la décision a été entérinée dans le cadre des réunions de régions et indique : « *Nous avons donc pris une position de boycott vis-à-vis de cette société* » ; qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que la décision de boycotter la société Becton Dickinson est une décision concertée entre le franchiseur et plusieurs franchisés responsables de région ;

Considérant que la société Distri club médical fait encore valoir que les données sur l'évolution des ventes sont insuffisantes pour caractériser une « acceptation » des consignes de boycott par les franchisés, que tous les franchisés présents lors de la réunion des responsables de région ont réalisé un chiffre d'affaires avec la société Becton Dickinson en 1994, que la baisse relative du chiffre d'affaires réalisé par le franchisé DCM 50 résulterait de la signature d'un contrat d'exclusivité pour l'année 1994 entre ce revendeur et la société Terumo ; qu'elle ajoute que les baisses de chiffres d'affaires en produits Becton Dickinson des franchisés DCM 62, DCM 26, DCM 06 et DCM 41 peuvent s'expliquer par la baisse de la demande d'aiguilles et de seringues et que l'augmentation du chiffre d'affaires du franchisé DCM 85 s'explique par le fait que cette société a effectué « *des livraisons croisées* » de matériel Becton Dickinson à certains franchisés du réseau qui s'approvisionnaient directement auprès d'elle ;

Mais considérant qu'à la suite du déréférencement et du boycott de la société Becton Dickinson par certains franchisés, les ventes globales de ce fournisseur aux entreprises du réseau DCM sont passées de 2 494 368 F en 1993 à 1 515 660 F en 1994, soit une baisse de 39,2 % ; que quatre franchisés sur les neuf présents à la réunion du 11 janvier 1994 ont diminué de manière sensible leurs achats auprès de la société Becton Dickinson en 1994 ; qu'en effet, les achats en produits Becton Dickinson du franchisé DCM 50 (Bordin) sont passés de 607 533 F à 38 480 F, ceux de DCM 26 (Condamine) de 164 441 F à 76 763 F, ceux de DCM 62 (Médical Fournier) de 134 654 F à 58 564 F et ceux de DCM 06 (Médicomat) de 112 708 F à 34 988 F ; que, par ailleurs, certains franchisés qui n'étaient pas présents à la réunion du 11 janvier ont également diminué leurs achats en produits Becton Dickinson comme les franchisés DCM 62, DCM 37, DCM 74, DCM 51, DCM 69, DCM 60 et DCM 87 ; qu'enfin, les allégations de la société Distri club médical selon lesquelles les diminutions du montant des achats à la société Becton Dickinson s'appliqueraient par la signature d'un contrat d'exclusivité entre la société DCM 50 et la société Terumo en 1994 ainsi que par l'évolution de la demande ne sont pas suffisantes pour expliquer le comportement de certains franchisés qui ont diminué massivement leurs achats en produits Becton Dickinson ;

Considérant que la société Distri club médical affirme également qu'elle n'a jamais empêché les franchisés de se faire livrer directement par la société Becton Dickinson ;

Considérant, en effet, qu'à l'exception du franchisé DCM 69 qui n'a acheté aucun produit à la société Becton Dickinson en 1994, tous les autres franchisés ont continué à s'approvisionner, au moins en partie, auprès de ce fournisseur ; que, par ailleurs, les achats de certains franchisés, dont trois franchisés présents à la réunion du 11 janvier, ont été stables ou ont augmenté en 1994 ; que, notamment, les achats en produits Becton Dickinson du franchisé DCM 85 (Médical Vendée) sont passés de 495 485 F à 703 635 F ; que, toutefois, la société Distri club médical a diffusé à quatre reprises à l'ensemble des franchisés des circulaires évoquant longuement le déréférencement et le boycott de ce fournisseur ; que les termes employés dans ces documents étaient sans ambiguïté et de nature à dissuader les franchisés de maintenir des relations commerciales avec ce fournisseur ;

Considérant que la société Distri club médical fait valoir enfin que le groupement Distri club médical réalisait un chiffre d'affaires de 166 millions de francs et ne détenait en 1994 que 2,35 % du marché considéré ; qu'elle soutient que les pratiques dénoncées, qui ont entraîné une baisse de chiffre d'affaires de la société Becton Dickinson avec le réseau DCM de 850 139 F en 1994, n'ont affecté que 0,012 % du marché, n'ont pu avoir d'effet sensible sur le marché et ne peuvent donc être sanctionnées ;

Mais considérant que cette pratique du boycott, constitutive d'action concertée au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, est anticoncurrentielle par son objet ; que, compte tenu de sa gravité, il est peu important qu'elle n'ait eu qu'un impact limité sur le marché ; qu'au cas d'espèce les franchisés représentaient en 1994 près de 4 % du nombre des revendeurs spécialisés en matériel médical et, selon la société Distri club médical, détenaient 2,35 % de part de marché ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la*

sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de dix millions de francs » ;

Considérant que, pour apprécier la gravité de faits reprochés, il y a lieu de prendre en compte le fait que, par nature, la mise en œuvre d'un boycott est une pratique concertée particulièrement grave ; que, toutefois, en l'espèce, les consignes de boycott de la société Becton Dickinson n'ont pas été respectées par tous les franchisés ; que le dommage causé à l'économie doit s'apprécier en tenant compte du fait qu'en 1993 les 43 franchisés représentaient moins de 4 % des 1 200 revendeurs spécialisés dans le matériel médical et, selon la société Distri club médical, 2,35 % de part des marché des aiguilles et seringues ; que le boycott de ce fournisseur a duré une année et qu'en 1995 la société Becton Dickinson a de nouveau été référencée par la société Distri club médical ;

Considérant que la société Distri club médical a réalisé en France au cours de l'exercice 1997, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires de 16 025 364 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 50 000 F,

Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que la société Distri club médical a enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Il est infligé une sanction pécuniaire de 50 000 F à la société Distri club médical.

Délibéré, sur le rapport de Mme Iabelle Sévajols, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général,
Marie Picard
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 9

**Décision n° 99-D-02 du Conseil de la concurrence en date du 12 janvier 1999
relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la SARL Energie de
Bigorre**

NOR : ECOC9910042S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 27 octobre 1998 sous les numéros F 1092 et M 227, par laquelle la SARL Energie de Bigorre a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par Electricité de France (ci-après EDF) qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par EDF et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la SARL Energie de Bigorre et d'EDF entendus ;

Considérant que la SARL Energie de Bigorre exploite une installation de production autonome d'électricité sous la forme d'une centrale thermique à gaz à Tournay, dans les Hautes-Pyrénées ; que, le 16 août 1995, elle a conclu avec EDF un contrat pour l'achat d'énergie électrique au tarif « *fournitures partiellement garanties* » pour une durée de neuf ans ; qu'aux termes de ce contrat, le producteur autonome d'électricité est rémunéré par une prime fixe et par un prix proportionnel calculé en fonction de l'énergie produite ; que, le 26 décembre 1995, le 11 mars 1996 et le 14 mai 1997, EDF a communiqué à la partie saisissante les nouveaux prix de vente de l'énergie électrique par les producteurs autonomes, prix à la baisse tant au niveau de la prime fixe que du prix d'achat au kWh ;

Considérant que la SARL Energie de Bigorre expose que les baisses tarifaires ainsi opérées ont entraîné une détérioration de sa situation financière ; qu'afin d'obtenir une rémunération satisfaisante des capitaux qu'elle a engagés, elle estime qu'elle doit bénéficier du contrat applicable aux centrales de pointe, intitulé « *contrat pour l'achat, par EDF, d'énergie électrique produite par une installation dispatchable* », dont la durée est de « *quinze ans moins la période intervenue depuis la date de première mise en service de l'installation* » ; qu'EDF lui a proposé un contrat dispatchable élaboré par référence au contrat mis en place pour les groupes diesels mais d'une durée de neuf ans, avec achat des kilowatts produits au prix de 25,8 cF/kWh indexé sur l'évolution des prix du gaz et une prime fixe de 638 F/kW ; qu'il lui a, en outre, été précisé qu'en cas d'allongement de la durée du contrat, le maintien des marges d'exploitation conduirait à une diminution sensible de la prime proposée ; qu'effectivement, le 29 octobre 1997, EDF a confirmé à la SARL Energie de Bigorre son offre de contrat dispatchable sur la base d'une prime fixe de 640 F/kW sur neuf ans, ou 515 F/kW sur douze ans indexée sur le coefficient « $K = 0,2 + 0,6 (IME/IMEo) + 0,2 (PsdA/PsdAo)$ » ; que la partie saisissante a refusé ces offres ; qu'en particulier, le raccourcissement à neuf ans et même à douze ans de la durée du contrat que lui propose EDF l'obligeant à augmenter le montant de ses annuités d'amortissement obère gravement son compte d'exploitation ; qu'enfin, le 27 janvier 1998, le centre EDF-GDF Services Béarn Bigorre a indiqué à la SARL Energie de Bigorre qu'il n'était pas en mesure de répondre à sa demande et que les termes du contrat de fournitures partiellement garanties qu'elle a signé antérieurement continuaient à s'appliquer ;

Considérant que la SARL Energie de Bigorre rattache les pratiques qu'elle dénonce à celles sanctionnées par le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 96-D-80 du 10 décembre 1996, relative aux saisines présentées par un certain nombre de producteurs d'électricité et d'organisations professionnelles à l'encontre d'Electricité de France, décision confirmée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 27 janvier 1998 ; qu'elle soutient que les pratiques d'EDF dont elle est victime ont pour effet d'opérer une discrimination entre les producteurs indépendants d'électricité et la centrale de Tournay, de l'évincer du marché de l'électricité et s'inscrivent dans le cadre d'une stratégie globale d'éviction des producteurs d'électricité exploitant une centrale à gaz, pratiques constitutives d'abus de position dominante au sens des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant, en outre, que la SARL Energie de Bigorre demande au Conseil de prendre des mesures conservatoires sur le fondement des dispositions de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et d'enjoindre à EDF de cesser les pratiques qu'elle dénonce et de la faire bénéficier des conditions identiques à celles convenues avec les autres producteurs indépendants afin de permettre la rentabilité des investissements de la centrale exploitée par elle à Tournay ;

Considérant que l'application des dispositions de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est subordonnée à la constatation d'indices ou de comportements susceptibles de se rattacher aux pratiques visées par les articles 7 et 8 ; qu'aux termes de l'article 19 de la même ordonnance : « Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par

décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants » ;

Considérant, en premier lieu, qu'il est établi qu'EDF a d'abord proposé à la SARL Energie de Bigorre la signature d'un contrat dispatchable élaboré sur la base du contrat dispatchable applicable aux producteurs exploitant une centrale fonctionnant au fioul d'une durée de neuf ans, avec un prix d'achat de l'électricité produite de 25,8 cF/kW indexé sur l'évolution du prix du gaz et une prime fixe de 638 F/kW ; qu'ensuite, EDF a confirmé à l'auteur de la saisine son offre de contrat dispatchable, mais avec une prime fixe de 640 F/kW sur neuf ans, ou de 515 F/kW sur douze ans ; que, face aux refus renouvelés de ces propositions par la SARL Energie de Bigorre, les négociations entre EDF et cette dernière se sont interrompues le 27 janvier 1998 ;

Considérant, en second lieu, qu'il résulte des déclarations recueillies en séance que deux autres producteurs indépendants, exploitant une centrale à gaz, ont signé avec EDF des contrats dispatchables aux mêmes conditions que celles proposées à la SARL Energie de Bigorre ; que, s'il a été fait état des difficultés d'exploitation que rencontrerait l'un d'entre eux, il n'a pas été démontré que sa situation était la conséquence de la conclusion d'un contrat dispatchable ne lui permettant pas de maintenir le taux de rentabilité de son exploitation ;

Considérant, en troisième lieu, qu'en séance EDF a déclaré être prêt à signer un contrat dispatchable d'une durée de quinze ans avec la SARL Energie de Bigorre, si cette dernière est en mesure de produire de l'électricité aux mêmes conditions de temps de réponse que les centrales fonctionnant au fioul ;

Considérant, dès lors, que la partie saisissante ne peut alléguer qu'elle serait traitée de façon discriminatoire ;

Considérant, enfin, que ni les éléments produits au dossier, ni les déclarations recueillies en séance n'apportent d'éléments probants à l'appui de l'allégation selon laquelle, en l'espèce, EDF poursuivrait une stratégie visant à exclure du marché de l'électricité les producteurs autonomes exploitant une centrale à gaz ; que, par ailleurs, la partie saisissante n'apporte aucun élément probant de nature à établir l'existence de pratiques anticoncurrentielles au sens des dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la saisine au fond n'est pas recevable et que, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires doit être rejetée,

Décide :

Article 1^{er}

La saisine enregistrée sous le numéro F 1092 est déclarée irrecevable.

Article 2

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 227 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Simone de Mallmann, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général suppléant,

Marie-Hélène Mathonnière

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 10

Décision n° 99-D-03 du Conseil de la concurrence en date

du 19 janvier 1999 relative à une saisine de la société Europe Régies SA
NOR : ECOC9910049S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 12 juin 1997 sous le numéro F 966, par laquelle la société Europe Régies SA a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés NRJ Régies et IP RTV susceptibles d'entrer dans le champ d'application des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu la décision n° 98-MC-05 du 12 mai 1998 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Europe Régies SA ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la lettre de M^e Jean-Louis Fourgoux, conseil de la société saisissante, enregistrée le 8 décembre 1998 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Considérant que, par lettre susvisée enregistrée le 8 décembre 1998, la société Europe Régies SA a déclaré retirer sa saisine ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil de se saisir d'office,

Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 966 est classé.

Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} Servella-Huertas, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général suppléant,

Marie-Hélène Mathonnière

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 11

Décision n° 99-D-04 du Conseil de la concurrence
en date du 19 janvier 1999 relative à la saisine de la SA Europe Régies
NOR : ECOC9910085S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 9 avril 1998, sous le numéro F 1039, par laquelle la société Europe Régies a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés NRJ SA et Sud Communication SA sur le marché de l'espace publicitaire, qu'elle estime anticoncurrentielles ;

Vu l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel du 28 mai 1998 ;

Vu la lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 29 mai 1998 ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu le traité du 25 mars 1957 modifié instituant la Communauté européenne, et notamment les articles 85 et 86 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants de la société Europe Régies entendus ;

Considérant que la société Europe Régies a saisi le Conseil de la concurrence des pratiques anticoncurrentielles qui se manifesteraient dans le cadre du projet de privatisation du groupe RMC par la cession de la participation de la SOFIRAD ; qu'elle expose que « *les sociétés NRJ et Sud radio, dont la régie publicitaire est assurée par IP, entendent s'attribuer le réseau RMC et Nostalgie* » ; que « *NRJ et Sud radio négocient ensemble la reprise du groupe RMC, avec inévitablement des concertations entre elles ainsi qu'avec IP, la régie de Sud radio* » ; que « *ces échanges d'informations vont bien au-delà de l'analyse technique de l'offre, mais passent par l'établissement de budget prévisionnel fixant les chiffres d'affaires, les résultats et les charges des réseaux RMC et Nostalgie* » ; que « *cette entente a un objet et un effet anticoncurrentiel dont Europe Régies est directement victime* » ; qu'elle soutient en outre qu'« *il est indéniable que l'entente entre Sud radio, NRJ et IP a pour objet et pour effet de placer les régies IP et NRJ en position dominante sur le marché sud de la France et sur le marché de la publicité locale dans au moins 36 agglomérations* » ; que « *dans les 20 plus grandes villes de France l'ensemble NRJ, Chérie FM, Rires et Chansons et Nostalgie détient plus de 50 % de l'audience commercialisable et constituerait le seul opérateur à proposer quatre réseaux actifs localement* » ; que « *cette puissance a inévitablement un effet sur la concurrence car aucune régie ne sera à même de pouvoir présenter une offre alternative* » ; que « *la puissance financière de ce groupe renforce l'atteinte à la concurrence* » ;

Considérant qu'en application de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 le Conseil de la concurrence peut déclarer la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ;

Considérant que le Conseil supérieur de l'audiovisuel a donné, en application de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, son agrément à l'opération de cession des intérêts détenus par la SOFIRAD dans les radios du groupe RMC (RMC, Nostalgie, Montmartre) ; qu'il « *a pris acte du fait que le groupe NRJ s'est engagé à ne pas assurer la régie des réseaux RMC et Sud radio* » ; que, concernant Nostalgie, le Conseil supérieur de l'audiovisuel a posé deux conditions au groupe NRJ, d'une part, l'engagement de « *renoncer à la publicité locale pour l'ensemble des stations de son réseau Rires et Chansons* » et, d'autre part, celui de « *renoncer à la publicité locale pour une de ses stations dans six zones (Saint-Etienne, Annecy, Chambéry, Bourg-en-Bresse, Oyonnax et Chalon-sur-Saône* » ;

Considérant que, sur le marché de l'espace publicitaire, la société NRJ a notifié le 8 avril 1998 au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie la prise de contrôle de la société Euler Investissements, filiale à 100 % de RMC, qui détient le contrôle du réseau radiophonique radio Nostalgie ; que, dans une lettre en date du 29 mai 1998 publiée au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes du 7 octobre 1998, le ministre estime, qu'en raison des engagements pris par la société NRJ en matière de couplages publicitaires « *l'opération ne soulève pas de difficultés d'ordre concurrentiel sur les marchés locaux de l'espace radiophonique* » et précise que, sous réserve du respect de ses engagements par la société NRJ, il n'était pas dans son intention de saisir le Conseil de la concurrence ;

Considérant que la prise de participation à hauteur de 80 % de la société NRJ dans la société Euler Investissements lui permet d'exercer une influence déterminante sur cette société ; qu'ainsi cette opération constitue une concentration au sens des dispositions de l'article 39 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ; que, en tout état de cause, cette qualification n'a pas été contestée par la partie saisissante ;

Considérant que faire droit à l'argument qui a été invoqué en séance par la partie

saisissante, selon lequel l'exécution d'accords constitutifs d'une concentration est par nature anticoncurrentielle, reviendrait à faire examiner l'opération de concentration par le Conseil au regard du titre III de l'ordonnance ; qu'il résulte d'un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 28 juin 1994 que *« les procédures prévues par le titre III relatif au contrôle des ententes et par le titre V relatif au contrôle des concentrations sont différentes et inconciliables entre elles... qu'il résulte de la combinaison des textes du titre III et de ceux du titre V que les opérations répondant à la définition de la concentration de l'article 39 du titre V sont exclues du champ de compétence du Conseil statuant au contentieux »* ; que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt en précisant : *« Les parties litigieuses n'ayant pas fait état de pratiques illicites issues de ces accords pouvant faire l'objet, le cas échéant, d'une saisine distincte du Conseil de la concurrence sur le fondement des articles 7 et 8 de l'ordonnance, c'est à bon droit que la cour d'appel... a déclaré irrecevable devant le Conseil... les saisines visant des opérations de concentration économique »* ; que, dès lors, le Conseil n'est pas compétent pour connaître de la prise de contrôle de la société Euler Investissements par la société NRJ ;

Considérant que la société Europe Régies n'a pas fait état de pratiques autres que les accords constitutifs de l'opération de concentration ; qu'au surplus, à supposer que le nouveau groupe issu de la concentration détiendrait une position dominante sur des marchés locaux de l'espace publicitaire, la société Europe Régies n'apporte pas d'éléments suffisamment probants démontrant que le nouveau groupe a mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles ou ait fait une exploitation abusive de cette position dominante ; que, dès lors, le Conseil n'est pas compétent pour examiner la présente saisine au regard des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de faire application de l'article 19 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986,

Décide :

Article unique

La saisine enregistrée sous le numéro F 1039 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport de Mme Servella-Huertas, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général suppléant,

Marie-Hélène Mathonnière

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 12

Décision n° 99-D-05 du Conseil de la concurrence en date du 19 janvier 1999 relative à une saisine au fond et à une demande de mesures conservatoires présentées par la Coopérative des pharmaciens d'Ile-de-France à l'encontre de divers laboratoires de parapharmacie et de médication familiale

NOR : ECOC9910086S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée du 19 mars 1998, sous le numéro F 1032-2, par laquelle la Coopérative des pharmaciens d'Ile-de-France a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par divers laboratoires de parapharmacie et de médication familiale ;

Vu la lettre enregistrée le 29 septembre 1998, sous le numéro M 225, par laquelle la

Coopérative des pharmaciens d'Ile-de-France a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la Coopérative des pharmaciens d'Ile-de-France, les sociétés Boiron, Boots Healthcare, Chéfar-Ardeval, Janssen-Cilag, Laboratoire du Dermophil indien, Laboratoire Lachartre, Laboratoires Upsa, Monsanto France, Novartis, Organon, Pharmacia et Upjohn, Roche-Nicholas, Schering SA, Smithkline Beecham santé et hygiène, Solvay pharma, Theraplix, Wyeth-Lederle, Zenecca-Pharma et les laboratoires Chauvin, Sarget Pharma, Urgo et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants des laboratoires et de la Coopérative des pharmaciens de l'Ile-de-France entendus ;

Considérant que la Coopérative des pharmaciens de l'Ile-de-France (la Coopérative), créée en 1996 sous forme de société anonyme, avait, notamment, pour objet :

« a) *De fournir, en totalité ou en partie à ses associés, des produits qualifiés parapharmacie et... plus généralement tout ce qui [était] vendu en officine de pharmacie, à l'exclusion des produits avec AMM, compte tenu de la législation en vigueur ;*

« b) *De constituer et d'entretenir à cet effet tout stock de marchandises,...* » ;

Considérant que la Coopérative a été autorisée, par un arrêté du ministre de l'emploi et de la solidarité, en date du 12 février 1998, à ouvrir un établissement pharmaceutique dépositaire ; qu'elle a modifié ses statuts en conséquence ;

Considérant, en effet, que le code de la santé publique, dans ses parties Législative et Réglementaire, organise la distribution en gros des produits pharmaceutiques ; que le décret n° 98-79 du 11 février 1998 relatif aux établissements pharmaceutiques a modifié le code de la santé publique, au vu, notamment, de la directive 92/25/CE du Conseil en date du 31 mars 1992 concernant la distribution en gros des médicaments à usage humain ; que l'article R. 5106 (4° et 5°) du code de la santé publique définit par « *dépositaire, toute entreprise se livrant, d'ordre et pour le compte d'un ou plusieurs exploitants de médicaments... au stockage de ces médicaments, produits, objets ou articles dont elle n'est pas propriétaire, en vue de leur distribution en gros et en l'état* » et par « *grossiste-répartiteur, toute entreprise se livrant à l'achat et au stockage de médicaments autres que ceux destinés à être expérimentés sur l'homme, en vue de leur distribution en gros et en l'état...* » ; qu'ainsi le dépositaire n'achète pas de médicaments mais se livre, d'ordre et pour le compte du fabricant, à leur stockage ; qu'à l'inverse le grossiste répartiteur achète et revend les médicaments ; que les articles R. 5115-12 et suivants organisent les obligations du dépositaire comme celles du grossiste ; que le grossiste est tenu à des obligations de service public telles que de « *disposer d'un assortissement de médicaments comportant au moins les neuf dixièmes des présentations effectivement exploitées en France et de satisfaire à tout moment la consommation de sa clientèle habituelle durant au moins deux semaines...* » ; que le dépositaire exerce son activité dans les conditions prévues par un contrat écrit qui fixe « *les obligations respectives du dépositaire et de l'exploitant* » ;

Considérant que, le 19 mars 1998, le Conseil de la concurrence a été saisi par la Coopérative de pratiques mises en œuvre par quatre laboratoires de médication familiale (médicaments non remboursables, munis d'autorisation de mise sur le marché) : les sociétés Smithkline Beecham santé et hygiène, Boots Healthcare, Whitehall et Chéfar-Ardeval (groupe AKZO Nobel) ; que, le 29 septembre 1998, la Coopérative a saisi à nouveau le Conseil de pratiques de laboratoires de médication familiale et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ; que cette saisine, complémentaire, implique vingt et un laboratoires,

dont trois faisaient partie de la saisine initiale, le laboratoire Whitehall qui, selon les affirmations de M. Rader, président de la Coopérative, avait signé un accord avec la Coopérative étant mis hors de cause ;

Considérant que la Coopérative reproche à dix-huit laboratoires de lui avoir opposé un refus de vente et à trois laboratoires, les sociétés Zenecca-Pharma, Wyeth-Lederle et Monsanto France, d'exiger des délais de paiement qu'elle estime discriminatoires ;

Considérant que le Conseil ne peut prononcer les mesures conservatoires mentionnées à l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que si la demande dont il est saisi au fond est recevable ; qu'aux termes de l'article 19 de cette même ordonnance « *le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments probants* » ;

Considérant que huit des dix-huit laboratoires concernés par la saisine font observer que la preuve de l'existence d'un refus de vente n'est pas apportée par la Coopérative ;

Considérant qu'en effet, en ce qui concerne la société Boiron et les laboratoires Chauvin, aucune lettre ni de commande ni d'un quelconque refus n'est produite à l'appui de la saisine ; que, pour les laboratoires Sarget Pharma et les sociétés Laboratoire Lachartre, Chéfar-Ardeval et Boots Healthcare, la Coopérative se borne à produire une copie des lettres qu'elle aurait adressées à ces sociétés sans apporter la preuve que ces courriers ont été reçus ni même adressés ; qu'en ce qui concerne la société Laboratoires du Dermophil indien, société dépositaire pharmaceutique et fabricant de médicaments, les seuls éléments à l'appui des allégations de la partie saisissante sont la production d'une lettre de la Coopérative annonçant à la société en cause qu'elle devenait dépositaire, la mention d'un rendez-vous, le 17 mars 1998, et des lettres de la Coopérative adressées à la société Laboratoire du Docteur Dumesny, société représentant la société Laboratoires du Dermophil indien dans son activité de dépositaire, non concernée par les débats ; qu'enfin, s'agissant des laboratoires Urgo, les seules lettres produites par la Coopérative sont antérieures à la date à laquelle elle a été autorisée à recevoir des médicaments en dépôt ;

Considérant qu'en ce qui concerne les dix autres laboratoires, il ressort des lettres versées à l'appui de la saisine que la Coopérative a commandé des médicaments aux conditions réservées aux grossistes répartiteurs, tout en se prévalant de sa qualité nouvelle d'établissement pharmaceutique dépositaire ; que certains laboratoires, après avoir demandé à la Coopérative des précisions sur ses statuts, ont refusé de la livrer en se fondant sur sa qualité de dépositaire ; que les autres ont simplement indiqué avoir leurs propres réseaux de distribution ;

Considérant, d'une part, que la Coopérative n'a apporté aucun élément à l'appui de ses allégations visant huit laboratoires ; que, d'autre part, la circonstance que les dix autres laboratoires aient opposé un refus de vente à la Coopérative en dehors de tout autre indice ne saurait constituer à elle seule la preuve d'une entente anticoncurrentielle entre les laboratoires mis en cause, la Coopérative n'étant pas autorisée, en vertu de son statut d'établissement pharmacien dépositaire, à acheter des médicaments ;

Considérant que les sociétés Wyeth-Lederle, Monsanto France et Zenecca-Pharma ont subordonné la livraison à la Coopérative à un paiement comptant ; que la Coopérative a refusé ces conditions, s'estimant victime de pratiques discriminatoires par rapport aux conditions proposées aux grossistes répartiteurs ;

Mais, considérant que les grossistes répartiteurs étant soumis à des obligations différentes de celles des dépositaires, rien n'impose aux laboratoires de pratiquer à l'égard de ces deux catégories de distributeurs les mêmes conditions commerciales ; qu'en outre, le fait que trois laboratoires aient exigé d'un client nouveau un paiement comptant ne saurait, en l'absence de tout autre indice, constituer la preuve d'une entente entre les trois sociétés ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la partie saisissante n'apporte pas à l'appui de ses allégations d'éléments suffisamment probants de pratiques entrant dans le champ de l'article 7 de l'ordonnance ; qu'en conséquence, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et, par voie de conséquence, de rejeter la demande de mesures conservatoires ;

Considérant que la société Monsanto France a sollicité, dans ses observations, la condamnation de la Coopérative au versement de la somme de 20 000 F au titre de l'article 700 du nouveau code de procédure civile ainsi qu'aux dépens ;

Considérant que l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ne prévoit la condamnation d'une partie ni aux dépens ni aux frais exposés par une autre partie et non compris dans les dépens ; qu'il y a lieu, en conséquence, de rejeter la demande formée par Monsanto France de ces chefs,

Décide :

Article 1^{er}

La saisine enregistrée sous le numéro F 1032-2 est déclarée irrecevable.

Article 2

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 225 est rejetée.

Article 3

La demande de la société Monsanto France aux titres des dépens et de l'article 700 du NCPC est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Servella-Huertas, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général suppléant,

Marie-Hélène Mathonnière

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 13

**Décision n° 99-D-06 du Conseil de la concurrence en date du 2 février 1999
relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Geosys**

NOR : ECOC9910045S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 19 novembre 1998 sous le numéro F 1099, par laquelle la société Geosys a saisi le Conseil de la concurrence de certaines pratiques du Centre national d'études spatiales, des sociétés Scot Conseil et Sotema et du ministère de l'agriculture, qu'elle estime anticoncurrentielles ;

Vu la lettre enregistrée le 19 novembre 1998 sous le numéro M 231, par laquelle la société Geosys a demandé au Conseil de la concurrence le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la lettre de la société Geosys enregistrée le 21 décembre 1998 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;
Considérant que, par lettre enregistrée le 21 décembre 1998, la société Geosys a déclaré retirer sa demande de mesures conservatoires,

Décide :

Article unique

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 231 est classée.
Délibéré, sur le rapport oral de M. Hubert Grandval, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général suppléant,

Jean-Claude Facchin

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 14

Décision n° 99-D-07 du Conseil de la concurrence en date du 2 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Microsoft

NOR : ECOC9910046S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 23 septembre 1996 sous le numéro F 902, par laquelle la société Direct Price a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Microsoft dans le secteur de la distribution des logiciels ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la lettre de la société Direct Price en date du 21 décembre 1998 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Considérant que, par lettre enregistrée le 21 décembre 1998, la société Direct Price a déclaré retirer sa saisine ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil de se saisir d'office,

Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 902 est classé.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Hubert Grandval, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général suppléant,

Jean-Claude Facchin

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 15

Décision n° 99-D-08 du Conseil de la concurrence en date du 2 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Académie d'architecture dans le secteur du bâtiment et des travaux publics

NOR : ECOC9910109S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 3 juin 1998 sous le numéro F 1052, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par l'Académie d'architecture ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement et l'Académie d'architecture ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général suppléant, le commissaire du Gouvernement et le représentant de l'Académie d'architecture entendus ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - L'Académie d'architecture et la série centrale des prix

L'Académie d'architecture est une association régie par la loi de 1901, à but non lucratif, reconnue d'utilité publique, autonome juridiquement et financièrement. L'Académie n'intervient pas dans la défense des intérêts de la profession d'architecte et elle s'est donné une vocation culturelle en développant des activités en vue de l'amélioration du milieu de vie et de la qualité des prestations de la construction.

Dès 1883, l'Académie d'architecture a édité un volume intitulé « La Série centrale des valeurs de référence des travaux du bâtiment » ou « Série centrale des prix » qui, depuis l'origine, a donné lieu à l'élaboration et à la diffusion de trente-cinq éditions. La dernière a été refondue, éditée et diffusée au début de l'année 1998.

Chaque série centrale des prix a été élaborée par un comité de rédaction composé de membres permanents de l'Académie, assistés de professionnels du bâtiment et des travaux publics tels que des représentants des maîtres d'ouvrages publics et privés, des techniciens du bâtiment et des entreprises, des économistes de la construction (mètres), des enseignants, des architectes.

La composition du comité de rédaction est modifiée lors de chaque mise en œuvre d'une nouvelle série : ainsi, l'élaboration de l'avant-dernière série centrale des prix, édition 1990, qui fait l'objet du présent examen, a été conduite par un comité de rédaction comprenant dix architectes.

B. - Modalités d'établissement de la valeur de la référence

La série centrale des prix éditée en 1990 se présente sous forme de cinq tomes qui distinguent les travaux selon leur nature (gros œuvre, bois et métal, finitions, etc.) et les corps d'état concernés par la réalisation des travaux.

L'unité usuelle de la série est l'article, élément essentiel de l'utilisation de l'ouvrage : il est le support de la valeur de référence et/ou le support technique d'information. La valeur de référence affectée à l'article correspond au prix unitaire d'une prestation défini par rapport à une unité qui peut être, selon le type de travaux, le mètre cube, le mètre carré, le mètre linéaire, la pièce.

La série centrale des prix donne, en lecture directe, le chiffrage de 40 000 prix unitaires, en valeur absolue, correspondant au coût des prestations techniques nécessaires à la réalisation de travaux ou d'ouvrages.

Chaque prix unitaire est constitué de plusieurs éléments de coût de revient estimés à

partir de valeurs moyennes forfaitaires : déboursé de main-d'œuvre, déboursé de fournitures ou de matériaux et frais divers intégrant les frais de chantier, les frais généraux et la marge globale forfaitaire.

Les déboursés de main-d'œuvre résultent de l'affectation au coût horaire de base d'un multiplicateur prenant en compte les charges salariales et les temps improductifs et d'un « quantitatif », c'est-à-dire le nombre d'heures affecté à la tâche à exécuter. De même, les déboursés de fournitures ou de matériaux résultent de l'addition de leur prix d'achat, des frais de transport et de manutention. Le total de ces déboursés est ensuite affecté d'un « multiplicateur d'entreprise », qui prend en compte les frais de chantier, les frais généraux et une marge globale forfaitaire de 3,68 %, pour obtenir la « valeur de référence ».

Le coût horaire de main-d'œuvre est déterminé sur la base des conventions collectives « *réajustées par rapport au marché du travail* », le multiplicateur de main-d'œuvre relatif aux charges salariales et aux temps improductifs est défini à partir des renseignements recueillis auprès du *Moniteur du bâtiment et des travaux publics*. Le quantitatif de main-d'œuvre est fixé par un spécialiste de chaque corps de métier et le prix des fournitures est la moyenne pondérée des tarifs des fournisseurs. La part des frais divers a été établie sur la base d'une enquête datant de dix ans, en cours d'actualisation.

L'Académie d'architecture ne justifie pas les modalités d'établissement de la valeur de référence. Ainsi, elle se limite à indiquer les sources d'information sur lesquelles elle s'appuie. Les prix sont reconstitués au moyen de formules dont des paramètres sont définis en fonction de l'expérience et qui n'intègrent pas des facteurs de productivité.

Quant aux frais de chantiers et aux frais généraux, ils résultent d'estimations de frais. Il en est de même de la marge globale bénéficiaire fixée à 3,68 % pour laquelle l'Académie ne fournit pas de méthode de calcul.

La mise à jour de la série centrale des prix a lieu selon une périodicité assez faible, d'environ cinq à dix ans, en raison du nombre élevé de données à recueillir. Pour rendre l'ouvrage opérationnel, une actualisation mensuelle de ces données est réalisée au moyen d'un barème de coefficients. Les valeurs de référence font également l'objet d'une adaptation régionalisée pour tenir compte des particularités propres aux régions, les bases d'élaboration de la série centrale des prix reposant sur les conditions économiques de la région Ile-de-France.

Les coefficients d'actualisation et de régionalisation donnés par le barème des coefficients s'appliquent aux prix unitaires de la série sans nécessité d'un calcul préalable.

La codification lettrée par corps d'état permet de trouver des coefficients en lecture directe. L'actualisation porte sur l'ensemble des valeurs relevant de la même codification. Ainsi, par exemple, l'actualisation du prix unitaire par mètre cube de la pose de briques apparentes (fourniture et façon comprises) à la date du mois de mai 1997, en région Rhône-Alpes, consiste à rapporter au prix de la série de 1990 le coefficient figurant à la ligne MABR de la région en cause.

VALEUR DE RÉFÉRENCE de la série 1990	COEFFICIENT d'actualisation et de régionalisation	PRIX UNITAIRE actualisé
2 916 F au m ³	1,211	3 531 F au m ³

Le coefficient de 1,211 est le résultat de « l'adaptation aux variations économiques » du coût horaire de base de la main-d'œuvre, du « multiplicateur main-d'œuvre », du coût des matériaux, des frais de transport, de manutention et du « multiplicateur entreprise ».

Une grille de référence fournit, par corps d'état, les coefficients multiplicateurs d'entreprise et de main-d'œuvre qui ont servi à l'établissement des coefficients d'actualisation de la série et du barème. Le « multiplicateur entreprise » peut, en outre, être appliqué

isolément afin de déterminer le prix unitaire des fournitures ou des matériaux qui ne sont pas référencés dans la série.

Le barème des coefficients fait, par ailleurs, état de coefficients de « déplacement » et de « quanta de main-d'œuvre » qui n'interviennent pas dans l'établissement des prix unitaires de la série. Le premier permet de calculer l'indemnisation des petits déplacements. Il s'applique à l'indemnité journalière globale de transport (trajet et repas) correspondant à la région ou au département considéré, fournie par le barème. Le second sert à valoriser des travaux effectués en dehors des heures et des jours normalement travaillés et des travaux soumis à des sujétions spéciales de main-d'œuvre et d'exécution. Ces deux coefficients s'appliquent au seul taux horaire par jour ouvrable déterminé pour chaque métier d'un corps d'état.

Enfin, le préambule de la série précise que *« les valeurs de référence doivent être considérées comme une base de valeurs moyennes pouvant être minorées ou majorées »* suivant les contraintes externes et internes aux entreprises, notamment :

- *« la situation et les difficultés propres à chaque chantier, son approvisionnement et les manutentions qui en découlent ;*
- *la quantité mise en œuvre, la répétitivité des tâches ou des ouvrages ;*
- *les moyens, la capacité de chaque entreprise ;*
- *la situation et l'état du patrimoine dans le cas de “marché à commande” ;*
- *le mode et les délais de paiement ».*

Le rabais ou la majoration consentis par les entreprises en fonction de leurs capacités financières et techniques achèvent le processus d'établissement du prix unitaire d'une prestation.

C. - Principes d'utilisation de la série

Les principes d'utilisation de la série centrale des prix sont énoncés dans les prescriptions générales et communes de l'ouvrage. Celles-ci précisent que la série concerne principalement les travaux en vue d'un règlement au mètre. Elles délimitent le périmètre de la relation contractuelle entre le maître d'ouvrage et l'entreprise et prévoient le versement d'indemnités qui, même si elles relèvent de l'usage, sont présentées comme des droits au bénéfice de l'entreprise.

Certaines dispositions, mentionnées à plusieurs reprises, déterminent les situations dans lesquelles les prix des prestations doivent donner lieu à majoration ou à rabais ou ne doivent pas être modifiés.

Enfin, les modalités de facturation et de règlement préconisent l'application d'un multiplicateur de règlement dans deux cas, l'un concernant les travaux à la lumière artificielle (multiplicateur de règlement de 1,422, TVA en sus), l'autre concernant les réparations d'appareillage ou les travaux spéciaux (coefficient multiplicateur de 1,25 %, TVA en sus).

D. - Les logiciels informatiques

L'Académie d'architecture propose également une suite de trois logiciels informatiques, Attou, Banks et Cythère, conçus avec des professionnels du bâtiment. Ces logiciels, qui intègrent les bases des données de la série centrale des prix, atténuent la rigidité du support papier au niveau de la manipulation et des études de prix car ils disposent de fonctions utilitaires facilitant les mises à jour et sont ouverts sur les bases de données extérieures et les banques de données propres à chaque entreprise.

E. - La diffusion

L'Académie d'architecture fait connaître la série centrale des prix par des procédés publicitaires classiques et envisage de diffuser plus largement l'édition 1998 en s'orientant

vers des dépôts d'ouvrages en librairies.

Les utilisateurs de la série centrale des prix, selon la typologie des 1 126 abonnés actuels au barème des coefficients, sont prioritairement les maîtres d'ouvrage publics (17 % des abonnements) et les petites et moyennes entreprises (68 % des abonnements).

F. - Application de la série dans le cadre de marchés publics et privés

L'instruction a examiné, à titre d'exemples, trois marchés dans lesquels la série centrale des prix a été utilisée. Le premier, conclu en 1996 par un établissement de l'Assistance publique - hôpitaux publics (AP-HP), le groupe hospitalier de La Pitié - La Salpêtrière, concerne l'exécution de travaux d'entretien et d'amélioration courante ; le deuxième a été conclu en 1996 par l'Etat (ministère de la culture) pour le rafraîchissement des parties sud du palais de l'Elysée ; le dernier porte sur le marché type de la société d'économie mixte SONACOTRA et est relatif à l'exécution des travaux nécessaires à la construction, à la réhabilitation ou à l'amélioration des bâtiments à usage d'habitation.

Dans les trois cas, il s'agit de marchés fractionnés à bons de commandes : les prix des prestations du premier marché sont des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, les prix des prestations des deux autres sont des prix forfaitaires et globaux. Ces marchés publics sont régis par les dispositions des articles 273 et 275 et suivants du code des marchés publics et par l'instruction d'application n° 2010, édition 1991, de la Commission centrale des marchés. L'instruction recommande, à la section 4 « caractéristiques des prix », la fixation d'un prix forfaitaire pour toutes les prestations qui peuvent être définies au moment du contrat. Elle n'exclut pas les prix établis par rapport à des documents étrangers au marché :

« De nombreux marchés de fournitures ou de travaux courants comportent des prix déterminés par référence à des documents étrangers au marché :

- « – prix fixés par voie réglementaire ;*
- « – barèmes ;*
- « – tarifs ;*
- « – catalogues ;*
- « – mercuriales ;*
- « – séries ;*
- « – bordereaux.*

Le marché stipule alors les abattements, rabais ou plus rarement majorations fermes - en valeur absolue ou en pourcentage - à appliquer aux prix de référence ainsi que toutes précisions nécessaires pour définir sans ambiguïté les prix de référence choisis et préciser, en particulier, les publications où ces prix peuvent être trouvés.

Pour les collectivités locales et leurs établissements publics, le code des marchés publics ne fixe aucune règle relative aux prix. »

Le cahier des charges des clauses particulières (CCAP) du groupement hospitalier limite l'application de la série à certains lots. Le CCAP du ministère de la culture et le CCAP type de la SONACOTRA prévoient l'usage de la série en cas d'ultime recours lorsque les prix des prestations ne peuvent pas être définis par d'autres procédés. Les CCAP se réfèrent, en outre, à la série dans la détermination des prix lorsque la réalisation de l'ouvrage nécessite de faire appel à des fournitures « hors série ». Le montant des marchés concernés par la série, sur lesquels l'instruction a porté, s'élève à 197 716 044 F (TTC).

S'agissant de l'établissement de l'AP-HP, qui applique les références des prix unitaires de la série centrale des prix aux lots « maçonnerie », « menuiserie » et « carrelages-sols souples », celui-ci a retenu les offres des soumissionnaires les moins-disants consentant des rabais respectifs de - 31,20 %, - 33 % et - 31 %.

Le CCAP du ministère de la culture impose des rabais de 30 % et de 35 % sur l'ensemble des huit corps d'état et le CCAP type de la SONACOTRA prévoit, quant à lui, une minoration de 25 % sur les prix de tous les corps d'état, à l'exception des prix du lot « peinture », affectés d'un rabais de 40 %, et des prix du lot « électricité », appliqués sans modification.

Dans le cadre de ces marchés, il ressort que des rabais sur les prix unitaires de la série centrale des prix sont systématiquement appliqués. A cet égard, une entreprise titulaire du lot « maçonnerie » du marché du groupe hospitalier de La Pitié - La Salpêtrière considère les prix unitaires de la série supérieurs aux prix du marché ce qui justifie, pour elle, les rabais appliqués aux prix unitaires de la série.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la procédure :

Considérant que l'Académie d'architecture fait valoir, d'une part, que les droits de la défense n'ont pas été respectés, dès lors que la convocation devant le Conseil lui est parvenue avant le dépôt de ses observations effectué le 11 janvier 1999 ; qu'elle prétend, d'autre part, que la procédure comporte un vice de forme dans la mesure où les parties concernées par les pratiques dans la notification de griefs, maîtres d'ouvrage et entreprises soumissionnaires, n'ont pas été convoquées devant le Conseil ;

Mais considérant, en premier lieu, que l'article 21 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence, dispose que : « *Lorsque le président du Conseil de la concurrence, en application de l'article 22 de l'ordonnance, décide que l'affaire sera portée devant la commission permanente sans établissement préalable d'un rapport, les parties disposent d'un délai de deux mois à compter de la notification de cette décision pour présenter leurs observations sur les griefs communiqués* » ; que la notification de griefs a été adressée le 9 novembre 1998 à l'Académie d'architecture et que celle-ci a disposé d'un délai de deux mois à compter de la notification de cette décision pour présenter ses observations ; qu'ainsi, elle a été en mesure d'assurer sa défense devant le Conseil ;

Considérant que l'article 22 du décret précité précise que : « *Les convocations aux séances du Conseil sont adressées trois semaines au moins avant le jour de la séance. Les notifications et convocations font l'objet d'envois recommandés avec demande d'avis de réception* » ; que la convocation destinée à l'Académie d'architecture lui a été adressée le 8 janvier 1999, soit trois semaines avant la date de la séance fixée au 2 février 1999 ; que, par suite, il a été fait, dans le respect des droits de la défense, une stricte application des délais prévus par les textes ;

Considérant, en second lieu, qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose au Conseil d'entendre l'ensemble des parties concernées par les pratiques ; qu'en l'espèce, les maîtres d'ouvrage et les entreprises soumissionnaires ne sont que des utilisateurs de la série incriminée ; qu'il ne peut donc être retenu que la procédure est entachée d'irrégularité ; que, dès lors, ces moyens doivent être écartés ;

Sur les pratiques constatées :

Considérant que l'Académie d'architecture fait valoir qu'association régie par la loi de 1901, elle constitue une « société savante » qui ne défend pas, en premier lieu, des intérêts catégoriels ; que l'élaboration de la série centrale des prix ne relève pas d'une action concertée dans la mesure où l'élaboration des descriptifs et aspects techniques des ouvrages reviendrait plus particulièrement aux membres architectes titulaires et honoraires et que le suivi et l'élaboration des données économiques reviendraient au service des économistes de

l'Académie ; que l'Académie a justement veillé à ce que participent aux comités de rédaction des séries 1990 et 1998 des architectes honoraires et des architectes-conseils de maîtres d'ouvrage publics ;

Mais considérant que la série centrale des prix, dans ses versions 1990 et 1998, a été élaborée par des comités de rédaction, organisés à cet effet, regroupant des architectes et d'autres professionnels du secteur ; que les conditions d'élaboration de la série qui permettent de distinguer, d'une part, les membres permanents de l'Académie, architectes titulaires et honoraires qui suivent la conception de l'ouvrage et, d'autre part, les comités de rédaction composés, pour les éditions 1990 et 1998, uniquement d'architectes, ne modifient pas la qualification donnée aux réunions ainsi organisées dès lors que les architectes rassemblés dans les comités de rédaction sont des professionnels de la construction qui interviennent en qualité de prescripteurs ; que le fait que l'Académie ne soit pas un groupement professionnel chargé de défendre les intérêts d'une profession est sans incidence sur la nature de la concertation entre les intéressés ;

Considérant que l'Académie d'architecture soutient, en deuxième lieu, que les valeurs de référence de la série centrale des prix sont des valeurs purement théoriques destinées à aider les professionnels pour leur permettre de calculer leurs propres prix ; qu'à cet égard, les professionnels peuvent déterminer leurs prix en fonction de leurs contraintes spécifiques, qu'elles soient de gestion, techniques ou financières, notamment au moyen du rabais ou de la majoration qu'il leur est loisible d'appliquer à la valeur de référence ;

Mais considérant que la série centrale des prix donne, pour les différents corps de métier concernés, 40 000 valeurs de référence de prestations constituées de plusieurs éléments de coût de revient estimés à partir de valeurs moyennes, à savoir les déboursés de main-d'œuvre, qui comportent un coût horaire de main-d'œuvre déterminé sur la base des conventions collectives *«réajustées par rapport au marché du travail»*, les déboursés de fournitures ou de matériaux, établis à partir de la moyenne pondérée des tarifs des fournisseurs, les frais divers intégrant les frais de chantier, les frais généraux et la marge globale forfaitaire uniformément fixée à 3,68 % définis sur la base d'une enquête datant de dix ans ; que les éléments constitutifs comportent des coefficients fixés à partir de valeurs moyennes forfaitaires, comme un multiplicateur de main-d'œuvre relatif aux charges salariales et aux temps improductifs calculé à partir des renseignements recueillis dans le *Moniteur du bâtiment et des travaux publics*, un quantitatif de main-d'œuvre établi par un spécialiste de chaque corps de métier de l'Académie, qui fixe le temps nécessaire à la réalisation d'une tâche, un multiplicateur d'entreprise calculé par cumul des frais divers affecté aux déboursés de main-d'œuvre et aux déboursés de fournitures ou de matériaux ; que le barème mensuel des coefficients présente des coefficients d'actualisation économique et de régionalisation pour prendre en compte les particularités régionales, calculés selon des procédés similaires ;

Considérant, par ailleurs, que si le document en cause contient des éléments d'information qui peuvent, par leur qualité technique, améliorer les prestations de la construction, il comporte des « valeurs moyennes » telles que le coût de main-d'œuvre et le coût des fournitures ou des matériaux qui ne résultent pas de constatations objectives pouvant être vérifiées ; que le quantitatif de main-d'œuvre ne tient pas compte des facteurs de productivité ; que les prix seraient reconstitués au moyen de formules dont certains paramètres sont définis en fonction de « l'expérience » ; que les frais de chantiers et les frais généraux sont le résultat de « moyennes » ; que le montant de la marge globale bénéficiaire, fixé à 3,68 %, est présenté par l'Académie comme étant le niveau de taux à appliquer pour qu'une entreprise soit viable et saine ; que ce taux n'est justifié par aucune méthode de calcul ; qu'en outre, l'Académie d'architecture n'a pas été en mesure de fournir des explications sur les méthodes d'établissement de la valeur de référence qui représente le prix unitaire en francs du coût final d'une prestation technique ; que, cependant, l'application de

rabais importants ou, dans certains cas, de majoration démontre le caractère artificiel du concept même de la valeur de référence ; que, dès lors, la valeur de référence ne peut ni refléter la diversité des situations propres à chacun des métiers concernés par la série ni les particularités propres à chaque entreprise selon sa taille et sa localisation ;

Considérant, encore, que, si le Conseil admet que l'établissement d'une mercuriale n'est pas contraire aux règles du droit de la concurrence dès lors qu'un tel document se borne à publier des prix constatés pendant une période passée déterminée et établis par des méthodes scientifiques, la série centrale des prix ne peut en aucun cas, compte tenu de ses modalités d'élaboration, être qualifiée de mercuriale ;

Considérant que l'Académie d'architecture avance, en troisième lieu, que la série centrale des prix est un outil de travail performant et complet utilisé tant par les maîtres d'ouvrage publics et privés que par les petites ou moyennes entreprises ; que la série centrale des prix ne peut, en raison de sa qualité technique et de sa simplicité d'utilisation, que rendre plus aisé l'accès aux marchés publics des petites et moyennes entreprises, qui représentent 68 % des abonnés au barème des coefficients ; que l'usage de la série centrale des prix n'implique pas l'obligation de faire appel à un métreur vérificateur ; que l'instruction n° 2010 de la Commission centrale des marchés éditée en 1991 autorise expressément les maîtres d'ouvrage publics à utiliser des documents étrangers aux marchés, comme les séries de prix ; que la série centrale des prix est utilisée dans les expertises judiciaires et par l'administration fiscale ;

Mais considérant, en premier lieu, que les prix unitaires des prestations de la série centrale des prix sont reconnus supérieurs aux prix du marché par les professionnels ; que ce fait est connu des maîtres d'ouvrage publics et privés et explique que les cahiers des charges des clauses particulières de certains marchés faisant référence à la série centrale des prix prévoient des rabais sur les prix unitaires des prestations variant de 25 % à 40 % ; qu'en second lieu, en dépit des précautions prises par leurs auteurs, les prescriptions générales et communes de la série centrale des prix présentent un caractère directif, en ce qu'elles incitent à retenir les prix qu'elle présente notamment pour les soumissions de marchés de travaux ; qu'elles délimitent les relations contractuelles entre le maître d'ouvrage et l'entreprise ; que, de surcroît, la série centrale des prix constitue pour certains maîtres d'ouvrage publics et privés une référence essentielle pour fixer les prix des prestations prévues aux marchés ; que la série centrale des prix qui se réfère aux règles de l'art pour la réalisation des travaux immobiliers, et notamment des travaux de restauration, tend à définir des normes et non à décrire une réalité ; qu'ainsi la série centrale des prix est de nature à inciter chaque entreprise utilisatrice à se détourner d'une appréhension directe de ses propres coûts, pour fixer individuellement ses prix ; que le fait qu'une instruction de la Commission centrale des marchés autorise l'utilisation des séries de prix dans les marchés est sans portée sur la qualification de la série au regard du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, un avis de la Commission de la concurrence rendu en 1982 repris, dans ses dispositions essentielles, au rapport d'activité de la même année, rappelle que : *« Il existe en effet, au plan national, une quinzaine de séries de prix d'origine privée ou publique dont la plus connue est la série centrale de l'Académie d'architecture. Au plan local on en dénombre plusieurs centaines, élaborées le plus souvent par des instances professionnelles. Ce vaste réseau de données relatives aux prix du bâtiment est largement utilisé. De nombreux marchés publics s'y réfèrent directement (les marchés sur séries de prix). Par ailleurs les entreprises, même artisanales, disposent généralement de deux ou trois "listes de prix" et s'y réfèrent pour établir leurs devis ou factures correspondant à des travaux privés ou publics. L'informatisation de certaines séries de prix et la facilité d'accès à ces données pour un nombre croissant d'architectes ou d'entreprises du bâtiment sont de nature à renforcer cette utilisation. Or les séries de prix engendrent des inconvénients de même nature que ceux*

maintes fois dénoncés par la Commission technique des ententes et des positions dominantes puis par la Commission de la concurrence à l'égard des barèmes professionnels. En effet, "les prix figurant dans ces documents sont des prix théoriques, souvent surévalués et ayant trait à des prestations qui doivent être effectuées dans les meilleures règles de l'art. Ils ne correspondent pas nécessairement aux caractéristiques des travaux effectués par une entreprise donnée. Or dans la pratique, l'adaptation de ces documents aux particularités de l'entreprise et du marché n'est ni générale ni suffisante. Il en résulte des surcoûts non négligeables, de l'ordre de 20 à 30 % pour les marchés publics sur série malgré l'existence de rabais appliqués aux prix de référence de la série. Il est fréquent que celle-ci soit utilisée sans rabais dans les marchés privés. En outre, ces documents préétablis n'incitent pas les entreprises qui les utilisent à calculer leurs propres prix de revient, contrairement d'ailleurs aux dispositions des arrêtés du 31 mai 1960 et du 6 décembre 1968 qui font obligation aux entrepreneurs du bâtiment de porter à la connaissance des particuliers les principaux éléments du coût des travaux. De même, l'utilisation abusive des marchés publics sur séries de prix limite trop souvent la concurrence" ; » que l'usage de la série centrale des prix dans le cadre des expertises judiciaires et par l'administration fiscale ne saurait la soustraire aux critiques formulées ;

Considérant que l'Académie d'architecture fait, enfin, valoir que les logiciels informatiques Attou, Banks et Cythère, qu'elle propose également, offrent des facilités de manipulation, de modulation, d'adaptation et d'analyse des coûts pour les entreprises et singulièrement pour les PME ; que les entreprises peuvent entrer dans ces logiciels leurs données propres sur toutes les variables de la série ainsi que les descriptifs les plus précis des ouvrages et qu'elles disposent ainsi d'un outil performant pour optimiser leur gestion et la compétitivité de leurs prestations par la connaissance la plus fine de leurs coûts et prix de revient ;

Mais considérant que les logiciels informatiques conçus par l'Académie avec des professionnels du bâtiment reproduisent les données de la série centrale des prix ; que leur efficacité dépend étroitement de la possession de la ou des séries centrales des prix auxquels ils se rapportent ; que les prix unitaires fournis par ces logiciels sont calculés selon les mêmes méthodes que ceux de la série centrale éditée sur papier ; qu'ainsi la transposition de la série centrale des prix dans des logiciels informatiques ne modifie en rien son caractère au regard du droit de la concurrence ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que l'élaboration et la diffusion par l'Académie d'architecture de la série centrale des prix constituent une pratique qui a pour objet et a eu pour effet de restreindre la concurrence en détournant les entreprises de la détermination de leurs propres coûts de revient et en favorisant la hausse artificielle des prix ; que ces pratiques sont prohibées au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur l'application du 1 de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

Considérant que « Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques :

1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application » ;

Considérant que l'Académie d'architecture soutient que le fait d'avoir été reconnue association d'utilité publique par décret du 15 mai 1953 pris en conseil des ministres après avis du conseil d'Etat lui ferait obligation légale de publier la série centrale des prix ; qu'elle se réfère, à cet égard, aux articles 36 et 37 de ses statuts, approuvés par un arrêté ministériel du 22 novembre 1984, joints à ses observations ;

Mais considérant que l'élément de preuve produit par l'Académie d'architecture consiste en un document photocopié des articles 1^{er} à 19 des statuts directement suivis des articles 11 à 44 du règlement intérieur, qui sont présentés abusivement comme une suite d'articles

relevant des dispositions statutaires ; que les articles 36 et 37 mentionnés par l'Académie sont ceux du règlement intérieur, et non des statuts, lequel n'est pas soumis à l'approbation d'un arrêté ministériel ; que la série centrale des prix en tant que telle n'est pas mentionnée aux statuts ; que l'Académie d'architecture ne peut donc soutenir que les dispositions de ses statuts confèrent à la publication de la série centrale des prix le caractère d'une obligation légale ou réglementaire ; que les dispositions du 1 de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sont sans application en l'espèce ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant est de 10 MF. Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne, l'affichage dans les lieux qu'il indique et l'insertion de sa décision dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée* » ; qu'en application de l'article 22, alinéa 2, de la même ordonnance « *la commission permanente peut prononcer les mesures prévues à l'article 13, les sanctions infligées ne pouvant, toutefois, excéder 500 000 F pour chacun des auteurs des pratiques* » ;

Considérant que l'appréciation de la gravité des faits doit tenir compte de la notoriété et de l'autorité de l'Académie d'architecture qui confèrent à ses actions un caractère exemplaire et de l'ancienneté de la série centrale des prix ; que la pratique avait été dénoncée par la Commission de la concurrence dans un avis de 1982 ; que l'Académie ne pouvait donc ignorer que l'élaboration et la diffusion de la série centrale des prix constituaient une pratique anticoncurrentielle ;

Considérant que, pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de tenir compte du fait que la série centrale des prix est utilisée par de nombreuses entreprises et des maîtres d'ouvrages notamment publics ;

Considérant qu'en ce qui concerne les facultés contributives de l'Académie d'architecture, celle-ci a disposé en 1997, dernier exercice clos disponible, d'un montant de ressources de 4 736 650 F ; que le résultat net déficitaire enregistré s'élève à 993 218 F cette même année ; que les recettes tirées de la vente de la série centrale des prix ont fortement diminué ; que, compte tenu des éléments généraux et individuels ainsi appréciés, il y a lieu d'infliger à l'Académie d'architecture une sanction pécuniaire de 30 000 F,

Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que l'Académie d'architecture a enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Il est infligé à l'Académie d'architecture une sanction pécuniaire de 30 000 F.

Article 3

Il est enjoint à l'Académie d'architecture de ne plus diffuser de série de prix comportant des valeurs de référence intégrant des valeurs moyennes et des coefficients forfaitaires relatifs aux coûts de main-d'œuvre, de fournitures ou de matériaux, aux frais de chantiers et frais généraux, ainsi qu'une marge globale bénéficiaire dont le pourcentage est prédéterminé.

Délibéré, sur le rapport de Mme Bergaentzlé, par Mme Halgesteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général suppléant,

Jean-Claude Facchin

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 16

Décision n° 99-D-09 du Conseil de la concurrence en date du 2 février 1999 relative à la situation de la concurrence en matière de négoce des tubes en polychlorure de vinyle
NOR : ECOC9910087S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la décision du 14 mai 1996 par laquelle le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de la situation de la concurrence en matière de négoce des tubes en polychlorure de vinyle ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

Le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de la situation de la concurrence en matière de négoce des tubes en polychlorure de vinyle par une décision du 14 mai 1996. A la suite de cette décision, le président du Conseil de la concurrence a adressé une demande d'enquête complémentaire au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes afin de définir le rôle des négociants dans le secteur, notamment en ce qui concerne les modalités de fixation des prix, par les fabricants, des tubes en PVC. Le Conseil se prononce à la suite de l'instruction menée sur la base des éléments recueillis au cours de cette enquête.

I. - CONSTATATIONS

A. - Le secteur

1. Les produits

La résine de polychlorure de vinyle constitue la matière première nécessaire à la production des tubes, dont la fabrication a connu, depuis son origine au début des années 50, plusieurs innovations : fabrication de tubes en PVC allégés (1969), amélioration de la réaction au feu (1977), mise au point de tubes cellulaires et à paroi alvéolée (1980) et de tubes surchlorés pour la distribution d'eau chaude et, plus récemment, programmes de mise en œuvre de produits recyclables.

Les tubes en PVC se distinguent par leur diamètre extérieur exprimé en millimètres, leur épaisseur, la pression nominale supportée, exprimée en bars, et leur longueur, exprimée en mètres linéaires. Les normes françaises définissent les spécifications minimales

dimensionnelles et fonctionnelles applicables aux canalisations en PVC : ce sont respectivement la marque NF, déposée auprès de l'AFNOR, la certification ATEC (avis technique) délivrée par le CSTB (Centre scientifique et technique du bâtiment) et l'agrément SP (service public) délivré par l'administration. En outre, des documents techniques unifiés (DTU) et des cahiers des clauses techniques (CCT) s'appliquent à la mise en œuvre des différentes sortes de canalisations.

Ces produits sont principalement utilisés dans le bâtiment, l'assainissement, l'adduction d'eau potable, l'irrigation et la protection de câbles. Les utilisateurs choisissent un produit en fonction de ses caractéristiques techniques : sa résistance à l'écrasement, aux chocs et au feu, son diamètre extérieur, son épaisseur, sa pression nominale, sa longueur, ainsi que sa correspondance à certaines normes, certifications ou agréments. Ces différents produits présentent des caractéristiques propres qui rendent chacun d'eux plus particulièrement adapté à certaines contraintes d'utilisation et ne sont pas substituables entre eux.

2. Les intervenants du secteur

Il existe des évolutions contrastées entre les divers segments du secteur des canalisations en PVC : de 1989 à 1992, la baisse de la demande en provenance du bâtiment et de l'agriculture a été compensée dans une certaine mesure par les utilisations nouvelles, notamment pour l'assainissement.

a) La demande :

La demande de canalisations en PVC est le fait des distributeurs et des utilisateurs finals. La profession distingue parmi les distributeurs : les grands négociants spécialisés, les négociants en matériaux de construction, les « *négociants en travaux publics* », les négociants du secteur plomberie-sanitaire et les grandes surfaces de bricolage. L'ensemble des négociants représenterait, selon le Syndicat des tubes et raccords en PVC (STR-PVC), la totalité des ventes en tubes pour le bâtiment, l'adduction d'eau potable et l'irrigation, ainsi que les deux tiers des ventes en tubes pour l'assainissement.

Les négociants spécialisés les plus importants sont au nombre de cinq et disposent d'une puissance d'achat importante en face des fabricants. Parmi les négociants spécialisés figurent notamment la société Frans Bonhomme, qui a réalisé un chiffre d'affaires de 1,7 milliard de francs en 1996, la société Pum Plastiques, dont le chiffre d'affaires est de 520 millions de francs en 1996 et qui est une filiale du groupe Pum, le groupe Descours & Cabaud, dont le chiffre d'affaires est de 9 milliards de francs en 1996, la société Brossette BTI, dont le chiffre d'affaires est de 3,4 milliards de francs en 1996, et le groupe régional Hursin, dont la filiale CPIB a réalisé un chiffre d'affaires de 70 millions de francs en 1995. Les tubes en PVC ne représentent qu'un très faible montant du chiffre d'affaires des négociants spécialisés. Ces négociants réalisent 35 % des ventes de tubes pour le bâtiment, l'adduction d'eau potable et l'irrigation, ainsi que 35 % des ventes de tubes pour l'assainissement.

Les négociants en matériaux de construction relèvent de grands groupes généralistes, qui négocient leurs conditions de base au niveau national, mais laissent leurs succursales régionales traiter des conditions particulières, comme la filiale du groupe Poliet, Point P, qui est le plus important adhérent de la Fédération française du négoce des matériaux de construction. Ces négociants réalisent 50 % des ventes de tubes pour le bâtiment, l'adduction d'eau potable et l'irrigation, ainsi que, globalement, associés aux négociants en plomberie-sanitaire, 30 % des ventes de tubes pour l'assainissement.

Les négociants en plomberie-sanitaire sont soit des sociétés commerciales de taille nationale, soit des groupements d'achat réunissant des négociants de moindre importance. Les grandes surfaces spécialisées de bricolage (Bricorama, Castorama, Leroy-Merlin) se fournissent à différents stades du circuit de distribution. Ces négociants réalisent 15 % des ventes de tubes pour le bâtiment, l'adduction d'eau potable et l'irrigation.

Enfin, les négociants en « *travaux publics* » sont souvent liés aux entreprises de pose ou aux maîtres d'œuvre.

Les utilisateurs finaux se divisent en deux grandes catégories : les entreprises du bâtiment et des travaux publics qui posent des canalisations en PVC et se fournissent généralement auprès des négociants, plus rarement auprès des fabricants (les ventes directes représentent 35 % des ventes en tubes pour l'assainissement), et les entreprises publiques, la SNCF, EDF-GDF et surtout France Télécom.

b) L'offre :

La structure de l'offre est relativement concentrée. Six fabricants, Alphacan, Pipelife France et sa filiale France Tube, Seperef, Sotra Industries, Wavin et Réhau Tubes produisent plus de 75 % en volume des tubes en PVC vendus en France. De plus, dix à quinze entreprises présentes dans d'autres secteurs industriels produiraient des tubes en PVC à titre accessoire.

Les ventes totales de tubes en PVC sont de l'ordre de 160 000 à 180 000 tonnes par an en France, dont 43 % pour le bâtiment, 24 % pour l'assainissement, 18 % pour l'adduction d'eau potable et l'irrigation (« *pression* ») et 8 % pour la protection de câbles. Ces chiffres sont exprimés en « *tonnes équivalent compact* » (TEC), car les canalisations produites présentent des densités différentes. Il existe une incertitude sur l'estimation de la production des fabricants n'appartenant pas au syndicat professionnel, le Syndicat des tubes et raccords en PVC (STR-PVC), qui peut être estimée entre 7 % et 13 % du total. Les importations représentent approximativement 20 % de la totalité des ventes de tubes en PVC.

Ces incertitudes sont liées d'abord au nombre d'intervenants et, également, à la qualité des informations recensées. En effet, en raison de la facilité d'accès aux techniques de fabrication de ces tubes, il existe de nombreux fabricants de tuyaux qui exercent cette activité à titre accessoire et dont la production n'est pas recensée avec précision. De plus, les rubriques des statistiques douanières (codes 39172310 et 39172399) sont très générales et n'établissent pas de distinction en fonction des applications et de l'utilisation des canalisations.

Les importations sont en hausse constante depuis quelques années. En provenance principalement d'Allemagne, d'Italie et du Benelux, ces importations se répartissent comme suit : 49 % pour le bâtiment, 24 % pour l'assainissement, 19 % pour l'adduction d'eau potable et l'irrigation et 5 % pour la protection de câbles. Elles sont le fait des négociants eux-mêmes (Frans Bonhomme) ou d'agents d'import-export, comme Interplast, entreprise située à Monaco, qui revend aux négociants. Les négociants considèrent que les produits d'importation, qui auraient représenté, selon le STR-PVC, 37 millions de tonnes en 1996 contre 18 à 20 millions de tonnes entre 1990 et 1992, sont, en général, de qualité inférieure et ne correspondent pas aux normes françaises.

B. - Les pratiques constatées

D'une façon générale, les négociants fixent leur tarif sur la base de ceux édités par chacun des fournisseurs en les affectant d'un fort coefficient multiplicateur pour ensuite procéder eux-mêmes à d'importantes remises à leur clientèle.

Ainsi, la société Descours et Cabaud a communiqué différentes éditions de ses tarifs de 1990 à 1995, qui révèlent que les prix de ces derniers sont déterminés à partir de ceux de ses fournisseurs, notamment Alphacan, prix affectés d'un coefficient multiplicateur constant, au sein de chaque famille de produits. Au cours de la période, ces coefficients ont connu une évolution contrastée, à mettre en parallèle avec l'évolution des remises accordées par la société Alphacan. Ainsi, l'augmentation de 17 % en valeur du coefficient sur les tubes « *pression* » (de 1,895 à 2,23) de la société Descours et Cabaud en 1992 correspond au taux cumulé des augmentations de prix par reprise de points auxquelles ont procédé les fournisseurs depuis l'édition du précédent tarif (7 % en septembre 1990, 5 % en octobre 1990

et 5 % en juin 1991). Il en est de même pour 1993, cependant que des évolutions très contrastées apparaissent à partir de 1994. Quant à la marge commerciale globale, elle a, compte tenu des remises importantes accordées à la clientèle, connu une baisse tendancielle continue depuis 1991. Cette même logique est suivie par le groupe Brossette pour la détermination de ses tarifs.

Le responsable de l'activité « plastiques » du groupe Pum a indiqué que la détermination des prix de revente, sur la base du prix-tarif fournisseur, tenait compte de plusieurs paramètres, notamment les niveaux de prix pratiqués par les autres fabricants et ses propres critères de gestion, comme le taux de rotation des stocks de chaque article. En outre, il résulte des tableaux communiqués par la société Pum Plastiques que, si l'indice d'évolution du tarif fournisseur progresse lors des hausses de prix effectuées par les fabricants de tubes, dans des proportions qui correspondent généralement aux taux de hausse, en revanche, l'indice d'évolution du prix d'achat moyen pondéré des tubes par la société Pum Plastiques ne reflète que très rarement une évolution parallèle des prix d'achat effectifs, qui restent dans de nombreux cas sur une tendance baissière.

Aucun élément recueilli n'a permis de relever que les négociants auraient sollicité de leurs fournisseurs des hausses, afin d'augmenter leur chiffre d'affaires et leur marge. En revanche, le compte rendu de la réunion du 18 mai 1995 de la commission chargée des relations avec les producteurs au sein de la Fédération française du négoce des matériaux de construction indique : « *Répercussion des hausses consécutives aux prix des matières premières (produits PVC). Le négoce rencontre des difficultés pour répercuter sur ses clients les augmentations importantes et brutales des produits. La question sera abordée avec les industriels.* »

En outre, tous les négociants entendus ont indiqué suivre eux-mêmes l'évolution des cours de la résine en PVC, ainsi que l'évolution du prix des tubes qu'ils ont estimée conforme aux variations des cours de celle-ci.

L'instruction n'a pas apporté d'éléments permettant d'établir que les négociants de tubes en PVC auraient fait pression sur les fabricants pour obtenir des augmentations au moyen de hausses de tarif plutôt que par des réductions des taux de remises consentis. Les négociants ont indiqué qu'ils représentaient, chacun, une part trop faible des ventes des fabricants, pour avoir une influence notable sur les conditions et modalités choisies par ces derniers pour effectuer des hausses de prix.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur les pratiques constatées :

Considérant qu'aucun élément n'a permis de prouver que les négociants de tubes en PVC auraient participé à une éventuelle entente tendant à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché des tubes en PVC ; qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi que les négociants de tubes en PVC aient mis en œuvre des pratiques prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'il convient, en conséquence, de faire application de l'article 20 de l'ordonnance,

Décide :

Article unique

Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de M. Bernard Lavergne, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

*Le rapporteur général suppléant,
Jean-Claude Facchin
La présidente,*

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 17

**Décision n° 99-D-10 du Conseil de la concurrence en date du 2 février 1999
sur la situation de la concurrence dans le secteur des tubes en polychlorure de vinyle
NOR : ECOC9910088S**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 29 novembre 1993 sous le numéro F 635, par laquelle le ministre de l'économie et des finances a saisi le Conseil de la concurrence de la situation de la concurrence dans le secteur des tubes en polychlorure de vinyle ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la décision n° 96-D-30 du 14 mai 1996 concernant la situation de la concurrence sur le marché des tubes en polychlorure de vinyle par laquelle le Conseil de la concurrence a décidé de surseoir à statuer en vue de procéder à un complément d'instruction ;

Vu la décision n° 94-DSA-10 du 2 décembre 1994 du président du Conseil de la concurrence ;

Vu les observations présentées par les sociétés Alphacan, Wavin, Sotra industries et Seperef, et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Alphacan, Wavin, Sotra industries et Seperef entendus, la société Sabla ayant été régulièrement convoquée,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés.

Dans sa décision n° 96-D-30 du 14 mai 1996, le Conseil de la concurrence a décidé de surseoir à statuer en vue de procéder à un complément d'instruction. A la suite de cette décision, le rapporteur a établi une demande d'enquête complémentaire afin de vérifier les arguments des parties et de définir le rôle des négociants de tubes en PVC dans le secteur. Cette demande a été transmise par le président du Conseil de la concurrence au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Le Conseil se prononce à la suite de l'instruction menée sur la base des éléments recueillis lors de l'enquête initiale et de cette enquête complémentaire.

I. - CONSTATATIONS

A. - Le secteur

1. Les produits

La résine de polychlorure de vinyle constitue la matière première nécessaire à la production des tubes, dont la fabrication a connu, depuis son origine au début des années 50, plusieurs innovations : fabrication de tubes en PVC allégés (1969), amélioration de la réaction au feu (1977), mise au point de tubes cellulaires et à paroi alvéolée (1980) et de tubes surchlorés pour la distribution d'eau chaude et, plus récemment, programmes de mise en œuvre de produits recyclables.

Les tubes en PVC se distinguent par leur diamètre extérieur exprimé en millimètres, leur épaisseur, la pression nominale supportée, exprimée en bars, et leur longueur, exprimée en

mètres linéaires. Les normes françaises définissent les spécifications minimales dimensionnelles et fonctionnelles applicables aux canalisations en PVC : ce sont respectivement la marque NF, déposée auprès de l'AFNOR, la certification ATEC (avis technique) délivrée par le CSTB (Centre scientifique et technique du bâtiment) et l'agrément SP (service public) délivré par l'administration. En outre, des documents techniques unifiés (DTU) et des cahiers des clauses techniques (CCT) s'appliquent à la mise en œuvre des différentes sortes de canalisations.

Ces produits sont principalement utilisés dans le bâtiment, l'assainissement, l'adduction d'eau potable, l'irrigation et la protection de câbles. Les utilisateurs choisissent un produit en fonction de ces caractéristiques techniques : sa résistance à l'écrasement, aux chocs et au feu, son diamètre extérieur, son épaisseur, sa pression nominale et sa longueur, ainsi que sa correspondance à certaines normes, certifications ou agréments. Ces différents produits ne sont pas substituables entre eux car ils présentent des caractéristiques propres qui rendent chacun d'eux plus particulièrement adapté à certaines contraintes d'utilisation.

2. Les intervenants du secteur

Il existe des évolutions contrastées entre les divers segments du secteur des canalisations en PVC : de 1989 à 1992, la baisse de la demande en provenance du bâtiment et de l'agriculture a été compensée dans une certaine mesure par les utilisations nouvelles des tubes en PVC pour l'assainissement.

a) La demande :

La demande de canalisations en PVC est le fait des distributeurs et des utilisateurs finaux. La profession distingue parmi les distributeurs : les grands négociants spécialisés, les négociants en matériaux de construction, les « *négociants en travaux publics* », les négociants du secteur plomberie-sanitaire et les grandes surfaces de bricolage. L'ensemble des négociants représenterait, selon le Syndicat des tubes et raccords en PVC (STR-PVC), la totalité des ventes en tubes pour le bâtiment, l'adduction d'eau potable et l'irrigation, ainsi que les deux tiers des ventes en tubes pour l'assainissement.

Les négociants spécialisés les plus importants, parmi lesquels figurent les sociétés Frans Bonhomme, Pum Plastiques, le groupe Descours & Cabaud et la société Brossette BTI, sont au nombre de cinq et disposent d'une puissance d'achat importante auprès des fabricants. Les tubes en PVC ne représentent qu'un très faible montant de leur chiffre d'affaires. Ils réalisent 35 % des ventes de tubes pour le bâtiment, l'adduction d'eau potable et l'irrigation, ainsi que 35 % des ventes de tubes pour l'assainissement.

Les négociants en matériaux de construction relèvent de grands groupes généralistes, qui négocient leurs conditions de base au niveau national, mais laissent leurs succursales régionales traiter des conditions particulières. Ils réalisent 50 % des ventes de tubes pour le bâtiment, l'adduction d'eau potable et l'irrigation, ainsi que, globalement, 30 % des ventes de tubes pour l'assainissement, associés aux négociants en plomberie sanitaire.

Les négociants en plomberie sanitaire sont soit des sociétés commerciales de taille nationale, soit des groupements d'achat réunissant des négociants de moindre importance. Ils réalisent 15 % des ventes de tubes pour le bâtiment, l'adduction d'eau potable et l'irrigation.

Enfin, les négociants en « *travaux publics* » sont souvent liés aux entreprises de pose ou aux maîtres d'œuvre.

Les utilisateurs finaux se divisent en deux grandes catégories : les entreprises du BTP qui posent des canalisations en PVC et se fournissent généralement auprès des négociants, plus rarement auprès des fabricants (les ventes directes représentent 35 % des ventes en tubes pour l'assainissement), et les entreprises publiques, la SNCF, EDF-GDF et surtout France Télécom.

b) L'offre :

La structure de l'offre est relativement concentrée. Six fabricants, Alphacan, Pipelife France et sa filiale France Tube, Seperef, Sotra Industries, Wavin et Réhau Tubes produisent plus de 75 % en volume des tubes en PVC vendus en France. De plus, dix à quinze entreprises présentes dans d'autres secteurs industriels produiraient des tubes en PVC à titre accessoire.

Les ventes totales de tubes en PVC sont de l'ordre de 160 000 à 180 000 tonnes par an en France, dont 43 % pour le bâtiment, 24 % pour l'assainissement, 18 % pour l'adduction d'eau potable et l'irrigation (« *pression* »), et 8 % pour la protection des câbles. Ces chiffres sont exprimés en « *tonnes équivalent compact* » (TEC), car les canalisations produites présentent des densités différentes. Il existe une incertitude sur l'estimation de la production des fabricants n'appartenant pas au syndicat professionnel, le Syndicat des tubes et raccords en PVC (STR-PVC), qui peut être estimée entre 7 % et 13 % du total. Les importations représentent approximativement 20 % de la totalité des ventes.

Ces incertitudes sont liées d'abord au nombre d'intervenants et, également, à la qualité des informations recensées. En effet, en raison de la facilité d'accès aux techniques de fabrication de ces tubes, il existe de nombreux fabricants de tuyaux qui exercent cette activité à titre accessoire et dont la production n'est pas recensée avec précision. De plus, les rubriques des statistiques douanières (codes 39172310 et 39172399) sont très générales et ne distinguent pas selon les applications et l'utilisation des canalisations.

Les importations sont en hausse constante depuis quelques années. En provenance principalement d'Allemagne, d'Italie et du Benelux, ces importations se répartissent comme suit : 49 % pour le bâtiment, 24 % pour l'assainissement, 19 % pour l'adduction d'eau potable et l'irrigation et 5 % pour la protection de câbles. Elles sont le fait des négociants eux-mêmes (Frans Bonhomme) ou d'agents d'import-export, comme Interplast, entreprise située à Monaco qui revend aux négociants. Les négociants considèrent que les produits d'importation qui auraient représenté, selon le STR-PVC, 37 millions de tonnes en 1996 contre 18 à 20 millions de tonnes entre 1990 et 1992, sont, en général, de qualité inférieure et ne correspondent pas aux normes françaises.

Cinq des six fabricants principaux (Alphacan, Wavin, Pipelife France avec sa filiale France Tube, Sotra Industries et, plus récemment, la société Seperef) sont intégrés en amont de la filière PVC dans de grands groupes pétrochimiques européens. La société Alphacan, filiale de second rang d'Elf Aquitaine et « *leader historique* », est issue de la fusion de trois fabricants de tubes plastiques, Armosig, Sogean et Euromat. La société Wavin est une filiale de la Royal Dutch-Shell. Les sociétés Seperef et Sotra Industries sont intégrées au groupe Tessenderlo Chemie. Le groupe Pipelife, constitué par France Tube et par l'ancienne société Oltmanns, est une filiale des sociétés Solvay et Winnerberger. Enfin, la société Réhau Tubes, filiale d'une entreprise familiale allemande, est indépendante à l'égard des producteurs de résine de PVC.

Neuf entreprises sont regroupées au sein du Syndicat des tubes et raccords en PVC (STR-PVC), qui a pour objet la défense et la promotion des produits fabriqués par ses adhérents. Ce sont les entreprises Alphacan, Pipelife France et sa filiale France Tube, Seperef, Sotra industries et Wavin, ainsi que trois fabricants de raccords, Nicoll, Girpi et George Fisher. La société Réhau Tubes n'a jamais compté parmi les membres de cette organisation professionnelle qui adhère aux autres organisations professionnelles de l'industrie des matières plastiques.

B. - Les pratiques constatées

Les sociétés Alphacan, Wavin et Téri, Sotra industries et Seperef réalisent à elles seules 89 % des ventes (respectivement 38 %, 30 %, 11 % et 10 %) des tubes en PVC, produits peu différenciés.

A l'exception de France Tube, tous les fabricants de tubes en PVC ont diffusé un tarif

général, très éloigné des prix effectivement pratiqués, qui a constitué la base publique de leur tarification, mise à jour annuellement. Les prix réellement pratiqués ont été nettement inférieurs à ces tarifs car des remises d'un taux élevé (jusqu'à 77 %) ont été systématiquement accordées aux clients, à l'issue de négociations bilatérales.

La structure similaire des tarifs des producteurs de tubes en PVC membres du STR-PVC (anciennement SNFTRPVCR) a permis aux fabricants, malgré la diversification des gammes de tubes composites, de calculer facilement les prix réellement pratiqués par leurs concurrents à partir des tarifs et des taux de remise. Ainsi, les tableaux intitulés « *Comparaison des tarifs Sotra et Alphacan* » en provenance de la société Alphacan comportent des colonnes « *Remises équivalent Sotra* » et « *Remises équivalent Alphacan* » permettant d'établir des concordances de tarifs.

Les sociétés Alphacan, Wavin, Sotra industries et Seperef ont procédé à six hausses de tarifs sur la période de septembre 1990 à janvier 1993. Ces hausses présentent une identité de taux, une proximité des dates d'annonce et d'entrée en vigueur, une similitude de modalités d'application et de justifications.

Hausses des six fabricants de tubes en PVC

	ALPHACAN	WAVIN	TÉRI	SOTRA	SEPEREF	RÉHAU
Hausse de septembre 1990						
Taux	7 %	7 %	7 %	7 %	7 %	Pas de
Date d'annonce	27 août 1990	29 août 1990	29 août 1990	31 août 1990	31 août 1990	circulaire
Date d'application	3 septembre 1990	3 septembre 1990	3 septembre 1990	7 septembre 1990	5 septembre 1990	
Hausse d'octobre 1990						
Taux	5 %	5 %	5 %	5 %	5 %	5 %
Date d'annonce	24 septembre 1990	27 septembre 1990	27 septembre 1990	1 ^{er} octobre 1990	28 septembre 1990	9 octobre 1990
Date d'application	1 ^{er} octobre 1990	1 ^{er} octobre 1990	1 ^{er} octobre 1990	8 octobre 1990	8 octobre 1990	19 novembre 1990
Hausse de juin 1991						
Taux	5 %	5 %	5 %	5 %	5 %	Pas de
Date d'annonce	3 juin 1991	10 juin 1991	10 juin 1991	10 juin 1991	12 juin 1991	circulaire
Date d'application	17 juin 1991	24 juin 1991	24 juin 1991	24 juin 1991	19 juin 1991	
Hausse de janvier 1992						
Taux	7 %	7 %	7 %	7 %	7 %	7 %

Date d'annonce	16 décembre 1991	27 décembre 1991	27 décembre 1991	27 décembre 1991	10 janvier 1992	29 janvier 1992
Date d'application	1 ^{er} février 1992	1 ^{er} février 1992	1 ^{er} février 1992	20 janvier 1992	3 février 1992	15 février 1992
Hausse de mars 1992						
Taux	10 %	10 %	10 %	10 %	10 %	Pas de
Date d'annonce	20 février 1992	25 février 1992	25 février 1992	14 février 1992	27 février 1992	circulaire
Date d'application	1 ^{er} mars 1992	1 ^{er} mars 1992	1 ^{er} mars 1992	2 mars 1992	5 mars 1992	
Hausse de janvier 1993						
Taux	10 %	10 %	10 %	10 %	10 %	Pas de
Date d'annonce	17 décembre 1992	23 décembre 1992	23 décembre 1992	4 janvier 1993	28 décembre 1992	circulaire
Date d'application	4 janvier 1993	4 janvier 1993	28 décembre 1992	11 janvier 1993	4 janvier 1993	

Les hausses de 7 % décidées en septembre 1990 ont été appliquées, en ce qui concerne les sociétés Alphacan, Téri, Wavin et Sotra industries, sous la forme d'une hausse des tarifs et, pour la société Seperef, sous la forme d'une baisse des remises accordées. Celles qui ont suivi ont été uniquement effectuées au moyen de hausses linéaires de tarifs. A l'exception de la hausse de février 1992, la société Alphacan a toujours été la première à annoncer les augmentations de tarif et elle a toujours été suivie, d'abord par Wavin, puis par Sotra Industries ou Seperef.

Ces hausses parallèles de tarifs ne s'expliquent pas exclusivement par l'évolution du prix de la résine de PVC, qui présente des variations dans chacune des entreprises considérées du fait de la diversité des sources d'approvisionnement des fabricants, même si les prix tendent à évoluer de manière parallèle. Les prix moyens d'achats de résine ont baissé, de 1990 à 1992, de 5,10 à 3,87 F/kg pour Alphacan, de 4,96 à 3,76 F/kg pour Wavin et Téri, de 4,85 à 3,92 F/kg pour Sotra industries et de 5,02 à 3,65 F/kg pour Seperef. Les producteurs de résine sont souvent les mêmes pour tous les fabricants, mais ils les approvisionnent en proportion différente. Elf Atochem a fourni 84 % et Shell 5 % des besoins d'Alphacan. Elf Atochem a fourni 8 % et Shell 75 % des besoins de Wavin. Enfin, Sotra industries a eu pour principal fournisseur LVM, et Seperef s'est procuré 72 % de ses matières premières chez Solvay et 5 % chez Shell.

Aucune diminution de tarif n'a été appliquée par les fabricants lors de la baisse continue du prix de la résine du premier semestre 1991, bien que cette baisse ait été d'ampleur plus importante que les mouvements de hausse ultérieurs, dans une période, comme l'indique la société Wavin, de stabilité relative des coûts de main-d'œuvre et d'énergie.

Les fabricants de tubes en PVC ont des coûts de revient différents. La part de la résine dans les structures de coût des fabricants a évolué de 1990 à 1992, dans une proportion de 62,88 à 53,51 % pour Alphacan, de respectivement 76,10 % à 71,50 % et de 78,70 % à 76,70 % pour Wavin et Téri (tubes d'assainissement), de 75,90 % à 71,10 % pour Sotra

industries et de 66,68 % à 58,74 % pour Seperef. Dès lors, la répercussion automatique des augmentations de prix de la résine aurait dû conduire ces entreprises à pratiquer des taux de hausse différents.

Les parts de marché, en volume et en chiffre d'affaires, sont restées constantes entre fabricants de 1990 à 1992, à l'exception de celle d'Alphacan : la part de marché d'Alphacan passe de 41,09 à 37,64 %, en volume, et de 41,4 à 37,71 %, en chiffre d'affaires, celle de Wavin et Téri de 28,5 à 30,1 %, en volume, et de 28,2 à 29,6 %, en chiffre d'affaires, celle de Sotra industries, de 11,1 % à 11,28 %, en volume, et de 10,97 % à 11,22 %, et enfin celle de Seperef, de 10,06 à 10,6 %, en volume, et de 9,99 à 10,31 %, en chiffre d'affaires.

Le « *Flash activité* » de la direction régionale Sud-Est de la société Alphacan a signalé, le 5 janvier 1993, au lendemain de l'application d'une hausse parallèle de 10 % par Alphacan et Wavin : « *Hormis Réhau et Pipelife, toute la profession annonce la hausse des prix.* »

Par ailleurs, à la suite d'une sollicitation de la société Réhau tubes, souhaitant commercialiser des tubes coextrudés pour l'assainissement qu'elle ne fabriquait pas encore, le directeur général de la société Téri, a engagé un projet de relations commerciales avec cette société. Le rapport de visite au siège de la société Wavin, établi le 3 septembre 1992 par l'envoyé de Réhau, fait état d'éléments communiqués par Wavin et relatifs aux thèmes suivants : « - *organisation commerciale de Wavin (nombre et activités des vendeurs, évolution des ventes)* : - *remises particulières accordées à des clients, raccords* ; - *prix de vente moyen au kilogramme à une période donnée, (...)* ». Une télécopie de la société Téri au responsable du groupe Wavin a émis, en novembre 1992, l'opinion suivante : « *Réhau est d'accord avec ces conditions, y compris un droit de regard Wavin sur la politique de vente.*

INCONVENIENT : Nous mettons le pied à un concurrent. AVANTAGES : (...) Contrôle relatif d'un concurrent. Contribue à amener Réhau à adhérer au Syndicat Tubes et Raccord PVC ».

La société Sotra industries, troisième fabricant français, a annoncé la première une hausse de 10 % le 14 février 1992 (avec application au 2 mars), avant celle d'Alphacan (20 février 1992 avec effet au 1^{er} mars 1992), leur initiateur habituel, et moins d'un mois après une précédente hausse générale de prix. Un compte rendu, daté du 22 février 1992, d'une réunion commerciale de Sotra industries, qui s'est tenue le 20 février 1992, mentionne que, bien que la part de marché prévisionnelle de cette société ne soit pas atteinte, celle-ci attendait de cette hausse un regain de commandes.

Enfin, les saisies de documents qui ont eu lieu dans le cadre de l'instruction ont révélé une circulation rapide et intense des circulaires d'annonces des hausses entre les quatre principaux fabricants Alphacan, Wavin, Téri, Sotra industries et Seperef. Ainsi, il a été trouvé, parmi les pièces saisies auprès de la société Sotra industries, qui exerce subsidiairement une activité de négoce de tubes en polyéthylène en provenance exclusivement d'Alphacan, le tarif des tubes et gaines PVC Alphacan de février 1992, ainsi que des originaux de hausses de prix de Wavin. De même, ont été saisis auprès de la société Wavin des documents originaux relatifs à la hausse du prix des tubes en PVC et en polyéthylène (PE) de la société Alphacan. Enfin, ont été saisis auprès de la société Alphacan des copies du tarif général PVC de la société Téri et du tarif tubes PVC bâtiment de la société Wavin.

D'une façon générale, les négociants fixent leurs tarifs sur la base de tarifs édités par leurs fournisseurs en les affectant d'un coefficient multiplicateur élevé pour ensuite consentir eux-mêmes de fortes remises à leur clientèle.

Il résulte des différentes éditions de tarifs de 1990 à 1995 communiquées par la société Descours & Cabaud, négociant spécialisé, que les prix pratiqués par cette entreprise sont déterminés à partir de ceux de ses fournisseurs, notamment Alphacan, prix affectés d'un coefficient multiplicateur constant, au sein de chaque famille de produits. Toutefois, au cours de la période considérée, ces coefficients ont connu une évolution contrastée qui est à mettre en parallèle avec l'évolution des remises accordées par la société Alphacan. Ainsi,

l'augmentation de 17 % en valeur du coefficient sur les tubes « *pression* » (de 1,895 à 2,23) de la société Descours & Cabaud en 1992 correspond exactement au taux cumulé des augmentations de prix par reprise de points auxquelles ont procédé les fournisseurs depuis l'édition du précédent tarif (7 % en septembre 1990, 5 % en octobre 1990 et 5 % en juin 1991). Il en est de même pour 1993, cependant que des évolutions très contrastées apparaissent à partir de 1994. Quant à la marge commerciale globale, elle a, compte tenu des remises importantes accordées à la clientèle, connu une baisse tendancielle continue depuis 1991. Cette même logique est suivie par le groupe Brossette pour la détermination de ses tarifs.

Le responsable de l'activité « plastiques » du groupe Pum a indiqué que la détermination des prix de revente, sur la base du prix-tarif fournisseur, tenait compte de plusieurs paramètres, notamment les niveaux de prix pratiqués par les autres fabricants et ses propres critères de gestion, comme le taux de rotation des stocks de chaque article. En outre, il résulte des tableaux communiqués par la société Pum Plastiques que, si l'indice d'évolution du tarif fournisseur progresse lors des hausses de prix effectuées par les fabricants de tubes, dans des proportions qui correspondent généralement aux taux de hausse, en revanche, l'indice d'évolution du prix d'achat moyen pondéré des tubes par la société Pum Plastiques ne reflète que très rarement une évolution parallèle des prix d'achat effectifs, qui restent dans de nombreux cas sur une tendance baissière.

Le compte rendu de la réunion du 18 mai 1995 de la commission chargée des relations avec les producteurs au sein de la Fédération française du négoce des matériaux de construction indique : « *Répercussion des hausses consécutives aux prix des matières premières (produits PVC). Le négoce rencontre des difficultés pour répercuter sur ses clients les augmentations importantes et brutales des produits. La question sera abordée avec les industriels.* » De plus, un rapport de la direction des canalisations à usages généraux de la société Alphacan du 9 juin 1992 mentionne : « *Opposition du grand négoce à la mise en place de hausses* » et une instruction du directeur commercial de cette société à ses agences régionales précise, à la suite de l'augmentation tarifaire du 4 janvier 1993 : « *Montrez-vous fermes dans l'application de cette hausse, nous n'avons pas le choix (...). Vous allez sûrement avoir à faire face, dans certains cas, à un refus du négoce. N'acceptez pas cette prise de position.* »

Tous les négociants entendus ont indiqué suivre eux-mêmes l'évolution des cours de la résine en PVC, ainsi que l'évolution du prix des tubes qu'ils ont estimée conforme aux variations des cours de celle-ci, et déclaré qu'ils représentaient chacun une part trop faible des ventes des fabricants pour exercer une influence notable sur les conditions et les modalités choisies par ces derniers pour effectuer des hausses de prix.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Considérant qu'il convient, au vu des éléments recueillis dans le cadre du complément d'instruction auquel il a été procédé à la suite de la décision de sursis à statuer n° 96-D-30 du 14 mai 1996 prise par le Conseil, ainsi que de l'ensemble du dossier, d'analyser les pratiques relevées à la charge des sociétés Alphacan, Wavin, Téri, Sotra industries et Seperef, afin de déterminer si ces pratiques tombent sous le coup des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que les sociétés Alphacan, Wavin, Téri, Sotra industries et Seperef ont procédé à six hausses de tarifs sur la période de septembre 1990 à janvier 1993, présentant une identité de taux, une proximité des dates d'annonce et de mise en vigueur et une similitude des modalités d'application - par le choix d'une hausse des tarifs de base, et non pas une baisse des remises accordées - ainsi qu'une similitude des justifications données, les

fabricants attribuant ces hausses, d'une part, à la variation du prix de la résine et, d'autre part, à la reconstitution de leurs marges ;

Considérant que la constatation d'un parallélisme de comportements ne suffit pas à elle seule à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle, ce parallélisme pouvant résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché ; qu'il est nécessaire, pour établir l'existence d'une telle entente, que des éléments autres que la constatation du seul parallélisme de comportements se joignent à ce dernier pour constituer avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants ;

Considérant que les justifications des hausses de tarifs formulées par les fabricants de tubes en PVC, liées à l'évolution du prix de la résine, se révèlent partiellement inexactes ; qu'en effet, si la comparaison des prix d'achat de la résine montre que ceux-ci ont évolué globalement de manière parallèle, même si leur niveau respectif est sensiblement inégal en raison de la diversité d'approvisionnement des fabricants de tubes en PVC, toutefois, la part du coût de revient de la résine dans le coût de revient total des fabricants diffère selon les entreprises et ne saurait entraîner une similitude de hausses tarifaires ; que ces écarts de coût ne peuvent être imputés aux seules méthodes comptables utilisées ; qu'au surplus, il a été constaté que, lorsque le prix de la résine a baissé au cours du premier semestre 1991, aucune de ces entreprises n'a répercuté cette baisse dans ses tarifs ; que, toutefois, l'existence d'une entente tacite ou d'un échange d'informations anticoncurrentiel n'est pas pour autant démontrée par ce seul élément ;

Considérant que l'évolution parallèle des tarifs des sociétés Alphacan, Wavin, Téri, Sotra industries et Seperef peut s'expliquer par le mécanisme de hausse des tarifs par les fabricants, qui comporte deux étapes : une date d'annonce et une date de mise en vigueur des tarifs ; que ce mécanisme permet en effet à chacun d'eux d'être informé des annonces faites par les autres ; que les dates d'annonce des six hausses tarifaires successives n'étaient d'ailleurs pas identiques ; que, si la société Sotra industries, qui est le troisième fabricant national, a, après une augmentation de 7 % annoncée le 27 décembre 1991, pris l'initiative d'annoncer, le 14 février 1992, une hausse tarifaire de 10 %, avant l'annonce de la société Alphacan, le 20 février 1992, celles des sociétés Wavin et Téri, le 25 février 1992 et, enfin, celle de la société Seperef, le 27 février 1992, la date d'application de cette hausse de tarif a été fixée par la société Sotra industries au 2 mars 1992, alors que celles des hausses prévues par les sociétés Alphacan, Wavin et Téri a été fixée au 1^{er} mars 1992 ; qu'ainsi ces augmentations peuvent résulter d'une simple anticipation permise par la transparence du marché et d'un comportement d'alignement, conduisant de manière systématique, mais non prohibée, à une hausse des tarifs concurrents ; qu'en outre l'information des fabricants sur les annonces de hausses tarifaires de leurs concurrents a pu être renforcée par la transparence introduite par les négociants spécialisés, dont les prix sont déterminés en grande partie à partir de ceux de leurs fournisseurs ; que, de plus, la manière dont ont évolué les tarifs des fabricants ne reflète que très rarement une évolution parallèle des prix d'achat effectifs des négociants, ces prix restant orientés dans de nombreux cas à la baisse, comme le montrent les tableaux communiqués par la société Pum Plastiques, en raison des négociations permanentes entre les négociants et leurs fournisseurs, alors que les ventes globales en volume étaient elles-mêmes en forte régression (- 17,9 %) ;

Considérant que, si la présence de documents de concurrents dans les entreprises Alphacan, Wavin, Téri et Sotra industries montre que ces dernières ont communiqué des informations sur leurs tarifs publics, aucun élément ne permet d'établir que ces informations auraient été échangées préalablement à la date d'entrée en vigueur de ces tarifs ou même à la date où a été prise la décision de les modifier ; que, du reste, l'instruction a révélé que certains fabricants disposent et diffusent des références de fabricants concurrents, pour lesquels ils interviennent comme négociants ; que, dès lors, la présence de ces tarifs peut s'expliquer par

la recherche, de la part des services commerciaux de ces entreprises, d'informations relatives à la politique de prix de leurs concurrents, qu'ils peuvent obtenir du marché et notamment de leurs clients négociants, destinataires des tarifs de l'ensemble des fabricants ;

Considérant qu'il résulte d'un compte rendu de visite de la société Réhau tubes que la société Wavin a communiqué à cette dernière des éléments sur son organisation commerciale et sur les remises particulières accordées à ses clients ; que cette communication faisait suite à une demande de la société Réhau tubes qui souhaitait commercialiser des tubes coextrudés pour l'assainissement qu'elle ne fabriquait pas encore, alors qu'elle était, par ailleurs, distributeur de raccords en assainissement produits par la société Wavin ; que, si une télécopie en provenance de la société Téri, filiale de la société Wavin, mentionne que cette nouvelle collaboration permettrait d'exercer le « *contrôle relatif d'un concurrent* », la tentative de rapprochement n'a pas eu de suite, comme l'a indiqué la société Wavin ; qu'en l'absence d'autres indices graves, précis et concordants, la seule communication par la société Wavin à la société Réhau tubes des informations susvisées ne permet pas d'établir l'existence d'une entente tacite ou d'un échange d'informations anticoncurrentiel ;

Considérant qu'il n'est, dès lors, pas démontré que les six hausses de tarifs auxquelles ont procédé les sociétés Alphacan, Wavin et Téri, Sotra industries et Seperef sur la période de septembre 1990 à janvier 1993 ne résultent pas d'un simple parallélisme de comportements insuffisant à établir l'existence d'une entente anticoncurrentielle, fût-elle tacite, prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

Décide :

Article unique

Il n'est pas établi que les sociétés Alphacan, Wavin, Sotra industries et Seperef aient enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Délibéré, sur le rapport de M. Bernard Lavergne, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général suppléant,

Jean-Claude Facchin

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 18

Décision n° 99-D-11 du Conseil de la concurrence en date du 9 février 1999 relative à des pratiques relevées à l'occasion de travaux d'assainissement sur les communes de Toulouse et Lamasquère

NOR : ECOC9910110S

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 11 juin 1993, sous le numéro F 596, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques d'entente relevées à l'occasion de marchés de travaux d'assainissement sur les communes de Toulouse et Lamasquère ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés Socat, Sesen, Giesper, Sogea Sud-Ouest, Société auxiliaire d'entreprise, La Garonne, Cegelec, Ramos, Sopreco et Scam travaux publics ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Socat, Sese, Giesper, Sogea Sud-Ouest, Société auxiliaire d'entreprise, Cegelec, Sopreco et Scam travaux publics entendus, les sociétés La Garonne et Ramos ayant été régulièrement convoquées,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Les marchés

1. Le marché de Saint-Martin-du-Touch

Le conseil municipal de Toulouse a, par délibération du 29 juin 1990, décidé la réalisation, dans le cadre d'une opération d'aménagement de la ZAC de Saint-Martin-du-Touch, de collecteurs d'assainissement et d'eau pluviale. L'enveloppe financière de l'opération a été fixée à 21 millions de francs TTC. L'ensemble des travaux a été confié, dans le cadre d'une convention de mandat, à la Société d'équipement de Toulouse Midi-Pyrénées (Setomip), société d'économie mixte dont la ville de Toulouse est actionnaire, à laquelle l'aménagement de la ZAC devait être concédé. Pour réaliser plus rapidement les travaux, le maître d'ouvrage a décidé de diviser l'opération de construction des collecteurs primaires en quatre tranches. La Setomip a lancé, le 2 juillet 1990, quatre appels d'offres restreints auprès des trente-six entreprises figurant sur la liste des entreprises sélectionnées pour l'année 1990 pour des travaux d'assainissement dépassant 1 million de francs. La commission chargée de l'ouverture des plis s'est réunie le 1^{er} août 1990.

Pour chacun des quatre marchés, le groupement des sociétés Sogea Midi-Pyrénées, La Garonne, Devin Lemarchand (devenue ultérieurement Devin Lemarchand Environnement ou DLE), Copyca, Socat et Sopreco, auxquelles s'est jointe la société Roumegoux pour le seul quatrième marché, était moins-disant. Au total, ses offres s'élevaient à 19 076 029,68 F. Les offres suivantes étaient celles de trois groupements : celui des sociétés Giesper, Cegelec et Sese, celui des sociétés Sade, Pavéurs et Viafrance, et celui des sociétés Moter, Mortera et EPTR. Deux entreprises avaient déposé une offre pour chacun des quatre marchés : les sociétés Beugnet et Sogeba. Enfin, quatre entreprises avaient déposé une offre pour un seul marché : les sociétés Malet, Sotrap, Rigal et Bec.

Après correction des erreurs de calcul, les offres moins-disantes ont été retenues et les quatre marchés attribués au groupement composé par les sociétés Sogea Midi-Pyrénées, La Garonne, Devin Lemarchand, Copyca, Socat, Sopreco, auquel s'était jointe, pour le quatrième marché, l'entreprise Roumegoux ; les mandataires du groupement pour chaque tranche étaient différents. Le résultat de l'appel d'offres est le suivant :

	MANDATAIRE du groupement	MONTANT RECTIFIÉ des marchés (en F TTC)
1 ^{er} marché	Sogea Midi-Pyrénées	4 416 740,94
2 ^e marché	Copyca	3 983 507,36
3 ^e marché	Devin Lemarchand	5 430 779,66
4 ^e marché	La Garonne	5 178 601,84
Total	19 009 629,80	

2. Le marché de Lamasquère

La commune de Lamasquère a, après une première tranche relative à la réalisation d'une station communale d'épuration, lancé une seconde tranche visant à la construction du

collecteur des eaux usées reliant la commune à la station d'épuration. Un appel d'offres ouvert a été organisé, au rabais, par référence au bordereau de prix unitaires départemental établi par la direction départementale de l'équipement qui aboutissait à un détail estimatif des travaux de 693 617 F HT (822 629,76 F TTC). Avant l'ouverture des plis, le 5 septembre 1990, le maître d'œuvre a fait connaître son estimation du montant des travaux en considérant que les entreprises devaient proposer un rabais de 20 % par rapport au bordereau départemental.

Le classement des offres par ordre décroissant des rabais proposés est le suivant :

MONTANT HT (en francs)		RABAIS (en %)
1. STP	464 723,39	- 33
2. Ramos	492 468,07	- 29
3. Giesper	544 489,34	- 21,5
4. TNT	554 893,60	- 20
5. Devin-Sesen-Roumegoux	582 638,28	- 16
6. Cegelec	610 382,26	- 12
7. Sogea Midi-Pyrénées	611 770,19	- 11,8
8. Sogatrap	613 851,04	- 11,5
9. Sotrap	617 319,13	- 11
10. La Garonne	624 255,30	- 10
11. Sade	624 255,30	- 10
12. Culetto	624 255,30	- 10
13. Spie-Trindel	638 127,84	- 8
14. Cogetpb	645 063,81	- 7
15. Socoper	651 999,98	- 6
16. Sopreco	693 617,00	0
17. Scred	797 659,55	+ 15

Les sociétés STP et TNT ont été écartées par la commission en raison de l'insuffisance de leurs capacités techniques et humaines et les entreprises Giesper et Ramos se sont désistées de leurs offres la veille et le jour même de l'ouverture des plis. L'élimination des quatre entreprises ayant présenté des offres conformes aux estimations de l'administration a conduit la commission à déclarer l'appel d'offres infructueux.

A la suite de l'échec de cette consultation, six entreprises ont été consultées dans le cadre d'un marché négocié ; quatre d'entre elles avaient soumissionné à l'appel d'offres initial (Cegelec, Sogatrap, Sade, Cogetpb). La commission chargée de l'ouverture des plis a été convoquée le 3 octobre 1990, lendemain de la date limite de remise des offres par les entreprises. Leur classement, en fonction du rabais proposé par rapport au bordereau de prix départemental, s'établit comme suit :

	RABAIS proposé (en %)	RABAIS initial (1^{re} consultation)
1. Sogatrap	- 22	- 11,5

2. Cogetpb	- 20	- 7
3. Copyca	- 18,5	-
4. Laurière	- 18	-
5. Cegelec	- 18	- 12
6. Sade	- 16	- 10

La commission a décidé de retenir l'entreprise Sogatrap.

B. - Les pratiques constatées

1. Les marchés de la ZAC de Saint-Martin-du-Touch

A propos de l'élaboration en commun des études de prix par les membres du groupement qui devait se révéler moins-disant, M. Pascual, président du conseil d'administration de la société La Garonne, a déclaré : *« Nous avons étudié le dossier de consultation, ce qui nous a conduit à estimer que les travaux représentaient environ 200 journées de travail. En conséquence, notre entreprise ne pouvait pas répondre seule sur ces quatre marchés, ce qui était le cas de toutes les autres entreprises... A la suite de contacts avec des collègues, nous nous sommes réunis à six : Sogea, Socat, Copyca, Sopreco, Devin Lemarchand et nous-mêmes, chacun ayant apporté soit une étude, soit des éléments. A la suite des discussions et de simulations informatisées que nous avons effectuées, nous avons arrêté un bordereau de prix commun pour les quatre tranches. »* M. Averseng, président-directeur général de la SA Copyca, a déclaré : *« J'ai effectué mon étude de prix concernant le lot 2. Puis je l'ai confrontée avec mes collègues de manière à harmoniser nos prix en fonction de l'édition d'un bordereau unique pour les quatre lots... »* M. Albert, chef d'agence à Toulouse de l'entreprise Devin Lemarchand, a déclaré : *« J'ai fait une étude de prix détaillée pour les quatre tranches. Ensuite nous nous sommes réunis pour confronter nos études et arrêter notre prix de soumission. »* M. Baris, gérant de la SARL Socat, a déclaré : *« Après discussions entre plusieurs entreprises, nous avons décidé de former un groupement d'entreprises avec les sociétés : Sogea, Sopreco Copyca, La Garonne et Devin Lemarchand. Suite à cet accord, nous les six, avons étudié le marché tranche par tranche. »* M. Verdanne, directeur adjoint à la société Sogea Midi-Pyrénées, a déclaré : *« Le programme d'assainissement de Saint-Martin-du-Touch avait été divisé par le maître d'ouvrage en quatre tranches. Compte tenu de l'ampleur des travaux, des délais impartis pour les réaliser, de la technicité du chantier et des moyens à mobiliser, il m'est apparu opportun de rechercher des partenaires en vue de constituer un groupement. »*

A propos de la répartition des travaux entre les entreprises, M. Baris a déclaré pour la société Socat : *« Pour préparer la suite éventuelle, nous avons fait une répartition de l'ensemble des travaux, sur un plan financier, attribuant à chacun un montant de travaux de canalisations à poser. Pour Socat, par exemple, nous savions que nous interviendrions uniquement sur les deux premières tranches. Par ailleurs, nous avons choisi un mandataire pour chaque tranche. »* M. Averseng, de la société Copyca, a précisé : *« M'étant plus intéressé, en fonction de mes moyens, au lot n° 2 et prenant la responsabilité d'être mandataire pour ce lot avec comme partenaire pour réaliser les travaux de ce lot dans les délais impartis l'entreprise Sopreco, membre du groupement, j'ai effectué mon étude de prix concernant le lot n° 2. Puis je l'ai confrontée avec mes collègues de manière à harmoniser nos prix en fonction de l'édition d'un bordereau unique pour les quatre lots... »* M. Albert, pour la société Devin Lemarchand, a déclaré : *« La répartition grosso modo des parts de travaux s'est faite lors de la constitution du groupement. La traduction physique de cette répartition s'est faite après étude et avant la remise des offres. Le document entérinant la répartition n'a été signé que le 8 août 1990. »*

Un protocole d'accord a été signé le 8 août 1990, avant la publication des résultats de

l'appel d'offres, par les six entreprises qui allaient être désignées titulaires des quatre marchés, aux fins de procéder à une répartition financière globale du montant total des quatre marchés : « *Dans le but de rendre nos offres plus compétitives... les entreprises : Sogea, Copyca, La Garonne, Sopreco, Devin Lemarchand, Socat, représentées par MM. J. Verdanne, C. Averseng, M. Pascual, J. Petton, Albert, F. Baris, ont décidé de répondre conjoints et solidaires sur la base d'une répartition sur les quatre lots de :*

Sogea : 2 900 000,00 F HT ;

Socat : 1 181 166,00 F HT ;

Sopreco : 1 679 000,00 F HT ;

Copyca : 1 679 000,00 F HT ;

Devin Lemarchand : 4 326 342,00 F HT ;

La Garonne : 4 365 918,00 F HT.

D'autre part, le groupement s'engage à fournir un volume de travaux égal à 300 000 F HT à l'entreprise Roumegoux, dans le cas où celle-ci ne pourrait travailler sur Lamasquère. »

La répartition des travaux correspondante a, par ailleurs, été effectuée. Elle est la suivante :

1 ^{er} marché	Sogea Midi-Pyrénées et Socat	(+ 6 % du 2 ^e marché pour Socat)
2 ^e marché	Copyca et Sopreco	(+ 3 % du 3 ^e marché pour Sopreco)
3 ^e marché	Devin Lemarchand	(à 94 %)
4 ^e marché	La Garonne	(+ 3 % du 3 ^e marché)

Les quatre marchés de Saint-Martin-du-Touch ont été attribués pour un montant global de 19 millions de francs et ont donné lieu à un montant réel de travaux de 17,51 millions. Ils ont représenté à eux seuls 22 % du montant des 50 marchés de canalisations d'assainissement recensés en 1990 dans l'arrondissement de Toulouse et quatre autres marchés seulement avaient une importance équivalente (4 à 5,5 millions de francs). Les marchés publics d'un montant égal ou supérieur à 1 million de francs portant sur des canalisations d'assainissement dans l'arrondissement de Toulouse ont représenté en 1990 un total de 65 600 127 F. Les six entreprises titulaires des quatre marchés de Saint-Martin-du-Touch ont réalisé la même année sur ce volume de travaux, soit seules, soit en étant mandataires de groupements, un montant de 41 594 842 F, soit une part de 63 % de l'ensemble. Après déduction des marchés de Saint-Martin-du-Touch qui représentaient le chantier le plus important, la part des mêmes six entreprises s'établit encore à 50 % des travaux (24 138 446 F sur 48 143 731 F). Le groupement adjudicataire des marchés de Saint-Martin-du-Touch est ainsi constitué d'entreprises régionalement importantes dans ce secteur. Parmi les entreprises ayant soumissionné à des marchés supérieurs à 1 million de francs, les sociétés Cegelec et Sade sont les seules entreprises non membres du groupement titulaire à avoir emporté plus d'un marché en 1990 dans l'agglomération toulousaine.

M. Averseng, président-directeur général de la SA Copyca, a déclaré : « ... *Le marché des canalisations de la ZAC de Saint-Martin-du-Touch, qui avait fait l'objet d'un appel d'offres avec publicité nationale... Afin de donner un certain poids à nos soumissions, nous avons décidé de former un groupement d'entreprises présentes localement et de soumissionner conjointement à l'ensemble des quatre lots. »*

La société Roumegoux a été intégrée tardivement au groupement, pour le quatrième marché, sans avoir participé aux études. L'accord du 8 août 1990 ne l'évoque qu'*in fine* sous la forme d'un engagement conditionnel du groupement à lui « *fournir un volume de travaux égal à 300 000 F HT... dans le cas où celle-ci ne pourrait travailler sur Lamasquère* ». M. Baris, gérant de la société Socat, a précisé que « *le montant de cette dernière [tranche] ne*

désorgani[sait] pas la répartition établie antérieurement... A la suite de la remise des offres, la répartition des travaux entre les six membres d'origine du groupement a fait l'objet d'un accord écrit le 8 août 1990 ».

Dans les locaux de la société Socat, des détails estimatifs ont été saisis, qui correspondent aux quatre marchés de Saint-Martin-du-Touch et sont élaborés à partir du cadre quantitatif estimatif contenu dans le dossier fourni par l'administration pour les appels d'offres. Ils sont identiques, poste par poste (numéro de prix par référence au bordereau de prix unitaires, désignation des prestations, quantités à mettre en œuvre, prix unitaires et total par poste), aux offres qui ont été effectivement déposées pour ces marchés par le groupement concurrent, constitué par les sociétés Giesper, Cegelec et Sesen, et ont été élaborés par les six membres du groupement qui devait se révéler moins-disant :

M. Baris a déclaré : *« Pour le scellé F I 637 à 654, ce sont des documents que j'ai pris lors des discussions des prix unitaires entre nous six. Ce document a été édité par une des six entreprises ; la nôtre ne possédant pas d'outils informatiques appropriés, il nous a servi à établir nos prix définitifs pour reprendre la discussion »*, M. Pascual a confirmé : *« Quant aux documents que vous me présentez, à savoir les scellés F I 637 à 653, documents qui ont été saisis dans une entreprise du groupement que nous avons formé, il s'agit d'une étude de prix réalisée par le groupement. »*

Seul le groupement lauréat, moins-disant aux quatre marchés, se situait dans l'enveloppe financière fixée par la ville de Toulouse, à un niveau estimé toutefois élevé par M. Louge, président de la société GTPM, venant aux droits de la société Roumegoux, qui a indiqué en 1992 : *« Analyse faite du marché, on peut dire que les prix pratiqués à cette époque pour cette affaire sont des prix nettement supérieurs à ceux pratiqués actuellement. »* Les offres du groupement Giesper-Cegelec-Sesen sont 12 à 17 % plus élevées que celles du groupement attributaire des marchés mais aucune trace d'étude ni aucun document relatif aux mêmes marchés n'ont été trouvés au sein des entreprises Giesper, Cegelec et Sesen. M. Patrick Cavagné, ancien directeur technique de l'entreprise Giesper, a déclaré avoir réalisé une étude conjointement avec la société Cegelec, et son frère Bruno, actuel directeur de l'entreprise, a précisé que les documents relatifs aux marchés pour lesquels la société n'est pas attributaire ne sont pas conservés. Pour sa part, M. Guinart, chef de service de la direction régionale Sud-Ouest de la société Cegelec, affirme n'avoir pas *« trouvé de traces des personnes »* qui ont fait les études au sein du groupement. M. Sesen, président du conseil d'administration de la société Sesen, a déclaré : *« Je n'ai pas fait d'étude de prix détaillé pour cette affaire car après une lecture précise du dossier j'ai réalisé que je n'avais pas le matériel adéquat pour réaliser ces ouvrages... L'étude de prix pour les quatre tranches a été faite par le mandataire du groupement. Il a accepté de me prendre dans l'offre pour le cas où il y aurait eu défaillance des autres membres. Je n'ai d'ailleurs pas eu copie des pièces du dossier, le mandataire à juste titre n'ayant pas jugé utile de nous les envoyer dès lors que nous n'étions pas adjudicataires. »*

2. Le marché de Lamasquère et ses liens avec les marchés de Saint-Martin-du-Touch

L'accord signé le 8 août 1990 par les entreprises Sogea Midi-Pyrénées, Socat, Copyca, Sopreco, Devin Lemarchand et La Garonne ne concerne pas l'entreprise Roumegoux quant à la répartition des marchés de Saint-Martin-du-Touch, alors qu'elle a soumissionné conjointement au quatrième de ceux-ci. Il prévoit seulement que lui seront attribués 300 000 F de travaux si elle ne peut travailler sur le marché de Lamasquère.

L'appel d'offres pour ce dernier a été déclaré infructueux, les quatre offres moins-disantes ayant été soit retirées par les sociétés Giesper et Ramos, la veille et le jour même de l'ouverture des plis, soit écartées en ce qui concerne les sociétés STP et TNT, jugées

incapables d'effectuer les travaux. L'offre du groupement des sociétés Devin Lemarchand, Sesen et Roumegoux devenait donc moins disante. L'offre du 6 août 1990 de la société Giesper a été retirée le 4 septembre 1990. M. Patrick Cavagné, qui avait signé lui-même l'offre du 6 août 1990 et n'a été en congé que du 20 au 27 août, a déclaré : *« J'étais auparavant directeur technique de l'entreprise Giesper, de 1987 à septembre 1990. Je supervisais les études et les travaux. Durant l'été 1990, nous avons soumissionné pour un marché de canalisations à Lamasquère. L'étude de prix avait été réalisée par M. Puech-Maurel, qui était responsable du bureau d'études de Giesper. A mon retour de congé j'ai considéré que le prix remis n'était pas conforme et j'ai donc décidé de m'excuser auprès de la mairie pour cette erreur. »* La société Ramos a, pour sa part, retiré son offre le 5 septembre 1990 en faisant état d'*« une modification importante de [son] plan de charge... intervenue depuis la date de remise des offres »*. M. Branquart, directeur de la société, a déclaré : *« Je confirme, pour Lamasquère, le surplus de travail que nous avons eu au mois de septembre 1990, surplus dû aux reconductions de marché, en particulier sur la commune de Montberon... Postérieurement à notre remise d'offre, l'entreprise Ramos a été désignée par le groupement pour effectuer les travaux à Montberon. Compte tenu du délai restant à courir, des moyens de la société (une dizaine de personnes), et de la meilleure rentabilité du marché de Montberon, j'ai choisi de privilégier cette exécution et donc de retirer mon offre sur Lamasquère. »*

Ainsi, la société Roumegoux, qui n'avait participé ni aux négociations concernant les marchés de Saint-Martin-du-Touch ni aux études de celui de Lamasquère, se trouvait en situation de réaliser des travaux pour le marché de Lamasquère et d'être écartée du quatrième marché de Saint-Martin-du-Touch. M. Prouha, ancien cadre de la société Roumegoux, a déclaré : *« En ce qui concerne le marché de Lamasquère, ... je n'ai pas étudié ce dossier, ce qui a dû être fait par le mandataire du groupement, l'entreprise Devin Lemarchand... je suis allé signer les pièces du marché chez Devin Lemarchand. »*

L'appel d'offres n'eût-il pas été déclaré infructueux, que la société Devin Lemarchand se serait partagé le marché de Lamasquère avec la seule société Roumegoux car la société Sesen s'était engagée à ne pas travailler si le groupement était adjudicataire. M. Sesen a déclaré : *« Dans l'éternel souci d'arriver à se montrer dans la remise de prix et de récupérer le chèque de caution, je me suis groupé avec une entreprise qui m'avait sollicité, Devin Lemarchand, en m'engageant, comme toujours dans ces cas-là, à ne pas travailler si nous étions adjudicataires. »*

M. Louge, président du conseil d'administration de la société GTMP, qui a succédé à la société Roumegoux, a déclaré qu'*« au moins deux entreprises du groupement en cause sont coutumières de pratiquer des groupements d'entreprises et de ne pas faire réaliser la part de travaux correspondante à celle attribuée à Roumegoux »*, et il a ajouté que *« depuis lors, l'entreprise Devin Lemarchand, et notamment M. Albert, fait pression sur notre entreprise afin de la couvrir sur les affaires toulousaines allant jusqu'à envoyer des fax pour nous obliger à répondre à son prix »*. M. Albert, pour la société Devin Lemarchand, a reconnu la pratique de tels faits, notamment pour un marché d'adduction d'eau potable à Saint-Martin-du-Touch en 1992, et il a ajouté que la société Roumegoux *« devait effectuer des travaux de voirie conformément à l'accord interne au groupement »* et que *« le marché de Lamasquère sur lequel j'étais conjoint et solidaire avec Roumegoux et Sesen ne nous a pas été attribué. En conséquence Roumegoux était en mesure de faire la voirie de Saint-Martin »*.

Selon les sociétés Copyca et La Garonne, la participation prévue de la société Roumegoux au quatrième marché de Saint-Martin-du-Touch était limitée à des travaux de voirie. Or l'examen du cadre de détail estimatif de la quatrième tranche signé par les sept entreprises concernées permet de constater que deux postes, les n^{os} 27 et 29, sont relatifs à la

réfection de chaussée communale pour 220 mètres et la mise à niveau de regards, pour des sommes respectives de 48 400 F HT et 1 500 F HT, soit un total de 49 900 F HT, inférieur à la somme de 300 000 F figurant dans l'accord du 8 août 1990. Les travaux de voirie initialement prévus, à savoir la remise en état du chemin de Négo-Saoumos, ont, en outre, été ultérieurement supprimés, des travaux plus importants ayant dû être réalisés en raison de dégâts provoqués par les engins et camions. Ces travaux sur 1 547 mètres carrés, d'un montant de 99 662 F HT, ont été réglés sur factures par la Setomip à la société Roumegoux à qui le groupement s'est adressé en fin de chantier par l'intermédiaire de la société La Garonne, mandataire du groupement. L'engagement du groupement envers la société Roumegoux, à hauteur de 300 000 F HT, dépassait donc les travaux de voirie, ainsi que l'a reconnu M. Albert, pour la société Devin Lemarchand : *« Roumegoux, qui avait été invité à réaliser des ouvrages cadre (collecteur rectangulaire), n'a pas souhaité donner suite à ces propositions. C'est ainsi que notre engagement à fournir à Roumegoux un montant de travaux de 300 000 F environ s'est trouvé non honoré. »* De même, M. Verdanne, pour la société Sogea Midi-Pyrénées, a déclaré qu'*« au cas où elle perdrait le marché de Lamasquère, il devrait être restitué [à la société Roumegoux], sous forme de travaux 300 000 F HT sur le collecteur de Saint-Martin-du-Touch »*.

Les quatre enveloppes déposées par la société Giesper, contenant les offres du groupement des sociétés Giesper, Cegelec et Sesen pour les quatre marchés de Saint-Martin-du-Touch, mentionnent, à côté du nom de ces entreprises, le nom et l'adresse, qui ont été rayés, de la société Ramos, dont l'agrégation à ce groupement avait donc été initialement envisagée, ce qu'a dénié son directeur, M. Brancquart : *« En ce qui concerne les travaux d'assainissement de la ZAC de Saint-Martin-du-Touch (assainissement), je n'ai jamais eu l'intention de soumissionner sous quelle que forme que ce soit. Je suis par contre stupéfait d'apprendre et de voir que le nom de la SA Ramos apparaît sur les enveloppes de remises d'offres d'un groupement, même si notre nom est rayé. »* De son côté, la société Giesper a confirmé que la société Ramos, pressentie pour participer au groupement, avait finalement renoncé à soumissionner. Ainsi, la société Ramos n'a pas soumissionné aux marchés de Saint-Martin-du-Touch et le retrait de son offre pour le marché de Lamasquère a été expliqué par son plan de charge.

Enfin, aucune étude de prix concernant le marché de Lamasquère n'a été trouvée auprès des sociétés Ramos et Giesper, qui se sont révélées moins-disantes par rapport aux entreprises qui ont soumissionné à la fois aux marchés de Saint-Martin-du-Touch et de Lamasquère.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la procédure :

En ce qui concerne la durée de la procédure :

Considérant que la société Cegelec, la Société auxiliaire d'entreprise (SAE) qui vient aux droits de la société Devin Lemarchand et la société Giesper font état d'une durée excessive de la procédure qui porterait atteinte aux droits de la défense ;

Mais considérant que, si le tribunal de première instance des Communautés européennes a jugé que le respect d'un délai raisonnable lors de l'adoption de décisions à l'issue des procédures administratives en matière de politique de la concurrence constitue un principe général du droit communautaire, les sociétés précitées ne démontrent pas, en se bornant à évoquer une déperdition des preuves due à l'écoulement du temps, en quoi, dans le cas d'espèce, les délais qui se sont écoulés leur auraient causé concrètement un préjudice, lequel ne saurait résulter *ipso facto* de la seule durée de la procédure ; que la cour d'appel de Paris a décidé, dans un arrêt du 8 septembre 1998, *« qu'à supposer le délai excessif... la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation pour le Conseil de se prononcer dans un délai*

raisonnable... n'est pas l'annulation ou la réformation de la décision mais la réparation du préjudice résultant de la durée excessive du procès » ; que le moyen doit être écarté ;

En ce qui concerne l'origine de l'enquête administrative :

Considérant, en premier lieu, que la société La Garonne fait valoir que l'ensemble de la procédure d'enquête a été vicié par la communication à l'administration de pièces relatives à un litige devant le tribunal de commerce de Toulouse entre les entreprises bénéficiaires des marchés de la ZAC de Saint-Martin-du-Touch par l'avocat de la société Roumegoux, qui aurait ainsi violé le secret professionnel et commis un délit pénal ; qu'en second lieu, les sociétés Cegelec, SAE, Giesper et Sopreco soutiennent que les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ont, en consultant le rôle du tribunal de commerce et en demandant à l'avocat de la société Roumegoux des précisions sur l'origine du litige, procédé à des actes d'enquête irréguliers à défaut d'avoir été accompagnés de procès-verbaux de constatations et de communication ;

Mais considérant, en premier lieu, que le conseil de la société Roumegoux a remis spontanément à l'administration les pièces en cause et qu'il n'est pas allégué que leur communication aurait été sanctionnée par une condamnation pénale pour violation du secret professionnel, entraînant leur retrait des débats, ni même qu'une procédure aurait été menée de ce chef ; que le moyen de la société La Garonne, qui repose sur l'illicéité d'une enquête initiée à partir de documents obtenus par la commission d'une infraction pénale, ne peut être accueilli ;

Considérant, en second lieu, que c'est dans le cadre de leur mission de suivi des marchés publics locaux que les fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ont demandé, à titre d'information, des précisions sur un litige entre plusieurs entreprises de travaux publics apparaissant au rôle du tribunal de commerce de Toulouse, sans qu'il ait été nécessaire d'ouvrir une enquête dans les formes prévues aux articles 46 et suivants de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que les pièces obtenues ainsi que les correspondances entre l'administration et l'avocat de la société Roumegoux expliquant leur provenance ont subi le contrôle du juge qui a délivré, le 3 juin 1992, une ordonnance autorisant les fonctionnaires de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à procéder à des visites et saisies dans les conditions prévues à l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, puis ont été versées au dossier soumis à la procédure contradictoire devant le Conseil de la concurrence ; que le moyen des sociétés Cegelec, SAE, Giesper et Sopreco, qui s'appuie sur l'incertitude de l'origine de l'enquête, et la déloyauté des recherches menées par l'administration préalablement à l'ouverture de celle-ci, n'est pas fondé ;

En ce qui concerne le dossier ouvert à la consultation :

Considérant que les sociétés Cegelec et SAE font valoir que la demande d'enquête du ministre chargé de l'économie en date du 18 mai 1992 adressée au directeur régional de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ainsi que la requête, et certaines de ses annexes, présentée le 27 mai 1992 par le chef de service régional à Toulouse au juge délégué par le président du tribunal de grande instance de Toulouse aux fins d'obtenir une autorisation de visites et saisies au titre de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne figurent pas au dossier, ce qui constituerait une atteinte aux droits de la défense ; que ces sociétés critiquent également l'absence au dossier des procès-verbaux d'ouverture des plis et d'attribution des quatre marchés de la ZAC de Saint-Martin-du-Touch, ainsi que des actes d'engagement de certaines entreprises ayant répondu au premier appel d'offres de Lamasquère ; qu'elles font état, enfin, de pièces figurant au dossier sans avoir fait l'objet de procès-verbaux de communication ;

Mais considérant, en premier lieu, qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à l'administration de justifier des raisons pour lesquelles elle a décidé de procéder à

une enquête par la production de notes internes éventuellement échangées entre ses services extérieurs et son administration centrale générale préalablement au déclenchement de cette enquête, ainsi qu'en a décidé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 16 décembre 1994 ; que, par ailleurs, l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dispose, en son deuxième alinéa ; *« Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui a été soumise est fondée : cette demande doit comporter tous les éléments d'information de nature à justifier la visite »* ; que, dès lors, la demande de mise en œuvre de la procédure de l'article 48 et les annexes l'accompagnant destinées à l'autorité judiciaire n'avaient pas à être jointes au dossier de saisine du Conseil de la concurrence, lequel n'est pas juge du contenu de cette demande ; que si les parties disposent d'un droit d'accès *a posteriori* aux pièces du dossier présenté par l'administration demanderesse d'une autorisation de visite et saisie qui leur fait grief, l'organisation matérielle de la communication de ces pièces relève d'une mesure d'administration judiciaire qui échappe à la compétence du Conseil de la concurrence ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'il n'appartient pas davantage au Conseil d'ordonner la communication des procès-verbaux d'ouverture des plis et d'attribution des quatre marchés de la ZAC de Saint-Martin-du-Touch, ainsi que des actes d'engagement de certaines sociétés ayant répondu au premier appel d'offres de Lamasquère dès lors que ces pièces, seraient-elles constitutives de documents administratifs communicables au sens de la loi du 17 juillet 1978, ne figurent pas au dossier et ne fondent pas de grief ; qu'il appartient aux entreprises mises en cause devant le Conseil de la concurrence, qui estiment nécessaire à leur défense l'obtention de documents ne figurant pas au dossier, de mettre en œuvre les procédures adéquates auprès des autorités administratives ou judiciaires concernées pour en obtenir la communication ;

Considérant, en troisième lieu, que les pièces du dossier qui n'ont pas fait l'objet de procès-verbaux de communication ont trait aux dossiers d'appels d'offres et aux soumissions et qu'elles étaient donc en la possession de l'administration du fait de sa participation aux commissions d'appels d'offres ; qu'en outre, la délibération du conseil municipal de Toulouse décidant les travaux de la ZAC de Saint-Martin-du-Touch et la convention de mandat conclue avec la Setomip pour la réalisation des travaux sont des documents administratifs faisant l'objet d'une mesure de publicité et que les avis d'appels d'offres ou de marchés négociés sont disponibles dans la presse ;

Considérant, enfin, que l'article 46 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prévoit que *« les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux et, le cas échéant, de rapports »* et qu'il est constant que les constatations des enquêteurs ont été consignées dans un rapport communiqué aux parties intéressées, lesquelles ne peuvent, dès lors, justifier d'aucun grief ;

En ce qui concerne la régularité des procès-verbaux :

Considérant que la société Giesper conteste la validité du procès-verbal de visite et saisie auprès de la société Socat, en faisant valoir que l'inventaire des documents saisis était insuffisamment précis et que le représentant de l'entreprise signataire du procès-verbal n'a pas assisté à l'intégralité des opérations ; qu'elle invoque également l'irrégularité de l'ensemble des procès-verbaux de déclaration, aux motifs qu'ils ne mentionneraient expressément ni l'objet de l'enquête ni que celui-ci a été indiqué aux personnes entendues ; que la société SAE soulève l'irrégularité, sur le même fondement, du procès-verbal d'audition, établi le 11 juin 1992, de M. Albert, chef de l'agence toulousaine de la société Devin Lemarchand, et invoque la contradiction existant, selon elle, entre le contenu de ce procès-verbal et le procès-verbal de visite et saisie auprès de la société Devin Lemarchand, dès lors que l'officier de police judiciaire n'aurait pu mener les opérations de perquisition en présence constante de M. Albert de 9 h 30 à 14 h 30, tandis que ce dernier était entendu à 10 h 45 par les agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ;

Mais considérant que le Conseil de la concurrence n'a pas compétence pour connaître de la régularité des opérations de visite et saisie effectuées sur le fondement de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'au surplus, le président du tribunal de grande instance de Toulouse a, par ordonnance du 16 octobre 1996, rejeté une demande identique de la société Giesper fondée sur les mêmes moyens ; que les auditions recueillies par procès-verbal faisaient suite aux opérations de visite et saisie intervenues le 11 juin 1992 et qui avaient débuté par la notification de l'ordonnance judiciaire les autorisant sur le fondement de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de sorte que les personnes entendues avaient été avisées préalablement et précisément de l'objet de l'enquête ; que le procès-verbal signé par la secrétaire de mairie de Lamasquère se borne à énumérer les pièces de l'appel d'offres communiquées à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ; qu'aucun élément des procès-verbaux d'audition et de visite et saisie établis dans les locaux de la société Devin Lemarchand ne permet de dire que les opérations de saisie et l'audition ne se sont pas déroulées concomitamment ou que des documents auraient pu être saisis hors la présence de M. Albert ou de l'officier de police judiciaire ; qu'il résulte de ce qui précède que les demandes des sociétés Giesper et SAE, tendant à ce que les procès-verbaux et les documents qui leur sont annexés soient écartés de la procédure, doivent être rejetées ;

Sur les pratiques relevées :

En ce qui concerne la constitution d'un groupement d'entreprises soumissionnaire aux marchés de Saint-Martin-du-Touch :

Considérant qu'hormis la société Sopreco, les six titulaires des quatre marchés de Saint-Martin-du-Touch ont déclaré avoir élaboré en commun les études de prix relatives à ces marchés et ont justifié la formation d'un groupement par l'estimation qu'elles ont faite qu'il s'agissait d'un seul marché de travaux dont elles ont effectué la répartition entre elles par le protocole d'accord du 8 août 1990, conditionnant la participation de la société Roumegoux au quatrième marché à un échec dans sa participation à l'appel d'offres de Lamasquère ;

Considérant que la réponse formulée en commun à un appel à la concurrence par des entreprises indépendantes et concurrentes ne constitue pas, en soi, une pratique répréhensible au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, et qu'elle n'est prohibée par ces dispositions que si elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ; qu'en l'espèce, il n'est pas suffisamment établi que les six sociétés ayant emporté les quatre marchés de Saint-Martin-du-Touch, auxquels ont également soumissionné un nombre important d'autres entreprises, se sont livrées à des pratiques dont l'objet ou les effets, actuels ou potentiels, étaient anticoncurrentiels ;

En ce qui concerne la concertation et les échanges d'information entre soumissionnaires concurrents aux quatre marchés de Saint-Martin-du-Touch :

Considérant que les offres déposées pour ces quatre marchés par le groupement des sociétés Giesper, Cegelec et Sesen sont identiques poste par poste à une étude de prix élaborée par les entreprises membres du groupement attributaire, les sociétés Sogea Midi-Pyrénées, La Garonne, Devin Lemarchand, Copyca, Socat et Sopreco, et sont de 12 à 17 % plus élevées que celles de ce groupement ; qu'aucune étude ni aucun document relatif à ces marchés n'ont pu être présentés par les sociétés Giesper, Cegelec et Sesen ; que l'offre du groupement constitué par ces dernières a été élaborée, comme l'ont déclaré les sociétés La Garonne et Socat, par les sociétés membres du groupement attributaire antérieurement au dépôt des offres ; qu'elle constitue une offre de couverture au profit du groupement attributaire ;

Considérant que les sociétés La Garonne, Socat, Giesper et Cegelec estiment insuffisants les indices d'échanges d'informations sur les prix et d'élaboration d'une offre de couverture résultant de la saisie dans les locaux de la société Socat des détails estimatifs d'offres

concurrentes ;

Mais considérant, en premier lieu, que, contrairement à ce que soutiennent les sociétés Cegelec, Giesper, SAE et Socat, l'origine et la date des devis saisis ne sont pas inconnues ; qu'en effet, le gérant de la société Socat et le président de la société La Garonne ont reconnu que ces détails estimatifs avaient été élaborés antérieurement à la remise des offres par le groupement formé des six entreprises attributaires des quatre marchés ; que l'identité parfaite constatée entre les documents saisis et les offres effectivement déposées par le groupement « concurrent », pour la centaine de postes différents, et pour chacun des quatre marchés, s'explique par le fait que ces offres ont été recopiées sur les documents élaborés par le groupement qui allait être désigné attributaire, donc antérieurement à la remise des offres ;

Considérant, en deuxième lieu, que, contrairement à ce que soutient la société Cegelec, sa participation active à l'entente dénoncée est établie par les déclarations de M. Patrick Cavagné, ancien directeur technique de la société Giesper, selon lesquelles une étude conjointe avait été menée avec la société Cegelec pour les marchés de Saint-Martin-du-Touch ; que cette étude ne pouvait, en effet, se limiter à des questions techniques, mais devait également porter sur les prix, dès lors que, entreprise de dimension nationale, la société Cegelec faisait partie d'un groupement dont le mandataire était la société Giesper, société de dimension modeste, qui ne pouvait engager à elle seule l'ensemble du groupement sur les prix ; qu'à supposer que des études relatives aux marchés de Saint-Martin-du-Touch aient été effectuées mais n'aient pas été conservées par la société Cegelec, celle-ci pouvait en rechercher les auteurs ;

Considérant, en troisième lieu, que, si la société Giesper soutient avoir déposé une offre sérieuse qui ne pouvait être moins élevée en raison des prix proposés par les fournisseurs et du risque financier inhérent à l'importance du chantier et si elle a produit *a posteriori* des études et devis à l'appui de ses dires, il convient d'observer que le montant d'un des devis ainsi produits est inférieur à celui des offres déposées ; qu'au surplus, cette société avait, lors de l'instruction, justifié l'absence de toute étude ou devis en affirmant ne pas les avoir conservés ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'élaboration, par les six entreprises membres du groupement attributaire des marchés, de détails estimatifs correspondant aux offres du groupement « concurrent » constitué par les sociétés Giesper, Cegelec et Sesen, l'absence de documents d'étude des marchés au siège de ces dernières entreprises et le niveau élevé des offres présentées, de 12 à 17 % supérieures aux offres moins-disantes, constituent un faisceau d'indices sérieux, précis et concordants établissant l'existence d'une pratique d'offre de couverture ; qu'une telle pratique, mise en œuvre par les sociétés Sogea Midi-Pyrénées, Devin Lemarchand, La Garonne, Sopreco, Copyca, Socat, Giesper et Cegelec, avait pour objet, pouvait avoir pour effet et a eu pour effet de faire obstacle au libre jeu du marché ; qu'elle est donc prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que MM. Simon et Patrick Sesen ont indiqué qu'ils n'avaient effectué aucune étude particulière en ce qui concerne les marchés de Saint-Martin-du-Touch et s'en étaient remis au mandataire du groupement pour la préparation des réponses aux appels d'offres ; que M. Patrick Cavagné, ancien directeur technique de la société Giesper, a confirmé que l'étude avait été « *réalisée conjointement avec l'entreprise Cegelec* » ; que les éléments recueillis au cours de l'instruction sont insuffisants à établir la participation de la société Sesen à la pratique d'offre de couverture ci-dessus analysée ;

En ce qui concerne les pratiques concertées lors du marché de Lamasquère :

Considérant que le groupement des sociétés Devin Lemarchand, Roumegoux et Sesen s'est trouvé moins-disant lors de l'ouverture des plis du marché de Lamasquère après que les sociétés Giesper et Ramos ont retiré chacune son offre, la veille et le jour de l'ouverture des

plis, la société Ramos ayant eu des contacts avec le groupement piloté par la société Giesper dans les marchés de Saint-Martin-du-Touch sans finalement y participer ; qu'aucune étude concernant le marché de Lamasquère n'a pu être présentée par la société Giesper ; que l'intérêt des signataires du protocole d'accord du 8 août 1990 était que le groupement des sociétés Devin Lemarchand, Sesen et Roumegoux emporte le marché de Lamasquère pour ne pas avoir à céder une part des travaux de Saint-Martin-du-Touch à la société Roumegoux ; que, de son côté, la société Sesen s'était engagée à ne pas participer aux travaux de Lamasquère si le groupement auquel elle s'était associée était désigné attributaire ;

Considérant que les sociétés Sogea Sud-Ouest, La Garonne et Sopreco font valoir que le protocole d'accord du 8 août 1990 serait un simple accord de répartition des travaux limité aux marchés de la ZAC de Saint-Martin-du-Touch au sein du groupement formé par les entreprises signataires, sans corrélation avec le marché de Lamasquère ; que les sociétés Sogea Sud-Ouest et Giesper justifient la clause accordant à l'entreprise Roumegoux un volume de 300 000 F HT de travaux « *dans le cas où celle-ci ne pourrait travailler sur Lamasquère* » par l'incapacité de cette entreprise d'être présente sur les deux chantiers pour lesquels elle avait soumissionné ; que les sociétés Sogea Sud-Ouest et SAE estiment que le protocole d'accord exprimait le souci des partenaires de la société Roumegoux « de ne pas l'oublier » et de lui assurer un volume de travaux ;

Mais considérant que le protocole d'accord ne saurait être regardé comme une simple opération de répartition des travaux de la ZAC Saint-Martin-du-Touch entre les membres d'un groupement soumissionnaire dès lors que les modalités d'application concernant l'un de ces membres, la société Roumegoux, qui n'est pas signataire du document, ont été arrêtées sans que celle-ci en soit informée, la communication lui en ayant été faite par la société La Garonne par courrier du 14 novembre 1990, postérieur à l'ouverture du chantier ; qu'en excluant la société Roumegoux du chantier de Saint-Martin-du-Touch au cas où elle serait désignée attributaire du marché de Lamasquère ou, dans le cas contraire, en l'intégrant au groupement en qualité de sous-traitant exécutant des travaux dévolus à d'autres entreprises, et non en qualité de soumissionnaire à part entière comme initialement prévu, le protocole d'accord du 8 août 1990 établit un lien de compensation entre les marchés de Saint-Martin-du-Touch et Lamasquère ; qu'à cet égard, si la SAE soutient que le lien entre les marchés de Saint-Martin-du-Touch et Lamasquère serait exclusivement technique et résulterait de la spécialisation de la société Roumegoux dans les travaux de voirie ainsi que de sa taille rendant impossible sa double participation aux différents marchés, il résulte de l'instruction que l'enveloppe financière de 300 000 F de travaux proposés à la société Roumegoux en cas de perte du marché de Lamasquère ne se limitait pas à des travaux annexes de voirie mais prévoyait une participation à la pose des collecteurs prise sur la part que les six autres entreprises s'étaient attribuée dans le cadre du protocole ; que, d'ailleurs, la société Sogea Sud-Ouest avance que la société Roumegoux aurait, en tout état de cause, réalisé à Saint-Martin-du-Touch les travaux de voirie initialement prévus dans l'offre pour le quatrième marché pour un montant de 49 900 F HT si elle avait obtenu le marché de Lamasquère ; qu'enfin, la circonstance que la société Roumegoux se soit exclue elle-même ultérieurement du marché de Saint-Martin-du-Touch en ignorant les réunions de chantier puis ait réalisé en fin de chantier des travaux supplémentaires de voirie en dehors du cadre du marché est sans incidence sur la qualification des pratiques constatées ;

Considérant que les sociétés La Garonne, SAE, Cegelec et Giesper contestent la possibilité d'une coordination, pour le marché de Lamasquère, des retraits des sociétés Giesper et Ramos ; que les sociétés La Garonne et Cegelec estiment, en particulier, que le dépôt de 17 candidatures lors de l'appel d'offres de Lamasquère rendait impossible une entente entre les neuf entreprises mises en cause ; que les sociétés SAE, Cegelec et Giesper font valoir que ces entreprises ne pouvaient prévoir l'élimination par la commission

d'ouverture des plis des sociétés STP et TNT en raison de l'insuffisance de leurs capacités techniques et humaines ;

Mais considérant que les neuf entreprises en cause étaient les plus représentatives du secteur dans la zone concernée et que, dès lors, la mise en place d'une concertation n'appelait pas nécessairement la participation de tous les soumissionnaires ; que, par ailleurs, le fait que les sociétés STP et TNT étaient des entreprises de taille modeste pouvait conduire à prévoir que celles-ci ne soumissionneraient pas à un marché excédant leurs capacités ;

Considérant que la société Giesper, arrivée en troisième position, soutient qu'elle a retiré son offre pour le marché de Lamasquère parce qu'elle ne pouvait honorer le rabais de 21,5 % proposé ; qu'elle a produit une étude tendant à démontrer qu'elle était dans l'obligation de limiter ses propositions à un rabais de 12 % ; que le directeur technique de l'entreprise à l'époque des faits a soutenu que le retrait de l'offre serait intervenu lorsqu'il avait constaté, tardivement à son retour de congé, des erreurs qu'elle contenait, commises par le bureau d'études ; qu'il est encore prétendu que la société Giesper n'aurait tiré aucun profit d'un retrait de son offre ;

Mais considérant qu'aucune étude relative au marché de Lamasquère n'avait pu être présentée par l'entreprise au cours de l'instruction ; que l'offre de la société Giesper avait été signée par son directeur technique lui-même, qui supervisait les études et les travaux, le 7 août 1990 ; que ce dernier n'a pris de congé annuel dans la période considérée que du 13 au 17 août tandis que le retrait de l'offre est intervenu la veille de l'ouverture des plis, le 4 septembre 1990 ; qu'il est constant que la société a participé au dépôt d'offres de couvertures pour les marchés de Saint-Martin-du-Touch sans contrepartie apparente ; qu'en tout état de cause, peu important l'existence ou non d'une contrepartie, les éléments ci-dessus rappelés constituent un faisceau d'indices établissant que la société Giesper s'est retirée pour permettre au groupement constitué par les sociétés Devin Lemarchand, Sesen et Roumegoux d'apparaître le moins-disant ; qu'une telle pratique avait pour objet et pouvait avoir pour effet de limiter l'exercice de la concurrence ; qu'elle est prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que, si la mention rayée du nom de la société Ramos sur les quatre enveloppes contenant les offres du groupement des sociétés Giesper, Cegelec et Sesen pour les marchés de Saint-Martin-du-Touch, auxquels elle n'a pas participé, laisse penser qu'elle a eu des contacts avec certains soumissionnaires, l'instruction n'a pas établi que ces contacts seraient en relation avec le retrait, par lettre du 5 septembre 1990, de sa proposition pour le marché de Lamasquère ;

Considérant qu'aucun indice matériel direct d'échanges d'informations sur les prix pour le marché de Lamasquère ne figure au dossier, s'agissant des sociétés Cegelec, Sogea, La Garonne et Sopreco qui ont soumissionné à la fois à ce marché et à ceux de Saint-Martin-du-Touch ; que le fait que ces soumissionnaires communs ont tous proposé, pour le marché de Lamasquère, des prix supérieurs à ceux du groupement des sociétés Devin Lemarchand, Roumegoux et Sesen et qu'aucun n'a pu présenter d'étude relative à ce marché est insuffisant à caractériser une pratique concertée anticoncurrentielle ;

Considérant que la société Sesen soutient que sa participation au marché de Lamasquère n'était pas fictive et que, si elle s'était engagée à ne pas effectuer de travaux si le groupement était adjudicataire, cette participation consistait à être prête à exécuter des travaux en cas de défaillance d'un autre membre du groupement ; que le caractère formel, ou conditionnel, de son intégration au groupement dont le mandataire était la société Devin Lemarchand ne constitue pas en soi une pratique ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence, bien qu'il ne soit pas contesté qu'il n'ait pas été porté à la connaissance du maître d'ouvrage ;

Sur l'imputabilité des pratiques :

Considérant que la SAE fait valoir que, lorsqu'elle a absorbé la société Devin Lemarchand Environnement (DLE), le 27 décembre 1995, cette société avait vendu depuis le 1^{er} août 1993 à la société SCR la totalité des éléments corporels et incorporels du fonds de commerce, y compris les archives de son établissement de Toulouse-Montastruc, « devenu », à l'occasion de cette cession, la société Devin Lemarchand Midi-Pyrénées (DLMP) ; que, par actes du 29 juin 1995, la totalité des parts de la société DLMP ont été cédées à la Société de participation industrielle et de travaux publics et à la Société roqueserieroise d'investissement et de travaux publics et qu'enfin, à compter du 15 janvier 1996, la société DLMP a pris le nom de Société de canalisations et de travaux publics Midi-Pyrénées (Scam Travaux publics) ; qu'en outre, M. Albert, ancien chef de l'établissement toulousain de la société DLE, a continué à diriger les sociétés DLMP puis Scam Travaux Publics ; que, dès lors, l'établissement toulousain de la société DLE, qui constituait une entreprise autonome et à partir duquel ont été commises les pratiques concernées, ayant fait l'objet successivement de deux cessions sans que la personne dirigeante, les salariés, le matériel, les locaux d'exploitation et l'activité n'aient changé, les éléments matériels et humains ayant concouru à l'infraction supposée ne se seraient pas poursuivis au sein de la SAE mais à travers les sociétés DLMP et Scam Travaux Publics, qui lui sont étrangères ; que la Scam Travaux Publics soutient, pour sa part, qu'au moment des faits incriminés, la SAE possédait 99 % du capital social de la société Devin Lemarchand, en contrôlait nécessairement l'organisation et la gestion, et que les deux sociétés formaient une seule entité économique entraînant de plein droit une responsabilité de la société mère pour les agissements de sa filiale ; que le critère de la transmission des moyens matériels et humains ne doit être pris en considération qu'à titre subsidiaire, en cas de disparition de l'entreprise originellement responsable ou de la personne morale qui en a assuré la continuité ; qu'enfin, le fonds de commerce exploité par la Scam Travaux Publics différerait en tout état de cause de celui exploité par l'ancien établissement toulousain de la société Devin Lemarchand dans la mesure où la SCR Troyes y a transféré son exploitation après l'acquisition de cet établissement ;

Considérant que la SAE ne conteste pas qu'à la date des faits en cause M. Albert était un cadre salarié, donc subordonné, de la société Devin Lemarchand ; que le registre du commerce et des sociétés indique que le fonds de commerce de Toulouse-Montastruc était exploité par la société Devin Lemarchand sous la forme d'un établissement secondaire dépourvu de personnalité morale et, d'ailleurs, de fondé de pouvoir ; que cet établissement secondaire de la société Devin Lemarchand était une agence qui ne disposait d'aucune autonomie financière ; que la société Devin Lemarchand, devenue Devin Lemarchand Environnement, n'a pas disparu lors de la cession de l'établissement en cause, qui ne peut être regardée que comme une cession partielle d'activité, et que sa personnalité s'est fondue dans la société SAE lorsque cette dernière l'a absorbée ; que, dès lors, la cession par la société Devin Lemarchand Environnement, avant son absorption, de l'établissement de Toulouse-Montastruc est sans influence sur le transfert de la responsabilité à la SAE ; qu'en effet, la continuité économique et fonctionnelle d'une entreprise au travers de ses éléments matériels et humains ayant concouru à l'infraction ne doit être recherchée que dans le cas où la personne morale, support juridique de l'entreprise ayant commis l'infraction, a disparu ; que la SAE, même si elle n'a pu disposer des archives de l'agence toulousaine de la société Devin Lemarchand, a été en mesure d'assurer sa défense dans la présente procédure en consultant le dossier sur lequel ont été fondés les griefs ; qu'en conséquence c'est à bon droit que ces derniers ont été notifiés à la société SAE, qui vient aux droits et obligations de la société Devin Lemarchand ;

Considérant que la société Sogea Midi-Pyrénées, soumissionnaire aux marchés de Saint-Martin-du-Touch et de Lamasquère en 1990, a été absorbée en 1991 par la SNC Sogea Sud-Ouest ; que cette dernière vient aux droits et obligations de la société Sogea Midi-Pyrénées ;

Considérant que, contrairement aux affirmations de la société Sopreco, sa responsabilité ne saurait être dégagée par le seul fait qu'elle aurait abandonné son activité de canalisations ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil de la concurrence « *peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos ...* » ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu de prononcer de sanctions à l'encontre de la société Copyca qui a été mise en liquidation judiciaire par jugement du tribunal de commerce de Toulouse du 12 avril 1996 ;

Considérant que, pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, il convient de prendre en compte que les travaux de Saint-Martin-du-Touch et de Lamasquère se sont élevés à près de 18 millions de francs au total, représentant en 1990, année de la commission des faits, 22 % en valeur des marchés de canalisations de l'agglomération toulousaine et 27 % de ceux de ces marchés d'au moins un million de francs ;

Considérant que la gravité des pratiques en cause résulte du nombre et du pouvoir d'influence des entreprises qui se sont concertées ou ont échangé des informations à propos des marchés de Saint-Martin-du-Touch et de Lamasquère ; qu'en particulier, les entreprises appartenant à un groupe d'importance nationale ne pouvaient ignorer la gravité des pratiques ayant pour objet de fausser le jeu de la concurrence ni le risque de sanctions qu'elles encouraient ; que ces pratiques dépassent le simple enjeu des marchés sur lesquels elles ont été constatées ; qu'au contraire de ce que soutiennent les sociétés SAE, Giesper et Socat, ces pratiques pouvaient avoir un effet sur les marchés concernés, et en ont eu un, même si les travaux ont pu être réalisés sans retard ; que ces pratiques ont, en effet, faussé le jeu de la concurrence non seulement entre les entreprises qui se sont concertées ou ont échangé des informations, mais également vis-à-vis des autres soumissionnaires ;

Considérant que la société Sogea Sud-Ouest soutient que le chiffre d'affaires à retenir pour calculer les sanctions qui pourraient lui être infligées est, d'une part, celui de son agence de Toulouse au sein duquel la société Sogea Midi-Pyrénées, absorbée par la société Sogea Sud-Ouest, aurait subsisté dans ses moyens matériels et humains, d'autre part, celui de sa seule activité « travaux publics canalisations » qui disposerait de techniques, matériels et personnel propres et spécialisés ; que la société Socat invoque que l'assiette des sanctions éventuelles ne correspond plus à la réalité de l'entreprise à la date des faits reprochés ;

Mais considérant que, dès lors que les faits litigieux sont postérieurs à la publication de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, aucune distinction ne doit être opérée en fonction du secteur d'activité, ainsi qu'en a décidé la Cour de cassation dans deux arrêts du 3 mai 1995 et du 12 mars 1996, pour apprécier le montant maximum de cette sanction qui ne peut excéder 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos, en application de l'article 13 de l'ordonnance précitée ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Sogea Sud-Ouest en 1997, dernier exercice connu, s'est élevé à 399 793 434 F et son bénéfice à 15 597 401 F ; que la société Sogea Midi-Pyrénées, qui appartenait à un groupe d'importance nationale et aux droits et obligations de laquelle vient la société Sogea Sud-Ouest, s'est livrée à une pratique anticoncurrentielle à l'occasion des marchés de Saint-Martin-du-Touch ; qu'au regard des éléments généraux et particuliers relevés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction

pécuniaire de 400 000 F ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la Société auxiliaire d'entreprises en 1997, dernier exercice connu, s'est élevé à 61 277 777 F et son bénéfice, pour sa seule activité en France, à 127 378 947 F ; que la société Devin Lemarchand, aux droits et obligations de laquelle vient la Société auxiliaire d'entreprises, s'est livrée à des pratiques anticoncurrentielles à l'occasion des marchés de Saint-Martin-du-Touch et de Lamasquère ; qu'au regard des éléments généraux et particuliers relevés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 200 000 F ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Cegelec en 1997, dernier exercice connu, s'est élevé à 8 123 000 000 F et son bénéfice à 759 000 000 F ; que cette société, de dimension nationale, s'est livrée à une pratique anticoncurrentielle à l'occasion des marchés de Saint-Martin-du-Touch ; qu'au regard des éléments généraux et particuliers relevés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 2 000 000 F ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société La Garonne au cours de l'exercice clos du 31 mars 1998, dernier exercice connu, s'est élevé à 20 561 009 F et son bénéfice à 1 267 133 F ; que cette société s'est livrée à une pratique anticoncurrentielle à l'occasion des marchés de Saint-Martin-du-Touch ; qu'au regard des éléments généraux et particuliers relevés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 100 000 F ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Sopreco en 1997, dernier exercice connu, s'est élevé à 43 106 219 F et son bénéfice à 863 780 F ; que cette société s'est livrée à une pratique anticoncurrentielle à l'occasion des marchés de Saint-Martin-du-Touch ; qu'au regard des éléments généraux et particuliers relevés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 50 000 F ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Giesper au cours de l'exercice clos le 30 septembre 1997, dernier exercice connu, s'est élevé à 53 902 491 F et son bénéfice à 281 236 F ; que cette société s'est livrée à des pratiques anticoncurrentielles à l'occasion des marchés de Saint-Martin-du-Touch et de Lamasquère ; qu'au regard des éléments généraux et particuliers relevés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 200 000 F ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Socat en 1997, dernier exercice connu, s'est élevé à 13 304 237 F et sa perte à 1 480 563 F ; que cette société s'est livrée à une pratique anticoncurrentielle à l'occasion des marchés de Saint-Martin-du-Touch ; qu'au regard des éléments généraux et particuliers relevés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 50 000 F,

Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que les sociétés Copyca, Sogea Midi-Pyrénées (aux droits de laquelle vient la société Sogea Sud-Ouest), Devin Lemarchand (aux droits de laquelle vient la Société auxiliaire d'entreprises), Cegelec, La Garonne, Sopreco, Giesper et Socat ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- 400 000 F à la société Sogea Sud-Ouest ;
- 200 000 F à la Société auxiliaire d'entreprises ;
- 2 000 000 F à la société Cegelec ;
- 100 000 F à la société La Garonne ;
- 50 000 F à la société Sopreco ;

200 000 F à la société Giesper ;
50 000 F à la société Socat.

Délibéré, sur le rapport de M. Thierry Bruand, par Mme Pasturel, vice-présidente, président la séance, Mme Boutard-Labarde, MM. Bon, Marleix, Pichon et Thiolon, membres.

Le rapporteur général suppléant,
Jean-Claude Facchin
La vice-présidente,
présidant la séance,
Micheline Pasturel
Annexe 19

Décision n° 99-D-12 du Conseil de la concurrence en date du 17 février 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par le Syndicat national des entreprises de logistique de publicité directe

NOR : *ECOC9910069S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 30 décembre 1998, sous le numéro M 234, par laquelle le Syndicat national des entreprises de logistique de publicité directe a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande de mesures conservatoires formée accessoirement à sa saisine au fond déposée le 25 février 1998 contre La Poste et ses filiales Médiapost, Datapost et Dynapost ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la lettre de M^e Morgan de Rivery, représentant le Syndicat national des entreprises de logistique de publicité directe, enregistrée le 13 janvier 1999 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Considérant que, par la lettre du 13 janvier 1999 susvisée, M^e Morgan de Rivery, agissant au nom du Syndicat national des entreprises de logistique de publicité directe, a déclaré retirer sa demande de mesures conservatoires,

Décide :

Article unique

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 234 est classée.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Philippe Komiha, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

Le rapporteur général suppléant,
Jean-Claude Facchin
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 20

Décision n° 99-D-13 du Conseil de la concurrence en date du 17 février 1999 relative à des pratiques relevées lors de la passation de deux marchés de réhabilitation du centre hospitalier de Manosque

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 8 août 1997 sous le numéro F 979 par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées lors de la passation de deux marchés de réhabilitation du centre hospitalier de Manosque ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la lettre du président du Conseil de la concurrence en date du 26 mars 1998 notifiant au parties et au commissaire du Gouvernement sa décision de porter l'affaire devant la commission permanente, en application de l'article 22 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Chaillan et Ragoucy et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Chaillan et Ragoucy entendus,

Adopte la décision rendue sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Les marchés concernés

Les marchés de travaux en cause concernaient la surélévation, la réfection du toit et le ravalement des façades de l'aile sud du centre hospitalier de Manosque, ainsi que la transformation de la maison de retraite dudit centre hospitalier.

1. En septembre 1995, le centre hospitalier de Manosque a lancé un appel d'offres ouvert, divisé en cinq lots techniques, de rénovation de son aile sud. La date limite de réception des offres était fixée au 20 septembre 1995, à 17 heures. Le lot n° 2, seul concerné par la présente décision, consistait en travaux de démolition, de gros œuvre et de maçonnerie.

Lors de la réunion de la commission chargée de l'ouverture des plis, le représentant de la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a fait observer l'absence d'estimations précises ou fiables par lot et, pour le lot n° 2, la présentation de trois offres seulement, celles de la SA Chaillan Frères (711 503,50 F HT) de la SA Ragoucy (832 525,00 F HT) et de la SARL Juhan Frères (517 687,35 F HT).

Dans le rapport d'analyse des offres, le maître d'œuvre a constaté que les quantités estimées par les entreprises Chaillan et Ragoucy étaient « *quasiment identiques* » et que l'offre de la société Ragoucy était supérieure de 21 % à la moyenne. Déclaré infructueux, parce que mal évalué par le centre hospitalier, le lot n° 2 a fait l'objet d'un nouvel appel d'offres, après réévaluation du lot, auquel ont soumissionné les sociétés Chaillan Frères et Juhan Frères, dont les offres ont été respectivement de 694 820,30 F HT et de 746 055,95 F HT.

Le lot ayant été estimé à 620 000 F HT, la commission a décidé de l'attribuer à la SA Chaillan Frères.

2. L'appel d'offres lancé par le centre hospitalier, en mars 1996, avait pour objet la transformation de la maison de retraite en clinique de médecine et de moyen séjour. La date limite de réception des offres était fixée au 29 avril 1996, à 17 heures. Le lot n° 1, seul concerné par la présente décision, consistait en travaux de démolition, de gros œuvre et de maçonnerie et avait été évalué à 900 000 F HT.

Les trois entreprises précédemment citées ont déposé une offre : la SA Chaillan (1 084 762,00 F HT), la SA Ragoucy (1 152 540,00 F HT) et la SARL Juhan (1 334 064,10 F HT).

Le maître d'œuvre a présenté son rapport d'analyse à la commission d'appel d'offres le 15 mai 1996. En particulier, il a estimé que les offres des soumissionnaires présentaient des écarts injustifiés par rapport à l'estimation et, ayant constaté des erreurs identiques dans les offres des sociétés Chaillan et Ragoucy, a pris contact avec elles. Le responsable de la société Chaillan a déclaré avoir donné son quantitatif à la société Ragoucy « *au motif qu'il ne pensait pas faire d'offre et que Ragoucy était en retard* ».

L'appel d'offres a été déclaré infructueux et la commission a lancé un marché négocié qui a suscité trois offres : celles des sociétés Juhan (1 026 100,70 F HT), Chaillan (957 833,50 F HT) et Barotto (1 354 747,00 F HT). Le lot n° 1 du marché a été attribué à la SA Chaillan, moins-disante.

B. - Les pratiques constatées

Dans le dossier d'étude du marché de travaux de l'aile sud du centre hospitalier de Manosque, la société Ragoucy conservait, le 2 avril 1997, une télécopie comportant la mention : « *fax reçu de 92-72-84-36, Chaillan Frères, 19-09-95, 09 : 25* ». Ce document télécopié est le devis estimatif établi par la société Chaillan, pour le lot n° 2 de ce marché.

M. Pascal Ragoucy a déclaré, le 2 avril 1997, à propos de ce document : « *Nous n'étions pas intéressés par ce marché. Je savais que l'entreprise Chaillan de Manosque était intéressée par cette opération et allait l'étudier. Je lui ai demandé de me faire parvenir un quantitatif afin de faire une offre de courtoisie. Le document que vous me présentez et qui est joint en annexe 2 correspond également à un envoi de Chaillan qui a été fait dans les mêmes conditions.* »

M. Jean-Pierre Chaillan a, pour sa part, déclaré, le 7 mai 1997 : « *Il est exact que j'ai communiqué des éléments de prix à l'entreprise Ragoucy de Gap, à sa demande, parce qu'elle était en retard dans l'étude et afin qu'elle soit en mesure de répondre dans les temps. (...) En ce qui concerne l'appel d'offres des travaux de surélévation de l'aile sud du même centre hospitalier (à la fin de 1995), là aussi j'ai communiqué à Ragoucy des éléments de prix pour les mêmes raisons.* »

Le procès-verbal de la séance du 15 mai 1996 de la commission d'appel d'offres du centre hospitalier de Manosque consacrée au marché de transformation de la maison de retraite mentionnait que le maître d'œuvre y avait réitéré ses affirmations faites lors de la séance précédente selon lesquelles il y aurait eu communication entre les entreprises Chaillan, Ragoucy et Juhan avant le dépôt des plis. M. Régis Chatin, architecte et maître d'œuvre, a déclaré, le 24 octobre 1996 : « *Je suis signataire du procès-verbal de la commission d'appel d'offres du centre hospitalier de Manosque, séance du 15 mai 1996. (...) Je précise que ces commentaires traduisent exactement les commentaires verbaux faits publiquement par le maître d'œuvre (...).* » M. Patrick Charrier, directeur du centre hospitalier de Manosque, a corroboré, le 18 octobre 1996, les déclarations de M. Chatin qui a déclaré, par ailleurs, que le lot n° 1 du marché « *a été déclaré infructueux à la séance précédente, au motif que toutes les offres étaient supérieures à l'estimation de la maîtrise d'œuvre, d'un montant de 900 000 F* ». Il a produit, à cet égard, son propre quantitatif et les comparaisons correspondantes.

On y constate que les quantités retenues par la société Ragoucy sont supérieures à celles retenues par l'entreprise Chaillan, tandis que celles retenues par le troisième soumissionnaire, la société Juhan, soit se rapprochent de l'estimation du maître d'œuvre, soit s'en écartent très largement.

Le devis estimatif contenu dans le dossier d'étude de la société Ragoucy comporte sur la première page la mention : « *fax reçu de ...* », ainsi que les indications de jour et heure

« 13 h 26 - 26-04-96 - 14 h 28 » et, en troisième page, la mention : « 13 h 35 - 26-04-96 - 14 h 38 ». Ce devis estimatif présente de fortes similitudes avec l'offre de l'entreprise Chaillan pour ce qui concerne les quantités et les prix, notamment pour les postes 354, 381, 383 et 3165. Par ailleurs, les quantités de l'offre de l'entreprise Chaillan sont celles du devis que détenait la société Ragoucy, minorées en général d'un point. Enfin, l'offre présentée par l'entreprise Chaillan s'élève à un total de 1 084 762 F (HT) alors que le montant du devis détenu par la société Ragoucy s'élève à 1 198 290 F (HT), soit une différence de 9,5 %, et que celui de l'offre déposée par la société Ragoucy s'élève à 1 152 540 F (HT). Le devis détenu par la société Ragoucy porte une autre mention, la somme de 1 100 000 F accompagnée d'une double flèche inclinée vers le bas, s'analysant comme une indication de baisse.

M. Pascal Ragoucy a déclaré, le 2 avril 1997, à propos de ce marché : « *Nous n'étions pas intéressés par ce marché. Je savais que l'entreprise Chaillan de Manosque était intéressée par cette opération et allait l'étudier. Je lui ai demandé de me faire parvenir un quantitatif afin de faire une offre de courtoisie. Le document que vous me présentez et joint en annexe 1 est le document que m'a fait parvenir Chaillan.* »

M. Jean-Pierre Chaillan a déclaré, le 7 mai 1997 : « *Il est exact que j'ai communiqué des éléments de prix à l'entreprise Ragoucy de Gap, à sa demande, parce qu'elle était en retard dans l'étude et afin qu'elle soit en mesure de répondre dans les temps.* »

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Considérant que, lors de la séance du Conseil du 10 novembre 1998, le représentant de la société Chaillan Frères a fait observer que le dernier chiffre d'affaires réalisé par cette dernière était celui de l'exercice 1997, et non pas celui de l'exercice 1996 qui était alors seul connu du Conseil ; que celui-ci a mis l'affaire en délibéré dans l'attente que ce nouvel élément, qui a été versé au dossier, soit soumis au contradictoire ; que les parties et le commissaire du Gouvernement ont pris connaissance de ce nouvel élément, ont pu présenter des observations à son sujet et ont été régulièrement convoqués à la séance du 17 février 1999 où ils ont présenté oralement des observations complémentaires ;

Sur la notification des griefs à la SARL Ragoucy :

Considérant que, suite aux observations du commissaire du Gouvernement soulignant que la société Ragoucy avait son siège social à Gap alors que des griefs lui avaient été notifiés à l'adresse de son agence de Manosque, une notification de griefs complémentaire a été établie et adressée au commissaire du Gouvernement et aux parties intéressées, parmi lesquelles la SA Ragoucy, à son siège social de Gap ; que les griefs ont donc été régulièrement notifiés à cette dernière ;

Sur les pratiques constatées :

Considérant que les sociétés Chaillan Frères et Ragoucy estiment que la communication d'informations à une entreprise concurrente ne constituerait qu'une présomption de concertation et soutiennent que la preuve d'un échange d'informations anticoncurrentiel ne serait pas rapportée ;

Mais considérant que les documents et les déclarations recueillis établissent, ce qui n'est pas contesté que, pour les deux marchés concernés, la société Chaillan Frères a envoyé à la société Ragoucy, avant la remise des offres, une copie de la soumission qu'elle se proposait de déposer et que la société Ragoucy a établi sa propre soumission en se basant sur celle de la société Chaillan Frères ; que, si M. Ragoucy a qualifié les soumissions de son entreprise d'« offres de courtoisie », il est constant que le dépôt d'une offre « de courtoisie » par l'un des soumissionnaires à un appel d'offres ne suppose pas un échange d'informations entre lui et les autres entreprises soumissionnaires préalablement au dépôt des offres ; que dès lors les

soumissions de la société Ragoucy, supérieures à celles de la société Chaillan Frères, étaient destinées à faire apparaître ces dernières comme moins-disantes et constituaient donc des offres « de couverture » ;

Considérant que, contrairement à ce que soutient la société Chaillan Frères, ni le fait qu'elle aurait été déclarée attributaire des deux marchés concernés parce qu'elle était la moins-disante, après que les appels d'offres initiaux ont été déclarés infructueux, ni la circonstance, à la supposer avérée, que ces appels d'offres initiaux aient été déclarés infructueux en raison d'une mauvaise évaluation par le centre hospitalier de ses besoins, ne sont de nature à écarter la réalité de l'entente et la participation de la société Chaillan Frères à celle-ci ;

Considérant que les échanges d'informations entre les sociétés Chaillan Frères et Ragoucy avaient pour objet et ont pu avoir pour effet de faire obstacle à l'exercice de la concurrence et de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité et l'intensité de la concurrence entre elles pour les deux marchés concernés ; que ces échanges d'informations sont prohibés par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos* » ; qu'en application de l'article 22 de la même ordonnance la commission permanente peut prononcer les mesures prévues à l'article 13, les sanctions infligées ne pouvant, toutefois, excéder 500 000 F pour chacun des auteurs des pratiques prohibées ;

Considérant que, pour apprécier le dommage à l'économie causé par les pratiques des entreprises Chaillan Frères et Ragoucy, il y a lieu de considérer que ces pratiques ont concerné des marchés d'un montant total de plus de 1,5 million de francs ;

Considérant que ces pratiques sont graves en elles-mêmes en ce sens qu'elles ont pour objet et peuvent avoir pour effet de faire obstacle au fonctionnement concurrentiel des marchés concernés et de tromper le maître d'ouvrage sur l'intensité de la concurrence ; que leur gravité doit s'apprécier en outre en tenant compte de ce qu'elles ont été le fait de deux des trois entreprises soumissionnaires, qu'un de leurs deux auteurs a été désigné comme attributaire des marchés considérés et qu'elles ont été mises en œuvre par deux entreprises locales ;

Considérant que la SA Chaillan Frères s'est livrée à des pratiques anticoncurrentielles en communiquant à la société Ragoucy, avant le dépôt des offres, la soumission qu'elle se proposait de déposer pour les deux marchés concernés ; qu'elle a réalisé en France, au cours de l'exercice 1997, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires de 14 424 025 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 70 000 F ;

Considérant que la SA Ragoucy s'est livrée à des pratiques anticoncurrentielles en ayant reçu de la société Chaillan Frères, avant le dépôt des offres, la soumission que celle-ci se proposait de déposer pour les deux marchés concernés et en établissant ses propres soumissions sur la base de ces informations ; qu'elle a réalisé en France, au cours de l'exercice 1997, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires de 29 827 197 F ; qu'en

fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 120 000 F,
Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que les sociétés Chaillan Frères et Ragoucy ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

70 000 F à la SA Chaillan ;

120 000 F à la SA Ragoucy.

Délibéré, sur le rapport de M. Stéphane Dewailly puis de M. Philippe Komiha, remplaçant M. Stéphane Dewailly, empêché, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

Le rapporteur général suppléant,

Jean-Claude Facchin

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 21

**Décision n° 99-D-14 du Conseil de la concurrence en date du 23 février 1999
relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France (TDF)
NOR : ECOC9910137S**

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre en date du 24 février 1994 par laquelle la société Emettel a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée, relative à la liberté de communication ;

Vu les observations présentées par les sociétés Télédiffusion de France et Emettel ainsi que par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Télédiffusion de France et Emettel entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

1. Le secteur d'activité

Il existe différents moyens de diffusion des images et du son, qui sont la diffusion hertzienne, le câble et le satellite.

Selon le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) (*La Lettre*, n° 78, mars 1996) :
« Malgré le développement du câble et du satellite, la diffusion hertzienne terrestre reste, de loin, le principal moyen de mise à disposition du public des signaux audiovisuels, et le restera

sans doute pendant de nombreuses années. La France compte aujourd'hui environ 22 millions de foyers télévisuels. Le nombre de foyers abonnés au service de base du câble est de 1,3 million, et celui des foyers recevant la télévision par satellite est d'environ 1 million. Au total, près de 90 % des Français reçoivent exclusivement la télévision par voie hertzienne terrestre. La diffusion hertzienne des programmes de radio et de télévision utilise une ressource rare, et donc convoitée : le spectre de fréquences.

(...)

« Chaque année, un nombre considérable d'enquêtes sont conduites à la suite de réclamations des usagers. Elles sont essentiellement effectuées par des personnels de TDF agissant sous le mandat du Conseil. La majorité des réclamations sont liées à une mauvaise réception des programmes de télévision, par exemple en cas de création d'une zone d'ombre artificielle liée à la construction d'un nouvel immeuble ou à des brouillages créés par d'autres émetteurs ou, enfin, à des perturbations en provenance d'autres services utilisant des bandes de fréquence différentes telles que la CB ou la toute nouvelle radiomessagerie numérique utilisant la norme européenne Ermès. »

(...)

« Le trop lent développement du câble en France empêchera pendant de longues années encore une éventuelle recomposition des utilisations du spectre hertzien. Au contraire même, le développement probable du numérique terrestre (en particulier par l'intermédiaire du MMDS) consacrera encore longtemps le spectre hertzien comme support privilégié de ces activités fixes ou mobiles. »

Le président du conseil d'administration de la société Télédiffusion de France (TDF) déclarait également à la presse, le 27 avril 1994 (*Écran Total* n° 30) : « La diffusion hertzienne est et restera un moyen de diffusion incontournable, complémentaire du câble et du satellite. C'est - et encore pour longtemps - le seul mode de diffusion qui touche 100 % de la population, puisqu'on estime qu'en l'an 2000 25 à 30 % au mieux des foyers français seront équipés pour la réception du câble ou du satellite. (...) La diffusion hertzienne est très compétitive. Nous diffusons aujourd'hui six chaînes de télévision pour environ 25 centimes par jour et par foyer. »

Selon un document versé au dossier par la société TDF (SES/Astra Satellite Monitors YE/96), le nombre de foyers recevant la télévision par câble et par satellite s'élevait respectivement à 1,40 et 2,36 millions en France en 1996, contre respectivement 10,52 et 17,53 millions en Allemagne. Le satellite est, depuis 1996, le support privilégié de la diffusion des bouquets numériques en France (Canal satellite et TPS).

La diffusion par câble s'adresse prioritairement aux zones urbaines tandis que la diffusion par satellite intéresse davantage les zones rurales, une concurrence entre les deux supports pouvant émerger dans des zones pavillonnaires situées en limite de zones câblées.

Le montant des ressources que tire France Télécom de l'exploitation de son réseau câblé dont elle détient la propriété a récemment amené cet opérateur de télécommunications à demander une revalorisation du montant de la redevance par abonné que lui versent les câblo-opérateurs pour la diffusion des chaînes de télévision dans la mesure où, à la suite d'une demande du Gouvernement, en 1992, France Télécom, qui annonce, au titre de cette activité, des pertes annuelles de l'ordre de 2,5 milliards de francs, s'était engagé à réduire artificiellement le montant de cette redevance pendant sept ans.

Le secteur de la télédiffusion hertzienne est caractérisé par de fortes barrières à l'entrée. Comme le souligne l'étude réalisée par M. le professeur Benzoni, versée au dossier par la société TDF : « l'investissement de 2 milliards de francs pour déployer un système hertzien terrestre national restait (...) une barrière naturelle à l'entrée, insurmontable pour des sociétés de type SARL capitalisées entre 50 000 et 200 000 F, comme le sont les entrants qui ont opté pour cette technologie ».

La même étude indique par ailleurs que *« TDF est structurellement organisée pour offrir des garanties de qualité et de prestations d'un haut niveau de technicité qui ont assis sa réputation sur le marché. Cette réputation (...) conduit à élever les barrières à l'entrée naturelles qui imposent aux entrants de pratiquer des prix inférieurs à qualité supposée égale »*.

La demande principale de diffusion en hertzien émane des chaînes généralistes. En revanche, *« la totalité des projets de chaînes thématiques de Canal Plus s'est (...) orientée vers d'autres modes de diffusion que la diffusion hertzienne terrestre, à savoir la diffusion satellitaire et la diffusion par câble »*.

2. La société Télédiffusion de France SA (TDF)

Créé en 1975, à la suite de la disparition de l'ORTF, TDF était à l'origine un établissement public à caractère industriel et commercial, doté de l'autonomie administrative et financière prévue par la loi du 29 juillet 1982 relative à la communication audiovisuelle. Ainsi, l'article 34 de ladite loi prévoyait qu' *« Un établissement public à caractère industriel et commercial, doté de l'autonomie administrative et financière, est chargé d'assurer la diffusion en France et vers l'étranger, par tous procédés de télécommunication, des programmes du service public de la radiodiffusion sonore et de la télévision. Il est chargé d'assurer la diffusion des autres services de télévision par voie hertzienne et, le cas échéant, de bénéficiaires des autorisations délivrées en application de l'article 78 de la présente loi. A ce titre, il participe à la conception, à l'installation, à l'exploitation et à l'entretien des réseaux de distribution de la communication audiovisuelle »*.

Les trois derniers alinéas de cet article 34 précisaient, par ailleurs, que *« Dans les bandes de fréquences affectées par l'État aux services de radiodiffusion sonore et de télévision, l'établissement public élabore le plan de répartition des fréquences, contrôle leur utilisation et protège la réception des signaux. Il définit et contrôle les caractéristiques techniques des signaux et des équipements de diffusion utilisés par les bénéficiaires des autorisations délivrées en application des dispositions de l'article 78 de la présente loi. Il procède aux recherches et collabore à la fixation des normes concernant les matériels et les techniques de radiodiffusion sonore de télévision »*.

La loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée, définit dans son article 51 le cadre dans lequel opère désormais TDF. Selon cet article, *« Une société dont les statuts sont approuvés par décret, et dont la majorité du capital est détenue par des personnes publiques, assure la diffusion et la transmission, en France et vers l'étranger, par tous procédés de télécommunication, des programmes des sociétés nationales mentionnés à l'article 44. Elle peut offrir, concurremment avec d'autres opérateurs, tous services de diffusion et de transmission aux exploitants de services de communication audiovisuelle. Elle a vocation à procéder aux recherches et à collaborer à la fixation des normes concernant les matériels et les techniques de radiodiffusion sonore et de télévision. Elle est soumise à la législation sur les sociétés anonymes, sous réserve des dispositions contraires de la présente loi. Un cahier des charges, approuvé par décret en Conseil d'État, fixe les obligations de la société, compte tenu notamment des impératifs de la défense nationale et du concours qu'elle est tenue d'apporter au fonctionnement du Conseil supérieur de l'audiovisuel »*.

Les statuts de TDF ont été approuvés par le décret n° 87-433 du 4 juin 1987. L'article 2 des statuts a précisé l'objet de la société. Cette entreprise a pour mission, conformément à l'article 51 de la loi n° 86-1067 précitée :

« – d'assurer la diffusion et la transmission, en France et vers l'étranger, par tous procédés de télécommunication, des programmes des sociétés nationales du secteur public de la communication audiovisuelle ;

« – d'effectuer les missions de service public qui lui sont confiées par le cahier des charges prévu au quatrième alinéa de l'article de la loi ci-dessus mentionnée et pour lesquelles elle est rémunérée conformément à l'article 53 de la même loi ;

« – d'ouvrir tous services de télécommunication, notamment de diffusion, de transmission et de réception, en France et à l'étranger ;

« – de procéder aux recherches et de collaborer à la fixation des normes concernant les matériels et les techniques de radiodiffusion sonore et de télévision ;

« – d'offrir, dans le domaine de sa compétence, toutes prestations d'ingénierie, d'assistance technique ou tout autre service ;

« – de participer par tous les moyens à toutes entreprises ou sociétés se rapportant à l'objet social, notamment par voie de création de société nouvelle, d'apport, de fusion, de société de participation ;

« – de participer, de manière générale, à toutes activités susceptibles de concourir à la réalisation de l'objet social. »

Depuis le 1^{er} janvier 1991, la société TDF, qui est devenue une filiale à 100 % de France Télécom, est une société de droit privé appartenant au secteur public et qui a des obligations de service public.

Le réseau de TDF :

Par l'intermédiaire des réseaux hertziens TV 1, TV 2 et TV 3, TDF assure le transport et la diffusion des chaînes TF 1, France 2 et France 3 en ondes décimétriques (UHT). Ces réseaux constitués dans les années 60, par le moyen d'émetteurs puissants, situés sur des « points hauts », devaient à l'origine permettre la desserte de 87 % de la population située sur le territoire national. Les « points hauts » constituent le réseau principal qui comprend environ une centaine de stations situées en altitude (tour Eiffel, pic du Midi, mont Ventoux, tour de Fourvière, etc.). S'ajoutent à ces réseaux principaux des réseaux secondaires, également souvent situés sur des points hauts, devant desservir 12 % de la population. Ils sont destinés à permettre la réception des émissions dans les « zones d'ombre » dues à des obstacles naturels ou artificiels.

La société TDF indique à ce sujet, dans un ouvrage intitulé « *Télédiffusion de France, une histoire en marche* » : « Dans l'attente de pouvoir recourir à des réseaux câblés communautaires, la technique alors en vigueur pour réduire ces zones d'ombre consistait à implanter sur des points hauts judicieusement choisis des réémetteurs. Une tâche très longue, techniquement difficile et économiquement lourde, menée en collaboration avec les collectivités locales concernées et aidée financièrement par la Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale (la DATAR). » Le même ouvrage souligne qu'au moment de l'ouverture du marché de la diffusion des chaînes privées, TDF disposait de « deux atouts majeurs par rapport à ses concurrents potentiels : le seul réseau couvrant l'ensemble du territoire et des installations sur la plupart des meilleurs points hauts de France ».

Le réseau TV 4 sur lequel est, pour partie, diffusé Canal + a été constitué dans les années 80. Il a repris la structure et les bandes de fréquence de l'ancien réseau noir et blanc (ondes métriques VHF). Le réseau de TV 4 est constitué d'une centaine de stations principales et d'environ 300 stations secondaires, ces stations étant situées dans les emprises des réseaux TV 1, TV 2 et TV 3. Les réseaux TV 5 et TV 6, qui diffusent respectivement les chaînes Arte et M 6 et qui ont également été établis dans les années 80, utilisent les fréquences en ondes décimétriques laissées libres par les réseaux TV 1, TV 2 et TV 3. Ces réseaux s'appuient sur environ 90 stations principales et 800 stations complémentaires.

Télédiffusion de France disposait, au moment des faits, d'un total de 6 413 points de diffusion (autant par station que de programmes diffusés) : 644 points pour les réseaux principaux et 5 769 pour les réseaux secondaires.

En vertu de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, la société

TDF, qui opère par voie hertzienne, détient le monopole de la diffusion des chaînes publiques et se trouve en situation de concurrence pour ce qui concerne la diffusion des chaînes privées. TDF exploite plus de 99 % des fréquences TV autorisées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel (soit environ 4 000 fréquences) et 30 % environ des fréquences autorisées par ce même Conseil pour la radiodiffusion sonore.

La société TDF assure également des services pour le compte des opérateurs téléphoniques par l'intermédiaire de son service « points hauts ».

3. Les autres intervenants

La société EMETTEL, créée en 1991, a pour objet social : « *toute activité ayant rapport de près ou de loin avec la communication et tout particulièrement les études, la fabrication et la mise en œuvre d'émetteur de télévision, et plus généralement toutes opérations (...) se rattachant à l'objet susindiqué ou à tous autres objets de nature à favoriser le but poursuivi par la société, son extension ou son développement* ».

Au moment des faits, les principaux fabricants de matériel de diffusion étaient les sociétés Thomcast, appartenant au groupe Thomson, et Velec. D'autres sociétés, de taille plus modeste, telles les sociétés Space et Miravette, intervenaient également dans les secteurs de l'installation et de la maintenance d'émetteurs de télévision en concurrence avec la société TDF, qui ne fabrique pas de matériel.

Le responsable de la société EMETTEL a déclaré par procès-verbal d'audition en date du 13 novembre 1997 : « *EMETTEL n'est pas diffuseur dans la mesure où nous n'intervenons pas à la demande des chaînes, qui obtiennent les autorisations d'émission, mais à la demande des collectivités publiques. Nous intervenons en revanche sur le marché de l'installation et de la maintenance des matériels en concurrence avec TDF. Néanmoins, TF 1 a engagé des négociations avec Emettel en matière de diffusion, sans aboutir, ce qui implique que nous sommes concurrents potentiels sur le marché de la diffusion.* »

4. Les pratiques de la société TDF

L'utilisation des sites par TDF :

Un site de diffusion par voie hertzienne comprend un terrain aménagé, mis à disposition de l'opérateur par les collectivités territoriales, sur lequel est construit un local destiné à abriter les matériels de diffusion et sur lequel est installé un pylône destiné à la pose des antennes.

Confrontée aux demandes de maires désireux d'améliorer la desserte de leurs communes par d'autres chaînes que les trois principales chaînes nationales, TF 1, Antenne 2 et France 3, TDF, qui avait obtenu l'exclusivité de l'exploitation de la plupart des stations, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 30 septembre 1986, s'est opposée à l'utilisation de certains sites par les collectivités territoriales concernées.

Ainsi, courant 1991, le maire de Coulombs (28) a contacté la société EMETTEL au sujet de l'installation de matériel nécessaire à la réémission de La Cinq, de M 6 et éventuellement de Canal Plus. En réponse à cette initiative, la société TDF a déclaré, le 25 novembre 1991 : « *J'ai eu connaissance par notre correspondant local en Haute-Normandie de votre projet d'installation de Canal Plus, 5^o et 6^o chaîne sur le site de Coulombs, et manifestement dans le local mis à disposition de TDF par convention du 11 juin 1979. Je n'ai pas manqué d'être surpris par cette décision de la municipalité qui ignore les dispositions de ladite convention et celles de la loi du 30 septembre 1986. Je vous rappelle que d'après l'article 4 de la convention du 11 juin 1979, la station est réservée exclusivement à l'installation et à l'exploitation des réémetteurs décrits dans les articles 5 et 6 suivants, soit 1^{re}, 2^e et 3^e chaînes. Il est entendu que toute adjonction d'équipements ultérieurs doit faire l'objet d'un accord*

tripartite entre TDF, la municipalité et le tiers extérieur. Vu que dans ce local sont diffusées deux chaînes publiques, A 2 et FR 3, dont la diffusion obéit toujours à des considérations de défense en cas de troubles sur le territoire national, il est exclu qu'un tiers à TDF accède à ce local (...). Afin de réaffirmer ces points, je n'hésiterai pas à aller devant le tribunal administratif... »

Le 13 mai 1991, le maire d'Orbeil (63) s'adresse en ces termes à TDF : « (...) j'ai l'honneur de vous confirmer la position du Conseil municipal soit : accord pour l'installation par TDF d'une station de base SFR (radio téléphone) à l'intérieur du local et sur le pylône du relais télévision ORBEIL II "Le Chauffour". Cet accord est toutefois lié à un accord de réciprocité concernant l'installation par la commune d'Orbeil, d'antennes émettrices 5^e, 6^e chaîne et Canal + sur le pylône du relais, comme nous en avons convenu lors de notre entrevue. L'accord de la commune d'Orbeil vous sera donc acquis dès que vous nous aurez confirmé l'accord de TDF pour l'utilisation du pylône (...) ».

Le 27 juin 1991, la société TDF déclare au maire d'Orbeil : « Vous avez bien voulu nous autoriser, ce dont je vous remercie, à utiliser une partie du bâtiment de la station réémettrice desservant votre commune pour l'installation de nos propres équipements. Je profite de l'occasion qui m'est ainsi donnée pour vous confirmer l'accord de TÉLÉDIFFUSION DE FRANCE pour la mise à votre disposition, sur la pylône dont nous sommes propriétaires dans cette station, d'un emplacement situé entre dix et treize mètres de hauteur, en vue de l'installation de vos antennes TV 5, M 6 et CANAL PLUS. Cette autorisation vous est accordée sous réserve que les antennes soient installées conformément aux normes retenues par notre société, qu'elles n'apportent aucune gêne au fonctionnement des matériels déjà installés dans la station et que leur entretien soit assuré par nos équipes (...). »

Les responsables de TDF ont reconnu, au sujet de la situation à Orbeil II : « En ce qui concerne Orbeil II, il y a une négociation pour prise à bail du site, la situation juridique étant celle de 1985. TDF a accepté que la collectivité installe du matériel de diffusion pour La Cinq, M 6 et Canal Plus en contrepartie de l'autorisation d'utiliser le site pour les radiocommunications (SFR). Nous ne procédons pas à la maintenance du matériel installé pour la diffusion de La Cinq, M 6 et Canal Plus. »

Dans une lettre en date du 17 septembre 1992, le directeur régional Centre-Est de la société TDF déclare au maire de la commune de Belmont-de-la-Loire (42) que l'installation de deux réémetteurs supplémentaires dans la station de réémission de « Montaigut » constitue une « violation manifeste des engagements souscrits » et « peut faire courir un grave danger à nos personnels ». Le responsable de la société TDF demande au maire de la commune concernée de « faire procéder, sans délai, au démontage des installations frauduleusement mises en place », et ce sous la menace de l'engagement, le cas échéant, des actions juridiques « nécessaires tant au plan pénal qu'au plan civil ».

Le responsable des services techniques de la commune de Marcoussis (91) a déclaré par procès-verbal d'audition, le 30 juin 1994 : « Depuis l'installation en 1991 de deux réémetteurs "La 5" et "M 6" par VIDÉOSPACE, les habitants de Marcoussis se plaignent d'une mauvaise réception à certains endroits de la commune. Aussi, depuis nous cherchons à résoudre ce problème, soit par rehaussement coûteux du pylône existant, soit en utilisant le site concédé à TDF (...) par la mairie pour l'émission des trois premières chaînes. Les discussions avec les responsables de TDF conduisent à un refus d'installer le matériel acheté par la commune sur ce site concédé au motif que ce matériel de marque GERITEL n'est pas agréé par TDF. A la demande de la commune de dénoncer le contrat d'exclusivité du site concédé à TDF, cette société ne nous propose comme solution que l'acquisition du site. Ainsi le concessionnaire, TDF n'envisage que la propriété accompagnée de l'installation d'un nouveau matériel payé par la commune et entretenu par TDF aux frais de la commune. »

La société TDF a donné son accord pour que le pylône de la station de Langeais (37) soit

utilisé par un autre prestataire que lui. Le maire de Langeais a déclaré que cet accord avait été facilité (*« par l'autorisation donnée à TDF de maintenir les équipements de SFR dans le local appartenant à la mairie »*).

A la fin de l'année 1993, le maire de Bulgnéville (88) décide, en dépit de l'opposition de la société TDF, de faire installer des équipements de télévision sur le pylône installé par TDF pour les besoins de la société SFR. La société TDF procède au démontage de l'installation. Par lettre en date du 7 janvier 1994, le maire de Bulgnéville informe la société TDF qu'il a décidé de demander à la société Emettel de procéder au remontage des équipements *« sur le site du réservoir »*. Ces pratiques ont déclenché, de la part de la société TDF, l'ouverture de procédures devant le tribunal administratif de Nancy et devant le tribunal de grande instance d'Epinal. Un arrangement semble toutefois avoir été trouvé entre les parties dans la mesure où les responsables de la société TDF ont déclaré, le 11 décembre 1997 : *« En ce qui concerne la commune de Bulgnéville, un bail d'une durée de quinze ans a été conclu entre la commune et TDF. Sur ce site sont diffusés les programmes de Canal Plus (prise en charge de la maintenance par la commune), la diffusion de M 6, Arte et La Cinq étant intégrée dans le contrat de diffusion nationale. Sont en outre réalisées sur le site des prestations de radiocommunication pour France Télécom et pour SFR. »*

Le directeur régional de la société TDF déclare au maire du Moloy (21), le 25 février 1992 : *« (...) J'ai le plaisir de vous faire savoir qu'il est bien entendu envisageable d'équiper pour La Cinq et M 6 la station réémettrice desservant déjà votre commune en télévision publique (...) le matériel mis en œuvre doit répondre aux spécifications imposées par les chaînes elles-mêmes, faute de quoi celles-ci ne déposent pas le dossier de demande de fréquence sur le bureau du CSA (...) Par ailleurs, la mise en œuvre de matériels artisanaux en dehors des règles imposées ne permettrait pas à votre commune de bénéficier des aides consenties à cet effet par le conseil général. »* Le 12 novembre 1992, le directeur régional Centre-Est de la société TDF soutenait que : *« dès l'instant où un autre organisme, quel qu'il soit, peut librement accéder à ces équipements et en installer d'autres, non seulement TDF n'est plus en mesure de remplir ses obligations vis-à-vis des chaînes et vis-à-vis du public mais, de plus, la sécurité de ses agents ne peut plus être assurée du fait des risques électriques encourus »*, et indiquait : *« il convient d'appeler l'attention de M. le maire sur l'obligation qui lui sera faite, s'il donne suite à son projet, en sa double qualité de gestionnaire des fonds de la commune et de premier magistrat municipal - de faire poser une séparation dans le bâtiment existant ou de doubler celui-ci - de faire construire un second pylône en dehors de la zone de dégagement de l'ouvrage existant en veillant à ce que la nouvelle installation ne perturbe pas les installations existantes » ;*

Le 13 juin 1994, le président du Syndicat mixte départemental de télévision des Alpes-Maritimes informe les maires du département que TDF souhaite utiliser les 55 stations mises à sa disposition par les collectivités publiques concernées aux fins d'exploiter un nouveau service de télécommunication avec les mobiles et qu'à cette occasion cette société désire obtenir la cession des installations *« en laissant à votre (leur) charge la plupart des responsabilités de la collectivité »*. Dans la même correspondance, le responsable déclare : *« le Syndicat mixte de télévision souhaite qu'une négociation plus équilibrée permette d'utiliser ces infrastructures installées avec de l'argent public, dans le respect de la loi et des intérêts de nos concitoyens »*.

Dans une autre lettre du 30 août 1994, le président du Syndicat mixte départemental de télévision, après avoir rappelé qu'une subvention de 36 millions de francs avait été dégagée par le conseil général afin d'améliorer la desserte en télévision du département (diffusion de Canal Plus, Arte et M 6) et qu'une étude de 350 000 F avait été payée à ce sujet à TDF, indique que l'étude n'a pas abouti *« en raison des coûts de fonctionnement très élevés réclamés par TDF (1,5 MF TTC par an et par programme pour desservir 70 000 habitants),*

prix jugé exorbitant et non recevable ». Dans la même correspondance, le responsable concerné déclare que, « *tant que cette négociation n'est pas terminée, ce (le) syndicat n'a pas intérêt à céder à TDF, comme il l'a réclamé auprès de tout le monde, la propriété des points hauts.* »

Dans le projet de convention d'installation, d'exploitation et de maintenance des sites et des stations radioélectriques des Alpes-Maritimes, la société TDF avait envisagé l'« *accueil d'opérateurs tiers sur les sites* », au vu d'une procédure qui prévoyait l'utilisation commune du pylône.

Le couplage des opérations de maîtrise d'œuvre et de maintenance :

Lorsque la société TDF intervient comme maître d'œuvre d'un projet d'installation de matériel de diffusion, cette entreprise distingue deux cas selon que la maintenance du matériel est ou non assurée par elle :

- dans le premier cas, le tarif appliqué pour la maîtrise d'œuvre est de 5 % du montant du matériel, la prestation de maintenance globale (préventive et corrective) étant facturée en sus ;

- dans le second, le tarif est de 10 % du montant de l'investissement, la prestation de maintenance corrective étant également facturée en sus.

Le directeur régional de la société TDF de la région Centre-Est a en effet déclaré, au sujet de la maîtrise d'œuvre : « *le forfait d'ingénierie demandé par TDF est de 5 % pour les prestations ci-dessus lorsque la maintenance est assurée par notre société, et de 10 % dans le cas contraire* ».

Par ailleurs, selon les éléments communiqués, la société TDF propose « *trois tarifs de maintenance* » (A, B et C) et « *exceptionnellement, un tarif de maintenance corrective seule* ». Les tarifs A (avec accueil sur les infrastructures) et B (hors accueil sur les infrastructures) incorporent la maintenance dite « *préventive* » et la maintenance dite « *corrective* ». Le tarif C ne concernait que les « *affaires antérieures à 1991* ». La société TDF a indiqué : « *La prestation de maintenance globale permet d'assurer une qualité de diffusion et une continuité de service optimum, c'est pourquoi la maintenance corrective seule est proposée à titre exceptionnel.* »

Le chiffre d'affaires de maintenance uniquement « *corrective* » facturée aux collectivités locales et le nombre de sites concernés en 1991, 1992 et 1993 s'élèvent respectivement à 2 951 F pour un site, 0 F et 7 176 F pour deux sites.

La société TDF a déclaré : « *TDF ne facture pas de maîtrise d'œuvre au taux de 10 % aux collectivités locales.* »

Les prestations de « *maintenance globale* » (préventive et corrective) facturées aux collectivités locales durant les mêmes années excèdent la somme de 8 millions de francs en 1991, 7 millions de francs en 1992 et 10 millions de francs en 1993.

Le maire de la commune de Verrey-sous-Salmaise (21) concernée a déclaré : « *A ce jour, le projet d'installer des réémetteurs pour les chaînes 5 et 6 (également la quatre, Canal +) est abandonné. Cet abandon résulte du coût trop élevé, par rapport à nos ressources, tant de l'investissement, malgré la subvention envisageable de 35 % du Conseil général de la Côte-d'Or, que de la charge annuelle des frais de maintenance.* »

Le projet d'extension « *diffusion télévision* » à Gif-sur-Yvette adressé, le 3 septembre 1991, au maire de la commune prévoit la réalisation d'une prestation d'ingénierie au taux de 5 % accompagnée d'une prestation de maintenance globale forfaitaire. La proposition faite au maire de Neufchâteau (88), le 12 avril 1994, contient la même disposition.

La convention-cadre mise en place par TDF, à l'occasion du financement par la collectivité territoriale de Corse et les collectivités territoriales concernées d'installations destinées à la diffusion des programmes de chaînes publiques :

Les responsables de la société TDF ont ainsi résumé la situation en Corse, lors de leur

audition en date du 11 décembre 1997 : *« Il existait une convention-cadre de 1993 relative à la Corse, élaborée pour la résorption des zones d'ombre de France 2, France 3 à partir du début de l'année 1993. Ce plan devait intégrer plusieurs personnes : TDF, le conseil régional, les collectivités locales, les chaînes étant invitées à prendre en charge les frais de fonctionnement des émetteurs (coût de la diffusion). Il y avait un calendrier de mise en place mais le plan n'a pas été appliqué. Le projet initial prévoyait une vingtaine d'émetteurs et 14 réseaux câblés.*

« Aujourd'hui 5 stations seulement ont vu le jour, 2 réseaux câblés et 3 réémetteurs. L'échec semble résulter du refus des chaînes publiques de prendre en charge le prix de la diffusion, ce qui renvoyait vers les collectivités publiques la charge correspondante. »

Une convention cadre a effectivement été signée, le 3 février 1993, entre la région de Corse et TDF, *« compte tenu de la volonté exprimée par la collectivité d'améliorer, dans les meilleurs délais, la situation des 17 341 habitants, actuellement défavorisés, mal desservis par le service public »* et afin de réaliser un programme destiné à la *« résorption des zones d'ombre affectant la Corse »*. Ce programme comprenait la construction de stations destinées à la diffusion par voie hertzienne et de réseaux câblés.

Cette convention cadre prévoyait la mise en place de conventions particulières entre les communes ou syndicats de communes concernés et TDF. Le montant de la subvention d'équipement de la collectivité concernée s'élevait à 40 % du montant de l'investissement en équipements techniques (pylônes, antennes, multiplexeurs, réémetteurs).

L'annexe B 1 à la convention cadre stipulait en son article 2 : *« TDF se réserve la possibilité de diffuser à partir de la station, objet de la présente convention, des services de diffusion, de radiocommunication ou de transmission radioélectrique figurant à son catalogue commercial autres que ceux initialement prévus à la convention-cadre »* et indiquait : *« TDF accepte la cession ou la location du terrain et du bâtiment en contrepartie de l'exclusivité de l'utilisation du site comme précisé à l'alinéa ci-après. »*

L'article 3 de l'annexe B 2 à la convention cadre mentionnait : *« les sociétés de programmes du secteur public France 2 et France 3 ayant différé l'intégration de la station à leur réseau, les frais d'exploitation et de maintenance correspondants sont pris en charge par la collectivité pendant une période de deux ans pleins (...) puis ensuite par la commune au-delà de cette période »*. L'article 4 du même document précisait qu'aux termes d'une durée de dix ans, et lorsque TDF sera amené à renouveler les équipements, TDF proposera à la commune le choix du taux de subvention, lequel *« déterminera le montant du coût de la prestation d'exploitation et de maintenance »*.

Selon la société TDF, trois communes : L'Ile-Rousse, Morasaglia et Bastia, ont accepté, soit de céder leur site, soit de le louer à titre exclusif à TDF.

L'accord signé, en 1991, entre la société TDF et TF 1 :

La société Télédiffusion de France a conclu, en 1991, un accord de diffusion avec la chaîne TF 1, pour une période de cinq ans. L'article 17 de cette convention précisait, au sujet des stations de diffusion concernées par l'accord : *« 17.1. Il est expressément convenu entre les parties que TF 1 pourra demander à TDF une réduction du nombre des stations B dans la limite de 4 % par an du nombre total des stations B. La réduction totale du nombre des stations B est donc limitée, sans report possible d'une année sur l'autre, à : 126 à la fin de l'année 1991, 252 à la fin de l'année 1992, 378 à la fin de l'année 1993, 504 à la fin de l'année 1994 et 630 à la fin de l'année 1995 ; 17.2. Cette demande sera prise en compte par TDF sous les conditions suivantes : TDF consentira à TF 1 une baisse du prix du service correspondant à la réduction du nombre des stations B, conformément à l'annexe 12 ci-après "sortie partielle". TDF ne sera tenue d'aucune obligation ayant pour but de compenser une conséquence négative pour TF 1 de la réduction du nombre des stations, la zone desservie évoluera en conséquence de la demande de TF 1 ; 17.3. Il est expressément convenu entre les*

parties que dans l'hypothèse où, préalablement à la suppression effective d'une station B, TF 1 envisagerait de construire une autre station, TDF pourra faire des propositions à TF 1 et bénéficier, à tarif et à niveau de qualité de prestation comparables, d'un droit de préférence sur d'autres prestataires potentiels. »

La pratique consistant, de la part de TDF, à demander aux collectivités territoriales le remplacement du matériel installé par certains installateurs comme étant non conforme à des spécifications techniques ;

Le 3 mars 1993, la société TDF déclarait au maire de la commune de Belmont-de-la-Loire : « Vous me demandez d'ailleurs, dans le cas où la chaîne elle-même refuserait, comme c'est le cas, de prendre à son compte les dépenses de maintenance, de vous indiquer à quel tarif TDF est susceptible de facturer celles-ci à votre commune. Je suis au regret de vous faire savoir que notre société ne peut garantir le fonctionnement et le suivi de qualité de matériels ne répondant initialement pas aux normes et pour cette raison, ne peut vous proposer cette prestation avec le matériel installé. »

Le responsable des services techniques de la commune de Marcoussis (91) a déclaré, par procès-verbal d'audition, le 30 juin 1994 : « Depuis l'installation en 1991 de deux réémetteurs "La 5" et "M 6" par VIDÉOSPACE, les habitants de Marcoussis se plaignent d'une mauvaise réception à certains endroits de la commune (...) Les discussions avec les responsables de TDF conduisent à un refus d'installer le matériel acheté par la commune sur ce site concédé au motif que ce matériel de marque GERITEL n'est pas agréé par TDF (...). Ainsi le concessionnaire, TDF n'envisage que la propriété accompagnée de l'installation d'un nouveau matériel payé par la commune et entretenu par TDF aux frais de la commune ».

Le contrat de vente conclu, le 11 août 1993, entre la société TDF et la commune de Gif-sur-Yvette fait ressortir que TDF a demandé le remplacement, à ses frais, du matériel de marque Emmetel installé sur le site pour la diffusion de Canal Plus, La Cinq et M 6 au motif que ce matériel ne correspondait pas à des « normes techniques précises pour garantir la qualité du service ». Un nouveau contrat de maintenance a, dans le même temps, été signé entre les parties au sujet du nouveau matériel installé par TDF.

Enfin, le contrat de vente signé entre TDF et la commune de Langeais, en juin 1993, indique : « Sachant que TDF n'utilise que du matériel correspondant à des normes techniques précises pour garantir une qualité du service, et sachant que le matériel acheté en 1991 par la collectivité ne correspond pas pour TDF à ces normes techniques, il ressort que la collectivité se doit de procéder à l'achat d'un nouveau matériel. »

5. Les griefs retenus à l'encontre de la société TDF, au stade du rapport définitif

Les griefs retenus au stade du rapport définitif ont été notifiés dans les termes suivants aux parties et au commissaire du Gouvernement :

« En refusant l'accès aux "points hauts" dont elle dispose et en imposant des clauses d'exclusivité aux communes au titre notamment des conventions d'émission conclues avec des communes, dans les conditions qui ont été ci-dessus analysées, la société Télédiffusion de France a exploité de manière abusive son monopole pour entraver le jeu de la concurrence sur le marché de l'installation et de la maintenance des matériels de réémission à la demande des collectivités publiques et, potentiellement, sur celui de la diffusion de programmes de télévision émis par les autres chaînes privées. En faisant pression auprès des responsables de collectivités publiques pour acquérir l'exclusivité de l'usage des stations de réémissions à des fins commerciales, la société TDF a également abusé du monopole qu'elle détient sur la diffusion des programmes de chaînes publiques et de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la diffusion des programmes de chaînes de télévision privées.

« En faisant supporter à la collectivité territoriale de Corse et les communes concernées un ensemble de charges relatives aux investissements de nature à permettre la desserte de ces communes en programmes de chaînes publiques, la société TDF a également abusé de la position dominante qu'elle détient sur plusieurs marchés, notamment sur celui de la télédiffusion de chaînes publiques sur lequel elle dispose d'un monopole légal.

« En ayant introduit une clause limitative de concurrence dans le contrat conclu en 1991 avec TF1, et en exigeant des collectivités publiques déjà équipées la dépose des matériels considérés comme non conformes à des spécifications qui lui sont propres comme préalable à ses prestations de maintenance, la société Télé Diffusion de France exploite abusivement la position dominante qu'elle détient sur le marché de la diffusion et de la maîtrise d'œuvre dans le secteur considéré.

« En couplant les prestations de maître d'œuvre et de maintenance et en exigeant des collectivités locales qu'elles procèdent au remplacement de leur matériel de réémission en vue de permettre leur maintenance, TDF exploite de façon abusive la position dominante qu'elle détient sur le marché de la maîtrise d'œuvre.

« Ainsi, à ce stade de la procédure, il y a lieu de retenir, pour ces différentes pratiques, les griefs notifiés du chef d'abus de position dominante à la société Télé Diffusion de France sur le fondement des dispositions du 1 de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui prohibe, lorsqu'elle a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché "l'exploitation abusive pour une entreprise ou un groupe d'entreprises :

« 1. D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;

« En revanche, le grief notifié au sujet de la pratique de prix suivie par la société TDF est abandonné à ce stade du débat contradictoire". »

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

En ce qui concerne la procédure :

Sur la durée de la procédure :

Considérant que la société TDF déclare que les faits qui lui sont reprochés *« remontent pour les plus anciens à 1988 et pour la plupart d'entre eux aux années 1990 et 1991 »* ; que, selon cette entreprise, le délai séparant ces faits de la première notification de griefs ne constitue pas un « délai raisonnable » au sens de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 ; que la société TDF demande en conséquence au Conseil « d'annuler » la procédure ;

Mais considérant, en premier lieu, que, contrairement à ce que déclare la société TDF, aucune pratique ayant fait l'objet des griefs retenus au stade du rapport ne remonte aux années 1988 et 1990, la plupart des faits examinés s'étant déroulés au cours des années 1992, 1993 et 1994 ;

Considérant, en second lieu, que la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation pour le Conseil de se prononcer dans un délai raisonnable résultant de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas l'annulation de la procédure mais la réparation du préjudice résultant, le cas échéant, de la durée excessive de cette procédure ;

Considérant, au surplus, que le délai raisonnable prescrit par la Convention susmentionnée doit s'apprécier au regard de l'ampleur et de la complexité de la procédure ; que, si un délai d'environ cinq ans s'est écoulé entre les faits relevés lors de l'enquête et la première notification de griefs, la complexité du dossier, attestée par l'« expertise économique » effectuée par le professeur Laurent Benzoni à la demande de la société TDF, et

l'importance du dossier, constitué de plus de 3 500 pièces, justifient ce délai ; que la demande de la société TDF tendant à ce que le Conseil « annule » l'ensemble de la procédure en raison de sa durée doit être rejetée ;

Sur le moyen selon lequel le rapporteur ne pouvait procéder, de son propre chef, à une notification de griefs complémentaire :

Considérant que la société TDF soutient, d'une part, que, la notification de griefs du 13 février 1997 n'ayant pas été soumise « pour décision » au Conseil, le rapporteur ne pouvait, de sa propre autorité, notifier un grief nouveau portant sur des faits « nécessairement connus et analysés par le rapporteur initialement désigné » dans la mesure où, selon elle, l'absence de grief, de ce chef, dans la première notification, équivalait à un non-lieu et, d'autre part, que la décision de poursuivre la procédure aurait dû être prise par le Conseil de la concurrence ;

Mais considérant que, contrairement à ce que déclare la société TDF, l'absence de grief relatif au financement d'installations par la collectivité territoriale Corse dans la première notification de griefs ne saurait, en l'absence de proposition de non-lieu notifiée aux parties et au commissaire du Gouvernement, être assimilée à une telle proposition ; qu'en effet, l'article 20 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et l'article 17 du décret du 29 décembre 1986 prévoient le déroulement d'une procédure contradictoire avant le prononcé d'un non-lieu par le Conseil ; qu'en l'absence de mise en œuvre d'une telle procédure TDF n'est pas fondée à estimer qu'elle a « bénéficié d'un non-lieu » pour la pratique ayant fait l'objet d'un grief complémentaire ; que, par ailleurs, il est conforme aux dispositions de l'article 21 de l'ordonnance, ainsi que l'a reconnu la cour d'appel de Paris (arrêt du 19 septembre 1990), que le président du Conseil notifie un ou plusieurs griefs complémentaires retenus par le rapporteur en charge du dossier, dès lors que les parties disposent, comme en l'espèce, d'un délai supplémentaire pour consulter le dossier et déposer de nouvelles observations écrites ;

Sur la « violation du secret des affaires » par le ministre chargé de l'économie :

Considérant que la société TDF fait valoir que le ministre chargé de l'économie est intervenu volontairement, le 12 février 1997, devant la cour d'appel de Nancy, « produisant aux débats et communiquant aux parties le texte intégral du rapport administratif du 31 janvier 1995 » ; que, certaines pages du rapport administratif ayant été écartées du dossier en application d'une décision du président du Conseil de la concurrence en date du 27 janvier 1997, prise sur le fondement de l'article 23 de l'ordonnance, le secret des affaires n'aurait pas été respecté ; que, selon TDF, la divulgation du rapport au cours de cette instance judiciaire entraîne l'irrégularité de la procédure devant le Conseil de la concurrence « dans son ensemble » ;

Mais considérant que le ministre chargé de l'économie ou son représentant peut, pour l'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et conformément aux dispositions de son article 56, « produire les procès-verbaux et les rapports d'enquête » devant les juridictions civiles ou pénales ; que les procédures suivies devant ces juridictions sont autonomes et indépendantes de celles suivies devant le Conseil de la concurrence ; qu'en tout état de cause, la sanction qui s'attacherait à la violation, par le ministre ou son représentant, du secret des affaires protégé par une décision du président du Conseil de la concurrence, ne serait pas la constatation de l'irrégularité de la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence mais la réparation du préjudice pouvant en résulter ;

Sur le moyen relatif à l'« irrégularité de l'enquête » :

Considérant que la société TDF allègue, « en s'appuyant sur de nombreux extraits et citations du rapport administratif », que l'enquête aurait été conduite uniquement à charge, la privant ainsi des garanties d'impartialité qu'elle s'estime en droit d'attendre de la part des enquêteurs de la DGCCRF ; que cette entreprise, qui estime que les investigations des enquêteurs constituent l'élément essentiel du dossier, déclare ne pas avoir bénéficié d'un

traitement équitable ;

Mais considérant, comme le reconnaît la société TDF dans ses observations écrites, qu'« *il est exact que le rapport, ni d'ailleurs le Conseil, n'est lié par les résultats de l'enquête administrative en ce que ni le contenu du rapport ni celui de la décision du Conseil ne sont dictés par les enquêteurs de la DGCCRF* » ; que l'enquête n'étant qu'un acte préparatoire à la mise en œuvre de la procédure contradictoire, laquelle ne débute qu'à compter de la notification de griefs, la société TDF ne peut utilement faire valoir que les conditions dans lesquelles a été menée l'enquête administrative seraient de nature à entraîner la nullité de la procédure suivie devant le Conseil ;

Sur le moyen de la société TDF selon lequel certains faits relatés dans le rapport n'auraient pas donné lieu à l'établissement de procès-verbaux d'audition :

Considérant que la société TDF soutient que les faits mentionnés dans le rapport au sujet des communes de Coulombs, de Vimoutiers, de Gif-sur-Yvette, d'Orbeil, de Belmont-de-la-Loire et de Bulgnéville n'ont donné lieu à aucun procès-verbal d'audition dans les trois ans qui ont suivi les faits : qu'elle fait valoir, par ailleurs, que tous les procès-verbaux d'enquête ne figurent pas en annexes au rapport ;

Mais considérant, en premier lieu, que, contrairement à ce que soutient la société TDF, les pièces mentionnées dans le rapport au sujet des communes de Coulombs et de Vimoutiers jointes en annexe audit rapport ont donné lieu à l'établissement de procès-verbaux d'audition établis respectivement les 28 juin 1994 et 27 juillet 1994 et figurant au dossier sous les cotes 2779 et 3002 ; que, par ailleurs, conformément aux dispositions de l'article 51 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qui prévoit que « *les enquêteurs peuvent, sans se voir opposer le secret professionnel, accéder à tout document ou élément d'information détenu par les services de l'Etat et des autres collectivités publiques* », les enquêteurs se sont fait communiquer, par les services compétents, divers documents détenus par les communes de Gif-sur-Yvette (91) et d'Orbeil (63), respectivement les 12 juillet et 10 octobre 1994 ; que l'article 51 précité n'impose pas que soit rédigé un procès-verbal d'audition lors de la communication de documents détenus par des services de l'Etat ou des collectivités territoriales ; que, s'agissant de la commune de Belmont-de-la-Loire, les documents cités dans le rapport ont été adressés à l'enquêteur par le responsable des affaires juridiques de la société TDF, les 27 et 28 septembre 1994, en vue de préparer l'enquête du 29 septembre 1994 ayant donné lieu à rédaction d'un procès-verbal ; qu'enfin les faits relatés dans le rapport au sujet de la commune de Bulgnéville figurent dans un mémoire introductif d'instance près le tribunal administratif de Nancy rédigé par le conseil de la société TDF et versé au dossier (cote 1262) par cette société, le 24 mars 1994 ;

Considérant, en second lieu, que l'article 21 de l'ordonnance susvisée n'impose de joindre au rapport que les documents sur lesquels le rapporteur se fonde et les observations faites, le cas échéant, par les intéressés ; que le fait que des procès-verbaux d'audition n'aient pas été joints au rapport ne rend pas la procédure irrégulière dès lors qu'il n'est fait état des déclarations consignées dans ces procès-verbaux ni dans le rapport ni dans la décision ; qu'en revanche les documents cités dans le rapport ont été annexés à celui-ci ; que le moyen doit donc être écarté ;

Sur le moyen selon lequel la société TDF n'aurait pu consulter certaines pièces du dossier avant la première notification de griefs ainsi qu'avant l'audition de ses responsables, le 11 décembre 1997 :

Considérant que la société TDF déclare que, « *n'ayant pas été mise en mesure de consulter le dossier avant son audition, le 11 décembre 1997, et notamment n'ayant pu prendre connaissance du rapport complémentaire de la DGCCRF du 27 mars 1996, ni du procès-verbal d'audition de la société Emmettel du 13 novembre 1997, le procès-verbal établi lors de sa propre audition, le 11 décembre 1997, doit être annulé par le Conseil* » ; que cette

société soutient, en outre, que le fait qu'elle n'ait pu consulter le rapport complémentaire avant la première notification de griefs l'a privée d'un élément nécessaire à sa défense ;

Mais considérant, en premier lieu, que, contrairement à ce qu'affirme la société TDF, le rapport complémentaire du 27 mars 1996, dont l'existence était mentionnée dans la première notification de griefs du 13 février 1997, a bien été versé au dossier de consultation ; qu'il était donc loisible à la société TDF, qui avait connaissance de l'existence de ce document, d'en demander la communication, lors de la consultation du dossier au Conseil de la concurrence, après réception de la première notification de griefs ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aucune disposition de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n'impose la communication de pièces de la procédure avant la notification de griefs ; que les responsables de la société TDF ont été entendus par le rapporteur en présence de leurs conseils, le 11 décembre 1997, sans que les personnes entendues n'aient manifesté le désir de consulter le « rapport complémentaire » du 27 mars 1996, lequel se limite à résumer l'état des procédures en cours devant différentes juridictions, alors même que ces personnes avaient connaissance de l'existence de ces pièces ; qu'une notification de griefs complémentaire a été effectuée, le 16 janvier 1998, ouvrant un nouveau délai de consultation du dossier aux parties ; que la société TDF ne conteste pas avoir eu accès à la totalité du dossier après la notification de griefs complémentaire ; qu'ainsi, le principe du contradictoire a été respecté ; que la société TDF reconnaît, par ailleurs, avoir été préalablement informée de l'objet de l'audition de ses responsables, le 11 décembre 1997 ; que le fait que les responsables de la société TDF n'aient pu consulter les pièces avant d'être entendus est sans incidence sur la régularité de la procédure, dès lors que le principe du contradictoire a été respecté et qu'aucune manœuvre déloyale n'a été utilisée par le rapporteur à l'encontre de la société TDF, laquelle n'est donc pas fondée à demander au Conseil d'écarter le procès-verbal du 11 décembre 1997 ;

En ce qui concerne la prescription :

Considérant qu'aux termes de l'article 27 de l'ordonnance le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ;

Considérant, en premier lieu, que, selon la société TDF, la saisine de la société Emmettel ne peut interrompre la prescription des faits ayant donné lieu à des griefs retenus au stade du rapport notifié dans la mesure où la société saisissante aurait entendu saisir le Conseil « *in personam* » et non de pratiques sur un marché ;

Mais considérant que, comme le démontre le procès-verbal en date du 30 novembre 1993 joint à la lettre de saisine, dans lequel la société Emmettel déclarait aux enquêteurs être « *victime de la position dominante de TDF* », l'entreprise saisissante entendait dénoncer le comportement de la société TDF sur le (ou les) marché(s), au regard des règles de concurrence et notamment la pratique de la société TDF consistant « *systématiquement* » à « *mettre en garde* » les collectivités territoriales lors de l'installation de matériels par la société Emmettel ; que le Conseil de la concurrence étant saisi « *in rem* », est donc dénué de portée l'argument de la société TDF selon lequel le Conseil aurait été saisi contre une personne et non du fonctionnement d'un marché ;

Considérant, en deuxième lieu, que la société TDF soutient que les faits relatifs aux communes de Langeais et de Moloy seraient prescrits au motif que le dernier acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction était les procès-verbaux établis respectivement les 28 juillet 1993 et 1^{er} février 1994 ; que la société TDF fait, par ailleurs, valoir que la « convention cadre » relative à la collectivité territoriale Corse, signée le 3 février 1993, n'est « *visée par aucun acte tendant à la recherche, la constatation et la sanction de cette infraction prétendue* », avant le 11 décembre 1997, date d'audition de ses responsables par le rapporteur au Conseil de la concurrence ; que TDF soutient également que

le Conseil ne pourra examiner le contrat signé avec TF 1, le 15 avril 1991, qui n'a fait l'objet d'aucun acte interruptif dans les trois ans de sa signature ; que, s'agissant des faits relatifs à la commune d'Alet-les-Bains, la société TDF déclare que les faits « datent de 1989 » alors que le procès-verbal a été établi le 5 octobre 1994 ;

Mais considérant qu'à la suite de plaintes déposées par la société Emettel auprès de la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à l'encontre de la société TDF, des procès-verbaux ont été établis par les enquêteurs au cours des mois de juillet et novembre 1993, soit antérieurement à la saisine du Conseil par la société Emettel ; que ces procès-verbaux ont été régulièrement versés au dossier ; que, par ailleurs, le Conseil ayant été saisi le 24 février 1994, des procès-verbaux d'enquête ont été établis au cours des mois de juin, juillet et octobre 1994 ; que la première notification de griefs a été effectuée le 13 février 1997 ; que la société TDF ne peut donc utilement soutenir que les faits dont il s'agit se trouveraient prescrits du fait de l'absence d'actes interruptifs de prescription ; que, par ailleurs, le fait que la convention relative au financement d'installations par la collectivité territoriale de Corse ne soit « visée par aucun acte » interruptif de prescription est sans incidence sur la régularité de la procédure, dès lors que ladite pièce a régulièrement été communiquée dans le cadre de l'enquête et a été soumise au débat contradictoire ; qu'enfin, aucun fait concernant la commune d'Alet-les-Bains n'a été mentionné dans le rapport ;

Considérant, en troisième lieu, que selon la société TDF, les procès-verbaux auraient dû être joints au rapport afin de permettre au Conseil de statuer sur la prescription des faits dont il est saisi ;

Mais considérant que les procès-verbaux cités par la société TDF dans ses observations écrites figurent au dossier soumis au débat contradictoire ; que le Conseil dispose donc du moyen de s'assurer de la régularité de la procédure ;

Considérant que l'argumentation de la société TDF sur la prescription est donc sans fondement ;

En ce qui concerne les marchés concernés :

Considérant que peuvent être considérés comme appartenant à un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs, ou une partie suffisamment importante de ceux-ci, les considèrent comme des moyens substituables pour satisfaire une même demande ; que, parmi les éléments à prendre en compte pour définir les contours d'un marché pertinent, il y a, notamment, lieu de retenir la nature de la prestation, l'environnement juridique, les conditions techniques d'utilisation, le coût d'usage ou de mise à disposition et la stratégie des offreurs ainsi que la qualité des demandeurs ;

Sur les marchés de la diffusion nationale des chaînes généralistes :

Considérant, en premier lieu, que la diffusion de chaînes de télévision peut être réalisée par différentes techniques : diffusion par réseau câblé, diffusion par satellite ou diffusion par voie hertzienne pour les chaînes disposant d'une autorisation pour ce mode de diffusion ; que la diffusion d'une chaîne est généralement réalisée par un opérateur technique spécialisé auquel s'adresse la chaîne demanderesse d'une telle prestation ;

Considérant, en deuxième lieu, ainsi que le déclare la société TDF, qu'« une chaîne généraliste vise, par définition, une audience la plus large possible » ; que l'importance de cette audience conditionne, notamment pour les chaînes qui ne sont pas financées par une redevance, le montant de ses ressources publicitaires, lesquelles permettront au téléspectateur de n'avoir pas à payer un abonnement pour recevoir la chaîne ; que ce mode d'exploitation commercial se distingue de celui des chaînes thématiques ou des bouquets de chaînes à péage qui, dans leur programmation, ciblent une ou des catégories particulières de téléspectateurs et font payer un abonnement au service ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort des chiffres versés au dossier par la société TDF que seulement 2 millions de foyers étaient raccordés au câble à la fin de l'année 1997 ;

que les exploitants de réseaux câblés ne sont donc pas en mesure de répondre à la demande de diffusion nationale des chaînes de télévision généralistes, compte tenu de la vocation de ces dernières à desservir l'ensemble du territoire et à avoir le plus large potentiel de diffusion ;

Considérant, en quatrième lieu, que, si la diffusion par satellite peut, s'agissant de la télévision analogique et en l'état du développement des technologies, constituer pour des chaînes une alternative technique à la diffusion par voie hertzienne, la faible proportion de foyers équipés d'antennes paraboliques ne permettait pas, au moment des faits, aux chaînes nationales généralistes d'être diffusées sur la majeure partie du territoire national et d'atteindre le large potentiel d'audience leur permettant d'assurer leur financement par la publicité ; qu'en effet, selon le Conseil supérieur de l'audiovisuel, près de 90 % de la population française recevait, en 1996, la télévision exclusivement par voie hertzienne terrestre ;

Considérant, en cinquième lieu, que, si les chaînes publiques sont tenues de s'adresser à TDF pour la diffusion de leurs programmes, les chaînes privées disposent, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, de la liberté de s'adresser au diffuseur de leur choix ; que, depuis la fermeture de La Cinq, le 12 avril 1992, il n'existe actuellement en France que deux chaînes nationales généralistes de télévision privées, financées par des ressources publicitaires, TF 1 et M 6, lesquelles ont, en dépit du développement du câble et du satellite, continué à assurer la diffusion de leurs émissions par voie hertzienne ;

Considérant qu'il ressort de ce qui précède, d'une part, que les techniques de diffusion par satellite et par câble n'étaient pas, au moment des faits, substituables à la diffusion par voie hertzienne pour les chaînes généralistes d'audience nationale et, d'autre part, que les chaînes publiques généralistes d'audience nationale sont soumises à des contraintes légales pour le choix d'un diffuseur auxquelles ne sont pas soumises les chaînes privées ; qu'ainsi il existe un marché de la diffusion hertzienne des chaînes nationales publiques généralistes et un marché de la diffusion hertzienne des chaînes nationales privées généralistes ;

Sur l'existence de marchés de prestations à la demande de collectivités locales pour la diffusion des chaînes nationales :

Considérant que les chaînes nationales généralistes privées, confrontées à une « logique d'entreprise privée », ne souhaitent pas procéder à l'investissement supplémentaire nécessaire pour étendre leur couverture de diffusion au-delà d'un certain seuil, au regard de l'audience marginale qu'elles peuvent en attendre ; qu'en outre, s'agissant des chaînes publiques, il peut arriver que certaines zones du territoire ne soient pas couvertes par le réseau hertzien de la société TDF ; que, confrontées à l'existence de zones d'ombre, certaines collectivités territoriales expriment alors une « *demande indirecte de diffusion dans les zones qui ne sont pas couvertes par les chaînes* » ;

Considérant que, pour satisfaire cette demande, certaines collectivités territoriales acceptent de prendre en charge tout ou partie du coût d'installation des équipements nécessaires à la diffusion et font appel à la société TDF pour organiser une consultation des fournisseurs de matériel de réémission ; que, pour cette mission, dite d'« ingénierie », la société TDF, qui ne fournit pas de matériel de réémission, perçoit une rémunération de maîtrise d'œuvre ; que, une fois le fournisseur du matériel retenu, il appartient à la collectivité territoriale de rechercher un prestataire de service, qui sera chargé de l'installation et de la maintenance du matériel ; que le croisement de la demande des collectivités locales, d'une part, et de l'offre de service de maîtrise d'œuvre, de celui de la fourniture de matériels de réémission et de celui de l'installation et de la maintenance de matériel de réémission, d'autre part, constituent autant de marchés distincts ;

Sur la position de la société TDF sur les différents marchés :

Considérant que la société TDF détient, conformément aux dispositions de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 susvisée, le monopole de la diffusion et de la transmission, en

France et vers l'étranger, par tous procédés de télécommunication, des programmes des sociétés nationales de programme ; qu'en outre elle exploitait, au moment des faits, environ 99 % des fréquences autorisées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour la télévision hertzienne ; qu'enfin, comme le souligne la société TDF elle-même, « *une chaîne nationale détenant une autorisation d'émettre en hertzien se situe en position de forte dépendance vis-à-vis de son fournisseur exclusif de moyens techniques de diffusion. Le changement de fournisseur implique de disposer d'une offre immédiatement disponible et opérationnelle puisque toute interruption de la diffusion se traduit par une perte importante pour la chaîne. La chaîne est donc extrêmement dépendante de son fournisseur* » ; qu'ainsi la société TDF se trouve en situation de position dominante, d'une part, sur le marché de la diffusion hertzienne des chaînes nationales publiques généralistes et, d'autre part, sur le marché de la diffusion hertzienne des chaînes nationales privées généralistes ;

Considérant, en outre, que la société TDF dispose auprès des collectivités territoriales du prestige attaché à son antériorité, à sa mission de service public ainsi qu'à la détention de nombreuses infrastructures nécessaires à la diffusion dont elle s'est assurée la maîtrise ; que la société TDF est la seule entreprise, sur le plan national, à être en mesure d'offrir aux collectivités territoriales une prestation complète comprenant la maîtrise d'œuvre ainsi que l'installation et la maintenance du matériel nécessaire à la réémission des émissions de télévision ; que cette entreprise, chargée d'« *offrir, dans le domaine de sa compétence, toutes prestations d'ingénierie, d'assistance technique ou tout autre service* » dispose, à cet effet, de laboratoires de recherche et de bureaux d'étude et d'ingénierie qui sont, selon l'expertise économique versée au dossier par TDF, « *aptés à intégrer les développements techniques les plus récents dans les schémas de déploiement ou de renouvellement* » de la télédiffusion ; qu'il ressort de ces éléments que la société TDF se trouvait, au moment des faits, en situation de position dominante sur le marché de la maîtrise d'œuvre ; que, sur le marché de l'installation et de la maintenance des matériels de diffusion à la demande des collectivités territoriales, la société TDF se trouve en concurrence avec divers opérateurs, dont la société Emettel, partie saisissante ;

En ce qui concerne les pratiques :

Sur les pratiques de TDF visant à interdire l'installation sur les sites qu'elle exploite de matériels commandés par les collectivités pour la réémission des chaînes privées :

Considérant qu'il est constant qu'antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 30 septembre 1986, qui a ouvert partiellement le secteur de la diffusion hertzienne à la concurrence, la société TDF avait conclu, avec un certain nombre de collectivités territoriales, des conventions relatives à l'installation et à l'exploitation de stations de réémission de télévision ; que la société TDF a pu ainsi se constituer un réseau de stations principales et secondaires installées, le plus souvent, sur des points hauts ; que ces conventions réservaient généralement à TDF l'exclusivité de l'utilisation de la station en vue de la mission qui lui était assignée d'assurer le transport et la diffusion des programmes des 1^{re}, 2^e et 3^e chaînes ; que ces conventions prévoyaient généralement que toute installation complémentaire de matériels de réémission dans ces stations ne pourrait se faire qu'avec l'accord de la société TDF ; que, confrontées à la demande croissante de leurs administrés d'élargir le champ des émissions déjà reçues à de nouvelles chaînes, les collectivités territoriales, compte tenu du refus des chaînes concernées de prendre en charge le coût des installations supplémentaires, se sont résolues à en assurer le financement en faisant jouer la concurrence entre les installateurs de matériels et prestataires spécialisés dans la maintenance ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction qu'en diverses circonstances la société TDF s'est opposée, après l'entrée en vigueur de la loi du 30 septembre 1986, à l'installation, par les collectivités territoriales, de matériels leur permettant de recevoir des chaînes privées sur les sites qu'elle exploitait ou sur les pylônes qui y étaient installés, dès lors qu'elle n'était pas le

maître d'œuvre désigné pour le choix de ces matériels et qu'elle n'en assurait pas la maintenance ;

Considérant, en premier lieu, que, par exploit d'huissier du 3 février 1995, la société TDF a fait assigner devant le juge des référés du tribunal de grande instance de Saint-Dié le maire de la commune de Xonrupt-Longemer pour « voie de fait », à la suite de la décision prise par celui-ci, afin de permettre la diffusion des programmes de La Cinq, de Canal Plus et de M 6, de dénoncer la convention initiale, signée en 1980 avec TDF, et de faire procéder à l'installation de matériels de diffusion supplémentaires par la société Emettel ; que l'ordonnance du 2 mai 1995, qui prescrit la dépose des matériels litigieux, relève toutefois qu'un enlèvement immédiat aurait pour conséquence de « *priver toute une population locale de la réception de plusieurs chaînes* » et accorde un délai de six mois afin de permettre à la commune de trouver une solution palliative « *constituant par exemple à obtenir amiablement ou judiciairement l'autorisation de maintenir ses installations sur le pylône litigieux avec régularisation sur le plan administratif* » ;

Considérant, en deuxième lieu, que, par lettre en date du 19 septembre 1995, le directeur juridique de la société TDF a ordonné au maire de la commune de Bricquebec (50) de « *bien vouloir cesser immédiatement* » la diffusion de chaînes privées au motif que la loi du 30 septembre 1986 « *soumet à l'autorisation du Conseil supérieur de l'audiovisuel la diffusion des chaînes privées* » et « *qu'à (la) connaissance (de TDF) au jour de l'installation de cette nouvelle station, la commune de Bricquebec n'a pas respecté cette obligation* » ; que TDF dans son courrier continuait en indiquant « *Aussi sommes-nous dans l'obligation de vous demander de bien vouloir nous adresser copie des décisions d'installations de cette nouvelle station, qui ne nous ont pas été notifiées, et annuler ces décisions. A défaut, nous serons conduits à saisir le juge compétent* » ; que les exigences ainsi formulées par la société TDF, qui n'avait pas été chargée de l'installation de la nouvelle station, sont à apprécier au regard du document relatif au « *nombre de stations, non encore autorisées par le CSA, pour lesquelles TDF assure des prestations d'ingénierie ou de maintenance* » versé par elle au dossier en septembre 1994 et duquel il résulte que le nombre de stations concernées s'élevait alors à 885 au total, dont 396 pour M 6 et 176 pour Canal Plus ;

Considérant, en troisième lieu, que la commune de Marcoussis ayant fait installer, en 1991, deux réémetteurs pour La Cinq et M 6 par la société Vidéospace, filiale de France Télécom depuis la fin de 1989, sur un site autre que celui utilisé par TDF, les habitants de Marcoussis se sont plaints d'une mauvaise réception à certains endroits de la commune ; que le responsable des services techniques de la commune de Marcoussis (91) a déclaré, le 30 juin 1994, « *(...) depuis nous cherchons à résoudre ce problème soit par un relèvement coûteux du pylône existant soit en utilisant le site concédé à TDF par la mairie pour l'émission des trois premières chaînes. (...) A la demande de la commune de dénoncer le contrat d'exclusivité du site concédé à TDF, cette société ne nous propose comme solution que l'acquisition du site. Ainsi le concessionnaire TDF n'envisage que la propriété accompagnée de l'installation d'un nouveau matériel payé par la commune et entretenu par TDF aux frais de la commune* » ;

Considérant, en quatrième lieu, que par lettre du 25 novembre 1991, le directeur de l'agence Paris-Centre de la société TDF a indiqué au maire de la commune de Coulombs qu'ayant eu connaissance du projet d'installation de réémetteurs destinés à la réception sur le territoire de la commune des émissions diffusées par Canal Plus, La Cinq et M 6, il lui rappelait qu'en vertu de l'article 4 de la convention du 11 juin 1979 « *la station est réservée exclusivement à l'installation et à l'exploitation des réémetteurs décrits dans les articles 5 et 6 suivants soit 1^{re} chaîne, 2^e et 3^e chaînes. Il est entendu que toute adjonction d'équipements ultérieure doit faire l'objet d'un accord tripartite entre TDF, municipalité et le tiers extérieur* », qu'il ajoutait que, « *Vu que dans ce local sont diffusées deux chaînes*

publiques, dont la diffusion obéit toujours à des considérations de défense en cas de troubles sur le territoire national, il est exclu qu'un tiers à Télédiffusion de France accède à ce local » ;

Considérant, en cinquième lieu, qu'aux termes d'une convention conclue entre TDF et la municipalité de Gif-sur-Yvette en date du 28 décembre 1983 pour la réémission des 1^{re}, 2^e et 3^e chaînes, la station de TDF est installée sur un terrain appartenant à la collectivité ou louée par elle, le local appartient à la collectivité, les matériels des réémetteurs, les câbles de liaison, les antennes et leurs supports sont choisis en accord avec TDF et tous les travaux nécessaires sont à la charge de la collectivité ; que, souhaitant assurer la réception de Canal Plus, La Cinq et M 6, la municipalité prenait contact avec la société Emettel, qui lui faisait une proposition, le 10 juin 1991 ; que, par lettre en date du 3 septembre 1991, TDF lui faisait également parvenir une proposition de maîtrise d'œuvre pour l'installation de matériels et de maintenance ; que la société TDF, ayant appris que la proposition de la société Emettel avait été retenue et que deux antennes appartenant à des tiers avaient été fixées sur « *le pylône qui appartient à TDF* », rappelait à la municipalité, par lettres en date des 29 novembre 1991 et 16 mars 1992, qu'en vertu de la convention de 1983 « *toute adjonction d'équipements ultérieurs doit faire l'objet d'un accord tripartite entre la municipalité, TDF et le tiers intéressé* » et indiquait : « *J'attire votre attention sur les risques que comporte une telle installation. La pose de ces antennes, contraire aux règles de l'art, pourrait engendrer une déformation du pylône et interrompre par conséquent l'émission des programmes assurée par TDF. En conséquence, je vous demande de bien vouloir faire procéder au démontage des antennes concernées dans un délai de cinq jours à compter de la réception des présentes, faute de quoi je donnerai les instructions nécessaires pour rétablir une situation normale* » ; que, par la suite, un accord est intervenu entre la mairie de Gif-sur-Yvette et TDF, la municipalité donnant à bail à TDF le terrain d'assiette de la station, le local (matériel et pylône) et lui confiant la maintenance des matériels, cependant que TDF remplaçait les matériels de la société Emettel par d'autres matériels ;

Considérant, en sixième lieu, qu'en réponse à une lettre de décembre 1991 du maire de Moloy, en Côte-d'Or, l'interrogeant sur les conditions dans lesquelles sa commune pourrait s'équiper pour recevoir La Cinq et M 6, le directeur régional Centre-Est de la société TDF indiquait, par lettre en date du 25 février 1992, qu'« *il était bien entendu envisageable d'équiper pour La Cinq et M 6 la station réémettrice desservant déjà votre commune en télévision publique (...) le matériel mis en œuvre doit répondre aux spécifications imposées par les chaînes elles-mêmes, faute de quoi celles-ci ne déposent pas le dossier de demande de fréquence sur le bureau du CSA. (...) Par ailleurs, la mise en œuvre de matériels artisanaux en dehors des règles imposées ne permettrait pas à votre commune de bénéficier des aides consenties à cet effet par le conseil général* » ; que TDF proposait, dans cette lettre, de réaliser une prestation d'ingénierie et de maintenance pour le compte de la commune ; que la société Emettel ayant également formulé une proposition, le maire du Moloy, se fondant sur le permis de construire de la station, apportait des éléments établissant que la commune était propriétaire du terrain et du pylône de la station dont TDF était l'opérateur ; que le président du Conseil général de la Côte-d'Or soumettait à TDF la proposition élaborée par Emettel pour le compte de la commune et consistant à installer son matériel dans des armoires fermées à clé dans le bâtiment existant, propriété de la commune ; que, dans sa réponse en date du 12 novembre 1992, le directeur régional Centre-Est, s'il ne contestait pas la propriété de la commune sur le terrain et la station, soutenait que : « *dès l'instant où un autre organisme, quel qu'il soit, peut librement accéder à ces équipements et en installer d'autres, non seulement TDF n'est plus en mesure de remplir ses obligations vis-à-vis des chaînes et vis-à-vis du public mais, de plus, la sécurité de ses agents ne peut plus être assurée du fait des risques électriques encourus* », et indiquait : « *il convient d'appeler l'attention de M. le maire*

sur l'obligation qui lui sera faite, s'il donne suite à son projet, en sa double qualité de gestionnaire des fonds de la commune et de premier magistrat municipal - de faire poser une séparation dans le bâtiment existant ou de doubler celui-ci - de faire construire un second pylône en dehors de la zone de dégagement de l'ouvrage existant en veillant à ce que la nouvelle installation ne perturbe pas les installations existantes » ;

Considérant que la société TDF a mis en avant divers arguments pour justifier ses refus ; qu'ainsi elle a invoqué le respect de la loi du 30 septembre 1986 qui « *soumet à l'autorisation du Conseil supérieur de l'audiovisuel la diffusion des chaînes privées* », alors même qu'il est établi qu'elle assurait des prestations d'ingénierie ou de maintenance pour un grand nombre de stations, non encore autorisées par le CSA ; qu'elle a aussi invoqué le fait qu'ayant le monopole de la diffusion de deux chaînes publiques dont la diffusion obéit à des considérations de défense, en cas de troubles sur le territoire national, il était exclu qu'un tiers à Télédiffusion de France puisse accéder à son local alors même que, sur d'autres sites sur lesquels elle diffusait ces mêmes chaînes, elle autorisait l'accueil d'opérateurs tiers ; qu'elle a pu soutenir que la qualité d'équipements ne correspondait pas aux spécifications techniques imposées par les chaînes, alors même qu'elle ne justifie aucunement que les chaînes auraient imposé des spécifications techniques pour les équipements de réémission locale à la demande des collectivités locales ; que, dans un cas, TDF a justifié son refus en invoquant son droit de propriété sur le pylône et le risque de déformation de celui-ci que l'installation d'antennes supplémentaires pouvait entraîner, alors que, d'une part, elle a obtenu ultérieurement que la commune lui donne en location ce pylône qui ne lui appartenait donc pas et, d'autre part, qu'elle a elle-même, comme elle en avait fait la proposition à la commune, placé des antennes supplémentaires sur ce pylône pour assurer la réémission des chaînes privées sans craindre une déformation de celui-ci ; que TDF a aussi invoqué le risque de perturbation des signaux des chaînes dont elle assure la diffusion alors même qu'il était possible de s'entourer de garanties quant aux conditions d'utilisation des infrastructures par des tiers, en mettant au point un cahier des charges ou un « *code de bonne conduite* » contenant des critères précis et objectifs, comme l'attestent le contrat qu'elle a conclu, en 1996, avec Canal Plus établissant les conditions techniques, économiques et juridiques permettant la diffusion de cette chaîne sur les sites qu'elle exploite ou le projet de convention entre TDF et le Syndicat de télévision des Alpes-Maritimes autorisant « *l'accueil d'opérateurs tiers sur les sites* » et à propos duquel elle reconnaît qu'il « *s'agit d'un cas dans lequel TDF s'est trouvée en mesure d'aménager des conditions techniques, juridiques et économiques de l'accueil sur site d'un opérateur tiers* ; » que TDF a encore invoqué le fait que « *la sécurité de ses agents ne pourrait plus être assurée du fait des risques électriques encourus* », alors même, d'une part, que la collectivité entendait faire procéder à l'installation des équipements du tiers par un électricien agréé et, d'autre part, que TDF aurait pu indiquer les conditions que l'électricien devait respecter ; que l'argumentation de la société TDF, dont le caractère artificiel est ainsi démontré, doit être rejetée en totalité ;

Considérant, enfin, que différents éléments du dossier établissent que, si, dans deux cas, la société TDF a accepté que la collectivité territoriale fasse usage des installations qui lui étaient réservées, c'est à la condition expresse qu'elle obtienne en contrepartie la possibilité d'utiliser la station à des fins commerciales autres que la télédiffusion à laquelle elle était initialement destinée ; qu'ainsi les représentants de la société TDF ont reconnu, par procès-verbal en date du 11 décembre 1997, qu'« *En ce qui concerne Orbeil II (...) TDF a accepté que la collectivité installe du matériel de diffusion pour La Cinq, M 6 et Canal Plus en contrepartie de l'autorisation d'utiliser le site pour les radiocommunications (SFR)* », que, par ailleurs, le maire de la commune de Langeais a déclaré, par procès-verbal d'audition en date du 23 juillet 1993 : « *A la fin des années 1980 nous avons tenté d'établir avec Télédiffusion de France SA une convention d'extension à Canal Plus, La Cinq et M 6. Les*

propositions préliminaires nous ont paru élevées (...) et nous n'avons pas donné suite (...). dans le local appartenant à la commune, où sont logés les matériels et l'exploitation 1, 2 et 3, nous avons décidé d'accueillir le matériel Emettel, dont la proposition était beaucoup plus intéressante (...) Se posait alors le problème de la maintenance des six chaînes dans notre local et étant précisé qu'est sous propriété TDF le pylône (...). (...) l'accord de TDF a été donné pour utilisation du pylône par un autre prestataire (...). Ceci a peut-être été facilité par l'autorisation donnée à TDF de maintenir les équipements de SFR dans le local appartenant à la mairie (...) » ; qu'à l'appui de sa déclaration le maire de Langeais a remis aux enquêteurs une lettre non datée et non signée portant la référence CE/AJ/00/253 de TDF indiquant : « Vous avez bien voulu nous autoriser, ce dont je vous remercie, à utiliser une partie du bâtiment de la station réémettrice desservant votre commune pour l'installation de nos propres équipements. Je profite de l'occasion qui m'est ainsi donnée pour vous confirmer l'accord de Télédiffusion de France pour la mise à votre disposition, sur le pylône dont nous sommes propriétaires dans cette station d'un emplacement situé entre dix et treize mètres de hauteur, en vue de l'installation de vos antennes TV 5, M 6 et Canal Plus. Cette autorisation vous est accordée sous réserve que les antennes soient installées conformément aux normes retenues par notre société, qu'elles n'apportent aucune gêne au fonctionnement des matériels déjà installés dans la station et que leur entretien soit assuré par nos équipes » ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société TDF, qui détient le monopole de la diffusion hertzienne des chaînes nationales publiques et une position dominante sur les marchés de la diffusion hertzienne des chaînes nationales privées et de la maîtrise d'œuvre pour le compte des collectivités territoriales, a mis en œuvre des pratiques visant à limiter l'accès de ses concurrents au marché des prestations d'installation et de maintenance de matériels de réémission choisis par des collectivités territoriales en refusant, dans des conditions discriminatoires et non transparentes, d'autoriser l'installation de ces matériels sur les sites qu'elle exploitait ; que le caractère discriminatoire et anticoncurrentiel du comportement de TDF résulte du fait que, tout en refusant sous divers prétextes, dans de nombreux cas, d'accueillir des tiers choisis par la commune sur les sites qu'elle exploite en exclusivité, elle acceptait, en revanche, d'accueillir de tels tiers sur ses sites lorsque la collectivité territoriale lui donnait en contrepartie la possibilité d'utiliser la station à des fins commerciales autres que la télédiffusion à laquelle elle était initialement destinée, en particulier pour des équipements permettant d'assurer la transmission des signaux de radiotéléphone SFR ; que ces pratiques ont pu avoir pour effet soit de décourager les collectivités de faire appel à la concurrence pour l'installation et la maintenance de matériels de réémission de chaînes privées et de confier ces prestations à la société TDF, soit de leur imposer des coûts artificiels dès lors qu'elles entendaient faire jouer la concurrence sur le marché de l'installation de ces matériels ;

Considérant que la société TDF soutient, au vu de la liste de 450 « sites concurrents alternatifs » versée au dossier, qu'est rapportée la preuve que les stations de réémission ne peuvent constituer des infrastructures essentielles dans la mesure où un concurrent peut toujours disposer de sites alternatifs ;

Mais considérant, d'une part, qu'il n'est pas toujours techniquement possible d'installer de nouvelles infrastructures pour des raisons tenant aux caractéristiques naturelles de certaines de ces zones, à leur protection éventuelle ainsi qu'à la rareté des fréquences disponibles et aux risques de perturbation radio électrique ; que, d'ailleurs, la société TDF, qui a déclaré qu'« en général le réseau secondaire était (est) duplicable », n'exclut donc pas que, dans certains cas, les stations constituant le réseau secondaire ne puissent être dupliquées et surtout que les stations constituant le réseau principal peuvent difficilement être remplacées par d'autres stations, compte tenu de la rareté des sites ; que, d'autre part, la circonstance, à la supposer établie, que les sites dont elle refuse l'accès aux tiers choisis par les collectivités ne

constituent pas des facilités essentielles ne saurait, en tout état de cause, servir de justification au fait qu'ayant une position dominante sur plusieurs marchés TDF a mis en œuvre des pratiques discriminatoires et artificielles ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter l'accès de ses concurrents au marché des prestations d'installation et de maintenance de matériels de réémission choisis par des collectivités territoriales, en imposant artificiellement à ces dernières, si elles souhaitent avoir recours à ses concurrents, de supporter les coûts afférents à une duplication inefficace des stations existantes pour permettre la desserte d'une ou deux chaînes supplémentaires ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que TDF, en opposant des refus injustifiés et discriminatoires à certaines collectivités locales souhaitant installer des matériels de réémission de chaînes privés dans les sites qu'elle exploite, a mis en œuvre à plusieurs reprises une pratique prohibée par les dispositions du 1^{er} de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur la pratique de la société Télédiffusion de France consistant à coupler les opérations de maîtrise d'œuvre et de maintenance :

Considérant que, lorsque la société Télédiffusion de France offre de remplir le rôle de maître d'œuvre pour le compte d'une collectivité désireuse d'assurer la diffusion de nouvelles chaînes, cette entreprise propose deux prix différents, selon que la collectivité s'engage ou non à la retenir pour la prestation de maintenance, étant précisé que la fourniture du matériel est assurée par une entreprise tierce ; qu'en effet, dans l'hypothèse où la société TDF conclut, d'une part, un contrat de maîtrise d'œuvre et, d'autre part, un contrat de maintenance globale, cumulant les prestations de maintenance, dites « *préventive et corrective* », le prix appliqué pour la prestation de maîtrise d'œuvre à l'occasion de l'installation du matériel s'élève à 5 % du montant du matériel : qu'en revanche, si la collectivité décide de retenir un autre prestataire pour la réalisation de la maintenance, le taux appliqué s'élève à 10 % du montant du matériel ; que cette pratique a été confirmée par le directeur régional de la société TDF de la région Centre-Est, qui a déclaré, au sujet de la maîtrise d'œuvre : « *le forfait d'ingénierie demandé par TDF est de 5 % pour les prestations ci-dessus lorsque la maintenance est assurée par notre société, et de 10 % dans le cas contraire* » ;

Considérant que cette pratique de couplage tarifaire des prestations de maîtrise d'œuvre et de maintenance est de nature à dissuader les collectivités de faire appel à des entreprises concurrentes de TDF pour assurer la maintenance des matériels pour le choix desquels cette dernière a assuré la maîtrise d'œuvre ; qu'en effet, par le simple effet du couplage tarifaire de prestations de maîtrise d'œuvre et de maintenance, une collectivité qui envisagerait de faire assurer la maintenance des matériels installés par TDF par une entreprise concurrente de cette dernière subirait nécessairement, et indépendamment du coût de la maintenance facturé par ce dernier prestataire de service, un coût supplémentaire égal à 5 % de la valeur des matériels installés ; qu'ainsi une entreprise concurrente de TDF pour la maintenance de matériels ne pourrait emporter un marché de maintenance même si elle était aussi efficace que TDF, même si elle pratiquait des prix de maintenance inférieurs à ceux pratiqués par cette dernière ;

Considérant que cette pratique a effectivement eu pour effet de dissuader les collectivités de confier la maintenance des matériels installés à un concurrent de TDF, dès lors que cette dernière assurait la maîtrise d'œuvre ; qu'il ressort en effet de ses propres déclarations que : « *TDF ne facture pas de maîtrise d'œuvre au taux de 10 % aux collectivités locales* », ce qui implique que, dans les faits, les collectivités qui confient à TDF la maîtrise d'œuvre pour le choix de matériels de réémission des chaînes privées lui confient également la maintenance de ces matériels ;

Considérant, au surplus, qu'une telle pratique, émanant d'une entreprise qui se trouve en situation de position dominante sur le marché de la maîtrise d'œuvre des prestations

d'installation de matériels de diffusion pour le compte des collectivités territoriales est d'autant plus susceptible de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la maintenance des équipements de réémission que, d'une part, la société TDF est la seule, de par ses statuts, à être investie d'une mission de service public d'« *d'ingénierie* » et d'« *assistance technique* » sur le plan national et que, d'autre part, comme il a été mentionné ci-dessus, TDF a subordonné, en diverses circonstances, son agrément à l'installation de matériels de réémission pour les chaînes privées sur les sites qu'elle exploite à la condition qu'elle soit désignée comme maître d'œuvre pour le choix des matériels ;

Considérant que la société TDF objecte que « *les documents adressés aux communes citées dans le rapport démontrent qu'elles ont la faculté d'opter pour la signature d'un contrat de maîtrise d'œuvre, sans nécessairement conclure un contrat de maintenance avec TDF* » ; qu'elle déclare également que le fait d'exécuter les deux prestations de maîtrise d'œuvre et de maintenance devait, à terme, entraîner des économies de coût, en raison de la bonne connaissance du site par le prestataire ;

Mais considérant, en premier lieu, qu'il n'est pas reproché à la société TDF de n'avoir proposé aux collectivités qu'une seule formule mais d'avoir proposé aux communes de les faire bénéficier, dans des conditions artificielles, d'un rabais sur la maîtrise d'œuvre si elles acceptaient de lui confier également la maintenance ultérieure des équipements installés ; qu'en second lieu TDF n'apporte aucun élément à l'appui de son affirmation selon laquelle elle réaliserait, lorsqu'elle a assuré la maîtrise d'œuvre, des économies sur le coût de la maintenance représentant 5 % de la valeur du matériel installé ; qu'enfin et, en tout état de cause, la circonstance, à la supposer établie, que TDF puisse réaliser « à terme » certaines économies de coût sur la maintenance lorsqu'elle a assuré la maîtrise d'œuvre pour l'installation des matériels, si elle pourrait justifier un rabais sur la prestation de maintenance, ne saurait justifier un rabais sur la maîtrise d'œuvre elle-même, dès lors que le coût de cette maîtrise d'œuvre est indépendant du fait qu'elle obtiendra ou non la maintenance ultérieure des matériels installés ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la société TDF, qui détient une position dominante sur le marché de la maîtrise d'œuvre, en accordant aux collectivités un rabais sur la prestation de maîtrise d'œuvre lorsque la collectivité lui confie également la maintenance des matériels installés pour la réémission des chaînes privées, a mis en œuvre une pratique de nature à limiter l'accès d'entreprises concurrentes au marché aval de la maintenance de la part ; que cette pratique constitue un abus de sa position dominante, prohibé par les dispositions du 1 de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur la pratique de la société TDF consistant, lorsqu'elle assure la maintenance d'un site, à exiger le remplacement du matériel de réémission si celui-ci n'a pas été agréé par elle :

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 51 de la loi du 30 septembre 1996, TDF a « *vocation à procéder aux recherches et à collaborer à la fixation des normes concernant les matériels et les techniques de radiodiffusion sonore et de télévision* » ; que, par ailleurs, l'article 18 du cahier des charges de TDF, publié au *Journal officiel* du 11 mai 1984, maintenu provisoirement en vigueur par l'article 103 de la loi précitée dans l'attente de la publication d'un nouveau cahier des charges précise que : « *L'établissement collabore, en liaison avec les administrations et les organismes professionnels intéressés, à la définition des normes relatives aux matériels et techniques de communication audiovisuelle diffusée et, le cas échéant, en propose l'homologation* » ; que la société TDF a précisé, dans ses observations écrites en réponse au rapport, que : « *La norme au sens strict est un document élaboré par des organismes de normalisation, sans contenu obligatoire sauf texte réglementaire particulier. A ce stade, il est vrai, TDF ne fait que collaborer à la définition des normes comme l'indiquent le cahier des charges de 1984 et la loi du 30 septembre 1996. Ce*

rôle est un rôle d'expert qui ne se confond pas avec celui qui est le sien dans la définition des caractéristiques techniques qu'elle doit mettre en œuvre dans le cadre de ses exigences d'exploitation et dont fait état le cahier des charges de 1984 » ;

Considérant, d'autre part, que, selon le CSA : « Il n'existe pas de procédure d'homologation ou d'agrément des matériels par le CSA. La responsabilité du respect des conditions techniques définies par la décision n° 87-3 modifiée du 26 janvier 1987, complétée par la décision n° 90-793 du CSA du 26 octobre 1990 mentionnée plus haut, revient aux titulaires des autorisations, à savoir les chaînes de télévision (télévisions privées) ou TDF (chaînes publiques). Les titulaires d'autorisations sont donc libres de choisir les moyens par lesquels ils s'assurent du respect de ces spécifications (contrôle des matériels par un laboratoire de leur choix, par exemple). Ils sont libres également de fixer à leurs fournisseurs des cahiers des charges plus contraignants que ceux qui résulteraient directement des spécifications établies par le CSA, dans la mesure où ils ne sont pas contradictoires avec celles-ci » ;

Considérant que, dans une lettre datée du 3 mars 1993, la société TDF déclarait au maire de la commune de Belmont-de-la-Loire : « la condition mise par la chaîne (pour prendre les dépenses de fonctionnement à sa charge) est la conformité du matériel avec les spécifications techniques qu'elle impose. Vous trouverez ci-joint (...) une copie de la lettre par laquelle M 6 donne la liste exhaustive de tous les fabricants agréés et qui, seuls, répondent aux spécifications techniques en vigueur. (...). Vous me demandez d'ailleurs, dans le cas où la chaîne elle-même refuserait, comme c'est le cas, de prendre à son compte les dépenses de maintenance, de vous indiquer à quel tarif TDF est susceptible de facturer celles-ci à votre commune. Je suis au regret de vous faire savoir que notre société ne peut garantir le fonctionnement et le suivi de qualité de matériels ne répondant initialement pas aux normes et, pour cette raison, ne peut vous proposer cette prestation avec le matériel installé. Je ne peux donc que vous engager, pour bénéficier de la gratuité des prestations de maintenance et pour mettre votre installation en conformité avec les règlements du CSA, à remplacer le matériel Emmettel par un matériel répondant aux normes. » ; que, par ailleurs, le responsable des services techniques de la commune de Marcoussis (91) a déclaré, le 30 juin 1994 : « Depuis l'installation en 1991 de deux réémetteurs "La 5" et "M 6" par VIDÉOSPACE, les habitants de Marcoussis se plaignent d'une mauvaise réception à certains endroits de la commune. (...) Les discussions avec les responsables de TDF conduisent à un refus d'installer le matériel acheté par la commune sur ce site concédé au motif que ce matériel de marque GERITEL n'est pas agréé par TDF. (...) » ; qu'il ressort en outre du contrat de vente conclu le 11 août 1993 entre la société TDF et la commune de Gif-sur-Yvette que TDF a demandé le remplacement du matériel de marque Emmettel installé sur le site pour la diffusion de Canal Plus, La Cinq et M 6 ; que le préambule de ce contrat de vente stipule en effet : « D'après les articles 2 et 6 du bail (de la station réémettrice) il ressort que l'exploitation de la station s'effectue sous la seule responsabilité de TDF et que le matériel qui y fonctionne ne peut être que du matériel autorisé par TDF. Sachant que TDF n'utilise que du matériel correspondant à des normes techniques précises pour garantir une qualité du service et sachant que le matériel acheté en 1991 par la collectivité ne correspond pas pour TDF à ces normes techniques, il ressort que la collectivité se doit dès lors de procéder à l'achat d'un nouveau matériel » ; que, parallèlement, un contrat de maintenance a été signé entre les parties au sujet du nouveau matériel installé par TDF ; qu'il ressort, enfin, du dossier que TDF a, en 1993, signé un contrat avec la municipalité de Langeais, laquelle s'était dotée d'un matériel Emmettel, comprenant le même préambule que celui susmentionné concernant Gif-sur-Yvette ; que, dans les cas de ces deux municipalités, TDF a racheté le matériel Emmettel précédemment installé et en a installé un autre ;

Considérant que, dans les cas susmentionnés, TDF a demandé et obtenu le remplacement des matériels achetés par les communes en invoquant différents motifs tels que le fait que ces matériels ne répondaient pas « initialement aux normes » ou n'étaient pas conformes aux spécifications du CSA ou, enfin, n'étaient pas autorisés par TDF, cette autorisation étant elle-même conditionnée par le respect de « *normes techniques précises* » ;

Mais considérant, en premier lieu, que l'allégation de TDF selon laquelle les matériels dont elle exigeait le remplacement n'étaient pas conformes aux normes est d'autant plus fallacieuse que, comme elle l'indique elle-même dans ses observations en réponse au rapport, la conformité d'un matériel à une norme, sauf texte réglementaire particulier, au cas d'espèce inexistant, n'est pas obligatoire ; qu'en outre seule une norme de diffusion et de compatibilité électromagnétique existe, le respect de cette norme pouvant être assuré par l'utilisation de divers matériels ;

Considérant, en deuxième lieu, que l'allégation de TDF selon laquelle les matériels dont elle demandait le remplacement n'étaient pas conformes aux spécifications du CSA n'est appuyée d'aucun élément probant ; que, d'ailleurs, les responsables de la société Emettel, dont certains équipements ont fait l'objet d'une demande de remplacement par TDF, ont fait valoir en séance sans être contredits que leurs matériels répondaient aux spécifications établies par le CSA ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort d'une note de la direction de l'équipement et d'une production de TDF que, pour ce qui est de ses propres achats, TDF a retenu un certain nombre de fournisseurs et que « *les matériels fabriqués par ces sociétés répondent aux spécifications de TDF. Dans certains cas, il peut arriver que des matériels ne respectent pas la totalité de ces spécifications, le matériel est alors retenu si des non-conformités sont jugées acceptables, c'est-à-dire ne portent pas atteinte à la qualité du service fourni aux téléspectateurs, à la fiabilité et à la maintenabilité des équipements* » ; que ce même document indique que « *dans le cas où TDF assure l'ingénierie et la maintenance pour le compte des collectivités locales qui achètent le matériel, TDF ne peut avoir les mêmes exigences sur tous les points compte tenu du fait qu'il n'est pas maître d'ouvrage. A la demande des collectivités locales d'autres fournisseurs que ceux cités plus haut sont consultés, dans certains cas l'appel d'offre est ouvert. Il est simplement demandé un respect des spécifications, avec les mêmes tolérances que pour les équipements commandés par TDF* » ; qu'ainsi le choix des matériels imposé par TDF lorsqu'elle assure, à la demande des collectivités locales, la maîtrise d'œuvre et la maintenance ne dépend ni des exigences des chaînes ni de la conformité des appareils à une norme, mais du respect de spécifications qu'elle établit elle-même pour ses propres achats ou de son appréciation personnelle quant au non respect de ces spécifications ;

Considérant que la société TDF soutient qu'en vertu du cahier des charges de 1984, qui, selon elle, resterait applicable, elle aurait pour obligation de « *définir et contrôler les caractéristiques techniques des équipements de diffusion et des signaux diffusés* » et « *d'évaluer, spécifier et garantir les caractéristiques techniques affectant à travers les divers réseaux et infrastructures assurant la diffusion et la communication audiovisuelle la qualité technique des messages diffusés* » et que ces dispositions « *l'autorisent à exiger [des] équipements le respect de caractéristiques techniques prédéfinies, à peine de refuser de les maintenir* » ;

Mais considérant qu'à supposer même que le cahier des charges de 1984 soit toujours applicable à TDF, ce document ne l'autorise nullement à refuser, dans des conditions injustifiées et non transparentes, de maintenir des matériels achetés par des collectivités en alléguant faussement que ceux-ci ne répondent pas aux normes ou aux spécifications du CSA ; que la société TDF n'a apporté aucun élément sur le caractère objectif et justifié des spécifications qu'elle impose pour les matériels achetés par les communes ou sur la tolérance

qu'elle accorde à certains matériels ne respectant pas ces spécifications ; que, de même, elle n'a apporté aucun élément établissant que les matériels dont elle a demandé le remplacement ne correspondraient pas à ces spécifications ou ne pourraient bénéficier de la tolérance qu'elle admet pour certains autres matériels ; qu'elle se contente d'indiquer que ces spécifications ne sont ni opaques, ni discrétionnaires, dès lors qu'elles « *sont issues de différentes sources : les textes législatifs et réglementaires ou des documents élaborés en relation avec des partenaires (chaînes, industriels, organisation comme l'Union européenne de radiodiffusion [UER], qui associe [...] une grande partie des diffuseurs européens)* » ; que cette argumentation imprécise ne saurait à elle seule tenir lieu de critères pertinents et transparents pour l'agrément des matériels de réémission ;

Considérant, ainsi, que la société TDF a exigé le remplacement dans des conditions non transparentes des matériels non agréés par elle de réémission achetés par les collectivités, en appuyant cette exigence sur des allégations pour partie inexactes et de nature à nuire à la réputation des fabricants de ces matériels alors même que les critères d'agrément des matériels par TDF n'étaient pas transparents ; que ces pratiques ont, notamment, visé la société Emmettel qui, outre son activité de fabricant, assure également la maintenance de ses matériels et se trouve donc en concurrence avec TDF sur le marché de la maintenance ; que cette pratique avait un effet potentiel d'autant plus restrictif de concurrence sur les marchés des matériels et de la maintenance qu'elle était complémentaire d'autres pratiques de la société TDF précédemment décrites et visant, d'une part, à empêcher la maintenance par des tiers de matériels non agréés par TDF installés par les collectivités sur les sites exploités par cette dernière et, d'autre part, à inciter les collectivités à lui confier la maintenance des matériels agréés pour le choix et l'installation desquels ces collectivités lui avaient confié la maîtrise d'œuvre ; que, dès lors, les producteurs de matériels non agréés par TDF ne pouvaient ni assurer eux-mêmes, ni faire assurer par TDF la maintenance de leurs matériels installés sur les sites exploités par cette dernière et que les collectivités étaient ainsi dissuadées d'installer des matériels non agréés par TDF sur les sites exploités par cette dernière ou de confier à un tiers la maintenance de ces matériels ;

Considérant que la société TDF soutient que la pratique en cause serait justifiée par les dispositions du 1 de l'article 10 de l'ordonnance qui prévoit que ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour l'application d'une loi ;

Mais considérant, ainsi que l'a déclaré la société TDF, que si « *la loi elle-même, relayée par son cahier des charges et les différentes décisions du CSA impose à TDF l'exercice d'activité ou le respect de mission qui la place en position de conseiller une collectivité locale dans le cadre d'un appel d'offres, sur les équipements à retenir* », aucune disposition législative ou réglementaire ne charge cet opérateur de définir des normes techniques et ne prévoit que, pour développer son activité de maintenance des matériels de diffusion des chaînes privées installés par des collectivités territoriales, TDF est habilitée à exiger le remplacement du matériel déjà installé en se fondant sur des critères vagues et imprécis ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la société TDF, en exigeant le remplacement des matériels installés par les collectivités sur les sites qu'elle exploite par du matériel agréé par elle pour en assurer la maintenance alors que ses conditions d'agrément des matériels étaient non transparentes et qu'en utilisant des arguments, pour partie, fallacieux pour exiger ce remplacement, a mis en œuvre une pratique qui pouvait avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence entre fabricants de matériels et de limiter l'accès au marché de la maintenance par des sociétés concurrentes ; qu'une telle pratique est prohibée par les dispositions du 1 de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur la clause de préférence insérée dans le contrat conclu avec TF 1 :

Considérant que, le 15 avril 1991, un contrat a été conclu entre TDF et la société TF 1 au

sujet de la diffusion des émissions télévisées de cette chaîne ; que l'article 17 de ce contrat prévoyait la possibilité pour TF 1 de réduire le nombre de stations concernées par le contrat à la condition que « *dans l'hypothèse où, préalablement à la suppression effective d'une station B, TF 1 envisagerait de construire une autre station, TDF pourra faire des propositions à TF 1 et bénéficier, à tarif et à niveau de qualité de prestation comparables, d'un droit de préférence sur d'autres prestataires potentiels* » ;

Considérant que la société TDF fait valoir que, d'une part, les parties n'ont jamais appliqué la clause litigieuse, TF 1 n'ayant pas souhaité exercer la faculté de sortie partielle que lui réservait l'accord et, d'autre part, que TDF et TF 1 ont négocié, en 1996, un nouvel accord qui ne comporte aucun droit de préférence à l'échéance du contrat ; que TDF soutient en outre que « *rien n'indique que le mécanisme de l'article 17 (...) devrait permettre à la société TDF de faire une nouvelle offre de façon à évincer ses concurrents puisque ces dernières pouvaient emporter le marché en formulant dès le début une offre plus intéressante que celle de TDF* » ;

Mais considérant que cette clause, introduite dans le contrat signé avec TF 1 au seul bénéfice de la société TDF, pouvait permettre à cette dernière de se faire communiquer les conditions proposées par ses concurrents et de faire une offre comparable, voire largement inférieure, à la meilleure de ces offres ; qu'ainsi, elle avait pour objet et pouvait avoir pour effet de lui permettre d'obtenir, de manière préférentielle, la maintenance des stations créées par TF 1 en remplacement de la prestation de diffusion assurée jusqu'alors à partir des stations de TDF susceptibles d'être délaissées par cette chaîne ; qu'au surplus, ainsi que l'a admis la société TDF dans ses observations écrites, une chaîne nationale se trouve en situation de « *forte dépendance vis-à-vis de son fournisseur exclusif de moyens techniques de diffusion* », le changement de fournisseur impliquant de trouver « *une offre immédiatement disponible et opérationnelle* » liée aux risques de rupture de diffusion et aux conséquences financières susceptibles d'en résulter pour la chaîne concernée ; que le fait que la disposition introduite dans le contrat signé avec TF 1 n'ait pas trouvé à s'appliquer, si elle peut être prise en compte pour l'appréciation des suites à donner, est sans incidence sur la qualification de la pratique au regard du titre III de l'ordonnance dès lors que son objet et sa potentialité d'effet anticoncurrentiel sont avérés ; qu'il s'ensuit qu'en introduisant cette clause dans le contrat proposé à TF 1 en avril 1991 la société TDF a enfreint les dispositions du 1^{er} de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur la pratique mise en œuvre par TDF lors du financement par la collectivité territoriale de Corse d'installations destinées à la diffusion des programmes de chaînes publiques :

Considérant qu'à la fin de l'année 1986 la desserte de la quasi-totalité du territoire national était assurée à plus de 90 % par le réseau de TDF pour ce qui concerne la diffusion des programmes des trois principales chaînes nationales ; que, selon les responsables de TDF, « *Normalement, c'est la chaîne publique qui décide ou non de l'extension de son réseau. Dans le cas où elle décide d'étendre son réseau, cette extension se fait dans le cadre du contrat de télédiffusion signé entre TDF et la chaîne ; l'une des deux sources de financement de la chaîne publique est la redevance mais TDF n'est pas attributaire de cette redevance. En fonction de son budget et de l'appréciation qu'elle porte sur ses obligations de desserte, la chaîne définit la politique d'extension du réseau. Il peut rester des zones peu ou mal desservies. Il existe encore des zones d'ombre pour les chaînes publiques nationales (FR 2 et FR 3) ; lorsque la chaîne ne veut plus financer, TDF propose à la demande des collectivités le montage suivant : 85 % de l'émetteur est financé par la collectivité et 15 % par TDF. Le pylône est financé par TDF.* » ;

Considérant qu'une convention cadre a été signée, le 3 février 1993, entre la région de Corse et TDF, « *compte tenu de la volonté exprimée par la collectivité d'améliorer, dans les*

meilleurs délais, la situation des 17 341 habitants, actuellement défavorisés, mal desservis par le service public » et afin de réaliser un programme destiné à la « résorption des zones d'ombre affectant la Corse » ; que ce programme, qui concernait la construction de stations destinées à la diffusion par voie hertzienne et de réseaux câblés, prévoyait la mise en place de conventions particulières entre les communes ou syndicats de communes concernés et TDF ; que le montant de la subvention d'équipement de la région Corse s'élevait à 40 % du montant de l'investissement en équipements techniques (pylônes, antennes, multiplexeurs, émetteurs ou réémetteurs et accessoires), le reste de l'investissement étant financé par TDF qui en devenait propriétaire ; que, en outre, l'article 3 de l'annexe B 2 à la convention-cadre stipulait que « les sociétés de programmes du secteur public France 2 et France 3 ayant différé l'intégration de la station à leur réseau, les frais d'exploitation et de maintenance correspondants sont pris en charge par la collectivité pendant une période de deux ans pleins (...), puis ensuite par la commune au-delà de cette période » ;

Considérant que les éléments figurant au dossier ne permettent pas d'établir qu'en proposant de mettre à la charge des collectivités territoriales corses concernées la maintenance des installations de diffusion des chaînes publiques destinées à étendre leur réseau de diffusion, en contrepartie du financement de 40 % du montant de l'investissement, la société TDF s'est livrée à une pratique ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre la concurrence en violation des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur les suites à donner :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos (...). Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne, l'affichage dans les lieux qu'il indique (...). Les frais sont supportés par la personne intéressée » ;

Considérant que, pour apprécier la gravité des faits, il y a lieu de relever la multiplicité des pratiques par lesquelles la société TDF a tenté de s'opposer à la mise en œuvre des dispositions de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée, qui a ouvert à la concurrence les services de diffusion et de transmission aux exploitants de services de communication audiovisuelle des chaînes privées ; qu'en s'appuyant sur son monopole légal de diffusion des chaînes publiques, sur sa position dominante sur le marché de la prestation de maîtrise d'œuvre et sur les contrats d'exclusivité qu'elle détenait pour l'exploitation des stations installées sur les sites les plus appropriés pour la diffusion et la transmission audiovisuelle, elle s'est, d'une part, artificiellement opposée à l'installation par les communes de matériels de réémission pour les chaînes privées sur ces sites, sauf dans les cas où elle était maître d'œuvre ou obtenait l'autorisation d'exploiter ces sites pour la diffusion de services de radiotéléphonie, elle a, d'autre part, lié la maîtrise d'œuvre de l'installation de ces matériels avec la maintenance de ces matériels et a, enfin, refusé d'assurer la maintenance de matériels non agréés par elle dans des conditions non transparentes et en utilisant des arguments pour partie fallacieux ; que, en outre, elle a tenté de conserver la maîtrise de la maintenance des stations de diffusion de TF 1 au cas où celle-ci déciderait de ne plus utiliser ces stations pour assurer la diffusion des programmes ; que

l'ensemble de ces pratiques ont contribué au renforcement des barrières à l'entrée dans ce secteur ;

Considérant que, pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de tenir compte tant de la fréquence des pratiques reprochées que de la situation de dépendance dans laquelle se trouvaient certaines collectivités territoriales aux ressources limitées ; que certaines de ces collectivités n'ont eu, pour permettre la diffusion de chaînes privées sur les zones d'ombre de leur territoire, d'autre choix que de se plier aux conditions imposées par TDF, lesquelles pouvaient être plus onéreuses que celles proposées par ses concurrents, ou de supporter les coûts associés à l'installation de nouveaux sites de diffusion ; qu'en revanche il y a lieu de tenir compte du fait que la clause de préférence contenue dans le contrat signé avec TF 1 n'a pas été appliquée et ne figure plus dans le nouveau contrat signé avec cette chaîne en 1996 ; qu'il n'y a pas lieu, dès lors, d'infliger une sanction pécuniaire à la société TDF de ce chef ;

Considérant que TDF a réalisé en France, au cours de l'exercice 1997, un chiffre d'affaires hors taxes de 4 100 083 666 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels, tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de dix millions de francs et d'ordonner la publication de la partie II de la présente décision dans *La Gazette des communes*,

Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que la société Télédiffusion de France a enfreint les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Une sanction pécuniaire de dix millions de francs est infligée à la société Télédiffusion de France.

Article 3

Dans un délai maximum de trois mois suivant sa notification, le texte de la partie II de la présente décision sera publié par la société Télédiffusion de France, à ses frais, dans *La Gazette des communes*. Cette publication sera précédée de la mention : « *Décision du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France (TDF)*. »

Délibéré, sur le rapport de M. Jean-René Bourhis, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président, Mme Boutard-Labarde, MM. Robin, Rocca et Thiolon, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,

présidant la séance,

Frédéric Jenny

Annexe 22

**Décision n° 99-D-15 du Conseil de la concurrence en date du 24 février 1999
relative à une saisine de la Confédération syndicale du cadre de vie**

NOR : ECOC9910112S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 2 juin 1993 sous le numéro F 595 et les mémoires complémentaires enregistrés le 11 septembre 1995 et le 4 janvier 1996, par lesquels la Confédération syndicale du cadre de vie (CSCV) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques qui seraient mises en œuvre, d'une part, dans le domaine des expertises judiciaires en matière civile, d'autre part, dans le domaine des enquêtes sociales ordonnées en matière de divorce et d'exercice de l'autorité parentale, dans les ressorts des cours d'appel d'Aix-en-Provence, Chambéry, Colmar, Grenoble, Montpellier, Nîmes, Orléans, Rennes et Riom ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la CSCV et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Les experts judiciaires en matière civile

Les experts judiciaires en matière civile sont des personnes physiques ou morales qui mettent au service de la justice les compétences acquises dans l'exercice de leur profession pour mener à bien une mesure d'instruction lorsque le juge ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer. Les modalités de leur désignation, de l'exercice et du contrôle de leur mission et de leur rémunération sont déterminées par les dispositions du nouveau code de procédure civile (NCPC), qui dispose dans son article 232 : « *Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien.* » Les experts sont investis de pouvoirs en raison de leur qualification et ils doivent remplir personnellement la mission qui leur est confiée (art. 233). Ils peuvent être récusés pour les mêmes causes que les juges (art. 234). La mesure d'instruction est exécutée sous le contrôle du juge qui l'a ordonnée (art. 155) ou d'un juge spécialement chargé de contrôler l'exécution des mesures d'instruction (nouvel article 155-1, inséré dans le NCPC par le décret n° 98-1231 du 28 décembre 1998).

Dans l'exécution des opérations d'expertise, les experts judiciaires sont considérés comme des collaborateurs occasionnels du service public. Ils ne constituent pas une profession. La loi n° 71-498 du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires et le décret n° 74-1184 du 31 décembre 1974 pris pour son application prévoient les conditions dans lesquelles les experts peuvent, sur leur demande, être inscrits sur la liste des experts en matière civile établie annuellement dans chaque cour d'appel ou sur la liste nationale des experts dressée par le bureau de la Cour de cassation. L'inscription sur ces listes, établies pour l'information des juges, est soumise à des conditions de qualification et de moralité. Les personnes inscrites sur l'une de ces listes ne peuvent faire état de leur qualité que sous la dénomination : « *d'expert agréé par la Cour de cassation* » ou « *d'expert près la cour d'appel de ...* ». Des dispositions spécifiques du décret du 31 décembre 1974 organisent la discipline et le respect des règles déontologiques propres à l'exercice de la fonction d'expert. Dans la très grande majorité des cas, les juges désignent des experts inscrits sur l'une de ces listes.

Les experts sont regroupés dans le cadre de compagnies d'experts, associations pluridisciplinaires ou monodisciplinaires, constituées auprès des cours d'appel ou de la Cour de cassation. L'adhésion à ces compagnies d'experts n'est pas obligatoire. Elles assurent les relations avec les milieux judiciaires nationaux ou locaux et veillent au respect des règles

déontologiques. Elles sont souvent consultées pour avis lors de l'instruction d'une nouvelle demande d'inscription d'un expert. Elles contribuent, notamment, à la formation permanente et à la formation initiale des experts.

Les honoraires des experts ne sont pas réglementairement tarifés. Leur rémunération est fixée par le juge pour chaque mission par une décision de juridiction gracieuse (art. 284). Il est d'ailleurs interdit aux experts de recevoir directement d'une partie, sous quelque forme que ce soit, une rémunération même à titre de remboursement de débours, si ce n'est sur décision du juge (art. 248). La rémunération des experts est comprise dans les dépens de l'instance et sera en principe supportée par la partie perdante (art. 695 [4^o] et 696). Si cette dernière bénéficie de l'aide juridictionnelle, les dépens seront à la charge de l'Etat (art. 24 et 40 de la loi n^o 91-647 du 10 juillet 1991). La rémunération des experts est normalement assujettie à la TVA, sauf en matière médicale et dans certains cas particuliers. Dès la nomination de l'expert, le juge fixe une provision à valoir sur sa rémunération aussi proche que possible de sa rémunération définitive prévisible (art. 269). Au moment du dépôt du rapport, l'expert présente une demande de rémunération. Il s'agit d'un décompte détaillé précisant les frais de toute nature et les honoraires réclamés, ventilés selon la nature des prestations : réunions, étude au cabinet, rédaction du rapport, secrétariat, etc. Le juge fixe souverainement la rémunération de l'expert, compte tenu des justifications produites, et l'autorise à se faire remettre, jusqu'à due concurrence, les sommes consignées au greffe. L'article 284 du NCPC, dans sa rédaction issue du décret n^o 98-1231 du 28 décembre 1998, précise que la rémunération de l'expert est fixée en fonction, notamment, des diligences accomplies, du respect des délais impartis et de la qualité du travail fourni. Le juge peut accorder à l'expert l'intégralité du montant de sa demande si celle-ci lui paraît justifiée, tout comme il peut décider de la réduire. Le décret n^o 98-1231 du 28 décembre 1998 a consacré la pratique de certains tribunaux consistant à inviter l'expert à formuler ses observations lorsque le juge envisage de fixer sa rémunération à un montant inférieur au montant demandé.

Le règlement des contestations relatives à la rémunération des techniciens est prévu par l'article 724 du NCPC. Un recours contre les décisions fixant la rémunération de l'expert est ouvert devant le premier président de la cour d'appel. Il peut être exercé aussi bien par les parties que par l'expert. Ce magistrat statue souverainement sur le montant des honoraires et des frais en fonction des éléments justificatifs qui lui sont apportés.

Selon une étude détaillée du ministère de la justice, la somme globale des rémunérations accordées aux experts en 1991, hors TVA, est estimée à près de 600 millions de francs, dont 7 % pour les expertises des cours d'appel, 81 % pour les expertises des tribunaux de grande instance et 12 % pour les expertises des tribunaux d'instance. Les coûts des expertises sont d'une très grande disparité, l'écart étant de 1 à 1 000 pour les expertises des tribunaux de grande instance. En pratique, dans la très grande majorité des cas, le juge accorde à l'expert la rémunération que celui-ci sollicite : 4 % seulement des mémoires de frais sont réduits à une somme inférieure par les cours d'appel, 3 % par les tribunaux de grande instance, 1,5 % par les tribunaux d'instance, 2 % par les conseils de prud'hommes. L'écart moyen entre le montant demandé par l'expert et le montant accordé par le juge est faible : 2,6 % pour les cours d'appel, 1,7 % pour les tribunaux de grande instance, 1,6 % pour les tribunaux d'instance.

B. - Les enquêteurs sociaux désignés en matière de divorce et d'exercice de l'autorité parentale

Les enquêtes sociales ordonnées par le juge aux affaires familiales en application de la législation relative au divorce et à l'exercice de l'autorité parentale, sur le fondement des dispositions des articles 287 et suivants du code civil, sont des mesures d'informations spécifiques qui ne sont pas soumises aux règles de procédure concernant les mesures

d'instruction effectuées par les techniciens. Elles ne sont pas réglementairement tarifées. Le juge aux affaires familiales, avant toute décision, provisoire ou définitive, fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale et du droit de visite ou confiant les enfants à un tiers, peut donner mission à toute personne qualifiée d'effectuer une enquête sociale (art. 287-2 du code civil, art. 1078 et s. du NCPC). Les juges peuvent recourir à des services sociaux spécialisés, éventuellement habilités par le préfet conformément aux dispositions du décret n° 88-949 du 6 octobre 1988 relatif à l'habilitation des personnes physiques, établissements, services ou organismes publics ou privés auxquels l'autorité judiciaire confie habituellement des mineurs, ou désigner des personnes physiques exerçant une profession libérale : assistant social, psychologie, conseiller conjugal, éducateur spécialisé, médiateur familial. Des listes d'enquêteurs sont établies, sans formalisme particulier, auprès de certaines juridictions. Les enquêteurs sociaux ne constituent pas une profession.

L'accomplissement de ces enquêtes donne droit à une rémunération, assujettie à la TVA, fixée par le juge conformément aux dispositions du décret n° 76-998 du 4 novembre 1976 modifié par le décret n° 88-600 du 6 mai 1988 qui prévoient : « *Chaque enquête sociale ordonnée en matière d'exercice de l'autorité parentale, en application de l'article 287-1 du code civil [devenu art. 287-2], donne droit à une rémunération fixée, lors du dépôt du rapport, par le juge qui l'a ordonnée. Il est tenu compte des diligences auxquelles l'enquête a donné lieu et des difficultés qu'elle a pu présenter* » (art. 1^{er}) ; « *La rémunération prévue à l'article 1^{er} est avancée dans tous les cas par le Trésor. Elle est payée par lui à la personne qui a procédé à l'enquête sociale ou si cette personne est préposée d'une œuvre privée ou agent d'une collectivité publique, à la personne morale dont elle dépend* » (art. 2) ; « *La rémunération prévue à l'article 1^{er} est comprise dans les dépens de l'instance* » (art. 3). Elle sera donc mise à la charge de l'une des parties à l'instance. Le Trésor en poursuit le recouvrement (art. R. 91 et R. 93 [12°] du code de procédure pénale [CCP]) comme en matière de « *frais de justice criminelle, correctionnelle ou de police* » et « *en l'absence de condamnation aux dépens, les frais [...] sont recouvrés contre la partie désignée par le juge qui a ordonné l'enquête* » (art. R. 221 du CCP). L'article R. 221 du CPP met en place un recours particulier contre la disposition de la décision relative à la liquidation des frais d'enquête sociale.

C. - Les pratiques dénoncées

1. L'élaboration de barèmes de rémunération concernant les expertises en matière civile :

Des documents relatifs à la rémunération des experts judiciaires, intitulés « barèmes indicatifs », ont été établis dans le ressort de la cour d'appel d'Aix-en-Provence en 1995, de la cour d'appel de Chambéry en 1992 et en 1995, de la cour d'appel de Grenoble entre 1989 et 1997, de la cour d'appel de Montpellier en 1992, de la cour d'appel de Nîmes en 1993, de la cour d'appel d'Orléans en 1993, de la cour d'appel de Rennes en 1993 et de la cour d'appel de Riom entre 1990 et 1997. Ces documents prévoient des fourchettes relatives au taux de vacation horaire applicable par domaine d'expertise ou bien fixent des forfaits applicables par catégorie d'expertise. Les modalités de calcul des montants retenus ne sont pas expliquées. Généralement, ces barèmes comportent une tarification des frais et débours pouvant être réclamés par les experts : frais de transport, de dactylographie, de photocopie, de secrétariat, etc. Ces barèmes ont été diffusés aux magistrats et aux experts dans chaque cour d'appel concernée.

L'enquête a établi que les barèmes indicatifs relatifs à la rémunération des experts en matière civile avaient été élaborés par les premiers présidents des cours d'appel à l'initiative du ministère de la justice. Deux circulaires du garde des sceaux préconisent l'usage de barèmes indicatifs pour aider les juges dans la détermination de la rémunération des experts.

Dans une circulaire du 15 janvier 1985, le ministre de la justice indique à ce sujet : « A cet égard, j'appelle votre attention sur l'intérêt de l'institution, dans le ressort de chaque cour d'appel, d'un barème indicatif fondé sur la vacation horaire en fonction de la complexité et de la nature des expertises et réévaluable, le cas échéant, chaque année ». Une circulaire du 14 octobre 1997 rappelle : « Il est essentiel que les magistrats du siège et du parquet portent une attention particulière sur le contrôle des mémoires de frais qui leur sont présentés dans le cadre de la procédure de taxation. A cet effet, la diffusion par les cours d'appel à l'ensemble des juridictions de leur ressort de montants indicatifs d'honoraires non réglementairement tarifés par spécialité sera de nature à apporter une aide aux juges taxateurs pour l'appréciation, tant en matière civile que pénale, du niveau des honoraires qu'ils peuvent accepter. Vous voudrez bien me transmettre [...] le document de diffusion de ces montants indicatifs, à l'effet que les services de la Chancellerie puissent ainsi évaluer les écarts pouvant exister d'une cour d'appel à l'autre et procéder aux nécessaires harmonisations nationales. »

Pour élaborer ces barèmes, les premiers présidents des cours d'appel concernées ont consulté les compagnies d'experts selon des modalités qui, suivant les cas, ont nécessité une participation plus ou moins importante des experts : fournir des renseignements en réponse à des demandes précises ; participer à des réunions communes ; établir un projet de barème indicatif transmis pour approbation. Dans tous les cas, les compagnies d'experts ont assuré la diffusion des barèmes auprès de leurs adhérents.

Le président de la compagnie des experts près la cour d'appel de Grenoble a ainsi déclaré au cours de l'enquête : « Le barème indicatif des honoraires d'expertise est élaboré chaque année par le premier président de la cour d'appel, après consultation de la compagnie des experts. Ce barème est ensuite adressé par le premier président aux présidents des tribunaux de grande instance, des tribunaux de commerce et des conseils de prud'hommes exerçant leur fonction dans le ressort de la cour d'appel de Grenoble. Le premier président en communique un exemplaire au président de la compagnie des experts près la cour d'appel de Grenoble qui l'adresse à tous les membres de la compagnie. » Le président de la compagnie des experts près la cour d'appel de Riom a indiqué : « Le conseil d'administration de la compagnie se réunit en moyenne quatre fois par an. Il est de tradition d'inviter à au moins l'un de ces conseils d'administration les deux hauts magistrats du ressort (premier président et procureur général). A cette occasion, sont abordés les problèmes qui peuvent se présenter. Il peut être question de l'actualisation de la rémunération des experts lorsque ce sujet a été abordé. A la suite de cette discussion, le premier président établit à l'usage des magistrats du ressort un barème indicatif. [...] Un exemplaire du barème indicatif est adressé à la compagnie qui le diffuse pour information auprès de ses adhérents. »

Dans le ressort de la cour d'appel de Grenoble, la proposition de barème formulée par la compagnie des experts pour l'année 1995 a été, purement et simplement, entérinée par le premier président, en sorte qu'a été diffusé le document à en-tête de la compagnie des experts intitulé « Proposition de barème indicatif des honoraires d'experts à compter du 1^{er} janvier 1995 ».

Pour répondre aux exigences d'harmonisation nationale demandée par les circulaires ministérielles, les premiers présidents ont été également conduits à réévaluer les montants des vacations prévues par les barèmes et à interroger les compagnies d'experts sur ces questions. Ainsi, à la suite d'une enquête menée auprès des cours d'appel pour connaître le niveau des vacations des barèmes existants, le premier président de la cour d'appel de Grenoble a augmenté le montant des vacations des experts immobiliers et en a informé les magistrats de son ressort par une lettre de transmission rédigée dans les termes suivants :

« Il résulte d'une enquête réalisée auprès de la plupart des cours d'appel que, pour l'année 1993, la cour d'appel de Grenoble se situait, tant pour les vacations que pour les

frais et débours, un peu au-dessous de la moyenne nationale (vacation maximale moyenne 451,54 F HT pour 420 F HT à Grenoble).

« Les vacations des évaluateurs immobiliers, qui étaient dans une fourchette allant de 260 F à 350 F, ont été portées en 1995 entre 320 F à 375 F dès lors :

« – que l'ancien barème était faible par rapport aux autres techniciens de même niveau comme les géomètres ou les ingénieurs dont les fourchettes des vacations étaient respectivement de 290 F à 360 F pour les géomètres ;

« – que, dans les deux cours d'appel (proches) Lyon et Chambéry, les évaluations étaient, en 1993, très supérieures (soit entre 240 F à 385 F à Lyon et entre 200 F et 400 F à Chambéry). »

La compagnie des experts près la cour d'appel d'Orléans a procédé à deux reprises à une enquête nationale sur les barèmes d'honoraires des experts en usage dans les différentes cours d'appel. Ces enquêtes ont donné lieu à l'établissement de tableaux synthétiques indiquant le niveau des taux horaires, des forfaits et des frais figurant sur les barèmes existants.

L'enquête n'a mis en évidence aucun élément établissant que les barèmes indicatifs diffusés au sein des cours d'appel auraient été utilisés par les experts dans le cadre de leurs activités d'expertises privées. Les experts entendus au cours de l'instruction ont, sur ce point, déclaré ne jamais recourir à ces barèmes pour fixer le montant de leurs honoraires pour des prestations extrajudiciaires. Par ailleurs, l'enquête n'a apporté aucun élément de nature à établir que les compagnies d'experts auraient, hors du domaine de l'expertise judiciaire, mis en œuvre des pratiques qui procéderaient d'une concertation à caractère anticoncurrentiel à l'occasion des activités professionnelles de leurs membres.

2. L'élaboration des barèmes de rémunération concernant les enquêtes sociales en matière de divorce et d'exercice de l'autorité parentale :

Le barème de la cour d'appel d'Aix-en-Provence, relatif à la rémunération des experts en matière civile pour l'année 1995, fixe également une rémunération forfaitaire des enquêtes sociales prévues par l'article 1078 du NCPC. De la même manière, des documents émanant des tribunaux de grande instance de Grenoble (daté du 8 janvier 1991), Tours (daté du 27 janvier 1986) et Riom (pour l'année 1994) établissent, sans justification du mode de calcul, un tarif des enquêtes sociales. Toutefois, l'instruction n'a établi ni que les enquêteurs sociaux désignés en matière de divorce ou d'exercice de l'autorité parentale auraient été consultés lors de l'élaboration de ces tarifs, ni que ces tarifs auraient été diffusés hors des juridictions.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Considérant que les experts judiciaires mettent leurs compétences au service de la justice pour éclairer le juge sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien et offrent leurs services pour effectuer des missions d'expertise à la demande des juridictions ; qu'ils perçoivent, pour chaque mission, une rémunération fixée par le juge à partir de la demande formulée et des justifications produites ;

Considérant qu'en effectuant des missions d'expertise en contrepartie d'une rémunération, les personnes désignées en qualité d'expert exercent une activité de services au sens de l'article 53 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ; qu'elles ne sont pas investies de prérogatives de puissance publique pour l'accomplissement des opérations d'expertise ; qu'en particulier il leur est interdit de porter des appréciations d'ordre juridique ; qu'elles ne peuvent recevoir mission de concilier les parties ; que leur responsabilité à raison des fautes commises dans l'accomplissement de leurs missions est engagée conformément au droit commun de la responsabilité civile ;

Considérant que, si les experts sont désignés en raison de leur qualification, le juge, dans le souci d'une bonne administration de la justice, veillera, en pratique, à ne pas faire supporter

aux parties, ou à l'Etat dans le cadre de l'aide juridictionnelle, des frais trop élevés par la désignation d'experts dont les prétentions en matière de rémunération seraient excessives ; qu'à l'inverse le juge doit veiller également à ce que l'expert reçoive une rémunération suffisante correspondant à la qualité du travail qu'il a fourni ; qu'en conséquence le montant de la rémunération des experts est un élément pris en compte lors de la décision qui les commet ;

Considérant que le montant de la rémunération des experts judiciaires en matière civile n'est fixé par aucune disposition législative ou réglementaire ;

Considérant que les références tarifaires figurant dans les barèmes indicatifs mis en cause par la partie saisissante ne sont pas fondées sur des critères objectifs tirés des coûts de revient des opérations d'expertise ; que ces barèmes déterminent des fourchettes de prix comportant des minima ou des prix fixes ; que, dès lors, ils sont de nature à inciter les experts à s'y conformer en renonçant à calculer leurs honoraires sur la base de leurs propres coûts ;

Mais, considérant que les barèmes dont il s'agit ont été élaborés à l'initiative des premiers présidents des cours d'appel, conformément aux instructions du ministre de la justice et à seule fin de permettre aux juridictions de fixer le montant des honoraires dus aux experts ; que les compagnies d'experts ont participé aux consultations organisées à cette fin par les premiers présidents et qu'aucun élément du dossier ne permet de leur imputer des pratiques qui ne trouveraient pas leur justification dans la demande des premiers présidents agissant sur instructions de l'administration ;

Considérant, par ailleurs, que l'enquête n'a mis en évidence aucun élément établissant que les barèmes indicatifs diffusés au sein des cours d'appel auraient été utilisés par les experts dans le cadre de leurs activités d'expertise privée ou que les compagnies d'experts auraient, hors du domaine de l'expertise judiciaire, mis en œuvre des pratiques qui procéderaient d'une concertation à caractère anticoncurrentiel ;

Considérant, enfin, que l'instruction n'a établi ni que les enquêteurs sociaux désignés en matière de divorce ou d'exercice de l'autorité parentale auraient été consultés ou se seraient concertés lors de l'élaboration des barèmes mis en cause par la partie saisissante, ni que ces barèmes auraient été diffusés hors des juridictions ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les pratiques dénoncées par l'auteur de la saisine ne peuvent être regardées comme constitutives de pratiques prohibées par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

Décide :

Article unique

Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de M. Savinien Grignon Dumoulin, désigné en remplacement de M. Henri Génin, empêché, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, désigné en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Rocca, membre, désigné en remplacement de M. Jenny, vice-président, empêché.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,

présidant la séance,

Pierre Cortesse

Annexe 23

Décision n° 99-D-16 du Conseil de la concurrence en date du 24 février 1999 relative à la saisine de MM. Alain Nicolas, Daniel Fischer et Norbert Jannot, ambulanciers à

Verdun
NOR : ECOC9910157S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 16 mai 1997 sous le numéro F 960, par laquelle MM. Alain Nicolas, Daniel Fischer et Norbert Jannot, ambulanciers à Verdun, ont saisi le Conseil de la concurrence de diverses pratiques sur le marché des transports sanitaires et funéraires du centre hospitalier de Verdun ;

Vu la lettre enregistrée le 3 novembre 1997, par laquelle MM. Alain Nicolas, Daniel Fischer et Norbert Jannot, ambulanciers à Verdun, ont complété leur saisine initiale ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus, MM. Alain Nicolas, Daniel Fischer et Norbert Jannot ayant été régulièrement convoqués ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que MM. Nicolas, Fischer et Jannot exposent que le centre hospitalier de Verdun a lancé un appel d'offres, le 19 décembre 1996, relatif à l'exécution de transports sanitaires et funéraires « *Pour une période d'un an, du 1^{er} avril 1997 au 31 mars 1998, renouvelable par tacite reconduction sans que la durée totale puisse excéder trois ans* » ; que, par un courrier du 31 janvier 1997, la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes leur a adressé un avertissement fondé sur une enquête de concurrence effectuée par ses services départementaux portant sur les conditions d'attribution du marché des transports sanitaires du centre hospitalier de Verdun, en 1992 et 1993, et indiquant : « *Cette enquête fait clairement apparaître que vous vous êtes mis d'accord avec trois entreprises concurrentes pour proposer une offre commune dans le but d'empêcher ou de limiter la concurrence et donc l'accès au marché du centre hospitalier de Verdun à d'autres entreprises de transport sanitaire. Une telle entente ne me paraît pas conforme à notre droit. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence prévoit dans son article 1^{er} que les prix se fixent librement par le jeu de la concurrence. La même ordonnance, dans son article 7, interdit les ententes qui faussent le jeu de la concurrence, que ce soit en faisant obstacle à la fixation des prix ou en organisant un partage du marché. Le Conseil de la concurrence, compétent pour sanctionner ces pratiques, a été amené à plusieurs reprises à sanctionner des entreprises d'ambulances qui s'étaient regroupées pour imposer leurs prix et se partager les marchés hospitaliers. Je vous invite donc à éviter tout mode d'organisation qui aurait pour conséquence de faire disparaître la concurrence afin de fixer les prix uniformément ou de partager des marchés. A défaut, je serais dans l'obligation de saisir le Conseil de la concurrence* » ; que les auteurs de la saisine indiquent qu'à la suite de la réception de cette lettre ils n'ont pas signé d'acte d'engagement en réponse à l'appel du centre hospitalier de Verdun et qu'en conséquence cette offre n'a pu être retenue ; qu'au terme de la consultation le marché a été attribué au groupement momentané constitué par les entreprises d'Anthouard, Béchamp-Lollier, Holvec et Rollin ;

Considérant que les entreprises saisissantes allèguent que ce groupement « *laisse apparaître un formidable déploiement de matériel et de personnel en proportion au marché passé, ce qui ne laisse aucune possibilité aux entreprises verdunoises* » et qu'« *une telle entente ne [leur] paraît pas conforme à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence qui prévoit dans son article 1^{er} que les prix se fixent librement par le jeu de la concurrence. La même ordonnance dans son article 7 interdit les ententes qui faussent le jeu de la concurrence pour s'accaparer les marchés hospitaliers* », qu'ils font valoir, par ailleurs, qu'il convient d'analyser cette entente en tenant compte du « *monopole*

exercé par la SARL Béchamp-Lollier sur Verdun et sur le nord meusien » ; qu'ils prétendent enfin que l'une des stipulations du cahier des clauses particulières du marché concerné, en ce qu'elle énonce que « *le titulaire du marché est tenu d'avoir son agence localisée dans un rayon de 12 km autour de Verdun* » ne serait pas respectée par les entreprises Rollin et Béchamp-Lollier, membres du groupement momentané ayant obtenu le marché ;

Considérant qu'aux termes de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* » ;

Considérant que la constitution par des entreprises, indépendantes et concurrentes, d'un groupement en vue de présenter une réponse commune à un appel d'offres ne constitue pas, en soi, une pratique prohibée au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que, toutefois, le recours à une telle structure peut donner lieu à l'application des dispositions de ce texte lorsqu'il est établi que le groupement a été utilisé pour mettre en œuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence lors de l'appel d'offres ;

Considérant, en premier lieu, qu'un rectificatif au cahier des charges de l'appel d'offres lancé par le centre hospitalier de Verdun a été adressé aux candidats à l'obtention du marché et qu'il précisait que « *les entreprises peuvent présenter leurs offres groupées* » dans les conditions énoncées à l'article 46-1 du code des marchés publics ; que la convention, réunissant momentanément les sociétés d'Anthouard, Béchamp-Lollier, Holvec et Rollin, dont MM. Nicolas, Fischer et Jannot ont joint une copie à l'appui de leur saisine, ne renferme pas de clause interdisant à un participant au groupement de formuler une offre individuelle concurrente de celle du groupement ;

Considérant que le groupement ainsi constitué ne rassemble pas toutes les entreprises susceptibles de répondre à l'appel d'offres lancé par le centre hospitalier de Verdun ; que, d'une part, les entreprises auteurs de la saisine, qui, réunies dans un groupement, avaient été titulaires du marché avant 1996, étaient en mesure de proposer une offre concurrente ; que, d'autre part, il n'est pas démontré qu'une ou plusieurs entreprises ou d'autres groupements d'entreprises de la région de Verdun n'auraient pas été en mesure de soumissionner au marché ; que, dès lors, ce groupement ne constituait pas l'unique moyen d'accéder au marché concerné ; que, si les entreprises Nicolas, Fischer et Jannot ont pu se méprendre sur la portée de la lettre adressée par les services départementaux de la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, qui pouvait donner lieu à plusieurs interprétations et dont ils allèguent qu'elle les aurait dissuadés de soumissionner à l'appel d'offres, cette circonstance est sans incidence sur le comportement des entreprises ayant constitué le groupement mis en cause ;

Considérant, dès lors, qu'en se bornant à dénoncer la création du groupement d'entreprises d'Anthouard, Béchamp-Lollier, Holvec et Rollin les parties saisissantes n'apportent aucun élément permettant de présumer que ce groupement a été constitué par ses adhérents pour mettre en œuvre des pratiques prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant, en second lieu, que les entreprises Nicolas, Fischer et Jannot soutiennent que le groupement momentané constitué par les entreprises d'Anthouard, Béchamp-Lollier, Holvec et Rollin détient une position dominante sur le marché des transports sanitaires dans le nord meusien ; que, d'ailleurs, la SARL Béchamp-Lollier détient à elle seule « *un monopole sur Verdun et sur le nord meusien* » ; qu'à l'appui de leurs allégations les parties saisissantes produisent une carte du département de la Meuse sur laquelle figurent les implantations des membres du groupement et des autres entreprises d'ambulance ;

Considérant que la détention d'une position dominante par une entreprise ou un groupe

d'entreprises sur un marché n'est pas, en elle-même, prohibée par l'article 8 de l'ordonnance précitée ; que les dispositions de cet article visent uniquement les pratiques d'une ou de plusieurs entreprises occupant une position dominante lorsque ces pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ;

Considérant que la carte du département de la Meuse produite par les parties saisissantes, qui ne comporte que l'indication du nombre des entreprises d'ambulances par canton, ne permet ni de définir un marché pertinent, ni de laisser présumer l'existence d'une position dominante, soit de la SARL Béchamp-Lollier, soit du groupement : qu'à supposer même que la position dominante du groupement soit avérée, en se bornant à faire état du « *formidable déploiement de matériel et de personnel en proportion au marché passé* » et du « *monopole exercé par la SARL Béchamp-Lollier sur Verdun et sur le nord meusien* », les parties saisissantes ne produisent aucun élément qui pourrait laisser présumer que le groupement aurait mis en œuvre des pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante au regard de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant, en troisième lieu, que les parties saisissantes soutiennent qu'une des stipulations du cahier des clauses particulières du marché concerné, qui énonce « *Le titulaire du marché est tenu d'avoir son agence localisée dans un rayon de 12 km autour de Verdun* », n'a pas été respectée, les entreprises Béchamp-Lollier, Holvec et Rollin se trouvant localisées à plus de 12 km ;

Mais considérant que le Conseil n'est pas compétent pour apprécier l'exécution par les parties d'un contrat administratif ; qu'il appartient aux ambulances Nicolas, Fischer et Jannot, si elles s'y croient fondées, de saisir les juridictions compétentes pour en connaître ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

Décide :

Article unique

La saisine enregistrée sous le numéro F 960 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Véronique Eloy, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-président, et M. Rocca, membre.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,

présidant la séance,

Pierre Cortesse

Annexe 24

**Décision n° 99-D-17 du Conseil de la concurrence en date du 24 février 1999
relative à une saisine présentée par le Conseil national des professions de l'automobile
(CNPA)**

NOR : ECOC9910089S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu les lettres enregistrées le 7 août et le 9 septembre 1998, sous le numéro F 1062, par lesquelles le Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) a saisi le Conseil de la concurrence de la vente des carburants, à prix coûtant, par les magasins à l'enseigne Leclerc de la région de Rennes, qu'il qualifie de pratiques anticoncurrentielles susceptibles de relever

des dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et le représentant du Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) entendus ;

Après en avoir délibéré, hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que, suite à une campagne publicitaire d'envergure nationale diffusée par voie radiophonique et au moyen de panneaux publicitaires répartis sur le territoire national, les 465 stations à l'enseigne Leclerc ont commercialisé, du 22 juillet au 16 août 1997, les carburants à prix coûtant ; que le Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) soutient que la mise en œuvre de cette campagne par les deux magasins de Rennes, exploités par des commerçants indépendants regroupés sous la même enseigne, constitue une entente ayant pour objet d'évincer les distributeurs indépendants du marché, prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'à l'appui de sa saisine le CNPA a communiqué la copie d'une lettre adressée le 4 août 1997 à la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à Rennes, faisant état d'un relevé des prix pratiqués le 2 août 1997 pour trois produits (super sans plomb 98, super 97 et gazole), le texte du message publicitaire diffusé le 22 juillet 1997 à 7 h 44 par la radio RTL, ainsi qu'une photographie représentant un panneau publicitaire en un lieu non défini ; que le CNPA a également produit la liste des sept points de vente de carburants en grande surface et leur situation géographique dans l'agglomération de Rennes ; qu'il ressort de ces documents que, le 2 août 1997, les deux magasins à l'enseigne Leclerc pratiquent des prix identiques pour les trois produits relevés (SP 98 : 5,92 F ; super 97 : 6,17 F ; gazole : 4,04 F), que les supermarchés à l'enseigne U et le magasin à l'enseigne Stoc pratiquent également des prix identiques, inférieurs à ceux des magasins à l'enseigne Leclerc pour deux d'entre eux (SP 98 : 5,89 F ; super 97 : 6,14 F ; gazole : 4,05 F), tandis que le magasin à l'enseigne Géant (Casino) applique les prix les plus bas (SP 98 : 5,87 F ; super 97 : 6,12 F, gazole : 4,01 F) ; que, par ailleurs, il ne semble pas contestable que les deux magasins à l'enseigne Leclerc sont situés à l'intérieur de la même zone de chalandise ;

Considérant qu'en application de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable, s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ;

Considérant, en premier lieu, que la partie saisissante soutient que la campagne de vente à prix coûtant constitue une pratique d'entente prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Mais considérant que le seul fait pour un groupement de magasins indépendants de mener une campagne nationale de promotion ne constitue pas une entente anticoncurrentielle ; que les commerçants indépendants ont la possibilité de mener une politique commerciale basée sur une enseigne commune et de déterminer en commun une formule de vente cohérente avec l'image qu'ils veulent donner de cette enseigne ; que la pratique concertée d'un prix coûtant, pour le même produit, par des entreprises en concurrence, n'a pas pour effet d'imposer un prix identique à ces entreprises, dès lors que leurs conditions d'approvisionnement et d'exploitation, même si elles peuvent être analogues, sont néanmoins propres à chacune d'entre elles et ne les dispensent pas de calculer de manière indépendante leur prix de vente ;

Considérant, en l'espèce, que si les relevés de prix versés au dossier par la partie saisissante révèlent pour les trois produits en cause un identité de prix, premièrement, ces relevés ne concernent que les prix affichés au cours d'une seule journée sur les 25 de la

promotion et ne sauraient suffire à caractériser une entente, deuxièmement, à supposer même que les deux magasins à l'enseigne Leclerc aient pratiqué des prix identiques pour les carburants pendant toute la durée de la promotion, cette circonstance à elle seule ne pourrait suffire à établir l'existence d'une concertation entre eux pour la fixation de ces prix, des éléments objectifs tels que les conditions d'approvisionnement et l'exploitation, identiques ou très proches, pouvant expliquer une uniformité des prix ;

Considérant, en second lieu, que la partie saisissante soutient également que la campagne promotionnelle nationale à prix coûtant a pour objet d'évincer du marché de la distribution de carburants les distributeurs indépendants de l'agglomération de Rennes ;

Considérant que la partie saisissante a déclaré en séance, sans fournir aucune justification, que les écarts entre les prix pratiqués par les magasins de grande surface et ceux pratiqués par les distributeurs indépendants étaient approximativement de l'ordre de trente centimes tout au long de l'année et de quarante centimes pendant la période promotionnelle ; qu'elle soutient également que le prix coûtant pratiqué par les magasins à l'enseigne Leclerc n'intégrerait pas la totalité des coûts afférents à la distribution de carburant ;

Mais considérant que la partie saisissante n'a apporté aucun élément sur la situation des pompistes indépendants et notamment sur les conséquences de la campagne promotionnelle sur leur activité ; que la campagne de vente à prix coûtant a été mise en œuvre pendant une période limitée, de l'ordre de trois semaines, et s'inscrivait dans une opération plus globale de promotion de l'enseigne ; qu'il n'est pas soutenu que les deux magasins Leclerc de l'agglomération de Rennes auraient été à l'origine de cette campagne ; que les autres grandes surfaces de la zone de chalandise de Rennes ont pratiqué, le jour considéré, des prix inférieurs à ceux pratiqués par les deux magasins à l'enseigne Leclerc ; qu'il résulte de ce qui précède, à supposer même que les prix pratiqués par les deux magasins exploités sous l'enseigne Leclerc à Rennes soient inférieurs à leurs coûts totaux et en l'absence d'autres indices, que les faits invoqués par la partie saisissante ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants pour présumer que les pratiques dénoncées auraient eu pour objet d'évincer les distributeurs indépendants du marché de la distribution des carburants dans l'agglomération de Rennes et seraient prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'il y a lieu, en conséquence, de faire application de l'article 19 de l'ordonnance susvisée,

Décide :

Article unique

La saisine enregistrée sous le numéro F 1062 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport de Mme Elisabeth Maillot-Bouvier, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Rocca, membre, désigné en remplacement de M. Jenny, vice-président, empêché.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,

présidant la séance,

Pierre Cortesse

Annexe 25

Décision n° 99-D-18 du Conseil de la concurrence en date du 2 mars 1999 relative à des pratiques relevées dans la distribution des produits de la société Laboratoires 3 M Santé

NOR : ECOC9910113S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 29 juin 1995, sous le numéro F 775, par laquelle le secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'économie et des finances, chargé des finances, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Laboratoires 3 M Santé et par des distributeurs de matériel médical ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - La distribution des produits 3 M Santé

La société Laboratoires 3 M Santé appartient au groupe 3 M. Elle est filiale à 49,6 % de la société Minnesota Mining & Manufacturing Company, le reste du capital étant détenu pour 39,6 % par la société 3 M France et pour 10,8 % par la société Riker Laboratories Inc. Le capital de la société 3 M France est lui-même détenu par la société Minnesota Mining & Manufacturing Company à 89,99 %. Dans l'Union européenne, le groupe 3 M dispose de filiales implantées dans chaque pays à l'exception du Luxembourg. Toutes ces filiales sont contrôlées par la société mère aux Etats-Unis et sont coordonnées par 3 M Europe dont le siège est à Diegem.

La société Laboratoires 3 M Santé est organisée en trois départements qui correspondent à trois secteurs d'activité : la pharmacie, les produits dentaires et les produits médicaux.

Le département « produits médicaux » regroupe essentiellement les matériels de diagnostic (stéthoscopes et tensiomètres), les films dermiques (sparadraps), les structures adhésives et les pansements ainsi que divers produits de contention et d'immobilisation.

En 1993, la société Laboratoires 3 M Santé a réalisé un chiffre d'affaires de 941 millions de francs, dont un tiers, soit 314 millions de francs, pour le département produits médicaux. Les deux tiers des produits médicaux sont commercialisés directement par la société, seul un tiers des ventes, soit environ 90 millions de francs, est réalisé par l'intermédiaire des revendeurs.

Parmi les revendeurs, il convient de distinguer les répartiteurs en pharmacie (62 millions de francs), les revendeurs hospitaliers (11,4 millions de francs) et les revendeurs extra-hospitaliers (15,5 millions de francs).

Les revendeurs extra-hospitaliers, qui représentent 17 % des ventes de la société Laboratoires 3 M Santé aux différentes catégories de revendeurs, commercialisent du matériel médical aux professionnels du secteur libéral de la santé (médecins, infirmières, kinésithérapeutes) ou aux particuliers. La société Laboratoires 3 M Santé établit des relations commerciales avec près de 800 revendeurs extra-hospitaliers, dont 400 sont des clients réguliers. Parmi ces revendeurs extra-hospitaliers, les trois groupements de revendeurs, Paramat, E3S et Distri Club Médical (DCM), ont représenté en 1993 17 % des ventes et les sociétés de vente par correspondance, NM Médical, Médistore et Drexco, 12 % des ventes.

B. - Les pratiques relevées

1. Les pratiques tarifaires

Pour les revendeurs extra-hospitaliers, la société 3 M Santé édite des tarifs dits SMD (soins et médecine domestique). Jusqu'en janvier 1991, les tarifs SMD « utilisateurs » contenaient des « prix publics HT conseillés ». La société 3 M Santé a édité, en 1992 et 1993, des « tarifs distributeurs » contenant des « prix de base HT » et, en 1994, des « prix de vente HT ».

Les revendeurs bénéficient de remises et ristournes applicables à ces « prix de base ». Il s'agit de remises sur le chiffre d'affaires variant de 25 à 35 %, de ristournes de fin d'année comprises entre 1 et 3 % en fonction d'objectifs fixés dans un contrat et parfois de remises et ristournes prévues dans des accords commerciaux spécifiques.

1.1. Les interventions de la société Laboratoires 3 M Santé dans la politique de prix des revendeurs extra-hospitaliers

Dans un courrier du 3 septembre 1991, la société NM Médical a proposé à la société Laboratoires 3 M Santé de participer à une opération commerciale au cours de laquelle les prix promotionnels auraient été fixés d'un commun accord :

« Point de vente Paris (PVP mailing) Opération "Bus mailing" »

« Le fournisseur propose les produits à promouvoir et fixe la remise accordée dans le cadre de cette promotion. NM Médical se réservant le droit de refuser toutes offres non conformes à l'esprit du catalogue. Le prix promotionnel sera fixé d'un accord commun entre les parties. »

M. Giraud, directeur commercial de la société Laboratoires 3 M Santé, a déclaré qu'aucune suite n'avait été donnée à cette proposition.

Dans un courrier du 1^{er} mars 1993, un revendeur, la société DCM, a exprimé son mécontentement après avoir constaté que des catalogues promotionnels étaient distribués à l'ensemble de la distribution médicale. Dans cette lettre, la société DCM demandait : *« Où est votre souci du respect des prix, de la rentabilité, des marges évitant les nombreux dépôts de bilan »*.

Par courrier du 5 mars 1993, M. Giraud a répondu qu'il ne lui appartenait pas d'intervenir pour régler les problèmes de concurrence entre revendeurs :

« Toutefois, 3 M, comme tout autre fournisseur, n'accorde aucune exclusivité de distribution de ces produits de façon à laisser libre choix du lieu et du prix d'achat aux consommateurs finaux. Ne comptez pas sur vos fournisseurs pour régler les problèmes internes à la distribution. Chacun doit assumer sa propre concurrence. J'en profite toutefois aussi pour préciser que le catalogue MED ne mentionne aucun prix, ce qui laisse la liberté de ceux-ci et ainsi ne représente donc pas un facteur de déstabilisation. »

M. Giraud a déclaré, le 18 novembre 1994, que la lettre de la société DCM avait été adressée à l'ensemble des fournisseurs et qu'il ne se sentait pas directement concerné. Toutefois, il a ajouté qu'il recommandait oralement à ses revendeurs d'avoir un prix « correct » et une marge « normale » :

« Mon souhait est qu'il n'y ait pas de bagarres de prix. Oralement je dis aux revendeurs : arrêtez de vous battre sur les prix. Je n'impose rien, je ne fixe aucun prix, je fais des recommandations. Je leur recommande d'avoir un prix correct et une marge normale d'un distributeur. Mon discours est globalement : vendez au prix qui vous permet d'assurer la promotion de mes produits, ne bradez pas, de façon à ce que tout le monde puisse vivre. »

Le 26 janvier 1994, M. Giraud a rencontré MM. Boukart et Filipino, responsables de la société NM Médical.

Dans les notes prises par MM. Boukart et Filipino apparaissent les mentions suivantes :

« 1. Stéthoscope... »

promo remise - 15 % → mis en palme d'or répercuter - 10 % sur les - 15 %, soit un PV

TTC de 527 F environ en tenant compte de la hausse de tarif + 15 %.

2. Micropore...

Mise en prix choc

répercuter - 10 % en tenant compte des augmentations de 3 M.

3. Médipore...

répercuter - 7 % uniquement...

COHEBAN...

répercuter - 10 %.

5. ADHEBAN

...PROMO remise - 10 %... répercuter les - 10 % en totalité

page 26 : gamme Littmann

Pas de modification produit

65 : Idem prix à revoir agrafeuse. »

Les notes prises par M. Giraud au cours de cette réunion reprennent les mêmes éléments :

« p 65... Revoir prix agrafeuses...

promo Master classic

px public 527 F...

+ 15 % répercuter - 10 %...

Médipore... 35 + 15 % répercuter - 7 %

Cohéban... 35 + 10 ...répercuter - 10 %...

Adhéban... 35 + 10 % répercuter - 10 %. »

M. Giraud a commenté ainsi ses propres notes :

« La mention “p 65 Revoir prix agrafeuses” signifie une erreur dans les références du produit qui se traduisait par un prix aberrant. En ce qui concerne la mention “Promo master classic noir palme d’or, 35 % + 15 % prix public 527 F”, chaque année en septembre, il y a une promotion sur les stéthoscopes Littmann, toute la distribution peut en bénéficier. C’est NM Médical qui a décidé de mettre son prix à 527 F ; la mention “2 prix choc - Mic 35 % + 15 % répercuter - 10 % en tenant compte augmentation tarif février” : j’ai fait une remise spéciale pendant la durée de la promotion, à la différence de l’opération précédente, la remise de prix n’a été que répercutée partiellement par NM Médical. C’est dans le cadre de cette réunion avec NM Médical qu’il a été décidé de ne répercuter que partiellement la remise exceptionnelle. Il en est de même pour les mentions “Médipore 35 + 15 % répercuter - 7 %”, “Cohéban prix choc 35 + 10 répercuter - 10 %” et “Adhéban 35 + 10 % répercuter - 10 %”. »

La société de vente par correspondance Médistore a commencé son activité début 1992. La société Laboratoires 3 M Santé a confirmé par écrit les termes initiaux des négociations commerciales avec cette entreprise dans un courrier du 20 février 1992 :

« J’ai le plaisir de vous confirmer par la présente les conditions commerciales sur lesquelles nous nous sommes mis d’accord pour le lancement de votre prochain catalogue... Par ailleurs, nous notons vos engagements, d’une part, de respecter les prix de vente couramment appliqués sur le marché et, d’autre part, de passer vos commandes pour la France à 3 M Santé et pour la Belgique à notre filiale 3 M Belgique... »

Enfin, une note manuscrite de M. Giraud, datée du 15 juin 1994, mentionne :

« NM 15 06 94 Drexco Ecart prix entre - 8 % et - 14 % ex Cryogel → faire remonter prix Dr. »

1.2. La comparaison des tarifs 3 M Santé avec les prix de vente des revendeurs

Les prix de vente des tarifs 3 M Santé en 1992, 1993 et 1994 ont été comparés avec les prix de vente mentionnés dans les catalogues de groupements de revendeurs et de sociétés de vente par correspondance (catalogues Paramat, E3S, DCM, Médistore, NM Médical et Drexco).

Dans les catalogues des groupements de revendeurs, sur 208 prix comparés, 119 sont identiques (1 F), 58 sont supérieurs et 31, soit 15 % des prix, sont inférieurs aux prix des tarifs 3 M Santé. Dans les catalogues des sociétés de vente par correspondance NM Médical et Médistore, sur 324 prix comparés, dix prix sont identiques, 310 sont supérieurs et quatre sont inférieurs à ceux des tarifs 3 M Santé. Enfin, dans les catalogues de la société Drexco, sur 23 prix comparés, neuf sont identiques, deux sont supérieurs et douze sont inférieurs aux prix des tarifs 3 M Santé.

Il ressort de cette comparaison que les prix de vente indiqués dans les catalogues Paramat, E3S et DCM sont proches de ceux mentionnés dans les tarifs 3 M Santé, que ceux des catalogues NM Médical et Médistore sont généralement supérieurs à ceux des tarifs 3 M Santé, alors qu'une majorité de prix de la société Drexco sont inférieurs à ceux des tarifs 3 M Santé. Par ailleurs, dans les catalogues des groupements de revendeurs comme dans ceux de la vente par correspondance, certains prix sont inférieurs à ceux mentionnés dans les tarifs 3 M Santé.

Pour les sociétés de vente par correspondance NM Médical, Médistore et Drexco, les prix de vente hors remises et hors promotions qui sont pratiqués correspondent aux prix mentionnés dans leurs catalogues de vente au détail. Toutefois, elles appliquent parfois des prix inférieurs à ceux de leurs catalogues en accordant des remises ou lors de campagnes promotionnelles. Ainsi, la société NM Médical accorde des remises variant de 1 à 10 % en fonction du montant de la commande et organise chaque année des promotions ponctuelles. Lors de celles-ci, certains matériels 3 M ont été offerts à des prix de vente inférieurs à ceux mentionnés dans les tarifs 3 M Santé.

Pour les groupements de revendeurs, qui réalisent la plus grosse part de leur chiffre d'affaires dans leurs points de vente ou par l'intermédiaire de leurs représentants, les prix pratiqués ont été étudiés à partir des réponses à un questionnaire dans lequel les revendeurs devaient préciser les prix de vente pratiqués pour certains produits et joindre des factures. Les factures sélectionnées et transmises par les revendeurs ont permis d'étudier les prix de vente pratiqués au cours de vingt-huit transactions. Dans cet échantillon, les prix de vente correspondent à ceux mentionnés dans les catalogues des groupements pour vingt et une transactions, ils sont inférieurs à ces prix de vente pour six transactions et supérieurs à ces mêmes prix pour une transaction.

C. - La politique commerciale au niveau européen

Dans une note interne au groupe 3 M du 21 janvier 1992, le directeur commercial de la société Laboratoires 3 M Santé note qu'à l'égard de la société Médistore, qui a des liens avec une société belge, il serait souhaitable d'harmoniser les politiques tarifaires de 3 M Santé en France et en Belgique :

« J'ai rencontré la société Médistore à Lille, qui va lancer un catalogue de vente par correspondance auprès des professions de santé (médecins, kinés, infirmières...) sur la France. Ils ont aussi passé des accords commerciaux de partenariat avec la société Deckers installée en Belgique. Celle-ci doit les faire bénéficier de leurs accords avec des importateurs (Extrême-Orient principalement). En ce qui concerne notre activité, étant donné que les produits 3 M sont présents dans le catalogue Deckers, il me semble nécessaire d'harmoniser notre politique de prix si nous voulons que les achats se fassent localement et éviter ainsi du "cross bordering". Quels sont les produits que tu vends à Deckers et quels prix ? »

M. Giraud a commenté ainsi ce document :

« En ce qui concerne la note à M. Van de Walle du 21-01-92, la politique de 3 M en Europe est, face à des distributeurs internationaux, que les achats se fassent localement. Cette politique est justifiée par l'existence d'organisations locales de 3 M dans chaque pays, et que la distribution, la logistique, la communication se font localement. Cela sous-entend qu'il y ait une relative harmonisation des prix. »

Il a également précisé, au sujet de l'évolution des prix de 3 M Santé :

« En moyenne, notre tarif évolue de 2,5 % par an. Nos produits sont chers, nous suivons le taux d'inflation. Littmann a augmenté de 4 à 5 %, depuis 2 à 3 ans. Il y a plusieurs raisons à cette augmentation : fabriqué aux Etats-Unis, les fluctuations du dollar peuvent intervenir sur ce produit ; c'est un produit haut de gamme et nous souhaitons que le prix soit en adéquation avec l'image du produit ; il y a l'évolution des coûts de production (inflation) ; il y a un autre élément : la stratégie prix au niveau mondial de 3 M pour éviter les importations parallèles. Il ne s'agit que d'une recommandation, chaque pays reste libre de pratiquer ses prix. »

Enfin, M. Giraud a noté dans un courrier du 20 février 1992 à la société Médistore :

« J'ai le plaisir de vous confirmer par la présente les conditions commerciales sur lesquelles nous nous sommes mis d'accord pour le lancement de votre prochain catalogue... Par ailleurs, nous notons vos engagements, d'une part, de respecter les prix de vente couramment appliqués sur le marché, et, d'autre part, de passer vos commandes pour la France à 3 M Santé et pour la Belgique à notre filiale 3 M Belgique. »

M. Bourgois, directeur de la société Médistore, a déclaré qu'il considérait que cette lettre, qui n'était pas signée par la société Médistore, ne l'engageait pas. Il a apporté les précisions suivantes :

« En ce qui concerne nos relations avec la société Deckers, nous avons simplement passé des accords commerciaux de partenariat pour les achats. Nous échangeons des informations sur les conditions d'achat des produits et, si cela est intéressant, nous achetons des produits à Deckers et réciproquement. Par exemple, nous achetons depuis 1992 des tables d'examen à Deckers. En revanche, la société Deckers s'approvisionne auprès de la société Médistore pour les draps d'examen et le papier d'essuyage. Pour les produits de marque tels que 3 M, nous nous approvisionnons essentiellement auprès des fournisseurs nationaux mais dans certains cas nous avons acheté certains produits auprès de Deckers même si cela n'est pas l'usage courant. De même, la société Deckers s'approvisionne essentiellement en produits de marque auprès des fournisseurs belges. En dehors de Deckers, nous n'avons aucun client à l'étranger. Si nous achetons auprès des fournisseurs nationaux c'est souvent que les différences de prix ne justifient pas des achats dans les autres pays. »

De plus, M. Bourgois a communiqué au Conseil trois factures d'achat de la société Médistore à la société Deckers qui établissent qu'au cours de l'année 1992 la société Médistore a acheté en Belgique des stéthoscopes type Littmann produits par le groupe 3 M.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

En ce qui concerne les pratiques tarifaires :

Considérant que la diffusion de prix maximum de revente ou de prix conseillés ne constitue pas une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, à condition que ces prix ne revêtent pas, en réalité, le caractère de prix imposés ou de prix minima ;

Considérant que la société Laboratoires 3 M Santé a diffusé aux revendeurs spécialisés de matériel médical des « *prix publics HT conseillés* » jusqu'en 1991 ; qu'en 1992 et 1993, les tarifs distributeurs contenaient des « *prix de base HT* » et en 1994 des « *prix de vente HT* » ;

Considérant qu'en ce qui concerne les groupements de revendeurs Paramat, E3S

et DCM, les déclarations de M. Giraud, selon lesquelles il recommande aux revendeurs « *d'avoir des prix corrects* », constituent l'unique indice d'une intervention de la société Laboratoires 3 M Santé dans leur politique tarifaire ; qu'en outre, ces déclarations doivent être appréciées à la lumière de la lettre du 5 mars 1993, adressée à la société DCM en réponse aux interrogations de celle-ci et dans laquelle M. Giraud affirme clairement la responsabilité de chaque distributeur dans la fixation des prix ; que, dans ce contexte, les propos tenus par le directeur commercial de la société Laboratoires 3 M Santé à ses revendeurs ne peuvent être considérés comme allant au-delà de simples recommandations d'ordre général formulées dans le cadre des relations entre fournisseur et distributeur et qu'aucun élément du dossier ne permet d'établir que ces recommandations auraient été suivies par les distributeurs ;

Considérant que, par courrier du 3 septembre 1991, la société NM Médical a proposé à la société Laboratoires 3 M Santé de participer à une opération commerciale au cours de laquelle les prix promotionnels auraient été fixés d'un commun accord ; que, toutefois, M. Giraud a déclaré qu'il n'avait pas donné suite à cette proposition et qu'aucun élément du dossier ne permet de considérer que la société Laboratoires 3 M Santé a accepté ou donné suite à cette opération commerciale ;

Considérant que, dans un courrier du 20 février 1992, adressé à la société de vente par correspondance Médistore, la société Laboratoires 3 M Santé indique : « *Par ailleurs, nous notons vos engagements... de respecter les prix de vente couramment appliqués sur le marché* » ; que, toutefois, la société Médistore a déclaré aux enquêteurs : « *Je ne considère pas que la lettre du 20 février 1992 correspond à un engagement de la société Médistore de pratiquer les prix du tarif 3 M* » ; qu'ainsi la preuve n'est pas apportée que les prix de vente pratiqués par la société Médistore lui seraient imposés par son fournisseur ou procéderaient d'une entente anticoncurrentielle ;

Considérant que la note manuscrite de M. Giraud du 15 juin 1994 qui précise : « *NM 15 06 94 Drexco Ecart pris entre - 8 % et - 14 % ex Cryogel faire remonter prix Dr* » peut être considérée comme l'indice d'une intention d'intervention de la société Laboratoires 3 M Santé auprès de la société Drexco pour qu'elle modifie ses prix de vente ; que M. Giraud a déclaré que « *faire remonter* » devait s'entendre dans le sens de « *obtenir le prix pratiqué* » ; que le responsable de la société Drexco a déclaré que la société Laboratoires 3 M Santé ne lui avait jamais demandé d'augmenter ses prix ; que la société Drexco n'a pas modifié sa politique tarifaire après le mois de juin 1994 ; que, dès lors, la seule mention dans une note manuscrite de la volonté d'obtenir une hausse de prix dont aucun élément ne permet d'établir qu'elle ait été suivie d'effet ne peut suffire à caractériser une entente entre la société Laboratoires 3 M Santé et la société Drexco ;

Considérant que les prix d'un certain nombre d'articles affichés dans les catalogues des groupements et des entreprises de vente par correspondance sont différents des prix diffusés par le fabricant, qu'ils sont différents entre eux, qu'ils sont dans certains cas supérieurs (NM Médical, Médistore), dans d'autres cas inférieurs (Drexco) aux prix des tarifs 3 M Santé ;

Considérant que, s'agissant de l'identité de prix d'un certain nombre d'articles figurant dans les catalogues des groupements et des entreprises de vente par correspondance, plusieurs groupements ou distributeurs membres des groupements (Paramat, DCM, Barthès, NM Médical) ont indiqué que cette identité de prix résultait d'une politique d'alignement ;

Considérant que les entreprises de vente par correspondance pratiquent des remises de quantité, qu'elles pratiquent également des campagnes promotionnelles, que les membres des groupements ont déclaré qu'ils étaient libres de fixer leurs prix ;

Considérant qu'en ce qui concerne les prix de vente effectivement pratiqués figurent uniquement au dossier les prix relevés dans les vingt-huit factures de quatre stéthoscopes émanant de seize distributeurs appartenant aux trois groupements, soit entre une et quatre factures par commerçant ; que, si pour chacun des quatre instruments plusieurs distributeurs

parmi les seize ont facturé le même prix, aucun des articles n'est vendu au même prix par tous les distributeurs pour lesquels une facture est produite ; que l'échantillon retenu, dont le mode de construction n'est pas explicite, est en tout état de cause trop restreint pour constituer un indice de concertation ;

Considérant ainsi que la comparaison des prix des tarifs 3 M Santé avec ceux des catalogues met en évidence des différences de prix entre les catalogues et entre les articles, ainsi que des différences nombreuses entre les prix des catalogues et les prix réellement pratiqués, que ces prix sont dans de nombreux cas inférieurs aux prix des catalogues, que, dès lors, même si certains prix sont identiques aux prix conseillés, cette constatation ne suffit pas pour établir que la société Laboratoires 3 M Santé a imposé des prix de revente ou que les distributeurs se sont concertés entre eux ou avec le fournisseur pour appliquer les tarifs 3 M Santé ;

Considérant que les notes manuscrites prises au cours de la réunion du 26 janvier 1994, d'une part par MM. Boukart et Filipo de la société NM Médical, d'autre part par M. Giraud, font état des mêmes modifications tarifaires applicables aux prix de vente à la clientèle finale d'un certain nombre d'articles énoncés au 1.1 ci-dessus ; que, par ailleurs, M. Giraud a déclaré : « *En ce qui concerne la mention "Promo master classic noir palme d'or, 35 % + 15 % prix public 527 F", chaque année en septembre, il y a une promotion sur les stéthoscopes Littmann, toute la distribution peut en bénéficier. C'est NM Médical qui a décidé de mettre son prix à 527 F ; la mention "2 prix choc - Mic 35 % + 15 % répercuter - 10 % en tenant compte augmentation tarif février" : j'ai fait une remise spéciale pendant la durée de la promotion, à la différence de l'opération précédente, la remise de prix n'a été que répercutée partiellement par NM Médical. C'est dans le cadre de cette réunion avec NM Médical qu'il a été décidé de ne répercuter que partiellement la remise exceptionnelle* » ;

Mais considérant, en premier lieu, que, s'agissant de l'agrafeuse, la formule « *revoir les prix* » visait, selon M. Giraud, une erreur matérielle ; qu'en deuxième lieu, en ce qui concerne les autres prix ou promotions, l'identité des prix ou des taux de remise figurant dans les notes respectives des représentants de NM Médical et de 3 M Santé, non plus que la déclaration de M. Giraud selon laquelle « *il a été décidé de ne répercuter que partiellement la remise exceptionnelle* », ne suffisent pas à démontrer que ces prix ou ces remises auraient été fixés à la demande ou avec l'accord de 3 M Santé ; que les responsables de NM Médical ont déclaré : « *Certains fournisseurs ont des tarifs publics conseillés. Dans tous les cas de figure, nous sommes libres de pratiquer les prix que nous voulons, par contre, on leur demande leur fourchette de prix indicative du niveau des prix du marché. Le prix public conseillé est un prix dont on peut s'inspirer. Nous sommes parfois au-dessus, à égalité ou au-dessous du prix public conseillé, si nous estimons que la marge est insuffisante* » ; que la demande d'une « *fourchette de prix indicative de niveau des prix de marché* », à supposer que la société Laboratoires 3 M Santé y ait répondu, ne peut être interprétée, dès lors qu'il n'est pas démontré ni même allégué qu'il s'agit d'autres prix que ceux constatés sur le marché, comme une concertation ayant pour objet de faire obstacle à la libre fixation des prix par le distributeur ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'instruction n'a pas permis d'établir que la société Laboratoires 3 M Santé impose des prix de vente à ses revendeurs ou que ces derniers se sont concertés pour appliquer les prix de vente fixés par le fournisseur ;

En ce qui concerne la politique commerciale au niveau européen :

Considérant que les notes internes et déclarations de M. Giraud constituent des indices selon lesquels le groupe 3 M se répartit les marchés au niveau européen et harmonise ses tarifs pour que les achats dans chaque pays s'effectuent auprès de la filiale de ce pays ;

Mais considérant, en premier lieu, que les sociétés 3 M implantées en Europe sont contrôlées par la société Minnesota Mining & Manufacturing Company qui détient,

directement ou indirectement, près de 100 % de leur capital ; que leur activité est coordonnée au niveau européen par la société 3 M Europe ; que, comme l'a énoncé la Cour de justice européenne dans son arrêt Viho Europe BV contre la Commission des communautés européennes du 24 octobre 1996, en l'absence de concours de volontés économiquement indépendantes, les relations au sein d'une unité économique ne peuvent être constitutives d'un accord ou d'une pratique concertée entre entreprises restrictifs de concurrence au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité ; qu'ainsi, lorsqu'une maison mère et ses filiales forment une entité économique à l'intérieur de laquelle les filiales, bien qu'ayant une personnalité juridique distincte, ne jouissent pas d'une autonomie réelle dans la détermination de leur ligne d'action sur le marché, mais appliquent les instructions de la maison mère, la circonstance que la politique mise en œuvre par cette dernière et qui consiste principalement à répartir différents marchés nationaux entre ses filiales puisse produire des effets à l'extérieur de la sphère du groupe, susceptibles d'affecter la position concurrentielle de tiers, n'est pas de nature à rendre l'article 85, paragraphe 1, du traité applicable ; que, par suite, il ne peut être reproché aux sociétés du groupe 3 M d'harmoniser leurs prix au niveau européen pour que les achats des revendeurs s'effectuent auprès de la filiale locale et de se répartir géographiquement les marchés dès lors qu'il s'agit d'accords au sein du groupe 3 M qui constitue une unité économique ;

Considérant, en second lieu, qu'aucun élément ne permet d'établir que la société 3 M Santé se soit concertée avec les revendeurs établis en France pour qu'ils s'abstiennent d'acheter des produits à l'étranger ; que, si les revendeurs établis en France s'approvisionnent généralement auprès de la société Laboratoires 3 M Santé, certains achats de produits 3 M sont effectués auprès de revendeurs étrangers, comme en attestent les factures communiquées par la société NM Médical ; que la société Médistore a versé au dossier des factures attestant qu'elle a acheté en 1992 des produits 3 M auprès d'un revendeur belge ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi que la société Laboratoires 3 M Santé a mis en œuvre des pratiques contraires à l'article 85, paragraphe 1, du traité de Rome ;

Considérant que, dans ces conditions, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 20 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

Décide :

Article unique

Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de Mme Sévajols, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Rocca, membre, désigné en remplacement de M. Jenny, vice-président, empêché.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,

présidant la séance,

Pierre Cortesse

Annexe 26

**Décision n° 99-D-19 du Conseil de la concurrence en date du 2 mars 1999 relative
à la situation de la concurrence dans le secteur du matériel médical destiné aux
professionnels**

NOR : ECOC9910090S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu les lettres enregistrées le 1^{er} août 1995 sous les numéros F 782, F 783 et F 784, par lesquelles le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées dans le secteur du matériel médical destiné aux professionnels ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - **Le secteur concerné**

1. *L'offre de matériels médicaux*

Les matériels médicaux constituent un ensemble peu homogène, allant de produits consommables (ligatures et sutures chirurgicales, sondes, drains) aux équipements lourds (scanners), en passant par les instruments et matériels de diagnostic, thérapie et réhabilitation qui constituent de petits appareils médicaux. Bien que les statistiques soient peu fiables en la matière, en raison de l'inadéquation de la Nomenclature d'activités et de produits (NAP), on dénombrait en France, en 1991, 397 entreprises de plus de dix personnes exerçant leur activité principale dans ce secteur. Ces entreprises sont de taille variable, allant des filiales françaises des groupes internationaux (telles GE-CGR, Ethnor) ou français (Sopha Medical) à des PMI innovantes, proches de l'artisanat.

Si le secteur, pris dans son ensemble, est peu concentré, on constate des positions prédominantes sur certains segments ou sous segments de marché. Tel est par exemple le cas de la société Seca, premier offreur d'appareils de pesage (90 % du marché français), de la société Legros, principal fabricant d'appareils de radiologie (80 % du marché) et de la société Colson, détenant un tiers du marché de la tensiométrie.

La société Seca est une SARL au capital de 320 000 F, créée en 1969, filiale à 100 % de la société Seca GmbH, installée à Hambourg. Son siège est implanté 1, rue Langevin, ZI des Garennes, 78130 Les Mureaux, depuis 1993. Cette société commercialise sur le territoire français des produits fabriqués en Allemagne par la société mère. Il s'agit essentiellement de matériels médicaux de pesage et de mesure, représentant près de 90 % de son chiffre d'affaires, que complètent des gammes d'électrocardiographes, d'ergomètres et d'appareils de massage. Son chiffre d'affaires, au titre de l'année 1997, s'est élevé à 15 947 101 F. Elle a réalisé, durant la même période, un bénéfice net de 514 293 F. La société Seca assure la diffusion de ses produits auprès des utilisateurs finals par l'intermédiaire de 800 revendeurs, dont les principaux sont des groupements de distributeurs, notamment les sociétés Paramat, Europe Service Santé Système et Distri Club Médical, des sociétés de vente par correspondance, NM Médical et Medistore, et des distributeurs individuels.

La société Legros, créée en 1947 est, depuis le 1^{er} janvier 1973, une société anonyme au capital de 1,5 million de francs. Son siège est implanté ZI La Marinière, rue Gutenberg, 91070 Bondoufle. Son activité consiste dans la production et la commercialisation de matériels utilisés pour le diagnostic médical, principalement sous sa marque commerciale Ella. Elle fabrique essentiellement des matériels de type négatoscope (à hauteur de 80 % de son activité) dont elle est, en France, avec la société Thezard, le principal fournisseur. Elle est aussi le principal fabricant de matériel d'optométrie. Son chiffre d'affaires, au titre de

l'année 1997, s'est élevé à 19 112 466 F. Elle a réalisé, durant la même période, un bénéfice net de 492 768 F. La société Legros assure la diffusion de ses produits auprès des utilisateurs finals, par l'intermédiaire de 650 distributeurs indépendants ou adhérents de groupements de distributeurs dont les principaux sont les sociétés Paramat, Europe Service Santé Système et Distri Club Médical : elle réalise aussi des ventes directes, à raison de 12 % de son chiffre d'affaires, et vend ses produits à des sociétés de vente par correspondance (8 % environ de son activité), telles NM Médical et Medistore.

La société Colson, devenue, depuis le 18 janvier 1999, la société EC-MED, est une société anonyme au capital de 9,237 millions de francs. Implantée au 22, boulevard de la Muette, 95140 Garges-lès-Gonesse, son activité consiste dans la production et la commercialisation de petits matériels utilisés pour le diagnostic médical, principalement des tensiomètres, stéthoscopes, otoscopes et ophtalmoscopes. Son chiffre d'affaires, au titre de l'année 1996 et du premier semestre de 1997, s'est élevé à 41 327 523 F. Elle a réalisé durant la même période un bénéfice net de 928 356 F. Elle utilise les mêmes systèmes de distribution que les deux autres sociétés évoquées plus haut. 820 revendeurs diffusent ses produits sur le territoire national.

2. La demande de matériels médicaux

La demande de matériels médicaux émane des particuliers, des collectivités (maisons de retraite, hôpitaux...) et des professionnels de la santé (médecins, kinésithérapeutes...). Les zones de chalandise sont généralement dimensionnées à la taille du département.

3. La distribution de matériels médicaux

Les matériels médicaux sont mis à la disposition des utilisateurs finals par l'intermédiaire de distributeurs, indépendants ou réunis en groupements, ou encore par des entreprises de vente par correspondance. En 1998, ces revendeurs, au nombre de 1 100 en 1990, seraient environ 5 000 (en comptant les pharmaciens et les grandes surfaces), dont 500 auraient un chiffre d'affaires supérieur à 5 millions de francs.

Les groupements de distributeurs, au nombre desquels figurent les sociétés Europe Service Santé Système, Distri Club Médical et Paramat, rassemblent environ 10 % du nombre total des distributeurs et représentent 13 % du chiffre d'affaires total de la distribution. Ils proposent à leurs adhérents un certain nombre de prestations de services telles que la négociation de conditions de vente auprès des fournisseurs, l'édition de catalogues et le partage du territoire national en zones d'exclusivité. La société Europe Service Santé Système (E 3 S) regroupe une quarantaine de distributeurs depuis 1992. La société Distri Club Médical est un franchiseur de services qui rassemble 44 franchisés. La société Paramat est une société de référencement en forme de SARL qui comprend 59 adhérents.

La société NM Medical est la principale société de vente par correspondance dans le domaine médical. Elle édite des catalogues à l'usage du corps médical et paramédical (3 500 références), des administrations, des municipalités et des entreprises. La société compte environ 131 000 clients médicaux, auxquels s'ajoutent 23 500 dentistes sur l'ensemble du territoire français. Son principal concurrent est la société Medistore, qui représente environ 10 % du marché de la vente par correspondance de matériel médical.

B. - Les pratiques constatées

Les sociétés Seca, Legros et Colson élaborent et diffusent à l'ensemble de leurs distributeurs des prix « conseillés ». Ces prix sont qualifiés expressément de « conseillés » dans les documents commerciaux des trois sociétés et servent de base aux relations commerciales entretenues avec les clients revendeurs et, notamment, au calcul des remises.

Concernant la société Seca, les tarifs de vente annuels diffusés aux distributeurs contiennent, notamment, une colonne de prix de vente TTC. Les accords de coopération commerciale conclus en 1994 prévoient en effet que les remises de base sont calculées sur le tarif Seca France 1994 « conseillé ». Pour l'édition du tarif 1994, la société Seca a adressé aux distributeurs une lettre circulaire comportant les mentions suivantes :

« Cher client, veuillez trouver ci-joint notre tarif conseillé pour l'année 1994. »

La société Legros et la société Colson élaborent des prix de vente annuels, que différents documents commerciaux qualifient également de « conseillés ». Les catalogues édités par les trois groupements de distributeurs, Europe Service Santé Système, Distri Club Médical et Paramat, et les deux entreprises de vente par correspondance, NM Medical et Medistore, s'inspirent de ces prix « conseillés ».

1. Les groupements de distributeurs

Les dirigeants des trois groupements reconnaissent reprendre dans leurs catalogues les prix « conseillés » des producteurs de matériels médicaux.

Les catalogues de la société Europe Service Santé Système (E 3 S), « personnalisés à l'enseigne de l'adhérent », sont édités par le groupement, sur la base des indications de prix fournies par les adhérents réunis en commission. Généralement, les prix correspondent aux prix de vente conseillés par les fournisseurs, auxquels est appliquée une marge commerciale. Concernant les appareils médicaux fournis par la société Seca, on constate la reprise quasiment à l'identique des tarifs conseillés de Seca, dans les catalogues édités par la société E 3 S, en 1992, 1993 et 1994. De même, la société E 3 S reprend très largement les tarifs de la société Legros ainsi que ceux de la société Colson, sauf au titre de l'année 1994 où elle se démarque nettement de ceux-ci.

Le contenu des catalogues de la société Distri Club Médical (DCM) est déterminé lors de réunions regroupant chaque responsable de région. Ainsi que l'a indiqué aux enquêteurs M. Pomart, P-DG de la société DCM, dans son audition du 6 janvier 1994, *« pour l'indication de prix au catalogue, nous partons du prix de vente conseillé des fournisseurs quand il y en a. Environ 50 % des fournisseurs avec lesquels nous travaillons ont des prix de vente conseillés. (...) C'est nous-même, pour des raisons de facilité, de rapidité et de simplicité, qui décidons d'appliquer le tarif du fournisseur. En aucun cas, un fabricant ne nous a demandé de pratiquer une tarification particulière »*. M. Pomart a déclaré que les prix figurant aux catalogues n'étaient que des prix indicatifs : *« Pour nous, le prix de vente figurant au catalogue est un prix de vente conseillé maximum. Ensuite, le franchisé est totalement libre de procéder de la manière qu'il veut. »* La société DCM reprend assez largement dans ses catalogues les prix de ses fournisseurs Seca et Legros et, d'une manière quasi homothétique, les tarifs de la société Colson.

Les prix figurant au catalogue de la société Paramat sont élaborés au cours d'une réunion regroupant les adhérents, ainsi que l'a reconnu, devant les enquêteurs, M. Lanchantin, directeur de la société, dans son audition du 3 février 1994 : *« Les adhérents donnent leur avis sur les prix figurant aux catalogues, lors de la réunion annuelle ou des visites. Ces prix sont fixés par une moyenne générale du prix du marché. (...) Les prix sont déterminés de façon collégiale. (...) Les prix sont déterminés par rapport à la concurrence et en fonction aussi des marges de manœuvre que l'on peut dégager. Les fournisseurs veulent surtout que leurs produits ne soient pas bradés. Ils ne souhaitent pas que l'on édite des prix trop bas sur leurs produits. C'est à l'occasion de rencontres qu'ils nous le font savoir. Pour un fabricant, le fait de casser un prix discréditerait un produit sans entraîner une augmentation de vente de ce produit. (...) Les similitudes de prix constatées entre différents distributeurs peuvent s'expliquer par le nivellement des conditions d'achats, par commodité d'appliquer le tarif public édité par le fournisseur. »* Si la société Paramat reprend largement les prix de la société

Seca dans ses catalogues, elle s'éloigne des prix de la société Legros et se démarque des prix de la société Colson, pour l'année 1994 tout au moins.

2. Les entreprises de vente par correspondance (VPC)

Les catalogues édités en 1993 par les sociétés de vente par correspondance, NM Medical et Medistore, reprennent moins systématiquement les prix de la société Seca que les catalogues des groupements de distributeurs. Cependant, les écarts se sont resserrés en 1994. Dans les catalogues printemps-été et automne-hiver de 1993 de Medistore et NM Medical, sur 57 prix de vente concernant 18 articles, 39 sont différents des prix conseillés Seca. Pour 1994, sur 59 prix, 16 sont différents. Concernant les produits de la société Legros, les prix des catalogues des entreprises de VPC diffèrent systématiquement des prix conseillés par les fournisseurs. Concernant enfin les produits de la société Colson, les prix diffèrent, mais l'écart reste faible, ayant tendance à se réduire en 1993 par rapport à 1992.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Considérant que, selon les saisines initiales du ministre de l'économie, les distributeurs adhérents aux groupements E 3 S, DCM et Paramat et les entreprises de vente par correspondance NM Medical et Medistore appliqueraient aux consommateurs finals les prix conseillés par les trois fabricants, les sociétés Seca, Legros et Colson ; que cette pratique serait constitutive d'une entente entre fournisseurs et distributeurs de matériels médicaux pour faire respecter le niveau des prix souhaité par les fournisseurs ; que ces pratiques, faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, aboutiraient à une uniformisation des prix de vente finals et seraient d'autant plus dommageables que les trois fournisseurs disposeraient d'une position prépondérante sur des segments du marché des matériels médicaux ; que, par lettre déposée le 16 février 1999, dont les conclusions ont été reprises lors de la séance, le commissaire du Gouvernement demande au Conseil de notifier un grief à l'encontre de la seule société Seca ;

Considérant que la diffusion de prix conseillés est licite, à condition qu'il ne s'agisse pas, en réalité, de prix imposés et qu'elle n'ait pas pour effet d'imposer des prix de revente minima à des distributeurs en situation de se faire concurrence ;

Considérant qu'en l'espèce, si l'édition, par les groupements de distributeurs, de catalogues personnalisés au nom de chaque adhérent, reprenant en grande partie les prix conseillés par les fournisseurs, peut constituer une incitation à l'uniformisation des prix à destination des consommateurs finals, il est, néanmoins, loisible à ces groupements de commerçants indépendants de déterminer en commun des prix conseillés, du moment que chaque membre du groupement reste libre d'adapter sa politique commerciale en fonction de ses coûts et de la concurrence locale ;

Considérant que les groupements de distributeurs E 3 S, DCM et Paramat ont édité des catalogues affichant des prix conseillés par les fabricants ou voisins de ceux-ci ; qu'en ce qui concerne les sociétés Colson et Legros, aucun élément du dossier n'établit qu'elles auraient exercé des pressions ou des contrôles pour que ces prix soient considérés par les distributeurs comme des prix imposés et qu'elles les auraient empêchés de fixer librement leurs prix ; qu'en ce qui concerne la société Seca, elle a, le 26 avril 1994, adressé une télécopie à NM Medical portant la mention suivante : « *Nous avons noté que la promotion de votre relance ne dépassera pas 10 % sur ces produits* » ; qu'elle a aussi envoyé une lettre à Medistore, le 17 novembre 1992, qui précisait : « *Nous demandons donc à tous nos partenaires de maintenir les prix du marché et d'agrandir leurs marges* » ; que, par ailleurs, Mme Viallat, présidente du conseil d'administration de la société E 3 S, a déclaré aux

enquêteurs le 15 décembre 1993 : « *Seca sait se manifester oralement, par téléphone ou à l'occasion de rencontres pour que ce prix de vente au client final conseillé par ce fournisseur soit maintenu, appliqué dans le catalogue* » ;

Considérant, cependant, en premier lieu, que s'agissant des sociétés de VPC NM Medical et Medistore, les documents publicitaires produits par ces deux sociétés établissent, contrairement aux déclarations de la présidente de la société E 3 S, qu'elles ont offert à leur clientèle de nombreuses promotions portant sur une grande quantité d'articles et comportant, notamment, des rabais ou des remises pouvant atteindre 20 % sur les prix de catalogue ; que, si la société Seca fait état, dans sa télécopie du 26 avril 1994, d'une déclaration de la société NM Medical selon laquelle celle-ci n'appliquerait pas un rabais supérieur à 10 % lors de « la promotion de (sa) relance », aucun élément n'établit que cette déclaration fait suite à une injonction ou à une pression de la société Seca ; que, dès lors, il ne peut être soutenu que les prix conseillés ont été appliqués par ces deux sociétés comme des prix imposés minima ;

Considérant, dès lors, qu'il ne ressort pas du dossier de preuves suffisantes de concertation entre les trois fournisseurs et les deux sociétés de vente par correspondance en matière de prix de vente aux utilisateurs finals ;

Considérant, en second lieu, que s'agissant des trois groupements de distributeurs, les enquêteurs ont adressé à certains distributeurs membres de ces trois groupements un document intitulé « Questionnaire distribution du matériel médical aux professionnels » portant sur leur activité, sur leurs conditions d'achat auprès des fournisseurs et sur leurs prix à destination des clients finals et qu'ils ont recueilli les factures fournies en réponse par différents distributeurs retraçant les prix de certains articles ;

Mais considérant que ni les conditions d'élaboration de l'échantillon de distributeurs retenus par les enquêteurs pour être destinataires du questionnaire, ni les conditions de sélection des articles dans les gammes de matériels médicaux de marque Seca, Legros et Colson, objets du questionnaire, ne sont précisées ; que la valeur scientifique du questionnaire diffusé ne peut donc être appréciée ;

Considérant que seuls huit adhérents au groupement E 3 S sur 39 ont répondu au questionnaire ; que, s'agissant des produits de la société Seca, le questionnaire n'a porté que sur cinq articles parmi les 25 articles de marque Seca figurant sur le catalogue édité par E 3 S en 1993 ; que, nonobstant le petit nombre d'informations recueillies, on constate que six prix de vente des articles de la société Seca sur 18 sont inférieurs aux prix du catalogue et que seul un prix est supérieur ; qu'il résulte, par ailleurs, des déclarations de Mme Viala, chef de vente de la société Sud-Ouest Medical (SOM), adhérente de E 3 S, que la société SOM pratique librement ses prix : « *Pour l'ensemble des produits figurant dans le catalogue "spécial santé", nous pouvons nous écarter à la fois des produits et des prix du catalogue. (...) En tant qu'adhérent, les produits et prix du catalogue "spécial santé" sont perçus comme indicatifs, servant à transmettre l'information au client sur le marché national du matériel. (...) E 3 S ne donne pas de directive de prix et n'a pas de politique de prix. Plus que de nous en écarter, SOM définit en fait ses propres prix. Nous avons cependant des prix identiques à ceux du catalogue parce qu'ils correspondent à une marge commerciale d'entreprise qui nous convient* » ; que, concernant les produits de la société Colson distribués par les adhérents du groupement E 3 S, les renseignements obtenus par les enquêteurs ne portent que sur 14 produits, parmi les 45 produits de la gamme Colson ; que, sur 18 prix de vente, trois sont inférieurs aux prix du catalogue E 3 S, un seul est supérieur ;

Considérant que, sur 44 adhérents au groupement DCM, seuls six ont répondu au questionnaire ; que, s'agissant des produits de la société Seca, les informations obtenues ne portent que sur six articles parmi les 25 articles de marque Seca figurant sur le catalogue édité par DCM en 1993 ; que, nonobstant le faible nombre d'informations recueillies, on observe que deux prix sur 16 sont inférieurs aux prix du catalogue ; qu'il résulte, par ailleurs, des

déclarations de Mlle Barthès, directrice de magasin de la société Distri Club Medical Barthès, société adhérente de DCM, que les prix du catalogue ne sont pas considérés comme des prix imposés : « *Notre catalogue nous sert de base de prix conseillé, tout en nous laissant libre de ne pas utiliser le catalogue, de pratiquer des remises, des promotions autres que celles prévues en commun. Pour un certain nombre de fournisseurs, nous reprenons le tarif de vente indiqué par ceux-ci, pour des raisons de facilité, de simplification des tâches* » ; que, pour les produits de la société Colson, sept prix sur 20 sont inférieurs aux prix figurant dans le catalogue DCM ;

Considérant, pour ce qui concerne les distributeurs adhérents du groupement Paramat, que, s'agissant des produits de la société Seca, quatre prix de vente sur 18 se démarquent des prix du catalogue du groupement (trois supérieurs et un inférieur) ; que, s'agissant des produits de la société Colson, on observe que sept prix de vente sur 17 diffèrent des prix du catalogue Paramat (cinq supérieurs et deux inférieurs) ;

Considérant que, s'agissant des produits de la société Legros, qu'ils soient distribués par les adhérents de E 3 S, DCM, ou Paramat, les enquêteurs relèvent que le faible nombre de factures communiquées ne leur permet pas d'établir des tableaux comparatifs de prix analogues à ceux dressés pour les produits de la société Seca ou de la société Colson ; que toutefois, si l'on se reporte aux éléments déclarés par les sociétés adhérentes des groupements, on constate une grande diversité de prix pour les quelques articles renseignés ;

Considérant que l'identité de quelques prix pratiqués par les distributeurs et de prix conseillés par les fournisseurs, alors que, par ailleurs, dans de nombreux cas, les prix pratiqués par les distributeurs sont inférieurs à ces prix conseillés, ne peut suffire à rapporter la preuve d'une concertation entre chacun des fournisseurs, d'une part, et les trois groupements, d'autre part, sur la fixation des prix à l'utilisateur final ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il n'est pas établi que les sociétés Colson, Seca, Legros, Europe Service Santé Système, Distri Club Medical, Paramat, NM Medical et Medistore aient mis en œuvre des pratiques prohibées par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'il convient, en conséquence, de faire application de l'article 20 de ladite ordonnance,

Décide :

Article unique

Il n'y pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de Mme Luc, par M. Cortesse, vice-président, désigné en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Rocca, membre, désigné en remplacement de M. Jenny, vice-président, empêché.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

*Le vice-président,
présidant la séance,*

Pierre Cortesse

Annexe 27

Décision n° 99-D-20 du Conseil de la concurrence en date du 9 mars 1999 relative à des pratiques constatées dans le secteur des implants intraoculaires et des substances viscoélastiques

NOR : ECOC9910200S

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu les lettres enregistrées les 28 décembre 1993 et 6 octobre 1994 sous les n^{os} F 648 et F 704 par lesquelles le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées sur le marché des implants intraoculaires et des substances viscoélastiques ;

Vu l'ordonnance n^o 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n^o 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés Pharmacia & Upjohn et Domilens et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Pharmacia & Upjohn et Domilens entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Les produits

A la fin des années 1970 est apparue une nouvelle thérapie de la cataracte : l'implantation de cristallins artificiels. Expérimentée vingt ans auparavant mais abandonnée en raison de graves complications, l'utilisation d'implants artificiels a réellement débuté au début des années 1980. En 1992, la quasi-totalité des 150 000 opérations effectuées a conduit à la pose d'un implant.

Jusqu'en 1984-1985, l'opération la plus fréquente consistait à extraire la totalité du cristallin, puis à placer l'implant dans la chambre antérieure de l'œil. La technique de l'intervention « extra-capsulaire » s'est imposée à partir de 1985. Elle consiste, après extraction du noyau du cristallin, à introduire l'implant dans le sac capsulaire, derrière l'iris. Cette méthode connaît deux variantes, qui peuvent être associées à une observation par système vidéoscopique : l'extraction manuelle avec incision de 7 à 10 mm de la partie supérieure de la cornée et la phacoémulsification. Cette dernière, développée vers 1990 et particulièrement bien adaptée à la mise en place d'implants souples qui peuvent être « glissés » dans le sac capsulaire sans élargissement de l'incision initiale, permet de réduire les complications postopératoires et apporte un plus grand confort au patient. Le « phacoémulsificateur » est une sonde à ultrasons qui fragmente le noyau du cristallin et permet son aspiration grâce à une canule de faible diamètre (4 mm).

Les nouvelles techniques d'opération font appel à un adjuvant, un gel appelé substance viscoélastique ou produit visqueux, qui protège l'iris et la cornée lors des manipulations d'extraction et de mise en place du cristallin et, en cas d'utilisation d'un phacoémulsificateur, permet d'aspirer les débris du cristallin. L'apparition des produits visqueux a accru de façon déterminante la sécurité des patients en favorisant l'opération de type « extracapsulaire », si bien qu'aujourd'hui la quasi-totalité des opérations est effectuée selon cette technique.

Environ 73 % des interventions des années 1992 et 1993 ont été effectuées dans des cliniques privées et seulement 27 % à l'hôpital public. L'explication de cet écart tiendrait dans une meilleure adaptation des cliniques privées à l'évolution des techniques opératoires, notamment à la phacoémulsification.

Un implant est une prothèse qui se substitue au cristallin déficient. Il est généralement constitué d'une lentille et de deux anses souples destinées à le centrer ; il se compose, dans 99 % des cas, de polyméthylmétacrylate (PMMA).

Depuis quelques années, certaines sociétés, dont Allergan, LPO, Chiron, Staar et Opsia, proposent des implants souples à base de silicone ou d'hydrogel (matière plastique). Ils

présentent l'avantage de pouvoir être pliés et donc de se glisser dans l'incision de 4 à 6 mm effectuée pour extraire le cristallin par phacoémulsification, diminuant ainsi les problèmes de suture et les risques d'effets secondaires.

L'implant intraoculaire est un appareil et non un médicament : il ne nécessite donc pas d'autorisation de mise sur le marché (AMM) et n'est pas soumis au monopole pharmaceutique, bien que son remboursement puisse être pris en charge par les caisses d'assurance maladie dans le cadre du tarif interministériel des prestations sanitaires (TIPS). Le 13 décembre 1990, la Commission consultative des prestations sanitaires a donné un avis favorable à l'instauration d'un TIPS conduisant à limiter le montant de prise en charge des implants auparavant remboursés sur présentation de la facture. Un arrêté ministériel en date du 3 mai 1991 fixe en son article 1^{er} un « tarif de responsabilité » de 1 450 F (TTC) et 1 750 F (TTC) selon les types d'implants.

Les substances viscoélastiques (SVE), qui se présentent sous la forme d'un gel translucide, sont employées en chirurgie oculaire pour la protection endothéliale cornéenne, le maintien du volume et des espaces du segment antérieur de l'œil et l'amélioration de la sécurité des manipulations intraoculaires.

Les substances viscoélastiques sont considérées, en France comme dans la plupart des pays européens, comme des médicaments et soumises à ce titre à la procédure de l'autorisation de mise sur le marché (AMM). La première AMM accordée le 22 juillet 1980 à une telle substance, le Healon, précisait que ce produit était un adjuvant en chirurgie oculaire, notamment dans les cas de glaucome ou de cataracte. En fait, la quasi-totalité des substances viscoélastiques sont utilisées aujourd'hui dans les cas d'opération de la cataracte (150 000 pour l'année 1992). Leur commercialisation est soumise à autorisation préalable, en application de l'alinéa 1^{er} de l'article L. 601 du code de la santé publique dans sa rédaction issue de la loi n° 93-5 du 4 janvier 1993, et elle est limitée par la règle du monopole pharmaceutique définie aux articles L. 511 et L. 512 du code de la santé publique. Les praticiens peuvent les prescrire librement en fonction de la « classe » pharmaceutique à laquelle elles appartiennent (décret n° 94-1030 du 2 décembre 1994) : soit par tout médecin, soit sur prescription initiale hospitalière, soit pour un usage exclusivement hospitalier. Au moment des faits, les médicaments étaient répartis en neuf classes différenciant, entre autres, les « présentations pharmaceutiques à usage humain destinées tant à la médecine de ville qu'au milieu hospitalier (classe 3) » des « présentations pharmaceutiques destinées exclusivement au milieu hospitalier (classe 5.5) ». Les substances viscoélastiques ont été classées d'emblée en classe 5 à l'exception toutefois de l'Healonid, la première présente sur le marché, qui a appartenu jusqu'en octobre 1991 à la classe 3. La prise en charge du remboursement d'un médicament par les organismes sociaux est fonction de son inscription sur la liste des médicaments remboursables. Celle-ci est décidée par le ministre chargé de la santé après avis de la Commission de la transparence, dont le fonctionnement est précisé aux articles R. 163-8 et R. 163-12 du code de la sécurité sociale. L'avis de la Commission porte notamment sur l'intérêt du produit dont l'inscription est sollicitée, sur son prix et sur son taux de prise en charge par la sécurité sociale. S'agissant du remboursement des substances viscoélastiques utilisées par les praticiens opérant dans le secteur privé, la Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM) s'est toujours opposée à leur remboursement estimant que leur coût était couvert par les « frais de salle d'opération ».

B. - Les secteurs

Les prescripteurs des biens et produits utilisés dans le traitement de la maladie doivent être distingués des demandeurs de soins. Le diagnostic et la prescription sont effectués par un ophtalmologue qui peut opérer dans un établissement hospitalier appartenant au secteur public ou au secteur privé.

Les statistiques de la CNAM pour l'année 1991 recensent 4 543 praticiens en ophtalmologie dont 2 210 appartenant au « secteur 1 » (conventionnés sans dépassement d'honoraires) et 2 063 au « secteur 2 » (conventionnés mais autorisés à effectuer des dépassements d'honoraires non remboursés par les caisses de sécurité sociale).

L'instruction n'a pas permis de recueillir d'informations fiables sur le nombre d'ophtalmologues opérant de la cataracte, la classification selon la nomenclature des actes chirurgicaux dite en « KC » ne distinguant pas entre les différents types d'interventions. La CNAM n'a pas davantage connaissance du nombre d'opérations effectuées du fait des dispositions légales protégeant le secret médical. Selon la société Pharmacia, 700 ophtalmologues réalisent 80 % de ces opérations. Cette concentration tendrait à s'accroître en raison de l'évolution des techniques d'opération nécessitant une pratique régulière pour « garder le tour de main » et du coût de l'équipement nécessaire, celui d'un phacoémulsificateur pouvant atteindre jusqu'à 300 000 F.

Le chirurgien ophtalmologiste est le prescripteur : il décide de la nature et de la marque de l'implant qui doit être posé à son patient. Le destinataire de la facture d'achat, qui est le client au sens de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, c'est-à-dire celui à qui sera adressée par le fournisseur la facture d'achat, est, dans la plupart des cas, la clinique ou l'hôpital qui aura à en effectuer le paiement à charge pour eux d'en obtenir le remboursement auprès de la caisse d'assurance maladie du patient.

Dans les établissements publics, les achats sont effectués généralement selon la procédure de l'appel d'offres. S'agissant des implants ou des phacoémulsificateurs, les chefs de service référencent les produits qui seront utilisés selon leurs propres choix par les praticiens qu'ils dirigent. Les services économiques de l'hôpital passent alors les marchés, parfois sous une forme groupée. La procédure d'achat des substances viscoélastiques est identique mais, par application des dispositions de l'article L. 618 du code de la santé publique, seuls les médicaments ayant reçu un agrément spécial du ministre de la santé qui statue sur avis de la Commission de la transparence peuvent théoriquement être achetés et utilisés par les hôpitaux publics. En matière de substance viscoélastique, le choix est réduit à trois produits : Amvisc, Viscoat et Healon, qui sont les seuls avec Occucoat, non retenu à l'hôpital probablement à cause de son spectre d'utilisation trop étroit, à posséder l'agrément collectivités.

Dans les cliniques privées, où seraient effectuées 70 % des opérations de la cataracte, le chirurgien choisit en général la marque de l'implant qu'il désire poser et celle de la substance viscoélastique utilisée. Dans l'échantillon d'établissements retenu, rares sont les gestionnaires qui, comme la clinique des Chandiot à Clermont-Ferrand, retiennent les fournisseurs d'implants qui consentent la meilleure remise. L'implant commandé par la clinique lui est facturé par le fournisseur. Une fois celui-ci posé, « *il est refacturé au nom du patient* ». La substance viscoélastique est soit livrée avec l'implant à titre gracieux, soit, dans l'hypothèse où le praticien souhaite utiliser une autre substance viscoélastique que celle proposée par son fournisseur d'implant, achetée par la clinique sous réserve de la disponibilité du produit.

S'agissant des phacoémulsificateurs et autres appareils, « *ce sont souvent les prescripteurs qui se sont portés acquéreurs, d'autant plus facilement que les fournisseurs d'implants leur consentaient des conditions d'achat préférentielles liées à la prescription de leurs produits* ».

Implants intraoculaires, substances viscoélastiques et phacoémulsificateurs ne sont pas nécessairement fabriqués par les mêmes entreprises. L'accroissement du nombre d'opérations de la cataracte selon la technique de l'extraction extracapsulaire avec phacoémulsification a cependant conduit les offreurs d'implants à proposer aux praticiens un service plus complet que la simple fourniture de prothèses. La fourniture de la substance viscoélastique et, dans

une certaine mesure, d'un phacoémulsificateur sont ainsi parfois devenues des conditions nécessaires à la fourniture d'implant.

1. Les implants intraoculaires

L'implant intraoculaire n'étant pas un médicament, la règle du monopole pharmaceutique de fabrication et de distribution posée par les articles L. 511, L. 512 et L. 596 du code de la santé publique n'a pas lieu de s'appliquer. Tous les fournisseurs d'implants n'ont d'ailleurs pas le statut de laboratoire.

Pendant la période concernée, le marché des implants était relativement atomisé : 12 producteurs ou importateurs se partageaient un marché estimé à 210 000 unités en 1992, alors qu'en 1980 seuls deux fabricants, 3 M et Iolab, étaient présents sur un marché évalué à 5 000 unités.

Créée en 1983 par M. Bonabosch, la société des Laboratoires Domilens n'a obtenu la qualité de laboratoire pharmaceutique que le 16 juillet 1992 par transfert du statut de sa filiale Biodomi qu'elle a absorbée, ainsi que la société Domilens Promotion, le 1^{er} janvier 1993. Les premiers implants de marque Domilens ont été commercialisés en 1984 et, dès 1986, cette société devenait le premier producteur français. A côté des implants classiques vendus seuls, la société Domilens a commercialisé, à partir de 1988, une gamme de produits dénommée « Bioplus » dans laquelle l'implant bénéficiait d'un traitement thermique supplémentaire et était livré accompagné d'une substance viscoélastique. Fin 1992, M. Bonabosch, qui détenait 79 % de FIDOMI, société holding du groupe, a cédé sa participation au Crédit lyonnais. A cette date, FIDOMI contrôlait les Laboratoires Domilens, conjointement avec la société Essilor, respectivement à hauteur de 60 % et 40 %.

La société Iolab a été radiée du registre du commerce et des sociétés le 6 janvier 1992 après son absorption le 20 décembre 1991 par la société Johnson & Johnson Santé, qui revendique la place de premier groupe pharmaceutique mondial et qui a réalisé en France un chiffre d'affaires de 164 millions de francs en 1991. En 1992, le chiffre d'affaires relatif aux implants était de 32,2 millions de francs. La société Iolab, qui avait le statut de laboratoire, était un des plus anciens distributeurs d'implants présents sur le marché national. Le nom de société Iolab sera utilisé en tant que de besoin en lieu et place de Johnson & Johnson Santé.

La société Pharmacia & Upjohn était une filiale française du groupe suédois Procordia contrôlée à hauteur de 42,5 % par le constructeur automobile Volvo et de 42,5 % par l'Etat suédois. Cette société, qui a distribué la première substance viscoélastique sur le marché français, a absorbé le 28 décembre 1990 la société Kabi Pharmacia et pris le nom de Kabi Pharmacia SA en septembre 1992. Cette dernière société a été absorbée le 1^{er} janvier 1995 par la société Pharmacia France Holding dont les activités sont exercées par la société Pharmacia & Upjohn. En 1991, la société Pharmacia réalisait un chiffre d'affaires de 861 millions de francs. Le chiffre d'affaires de la division ophtalmologie est, en 1992, de l'ordre de 100 millions de francs dont 40 millions pour les liquides viscoélastiques et 22 pour les implants, le solde étant constitué par des ventes de matériels (couteaux, trépan, phacoémulsificateurs). La société Pharmacia, qui a la qualité de laboratoire pharmaceutique, était le seul fournisseur de substances viscoélastiques sur le marché français de 1980 à 1988. Elle s'est intéressée à partir de 1982 aux implants et a racheté le fabricant hollandais Medical Workshops qui produisait des implants aux anses rapportées inadaptés au marché français surtout consommateur d'implants monoblocs. La société Pharmacia choisit alors de s'approvisionner auprès de la société Domilens avec laquelle un premier contrat de fourniture fut signé en 1985 puis, à partir de 1987, substitua progressivement ses propres implants, dont la technologie avait été entre-temps modifiée, aux implants Domilens.

Les autres fournisseurs d'implants sont : la société des Laboratoires Alcon, filiale du groupe Nestlé, qui disposait d'une substance viscoélastique (Viscoat) en cours d'obtention

d'AMM au moment des faits ; la société Cornéal, qui a d'abord distribué des implants de marque Domilens, fabrique, depuis la fin de l'année 1988, ses propres implants, accompagnés de Healonid, puis, en avril 1991, de « Collugel », substance viscoélastique de la société Vision-Biologie dont elle était distributeur exclusif pour l'Europe jusqu'en 1993 où la tentative d'obtention d'une AMM a échoué ; la société Hexavision, créée en 1987 et rachetée en mars 1990 par la société Smith & Nephew, dont elle est devenue la division ophtalmologique, qui vend les implants « Hexalens » livrés avec une substance viscoélastique qui a d'abord été Healonid puis, à la suite d'accords passés avec les sociétés Dalloz et Storz (devenue Whyeth Lederle), respectivement « Hyal » et « Occucoat » ; la société Allergan, qui n'a pas le statut de laboratoire, présente sur le marché dès 1986, a développé la vente d'implants souples en silicone, production dans laquelle elle s'est spécialisée ; la société Whyeth Lederle qui a absorbé le 18 avril 1996 la société des Laboratoires Lederle et ses quatre filiales, les sociétés Cyanamid France, Laboratoires Novalis, Exploitation et Recherches Chirurgicales Lederle (ERCL), la société Storz étant une filiale de la société ERCL spécialisée dans la commercialisation des implants ; la société Lederle qui a repris en 1987 la société américaine Coburn, fabriquant notamment des implants commercialisés en France depuis 1990, produisait et commercialisait également la seule substance viscoélastique à base de méthylcellulose : Occucoat ; la société LPO qui distribue des implants pour partie fabriqués par la société Opsia, pour partie importés ; enfin, la société Christian Dalloz SA, dans laquelle la société Essilor avait pris une participation de 40 %, avait essayé de lancer, en 1991, une activité de fabrication d'implants selon la technique originale de l'injection ; elle a dû céder son activité ophtalmologique à la société Domilens et a été radiée du registre du commerce et des sociétés le 27 juillet 1993.

De 1986 à 1989, les vendeurs d'implants les plus importants étaient, par ordre décroissant, les sociétés Domilens, Pharmacia et Iolab pour un total de ventes en France passé de 60 000 à 151 000 unités. En 1993, ce total était passé à 231 000, dont 73 % dans le secteur privé et 24 % dans le secteur hospitalier. La société Domilens venait toujours en tête (18,78 % du total), suivie par les sociétés Alcon (14,54 %), Cornéal (12,86 %), Iolab (11,37 %) et Pharmacia (11,59 %).

Le prix de revient industriel des implants serait de l'ordre de 250 à 300 F (dont environ 20 % pour les matières consommables). En 1992, les prix d'achat ou d'importation des sociétés qui font fabriquer leurs implants à l'étranger variaient entre 250 F et 552 F. Le prix de vente des implants aux revendeurs est de 400 à 500 F en 1992. Les implants réservés à l'exportation, dont les standards de qualité sont parfois inférieurs, auraient un prix moyen de vente inférieur de l'ordre de 275,74 F par implant pour la société Domilens en 1992.

Les prix de vente au secteur privé sont passés, de 1987 à 1991, de 1 250 à 2 091 F pour Domilens, de 1 900 à 3 800 F pour Alcon, de 2 300 à 3 900 F pour Iolab et de 1 887 à 2 985 F pour Pharmacia. En 1992, après que les implants ont été inscrits au TIPS par arrêté du 3 mai 1991 du ministère de la santé, ces prix sont passés à 1 263 F pour Domilens et de 1 374 F pour Alcon, Iolab et Pharmacia.

2. Les substances viscoélastiques

En 1992, une vingtaine de substances viscoélastiques étaient commercialisées ou en cours d'expérimentation en France où, au contraire de la plupart des autres pays qui considèrent les substances viscoélastiques comme un matériel médical, celles-ci sont considérées par la réglementation comme des médicaments et à ce titre font l'objet de restrictions de commercialisation : les articles L. 511, L. 512 et L. 596 du code de la santé publique, dans leur rédaction en vigueur au moment des faits, posent le principe selon lequel un médicament ne peut être fabriqué, détenu ou dispensé au stade de gros ou de détail que par un pharmacien ou un établissement pharmaceutique dont un pharmacien est propriétaire ou

participe à la gérance ; l'article R. 5106, dans sa rédaction issue du décret n° 69-13 du 2 janvier 1969, en vigueur à l'époque des faits, distinguait les fabricants de produits pharmaceutiques, qui se livrent en vue de la vente à la préparation totale ou partielle des produits définis aux articles L. 511 et L. 512, des grossistes répartiteurs, qui se livrent à l'achat en vue de la revente aux pharmaciens ou aux établissements pharmaceutiques des articles définis aux articles précités, et des dépositaires qui se livrent pour le compte d'un ou plusieurs fabricants au stockage et à la distribution aux grossistes répartiteurs et aux pharmaciens des produits pharmaceutiques dont ils ne sont pas propriétaires. En outre, la prescription et l'usage des produits pharmaceutiques dont l'autorisation de mise sur le marché commence par les chiffres « 5.5... » sont strictement réservés à un usage hospitalier.

Pour vendre une substance viscoélastique sur le marché français, il faut donc théoriquement obtenir, à la suite d'une procédure longue et coûteuse, une autorisation de mise sur le marché (AMM). La société ERCL (Storz Lederle) estime à 380 000 F, non compris les frais de développement et d'études cliniques réalisés aux USA, le coût d'obtention de l'AMM d'Occucoat, alors qu'il ne s'agissait que de la simple adaptation à la France d'un dossier international. La société Opsia estime quant à elle à 800 000 F les frais engagés pour l'obtention de l'AMM de Coatel et la société Cornéal estime avoir dépensé 3 millions pour Cellugel.

Les « fabricants » de substances viscoélastiques, que ce soit sur le territoire national ou à l'étranger, sont généralement fabricants d'implants. Certaines substances viscoélastiques bénéficient d'une autorisation administrative de mise sur le marché (AMM), d'autres pas.

Le *Healonid* (*Healon* à l'étranger), substance viscoélastique produite par la société Pharmacia & Upjohn (dénommée KB Pharmacia au moment des faits), était la seule présente sur le marché français de 1980 au début de l'année 1989. Il s'agit d'un hyaluronate de sodium dilué, extrait de crêtes de coq, protégé jusqu'en 1996 par un brevet portant sur le procédé de purification. L'hyaluronate de sodium se retrouve en forte concentration dans les tissus vitreux de l'œil et dans de plus faibles concentrations dans l'humeur aqueuse et l'endothélium ; il assure également la lubrification biologique et « l'amortissement » des articulations du corps. Bien que ce produit soit un extrait naturel, le haut niveau de technologie demandé pour produire un « compound » non inflammatoire de poids moléculaire constant expliquerait son prix élevé. La société Pharmacia a obtenu la première AMM de ce produit le 22 juillet 1980 pour une présentation en seringues de 0,75 ml et de 2 ml ; le 9 juin 1981 était ajoutée une présentation en seringues de 0,4 ml, agréée par arrêté du 21 février 1984 pour un usage en collectivités et dont le prix maximum était fixé à 349,50 F. Les AMM de ces produits ont été depuis lors régulièrement renouvelées, mais, le 18 octobre 1991, l'AMM du *Healonid* 0,4 ml a été modifiée entraînant une restriction à l'usage hospitalier. Une solution plus visqueuse, le *Healon GV*, obtint à son tour une AMM le 4 février 1993.

Amvisc, introduit en France par la société Iolab, a reçu son AMM le 7 juillet 1989 et son agrément pour les collectivités le 22 mars 1990. Il s'agit d'un produit très proche, sinon identique, au *Healonid* (même molécule, même origine), si bien que la société Pharmacia ayant entamé une procédure en contrefaçon contre la société Iolab, *Amvisc* fut temporairement retiré du marché français en 1990. La commercialisation put cependant reprendre rapidement sous condition du paiement par la société Iolab d'une redevance.

Viscoat, commercialisé par la société Alcon, a reçu son AMM le 5 mars 1990 et son agrément pour les collectivités le 4 août 1990. Il s'agit d'un mélange, dans la proportion 1/4-3/4, d'un soluté à 4 % de chondroïtine sulfate et d'un soluté à 4 % d'hyaluronate de sodium. La première molécule, qui se retrouve dans la cornée de l'œil et les cartilages, est extraite d'ailerons de requins, la seconde est obtenue par fermentation bactérienne. La société Alcon a également obtenu une AMM pour un produit dénommé *Provisc*, hyaluronate de sodium semblable à *Amvisc* et à *Healonid*. Un différend ayant trait à la propriété industrielle de ce

produit a conduit les sociétés Alcon et Pharmacia à un accord.

Occucoat, commercialisé par les Laboratoires ERCL (Storz Lederle), a obtenu une AMM en juillet 1991. C'est une solution à 2 % d'hydroxypropyl-méthylcellulose (HPMC) extraite de la pulpe de végétaux. A la différence des hyaluronates qui doivent être conservés au froid, Occucoat peut être conservé à température ambiante. En 1989-1991, avant de posséder sa propre substance viscoélastique, la société ERCL (Storz Lederle) distribuait *Healonid*, acheté auprès de la société CERP, un grossiste répartiteur.

Hyal et *Ialum*, respectivement distribuées par les sociétés Dalloz et Domilens, sont deux substances viscoélastiques constituées d'un hyaluronate de sodium fabriqué par la société italienne Fidia à partir de crêtes de coq. La société Fidia a concédé une licence de distribution pour le territoire français à la société Suisse Trans Bussan SA qui a signé avec la société Dalloz, le 26 novembre 1991, et Domilens, le 19 juin 1992, deux accords de distribution semi-exclusifs concernant la France.

La société Dalloz a obtenu une AMM en 1991 pour *Hyal*, mais l'inscription sur « la liste des collectivités » lui a été refusée au motif qu'à « *la différence des autres viscoélastiques, tous présentés en seringues prêtes à l'emploi, Hyal est présenté en flacon de 2 ml muni d'un bouchon de caoutchouc. Cette présentation est inadaptée pour des raisons de sécurité d'emploi* ». La société Dalloz a présenté une demande d'AMM pour la seule présentation seringue.

Parmi les substances viscoélastiques dépourvues d'AMM ou en phase d'évaluation au moment des faits, il convient de citer *Cellugel* (polymère synthétique de carbohydrate proche d'un méthylcellulose type *Occucoat*), fabriqué par la société Vision Biology, USA, avec laquelle la société Cornéal a signé, en avril 1991, un contrat de distribution exclusive pour la France sous réserve d'obtention d'une AMM qui, celle-ci n'ayant pu être obtenue dans un délai de deux ans, a été dénoncé, *Coatel* (méthylcellulose comparable à *Occucoat* de la société Opsia, fabricant d'implants intraoculaires, acquise par la société Cauvin), *Biovisc* (hyaluronate de la société Chauvin), *Vitrax* (hyaluronate fabriqué par la société Allergan aux USA et distribué sans AMM) et *Orcolon* (de la société Optical Radiation Corporation, USA, distribuée par la société Ophtalab avec une AMM obtenue en 1991, dont le composant principal est la polyacrylamide ; un incident de fabrication a entraîné un arrêt de la production). Enfin, la société Domilens a développé conjointement avec l'Institut Mérieux au début des années 1990 une substance viscoélastique qui n'aurait pas obtenu d'AMM au motif qu'il contenait des protéines placentaires humaines.

Les prix de vente unitaires constatés sur factures ou les prix moyens déclarés par les opérateurs figurent au tableau ci-après. Toutes les substances viscoélastiques n'y sont pas représentées dans la mesure où les produits dépourvus d'AMM ne peuvent pas être vendus et sont donc distribués à titre gratuit.

ANNÉES HEALON (Pharmacia) AMVISC (Iolab) VISCOAT (Alcon) OCCUCOAT (Storz)	Privé	Public	Privé	Public	Privé	Public	Privé	Public
1985-1986	353							
1987	360							
1988	372							

1989	433	262-392	320					
1990	498	342-386	350	320	480	320-368		
1991	560	362-450	540	350-459	560	310-487	356	
1992	560	384-430	540	350-450	560	330-560	293	
1993	560	330-370	540		560	320-502		

Il est constaté l'antériorité de la commercialisation de *Healonid* sur celle des autres substances viscoélastiques, l'antériorité de l'usage des substances viscoélastiques dans le secteur privé par rapport au secteur public, la forte augmentation du prix du *Healonid* entre 1988 et 1991 (+ 50 %) et la quasi-identité, à partir de l'année 1991, des prix du *Healonid*, de l'*Amvisc* et du *Viscoat*.

Le tableau ci-après présente, en nombre de seringues, une répartition des principales substances viscoélastiques distribuées, c'est-à-dire vendues ou données en guise « d'échantillons », seuls les produits bénéficiant d'une AMM pouvant être vendus et seuls ceux bénéficiant d'un agrément particulier pouvant l'être auprès des établissements publics hospitaliers : la différence entre ventes et dons d'échantillons n'a pu être précisée que pour les seuls produits bénéficiant d'une AMM. La société Pharmacia & Upjohn n'a pas été en mesure de produire une répartition des produits distribués entre cliniques, hôpitaux et « échantillons » avant l'année 1992. Les termes « d'échantillon » ou de « don » utilisés ci-après correspondent à des unités de substance viscoélastique associées aux implants pour former un « produit » qui, présenté comme étant un implant, bénéficiera d'un remboursement sur facture alors que la substance viscoélastique seule ne l'aurait pas été.

	1986	1987	1988	1989	1990	1991	1992 DONT VENTES	Hôpitaux	Cliniques	DONS d'échan- tillons
Pharmacia Healonid	57 419	75 961	90 151	125 429	121 861	92 051	84 639	42 139	25 250	17 250
Pourcentage	100	100	100	75,8	61,44	46,58	37	66,30		27,33
Alcon Viscoat				1 131	9 959	28 401	41 589	17 418	6 119	18 052
Pourcentage				≥ 1	5	14,3	18,36	27,40		15,58
Iolab Amvisc				20 108	21 480	15 822	22 015	4 000	4 000	14 015
Pourcentage				12,14	10,8	7,8	9,18	6,30		11,6
ERCL (Storz) Occucoat					2 360	875	10 564		997	2 232
Pourcentage					1,3	≥ 1	4,6			2
Domilens				8 853	22 673	20 000	15 000			15 000
Pourcentage				5,34	11,43	10,12 (est.)	6,7 (est.)			9,65 (est.)
Cornéal Cellugel						9 550	8 100			8 100
Pourcentage						6 (est.)	4.43 (est.)			5,2 (est.)
Hexavison Occucoat							4 950			4 950

Hyal										
Pourcentage							2,6 (est.)			3,2 (est.)
Allergan Occucoat							1 594			594
Pourcentage							≥ 1			≥ 1
Opsia Coatel							1 531			800
Pourcentage							≥ 1			≥ 1
Daloz Healonid Hyal							1 500			1 500
Pourcentage							≥ 1 (est.)			≥ 1 (est.)
Autres				10 000	20 000	30 900	36 500			
Pourcentage					10	15,6	16,11			
Total	57 419	75 961	90 151	165 521	198 333	197 599	226 482	65 557	36 366	118 993
									155 359	

Ainsi, à l'exception du cas de la société Pharmacia & Upjhon pour l'année 1992, les quantités de substance viscoélastique données aux établissements privés par les fournisseurs sont plus importantes que les quantités vendues. A partir de 1989, la société Pharmacia & Upjhon, qui était l'unique fournisseur de substances viscoélastiques, connaît une période de détérioration régulière de sa part de marché qui l'amènera, en 1992, à ne plus distribuer que 37 % des quantités totales. Elle reste cependant prédominante dans le secteur public (66,30 %) et en termes de ventes aux établissements privés (27,33 %). Cette érosion des positions de la société Pharmacia & Upjhon a bénéficié à ses concurrents, distribuant soit un produit ayant une AMM (Alcon et Iolab), soit des substances viscoélastiques encore en cours d'agrément, distribuées gratuitement dans les établissements privés. Les sociétés dont les produits bénéficient d'une AMM réalisent les chiffres d'affaires les plus importants, puisqu'elles sont les seules à pouvoir légalement effectuer des ventes. Le tableau ci-après indique les pourcentages du chiffre d'affaires de chaque entreprise dans le chiffre d'affaires total du secteur :

	PHARMACIA (Healonid) (en pourcentage)	ALCON (Viscoat) (en pourcentage)	IOLAB (Amvisc) (en pourcentage)	ERLC (Occucoat) (en pourcentage)	TOTAL (en milliers de francs)
1986	100				
1987	100				
1988	100				
1989	96,88		3,2		51 247
1990	94,2	2,25	3,55		54 326
1991	81,68	12,70	5,2	0,5	52 783
1992	72	16	6,6	5,5	55 657
Privé	66	19	5,6	9,4	
Public	80	12	8		

C. - Les pratiques relevées

L'examen, au cours de la période considérée, de 1986 à 1993, des relations entre distributeurs et fabricants d'implants intraoculaires et de substances viscoélastiques et les prescripteurs et utilisateurs de ces produits du secteur privé ont fait apparaître trois séries de pratiques : des dons de substance viscoélastique, la modification des modalités de distribution de cette dernière et l'établissement de relations particulières avec la société Domilens et des accords de prix entre les sociétés Pharmacia et Domilens.

1. Les dons de substance viscoélastique

La fourniture gratuite d'une substance viscoélastique à l'occasion de la vente d'un implant a d'abord été pratiquée par la société Pharmacia & Upjohn avant d'être généralisée à l'ensemble du secteur.

De 1982 à 1989, la société Pharmacia était le seul opérateur proposant aux chirurgiens ophtalmologiques une substance viscoélastique permettant de réaliser des opérations d'extraction extracapsulaire du cristallin. L'utilisation de ce produit innovant s'est progressivement imposée, mais il n'était pas remboursé par les caisses de sécurité sociale ; son coût devait donc être imputé.

Mme Ameye, directeur général de la société Pharmacia & Upjohn, a déclaré, le 29 mars 1993 : *« En ce qui concerne les cliniques, s'est posé le problème du financement du Healon étant donné la suppression du forfait médicament cher. Nous avons demandé le remboursement du visqueux, ce qui nous a été refusé après négociation... Les chirurgiens privés estimant l'utilisation du viscoélastique indispensable ont jugé nécessaire de pouvoir disposer facilement de ce produit d'où la possibilité que nous avons offerte de pouvoir fournir, s'ils le souhaitaient, avec l'implant intraoculaire, une seringue de Healon. Cette proposition a répondu à la demande. »* Le produit Healonid (couramment appelé Healon) était donc proposé soit seul, soit associé à un implant. La dénomination de l'ensemble implant + substance viscoélastique a évolué, comme le montrent les mentions portées sur les factures émises. En revanche, l'identité des prix indiqués sur ces mêmes factures selon qu'elles mentionnaient à la fois Viscolens et la référence d'un implant, ou seulement cette référence, démontre l'existence des dons de la substance viscoélastique.

La part des ventes d'implants accompagnées de dons de substance viscoélastique dans les ventes totales d'implants de la société Pharmacia aux établissements du secteur privé n'a été produite que pour l'année 1992 : 17 250 Viscolens ont été vendus contre seulement 167 implants solitaires, alors que 22 250 seringues de Healonid étaient commercialisées. Le tableau ci-après reprend quelques exemples de facturation (HT) comparée de Viscolens et Healonid pour les années 1986 à 1991, les implants contenus dans les packs Viscolens étant comparables :

DATE	PRIX VISCOLENS (FHT)	DATE	PRIX HEALONID (FHT)
10-10-86	1 597	10-10-90	360
13-05-87	1 887	18-05-87	360
07-07-87	2 087	16-11-87	360
06-01-88	2 367	25-02-88	372,56
18-10-88	2 547	15-06-88	372,56
29-12-88	2 747	01-03-89	398,50
24-11-89	2 935	12-12-89	433,50
25-06-90	2 985	06-02-90	453,50
		21 05-90	498,50

Proposé seul, Healonid ne bénéficiait pas d'un remboursement par les organismes de sécurité sociale puisque la Caisse nationale d'assurance maladie estimait que les dépenses engagées du fait de son utilisation étaient comprises dans les « frais de salle d'opération » qui couvraient, selon un arrêté du 29 juin 1978, « l'utilisation de la salle d'opération ou d'accouchement, du matériel... ainsi que la pharmacie nécessaire à l'opération... ». Par contre, le pack Viscolens était totalement remboursé sur présentation de la facture d'achat, dans la mesure où seul l'implant était censé être acheté par l'établissement hospitalier, la substance viscoélastique qui lui était associée étant délivrée gratuitement. Ainsi, la société Pharmacia a pratiqué, à partir de l'année 1984 et au moins jusqu'en 1992, une politique de vente d'implants intraoculaires accompagnés de la substance viscoélastique qu'elle avait développée et qu'elle était seule, jusqu'en 1989, à pouvoir offrir aux ophtalmologues opérant de la cataracte. Un tel système permettait aux cliniques d'économiser la dépense induite par l'utilisation de la substance viscoélastique, qui aurait dû être imputée sur les frais de salle d'opération.

A la suite de la société Pharmacia, les autres fournisseurs d'implants ont commencé à distribuer leur substance viscoélastique à titre gratuit. M. Meyer, de la société Domilens, a déclaré : « *La société Domilens s'est vue contrainte pour ne pas disparaître du marché français d'adopter les pratiques alors en cours, à savoir la fourniture du produit viscoélastique avec les implants intraoculaires.* » M. Romano, alors directeur commercial de la même société, a ajouté : « *En ce qui concerne la fourniture d'un viscoélastique gratuit, la première société à le faire a été KB Pharmacia, rapidement suivie, courant 1989, par Alcon et Iolab... Confronté à la demande des cliniques et des chirurgiens qui s'en faisaient les porte-parole, Domilens a été contraint d'imaginer une solution visant à fournir le viscoélastique gratuitement... La sortie de la gamme Bioplus (avec augmentation du prix de l'implant mentionnée ci-avant) a permis non seulement la fourniture gratuite du viscoélastique mais également de dégager une marge autorisant la remise de dons aux chirurgiens.* » Le produit dénommé Bioplus associait, comme Viscolens, une dose de substance viscoélastique à un implant.

M. Desjardins, de la société Smith & Nephew-Hexavision, a décrit le processus qui a conduit à la généralisation de la pratique de don de substance viscoélastique : « *Dans les années 1987-1988, l'utilisation du viscoélastique s'est accrue fortement... Lorsque j'ai débuté l'activité d'Hexavision en mai 1987 jusqu'à la fin 1988, il était possible, à cette époque, de vendre des implants sans disposer de visqueux bien que l'on soit en position concurrentielle défavorable par rapport à ceux qui en disposaient. En 1989, devant la pression croissante de sa clientèle et comme d'autres concurrents, Hexavision s'est procuré du Healon auprès des officines pour accompagner l'implant.* » M. Flaischaker, responsable commercial de la société Iolab, a déclaré : « *Dans les discussions avec les chirurgiens, Iolab essayait de faire valoir la qualité de l'Amvisc qui était délivré gratuitement.* » En 1989, la société Iolab distribuera par exemple 15 130 échantillons de substance viscoélastique pour 18 025 implants. M. Pellat, ophtalmologue pratiquant à Chambéry, a confirmé que la société ERCL (Storz-Lederle) avait adhéré à la pratique : « *Je me souviens qu'au début (à partir de 1988 où le visqueux est devenu indispensable pour la pose des implants de chambre postérieure), en ce qui me concerne, les patients devaient acheter le Healon en pharmacie. Dès que Storz a eu une AMM pour Occucoat, il a distribué des échantillons de ce visqueux avec ses implants.* » De même, MM. Sagaut et Reich, de la société Storz-Lederle-ERCL, ont déclaré distinguer deux périodes selon que la société disposait ou non d'un produit bénéficiant d'une AMM : « *Nous ne disposions pas de produit viscoélastique dans le groupe : nous achetions les produits*

viscoélastiques auprès de la société CERP, grossiste répartiteur pour les années 1989 à 1990 incluse, [il s'agissait] des produits viscoélastiques Healonid de Kabi Pharmacia. Ces produits étaient ensuite adressés par nos soins à la clinique qui avait acheté les implants. La livraison de ces produits était effectuée à titre gracieux... En 1990, cela représentait 2 338 unités de produits viscoélastiques donnés gracieusement. Entre mai 1991 et juillet 1991, date de notre AMM pour le produit Occucoat, nous avons vendu l'implant au tarif TIPS accompagné du produit Occucoat délivré gracieusement. »

M. Bouvier, directeur de la clinique Sainte Barbe à Strasbourg, a déclaré : « Pour la société Allergan, l'achat du liquide viscoélastique se fait chez Alcon et Allergan nous le rembourse. » Selon M. Clidière, président-directeur général de la société Alcon, les produits de sa société étaient commercialisés sous trois formes : « implant seul (IOLS) : 10 005 unités ; Viscoat seul : 6 484 unités ; pack (Viscopack) : 3 475 unités. Les formes n^{os} 1 et 2 concernant hôpitaux et cliniques. La forme n^o 3 concernant uniquement les cliniques. La facture correspondante à la forme n^o 3 fait apparaître un prix global Viscopack. Du fait que la pratique de pack implant + viscoélastique était utilisée par Kabi Pharmacia et Domilens liées commercialement, nous avons été contraints de nous aligner. L'instauration du TIPS sur les implants n'a pas modifié les procédés de commercialisation ». Les factures communiquées par M. Clidière, concernant les années 1990 et 1991, confirment la gratuité de la substance viscoélastique. Mais la société Alcon procède aussi parfois à l'octroi de remises du montant de la substance viscoélastique : « Pour faire suite à votre demande de prix, nous avons le plaisir de vous adresser ci-joint notre meilleure proposition qui annule et remplace notre proposition du 19 novembre pour la fourniture à la clinique de nos implants : implant prix tarif : 1 450 F TTC ; Viscoat prix tarif : 576,76 F TTC ; soit remise : implant + Viscoat : 1 450 F TTC. »

M. Kita, président du conseil d'administration de la société Cornéal, a déclaré : « Lorsque j'ai commencé à travailler dans ce secteur d'activité (1981-1982), les chirurgiens n'utilisaient pas de viscoélastiques. KB Pharmacia a créé le besoin et à partir de ce moment-là le produit viscoélastique était en vente libre. Pour conquérir le marché des implants Pharmacia a proposé le produit viscoélastique gratuit à tous les chirurgiens s'ils posent leurs implants, ce qui évitait aux malades et aux cliniques cet achat. »

La société Opsia a reconnu pour sa part que « le nombre de visco-élastiques 1993 est supérieur aux quantités d'implants vendus car il faut donner des visco-élastiques avec les dépôts-ventes d'implants... ».

Au total, le don de substance viscoélastique lors de l'achat d'un implant s'est généralisé à partir de l'année 1989 pour devenir le fait de tous les fournisseurs : en 1992, 70 % des substances viscoélastiques consommées par les établissements de soins privés ont été données gratuitement par les fournisseurs d'implants. Parmi les fournisseurs de substances viscoélastiques, seule la société Pharmacia vendait plus d'unités qu'elle n'en donnait aux établissements de soins privés.

Selon M. Romano, cadre de la société Domilens : « A partir de fin 1988 la gamme Bioplus est apparue et pour un prix d'implant supérieur de 150 % au prix habituellement pratiqué, l'implant vendu était accompagné d'une ampoule d'Healon ». De même, MM. Kita, Sabaria et Desjardins, respectivement des sociétés Cornéal, Iolab et Smith et Nephew-Hexavision, ont déclaré : « C'est pour cette raison, notamment, que l'implant est passé à 3 800-4 000 F, les sociétés qui devaient acheter du Healon augmentant les prix de leurs propres implants », « Cette pratique a été une des causes de l'augmentation abrupte des prix de vente des implants facturés aux cliniques, ces sociétés récupérant le prix de vente de la seringue de Healonid achetée en pharmacie entre 560 et 780 F » et : « il est indéniable que devoir fournir le visqueux a entraîné une augmentation du pack implant + visqueux. En facturation nous portons le libellé Hexalens sans préciser qu'il y avait fourniture d'un

visqueux ».

Les variations de prix enregistrées entre 1987, avant la généralisation en 1989 de la pratique de don de substance viscoélastique, et 1991, après l'instauration du TIPS figurent, en progression annuelle, au tableau ci-dessous.

	1987	1988	1989	1990	1991	1991-1987
Domilens.	1 250 F	+ 20 %	+ 17 %	+ 62 %	+ 28 % = 3 650 F	292 %
Pharmacia.	1 887 F	+ 13 %	+ 16 %	+ 7 %	- = 2 985 F	121 %
Iolab.	2 300 F	+ 9 %	+ 16 %	+ 13 %	+ 18 % = 3 900 F	169 %
Alcon.	1 900 F	+ 0,4 %	+ 34 %	-	+ 40 % = 3 800 F	100 %
Allergan.	2 100 F	-	+ 11 %	+ 23 %	+ 17 % = 3 400 F	161 %
3M.	1 930 F	+ 2 %	+ 11 %	+ 22 %	+ 18 % = 3 200 F	165 %
Hexavision.		2 100 F	+ 52 %	-	+ 18 % = 3 400 F	62 %
LPO.			1 934 F	+ 25 %	1 828 F	NS
Cornéal.				3 130 F	+ 21 % = 3 800 F	21 %
Ioltech.				3 500	3 800	8 %
Storz.				3 650	3 650	-
Opsia.				2 744	3 400	
c	1 866	2 130 + 14 %	25 22 + 18 %	3 019 + 19 %	3 598 + 19 %	

Ces hausses ne s'expliquent ni par l'augmentation des coûts d'achat des implants, qui sont soit en régression, soit en très légère progression sur la période considérée (environ 500 F en 1992), ni entièrement par l'évolution du coût de la substance viscoélastique qui atteindra au maximum le prix de 560 F en 1991. L'écart entre prix extrêmes pratiqués en 1987 (1 250 et 2 300 F) est le même, environ 950 F, que celui constaté quatre ans plus tard avant l'instauration du TIPS, alors que ces prix ont presque doublé (2 985 et 3 900 F). L'écart type de l'échantillon de prix (hors LPO en 1991) est d'ailleurs en diminution sur la période, passant de 306 F à 281 F.

2. Distribution de Healonid par la société Pharmacia & Upjohn et relations avec la société Domilens

Jusqu'en 1989, *Healonid* était la seule substance viscoélastique présente sur le marché. Elle était distribuée, en l'absence de restrictions de prescriptions, par l'intermédiaire du réseau des grossistes et officines conformément aux dispositions du code de la santé publique. Les substances viscoélastiques entrées à partir de l'année 1989 sur le marché supporteront par contre des restrictions qui en cantonneront la diffusion aux établissements hospitaliers. Le régime de *Healonid* ne sera modifié qu'en octobre 1991, date à laquelle il obtiendra une AMM soumise aux mêmes limitations que ses concurrents.

Entre 1987 et 1991, la société Pharmacia & Upjohn a refusé la vente de substance viscoélastique à certains de ses concurrents, telle la société Hexavision. M. Desjardins,

responsable de la division Hexavision, à l'époque dotée de la personnalité morale, au sein de la société Smith et Nephew, a déclaré le 16 avril 1993 : « *Nous avons commandé du Healonid directement auprès de KB qui refusait de fournir sous prétexte du suivi et du contrôle pharmaceutique* ». Mlle Ameye, directeur général de la société Pharmacia, a déclaré : « *Dès que l'utilisation du viscoélastique est devenu de bonne pratique opératoire nous avons eu plusieurs demandes de distributeurs d'implants en ce qui concerne la distribution de notre viscoélastique. En ce qui concerne les demandes des établissements non-pharmaceutiques, nous avons décliné leur demande puisque nous assurons par nos propres moyens la distribution du produit soit à l'hôpital public soit aux cliniques, soit aux officines par l'intermédiaire de l'OCP.* »

Avant le 6 décembre 1990, la distribution du *Healonid* était effectuée par l'intermédiaire de l'OCP et des officines, comme tout médicament ayant un code d'identification pharmaceutique appartenant à la « classe 3 » : les concurrents de la société Pharmacia & Upjohn sur le marché des implants pouvaient, sous réserve qu'ils aient le statut de laboratoire pharmaceutique, s'approvisionner auprès du réseau des grossistes répartiteurs ou d'officines faute de pouvoir obtenir *Healonid* auprès de la société Pharmacia. Ce réseau a cessé de distribuer le *Healonid* à une date non connue, mais antérieure au 27 novembre 1990, date d'une note interne de la société Pharmacia comportant la liste des « demandes de seringues de Healon répertoriées comme inhabituelles », recensant des commandes passées par des pharmacies, des grossistes ou d'autres distributeurs d'implants ayant la qualité de laboratoire pharmaceutique considérées comme « inhabituelles » et permettant de contrôler la destination du *Healonid*.

M. Paccioni, pharmacien responsable de la société Pharmacia, a déclaré que des refus de vente ont été directement opposés à certains concurrents, telles les sociétés LPO, Allergan ou Hexavision. Lorsque la qualité du demandeur ne semblait pas suffisamment établie pour permettre le rejet immédiat de sa demande, des actions de persuasion et d'explication ont été engagées : certaines officines ont ainsi été dissuadées de formuler des commandes « anormales » au regard de leur statut. Une fiche de « commande téléphonique » du 5 décembre 1990 révèle par exemple que M. Doustaly, pharmacien à Tarascon, qui avait passé une commande de 40 *Healonid* par mois, a accepté, après avoir été « sensibilisé », « *de ne pas renouveler cette commande définitivement annulée* ». A ce sujet, M. Paccioni a déclaré : « *Suite à l'arrêt des ventes de Healonid à l'OCP nous avons repris nos ventes directes aux officines. En tant que pharmacien responsable et sachant que l'utilisation normale de Healonid était une utilisation en hôpital ou en clinique et quelquefois en usage ambulatoire pour des quantités faibles, j'ai demandé à mon service commercial de m'informer de toute demande inhabituelle d'officines ou d'autres clients. Le document daté du 27 novembre 1990 récapitule un certain nombre de ces cas. En ce qui concerne l'OCP de Toulouse, ce dernier nous a déclaré qu'il s'agissait d'une demande d'Opsia. Je lui ai dit que cela me gênait qu'il livre un laboratoire concurrent. Je lui ai précisé que l'objectif d'un grossiste répartiteur était de livrer les hôpitaux, les cliniques et les officines. En ce qui concerne la pharmacie KB de Lorient et Dambrine à Ploërmel, je leur ai rappelé que leur rôle était de vendre les produits à des patients et non à des sociétés. Ces pharmaciens m'avaient signalé que ces viscoélastiques étaient destinés à Hexavision. A la suite de cette conversation, ils ont annulé leur commande téléphonique. En fin de page, figure une commande LPO pour 500 seringues : j'ai répondu que mon rôle n'était pas de distribuer un produit pharmaceutique en dehors du circuit pharmaceutique. Nous n'avons donc pas livré LPO.*

Le 6 décembre 1990, la société Pharmacia & Upjohn a adressé une circulaire aux responsables des services d'ophtalmologie et aux pharmaciens hospitaliers dans laquelle elle dénonce l'atteinte « *aux règles de bonne distribution exigées pour toute spécialité*

pharmaceutique », qui résulterait de la mise en place par quelques distributeurs d'implants de « circuits de distributions parallèles » du Healonid, alors que : « la spécialité Healonid, AMM n° 324625.6 est un médicament Pharmacia dont la distribution et l'utilisation sont régis par le code de la santé publique » et qu'à ce titre cette spécialité « ne peut être livrée aux cliniques, au bon soin du pharmacien hospitalier que par les circuits de distribution pharmaceutique autorisés, à savoir : directement auprès de Pharmacia France ou auprès d'un établissement ayant le statut de grossiste répartiteur », et, enfin, « qu'aucun accord de quelque nature que ce soit n'a été signé avec des fabricants ou des distributeurs d'implants intra-oculaires les autorisant à se procurer du Healonid et à en faire la distribution à titre onéreux ou gratuit ». La publication dans un journal professionnel d'une « mise au point » rappelait les termes de cette circulaire qui semble vouloir garantir le maintien de la distribution par grossistes-répartiteurs, alors que celle-ci avait cessé peu avant sa diffusion ainsi que l'attestent d'ailleurs les plaintes de certains pharmaciens relayés par leur Ordre.

Mlle Ameye a justifié comme suit cette réforme des conditions de distribution : « Le produit a été agréé aux collectivités. Parallèlement, pour des quantités faibles, nous avons obtenu la dérogation de délivrer en officines des seringues réservées à la chirurgie ambulatoire (à la demande du chirurgien). Jusqu'en 87/88... les ventes en officine sont restées relativement modestes. Par la suite, nous avons constaté une augmentation très nette de nos ventes à l'OCP (apparemment supérieures aux besoins de l'ambulatoire). La DPHM nous a alors alerté sur ce développement contraire à nos engagements initiaux de vente modérée aux officines. Nous avons décidé de ne plus passer par l'OCP mais par contre de continuer à livrer les officines à condition qu'ils respectent nos conditions commerciales... » M. Paccioni a confirmé l'intervention de la DPHM mais il a reconnu, le 29 mars 1993 : « Je ne me souviens plus quel est le fonctionnaire de la direction de la pharmacie qui nous a signalé que nos ventes à l'OCP s'envolaient. » Toutefois, l'examen des « déclarations relatives aux ventes de Healonid aux pharmacies et répartiteurs ont évolué de la façon suivante : 1986 : 17 226 ; 1987 : 30 384 ; 1988 : 35 561 ; 1989 : 22 593 ; 1990 : 22 668 et n'ont donc pas suivi l'évolution décrite par les représentants de la société Pharmacia.

S'agissant des relations entre les sociétés Pharmacia & Upjohn et Domilens, plusieurs accords ont été signés de 1986 à 1989 portant sur la fourniture d'implants par la seconde à la première. Pour la période 1989-1991, cet accord couvrait environ 50 % des besoins de la société Pharmacia, soit en moyenne 11 500 implants à un prix fixe de 500 F puis 450 F.

Au sujet de la fourniture de Healon à Domilens, Mlle Ameye, directeur général de la société Pharmacia, a déclaré le 29 mars 1993 : « Il n'y a pas eu de contrat de fourniture de Healon à Domilens. Il n'y a pas eu à ma connaissance de demande formelle par écrit. A l'occasion d'essais cliniques, nous avons pu leur fournir un certain nombre de doses. »

Elle a également déclaré le 14 mai 1993, après avoir fait état des pressions exercées par la société Domilens pour obtenir du Healonid afin de pouvoir réaliser les études comparatives nécessaires à l'obtention d'une AMM pour Collagel : « Concomitamment Domilens opérait un développement à l'international... ils ont souhaité avoir une certaine quantité de Healonid pour leur développement à l'étranger. Compte tenu du fait que ces transactions ne devaient pas concerner le marché français, nous nous sommes mis d'accord pour livrer une société hors de France. J'ignore qu'elle était la destination de ces produits et notamment s'ils revenaient en France. »

En revanche, M. Romano, directeur commercial de la société Domilens, a déclaré : « A partir de fin 88, la gamme Bioplus est apparue et, pour un prix d'implant supérieur de 150 % au prix habituellement pratiqué, l'implant vendu était accompagné d'une ampoule de Healon. Cet implant bénéficiait également d'un plus technique (traitement thermique). Le Healon nous était fourni par KB et nous en avions autant qu'il nous en fallait... Ces livraisons de Healon étaient probablement garanties par les relations privilégiées entre les deux directions

générales de Domilens et KB. Nous avons bénéficié de livraisons d'Healon jusqu'en septembre 1990. KB, ayant constaté que la fourniture du Healon à d'autres fournisseurs d'implants se faisait au détriment de leur part du marché d'implants, a décidé de limiter la livraison et en ce qui nous concerne a décidé d'arrêter les livraisons. » Pour sa part, M. Bonabosch, président du conseil d'administration de la société Domilens au moment des faits, a déclaré le 12 juillet 1993 : « C'est en 1986 que le responsable ophtalmologique de Kabi Pharmacia, dont je ne me souviens plus du nom, est venu à Lyon afin de conclure un accord de fourniture... Nos ventes stagnaient en France surtout du fait que nous ne disposions pas de produit visqueux et c'est pourquoi nous avons demandé à Kabi Pharmacia de nous livrer son viscoélastique en 1989. L'accord de fourniture d'implants à Pharmacia a fait l'objet d'un contrat écrit. L'accord d'achat de Healon à Pharmacia est resté oral. Kabi Pharmacia a accepté à condition : que nos implants soient identiques en qualité aux implants fabriqués par nous-mêmes pour Pharmacia, que nous obtenions, nous Domilens, le statut de laboratoire pharmaceutique, que nous pratiquions les prix haut du marché, soit 2 700 F en 1984, que nous nous interdisions de casser le marché. Pour respecter la clause laboratoire pharmaceutique, nous avons été amenés à créer Bioplus... Pour ne pas gêner l'activité de la société mère Pharmacia Suède, la société Pharmacia France nous a livré du Healon en utilisant un circuit particulier : Pharmacia vendait le Healon à la société Tantra Limited de Londres ; le produit était ensuite cédé à la société Rockmed en Hollande dont le dirigeant était Tom Rock ; Rockmed facturait ensuite à Domilens. A mon sens, il ne s'agissait que d'un jeu d'écritures comptables, aucune marge n'était prélevée par les différents intermédiaires. J'estime que nos achats de Healon représentaient environ 20 000 à 25 000 seringues pour l'année 1990. »

3. Les accords de prix entre les sociétés Pharmacia et Domilens

Selon les déclarations précitées de M. Bonabosch, président du conseil d'administration de la société Domilens au moment des faits, la société Pharmacia & Upjohn aurait accepté de livrer du *Healonid* à son concurrent dans le cadre de l'accord exposé ci-dessus sous réserve que la société Domilens pratique « les prix hauts du marché, soit 2 700 F en 1984, et que nous nous interdisions de casser les prix ».

L'indication du millésime 1984 est probablement une erreur de plume puisqu'il a été explicitement fait référence à l'accord de fourniture daté de 1989. L'évolution du prix des implants « standard » de la société Domilens est le suivant : avant le 1^{er} janvier 1989, le prix de ces implants était de 1 550 F (HT). Les implants Bio+ (implants + *Healonid*) ont été vendus 3 150 F le 1^{er} janvier 1989, prix qui sera porté à 3 650 F en août 1990, alors que le prix des implants de la société Pharmacia & Upjohn n'a atteint que 2 985 F avant l'instauration du TIPS en mai 1991.

Il a été fait grief, d'une part, à la société Pharmacia & Upjohn d'avoir abusé de sa position dominante sur le marché des substances viscoélastiques en délivrant gratuitement cette substance aux acheteurs de ses implants alors que les autres fabricants d'implants devaient acquérir cette substance pour proposer le même produit qu'elle, d'avoir accepté de vendre pendant l'année 1990 des doses de substances viscoélastiques à la société Domilens en échange de ses implants alors qu'elle refusait simultanément la vente de cette substance à d'autres opérateurs, d'avoir enfin, du mois de novembre 1990 jusqu'au mois d'octobre 1991, réorganisé la distribution du *Healonid* de façon à priver ses concurrents d'un produit indispensable à la vente de leurs implants.

Il a aussi été fait grief, d'autre part, aux sociétés Pharmacia & Upjohn et Domilens d'avoir en 1989 passé un accord portant sur la fourniture par Pharmacia de substances viscoélastiques à Domilens, fabricant d'implants, accord qui s'est poursuivi jusqu'au mois de septembre 1990 ; il a été soutenu qu'en permettant à la société Domilens pendant

l'année 1990 de continuer à s'approvisionner en *Healonid* directement auprès de la société Pharmacia alors que cette fourniture était refusée par Pharmacia aux autres fabricants d'implants, cet accord a conféré à la société Domilens un avantage aux dépens des autres opérateurs qui a eu pour objet et a pu avoir pour effet de fausser la concurrence sur le marché des implants ; une telle pratique, si elle était établie, est prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la procédure :

Considérant que la société Pharmacia & Upjohn fait valoir que le rapport aurait dû être notifié au ministre chargé de la santé, ministre intéressé au sens de l'article 21 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dès lors qu'était en cause une question d'interprétation des règles du droit pharmaceutique ;

Mais considérant que le rapport n'a fait que tirer les conséquences au regard du droit de la concurrence du changement d'attitude de la société Pharmacia & Upjohn en ce qui concerne les règles de distribution du *Healonid* dans le courant de l'année 1990, alors que les conditions législatives et réglementaires de la distribution du médicament, qu'elle ne pouvait ignorer, restaient inchangées ; que, par suite, l'interprétation des dispositions de l'article R. 5106 du code de la santé publique dans sa rédaction résultant du décret n° 69-13 du 2 janvier 1969 est indifférente à la solution du litige ; que le ministre chargé de la santé ne peut donc être regardé comme « ministre intéressé » au sens de l'article 21, alinéa 2, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que le moyen n'est pas fondé ;

Sur les marchés concernés :

Considérant, en premier lieu, que la société Pharmacia & Upjohn fait valoir que la substance viscoélastique est inséparable de l'implant et que leur association constitue un produit nouveau destiné à une nouvelle discipline, l'opération de la cataracte par le biais de la viscochirurgie ; qu'à l'appui de son affirmation elle cite une étude du professeur Montet selon laquelle : « *De nombreux produits industriels sont des packages pour lesquels il existe de manière évidente des marchés distincts de chaque élément entrant dans l'ensemble (...). Dans le cas du package substances viscoélastiques + implants intraoculaires, il est extrêmement difficile de voir le marché indépendant des substances. La liaison technologique entre les deux est tellement forte que les deux produits sont vendus en packs de façon quasiment naturelle et à la demande même des utilisateurs (...) ce sont les acheteurs qui souhaitaient la fourniture conjointe d'une substance viscoélastique et d'un implant. Il ne serait donc pas absurde dans le cas d'espèce de considérer que le marché pertinent est bien celui du package substances + implants* » ; qu'elle en conclut que « le marché des substances viscoélastiques seules n'existe pas » ;

Mais considérant que, pour la période non couverte par la prescription, d'une part, il n'existait pas d'autres produits qui puissent se substituer aux substances viscoélastiques, d'autre part, de nombreuses substances viscoélastiques, substituables entre elles et avec *Healonid*, mais non substituables à d'autres produits, ont été introduites sur le marché, entre lesquelles les demandeurs ont rapidement pu arbitrer ; qu'il est constant que des substances viscoélastiques ont été commercialisées indépendamment des implants ; que, dès lors, il y a lieu de considérer que les pratiques constatées ont eu lieu sur deux marchés distincts, celui des implants et celui des substances viscoélastiques ;

Considérant, en second lieu, que la société Pharmacia & Upjohn soutient qu'il convient de distinguer selon le statut public ou privé des établissements hospitaliers demandeurs ; qu'en effet les modalités d'achat, tels par exemple le processus de négociation, le niveau de prix ainsi que la gamme de produits susceptibles d'être utilisés, permettraient de définir deux

marchés distincts au sens du droit de la concurrence ;

Mais considérant que si les modalités d'achat, les gammes de produits et les niveaux de prix pratiqués diffèrent selon que les demandeurs appartiennent au secteur public ou au secteur privé, il est constant que les produits concernés et leur utilisation sont identiques dans les deux secteurs et que les offreurs sont les mêmes et d'ailleurs n'utilisent pas, ainsi qu'ils l'ont reconnu au cours de la séance, des méthodes de commercialisation différentes selon qu'ils vendent les substances viscoélastiques à l'un ou à l'autre secteur ; que les différences de prix constatées pour un même produit entre les ventes au secteur public et les ventes au secteur privé s'expliquent principalement par le fait que les quantités achetées par les hôpitaux publics sont plus importantes que celles achetées par les établissements du secteur privé ; qu'en l'état il ne peut être affirmé qu'il existe deux marchés de la vente des substances viscoélastiques selon qu'elle concerne le secteur public ou le secteur privé ;

Sur la position de la société Pharmacia & Upjohn sur le marché et sur ses pratiques :

Considérant que le premier acte de constatation des infractions étant constitué par le procès-verbal d'audition de MM. Zeller, d'Arras et Blachère du 21 janvier 1993, la prescription est acquise pour les faits antérieurs au 21 janvier 1990 ;

Considérant, en premier lieu, que, jusqu'à l'année 1988, la société Pharmacia & Upjohn était seule présente sur le marché français des substances viscoélastiques ; qu'en 1990 elle réalisait encore, en volume, 61,44 % des ventes ou des « dons » de substances viscoélastiques, quatre autres concurrents étant présents sur le marché, les sociétés Alcon, Iolab, ERCL et Domilens, avec des parts de marché en volume de, respectivement, 5 %, 10,8 %, 1,3 % et 11,43 % ; qu'en 1991 la société Pharmacia & Upjohn distribuait en volume 46,58 % des substances viscoélastiques, les quatre sociétés précitées réalisant quant à elles des volumes de vente de, respectivement, 14,3 %, 7,8 %, 1 %, 10 et 12 % du marché et une cinquième société, Corneal, un volume de 6 % ; qu'en 1992 la part de la société Pharmacia était passée à 37 %, que celle des sociétés Alcon et Iolab représentait 18,36 % et 9,18 %, alors que sept autres compétiteurs identifiés étaient entrés sur le marché et que la part non identifiée des fournisseurs représentait 16 % de celui ci ; que la part en valeur des ventes de substances viscoélastiques, qui doit être regardée comme moins significative compte tenu, d'une part, de l'importance des dons dans la distribution de substances viscoélastiques et, d'autre part, de la circonstance que la société Pharmacia vendait plus qu'elle ne donnait de substances viscoélastiques, ce qui n'était pas le cas des autres producteurs, est passée pour la société Pharmacia de 94,2 % en 1990 à 72 % en 1992 alors que dans le même temps celle de ses concurrents augmentait de 2,25 % à 16 % pour la société Alcon et de 3,55 % à 6,6 % pour la société Iolab ; qu'ainsi, en dépit de la grande notoriété du Healonid et de la circonstance que ce produit était protégé par un brevet jusqu'en 1996, au cours de la période considérée, les parts détenues, en volume et en valeur, par la société Pharmacia & Upjohn sur le marché des substances viscoélastiques n'ont cessé de s'effriter et le nombre de nouveaux compétiteurs d'augmenter ;

Mais considérant, en premier lieu, que, contrairement à ce qu'affirme la société TDF, le rapport complémentaire du 27 mars 1996, dont l'existence était mentionnée dans la première notification de griefs du 13 février 1997, a bien été versé au dossier de consultation ; qu'il était donc loisible à la société TDF, qui avait connaissance de l'existence de ce document, d'en demander la communication, lors de la consultation du dossier au Conseil de la concurrence, après réception de la première notification de griefs ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aucune disposition de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n'impose la communication de pièces de la procédure avant la notification de griefs ; que les responsables de la société TDF ont été entendus par le rapporteur en présence de leurs conseils, le 11 décembre 1997, sans que les personnes entendues n'aient manifesté le désir de

consulter le « rapport complémentaire » du 27 mars 1996, lequel se limite à résumer l'état des procédures en cours devant différentes juridictions, alors même que ces personnes avaient connaissance de l'existence de ces pièces ; qu'une notification de griefs complémentaire a été effectuée, le 16 janvier 1998, ouvrant un nouveau délai de consultation du dossier aux parties ; que la société TDF ne conteste pas avoir eu accès à la totalité du dossier après la notification de griefs complémentaire ; qu'ainsi, le principe du contradictoire a été respecté ; que la société TDF reconnaît, par ailleurs, avoir été préalablement informée de l'objet de l'audition de ses responsables, le 11 décembre 1997 ; que le fait que les responsables de la société TDF n'aient pu consulter les pièces avant d'être entendus est sans incidence sur la régularité de la procédure, dès lors que le principe du contradictoire a été respecté et qu'aucune manœuvre déloyale n'a été utilisée par le rapporteur à l'encontre de la société TDF, laquelle n'est donc pas fondée à demander au Conseil d'écarter le procès-verbal du 11 décembre 1997 ;

En ce qui concerne la prescription :

Considérant qu'aux termes de l'article 27 de l'ordonnance, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ;

Considérant, en premier lieu, que, selon la société TDF, la saisine de la société Emettel ne peut interrompre la prescription des faits ayant donné lieu à des griefs retenus au stade du rapport notifié dans la mesure où la société saisissante aurait entendu saisir le Conseil « *in personam* » et non de pratiques sur un marché ;

Mais considérant que, comme le démontre le procès-verbal en date du 30 novembre 1993 joint à la lettre de saisine, dans lequel la société Emettel déclarait aux enquêteurs être « *victime de la position dominante de TDF* », l'entreprise saisissante entendait dénoncer le comportement de la société TDF sur le (ou les) marchés(s), au regard des règles de concurrence et notamment la pratique de la société TDF consistant « *systématiquement* » à « *mettre en garde* » les collectivités territoriales lors de l'installation de matériels par la société Emettel ; que le Conseil de la concurrence étant saisi « *in rem* », est donc dénué de portée l'argument de la société TDF selon lequel le Conseil aurait été saisi contre une personne et non du fonctionnement d'un marché ;

Considérant, en deuxième lieu, que la société TDF soutient que les faits relatifs aux communes de Langeais et de Moloy seraient prescrits au motif que le dernier acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction était les procès-verbaux établis respectivement les 28 juillet 1993 et 1^{er} février 1994 ; que la société TDF fait, par ailleurs, valoir que la « convention cadre » relative à la collectivité territoriale Corse, signée le 3 février 1993, n'est « *visée par aucun acte tendant à la recherche, la constatation et la sanction de cette infraction prétendue* », avant le 11 décembre 1997, date d'audition de ses responsables par le rapporteur au Conseil de la concurrence ; que TDF soutient également que le Conseil ne pourra examiner le contrat signé avec TF 1, le 15 avril 1991, qui n'a fait l'objet d'aucun acte interruptif dans les trois ans de sa signature ; que, s'agissant des faits relatifs à la commune d'Alet-les-Bains, la société TDF déclare que les faits « datent de 1989 » alors que le procès-verbal a été établi le 5 octobre 1994 ;

Mais considérant qu'à la suite de plaintes déposées par la société Emettel auprès de la direction de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à l'encontre de la société TDF, des procès-verbaux ont été établis par les enquêteurs au cours des mois de juillet et novembre 1993, soit antérieurement à la saisine du Conseil par la société Emettel ; que ces procès-verbaux ont été régulièrement versés au dossier ; que, par ailleurs, le Conseil ayant été saisi le 24 février 1994, des procès-verbaux d'enquête ont été établis au cours des mois de juin, juillet et octobre 1994 ; que la première notification de griefs a été effectuée le 13 février 1997 ; que la société TDF ne peut donc utilement soutenir que les faits dont il s'agit

se trouveraient prescrits du fait de l'absence d'actes interruptifs de prescription ; que, par ailleurs, le fait que la convention relative au financement d'installations par la collectivité territoriale de Corse ne soit « visée par aucun acte » interruptif de prescription est sans incidence sur la régularité de la procédure, dès lors que ladite pièce a régulièrement été communiquée dans le cadre de l'enquête et a été soumise au débat contradictoire ; qu'enfin, aucun fait concernant la commune d'Alet-les-Bains n'a été mentionné dans le rapport ;

Considérant, en troisième lieu, que selon la société TDF, les procès-verbaux auraient dû être joints au rapport afin de permettre au Conseil de statuer sur la prescription des faits dont il est saisi ;

Mais considérant que les procès-verbaux cités par la société TDF dans ses observations écrites figurent au dossier soumis au débat contradictoire ; que le Conseil dispose donc du moyen de s'assurer de la régularité de la procédure ;

Considérant que l'argumentation de la société TDF sur la prescription est donc sans fondement ;

Considérant que, si on examine le seul approvisionnement en substances viscoélastiques des établissements de soins privés, secteur où l'essentiel des pratiques a été constaté et qui réalise 70 % des opérations de la cataracte, on constate que la part en volume de la société Pharmacia & Upjohn pour l'année 1992, seule année pour laquelle cette indication a été fournie, est de 27,33 % seulement ;

Considérant, en second lieu, que les prix de vente du *Healonid*, après avoir fortement augmenté jusqu'au début de l'année 1991, se sont ensuite stabilisés ; que la même évolution a été enregistrée pour les prix des produits des deux principaux concurrents de la société Pharmacia, les sociétés Iolab et Alcon ; que cette hausse des prix peut s'expliquer par la pression croissante de la demande pour un produit particulièrement innovant et permettant une amélioration considérable des conditions d'opération de la cataracte ; que le quasi-alignement des prix de vente des substances viscoélastiques par les différents producteurs à partir de 1991 démontre que la société Pharmacia & Upjohn n'était pas en mesure de déterminer une politique de prix indépendante de celle suivie par ses concurrents ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'au cours de la période non couverte par la prescription la société Pharmacia & Upjohn ne détenait pas sur le marché des substances viscoélastiques en général, ni d'ailleurs sur celui de l'approvisionnement du seul secteur privé, de position dominante lui permettant de s'abstraire de la pression concurrentielle ; que, par suite, il ne peut lui être reproché de s'être livrée à des abus de position dominante prohibés par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant, d'ailleurs, qu'aucun effet particulier résultant des pratiques reprochées à la société Pharmacia & Upjohn n'a pu être relevé ni sur le marché des implants sur lequel la part de cette société décroît régulièrement de 1987 à 1992 pour se stabiliser à 10 % ni, ainsi qu'il a été mentionné plus haut, sur celui des substances viscoélastiques ;

Sur l'accord passé entre les sociétés Pharmacia & Upjohn et Domilens concernant la fourniture de substances viscoélastiques :

Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la régularité du procès-verbal d'audition de M. Bonabosch en date du 12 juillet 1993 ;

Considérant, d'une part, que, s'il résulte des pièces du dossier qu'à la suite d'accords verbaux la société Pharmacia a livré jusqu'en septembre 1990 certaines quantités d'*Healonid* à la société Domilens, il n'est pas établi que la société Domilens se soit associée ou ait participé d'une manière quelconque aux refus de vente opposés par la société Pharmacia aux demandes de livraison d'*Healonid* qui lui étaient faites par d'autres producteurs d'implants ; que, par suite, il ne peut être reproché aux sociétés Pharmacia & Upjohn et Domilens de s'être livrées à une action concertée au sens des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du

1^{er} décembre 1986 ;

Sur la concurrence sur les prix des implants entre les sociétés Pharmacia & Upjhon et Domilens :

Considérant que le commissaire du Gouvernement soutient que l'entente tarifaire décrite dans le procès-verbal d'audition de M. Bonabosch, et qui visait à ce que la société Domilens pratique « *les prix hauts du marché, soit 2 700 F en 1984* » et s'interdise « *de casser les prix* », valait du début de l'accord de fourniture, soit en 1989 et non en 1984 comme une erreur de plume pouvait le laisser penser, jusqu'à son terme ; qu'un nouveau grief pourrait être notifié aux deux entreprises ;

Considérant qu'en tout état de cause il n'appartient pas au Conseil de décider de la notification d'un grief ; qu'il n'y a pas, par ailleurs, d'éléments suffisants pour justifier un renvoi dans l'attente d'un complément d'instruction,

Décide :

Article unique

Il n'est établi ni que la société Pharmacia & Upjhon ait enfreint les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ni que les sociétés Pharmacia & Upjhon et Domilens aient enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Délibéré, sur le rapport de M. Loïc Guérin, par Mme Hagelsteen, présidente, présidant la séance en remplacement de M. Jenny, vice-président, empêché, Mme Boutard-Labarde, MM. Gicquel et Robin, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 28

Décision n° 99-D-21 du Conseil de la concurrence en date du 10 mars 1999 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par le Conseil national des professions de l'automobile

NOR : ECOC9910151S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 18 janvier 1999 sous les numéros F 1115 et M 236, par laquelle le Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le Groupement des cartes bancaires « CB » susceptibles d'entrer dans le champ d'application du titre III de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le Conseil national des professions de l'automobile, par le Groupement des cartes bancaires « CB » et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants du Conseil national des professions de l'automobile et du Groupement des cartes bancaires « CB » entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que le Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) expose qu'en qualité de représentant des intérêts de la profession des détaillants en carburants, le Groupement des cartes bancaires « CB » l'a informé, par lettre du 25 septembre 1998, de la décision prise par ses membres *« de compléter l'équipement de leur clientèle en cartes de paiement "CB" grâce à une nouvelle carte dite "carte à autorisation systématique" »* ; que le CNPA a, par lettre du 16 octobre 1998, soulevé des objections à la mise en place de cette nouvelle carte en faisant valoir la spécificité de l'activité des détaillants en carburants, reconnue par le rapport du comité consultatif du Conseil national du crédit en date du 20 mai 1996 ; que, selon la saisine, cette spécificité tient, notamment, à *« l'importance que représentent les taxes dans le prix de vente des carburants : actuellement plus de 82 % »* et qu'*« il en résulte que les commissions versées par les détaillants à leurs banques portent, pour la quasi-totalité, sur des sommes représentatives des taxes prélevées en amont par l'Etat »* ;

Considérant que le CNPA fait valoir que les « cartes à autorisation systématique » *« sont utilisables exclusivement dans un environnement électronique avec demande d'autorisation »* ; que *« les transactions réalisées avec ces cartes ne sont garanties que sous réserve de l'obtention d'une autorisation téléphonique préalable »* ; que *« ces cartes font partie de la gamme "CB" et doivent être acceptées par le commerçant qui a souscrit aux conditions générales d'adhésion au système de paiement par carte bancaire "CB" »* ; que, dès lors, l'acceptation de la « carte à autorisation systématique » ne peut que contribuer à augmenter les commissions bancaires compte tenu de l'accroissement des transactions faisant l'objet d'une demande d'autorisation et des communications téléphoniques liées aux demandes d'autorisation ; que tous les points de vente des détaillants ne comportent pas des terminaux de paiement électroniques (TPE) permettant une communication téléphonique intégrée et que, dans ces conditions, ils seront obligés d'installer une nouvelle ligne exclusive au TPE et de supporter une charge supplémentaire d'abonnement ; que les commissions bancaires actuellement payées par les détaillants en carburants représentent une part élevée de leurs charges, de l'ordre de 60 000 F à 300 000 F par an, et constituent le troisième poste de dépenses après les salaires et les loyers ; qu'elles absorbent 40 % à 45 % de leur marge commerciale ; qu'en conséquence, la profession des détaillants en carburants a demandé au Groupement des cartes bancaires « CB » de bénéficier d'une dérogation à la demande d'autorisation téléphonique, de même nature que celle obtenue, en 1992, par les exploitants de péages des parkings ou d'autoroutes ;

Considérant que le CNPA expose qu'en réponse à sa lettre du 16 octobre 1998 le Groupement des cartes bancaires « CB » lui a indiqué, par lettre du 16 novembre 1998 : *« Nous comprenons que l'importance que représentent les taxes dans le prix de vente des carburants et les pratiques de prix des grandes et moyennes surfaces (GMS) vous posent des problèmes de compte d'exploitation. Toutefois, nous ne pouvons en l'état et aujourd'hui assimiler le paiement dans une station-service à un paiement aux péages de parkings et d'autoroutes en raison de l'ergonomie spécifique de ces points de vente qui ne se prêtent ni au contrôle du code confidentiel, ni à la demande d'autorisation »* ; que le CNPA estime que *« la position ainsi adoptée par le Groupement des "CB" au nom de ses membres, entre dans le champ des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 »* ;

Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 19 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée : *« Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants »* ;

Considérant que le CNPA fait valoir que les clauses types obligatoires des conditions générales d'adhésion au système de paiement par cartes bancaires « CB », élaborées par le

Groupement des cartes bancaires « CB », obligent le commerçant à accepter en paiement toutes les cartes bancaires « CB » à peine de se voir exclu du dispositif de paiement ; *« qu'en l'espèce, aucune des caractéristiques essentielles de la nouvelle "carte à autorisation systématique" annoncées par le Groupement des cartes bancaires ne peuvent être remises en cause par les banques membres du groupement »* ; que le Groupement des cartes bancaires *« a lui-même reconnu que le lien entre l'acceptation des cartes existantes et les nouvelles "cartes à autorisation systématique" n'est pas indispensable dans tous les cas, en admettant une dérogation en faveur des péages de parkings et d'autoroutes, en fonction de considérations techniques (ergonomique spécifique de ces points de vente inadaptée à la demande d'autorisation) qui trouvent leur équivalent en matière de vente de carburants (où l'appel téléphonique nécessaire pour bénéficier de la garantie de paiement provoquerait inévitablement des files d'attente importantes aux caisses aux heures de pointe, occasionnant le mécontentement, voire la désaffection de la clientèle, tout en aggravant pour le détaillant les risques de fuite d'automobilistes indécents ravitaillés sur la piste) »* ;

Considérant que le Conseil de la concurrence a estimé, par décision n° 88-D-37 du 11 octobre 1988 relative au Groupement des cartes bancaires « CB », que l'obligation imposée aux commerçants d'accepter en paiement toutes les cartes bancaires « CB » était justifiée, malgré son caractère restrictif de concurrence, en raison de l'apport au progrès économique que constitue le développement de la carte bancaire qui améliore l'efficacité, la productivité et la sécurité du système de paiement français ;

Considérant que, d'une part, la « carte à autorisation systématique » se distingue des autres cartes bancaires en circulation en ce qu'elle propose un nouveau service susceptible d'intéresser des consommateurs désireux de disposer d'un instrument leur offrant un suivi précis et continu de leurs dépenses et en ce qu'elle permet d'atteindre une nouvelle catégorie de clientèle ; que, d'autre part, en participant au développement du paiement par carte bancaire, la « carte à autorisation systématique » contribue à réduire le nombre de chèques mis en circulation et à diminuer, par voie de conséquence, les frais de gestion de traitement des chèques ; qu'il n'est pas contesté que la demande d'autorisation au premier franc est un facteur d'amélioration du contrôle de la solvabilité des débiteurs et de l'efficacité du système de paiement ; qu'ainsi la « carte à autorisation systématique » est de nature à alléger, au bénéfice de la collectivité, le coût de traitement des impayés ;

Considérant, en premier lieu, que si le CNPA soutient que ses adhérents seraient plus lourdement concernés par l'augmentation des charges inhérentes à l'accroissement des communications téléphoniques et des commissions bancaires, il admet que la mesure est générale et conserve tous les distributeurs en situation de concurrence sur le marché de la distribution des produits pétroliers ; qu'ainsi elle ne modifie pas, par elle-même, les conditions de la concurrence sur ce marché ; que, par ailleurs, il est constant que les commerçants peuvent fixer un seuil en deçà duquel ils n'acceptent pas le paiement par carte bancaire ;

Considérant, en deuxième lieu, que le CNPA estime que l'obligation à laquelle sont tenus les membres du groupement d'accepter les caractéristiques essentielles de la nouvelle carte sans pouvoir les contester ou les modifier présente un caractère anticoncurrentiel en ce qu'elle restreint l'autonomie commerciale de chacun de ses membres ; mais considérant que la normalisation des cartes bancaires relève de la compétence du Groupement des cartes bancaires « CB » au regard de ses fonctions de coordination et de contrôle des spécifications techniques des différentes cartes émises par les établissements financiers et de crédit ; que les cartes bancaires constituent un moyen de paiement géré comme les autres moyens de paiement en commun par l'ensemble des banques ; que la normalisation des cartes bancaires « CB » et l'obligation qui est faite aux membres du groupement de s'y conformer sont inhérentes au système de paiement par carte et en constituent un élément nécessaire ; que ce

système de paiement ne peut effectivement fonctionner que si chaque membre du groupement est tenu et accepte de se conformer à la règle commune ;

Considérant, en troisième lieu, que si le CNPA invoque la discrimination résultant de ce qu'une dérogation à l'utilisation de cette carte a été accordée aux exploitants d'appareils automatiques des péages ou d'autoroutes, alors qu'elle a été refusée à ses adhérents, cet argument est inopérant dès lors que ces opérateurs n'exercent pas leur activité sur le marché de la vente au détail de carburants ;

Considérant, enfin, que la circonstance que les prix des carburants sont constitués pour plus des trois quarts par des taxes fiscales servant de base au calcul des commissions bancaires est sans portée sur la qualification de la pratique au regard du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la partie saisissante n'apporte pas à l'appui de ses allégations d'éléments suffisamment probants de l'existence de pratiques entrant dans le champ des articles 7 et 8 de l'ordonnance ; qu'en conséquence il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de déclarer la saisine irrecevable et, par voie de conséquence, de rejeter la demande de mesures conservatoires,

Décide :

Article 1^{er}

La saisine enregistrée sous le numéro F 1115 est déclarée irrecevable.

Article 2

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 236 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport de Mme Bergaentzlé, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 29

Décision n° 99-D-22 du Conseil de la concurrence en date du 23 mars 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par des entreprises du secteur de la marbrerie funéraire de l'agglomération de Reims

NOR : *ECOC9910201S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 26 décembre 1995 sous le n° F 836, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par des entreprises du secteur de la marbrerie funéraire de l'agglomération de Reims ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la lettre du 30 novembre 1998 de la présidente du Conseil de la concurrence notifiant aux parties et au commissaire du Gouvernement sa décision de porter l'affaire devant la commission permanente en application de l'article 22 de l'ordonnance susvisée ;

Vu les observations présentées par la SARL Walter-Focant et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les sociétés Pompes funèbres du Tardenois, Pechenard et Traxler régulièrement convoquées, la société Walter-Focant, le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - L'activité des marbriers funéraires

1. Les prestations de la marbrerie funéraire

Elles sont consacrées aux « *caveaux, monuments et tombeaux* » qui, en vertu de l'article 2223-13 du code général des collectivités territoriales, peuvent être construits sur les « *concessions* » que les communes peuvent accorder dans leurs cimetières « *aux personnes qui désirent y posséder une place distincte et séparée pour y fonder leur sépulture et celle de leurs enfants ou successeurs* ».

L'activité des marbriers funéraires comporte trois branches :

- les travaux et prestations relatifs à l'ouverture et à la fermeture des monuments funéraires à l'occasion des inhumations ou, le cas échéant, des exhumations ;
- la fourniture et la pose des monuments ;
- l'entretien des tombeaux (nettoyage, ponçage, réparations), la gravure d'inscriptions, la fourniture d'accessoires.

2. Le régime juridique des opérations funéraires réalisés dans le cimetière communal

La circulaire du 14 février 1995 relative à l'application de la loi n° 93-23 du 8 janvier 1993 modifiant le titre VI du livre III du code des communes et relative à la législation dans le domaine funéraire, adressée aux préfets par le ministre d'Etat, ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire, a précisé le contenu des missions de service public du service extérieur des pompes funèbres :

« L'article L. 362-1 du code des communes, tel qu'il résultait de la loi du 28 décembre 1904, incluait, dans le service extérieur des pompes funèbres, « les fournitures et le personnel nécessaires aux inhumations, exhumations et crémations ».

« L'article L. 362-1 du code des communes, tel que modifié par l'article 1^{er} de la loi n° 93-23 du 8 janvier 1993 relative au domaine funéraire, précise qu'est inclus dans le service extérieur des pompes funèbres « la fourniture de personnel et des objets et prestations nécessaires aux obsèques, inhumations, exhumations et crémations ».

« Sur le fondement de la loi du 28 décembre 1904 précitée, la jurisprudence est venue préciser dans le temps la liste des opérations funéraires dans le cimetière qui relèvent de la mission de service public du service extérieur des pompes funèbres :

- « - le creusement et le comblement des fosses ;
- « - l'ouverture et la fermeture des caveaux ;
- « - le transport de corps à l'intérieur du cimetière ;
- « - l'inhumation ou l'exhumation des corps et les manipulations accessoires réduction des corps, changement de cercueil, dépôt des restes à l'ossuaire communal) ;
- « - le déplacement des cadavres et des cercueils ;
- « - le placement dans un seul cercueil des restes de plusieurs corps ;
- « - les opérations accessoires relatives à la crémation (dépôt de l'urne au columbarium, dispersion des cendres dans le jardin du souvenir).

« Il faut considérer, sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux compétents, que l'ensemble des opérations susvisées entrent dans le champ de l'article L. 362-1 du code des communes précité tel que modifié par la loi du 8 janvier 1993, qui précise les éléments constitutifs de la mission de service public du service extérieur des pompes funèbres. »

Ainsi, selon l'interprétation donnée par la circulaire, le secteur de la marbrerie funéraire comprend des prestations qui relèvent du « service extérieur des pompes funèbres », c'est-à-dire l'ouverture et la fermeture des caveaux, les autres prestations relevant de la catégorie des prestations dites « libres » dont l'exécution dépend de la seule initiative des familles.

B. - Les pratiques relevées

1. Les entreprises rémoises de marbrerie funéraire

Au dernier recensement, le département de la Marne, d'une superficie de 8 162 km², compte environ 560 000 habitants. L'agglomération de Reims, ensemble urbain et banlieue, concentre 224 000 habitants, soit près de 40 % de la population totale du département. La ville dispose de six cimetières implantés à Reims même et, à l'époque des faits, elle avait accordé 37 909 concessions.

Six entreprises de marbrerie funéraire étaient installées à Reims ou dans les environs immédiats : les sociétés Pompes funèbres du Tardenois, Walter-Focant, Traxler-Ardouin-Thuillier, Renard-Camus, Maily et la société Marache, située à Courcy, à dix kilomètres de Reims, qui ne travaillait qu'occasionnellement sur la ville de Reims et avait une activité plutôt orientée vers l'ouest de l'arrondissement et le département de l'Aisne.

Ces entreprises intervenaient essentiellement sur Reims et dans un rayon situé à cinquante kilomètres au maximum autour de Reims.

2. Les réunions organisées par les marbriers de Reims

Selon les déclarations du directeur commercial de la SARL Pompes funèbres du Tardenois (PFT), des réunions entre les différents marbriers funéraires de Reims ont été organisées à son initiative. A l'origine de ces réunions, en 1992, les entreprises participantes étaient au nombre de six : les sociétés PFT, Pechenard, Traxler, Walter-Focant, Maily et Marache.

En 1992 et 1993, cinq ou six réunions se sont ainsi tenues qui ont eu pour objet, d'une part, de créer l'« Association des marbriers de Reims » et, d'autre part, d'aligner les prix des prestations de marbrerie funéraire, dépose et repose de monuments, gravure et petites prestations. L'idée de la création de l'association a été abandonnée en 1994.

Le directeur commercial de la société PFT a précisé, au procès-verbal de déclaration du 7 octobre 1994, que : « L'origine des réunions s'expliquait par le fait que la SNC Traxler était un peu bas au niveau tarif et Renard-Camus un peu haut ; mais surtout parce qu'il y avait des divergences agressives de prix sur les semelles en ciment actuellement à 600 F : Renard-Camus pratiquait jusqu'à 1 000 F, puis ensuite 300 F. »

Le directeur général de la SA Pechenard a reconnu, au cours de l'enquête, avoir participé aux réunions. Il a déclaré que le fait générateur des réunions datait de 1991 lorsque la ville de Reims avait pris la décision de mettre en place un système de fermeture et de gardiennage à l'entrée des cimetières. Les marbriers se sont alors rencontrés pour discuter de ce dispositif, qui pouvait perturber leur activité. Il a justifié la tenue de ces réunions par la volonté des marbriers de Reims de s'organiser en vue de la fin du monopole communal. Il a également précisé, au procès-verbal du 27 septembre 1994, que : « Cette démarche s'est justifiée car il y avait divergence de tarifs entre les participants : certains cassaient les prix pour obtenir le marché. »

La méthode de calcul des tarifs qui a été adoptée par les marbriers reposait sur le

principe défini par la société PFT, repris par la société Pechenard, selon lequel les prix devaient être fixés sur la base d'un temps de main-d'œuvre par prestation identique pour tous les marbriers. En pratique, le représentant de la société Pechenard a indiqué que : « *Chaque participant venait avec son taux horaire différent et comme les temps de travail et les taux horaires ne concordaient pas, on est arrivé à l'établissement d'un prix fixé commun... principalement les déposes et reposes de monuments, l'ouverture de caveaux, la gravure et le déplacement, les semelles-trottoirs.* »

Le gérant de la SARL Walter-Focant a confirmé, par procès-verbal de déclaration du 28 septembre 1994, l'existence de réunions, en 1992 et 1993, avec les autres marbriers de Reims. Il a fait mention de trois réunions auxquelles il avait participé. La première lui a permis de connaître les deux concurrents exerçant à proximité de son entreprise car il souhaitait réunir les marbriers rémois au sein de la CAPEB 51 de Reims à laquelle il adhérait. La deuxième avait pour but d'étudier les niveaux de salaire des ouvriers de chaque entreprise.

Le gérant de la SNC Traxler a déclaré, au procès-verbal du 28 septembre 1994, qu'un « barème a été rédigé et diffusé » par la société PFT « *après l'aval des quatre participants* », les dirigeants des sociétés PFT, Walter-Focant, Pechenard et Traxler.

Le gérant de la SNC Traxler a formulé son désaccord sur « *la réalité de la majorité des tarifs proposés* » car il pratiquait des tarifs inférieurs, notamment pour le démontage des monuments 200/100 granit en 15 et la gravure. Néanmoins, il a reconnu appliquer la majeure partie des prix mentionnés à l'exception des prestations de nettoyage des monuments en granit, dalles et caniveaux.

Les représentants de la société Renard-Camus a précisé, par procès-verbal de déclaration du 27 septembre 1994, qu'il était « *totalement indépendant du point de vue tarifaire à l'égard de (ses) concurrents de Reims* ». Il a évoqué une tentative de rapprochement entre quatre de ses concurrents en 1992, la SARL PFT, la SA Pechenard, la SNC Traxler et la SARL Walter-Focant, « *qui avaient souhaité établir un syndicat des marbriers* ».

Le représentant de la société Renard-Camus a également reconnu avoir reçu, en mars 1993, un carton d'invitation ainsi qu'un appel téléphonique du directeur commercial de la société PFT lui indiquant que : « *l'objet de l'accord était destiné à l'harmonisation des salaires du personnel* ». Il a déclaré avoir refusé de participer aux réunions et sa position a été confirmée par les propos du représentant de la société PFT et ceux du directeur général de la société Pechenard.

A cet égard, le directeur commercial de la société PFT a indiqué, au cours de l'enquête, que l'entreprise Renard-Camus s'était plainte à l'Union nationale des industries de carrières et matériaux de construction (UNICEM) des procédés de certains de ses concurrents. L'UNICEM a, en réponse, adressé un courrier daté du 31 janvier 1994 à la SARL PFT mettant en garde cette dernière contre les actions de « *l'entreprise dans le domaine des salaires* » et émettant des réserves sur une décision conjointe d'entreprises de marbrerie de la région rémoise du 1^{er} octobre 1993, « *concernant les points afférents à la prime de vacances et à la classification professionnelle des ouvriers* ».

Le représentant de la SARL Maily a déclaré, par procès-verbal du 16 septembre 1994, avoir participé à deux ou trois reprises, en 1992 et 1993, aux réunions au cours desquelles la discussion a porté sur les tarifs. En revanche, il n'a pas assisté à la dernière réunion qui a abouti à l'élaboration du tarif « PFTARIMF ».

La SARL Marache a seulement participé à la première de ces réunions, se sentant peu concernée par la démarche dans la mesure où elle exerçait ses activités dans l'ouest de l'arrondissement et dans le département de l'Aisne.

Le barème dénommé « PFTARIMF » a été confectionné en mars 1993 par la société PFT et a été adressé aux sociétés Pechenard, Walter-Focant, Traxler et Maily.

3. Le barème « PFTARIMF »

Le calcul des prix des prestations figurant au barème « PFTARIMF » était fondé sur le temps horaire de travail des ouvriers, considéré comme la seule variable susceptible d'être harmonisée par rapport aux qualifications des ouvriers.

Ainsi, le barème « PFTARIMF », élaboré sur ces bases et diffusé par la SARL PFT, se présentait sous forme d'un feuillet unique non daté qui indiquait le prix de vente forfaitaire global TTC des prestations de marbrerie funéraire, main-d'œuvre et déplacement compris.

Les prestations de marbrerie funéraire concernées portaient notamment sur :

Le démontage (monument 200/100) :

– granit en 15 : 3 510 F ;

– granit en 20 : 3 992 F ;

L'ouverture de caveau :

– creusement pour porte : 2 112 F ;

– démontage de la tombale : 2 754 F ;

– démontage tombale et stèle : 2 754 F ;

La gravure : tarif variant dans une fourchette de 15 F à 45 F ;

Les dalles sur caniveau :

– « lisse » : 600 F ;

– « cailloux lavés » : 1 000 F ;

Les piliers en béton « 4 » avec garantie de dix ans : 3 600 F ;

Le déplacement forfaitaire à la journée : 260 F.

4. L'application du barème « PFTARIMF » par les marbriers funéraires

La société PFT a émis, d'avril à septembre 1994, des factures correspondant à neuf commandes. Ces factures comportaient les prestations et les prix découlant de l'application du barème « PFTARIMF ». En revanche, pour la « *construction de piliers en béton* », son directeur commercial a modifié, en 1994, à la baisse, le barème « PFTARIMF » de 1993 faisant passer le prix de cette prestation de 3 600 F à 2 600 F.

Les tarifs de la société Pechenard reprenaient les prix des prestations TTC au barème PFTARIMF. Les factures établies par la SA Pechenard au cours des années 1993 et 1994 font apparaître que plusieurs prestations ont été tarifées sur la base du barème PFTARIMF.

La société Walter-Focant a appliqué quatre tarifs établis au cours de l'année 1993 et a indiqué que ces tarifs étaient issus de pratiques antérieures : celui de mars 1993 relatif à la réalisation des caveaux, celui d'avril 1993 relatif aux prestations annexes et celui d'avril 1993 relatif au démontage et remontage et aux « divers ». Ces tarifs comportaient quinze prestations dont les prix étaient alignés sur ceux du barème PFTARIMF. La société Walter-Focant a fourni onze factures sur quinze émises de mai à juillet 1994 relatives à des prestations funéraires dont les prix correspondent à ceux du barème PFTARIMF.

La société Traxler pratiquait, dès 1992, des tarifs identiques à ceux du barème PFTARIMF, à l'exception d'un tarif de dépose et repose de monuments. En 1994, cette société a ajusté à la baisse les prix de huit prestations par rapport aux prix des mêmes prestations du barème PFTARIMF, selon des pourcentages allant de 2,10 % à 45 %.

La société Maily pratiquait, en 1994, des prix inférieurs aux prix du barème au titre des prestations de dépose et de repose du monument, de semelle-trottoir en béton et de dalles sur caniveau.

En conclusion, le barème PFTARIMF a été appliqué, en l'état, par quatre entreprises de marbrerie funéraire, les sociétés PFT, Pechenard, Traxler et Walter-Focant, pour les prestations suivantes : la dépose et repose de monuments, l'ouverture et la fermeture de caveaux, la gravure, les semelles-trottoirs, les piliers en béton armé et le déplacement à la journée. La SARL Maily a participé à quelques réunions organisées entre les marbriers mais non à la dernière réunion qui a abouti à l'élaboration du barème et elle n'a pas appliqué celui-

ci.

Sur la base de ces constatations, un grief a été notifié :

- à la société Pompes funèbres du Tardenois pour avoir élaboré, diffusé et appliqué le barème PFTARIMF, à la société Pechenard, à la société Walter-Focant et à la société Traxler, pour avoir élaboré et appliqué le barème en 1992, 1993 et 1994, action concertée ayant eu pour objet et pour effet de détourner les entreprises de la détermination de leurs propres coûts et prix et de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant leur alignement à la hausse ;
- et à la société Maily, sur le même fondement, pour avoir participé à l'élaboration du barème PFTARIMF.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur les pratiques constatées :

Considérant que la société Pompes funèbres du Tardenois a pris l'initiative d'organiser à plusieurs reprises, au cours des années 1992 et 1993, des réunions entre les marbriers funéraires de Reims ; qu'ont participé à ces réunions, qui avaient pour objet d'harmoniser les prix des prestations de marbrerie funéraire, les sociétés Pechenard, Walter-Focant, Traxler et Maily ; que ces réunions ont conduit la société Pompes funèbres du Tardenois à élaborer un barème de prix intitulé « PFTARIMF », après avoir obtenu l'accord des entreprises Pechenard, Walter-Focant et Traxler ; que la société Maily n'a pas participé à la réunion au cours de laquelle a été arrêté le barème ; que le barème de prix a été diffusé aux entreprises Pechenard, Walter-Focant, Traxler et Maily ;

Considérant que les sociétés Pompes funèbres du Tardenois, Pechenard et Traxler ont appliqué le barème PFTARIMF au cours des années 1993 et 1994 ; que la société Walter-Focant a reconnu avoir appliqué les prix figurant au barème ; que la société Traxler, qui pratiquait en 1992, pour quatre prestations, des prix identiques à ceux du barème PFTARIMF étudié en 1993, a procédé, en 1994, à un ajustement à la baisse des prix de huit prestations ; que la société Pompes funèbres du Tardenois a procédé à une baisse de 1 000 F, en 1994, sur la prestation « piliers en béton » pour laquelle elle avait elle-même proposé le prix fixé par le barème à 3 600 F, en 1993 ; que, par conséquent, lorsque ces deux sociétés ont décidé de calculer leurs prix de manière autonome, elles ont appliqué des prix inférieurs à ceux du barème PFTARIMF ; qu'il est ainsi établi que l'application de ce barème a eu pour effet de favoriser artificiellement la hausse des prix des prestations de marbrerie funéraire ;

Considérant qu'en revanche, la société Maily n'a pas appliqué le barème dont les prix étaient supérieurs à ses propres tarifs ;

Considérant que la société Walter-Focant fait valoir, dans ses observations, que sa participation aux réunions n'avait pour objectif que la « *reconnaissance mutuelle des entreprises* » et qu'elle n'avait « *jamais voulu consciemment participer à une entente illicite* » ; qu'elle a formellement contesté les déclarations de la société Traxler relatives à l'accord des participants sur l'élaboration et la diffusion du barème de prix ; qu'elle a soutenu que l'application du barème, en 1994, n'avait porté que sur 5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise, que, pour maintenir la rentabilité de l'entreprise, elle avait été mise dans l'obligation ultérieurement de revoir à la hausse neuf de ses prix ; qu'elle avait repris une indépendance totale à l'égard de ses concurrents ; que la société Walter-Focant, de plus, fait valoir que les clients ne cherchent pas à comparer les prix pratiqués par les différents marbriers et qu'elle n'avait jamais fait de publicité sur les prix ;

Mais considérant qu'il est constant que l'entreprise Walter-Focant a participé aux réunions qui ont eu pour objet un alignement des prix de plusieurs prestations de marbrerie funéraire et qu'elle a appliqué le barème de prix PFTARIMF en 1994 ; que les arguments

qu'elle invoque sont sans portée au regard de la qualification des pratiques en cause ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les sociétés Pompes funèbres du Tardenois, Pechenard, Walter-Focant, Traxler et Maily ont participé à l'élaboration du barème ; que, de plus, la SARL Pompes funèbres du Tardenois a diffusé le barème à l'ensemble des participants ; que les sociétés Pompes funèbres du Tardenois, Pechenard, Walter-Focant et Traxler ont appliqué le barème en 1993 et 1994 ; que de telles pratiques qui avaient un objet et ont eu un effet anticoncurrentiel sont prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 le Conseil de la concurrence peut « *infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est pour une entreprise de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de dix millions de francs. Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou la publication qu'il désigne. Les frais sont supportés par la personne intéressée* » ;

Considérant que la gravité des pratiques doit être appréciée en tenant compte du fait que les familles des défunts se trouvent, en raison du désarroi que le deuil est de nature à leur causer, dans une position de faiblesse vis-à-vis des entreprises assurant des prestations funéraires ; que, pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de prendre en considération le fait que l'aménagement d'une tombe représente une dépense d'un montant élevé dont une partie au moins est obligatoire ; que la plupart des familles appartenant à toutes les catégories sociales considèrent comme un devoir l'édification d'une pierre tombale ou d'un monument funéraire ; qu'en revanche, il y a lieu de tenir compte également de ce que le barème ne portait pas sur la totalité des prestations et que, d'autre part, son application a été limitée aux années 1992, 1993 et 1994 ;

Considérant qu'il y a lieu, afin d'éviter le renouvellement des pratiques ci-dessus qualifiées, d'enjoindre aux sociétés Pompes funèbres du Tardenois, Pechenard, Traxler, Walter-Focant et Maily de s'abstenir d'élaborer, de diffuser et de pratiquer des barèmes établis en commun ;

En ce qui concerne la SARL Pompes funèbres du Tardenois :

Considérant que la SARL Pompes funèbres du Tardenois a joué un rôle moteur dans l'organisation de l'entente ; qu'elle a élaboré, diffusé et appliqué le barème de prestations de marbrerie funéraire PFTARIMF ;

Considérant que cette entreprise a réalisé en 1997, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires en France de 3 948 000 F ; qu'il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 50 000 F ;

En ce qui concerne la SA Pechenard :

Considérant que la SA Pechenard a participé à l'élaboration du barème PFTARIMF ; qu'elle a appliqué les tarifs de ce barème à des prestations de marbrerie funéraire ;

Considérant que cette entreprise a réalisé en 1997, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires de 4 488 487 F ; qu'il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 40 000 F ;

En ce qui concerne la SARL Walter-Focant :

Considérant que la SARL Walter-Focant a participé à l'élaboration du barème PFTARIMF ; qu'elle a appliqué les tarifs de ce barème à des prestations de marbrerie

funéraire ;

Considérant que cette entreprise a réalisé en 1997, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires de 3 665 026 F ; qu'il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 30 000 F ;

En ce qui concerne la SNC Traxler :

Considérant que la SNC Traxler a participé à l'élaboration du barème PFTARIMF ; qu'elle a appliqué les tarifs de ce barème à des prestations de marbrerie funéraire ; qu'elle a baissé le prix de huit prestations en 1994 ;

Considérant que la SNC Traxler a réalisé en 1997, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires de 3 614 618 F ; qu'il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 20 000 F ;

En ce qui concerne la SARL Maily :

Considérant que la SARL Maily n'a pas participé à la réunion au cours de laquelle a été arrêté le barème ; qu'elle a pratiqué des prix inférieurs au barème ; qu'il n'y a pas lieu de lui infliger une sanction pécuniaire,

Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que les entreprises Pompes funèbres du Tardenois, Pechenard, Walter-Focant, Traxler et Maily ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Il est enjoint aux sociétés Pompes funèbres du Tardenois, Pechenard, Traxler, Walter-Focant et Maily de s'abstenir d'élaborer, de diffuser et de pratiquer des barèmes établis en commun.

Article 3

Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

50 000 F à la SARL Pompes funèbres du Tardenois ;

40 000 F à la SA Pechenard ;

30 000 F à la SARL Walter-Focant ;

20 000 F à la SNC Traxler.

Délibéré, sur le rapport de Mme Bergaentzlé, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 30

Décision n° 99-D-23 du Conseil de la concurrence en date du 23 mars 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la Compagnie d'organisation des salons des professions (COSP) et la société Concerto Vertical

NOR : ECOC9910138S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 9 février 1999 sous les numéros F 1121 et M 237, par laquelle la SA Compagnie d'organisation des salons des professions (ci-après COSP) et la SA Concerto Vertical ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la Fédération française des industries du sport et des loisirs (ci-après FIFAS) et l'association Alpexpo, qu'elles estiment anticoncurrentielles et ont sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la Fédération française des industries du sport et des loisirs, l'association Alpexpo et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés COSP, Concerto Vertical, de la FIFAS et de l'association Alpexpo entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que la société COSP a pour activité l'organisation de salons et de manifestations professionnels et grand public à caractère économique, culturel ou sportif ; que la société Concerto Vertical est une entreprise de presse qui intervient dans la création d'événements, en particulier dans le domaine de l'escalade et des sports de montagne ;

Considérant que la FIFAS est une fédération professionnelle qui regroupe des professionnels fabricants importateurs et les filiales françaises de sociétés étrangères d'articles de sport et de loisir ; que son objet principal est de représenter ces derniers et de mettre en œuvre toutes les décisions prises à leur demande ; qu'ainsi, elle intervient dans l'organisation des salons professionnels dans le domaine du sport ;

Considérant que l'association Alpexpo exploite le parc d'expositions de la ville de Grenoble et organise également des salons professionnels ;

Considérant que, suivant un protocole d'accord en date du 22 janvier 1996, la FIFAS a confié aux sociétés COSP et Concerto Vertical, pour une durée de trois ans renouvelable par tacite reconduction, l'organisation, à Grenoble, d'un salon professionnel provisoirement dénommé « Grenoble Outdoor-Salon International du Grand Air » ; que l'association Alpexpo, également signataire de ce contrat, acceptait de louer aux deux organisateurs la surface nécessaire à la tenue de cette manifestation ; que le paragraphe 07 de l'accord prévoyait qu'un contrat d'intéressement serait signé entre les organisateurs, la FIFAS et la Fédération nationale du commerce des articles de sports et loisirs (FNCASL) ;

Considérant qu'aux termes d'une seconde convention, conclue le 19 février 1996 aux mêmes conditions de durée que la première, la FIFAS a concédé aux « coorganiseurs (COSP et Concerto Vertical) et copropriétaires du nouveau salon » la nomenclature du salon SISEL dont elle était propriétaire, à l'exception de la pêche et de l'équitation, contre l'attribution d'un intéressement sous la forme d'un pourcentage du chiffre d'affaires hors taxes qui serait réalisé par le nouveau salon ; qu'il était précisé dans l'accord que, d'une part, chacune des parties « s'interdit en dehors des salons existants (SISEL, SIME, SIG), de créer ou d'exploiter et de s'intéresser directement ou indirectement à un salon professionnel basé sur cette nomenclature pendant la durée du présent accord et ses renouvellements » ; que, d'autre part, « si la FIFAS décidait de ne plus soutenir la manifestation, les coorganiseurs reprendraient leur liberté » ; qu'enfin, « si l'un des coorganiseurs décidait de se retirer, il devra céder à l'autre organisateur sa participation, selon des modalités à définir entre eux » ;

Considérant que, par courriers en date du 3 septembre 1998, la FIFAS a fait connaître aux sociétés COSP et Concerto Vertical, à l'association Alpexpo et à la FNCASL qu'elle résiliait les protocoles d'accord susvisés et mettait fin à la « concession d'organisation du salon Montagne-Evasion à compter de la date de la présente » ; que, par courrier du même

jour, elle a indiqué aux sociétés COSP et Concerto Vertical que la profession devait « se réunir prochainement pour définir les modalités d'organisation du salon Montagne-Evasion à compter de l'année prochaine » et qu'à l'issue de cette réflexion elle les inviterait à répondre à l'appel d'offres qui serait lancé ;

Considérant que, par lettre du 7 septembre 1998, la société COSP a fait savoir à la FIFAS qu'étant copropriétaire avec la société Concerto Vertical du salon professionnel Montagne-Evasion, elle ne reconnaissait pas à la FIFAS le droit d'intervenir dans l'organisation de ce salon pour les années à venir, et a pris acte du fait que les sociétés COSP et Concerto Vertical ne « pourront plus se prévaloir de la concession d'une partie de la nomenclature du SISEL ni du soutien de la FIFAS » ; que, passant outre à l'avertissement de la COSP, la FIFAS a constitué un dossier d'appel d'offres en indiquant être la propriétaire de la marque Montagne-Evasion dans l'activité « organisation de salons professionnels » et a adressé ce dossier, notamment, aux sociétés COSP et Concerto Vertical ;

Considérant que les sociétés COSP et Concerto Vertical ont, le 18 septembre 1998, envoyé aux exposants une lettre circulaire sous le sigle « Montagne-Evasion » en leur indiquant que le salon Montagne-Evasion aurait lieu du « 29 au 31 août 1999 » à « Alpexpo » ; qu'elles soutiennent avoir, dès le 17 septembre 1998, réservé des surfaces auprès de l'association Alpexpo ;

Considérant que, par lettre du 15 octobre 1998, la société COSP a rappelé au président de la FIFAS qu'elle s'opposait à ce que cette fédération organise le salon Montagne-Evasion 1999 ; qu'elle lui a écrit à nouveau, le 13 novembre 1998, pour lui faire part de son désir de trouver une solution à leur différend ; que la FIFAS a fait connaître, par un communiqué de presse du 26 novembre 1998, qu'à la suite de son appel d'offres, le projet présenté par Alpexpo avait été retenu par la profession, que ce choix avait été entériné par le bureau de la FIFAS le 19 novembre 1998 et qu'Alpexpo organiserait le salon d'été « Sig Outdoor » qui se tiendrait à Grenoble les 12, 13 et 14 septembre 1999 ; que l'association Alpexpo a indiqué, par lettre du 2 décembre 1998, à la société COSP qu'elle ne pouvait en conséquence, donner une suite positive à la demande de réservation d'espace formulée par cette dernière dans sa lettre du 20 octobre ; que, par un nouveau communiqué de presse en date du 22 janvier 1999, la FIFAS a fait connaître que le salon Sig Outdoor Montagne-Evasion se tiendrait les 29, 30 et 31 août 1999 à Grenoble ;

Considérant que les parties saisissantes prétendent, d'une part, que leur éviction du marché est le résultat d'une entente entre la FIFAS et Alpexpo ; que ces dernières ont mis en place une stratégie pour arriver à cette fin ; que la FIFAS a indiqué de façon erronée, dans son communiqué de presse, que le contrat de concession de la nomenclature du salon SISEL était arrivé à son terme et que la marque Montagne-Evasion était sa propriété ; que la FIFAS s'est bornée à faire connaître, sans autres précisions, que son bureau avait entériné le projet d'Alpexpo ; qu'il est manifeste que, sous couvert d'un appel d'offres, elle tente, avec Alpexpo, d'exclure les sociétés COSP et Concerto Vertical du marché, pratique ayant un objet et un effet anticoncurrentiels et qui est prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que les parties saisissantes soutiennent, d'autre part, que le fonctionnement du salon Montagne-Evasion dans un emplacement géographique précis présente des caractéristiques telles que l'offre de services provenant d'organismes extérieurs à cette zone n'est pas substituable à celle de l'organisateur local ; qu'Alpexpo est le gestionnaire exclusif du seul parc des expositions à Grenoble pouvant offrir une surface appropriée pour l'organisation du salon Montagne-Evasion ; qu'ainsi Alpexpo dispose d'un monopole pour l'organisation de salons sportifs à Grenoble et se trouve en position dominante sur ce marché ; que, par ailleurs, l'espace proposé par Alpexpo est une installation essentielle à laquelle elles doivent pouvoir accéder dans des conditions non discriminatoires ; que l'attitude d'Alpexpo

est constitutive d'un abus de position dominante ayant un objet et un effet anticoncurrentiels, pratique prohibée par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que les sociétés COSP et Concerto Vertical demandent au Conseil de la concurrence de prendre les mesures conservatoires suivantes, sur le fondement des dispositions de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

- enjoindre à Alpexpo d'exécuter la réservation des surfaces nécessaires au « salon Montagne-Evasion » demandée « par la COSP le 17 septembre 1998 » ;
- interdire à la FIFAS et à Alpexpo de « s'opposer à l'organisation du salon Montagne-Evasion » du 29 au 31 août 1999 à Grenoble ;
- interdire à la FIFAS et à Alpexpo « d'utiliser le savoir-faire développé par la COSP pour organiser une manifestation similaire à des dates rapprochées ou identiques à celles du salon Montagne-Evasion qui aura lieu du 29 au 31 août 1999 à Grenoble ;

Considérant que l'application des dispositions de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est subordonnée à la constatation d'indices ou de comportements susceptibles de se rattacher aux pratiques visées par les articles 7 et 8 ; qu'aux termes de l'article 19 de la même ordonnance : « le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants » ;

Sur l'application des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

Considérant, en premier lieu, que les sociétés COSP et Concerto Vertical prétendent que la concession de la nomenclature du salon SISEL, qui leur avait été octroyée pour trois ans aux termes de l'accord du 19 février 1996, n'était pas arrivée à son terme quand la FIFAS leur a fait connaître, le 3 septembre 1998, qu'elle y mettait fin ; qu'elles soutiennent également que la marque Montagne-Evasion est leur propriété et a été déposée de façon frauduleuse par la FIFAS ;

Mais, considérant que la résiliation du 3 septembre 1998 a été notifiée à toutes les parties aux contrats, y compris à Alpexpo, et qu'aucun élément n'est fourni à l'appui de l'allégation selon laquelle cette résiliation serait intervenue dans le cadre d'une concertation entre la FIFAS et Alpexpo ; que l'utilisation, contestée, de la marque Montagne-Evasion par la FIFAS n'est pas susceptible de constituer l'indice d'une entente anticoncurrentielle ; que la FIFAS a adressé son dossier d'appel d'offres à neuf organisateurs de salons en leur indiquant que la date limite de dépôt des candidatures était fixée au 1^{er} octobre 1998 ; que, par lettre du 24 novembre 1998 à la société COSP, la FIFAS a regretté que celle-ci n'ait pas donné suite à l'appel d'offres qui lui avait été adressé ; qu'ainsi, tant la procédure suivie pour l'attribution du salon à un nouvel organisateur que l'attitude de la FIFAS ne peuvent laisser présumer une concertation visant à l'éviction des sociétés COSP et Concerto Vertical, même si la candidature de l'association Alpexpo a été retenue à l'issue de l'appel d'offres ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les parties saisissantes n'apportent pas d'éléments suffisamment probants à l'appui de l'entente alléguée ;

Sur l'application des dispositions du 1 de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

Considérant que les sociétés COSP et Concerto Vertical font valoir qu'Alpexpo est l'unique gestionnaire susceptible d'offrir une surface appropriée pour l'organisation du salon Montagne-Evasion et que cette association est en position dominante sur le marché ; qu'en outre, l'espace que gère Alpexpo est une installation essentielle à laquelle elles doivent pouvoir avoir accès ;

Mais considérant qu'à supposer qu'Alpexpo soit le principal organisateur de salons sportifs à Grenoble, aucun élément n'est fourni à l'appui de l'allégation selon laquelle Grenoble serait la seule ville susceptible d'accueillir des manifestations de cette nature ; que,

du reste, lors des négociations ayant précédé la signature de l'accord du 19 février 1996, la société COSP, invoquant le caractère « impraticable » de la ville de Grenoble comme site d'exposition, envisageait d'organiser le salon professionnel Montagne-Evasion à Lyon ou Genève ; que, dans ces conditions, le site de Grenoble ne saurait être considéré comme revêtant le caractère d'une installation essentielle ; qu'ainsi, les parties saisissantes n'apportent pas d'éléments suffisamment probants à l'appui de l'abus de position dominante qu'elles allèguent ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la saisine au fond n'est pas recevable et que, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires doit être rejetée,

Décide :

Article 1^{er}

La saisine enregistrée sous le numéro F 1121 est déclarée irrecevable.

Article 2

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 237 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Simone de Mallmann, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Rocca, membre, désigné en application du paragraphe 2 de l'article 6 du décret du 29 décembre 1986.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,

présidant la séance,

Pierre Cortesse

Annexe 31

Décision n° 99-D-24 du Conseil de la concurrence en date du 6 avril 1999 relative aux pratiques mises en œuvre par la société Guerlain

NOR : ECOC9910267S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre envoyée le 16 octobre 1991, enregistrée sous le numéro F 443, par laquelle la Fédération des familles de France a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Guerlain, susceptibles d'entrer dans le champ d'application des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations du commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu la lettre de la Fédération des familles de France en date du 16 mars 1999 ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que, par lettre enregistrée le 16 mars 1999, la Fédération des familles de France a déclaré retirer sa saisine ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil de se saisir d'office,

Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 443 est classé.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Maillot-Bouvier, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Cortesse, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 32

Décision n° 99-D-25 du Conseil de la concurrence en date du 6 avril 1999 relative à une saisine de M. Patrick Guillot

NOR : ECOC9910159S

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 9 février 1998 sous le numéro F 1014, par laquelle M. Patrick Guillot a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Goupil ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et M. Patrick Guillot entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que M. Patrick Guillot a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres de la région de Vitré, qu'il estime prohibées par les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que l'entreprise de M. Patrick Guillot a été mise en liquidation judiciaire par un jugement du tribunal de commerce de Rennes en date du 12 décembre 1997, qui a désigné M. Berthelot en qualité de liquidateur ;

Considérant qu'en vertu de l'article 152 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens ; que les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine sont exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur ; que la faculté, ouverte aux entreprises par l'article 11 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de saisir le Conseil de la concurrence n'est pas un droit patrimonial au sens de l'article 152 précité ;

Mais considérant que, hormis le cas de saisine d'office, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi, par application des dispositions combinées du premier alinéa de l'article 11 et du deuxième alinéa de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, que par le ministre chargé de l'économie, les entreprises, les organisations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture, les chambres des métiers et les chambres de commerce et d'industrie ; que cette liste a un caractère limitatif ; que, dès lors, le Conseil ne peut connaître de demandes émanant de personnes ou d'organismes n'appartenant pas, à la date du dépôt de la saisine, à l'une de ces catégories ;

Considérant que M. Patrick Guillot a reconnu en séance qu'il n'exerçait plus aucune activité d'offreur de biens ou de services sur un marché à la date du 9 février 1998 ; qu'ainsi,

il n'avait plus qualité, à cette date, pour saisir le Conseil de la concurrence ;

Considérant que M. Berthelot a déclaré reprendre, en sa qualité de liquidateur, la procédure en cours devant le Conseil ;

Mais considérant qu'en vertu des dispositions précitées de l'article 152 de la loi du 25 janvier 1985, le liquidateur n'a vocation à exercer que les droits et actions du débiteur concernant son patrimoine ; qu'il s'ensuit que le liquidateur de l'entreprise de M. Patrick Guillot n'a pas qualité pour agir devant le Conseil de la concurrence au lieu et place de celui-ci ;

Considérant que, dans ces conditions, il y a lieu de déclarer la saisine de M. Patrick Guillot et de M. Berthelot ès qualités irrecevable,

Décide :

Article unique

La saisine de M. Patrick Guillot et de M. Berthelot ès qualités est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport de Mme Marie-Hélène Mathonnière, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Rocca, membre.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,

présidant la séance,

Pierre Cortesse

Annexe 33

Décision n° 99-D-26 du Conseil de la concurrence en date du 13 avril 1999 relative à la saisine de l'Union fédérale des consommateurs *Que Choisir ?* contre les pratiques de l'Institut national de la consommation

NOR : ECOC9910152S

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 13 octobre 1993 sous le numéro F 628, par laquelle l'Union fédérale des consommateurs *Que Choisir ?* (UFC) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par l'Institut national de la consommation (INC) ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par l'Union fédérale des consommateurs *Que Choisir ?* et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le représentant de l'Union fédérale des consommateurs *Que Choisir ?* et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que les éléments recueillis en l'état actuel du dossier ne permettent pas d'éclairer complètement le Conseil sur les pratiques dénoncées ; que, notamment, l'audit réalisé en 1994 par le cabinet Price Water House sur le bilan financier de l'INC n'a pas été versé au dossier ; que, dans ces conditions, il y a lieu de procéder à un complément d'instruction,

Décide :

Article unique

Il est sursis à statuer sur la saisine F 628.

Délibéré, sur le rapport de Mme Isabelle Sévajols, par M. Cortesse, vice-président, président la séance, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Rocca, membre.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
Le vice-président,
présidant la séance,
Pierre Cortesse
Annexe 34

Décision n° 99-D-27 du Conseil de la concurrence en date du 5 mai 1999 relative à une demande d'avis du Groupement des labellisés par l'assurance maladie sur le développement de progiciels destinés aux professionnels de santé dans le cadre du programme SESAM/Vitale

NOR : ECOC9910226S

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 29 juillet 1998 sous le numéro A 251, par laquelle le Groupement des labellisés par l'assurance maladie a saisi le Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence, notamment son article 5, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Considérant qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance susvisée, le Conseil de la concurrence « *donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Il peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres des métiers ou des chambres de commerce et d'industrie, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge* » ;

Considérant que le Conseil, consulté en application de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ne peut qualifier des pratiques, objets de la demande d'avis, sur le fondement des articles 7, 8, 10 et 12 de ladite ordonnance, une telle qualification relevant de ses attributions contentieuses ; que seule, en effet, une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure contradictoire prévue par le titre III de l'ordonnance sont de nature à permettre une appréciation de la régularité de la pratique considérée au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus anticoncurrentiels de position dominante ;

Considérant que le Groupement des labellisés par l'assurance maladie (Glam) sollicite « *le bénéfice de l'éclairage du Conseil en application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 sur les divers articles qui en composent le champ d'application* », à l'issue de quoi il sera amené éventuellement, si cela s'avère nécessaire, à « *saisir les juridictions compétentes* » ; qu'il se borne à demander si les pratiques qu'il énumère sont répréhensibles au regard des articles 7-1, 7-3, 8-1, 8-2, 10 et 12 de l'ordonnance ;

Considérant que le Glam ne soulève aucune autre question de concurrence concernant les intérêts dont il a la charge ;

Considérant, au vu de ces éléments, que la demande doit être déclarée irrecevable,
Décide :

Article unique

La demande d'avis enregistrée sous le numéro A 251 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Christine Servella-Huertas, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, MM. Lasserre et Rocca, membres.

Le rapporteur général,

Patrick Hubert

Le vice-président,

présidant la séance,

Pierre Cortesse

Annexe 35

Décision n° 99-D-28 en date du 11 mai 1999 relative à une saisine du Comité des abonnés au câble de Metz et sa région

NOR : ECOC9910202S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 8 mars 1999 sous le numéro F 1131 par laquelle le Comité des abonnés au câble de Metz et sa région a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société France Télécom Câble ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le Comité des abonnés au câble de Metz et sa région et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le Comité des abonnés au câble de Metz et sa région et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que le Comité des abonnés au câble de Metz et sa région a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques imputables à la société France Télécom Câble ;

Considérant que, hormis le cas de saisine d'office, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi, par application des dispositions combinées du premier alinéa de l'article 11 et du deuxième alinéa de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, que par le ministre chargé de l'économie, les entreprises, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles ou syndicales, les organisations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture, les chambres de métiers et les chambres de commerce et d'industrie en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge ;

Considérant que cette énumération a un caractère limitatif ; que, dès lors, le Conseil ne peut connaître de demandes émanant de personnes ou d'organismes n'appartenant pas, à la date de dépôt de la saisine, à l'une ou l'autre des catégories mentionnées ci-dessus ;

Considérant que le Comité des abonnés au câble de Metz et sa région ne relève d'aucune de ces catégories à la date du dépôt de sa saisine, le 8 mars 1999 ; qu'il n'a donc pas qualité pour saisir le Conseil ; que, par voie de conséquence, sa demande doit être rejetée,

Décide :

Article unique

La saisine enregistrée sous le numéro F 1131 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Irène Luc, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente, et Mme Boutard-Labarde, membre, en remplacement de M. Jenny, vice-président, empêché.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
Le vice-président,
présidant la séance,
Pierre Cortesse
Annexe 36

**Décision n° 99-D-29 du Conseil de la concurrence en date du 11 mai 1999
relative à une saisine de la société Cristal Téléphonie
NOR : ECOC9910227S**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 1^{er} mars 1996 sous le numéro F 838, par laquelle la société Cristal Téléphonie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur des services téléphoniques ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la lettre de la société Cristal Téléphonie en date du 18 octobre 1998 ;

Vu l'avis n° 97-96 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 23 avril 1997, en réponse à la demande du Conseil de la concurrence sur la saisine de Cristal Téléphonie contre les tarifs du service Modulance International de France Télécom ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que, par lettre enregistrée le 18 octobre 1998, le président de la société Cristal Téléphonie a déclaré retirer la saisine du 1^{er} mars 1996 ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu de se saisir d'office,

Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 838 est classé.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Hubert Lenoir, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente, Mme Boutard-Labarde, membre, en remplacement de M. Jenny, vice-président, empêché.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
Le vice-président,
présidant la séance,
Pierre Cortesse
Annexe 37

Décision n° 99-D-30 du Conseil de la concurrence en date du 11 mai 1999

relative à des pratiques relevées dans le secteur des changes pour incontinents

NOR : ECOC9910230S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 27 mai 1994 sous le numéro F 682, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de « *pratiques restrictives de concurrence observées sur le marché des changes pour incontinents* » ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les lettres du président du Conseil de la concurrence en date des 2 et 20 novembre 1998 notifiant aux parties et au commissaire du Gouvernement sa décision de porter l'affaire devant la commission permanente, en application de l'article 22 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Kendall Incontinence (ex Alaune), Alpan, Médilis, Hexadis, Enalis, par le GIE Prop et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants du GIE Prop et des sociétés Kendall, Alpan, Médilis, Hexadis et Enalis entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant qu'en l'état actuel du dossier le Conseil ne dispose pas des informations nécessaires pour statuer ;

Considérant que, dès lors, il y a lieu de surseoir à statuer en vue de procéder à un complément d'instruction,

Décide :

Article unique

Il est sursis à statuer sur la saisine enregistrée sous le numéro F 682.

Délibéré, sur le rapport de M. Joël d'Angio, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente, et Mme Boutard-Labarde, membre, en remplacement de M. Jenny, vice-président, empêché.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,

présidant la séance,

Pierre Cortesse

Annexe 38

Décision n° 99-D-31 du Conseil de la concurrence en date du 18 mai 1999 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des garnitures de freins pour poids lourds

NOR : ECOC9910231S

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 3 décembre 1992 sous le numéro F 563, par laquelle la Société ploërmelaise de friction industrielle a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Ferodo Abex et par certains de ses revendeurs, susceptibles d'entrer dans

le champ d'application des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu la lettre enregistrée le 30 décembre 1993 sous le numéro F 651, par laquelle le ministre en charge de l'économie et des finances a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées dans le secteur des garnitures de freins pour poids lourds ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la décision du Conseil de la concurrence n° 93-MC-02 du 5 janvier 1993 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Federal Mogul, Kemper Freins, Tod Freinage, Héry, Auto Pièces Nantais, Autodistribution, Renault Véhicules industriels et Société ploërmelaise de friction industrielle et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les sociétés Federal Mogul, Kemper Freins, Tod Freinage, Héry, Auto Pièces Nantais, Autodistribution, Renault Véhicules industriels et Société ploërmelaise de friction industrielle entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Les caractéristiques générales du secteur des garnitures de freins pour poids lourds

1. Le produit

Les garnitures de freins pour poids lourds sont de trois types : les patins, les segments et les plaquettes. Elles sont destinées à équiper les véhicules de traction, les remorques et les cars, leur utilisation variant en fonction de la technique de freinage utilisée.

La plupart des fabricants et des importateurs commercialisent l'ensemble de ces matériaux de friction même si certains se limitent à quelques références. De même, tous les revendeurs de matériaux de friction pour poids lourds distribuent les différents types de garniture, leur fonction étant d'offrir à la vente l'ensemble des garnitures de freinage. A l'heure actuelle et en application du décret n° 96-1133 du 24 décembre 1996 relatif à l'interdiction de l'amiante, les garnitures de freins pour poids lourds produites et commercialisées sont exclusivement sans amiante. A l'époque des faits, les utilisateurs avaient le choix entre les garnitures avec amiante ou sans amiante.

2. La réglementation et les caractéristiques techniques du produit

Aucune réglementation nationale, communautaire ou internationale ne vise précisément les caractéristiques techniques des garnitures de freins pour poids lourds. Pour pallier cette carence, un projet de directive européenne de normalisation est en cours d'élaboration.

La seule réglementation existante concerne les dispositifs de freinage pour poids lourds (tambours, mâchoires, garnitures de freins et pneumatiques) de véhicules faisant l'objet d'une réception, c'est-à-dire de véhicules neufs dont le système de freinage est monté pour la première fois (« première monte »).

- La réglementation visant le système de freinage pour poids lourds en première monte :

Le système complet de freinage est soumis à un certain nombre d'exigences techniques lors de la réception du véhicule neuf ou lors des contrôles du service des mines. Ces exigences correspondent au respect des conditions posées par la directive du Conseil du 26 juillet 1971 (71/320/CEE) modifiée concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives au freinage de certaines catégories de véhicules à moteur et de leurs remorques.

- La réglementation visant les garnitures de freins pour poids lourds en deuxième

monte :

Lorsque ces matériaux de friction sont utilisés en rechange, ils ne sont actuellement soumis à aucune obligation spécifique. Les différents éléments du système de freinage peuvent être, dans cette hypothèse, remplacés séparément.

Dans la pratique, il convient de souligner que les fabricants, intervenant en première monte, bénéficient de l'homologation afférente à la réception des véhicules pour garantir la qualité de leurs produits et asseoir leur notoriété. Le directeur commercial de Ferodo Abex fait remarquer par ailleurs : « *Qu'en première monte, c'est l'ensemble du système de freinage qui est homologué, et qu'en rechange, il est interdit de modifier les caractéristiques de freinage du véhicule* ».

D'un point de vue légal, les garnitures de freins pour poids lourds doivent satisfaire à l'obligation générale de conformité (« Art. L. 212-1. - *Dès la première mise sur le marché, les produits doivent répondre aux prescriptions en vigueur relatives à la sécurité et à la santé des personnes, à la loyauté des transactions commerciales et à la protection des consommateurs* ») et de sécurité (« Art. L. 221-1. - *Les produits et les services doivent dans des conditions normales d'utilisation ou dans d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes* ») des consommateurs prévue par le livre II du code de la consommation.

S'agissant de procéder au contrôle des garnitures de freins pour poids lourds, les agents habilités légalement à les effectuer peuvent solliciter l'Union technique de l'automobile, du motorcycle et du cycle (UTAC) afin de procéder aux essais en vue de mesurer l'efficacité du produit au regard des obligations précédemment énoncées. Ces tests sont effectués en application de l'annexe XII de la directive du Conseil du 26 juillet 1971, telle que modifiée en dernier lieu par la directive du 22 août 1991 (91/422/CEE) et le règlement n° 13, série 06 d'amendements (Prescriptions techniques uniformes relatives à l'homologation des véhicules en ce qui concerne le freinage).

3. Le marché des garnitures de freins pour poids lourds de rechange

Certaines caractéristiques permettent d'isoler un marché de la garniture de freins pour poids lourds de rechange.

En premier lieu, il convient de distinguer les garnitures de freins pour poids lourds selon leur destination. Ainsi, d'après M. Jean-Paul Martin, directeur de Renault Véhicules industriels, « *en première monte, les fournisseurs livrent un ensemble de freinage (mâchoires plus garnitures), avec possibilité de système de freinage complet, en revanche chaque pièce de rechange est distincte (mâchoires et garnitures)* ». Dans cette hypothèse, la garniture n'est jamais commercialisée seule. A l'inverse, en rechange, les mâchoires et les garnitures de freins sont commercialisées de manière séparée : par suite, la garniture de freins pour poids lourds doit être considérée comme un produit à part entière.

En second lieu, il existe deux réseaux de commercialisation des garnitures de freins pour poids lourds. D'après M. Dominique Fourleignie, directeur commercial de la société Ferodo Abex, le mode de commercialisation des garnitures de freins pour poids lourds destinées à la rechange est le suivant : « *Nous vendons aux spécialistes d'intervention freinage poids lourds : stations-service poids lourds (70 à 80 %), distributeurs-négociants (15 %) et clients du type de la RATP (exploitants de bus de ville, grands comptes 5 %) qui possèdent la compétence technique pour entretenir eux-mêmes leurs véhicules. Par ailleurs, les constructeurs commercialisent nos produits, certains sous leur propre référence et marque (Volvo...) [et] d'autres sous une référence conjointe (Traylor-Abex, Renault Véhicules industriels...)* ». Cette description tient compte de la destination du produit et des différences qui s'y attachent. En conséquence de cette distinction les fabricants de garnitures de freins ont

mis en place deux réseaux de commercialisation des garnitures de freins pour poids lourds. Le premier réseau vise exclusivement les constructeurs de poids lourds, de remorques ou d'essieux et concerne les garnitures de freins pour poids lourds intégrées aux systèmes de freinage utilisés en première monte. Le second réseau est relatif à la vente de pièces de rechange destinées, d'une part, aux grossistes, centrales d'achats et garages indépendants et, d'autre part, aux constructeurs et à leurs concessionnaires.

Il ressort de la description du produit et des considérations qui précèdent qu'il existe un marché spécifique des garnitures de freins pour poids lourds destinées à la rechange.

3.1. L'offre sur le marché des garnitures de freins pour poids lourds de rechange

Plusieurs groupes de taille mondiale fabriquent des garnitures de freins pour poids lourds, dont les sociétés Abex Corporation (Etats-Unis), Allied Signal (Etats-Unis), BBA (Grande-Bretagne) et T&N (Grande-Bretagne).

Pour la France, l'offre émanait essentiellement à l'époque des faits des sociétés Bendix et Valeo, Pagid France, Don France, Roulunds France, Ferodo Abex et, pour une part bien plus faible, de la Société ploërmelaise de friction industrielle (ci-après SPFI).

- Le groupe T&N et Ferodo Abex, devenue Federal Mogul :

En 1990, le groupe anglais T&N a pris le contrôle de la société Ferodo Abex, précédemment contrôlée par la société américaine Abex Corporation, et détient depuis cette date 100 % du capital social de la société. Depuis 1998, Ferodo Abex a changé de dénomination pour devenir Federal Mogul. Dans la suite de la présente décision, la dénomination Ferodo Abex sera utilisée chaque fois que seront examinées les pratiques antérieures à ce changement. Le groupe T&N intervient dans deux secteurs principaux : les produits de friction, d'une part, et les pièces internes de moteur (segments, pistons, joints de culasse...), d'autre part.

En 1991 et 1992, l'essentiel de l'activité commerciale de Ferodo Abex dans le domaine des garnitures de freins est réalisé par les ventes sur le marché de la rechange (77 %) ; les plus importants clients de Ferodo Abex sur le marché de la rechange sont les distributeurs indépendants (70 %) puisqu'ils sont à l'origine d'un peu plus des deux tiers des ventes réalisées par Ferodo Abex contre un peu moins d'un tiers pour les constructeurs (30 %).

- La Société ploërmelaise de friction industrielle (SPFI) :

La SPFI a été créée le 1^{er} avril 1992. Il s'agit d'une SARL dirigée par MM. Jean-Pierre Henneon et Emmanuel Henneon, dont l'activité principale est l'importation de matériels de friction et de pièces détachées pour poids lourds et véhicules spéciaux. La prospection commerciale de cette société a d'abord concerné l'ouest de la France pour s'étendre, au début de 1993, à l'ensemble de la France.

A l'époque des faits, elle diffusait des garnitures de freins pour poids lourds, exclusivement sans amiante, de la marque Sun-Abex, soit douze modèles de garnitures. Ces matériels de friction étaient produits par la société Sundaram Limited en Inde. La société productrice est issue d'une fusion d'Abex Corporation (USA), qui contrôlait Ferodo Abex jusqu'en 1990, et de la société TV Sundaram en Inde. Le 11 mai 1992, la société TVS Sundaram Abex a été certifiée ISO 9002 par le bureau Veritas International. Les garnitures de freins pour poids lourds de la marque Sun-Abex sont distribuées aux Etats-Unis, au Canada, en Australie et dans divers pays européens dont l'Allemagne. Pour ce pays, onze modèles de la gamme Sun-Abex étaient, à l'époque des faits et dans les années suivantes, homologués par le TUV, organisme allemand chargé de vérifier la qualité et la fiabilité d'utilisation des garnitures de freins pour poids lourds.

Le 9 septembre 1998, la SPFI a été placée en redressement judiciaire par le tribunal de commerce de Vannes.

- La répartition de l'offre entre les principaux fabricants et importateurs :

L'évolution des parts de marché des principaux intervenants commercialisant des garnitures de freins pour poids lourds de rechange, établie à partir de données fournies par les sociétés concernées, est la suivante :

Evolution des ventes de garnitures de freins pour poids lourds de 1990 à 1992

VENTES FRANCE en milliers de francs	1990 MF	1990 %	1991 MF	1991 %	1992 MF	1992 %
Offre						
Ferodo Abex	47 977	37	45 779	38	45 461	38
Valeo Distribution	49 333	38	42 461	35	43 048	36
Don	17 277	13	14 650	12	12 511	10
Pagid	4 320	3	6 150	5	8 888	7
Roulunds	3 503	3	3 525	3	3 133	3
Mintex	1 790	1	2 233	2	2 008	1
Autres (estimation)	6 540	5	6 042	5	6 055	5
Total France	130 740	100	120 840	100	121 104	100

Ces chiffres font apparaître que, dans un contexte où le marché global des garnitures de freins pour poids lourds destinées à la rechange apparaît stable, la part de marché de Ferodo est restée stable entre 1990 et 1991 (de l'ordre de 37-38 %). Après avoir été en deuxième position derrière Valeo, Ferodo Abex est passée en première position en 1991 et 1992, le deuxième opérateur, la société Valeo, continuant à détenir une part de marché de 36 %. Au surplus, il y a lieu de noter la présence d'autres intervenants tels que la société Don, avec 10 % de part de marché, et la société Pagid, avec 7 %.

3.2. La demande

La demande de garnitures de freins pour poids lourds en rechange est issue, d'une part, des constructeurs qui distribuent les garnitures de freins pour poids lourds de remplacement auprès de leurs concessionnaires qui sont tenus, sauf exception, de se fournir auprès du concédant pour les produits « contractuels » mais sont libres pour le reste de leur activité et, d'autre part, des grossistes, des centrales d'achats, qui vendent notamment aux concessionnaires de marques et aux garages indépendants, et, enfin, directement des garages indépendants. Les grossistes, centrales d'achats et garages indépendants forment l'ensemble des distributeurs indépendants.

- Les constructeurs :

Parmi les constructeurs (Mercedes, Volvo, Scania, Tractor, Fruehauf) qui possèdent leurs propres réseaux de concessionnaires, Renault Véhicules Industriels (ci-après RVI) est le premier constructeur français de poids lourds et détiendrait, selon son responsable commercial, environ 40 % du marché français des poids lourds neufs. RVI ne fabrique pas de garnitures de freins de rechange pour poids lourds et s'approvisionne exclusivement auprès des équipementiers spécialisés dans cette production. S'agissant de l'achat de pièces de rechange, Ferodo Abex est le second fournisseur de RVI avec 32,9 % du total des ventes réalisées en 1992, juste derrière le groupe Bendix (41,8 %).

- Les distributeurs indépendants :

Les grossistes, les centrales d'achats et les distributeurs indépendants forment la branche distribution indépendante des fabricants pour la vente de leurs produits de friction en

rechange, par opposition à la branche constructeur. L'analyse de la politique d'achat des principaux distributeurs de Ferodo Abex pour l'ouest de la France permet de relever que, en premier lieu, les distributeurs indépendants de Ferodo Abex privilégient leur premier fournisseur, que, en second lieu, les distributeurs indépendants de Ferodo Abex font appel à un deuxième fournisseur qui conserve une position représentative (10 à 25 % des achats) et, enfin, que les distributeurs indépendants de Ferodo Abex s'approvisionnent ponctuellement auprès des autres offreurs.

Dans cet ensemble, le classement des clients de Ferodo Abex en fonction du chiffre d'affaires est le suivant :

SOCIÉTÉS	CA RÉALISÉ en 1992 en MF	RANG PAR RAPPORT au CA réalisé avec Ferodo Abex
Tod Freinage (14)	3 535	1
Kemper Freins	1 554	2
Billi SA	987	3
Freinage PLS	964	4
Vulca Moderne	732	5
Auto Pièces Nantais	693	6
Hery	620	7
PLUS	456	8
Orléans Tambours	307	9
Savariau	214	10

A propos de la société Kemper Freins, il est utile de préciser que son capital est réparti entre M. Jean-Louis Douville, président-directeur général (51 %), et le groupe Tod Freinage (49 %). Son activité se déploie sur le sud de la Bretagne au travers de quatre agences localisées à Caudan (station technique de pose), Quimper, Vannes et Pontivy.

B. - Les pratiques relevées

A titre liminaire, il y a lieu de rappeler que, le 3 décembre 1992, le Conseil de la concurrence était saisi par la SPFI de pratiques mises en œuvre par la société Ferodo Abex et un de ses grossistes, la société Kemper Freins, dont l'enseigne commerciale est « Tout pour le camion » (ci-après TPLC). Cette société dénonçait la diffusion par Ferodo Abex et Kemper Freins de documents qu'elle estimait diffamatoires à l'égard des produits de friction qu'elle importait et commercialisait sous la marque Sun-Abex. Elle demandait au Conseil de constater l'existence de comportements susceptibles de constituer des pratiques prohibées par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, auxquels il fallait mettre fin sans délai pour faire cesser un trouble grave et immédiat en application de l'article 12 de ladite ordonnance.

Le Conseil de la concurrence, dans sa décision n° 93-MC-02 du 5 janvier 1993, a estimé qu'il ne pouvait être exclu que les pratiques dont il était saisi puissent constituer des pratiques prohibées par les dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et a enjoint à titre conservatoire à la société Ferodo Abex et à la société Kemper Freins de cesser de communiquer tout document faisant référence à des essais concernant les produits de la SPFI qui n'auraient pas été réalisés avec l'accord de cette entreprise ou à la demande et sous le contrôle des autorités administratives compétentes. En outre, le Conseil a « enjoint à la société Ferodo Abex et à la société Kemper Freins d'adresser, dans un délai de huit jours à compter de sa notification, une copie du texte de la présente décision à tous les

revendeurs à qui elles ont communiqué des informations faisant état d'essais réalisés en 1992 par la société Ferodo Abex sur les produits Sun-Abex, en demandant expressément à ces revendeurs de ne plus faire état de ces informations ».

1. *La diffusion d'allégations visant la qualité des produits Sun-Abex importés par la SPFI*

1.1. Dans un premier temps, la société Ferodo Abex est informée de l'entrée sur le marché français

des garnitures de freins pour poids lourds Sun-Abex utilisées pour la rechange

Au début du mois d'avril 1992, la société sœur italienne de Ferodo Abex (Ferodo Abex Italiana) fait parvenir à Ferodo Abex des échantillons de garnitures de freins pour poids lourds afin que la société française procède à une analyse de ces produits. Il s'agit de garnitures de freins fabriquées en Inde par la société Sundaram-Abex Ltd et commercialisées, depuis peu, en Italie sous la marque Sun-Abex. Le 13 mai 1992, Ferodo Abex effectue l'étude de ce produit et adresse les résultats de l'analyse à Ferodo Abex Italiana.

Le premier document montrant que la société Ferodo Abex est informée de la commercialisation des garnitures de freins Sun-Abex dans l'ouest de la France est daté du 25 août 1992. Il s'agit d'un courrier de M. Jean-Pierre Massé, directeur des ventes rechanges de Ferodo Abex, adressé à M. Douville, président-directeur général de la société Kemper Freins : *« De retour de congés je suis informé de la teneur de la conversation que vous avez eue avec ma secrétaire. Vous vous inquiétez de la présence de caissettes Abex sans amiante pour des essieux Trailor qui seraient vendues à des prix très inférieurs auprès de vos clients transporteurs. Je vous confirme qu'en aucun cas il ne peut s'agir de ventes réalisées par nous-mêmes auprès de clients transporteurs, notre politique commerciale s'appuyant exclusivement sur une distribution par l'intermédiaire de stations de freinage ou de gros distributeurs avec lesquels nous travaillons depuis de longues années. Ceux-ci étant connus et peu nombreux sur ce secteur, il est impossible que le produit que vous mentionnez soit une caissette Abex. Il ne peut donc s'agir que d'une mauvaise remontée d'information, et vous demande de bien vouloir vérifier. »* Cette remontée d'information est confortée par un courrier ultérieur de M. Douville à M. Massé le 7 septembre 1992 : *« Nous accusons réception de votre courrier du 25 août 1992. Depuis cette date, nos technico-commerciaux ont constaté qu'une nouvelle garniture de marque "Sun-Abex" était proposée aux clients de notre secteur et en particulier aux clients de la région de Vannes. La caissette Trailor largeur 178 mm sans amiante (l'équivalence de la référence B. 2873.927) est vendue à des transporteurs à un prix tel que si nous devions le pratiquer nous ne dégagerions qu'une marge brute de 10 % ! De plus, nous devons répondre à nos clients qui s'interrogent et nous demandent des explications car on leur dit : "La garniture Sun-Abex", c'est la même que "l'Abex". Nous attendons des explications et une réponse très rapide de votre part. »*

Dans le même temps, la société Ferodo Abex était également alertée par Auto Pièces Nantais. Ce fait est confirmé par un échange de courriers, d'une part, de M. Massé, directeur commercial rechange de Ferodo, à M. Gérard Vrignaud, responsable de l'agence « Rezé » d'Auto Pièces Nantais, le 25 août 1992 : *« Conformément à ce que je vous ai expliqué au téléphone, je vous confirme que le produit Trailor sans amiante qui serait vendu dans votre région ne peut en aucun cas être une caissette Abex B. 2873.927. En premier lieu, parce que vous êtes notre distributeur unique sur la Loire-Atlantique. En second lieu parce que nous ne travaillons jamais en direct avec les transporteurs. Enfin, le prix mentionné ne peut être celui de notre B. 2873.927. Il serait donc intéressant que vous puissiez vérifier et nous tenir informés »* et, d'autre part, de M. Vrignaud à M. Jean-Pierre Massé, le 3 septembre de la même année : *« Nous faisons suite à votre demande téléphonique du 24 août et à votre courrier du 25 août 1992. Informé par nos clients qu'un de nos concurrents vendait une caissette Trailor Abex sans amiante à un prix inférieur à notre prix de vente, nous avons*

vérifié sur le terrain. Il apparaît que ce produit est vendu dans une boîte marquée Sun-Abex et que le représentant laisse entendre que c'est la même chose que votre caissette Trailor B. 2873.927. Qu'en est-il exactement ? Quelle est cette marque et qui la distribue ? Une réponse immédiate est souhaitée car nous commençons à perdre des ventes. »

1.2. Dans un second temps, la société Ferodo Abex réagit face à ce nouveau concurrent sur le marché de la garniture de freins pour poids lourds utilisée en rechange

La société Ferodo Abex a mis au point deux documents mettant en cause la qualité et la fiabilité de produits Sun-Abex importés par SPFI.

Le premier de ces documents est une note dite « *note inspecteurs* » et le second comporte une « *analyse comparative des produits Abex 927 et Sun-Abex* ».

La « *note inspecteurs* », à un usage interne, du 11 septembre 1992 portant la mention « *confidentielle* », émane du responsable des ventes rechanges. Il est à noter que le test décrit par ce document a été effectué sur des garnitures de freins Sun-Abex distribuées en Italie et qui avaient été transmises pour analyse à Ferodo Abex par Ferodo Abex Italiana en mai 1992. La note énonce que Ferodo Abex est informée de « *l'apparition sur la région Ouest de garnitures distribuées par la Société Ploërmelaise de produits industriels sous la marque Sun-Abex. Il s'agit de garnitures fabriquées aux Indes qui bien évidemment n'offrent pas les qualités conformes à notre réglementation. Nous avons procédé à l'analyse d'un jeu d'échantillons dont voici les conclusions : 1° Conclusions sur l'analyse qualitative. L'analyse a porté sur trois critères essentiels qui sont systématiquement étudiés soit dans une phase d'homologation constructeur, soit pour une analyse comparative de la concurrence. Il s'agit : a) de la mesure du coefficient de friction, b) de la mesure de l'endurance, c) de la mesure du coefficient de friction après usure. 2° Conditions du test. Les essais ont été réalisés le 13 mai 1992 sur une machine échantillon fonctionnant à couple constant. Ils n'ont donc que la valeur relative par rapport à notre qualité 927 homologuée par les constructeurs en particulier Renault Véhicules industriels (...). A ce stade, il nous est permis de conclure que le produit Sun-Abex testé est dangereux, inefficace et instable. Il serait immanquablement refusé par tout constructeur de poids lourds en première analyse. Je vous demande donc de mettre en garde vos clients et de les informer des risques que le produit Sun-Abex fait prendre à celui qui équipe ses véhicules de la sorte* ».

L'« *analyse comparative des produits Abex 927 et Sun-Abex* » du 8 octobre 1992, produite par le responsable du service Recherche et développement de la société, est destinée au directeur des ventes rechanges. Ce document n'identifie pas la garniture de frein Sun-Abex testée et l'étude du produit est effectuée au regard d'une procédure d'homologation qui correspond à l'homologation CEE des garnitures de freins pour poids lourds destinées à équiper des véhicules neufs. L'analyse expose que « *les essais réalisés sur banc dynamométrique selon la procédure Ferodo Abex DN 7011 (procédure homologation CEE) nous permettent de conclure que : 1° le produit Sun-Abex n'atteint jamais les limites minimales imposées par la procédure d'homologation tant à froid qu'à chaud ; (...) ; 2° les garnitures Sun-Abex présentent des fissures marquées en surfaces ; 3° le tambour présente des points bleus ainsi que des cracks. Compte tenu des fortes présomptions de dangers réels lors de l'utilisation des garnitures Sun-Abex, pouvez-vous informer vos forces de ventes de ces résultats* ».

D'après la déclaration du 3 janvier 1997 de M. Dominique Fourleignie, directeur commercial de Ferodo Abex, seule l'analyse comparative des produits Abex 927 et Sun-Abex aurait été diffusée : « *Il y a eu diffusion de tests auprès de douze revendeurs. Le document diffusé portait sur une analyse comparative des produits Abex 927 et Sun-Abex du 8 octobre 1992.* »

Toutefois, des courriers et témoignages établissent que le premier document (note du

11 septembre 1992) a également été diffusé auprès de clients potentiels de la SPFI. Ainsi, les transports Prétesaille, localisés à Ploërmel et clients de la SPFI, ont adressé un courrier, daté du 1^{er} décembre 1992, à la SPFI par lequel ils indiquent avoir reçu un document concernant la qualité des garnitures de freins Sun-Abex : *« Je me permets de vous faire part de notre inquiétude quant aux garnitures de freins Sun-Abex que nous avons montées sur plusieurs de nos véhicules. Pour le moment, nous n'avons pas rencontré de problème particulier, mais les informations qui circulent sont pour le moins de nature à nous faire réfléchir. Ce document, émis par la société Ferodo Abex, précise que vos garnitures ne sont pas aux normes françaises et semblent démontrer des insuffisances pouvant être considérées comme dangereuses (...) »*

Au surplus, le représentant de Goujon VI, transporteur et également client de la SPFI, M. Cornillot, a adressé un courrier à la SPFI, le 16 octobre 1992, qui précise : *« Veuillez trouver ci-joint les quatre pages d'un feuillet qui m'a été remis au Mondial de l'automobile par M. Dallon sur le stand Ferodo Abex mettant en garde les clients d'utiliser ce produit "instable et dangereux". Comme vous le voyez, c'est assez inquiétant ! Je vous passe les commentaires qui accompagnaient la remise de ces documents. »* Cette lettre reprend les termes de la note interne distribuée aux commerciaux et transmise à Kemper Freins : *« A ce stade il nous est permis de conclure que le produit Sun-Abex testé est dangereux, inefficace et instable. »*

1.3. Le mode et les auteurs de la diffusion de ces documents

En premier lieu, à propos de la note dite « interne », les agents commerciaux de Ferodo Abex ont appliqué les consignes de diffusion de l'information, notamment au Salon de l'automobile ainsi que l'atteste la lettre de Goujon VI du 16 octobre 1992 : *« Veuillez trouver ci-joint les quatre pages d'un feuillet qui m'a été remis au Mondial de l'automobile par M. Dallon sur le stand Ferodo Abex. »*

Ce document a été transmis le 14 septembre 1992 par le directeur des ventes rechanges de Ferodo Abex au responsable de Kemper Freins (TPLC) : *« Devant le nombre de demandes d'informations que nous adressent nos clients sur la région Ouest, j'ai diffusé un document confidentiel à mon équipe de vente dont je vous communique la copie. Je vous demande bien entendu d'en faire le meilleur usage et dans l'espoir d'avoir répondu à votre lettre. »*

A son tour, Kemper Freins a communiqué la note « interne » à plusieurs de ses clients transporteurs. Ces faits ressortissent de deux courriers des transports Goujon VI à SPFI en date du 16 octobre 1992 : *« L'un de nos fournisseurs, la société TPLC de Caudan, est venu nous visiter et nous a remis un document de six pages concernant la qualité de vos garnitures. Nous souhaitons avoir des explications complémentaires de votre part, mais en attendant nous ne pouvons prendre le risque de continuer à utiliser un produit faisant l'objet d'une telle mise en cause »* (...) et en date du 23 octobre de la même année : *« Suite à notre courrier du 16 octobre 1992, je vous confirme que les documents émis par Ferodo Abex sont bien remis aux transporteurs par les soins de votre concurrent TPLC de Lanester. Je vous laisse le soin d'imaginer la réaction de ces derniers ! Il est indispensable que vous veniez avec moi pour en rassurer certains, en particulier Socotrams de Pont-Aven et les transports Jaouen de Bannalec. Compte tenu de cette situation, veuillez annuler ma commande du 22 octobre 1991. Si la situation se normalise, nous reprendrons le cours normal de nos affaires, mais pour le moment la situation est trop grave »* (...).

En second lieu, s'agissant de l'« analyse comparative » du 8 octobre 1992, M. Dominique Fourleignie, directeur commercial de Ferodo Abex, a reconnu, interrogé par le rapporteur le 3 janvier 1997, qu'« il y a[vait] eu diffusion de tests auprès de douze revendeurs », dont Kemper Freins. Par ailleurs, le président-directeur général de Kemper Freins, entendu par l'enquêteur le 30 mars 1993, a reconnu qu'en possession également de

l'analyse technique des produits Sun-Abex, l'information avait été transmise à neuf revendeurs et transporteurs : « *Nous avons transmis à nos clients suivants la décision du Conseil de la concurrence : Garage Hivert, Transports Lorcy à Vannes, Socotrans à Pont-Aven, Le Gal à Vannes, Garnier à Loudéac, Preteille à Ploërmel, Jaouen à Bannalec, Denoual à Elven, Morand à La Gacilly.* »

A l'occasion de l'instruction de ces faits, la SPFI a fourni au Conseil différents documents suggérant que la diffusion d'allégations, de même nature, dirigées contre les garnitures de freins pour poids lourds qu'elle importe s'est poursuivie après que le Conseil eut enjoint à la société Ferodo Abex de mettre fin à ce type de comportement.

2. La politique commerciale de la société Ferodo Abex

Dans le domaine de la rechange, Ferodo Abex commercialise ses produits sous la marque Abex (450 références). Les conditions générales de ventes de Ferodo Abex sont mentionnées en dernière page des tarifs intitulés « *prix nets grossistes* ». Elles font seulement état de « *prix et conditions de vente en vigueur au moment de la livraison* » et ne renvoient à aucun barème quantitatif ni à aucune condition spécifique. Les conditions appliquées par Ferodo Abex correspondent, d'après les responsables de la société, aux « *prix et conditions de vente en vigueur au moment de la livraison* ». Elles sont négociées au coup par coup par la force de vente de la société.

Quatre types de remise ou ristourne sont pratiqués : des prix spéciaux nets pour les références les plus vendues, des produits gratuits (un pour dix achetés) pour les commandes passées pendant la période de promotion qui correspond au salon de l'automobile (octobre) et dont la livraison peut s'échelonner jusqu'à la fin de l'année, des remises sur facture qui s'appliqueraient à environ 10 % des ventes et concerneraient uniquement les références les moins courantes, et des ristournes de fin d'année liées à la signature d'un contrat individuel prévisionnel d'objectif de chiffre d'affaires.

La synthèse des conditions obtenues par les distributeurs de l'échantillon retenu par l'enquêteur est la suivante :

RANG commercial	DÉNOMINATION	CHIFFRE D'AFFAIRES pour 1992 en KF	PRIX SPÉCIAUX (par rapport au prix de base)	REMISE sur facture	RISTOURNES (hors centrale)
1	Tod Freinage	3 535	- 46,1 %	30 %	5 %
2	Kemper Freins	1 554	- 49,0 %	30 %	3 %
3	Billi SA	987	- 39,6 %	23 %	5 %
4	Freinage Plus	964	- 44,7 %	25 %	0 %
5	Vulca Moderne	732	- 35,6 %	30 %	5 %
6	Auto Pièces Nantais	693	- 43,1 %	28 %	0 %
7	Hery	620	- 37,5 %	25 %	3 %
8	PLUS	456	- 41,4 %	25 %	3 %
9	Orléans Tambours	307	- 44,9 %	21,6 %	5 %
10	Savariau	214	NC	30 %	0 %

2.1. Les prix spéciaux

D'après les déclarations de MM. Lefebvre, directeur financier de Ferodo Abex, et Massé, directeur des ventes de l'époque : *« Ils sont identiques pour toute la France et diffusés lors de la sortie des tarifs. Ces prix sont le reflet du marché et proviennent des habitudes et des demandes de la clientèle qui fait pression sur nos marges. Ces tarifs spéciaux sont diffusés à 90 % de nos clients, c'est-à-dire à l'exception des clients non significatifs. »*

Sur l'application des prix spéciaux, l'enquête a permis de mettre en évidence des écarts dans les niveaux des prix facturés entre des clients de taille comparable au regard des achats effectués - quelles que soient les quantités vendues - auprès de Ferodo Abex. Il peut être observé, par ailleurs, que Tod Freinage et Kemper Freins, détenue à 49 % par Tod Freinage, bénéficient des meilleures conditions de prix spéciaux et que, pour l'ensemble des distributeurs, l'écart entre le prix net payé et le prix du tarif s'étend de - 35,6 % (Vulca Moderne) à - 49 % (Kemper Freins). Ainsi, il n'existe pas de concordance entre le chiffre d'affaires réalisé par ces distributeurs auprès de Ferodo Abex et le pourcentage de réduction consenti par Ferodo Abex.

2.2. Les remises

A propos des remises, les responsables de Ferodo Abex, interrogés le 28 avril 1993, ont précisé qu'*« elles sont établies au début de la relation commerciale en tenant compte de l'accès que nous donne le distributeur à ses approvisionnements, puis elles évoluent en fonction de la négociation. Elles sont plafonnées à 30 % et le minimum est de 12 %. Elles sont appliquées à environ 10 % de nos ventes »*. Pour 1992, la comparaison des remises sur facture consenties par Ferodo Abex à ses plus importants revendeurs (20,05 % de son chiffre d'affaires) permet d'établir que la fourchette des remises octroyées s'étend de 21,6 % à 30 %. Il n'existe pas de concordance entre le chiffre d'affaires réalisé par les distributeurs auprès de Ferodo Abex et le pourcentage de remise qui leur est consenti par le fournisseur.

2.3. Les ristournes

Il a été constaté pour le même échantillon de revendeurs de produits Abex, choisis parmi les plus importants en termes de chiffre d'affaires pour Ferodo Abex, que les contrats individuels conclus entre Ferodo Abex et ses plus importants distributeurs prévoient, en règle générale, deux niveaux de ristourne de fin d'année : 3 % si l'objectif négocié est atteint et 5 % si le chiffre d'affaires réalisé est supérieur de plus de 10 % à l'objectif. La fixation du chiffre d'affaires à réaliser et le pourcentage qui s'attache à sa réalisation varient d'un distributeur à l'autre. Pour 1992, Ferodo Abex a tenu ses engagements de ristourne comme prévu contractuellement.

Pour justifier les écarts de traitement entre des distributeurs indépendants d'importance comparable en termes de chiffre d'affaires, les responsables de Ferodo Abex observent dans leurs déclarations du 28 avril 1993, d'une part, que : *« S'agissant des écarts constatés dans les prix facturés aux clients de l'échantillon retenu, il s'agit de prix négociés avec le groupe Tod Freinage (dont Tout pour le camion), car il est le plus gros de nos clients parmi les individuels. Il est le seul, parmi l'ensemble de nos clients, à avoir une liste aussi large de prix inférieurs à nos prix spéciaux. En dehors de ce cas, il peut y avoir, en fonction du volume demandé par le client, une négociation pour cette commande (...) »* et M. Fourleignie déclarait, le 3 janvier 1997, d'autre part, que : *« C'est l'historique de la société et le fait que, dans un monde commercial qui bougeait, les conditions de vente étaient rarement remises en cause quelle que soit la situation économique de l'acheteur (...) Qu'en 1993 la structure rechange est séparée de la production et de la vente aux constructeurs, ce qui permet de commencer à formaliser une politique commerciale (contrats), mais la société n'avait pas*

encore réussi à hiérarchiser ses clients par ordre d'importance. Au début des années 1990, la société travaillait essentiellement avec des groupements d'achats qui fédéraient de nombreux grossistes. Les conditions d'achat des grossistes étaient identiques à l'intérieur d'un même groupe et quel que soit le chiffre d'affaires des grossistes ; à partir de 1993, les conditions de vente de la société ont été différenciées en fonction du volume d'achat du distributeur, du volume de vente effectué par le distributeur et en fonction de l'importance de la commande individuelle. Pour les années 1994 et suivantes, Ferodo Abex a élaboré des contrats d'agrégation avec environ 250 distributeurs pour 1996, dont 180 sont spécialistes poids lourds. Depuis, la politique commerciale de Ferodo Abex fait l'objet d'une grande cohérence et transparence. »

3. Les pratiques de Ferodo Abex à l'égard de certains de ses distributeurs

3.1. Pratiques relatives à la société Freinage Poids Lourds Service (FPLS)

En 1992 et pour l'ouest de la France, Ferodo Abex entretient des relations commerciales avec :

- Auto Pièces Nantais pour la Loire-Atlantique (44) ;
- Kemper Freins et Freinage Poids Lourds Service pour le Morbihan (56) ;
- Kemper Freins pour le Finistère (29) ;
- Hery et Freinage Poids Lourds Service pour l'Ille-et-Vilaine (35) ;
- Tod Freinage pour la Basse-Normandie (14).

Freinage Poids Lourds Service intervient donc en concurrence avec d'autres distributeurs de Ferodo Abex dans le Morbihan et l'Ille-et-Vilaine.

M. Guyodo, président-directeur général de FPLS, possède trois stations de freinage, situées dans l'ouest de la France : Freinage Poids Lourds Service à Cesson-Sévigné (35) proche de Rennes, Freinage Poids Lourds Service à Yffigniac (22) et Vannes Freins Service (56). Il effectue des achats regroupés pour ces trois stations et se fournit, à hauteur de 80 % du total de ses achats, auprès de Ferodo Abex. Il se classe au quatrième rang des meilleurs clients de Ferodo Abex en termes de chiffre d'affaires.

Il ressort de plusieurs pièces versées au dossier et notamment d'une déclaration conjointe des directeurs financiers et des ventes de Ferodo Abex en date du 28 avril 1993 que courant 1992 divers distributeurs sont intervenus pour dénoncer les pratiques de la société FPLS.

En mars 1992, M. Dallon, directeur commercial de Ferodo Abex, informe M. Guyodo que sa station de Vannes ne sera plus approvisionnée en produits Abex. Cet élément ressort d'un courrier du 11 mars 1992 adressé par M. Guyodo à M. Rigals, président-directeur général de Ferodo Abex : *« Suite au passage de votre représentant M. Dallon, le 10 mars 1992, m'informant que vous supprimez le compte pour Vannes Service Freins. (...) Comment se fait-il que vous livrez les établissements Letendre à Questembert (56) qui se situent à vingt kilomètres de Vannes et qu'ils ne soient pas concernés pour l'avenir. »*

Une déclaration conjointe des directeurs financier et des ventes de Ferodo Abex, du 28 avril 1993, indique que : *« Sur la zone de Rennes, il y a eu le problème de Freinage Poids Lourds Service qui faisait des ventes à bas prix en dehors du secteur qui devrait être le sien (département 35) et tous nos clients (groupe Tod, Auto Pièces Nantais et Hery) intervenaient auprès de nous ainsi que le siège d'Autodistribution, pour que Freinage Poids Lourds Service évite de faire du dumping sur du "hors secteur" » ;*

Le 20 mai 1992, M. Massé, directeur des ventes rechange Abex, adresse la réponse suivante à M. Guyodo : *« Des évolutions récentes nous conduisent à modifier notre politique tarifaire pour notre gamme de produit garnitures poids lourds. Nous vous prions donc de noter que votre remise sur la base de notre tarif net grossiste 03/1992 en garnitures poids lourds est désormais fixée à 21,6 %. D'autre part, aucun prix spéciaux ne seront désormais*

accordés quelles que soient les quantités concernées. Cette décision est liée à la dégradation à la revente de nos produits et donc à l'érosion des marges qui en résulte. »

Les motifs de cette intervention sont établis par une déclaration du directeur des ventes de Ferodo Abex : *« Après plusieurs interventions auprès de FPLS en avril-mai 1992 (...), j'ai écrit à M. Guyodo pour l'informer de la modification de ses conditions, en présumant qu'en comprimant sa marge je pouvais stabiliser les prix destructifs qu'il pratiquait. »*

Par la suite, le responsable de Freinage Poids Lourds Service obtient de Ferodo Abex un retour aux conditions commerciales initiales. Cela étant, ce revirement de Ferodo Abex est assorti de deux conditions :

- L'entreprise Freinage Poids Lourds Service devait s'abstenir de commercialiser les produits Abex *« en dehors du 35 et de la zone de Vannes »* et *« surtout pas sur le 44 »*. Les notes de M. Massé, communiquées à l'enquêteur, l'indiquent sans équivoque : *« Accord pour : - confirmer les prix spéciaux ; - retravailler avec Vannes si possible en transitant par Rennes ; - offrir un voyage pour deux personnes équivalent. A condition que : - il n'y ait plus d'action en dehors du 35 et de la zone de Vannes ; - et surtout pas dans le 44. »*

- M. Guyodo a dû s'engager expressément à ne pas exercer son activité dans le Finistère et le Morbihan. Cette obligation est formalisée par un avenant au contrat individuel d'objectif de vente conclu le 7 octobre 1992 entre Freinage Poids Lourds Service et Ferodo Abex : *« Monsieur Guyodo Christian, président-directeur général des sociétés : Vannes Services freins à Vannes (56) ; Freinage Poids Lourds Service à Yffigniac (22) ; Freinage Poids Lourds Service à Rennes (35), s'engage vis-à-vis de la société Ferodo Abex à ne pas diffuser, ni facturer les produits Abex sur les départements 56 et 29. »*

3.2. Les pratiques relatives à la société Billi SA

M. Bertrand Fondraz est le président-directeur général de Billi SA, société localisée à Portes-lès-Valence dans la Drôme (26).

Pour 1992, sa société réalisait 2 % du chiffre d'affaires total de Ferodo Abex (987 000 FF HT) et se classait au troisième rang des clients distributeurs indépendants de Ferodo. Billi SA fait partie de « Moteur Service », réseau national de 70 professionnels spécialisés dans la distribution et la réparation de tous moteurs essence et diesel, dans la vente de pièces détachées, ainsi que dans différents types d'intervention sur boîtes de vitesse, transmission, freinage et hydraulique. S'agissant du remplacement des garnitures de freins pour poids lourds, l'activité de Billi SA est indépendante de « Moteur Service ». Les ventes de garnitures de freins représentent environ 10 % du chiffre d'affaires total de cette société. Pour cette activité, les principaux clients de Billi SA sont, par ordre d'importance commerciale, les groupes « Dentressangle » (4 % du chiffre d'affaires total de Billi SA) et « Debeaux ».

Pour sa part, Renault Véhicules industriels (ci-après RVI) a également pour client le groupe Dentressangle. En l'espèce, et ainsi que le déclare M. Lefebvre, directeur financier de Ferodo Abex, le 28 avril 1993, *« il s'agit de pièces fabriquées par Ferodo Abex et vendues par Renault Véhicules industriels qui les distribue au sein de son réseau de concessionnaire. Parallèlement, ces mêmes pièces sont vendues aux distributeurs indépendants dont Billi SA. Le transporteur Dentressangle possède des véhicules Renault et d'autres véhicules. Il se fournit donc en rechange auprès de concessionnaires Renault et d'autres distributeurs indépendants (Billi SA) »*.

Sur le plan commercial, RVI se fournit essentiellement en garnitures de freins pour poids lourds auprès de Bendix (41,8 % des achats de Renault Véhicules industriels), de Ferodo Abex (32,9 %) et de Lucas (15,1 %) et revend ces produits à son réseau de concessionnaires. S'agissant plus particulièrement de la production et mise sur le marché de garnitures de freins pour poids lourds destinées à la première monte, RVI, premier client de Ferodo Abex, et cette

dernière société maintiennent des relations de partenariat.

En 1992, Renault Véhicules industriels est intervenu auprès de la société Ferodo Abex afin que cette dernière « vérifie » les prix pratiqués par un de ses revendeurs, Billi SA. Ces éléments sont établis par les déclarations faites à l'enquêteur par M. Martin, directeur de Renault Véhicules industriels chargé des pièces de rechange, interrogé le 11 mai 1993 : « C'est probable que nous ayons [eu] une remontée d'information sur les prix pratiqués par la concurrence. Ce que nous recherchons, c'est d'avoir des explications lorsqu'un grossiste arrive à acheter moins cher que nous, et puis de réagir éventuellement », confirmées par celle de MM. Lefebvre et Massé de Ferodo Abex, le 28 avril 1993 : « S'agissant de Billi SA, nous avons été alertés par Renault Véhicules industriels qui est un de nos premiers clients poids lourds, concernant des pratiques de bas prix qu'auraient fait Billi en garnitures Abex auprès du transporteur Dentressangle. Chez Renault Véhicules industriels, il doit s'agir de la direction des approvisionnements et, chez Abex, ce document a été transmis à M. Rigals, président-directeur général d'Abex, Renault Véhicules industriels est intervenu pour comprendre les raisons de tels écarts ».

En réponse, une lettre a été transmise par le directeur des ventes rechanges de Ferodo Abex de l'époque accompagnée de la note suivante qui synthétise et confirme, si besoin est, l'ensemble des faits : « J'ai rencontré M. Fondraz, président des établissements Billi afin d'obtenir des éclaircissements sur sa politique de prix vis-à-vis de Dentressangle. »

« 1. Rappel du problème. Le document fourni par Renault Véhicules industriels faisant état de prix apparemment pratiqués par Billi, j'ai vérifié référence par référence. Voici les données précises :

RÉFÉRENCES	PRIX DE VENTE Abex à Billi 03.92	GRATUITÉ 1/10 donnant prix théorique	PRIX SUPPOSÉ document anonyme RVI	PRIX RÉEL FACTURÉ par Billi SA
B 2179.331	366	329	340	390
B 2180.331	430	390,90	400	415
B 2873.331) B 2858.331)	233	233 (pas de gratuité)	253	280
B 2870.331	287	287 (pas de gratuité)	280	370

« Les marges dégagées par Billi SA chez Dentressangle sont donc par référence : B 2179 = 15,9 % ; B 2180 = 5,8 % ; B 2873 = 18,9 % ; B 2870 = 22,4 %.

« Pour ce qui concerne les premières cotes, aucune offre n'a été faite par Billi.

« Le « document » Renault Véhicules industriels est donc erroné sur tous postes.

« Néanmoins, les prix pratiqués par Billi sont bas afin de répondre au contexte spécifique du marché Dentressangle :

« Refus d'accepter des hausses.

« Forte présence de Giar qui livre 50 % des besoins de Dentressangle.

« Perturbation de la concession Renault Véhicules industriels de Saint-Vallier qui propose des garnitures Mintex à Dentressangle.

« 2. Décision. J'ai obtenu une lettre signée par Monsieur Fondraz qui, d'une part, confirme les prix pratiqués à Dentressangle et qui, d'autre part, afin d'être en phase avec notre politique, affirme son engagement à proposer une augmentation à Dentressangle sur les deux références Renault Véhicules industriels. Ainsi les nouveaux prix seront :

B 2179.331 : = 420 FF (+ 30 FF) ; B 2180.331 = 455 FF (+ 40 FF). J'ajoute que ces références sont peu vendues à Dentressangle qui achète surtout des garnitures "remorques"

à Billi.

« 3. Conclusion. Afin de nous aider, M. Fondraz nous a donné accès à tous ses chiffres chez Dentressangle. La lettre qu'il nous transmet traduit sa volonté de nous aider et je me suis engagé à ce qu'elle conserve un caractère interne et confidentiel. Sa crainte est que, si ces prix sont mentionnés à Renault Véhicules industriels, les concessions s'en servent pour le déstabiliser chez Dentressangle. Je souhaite donc qu'une certaine réserve soit adoptée dans ce domaine. »

M. Fondraz précise à propos de son engagement : « Ils m'ont demandé de faire attention aux prix et je me suis engagé par écrit à remonter les prix pour deux références. Mais, dans les faits, je n'ai pas appliqué cette hausse puisqu'il fait [Dentressangle] des pressions à la baisse des prix. »

Au vu des éléments qui précèdent, les griefs suivants ont été notifiés :

- A la société Ferodo Abex et à la société Kemper Freins, d'avoir mis en œuvre des pratiques concertées consistant dans la diffusion de documents élaborés par Ferodo Abex et mettant en cause des produits de friction importés par la Société Ploërmelaise de Friction industrielle qui ont eu pour objet et pour effet de faire obstacle à l'entrée de la Société Ploërmelaise de Friction industrielle sur le marché du rechange des garnitures de freins pour poids lourds et d'empêcher la Société Ploërmelaise de Friction industrielle de concurrencer librement, pour des produits substituables, Ferodo Abex et ses revendeurs auprès de leurs clients finaux ;

- A la société Ferodo Abex, d'avoir élaboré et appliqué des conditions générales de vente qui ont pu avoir pour effet d'empêcher ou de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché des garnitures de freins de rechange pour poids lourds, en favorisant artificiellement leur hausse et qui limitent le libre exercice de la concurrence entre les revendeurs indépendants des produits Abex ;

- Aux sociétés Ferodo Abex, Tod Freinage, Auto Pièces Nantais, Héry et Autodistribution, d'avoir, de concert, mené une action commerciale qui a eu pour objet, en comprimant la marge de Freinage Poids Lourds Service, d'imposer à ce revendeur un prix minimum de revente et de restreindre ainsi le jeu de la concurrence intra-marque entre les différents revendeurs indépendants de l'ouest de la France et a eu pour effet de limiter la concurrence entre les revendeurs de Ferodo Abex en faisant obstacle à ce que Freinage Poids Lourds Service fixe de façon indépendante ses prix de revente des garnitures Abex ;

- Aux sociétés Ferodo Abex et Renault Véhicules Industriels, d'avoir mené une action commerciale concertée qui a eu pour objet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché du rechange des garnitures de freins pour poids lourds en imposant à Billi SA un prix minimum de revente des produits de friction Abex afin de restreindre le libre exercice de la concurrence entre les concessionnaires de RVI et les revendeurs indépendants de Ferodo Abex et a pu avoir pour effet d'entraver la liberté commerciale d'un de ses revendeurs en faisant obstacle à ce que la société Billi fixe ses prix de revente des garnitures Abex par le libre jeu du marché ;

- Aux sociétés Ferodo Abex, Tod Freinage, Héry, Auto Pièces Nantais et Autodistribution, de s'être concertées et d'avoir mené une action commerciale qui a eu pour objet et pour effet d'entraver la liberté commerciale de Freinage Poids Lourds Service afin de restreindre géographiquement la concurrence intra-marque sur le marché des garnitures de freins pour poids lourds destinées au rechange.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la jonction :

Considérant que les saisines F 563 et F 651 portent sur des questions voisines ; qu'il y a

lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur la prescription :

Considérant que la société Auto Pièces Nantais fait valoir que le Conseil de la concurrence a été saisi des pratiques en cause par le ministre en charge de l'économie le 30 décembre 1993, que la notification de griefs se rapportant aux faits a été reçue par cette société le 19 janvier 1998, qu'aucun acte interruptif de prescription n'est intervenu durant cette période ; qu'elle soutient que la nomination d'un rapporteur n'est pas de nature à suspendre le délai courant pour la prescription des faits ;

Mais considérant qu'aux termes de l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *Le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction* » ; qu'à la suite de la saisine ministérielle enregistrée le 30 décembre 1993, le rapporteur dûment désigné par le président du Conseil a procédé à deux auditions, interruptives de prescription, dont la première est datée du 13 décembre 1996 ; que, par suite, le moyen tiré par la société Auto Pièces Nantais de l'acquisition de la prescription doit être écarté ;

Sur les pratiques relevées :

En ce qui concerne la diffusion d'allégations relatives à la qualité des produits Sun-Abex distribués par la SPFI :

Considérant que l'inquiétude manifestée en 1992 par les sociétés Kemper Freins et Auto Pièces Nantais et leur demande d'explications auprès de Ferodo Abex avaient pour origine l'arrivée sur le marché de garnitures de freins vendues à des prix sensiblement inférieurs à ceux qu'elles pratiquaient et qui étaient commercialisées sous un nom de marque pour partie identique au nom de marque des garnitures de freins qui leur étaient fournies par Ferodo Abex ; que, dans son courrier en date du 7 septembre 1992, le président-directeur général de la société Kemper Freins, après avoir souligné le bas prix des garnitures Sun-Abex mises sur le marché, indiquait « *De plus nous devons répondre à nos clients qui s'interrogent et nous demandent des explications car on leur dit : "la garniture Sun Abex c'est la même que l'Abex". Nous attendons des explications et une réponse très rapide de votre part* » ; que, de son côté, le responsable de l'agence Rezé de la société Auto Pièces Nantais indiquait dans son courrier du 25 août 1992 à la société Ferodo Abex : « *Il apparaît que ce produit est vendu dans une boîte marquée Sun-Abex et que le représentant laisse entendre que c'est la même chose que votre caissette Trailor B-2873-927. Qu'en est-il exactement ? Quelle est cette marque et qui la distribue ? Une réponse immédiate est souhaitée car nous commençons à perdre des ventes* » ; qu'aucun élément du dossier n'établit que Kemper Freins ou Auto Pièces Nantais, en demandant des explications à leur fournisseur, se seraient entendues avec lui pour que ce dernier établisse la « *note inspecteur* » du 11 septembre 1992 ou l'« *analyse comparative* » du 8 octobre 1992 ;

Considérant qu'ayant établi ces documents qu'il n'appartient pas au Conseil de qualifier au regard des textes réprimant la diffamation ou la publicité trompeuse, la société Ferodo Abex, qui était confrontée au risque de perte commerciale par suite de la confusion qui pouvait s'établir dans l'esprit de sa clientèle entre ses produits et les garnitures de freins vendues sous la marque Sun-Abex, avait un intérêt autonome à diffuser à sa force de vente et à ses clients ces notes, indépendamment de l'éventuel comportement de Kemper Freins ; que, de son côté, la société Kemper Freins, ayant reçu la « *note interne* » et « *l'analyse comparative* » de Ferodo Abex, avait un intérêt autonome à les diffuser auprès de ses propres clients pour limiter la fuite de sa clientèle ou répondre aux interrogations dont elle était l'objet de la part de celle-ci ; que le simple fait que Ferodo Abex ait transmis ses notes à Kemper Freins en indiquant, d'une part, qu'il s'agissait de notes confidentielles qui avaient été diffusées à son équipe de vente et, d'autre part, qu'il était demandé à Kemper Freins d'en faire le « *meilleur usage* » est insuffisant pour établir l'existence d'un accord de volontés

entre Ferodo Abex et Kemper Freins pour mettre en œuvre une pratique concertée de diffusion desdites notes destinée à fausser le jeu de la concurrence sur le marché des garnitures de freins ;

Considérant, enfin, que la circonstance que Ferodo Abex aurait continué de diffuser ces documents après le 5 janvier 1993, date de la décision du Conseil lui enjoignant à titre de mesure conservatoire de cesser cette diffusion, n'établit pas l'existence d'une pratique qualifiable au regard des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui prohibe les actions concertées, ententes expresses ou tacites ou coalitions ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence ; qu'aucun grief relatif à la non-exécution de la mesure conservatoire du 5 janvier 1993 n'a été notifié à la société Ferodo Abex ;

En ce qui concerne les conditions générales de vente de Ferodo Abex :

Considérant que les conditions générales de vente constituent de la part du vendeur une offre de contracter ; que, si l'acheteur accepte cette offre et les conditions et modalités de cette offre, la passation de commandes par les revendeurs d'un réseau de distribution vaut acceptation des conditions de vente qui leur ont été soumises ; que les conventions qui s'établissent aussi entre le fournisseur et les membres du réseau sont susceptibles d'affecter la concurrence sur le marché en cause et d'entrer dans le champ d'application de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que les clauses des conditions générales ou des accords de coopération commerciale sont prohibées par les dispositions de ladite ordonnance lorsque, non définies de façon claire et objective et alors que des dérogations tarifaires sont consenties à certains distributeurs sans conditions objectivement définies et sans contrepartie mise en œuvre par le ou les bénéficiaires, elles peuvent fausser le jeu de la concurrence sur un marché ;

Considérant que, s'il n'est pas contesté que Ferodo Abex consentait à ses revendeurs des conditions différentes qui n'étaient pas fondées sur des justifications objectives mais résultaient de négociations commerciales bilatérales entre ce fournisseur et chacun des revendeurs, il résulte de l'absence dans les conditions générales de toute référence à un barème quantitatif ou à des conditions spécifiques pour l'obtention des prix spéciaux, remises ou ristournes consenties par Ferodo Abex, de l'opacité pour chaque revendeur des conditions consenties par Ferodo Abex aux autres revendeurs et du fait que chaque revendeur pouvait légitimement penser qu'il s'était vu attribuer une zone de semi-exclusivité, qu'il n'est pas établi que ces revendeurs étaient en mesure de savoir, lorsqu'ils contractaient avec Ferodo Abex, qu'ils adhéraient à un système de distribution discriminatoire ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence, que dès lors il n'est pas établi que les pratiques de la société Ferodo Abex résultaient d'une entente ou d'une convention avec ses distributeurs, prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant, dans ces conditions, que le système discriminatoire observé résulte d'un comportement unilatéral de la société Ferodo Abex, mais ne constitue pas une convention anticoncurrentielle au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que le comportement susmentionné ne peut donc pas être qualifié, sur la base de ces dispositions, par le Conseil de la concurrence ;

En ce qui concerne les nouvelles conditions commerciales imposées par Ferodo Abex à Freinage Poids Lourds Service (FPLS) et la restriction géographique de l'activité commerciale de cette même société :

Considérant que la société Ferodo Abex a imposé de nouvelles conditions de vente moins favorables à la société FPLS incluant notamment la suppression des prix spéciaux liés aux quantités commandées et la diminution de 25 % à 21,6 % des remises sur facture ; que, pour obtenir un retour aux conditions commerciales initiales, son dirigeant, M. Guyodo, a dû,

selon ses déclarations corroborées par celles de MM. Lefèvre et Massé, s'engager à ne plus vendre en dehors du « secteur où il avait une semi-exclusivité » et « surtout pas sur le 44 » ; que cette limitation géographique de son activité commerciale a été actée dans l'avenant au contrat d'objectif de vente conclu le 7 octobre 1992 entre les deux sociétés ;

Considérant que l'intervention susdécrite de la société Ferodo Abex faisait suite, selon les déclarations du directeur des ventes de l'époque, à des interventions du groupe Tod et des sociétés Auto Pièces Nantais, Héry et Autodistribution ; que la déclaration du directeur commercial de Ferodo Abex, en date du 3 janvier 1997, confirme qu'« à l'époque il existait un conflit de prix pratiqués sur le terrain entre les différents distributeurs. Il s'agissait d'un conflit commercial et territorial doublé d'une mauvaise communication entre les personnes » ; que M. Tomasina, président-directeur général du groupe Tod, entendu le 27 avril 1993, précise avoir « reçu un courrier de M. Massé daté du 19 mai 1992 qui évoque un problème que j'ai eu avec M. Guyodo qui vendait sur la région de Quimper et déstabilisait le marché qui est loin d'être rémunérateur. Je suis intervenu au titre d'actionnaire de Kemper Freins » ; que le directeur des ventes de Ferodo Abex a indiqué que sa « lettre du 19 mai 1992 à M. Tomasina (...) était consécutive à des pressions du groupe Tod pour faire cesser les pratiques de Freinage Poids Lourds Service » ;

Mais considérant que le fait pour un distributeur de se plaindre auprès de son fournisseur du comportement commercial d'un distributeur concurrent ne constitue pas en soi une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance ; que, de même, le fait pour un producteur de trouver une solution au conflit commercial qui oppose plusieurs de ses distributeurs ne constitue pas en soi une entente anticoncurrentielle ; que, s'il est établi que les sociétés Auto Pièces Nantais, Héry et Autodistribution sont intervenues auprès de Ferodo Abex « pour que FPLS évite de faire du dumping sur du hors secteur », les éléments du dossier sont insuffisants à établir que ces sociétés ont exigé de Ferodo Abex, ou même ont demandé à ce fournisseur, qu'il limite le montant des ristournes et remises accordées à la société FPLS ou qu'il restreigne abusivement la liberté commerciale de cette dernière ; qu'en effet, en premier lieu, rien n'indique que les distributeurs qui se plaignaient n'auraient pas été satisfaits d'une augmentation de leurs propres ristournes leur permettant de faire face à la concurrence de FPLS tout en conservant le niveau de leurs marges sans modification des conditions consenties par Ferodo Abex à FPLS ; qu'en second lieu, et compte tenu du flou qui entourait les relations contractuelles entre Ferodo Abex et ses distributeurs, il ne peut être exclu que ces derniers pouvaient légitimement considérer qu'ils disposaient d'une exclusivité sur leur zone d'intervention, à l'instar de FPLS qui, selon les déclarations des dirigeants de Ferodo Abex, disposait d'une « semi-exclusivité » sur son secteur ; que, dès lors, il n'est pas établi que le fait que Ferodo Abex ait choisi de faire pression sur la société FPLS en la menaçant de réduire le montant des avantages qui lui étaient consentis et en obtenant d'elle qu'elle limite ses ventes à sa zone d'action résulte d'une entente avec les distributeurs qui l'avaient saisie ; que cette circonstance peut, en effet, s'expliquer par un choix autonome de Ferodo Abex pour faire cesser le conflit opposant ses distributeurs sans avoir à augmenter les avantages commerciaux consentis à ceux d'entre eux qui se plaignaient ; que, d'ailleurs, il est constant que Ferodo Abex a renoncé à diminuer les remises et ristournes accordées traditionnellement à FPLS et n'est pas intervenu sur la politique de prix de cette dernière dans la zone de « semi-exclusivité » de celle-ci ; qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi que les sociétés Ferodo Abex, Tod Freinage, Auto Pièces Nantais, Héry et Autodistribution ont mis en œuvre des pratiques prohibées par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

En ce qui concerne les prix minimaux de vente imposés par Ferodo Abex à Billi SA :

Considérant que la société Billi SA, distributeur de produits Ferodo Abex, vend à la

société Dentressangle des garnitures de freins pour remorques ; que les mêmes produits sont également vendus à la société Dentressangle par des concessionnaires Renault Véhicules Industriels ; qu'il résulte des déclarations de M. Martin, directeur de RVI chargé des pièces de rechange, et de MM. Lefevre et Massé, de Ferodo Abex, que les concessionnaires ont informé RVI de ce que les prix pratiqués par Billi SA étaient inférieurs aux leurs ; qu'à la suite de ces informations la société RVI a effectué une démarche auprès de Ferodo Abex ;

Considérant qu'il est établi que Renault Véhicules Industriels, qui était en concurrence avec Billi SA pour la vente de garnitures de freins de rechange à la société de transport Dentressangle et qui avait reçu des informations selon lesquelles ce revendeur pratiquait vis-à-vis de ce client des prix inférieurs à ceux consentis par Renault Véhicules Industriels, est intervenu auprès de Ferodo Abex afin que cette dernière vérifie les prix pratiqués par Billi SA ; qu'en revanche il n'est pas établi par les pièces du dossier que cette requête, qui ne constitue pas en elle-même une pratique concertée, avait pour objet d'obtenir de Ferodo Abex qu'il fasse remonter les prix de revente de Billi SA à la société de transport Dentressangle ; qu'en effet le directeur de RVI chargé des pièces de rechange a déclaré : « *Ce que nous recherchons, c'est d'avoir des explications lorsqu'un grossiste arrive à acheter moins cher que nous, et puis de réagir éventuellement* » ; qu'ainsi il ne peut être exclu que Renault Véhicules Industriels ait cherché simplement à obtenir de son fournisseur une renégociation de ses conditions d'approvisionnement lui permettant de soutenir la concurrence de Billi SA ; que la circonstance que la société Ferodo Abex ait choisi de demander à Billi SA de « *remonter les prix pour deux références* », ce qu'elle n'a d'ailleurs pas obtenu, et ait informé RVI de sa démarche ne révèle pas nécessairement l'existence d'une entente anticoncurrentielle entre RVI et Ferodo Abex, mais peut résulter d'un comportement unilatéral de Ferodo Abex destiné à lui éviter d'avoir à renégocier les conditions commerciales faites à RVI ; que, dès lors, il n'est pas établi que Ferodo Abex et RVI aient enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

Décide :

Article unique

Il n'est pas établi que les sociétés Ferodo Abex, RVI, Kemper Freins, Tod Freinage, Autodistribution, Auto Pièces Nantais et Héry ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Délibéré, sur le rapport de Mme Eloy, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, Mme Boutard Labarde, MM. Bargue et Nasse, membres.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
Le vice-président,
présidant la séance,
Frédéric Jenny
Annexe 39

Décision n° 99-D-32 du Conseil de la concurrence en date du 25 mai 1999 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de certains articles de papeterie

NOR : ECOC9910232S

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 21 décembre 1993 sous le n° F 731 par laquelle le ministre de

l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées dans le secteur de la distribution de certains articles de papeterie ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés Exacompta, Courteille et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Exacompta et Courteille entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

1. *Les produits et les opérateurs*

Selon les termes d'une étude de filière réalisée à la demande de la Fédération des industries papetières, les produits dits de papeterie peuvent être classés en plusieurs « familles » qui groupent des gammes de produits variés utilisés pour l'équipement de bureau professionnel ou domestique, les activités scolaires ou de loisirs : familles « papier » (papiers en ramette, pour dessin, « listings », d'emballage, d'hygiène et d'entretien), « façonnés » (blocs de correspondance, enveloppes et pochettes, cahiers, carnets, répertoires, feuillets, copies, fiches bristol, manifolds, registres, piqures comptables, bobines pour machines de bureau, agendas et articles millésimés), « écrire et corriger » (craies, ardoises, crayons graphites et couleurs, porte-mines et mines, stylos, marqueurs, gommes et produits de correction), « dessin et loisirs » (instruments de traçage et mesure, mobilier de dessin et tous les produits destinés aux beaux-arts), « classement » (classeurs, relieurs informatiques, dossiers suspendus, étagères, blocs de classement, parapheurs, trieurs), « matériel pour l'école et le bureau » (colles, étiquettes, agrafages, perforateurs, reliures, films pour rétroprojection, ficelles, sous-main), « consommables bureautiques et informatiques » (accessoires informatiques, toners, rubans) et « carterie » (cartes postales, cartes et carnets de vœux, emballages cadeaux, étiquettes fantaisie, invitations, faire-part, menus, albums).

Les pratiques examinées ci-après, pour les années 1991 à 1993, concernent le secteur de la production et de la distribution de certains « façonnés » (agendas, manifolds, registres). Les manifolds sont des cahiers de papier autocopiant essentiellement utilisés à des fins professionnelles par des artisans ou commerçants : carnets de commande, devis, notes de frais, reçus, cahiers de livraison, de messages, factures. Les registres sont des cahiers organisés de façon à faciliter la consignation et la conservation par l'utilisateur d'une écriture obligatoire : la taille et le nombre de lignes ou de colonnes différencient les registres selon leur destination. L'obligation de tenir des documents écrits résulte de dispositions légales régissant l'activité de certains opérateurs économiques : tout commerçant doit tenir un « livre d'inventaire » et un « livre-journal » retraçant les opérations comptables effectuées ; les sociétés commerciales ont l'obligation de tenir un registre de présence aux assemblées générales ou aux conseils d'administration, un registre des délibérations adoptées à ces occasions, un registre des mouvements de titres et des ordres de mouvements. Toutes les entreprises doivent avoir un registre des personnels, des vacances et absences, des payes. La famille des « façonnés » comprend également des cahiers classiques dont l'usage principal, mais non exclusif, est scolaire.

Selon l'étude précitée, on dénombrait en France, pendant la période couverte par les investigations, environ 450 offreurs : fabricants, filiales de fabricants étrangers, importateurs exclusifs de produits de papeterie. L'ensemble de leurs ventes représentait environ

16 700 millions de francs en 1991 et 17 000 millions de francs en 1994. Le secteur se caractérise par un nombre important de petites entreprises : 80 % du nombre total d'opérateurs ne réalisaient que 31 % des ventes d'articles de papeterie, alors que moins de 5 % réalisaient un chiffre d'affaires supérieur à 200 millions de francs représentant plus de 45 % des ventes totales. Les importations représentent 28 % des produits de papeterie consommés et 28 % de la production française est exportée.

Dans le secteur de la papeterie comptable et des registres, les statistiques de la Fédération des articles de papeterie montrent que 21 fabricants opéraient dans ce secteur en 1991 pour un chiffre d'affaires de 734 millions de francs ; en 1994, ils n'étaient plus que sept réalisant un chiffre d'affaires total de 279 millions.

La distribution des « façonnés » jusqu'aux utilisateurs finaux est réalisée par l'intermédiaire d'une soixantaine de grossistes, la plupart de petite taille (moins de 20 millions de francs de chiffre d'affaires, moins d'une dizaine réalisant plus de 40 % du chiffre d'affaires de la profession). Certains grossistes sont réunis au sein de groupements d'achats, tel Nordipa, auquel appartenait la société Courteille avant d'être absorbée, à compter du 1^{er} janvier 1997, par la société Nordipa SA. Les « spécialistes du bureau » ou « fournisseuristes » sont des grossistes réalisant plus de 50 % de leur chiffre d'affaires dans l'approvisionnement des utilisateurs professionnels. Si plus de 1 000 entreprises appartenant à cette dernière catégorie ont été dénombrées, 0,5 % d'entre elles seulement ont un chiffre d'affaires dépassant 200 millions de francs. La part des produits de papeterie représenterait environ 69 % de leur chiffre d'affaires, part qui irait en décroissant au profit de celle des ventes de matériel bureautique et informatique. Les « façonnés » représenteraient environ 18,5 % des ventes d'articles de papeterie.

Les grossistes assurent 8 % de l'approvisionnement des formes modernes de distribution (grandes et moyennes surfaces), 8,5 % de celui des fournisseuristes et 25 % de celui des détaillants. C'est dans ce dernier secteur que la baisse de la part des approvisionnements a été la plus sensible en raison de la diminution des détaillants peu spécialisés et du renforcement du rôle des groupements.

Au stade final, les produits de papeterie utilisés par les ménages empruntent deux circuits de distribution : celui des détaillants traditionnels et celui des grandes et moyennes surfaces. Les détaillants spécialisés représentent environ 30 % du chiffre d'affaires papeterie du commerce de détail. Le nombre de points de vente se réduit et l'activité du secteur baisse. Un regroupement au sein de centrales d'achats peut être observé (par exemple : Plein Ciel : 330 adhérents ; Majuscule : 150 adhérents). Les ventes de « façonnés » représenteraient environ 31 % du chiffre d'affaires papeterie de cette catégorie d'opérateurs qui reste le circuit « leader » de distribution de ce type de produit.

2. Le « groupe » des Etablissements Charles Nusse

Ce « groupe » a vu le jour en 1926. En 1995, a été créée la société « holding » Exacompta-Clairefontaine, qui détient la totalité du capital des filiales de premier rang (Exacompta, Clairefontaine et Ateliers de fabrication des agendas [AFA]) et qui s'interpose entre les Etablissements Charles Nusse et ces dernières. Certaines sociétés ont été cédées (Bellegarde) et d'autres, achetées (Lavigne, Manuclass, Evertold). Le groupe Exacompta est à la fois producteur de papiers et de produits de transformation à base de papier ; il est organisé en fonction des canaux de distribution : les sociétés Clairefontaine et Exacompta approvisionnent les papetiers détaillants, les fournisseuristes, les vendeurs par correspondance et, subsidiairement, les grossistes en « façonnés » ; certains catalogues sont communs aux deux sociétés. La société Exacompta, dont le président du conseil d'administration est M. François Nusse, avait réalisé en 1993 un chiffre d'affaires de 420,5 millions de francs ; la société Les Registres Le Dauphin a été acquise à la fin de l'année 1993, elle est une filiale à

100 % de la société Exacompta et a le même président. Depuis cette acquisition, la société Les Registres Le Dauphin fabrique des articles façonnés en sous-traitance pour l'ensemble du groupe : répertoires, carnets de note (Lalo), des blocs ou des registres (Exacompta), des cartons à dessin (Sill), des fiches planning (Flambo). Le chiffre d'affaires réalisé en 1993 par cette société s'est élevé à 109 millions de francs ; la société Calligraphe vend essentiellement aux grossistes scolaires des articles destinés au dessin et aux travaux artistiques, alors que la société Sill vend des cahiers et copies aux grandes et moyennes surfaces (GMS) ; la société Flambo vend des articles de bureau (classement) à la fois à Sill et aux détaillants papetiers ; Les Ateliers de fabrication des agendas (AFA) fabriquent ces produits pour l'ensemble des sociétés du groupe : des agendas scolaires pour Clairefontaine, des agendas vendus en grandes et moyennes surfaces pour Sill, les agendas Le Mignon (Registres Le Dauphin) et Exacompta.

Les sociétés Exacompta, Flambo et Clairefontaine ont une force de vente commune composée, au moment des faits, de 38 représentants. La société Registres Le Dauphin, qui commercialise la même gamme de produits qu'Exacompta, a conservé une force de vente propre composée de quatorze représentants. En revanche, les dépôts de Lyon, Bordeaux et Paris ont été réunis afin de réduire les coûts de distribution.

3. Les marchés

Les produits composant les « familles » de la « filière papeterie en France » correspondent à des utilisations voisines mais ils ne sont pas complètement substituables entre eux. L'offre des fabricants est segmentée par familles de produits comme indiqué dans l'étude de la fédération professionnelle précitée. De plus, les fabricants de façonnés se cantonnent rarement à la commercialisation des seuls produits qu'ils fabriquent : pour satisfaire à la demande, ils doivent proposer une large gamme de produits, ainsi que le montrent catalogues et conditions de vente. Près des deux tiers de la distribution des produits de papeterie est assurée par les détaillants traditionnels auprès desquels les utilisateurs ont l'assurance de trouver une plus ou moins large gamme de fournitures : buralistes, papetiers de proximité, spécialistes. Grands magasins ou grandes et moyennes surfaces alimentaires ont toujours un rayon papeterie individualisé, mais qui comprend une variété d'articles moindre que celle des spécialistes, et dont certaines catégories de produits, tels les registres et piqûres, sont généralement absents.

Pour l'utilisateur final, la substituabilité des produits entre familles ou même à l'intérieur d'une famille est faible. Ainsi, au sein de la famille des façonnés, l'utilisateur final distingue plusieurs produits non substituables entre eux, qui constituent des marchés pertinents au sens du droit de la concurrence : enveloppes, cahiers, copies, agendas, etc. Certains façonnés ont cependant des substituts tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de leur propre famille de produits. Tel est le cas des registres, dans la mesure où la consignation d'une information légalement élaborée et conservée peut être assurée par d'autres moyens que les supports papier. L'utilisateur potentiel d'un registre peut parfois, en effet, être placé en situation de choix entre un support papier ou un support informatique, certains logiciels étant légalement substituables aux registres traditionnels. La substituabilité entre registres et logiciels est cependant imparfaite, en raison de la différence importante de prix, du caractère quasiment irréversible de la décision d'investir dans un logiciel (et un ordinateur), et du fait que la tenue de registres papier reste, dans certains cas, obligatoire.

Dès lors, le marché concerné est celui des registres et piqûres.

Sur ce marché, la société Exacompta réalisait environ 89 % des ventes entre 1991 et 1993 M. François Nusse a déclaré : « Pour les registres et piqûres, Exacompta détient (y compris Le Dauphin) une part du marché d'environ 70 % de la vente par le circuit papeterie et nous sommes les leaders sur ce créneau. Notre principal concurrent est Lebon et Vernay. Pour les manifolds, Exacompta représente 60 % de part du marché national. » M. Donadille,

directeur commercial de la société Exacompta, et M. Kouskoff, directeur des ventes de la société Les Registres Le Dauphin, ont confirmé ces déclarations.

M. Frankel, de la société Plein Ciel, a déclaré : « *Sur le créneau des registres et piquûres, Exacompta est le leader en France. Il représente 80 % des parts de marché avec Le Dauphin.* » M. Le Révérend, de la société Distributeurs Associés, a confirmé que : « *Pour les registres, il s'agit des registres Le Dauphin et Exacompta. Sur ce produit Exacompta est un fournisseur incontournable* » ; de même, ont déclaré M. Sigouneau, de la société Euroburo : « *Pour les registres et piquûres, j'ai un fournisseur quasi exclusif qui est le groupe Exacompta... il est incontournable puisque très peu concurrencé* », Mme Galey, de la société Fourni-Bureau : « *Sur le créneau des registres et piquûres, je traite principalement avec Exacompta et avec sa filiale Le Dauphin de façon marginale pour le motif qu'il n'y a pas de concurrents* » et M. Douet, de la société Papeterie Gambetta : « *Pour la gamme des registres et piquûres j'ai un fournisseur quasi exclusif Exacompta... il n'y a pas de concurrents dans cette gamme de produits.* »

4. Les pratiques

La société Exacompta emploie une quarantaine de représentants sur le territoire national et dispose de dépôts à Bordeaux, Etival, Lyon, Marseille, Perpignan et Toulouse au départ desquels elle livre ses clients détaillants. Dans le nord et l'ouest de la France, où elle ne possède pas de dépôt, la distribution est assurée soit directement depuis Paris, soit par l'intermédiaire de grossistes appartenant à une chaîne dénommée Nordipa.

Elle édite chaque année un catalogue exclusivement destiné aux professionnels sous la double marque Exacompta et Flambo. Ce document présente l'ensemble des productions de ces sociétés, soit plus de 2 000 références classées par famille, et précise le tarif de base applicable. Les piquûres appartiennent aux « familles » A et B, les manifolds aux « familles » E et F et les agendas aux « familles » K et W.

Les conditions générales de vente et les conditions tarifaires de la société Exacompta sont uniques et ne distinguent pas selon l'activité (grossiste, fournisseur, détaillant) du client. Certains clients ont toutefois constitué des groupements d'achats qui leur permettent d'obtenir des conditions plus avantageuses différenciées selon qu'ils disposent ou non d'une plate-forme, et remplissent de la sorte la fonction de grossiste, ou sont une simple centrale de référencement. Le prix de base des produits vendus par la société Exacompta est celui indiqué dans le catalogue Exacompta-Flambo. Deux sortes de remises peuvent cependant venir en déduction de ce prix : les remises dites quantitatives et celles dites qualitatives ; par ailleurs, des remises de fin d'année sont accordées à certaines catégories de clients. Les prix portés sur les factures sont toujours des prix nets des remises dont le niveau n'est pas indiqué.

Les remises quantitatives sont octroyées en fonction des quantités commandées et elles varient selon les familles. Selon les déclarations de M. François Nusse, aucune remise quantitative n'est accordée pour les familles A et B (registres, piquûres, certains cahiers). L'instruction n'a pas permis d'établir l'existence de remises quantitatives pour les produits appartenant aux familles D (matériels de bureau, telles les punaises, attaches...), E (carnets de chantier, blocs de bridge...), I (albums photo...) et Z (intercalaires de marque Flambo).

Les remises qualitatives sont la contrepartie de la fidélité d'un client à la marque. Le niveau de remise qualitative accordé est fonction des perspectives d'achat d'un client pour la période future et il est négocié, en début de période, entre le client et le représentant du fournisseur. Ce dernier dispose d'un barème de chiffre d'affaires, codé au moyen d'un système de lettres et qui n'est pas communiqué au client, à partir duquel il détermine le montant de remise qualitative appliqué directement sur facture. Pour un client « ordinaire », c'est-à-dire passant une commande directe à un représentant, elle est de 20 % sur certaines familles de produits (niveau 7). Sur les registres, la remise maximale pouvant être obtenue est

de 5 % aux détaillants, 10 % aux fournisseuristes et 15 % aux grossistes.

Enfin, les remises de fin d'année avaient, avant l'année 1993, *« pour but de fidéliser [nos] meilleurs clients papetiers à l'ensemble de produits en leur proposant une remise forte sur les catégories d'articles qu'ils ne suivent pas encore chez nous grâce à une ristourne sur l'ensemble du chiffre d'affaires »*. Elles étaient accordées aux seuls papetiers détaillants. Ce mécanisme a été étendu en 1993 aux fournisseuristes. Comme l'indique M. François Nusse dans une lettre du 19 mai 1994 adressée à la direction nationale des enquêtes de concurrence, *« ce type de RFA n'est proposé à aucun de nos gros clients pour lesquels il serait trop aisé d'obtenir les chiffres nécessaires dans chaque famille d'articles et qui, par ailleurs, bénéficient de remises très substantielles en fonction de leur volume d'achat. »*

Le mode de détermination de cette remise tient compte du chiffre d'affaires réalisé par les clients dans chacune des familles de produits. Ce système, qui conduit à l'octroi d'une remise maximale de 3 %, tend à favoriser l'élargissement de la gamme commandée. Dans la lettre précitée du 19 mai 1994, la remise de fin d'année est présentée comme *« une prime de fidélité à tous les clients petits et moyens qui font avec notre maison un chiffre significatif dans un certain nombre de familles d'articles »*. Pour l'année 1993, aucun client n'a bénéficié de la formule « fournisseuriste » contre 36 ayant bénéficié de la formule « papetiers ». La première a été supprimée en 1994.

La société Exacompta a fait valoir dans ses observations que : *« Les grossistes bénéficient également de remises dites de "fin d'année" qui recouvrent en fait une réalité différente, plus proche d'une ristourne hors facture. Les grossistes se trouvent en situation de négocier avec Exacompta des remises globales, dans le cadre de discussions périodiques. Tous les grossistes bénéficient soit d'une telle remise de fin d'année, soit d'une participation financière d'Exacompta à leur catalogue. Cela démontre le rôle central que jouent les grossistes pour Exacompta. Un grossiste importateur bénéficie de 15 % de remises sur les registres et piqûres - par exemple Nordipa-Courteille - alors qu'un détaillant a des difficultés pour obtenir un prix inférieur au catalogue Exacompta. »*

M. Patoux, directeur général de la société Courteille, a déclaré le 6 mai 1994 que cette société *« dans ses relations avec Exacompta évite les conflits entre les deux forces de vente respectives, les représentants de Courteille ne font pas de concurrence à ceux d'Exacompta »*, ceci se traduisant notamment par *« l'absence de surenchère de remises »*. De son côté, M. Gilles Nusse, responsable du département Agenda de la société Exacompta, écrivait, dans une lettre du 3 mars 1994 à la centrale d'achat Distributeurs Associés, qu'il était nécessaire de *« définir les stratégies réciproques et les cibles de chacun dans une bonne entente, comme cela se passe déjà sur la Seine-Maritime »*.

Ainsi qu'il ressort d'un tableau établi par les sociétés Exacompta et Courteille à l'appui de leurs observations, les prix des produits Exacompta vendus par la société Courteille à des clients également livrés directement par la société Exacompta sont égaux ou supérieurs à ceux de la société Exacompta. La comparaison des facturations faites par chacune des deux sociétés aux distributeurs de l'échantillon retenu ne montre pas de différences quantitatives systématiques et importantes au profit de l'un ou l'autre fournisseur. Dans certains cas, la société Exacompta a même procédé à des livraisons inférieures en volume à celles de son grossiste. Les dates de facturation de ces livraisons sont parfois très proches sinon identiques.

Deux griefs ont été notifiés puis finalement retenus par le rapporteur, à partir des constatations ci-avant relatées : un grief d'entente entre les sociétés Exacompta et Courteille *« pour avoir tacitement convenu de limiter entre elles la concurrence par les prix et s'être réparti le marché de la fourniture de produits de marque Exacompta aux détaillants dans le département de la Seine-Maritime »* et un grief d'abus de position dominante à la société Exacompta *« pour avoir instauré et mis en pratique un régime de remises de fin d'année à*

usage des seuls détaillants, en excluant de son bénéfice les grossistes qui étaient pourtant habituellement soumis aux mêmes conditions tarifaires que les détaillants ».

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur le grief d'entente :

Considérant qu'un fournisseur est libre d'organiser comme il l'entend la distribution de ses produits et peut décider de recourir aux services de grossistes pour démarcher certains points de vente tout en assurant lui-même l'approvisionnement d'autres distributeurs, dès lors que cette répartition des tâches n'a ni pour objet ni pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché ; qu'en l'espèce, la société Exacompta, qui disposait d'une force de vente et d'un système de livraison périodique à ses clients importants de la Seine-Maritime par camions au départ de ses dépôts de la région parisienne, pouvait licitement confier la distribution de ses produits aux détaillants passant des commandes de moindre importance à un grossiste local, la société Courteille, qui était mieux à même d'assurer des petites livraisons, plus rapprochées ; qu'une telle répartition des tâches avait pour objet la rationalisation de la distribution et qu'elle permettait aux détaillants de la Seine-Maritime de pouvoir choisir, en fonction de leur politique commerciale, entre deux offreurs de produits de marque Exacompta ;

Considérant que les déclarations de M. Patoux, selon lesquelles « les représentants de Courteille ne font pas de concurrence à ceux d'Exacompta », et la lettre de M. Nusse, estimant nécessaire de « définir les stratégies réciproques et les cibles de chacun dans une bonne entente », font écho au partage des missions licitement convenu entre les sociétés Exacompta et Courteille et visent l'application concrète qui en était faite par les représentants du fournisseur et du grossiste dans leurs relations avec la clientèle des détaillants ; qu'elles ne doivent pas être prises comme une référence à des comportements prohibés par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant, d'ailleurs, que la société Exacompta a produit, à l'appui de son mémoire en réponse, la copie de factures établies de novembre 1992 à novembre 1993 par elle-même et par la société Courteille pour des livraisons effectuées à six détaillants qu'elles avaient approvisionnés l'une et l'autre ;

Considérant, il est vrai, que sur les treize références de produits Exacompta dont ces documents font état, il apparaît que les prix de vente de la société Courteille sont identiques dans trois cas et toujours supérieurs dans les dix autres à ceux de la société Exacompta alors que les quantités livrées par les deux fournisseurs sont comparables et que la société Exacompta a même procédé, dans certains cas, à des livraisons inférieures en volume à celles de son grossiste ;

Mais considérant que les prix de vente sur facture aux détaillants, pratiqués par la société Exacompta comme par la société Courteille, ne prennent pas en compte les ristournes hors facture éventuellement accordées ; qu'en tout état de cause, et à supposer que les prix de vente « nets nets » de la société Courteille aient été soit égaux, soit supérieurs à ceux de la société Exacompta, ce fait pourrait s'expliquer par le service supplémentaire, et en tout cas différent de celui de la société Exacompta, que rend la société Courteille à ses clients en étant à même d'assurer la livraison de leurs commandes de faible importance, à une fréquence plus élevée ou à la demande ;

Considérant, dès lors, qu'il n'est pas établi que, dans le cadre de la répartition des tâches que les sociétés Courteille et Exacompta avaient choisi pour distribuer les produits de marque Exacompta dans la Seine-Maritime, elles se soient concertées pour restreindre la concurrence par les prix qu'elles pouvaient se faire ;

Sur le grief d'abus de la position dominante :

Considérant qu'il n'est pas contesté que la société Exacompta occupe une position dominante sur le marché des registres et piqûres et qu'elle applique des remises différenciées aux grossistes et aux détaillants, ces derniers pouvant bénéficier d'une catégorie spéciale de remise dite de « fin d'année » sous réserve d'un élargissement de la gamme commandée ;

Considérant que le fait pour un fournisseur d'accorder des remises qualitatives différenciées en fonction des stades de distribution et des services rendus à chacun de ces stades n'est pas en soit une pratique prohibée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, si les conditions d'obtention de ces remises n'excluent pas des entreprises qui seraient prêtes à fournir les services requis, si elles sont définies de façon objective, appliquées de façon non discriminatoire et n'ont pas pour objet ou pour effet de limiter la liberté des commerçants de déterminer de façon autonome leur politique de prix de vente ;

Considérant que les remises de fin d'année dont il s'agit satisfont à ces conditions ; qu'en effet, comme en convient le commissaire du Gouvernement, elles sont la contrepartie d'un service spécifique rendu par les détaillants à leur fournisseur en présentant à la vente une gamme élargie de produits Exacompta, les grossistes devant au contraire, de par leur fonction même, pouvoir offrir aux détaillants un grand nombre de références ; que les remises quantitatives et qualitatives consenties aux grossistes ne bénéficient pas de manière significative aux détaillants, compte tenu de leurs volumes de vente et que, dès lors, l'octroi à ces derniers de remises de fin d'année en fonction de la diversification des gammes de produits offerts à la vente constitue, comme l'observe la société Exacompta, un outil de promotion des ventes adapté à leur statut ; que les conditions d'attribution de ces remises sont définies de façon objective et qu'aucun élément du dossier ne permet de penser qu'elles auraient été appliquées de façon discriminatoire, notamment en excluant de leur bénéfice des entreprises susceptibles de fournir le même service, ou qu'elles limiteraient la liberté des détaillants d'établir leur politique commerciale de façon autonome ;

Considérant en conséquence qu'il n'est pas établi que l'octroi par la société Exacompta de remises spécifiques à ses seuls clients détaillants, visant à favoriser de leur part l'achat de gammes plus larges de produits Exacompta, ait eu pour objet ou ait pu avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché,

Décide :

Article unique

Il n'est établi ni que les sociétés Exacompta et Courteille aient enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ni que la société Exacompta ait enfreint les dispositions de l'article 8 de ladite ordonnance.

Délibéré, sur le rapport de M. Guérin, par Mme Pasturel, vice-présidente, présidant la séance, et MM. Lasserre et Piot, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La vice-présidente,

présidant la séance,

Micheline Pasturel

Annexe 40

Décision n° 99-D-33 du Conseil de la concurrence en date du 26 mai 1999 relative à des pratiques relevées à l'occasion de marchés de fourniture d'enrobés à la ville de Rennes

NOR : ECOC9910233S

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 9 mars 1994 sous le numéro F 663, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées à l'occasion de marchés publics de fournitures d'enrobés à la ville de Rennes ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la décision n° 95-D-37 du 24 mai 1995 par laquelle le Conseil de la concurrence a sursis à statuer en vue d'un complément d'instruction ;

Vu les observations présentées par les sociétés Rol Lister, Entreprise Jean Lefebvre, Viafrance, Société chimique routière, Enrobés Rennes Nord et Enrobés 35 et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Rol Lister, Entreprise Jean Lefebvre, Viafrance, Société chimique routière, Enrobés Rennes Nord, Enrobés 35, Entreprise Barthélémy et Pigeon entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés,

I. - CONSTATATIONS

1. *Les produits, les entreprises et les marchés*

Les enrobés sont produits dans des centrales représentant un investissement important (entre 12 et 15 millions de F), dont la capacité de production peut aller de 80 tonnes/heure, pour une petite centrale, à 400 tonnes/heure pour une centrale autoroutière à fonctionnement continu. Les centrales peuvent être employées selon un mode autarcique (une entreprise installe sa propre centrale mobile à proximité d'un chantier routier dont elle est titulaire et se réserve la totalité de la production), un mode protégé (une centrale fixe est exploitée dans le cadre d'une société commune constituée entre entreprises de travaux publics dont les relations font l'objet d'une convention d'exploitation prévoyant un tarif préférentiel pour les associés et des prix spéciaux à l'occasion de certaines affaires) ou un mode de fourniture à des utilisateurs extérieurs (entreprises de petite taille n'ayant pas les moyens de posséder leur propre centrale, et qui se fournissent ponctuellement à l'occasion de leurs chantiers, services techniques des collectivités locales qui assurent eux-mêmes la mise en œuvre des enrobés, etc.).

La composition des enrobés variant selon le type de voirie à construire ou à entretenir, les prescriptions techniques des maîtres d'ouvrage rendent les enrobés non substituables entre eux. De plus, le coût du transport représente une part importante du prix des enrobés rendus chantier. A l'époque des faits dont il s'agit, il était compris entre 40 et 50 F la tonne hors taxe pour un parcours de 40 kilomètres. Enfin, la nature même des enrobés nécessite leur mise en œuvre rapide (d'où l'installation de centrales mobiles à proximité des chantiers autoroutiers).

Le marché pertinent des fournitures d'enrobés à la ville de Rennes est géographiquement limité et s'étend sur une zone de 50 kilomètres environ de rayon autour de Rennes. Six centrales fixes sont situées dans un rayon de 40 à 60 kilomètres :

- quatre centrales indépendantes : Sauvager SARL (44, Châteaubriant : 25 000 tonnes/an), Henri (35, La Chapelle-Saint-Aubert, Vieux-Vy-sur-Couesnon), SRTP (35, La Gravelle) et SA Keravis-Beaufils à l'Hermitage, à moins de 10 kilomètres de Rennes. Cette dernière est devenue, à compter du 20 novembre 1992, une société *holding*, ses activités économiques ayant été reprises par la SA ERTF Keravis, immatriculée le 16 février 1993 ;
- et deux centrales exploitées à 10 kilomètres de Rennes par deux sociétés communes :

SARL Enrobés 35 (siège social et centrale fixe de 100 000 tonnes/an à Domloup, siège administratif à Chantepie, dans les locaux de la SA Colas Centre Ouest) et SARL Enrobés Rennes Nord (la SERN), créée en 1988 et entrée en fonctionnement en octobre 1990 (siège social et siège administratif à Chantepie dans les locaux de la SA Colas Centre Ouest, centrale fixe de 150 000 tonnes/an à La Mézière). Ces deux SARL ont les mêmes associés, à savoir l'Entreprise Jean Lefebvre (filiale de GTM Entrepose, du groupe Lyonnaise des Eaux-Dumez), SACER (filiale à 99,4 % de la société Colas, appartenant au groupe Bouygues, devenue une société holding en 1992, année où elle a filialisé ses activités économiques ; la SA SACER Atlantique, immatriculée le 31 décembre 1992, est une de ses filiales (à 99,99 %) qui exerce dans l'ouest de la France métropolitaine), Colas Centre Ouest (filiale à 99,99 % de la société Colas, du groupe Bouygues), Rol Lister (filiale à 99,99 % de la société Cochery-Bourdin & Chausse, du groupe Générale des Eaux), Screg Bretagne (associée d'Enrobés 35, elle a été radiée du registre du commerce et des sociétés le 8 juillet 1986, après avoir fait apport de son fonds à la SA Screg Ouest, signataire de la convention d'exploitation de la SERN et filiale à 99,99 % de la société Screg, elle-même filiale à 99,99 % de la société Colas, du groupe Bouygues ; la société Screg Ouest, d'abord société anonyme, est devenue société en nom collectif le 31 décembre 1989, puis redevenue société anonyme le 1^{er} janvier 1997), Viafrance (filiale de la Société générale d'entreprise (SGE), du groupe Générale des Eaux), Barthélémy (devenue filiale de la SA Pigeon TP, elle-même filiale de la SA Pigeon Entreprises) et Entreprise Pigeon (la SA Pigeon Entreprise est devenue société *holding* et possède des participations dans une dizaine d'entreprises, parmi lesquelles Pigeon TP, Pigeon Chaux, Pigeon & Cie, etc.). La SARL Enrobés Rennes Nord a un neuvième associé : la SCR, filiale à 99,10 % de la société Eiffage.

Une chaussée est réalisée en presque totalité avec des granulats : les granulats entrant dans la fabrication des enrobés doivent répondre à certaines spécificités de granulométrie, de dureté et de qualité. A ces spécificités techniques s'ajoutent les contraintes de coût : nécessité éventuelle de broyages successifs pour arriver à la granulométrie exigée pour le type d'enrobé à fabriquer, taux de fillers (ou dureté) constant qui rend plus difficile le mélange de granulats de différentes carrières, coûts de transport élevés qui imposent que la distance qui sépare la carrière de la centrale soit la plus faible possible (les centrales d'enrobés sont parfois installées dans la carrière).

Selon l'UNICEM, la consommation de granulats serait de 7,8 tonnes/habitant pour le Grand Ouest à raison de 79 % au titre de la voirie et 21 % au titre du bâtiment (béton), soit une demande potentielle de 6 240 000 tonnes pour l'Ille-et-Vilaine. Les carrières d'Ille-et-Vilaine ont produit, tous types de roche confondus (granulats, sables et granit), 7 323 000 tonnes en 1992, 7 324 000 tonnes en 1993 et 7 833 000 tonnes en 1994, soit une moyenne de 7 493 000 tonnes par an. La production de granulats concassés s'est élevée à 6 400 000 tonnes en 1992, 6 100 000 tonnes en 1993 et 6 500 000 tonnes en 1994, soit une moyenne de 6 330 000 tonnes par an, dont 79 %, soit environ 5 200 000 tonnes, étaient destinés à la viabilité (couches de forme et enrobés).

Il existe en Ille-et-Vilaine dix-neuf carrières de granulats en activité, dont six exploitées par le groupe Pigeon [SA Pigeon Carrières à Louvigné-de-Bais (1), Saint-M'Hervé (2) et Martigné-Ferchaud (3) ; SA SOGETRAP à Saint-Médard-sur-Ille (4) ; SA Montserrat à Saint-Malo-de-Phily (5) ; SA Pensa à Baguer-Pican (6)], sept par des exploitants indépendants [Henri TP à La Chapelle-Saint-Aubert (7) ; Carrières du Guimorin (Filiale Henry) à Vieux-Vy-sur-Couesnon (8) ; Renaudin à Janzé (9) ; Baglione TP à Saint-M'Hervé (10) et La Bouexière (11) ; Beauce à Fleurigné (12) ; Moulet à La Bouexière (13)] et six par des filiales de groupes nationaux [Redland à Fougères (14) ; Viafrance à Vignoc (15) ; Even à Saint-Guinoux (rachat par Gagneraud) (16), Gagneraud à Saint-Père-Marc-en-Poulet (17), Iffendic (18) et Saint-Broladre (19)].

La production des entreprises du groupe Pigeon a été la suivante, en milliers de tonnes, au cours des exercices 1992-1993, 1993-1994 et 1994-1995 (pour ce dernier exercice, les données sur neuf mois sont extrapolées sur douze mois) :

	1992/1993	1993/1994	1994/1995	MOYENNE
SA Carrières Pigeon	2 257	2 489	2 700	2 480
SOGETRAP	1 033	908	919	950
Pensa	332	350	400	360
Montserrat	800	738	835	790
Total	4 422	4 485	4 854	4 580

Afin d'atténuer les effets des variations de stocks, la comparaison des quantités vendues à la production doit être effectuée à partir de moyennes annuelles. La production totale des carrières du département, y compris les sablières, s'est élevée à 7 493 000 tonnes par an (moyenne sur les années 1992 à 1994). Le groupe Pigeon a donc extrait $4\,580\,000 \times 100 / 7\,493\,000 = 61\%$ de la production totale annuelle. La production moyenne annuelle des autres carrières est de 270 000 tonnes pour Redland, 330 000 tonnes pour Viafrance (La Garenne), 180 000 tonnes pour Even (Saint-Guinoux) et 380 000 tonnes pour Gagneraud (Iffendic et Saint-Broladre), soit un total de 1 160 000 tonnes pour les filiales de groupes nationaux, et 350 000 tonnes pour Henry, 450 000 tonnes pour Baglione, 380 000 tonnes pour Renaudin et 250 000 tonnes pour Beauce.

Par ailleurs, 700 000 tonnes d'enrobés sont produits chaque année en Ile-et-Vilaine par les centrales fixes implantées dans le département ou à sa périphérie (SEG, Corseul Enrobés, Rance Enrobés et Sauvager). Toutefois, 112 000 tonnes sont produites à partir de granulats provenant de l'extérieur du département : 39 000 tonnes pour Corseul Enrobés, 10 000 tonnes pour Sauvager, 43 000 tonnes pour Keravis à l'Hermitage (moitié de l'approvisionnement), 15 000 tonnes pour Keravis à La Brohinière (carrière des Côtes-d'Armor) et 5 000 tonnes pour Rance Enrobés. Ainsi, $700\,000\text{ tonnes} - 112\,000\text{ tonnes} = 588\,000\text{ tonnes}$ sont produites à partir de granulats provenant d'Ile-et-Vilaine.

Une tonne d'enrobés contient 95 % de granulats. Les carrières du groupe Pigeon ont fourni en moyenne, sur la période 1992-1994, 103 000 tonnes de granulats à Enrobés 35, 113 000 tonnes à la SERN, 46 000 tonnes à la SEG, 41 000 tonnes à Keravis et 20 000 tonnes à la SCREG, soit un total de 323 000 tonnes représentant $323\,000 \times 100 / 588\,000 \times 0,95 = 58\%$ de la production départementale des granulats entrant dans la fabrication des enrobés. Les autres sources d'approvisionnement en granulats pour la fabrication d'enrobés sont les suivantes :

* Corseul Enrobés	37 000 tonnes de Vaurifer.
* SERN	33 000 tonnes de Vaurifer.
* SCREG	20 000 tonnes de Pigeon.
	31 000 tonnes de Renaudin.
* Keravis	41 000 tonnes de Pigeon.
	21 000 tonnes de Vaurifer.

2. Les pratiques constatées

En premier lieu, les offres présentées pour le marché de fourniture pour 1990 par Enrobés 35 et Keravis-Beaufils étaient identiques, comme l'étaient deux des prix des offres présentées par les sociétés Henry et SRTP. Pour le marché de fourniture pour 1991, ce sont

les offres présentées par Keravis-Beaufils et la SERN qui étaient identiques, alors que celle d'Enrobés 35 était inférieure de 1 F aux deux précédentes, poste par poste. Pour le marché de fourniture pour 1992, les prix proposés par Enrobés 35 et la SERN sont supérieurs, par rapport à l'année précédente, d'un même montant poste par poste, alors que l'offre initiale de la société Keravis-Beaufils comportait des prix identiques à ceux proposés par la SERN et qu'ils sont inférieurs, dans l'offre finalement déposée, de 5 F pour chaque poste. Pour le marché de fourniture pour 1993, les prix d'Enrobés 35 et de la SERN conservaient le même écart de 1 F.

En deuxième lieu, les conventions d'exploitation des entreprises SERN et Enrobés 35 comportaient des clauses relatives à l'approvisionnement exclusif des associés subordonnant l'implantation de nouvelles centrales à une décision prise par le conseil de gérance. La convention relative à la centrale Enrobés 35 a été conclue le 30 mai 1985 et modifiée par avenant du 23 juillet 1990 ; celle relative à Enrobés Rennes Nord a été conclue ce même 23 juillet 1990, soit postérieurement à l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 juillet 1990 confirmant l'injonction faite par le Conseil de la concurrence à des entreprises locales et nationales, parmi lesquelles la société Jean Lefebvre, de « *supprimer les clauses d'exclusivité d'approvisionnement et celles restreignant la liberté de créer une centrale fixe ou de prendre une participation dans une centrale fixe ou d'installer une centrale mobile* ».

En troisième lieu, l'article 6 de la convention d'exploitation de la société Enrobés 35 imposait l'exclusivité d'achat des granulats aux carrières du groupe Pigeon, cet article conférait une garantie de débouchés à l'entreprise Pigeon, associée d'Enrobés 35 et *holding* exploitant de nombreuses carrières dans le département par l'intermédiaire de ses filiales (Pigeon Carrières, Pigeon SA, Carrières de Montserrat, Sogetrap, Pensa).

Sur la base de ces constatations, trois griefs ont été notifiés : le premier grief, relatif à une concertation et un échange d'informations, notamment sur les prix de soumission aux appels d'offres de la ville de Rennes, a été retenu à l'encontre des sociétés ERTTP Keravis-Beaufils, SERN et Enrobés 35 ; le deuxième grief, qui concernait les pratiques d'exclusivité d'approvisionnement d'associés auprès de leurs centrales communes d'enrobés et de limitation de la création de nouvelles centrales d'enrobés, a été notifié aux sociétés Jean Lefebvre, Sacer, Colas Centre-Ouest, Rol-Lister, SCREG-Ouest, Viafrance, Barthélémy, SCR, SERN, Enrobés 35 et Pigeon Entreprises ; le dernier grief, concernant une pratique résultant d'une convention d'exclusivité d'approvisionnement d'une centrale commune d'enrobés auprès d'une entreprise de production de granulats, a été notifié à la société Enrobés 35 et à la société Pigeon Entreprises.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la procédure :

Considérant que les sociétés Viafrance, Entreprise Jean Lefebvre et SERN soutiennent que l'ensemble des procès-verbaux établis entre janvier et mai 1993, sur la base desquels a été établi le rapport administratif d'enquête du 9 juillet 1993, seraient irréguliers et devraient donc, conformément à la jurisprudence du Conseil de la concurrence et de la cour d'appel de Paris, être déclarés nuls et écartés du dossier, dès lors que ces huit procès-verbaux de déclaration et de communication de documents ne comporteraient ni l'indication du lieu des constatations, ni la mention de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ni, à l'exception de l'un d'entre eux, la mention de l'objet de l'enquête ni que cet objet aurait été indiqué à la personne entendue ; qu'il est également soutenu que l'examen des autres énonciations de ces actes et des éléments qui leur sont extrinsèques ne peut permettre de conclure que les personnes concernées auraient été informées de cet objet et auraient fait leurs déclarations en pleine connaissance de cause ; que les procès-verbaux établis lors de l'enquête complémentaire,

entre septembre et novembre 1995, seraient également irréguliers ;

Considérant qu'il est constant que ne comportent ni le visa de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ni la mention de l'objet de l'enquête, ni même de ce que cet objet aurait été indiqué à la personne entendue, les sept procès-verbaux de déclaration et de communication de documents du 20 janvier 1993 (M. Emmanuel Keravis, président-directeur général de la SA Keravis-Beaufils), du 10 février 1993 à 15 heures (M. Alain Decourchelle, directeur d'agence de la société Colas Centre-Ouest), du 27 mai 1993 (M. Decourchelle), du 24 novembre 1992 (M. Yves Kerlau, attaché de direction à la SA Sauvager), du 18 mai 1993 (MM. Claude Henry et Daniel Henry, cogérants de la SARL Henry Frères), du 25 mai 1993 (M. Francis Merrien, directeur technique de la SA SRTP) et du 13 mai 1993 (M. Rémy Roux, ingénieur subdivisionnaire chef du service GEVA-1 des services techniques de la ville de Rennes) ;

Considérant que le procès-verbal de déclaration et de communication de documents du 10 février 1993 à 15 heures de M. Alain Decourchelle, directeur d'agence de la société Colas Centre-Ouest, comporte la mention : « *Poursuivant nos vérifications sur les conditions de passation des marchés de fourniture d'enrobés à la ville de Rennes* » ; mais qu'en l'absence de visa de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, cette seule mention ne permet pas d'établir que M. Alain Decourchelle aurait été informé de ce que ses déclarations pourraient lui être opposées dans le cadre de l'application de l'ordonnance précitée ; que le procès-verbal de déclaration précédent de M. Alain Decourchelle, établi quelques heures auparavant, ne comporte ni le visa de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ni l'objet de l'enquête, ni mention de ce que cet objet aurait été indiqué à M. Alain Decourchelle ;

Considérant que les déclarations et documents permettant d'établir la participation d'une personne auditionnée à une entente prohibée ne peuvent être considérés comme régulièrement recueillis que si cette personne n'a pu se méprendre ni sur la portée de ses déclarations et des communications de documents auxquelles elle procède, ni sur le fait qu'elles pouvaient ensuite être utilisées contre elle ; qu'en l'espèce, à défaut de visa de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de la mention que les agents de contrôle ont fait connaître cet objet aux intéressés ou, à tout le moins, que celui-ci a été porté à leur connaissance, MM. Keravis, Decourchelle, Kerlau, Henry, Merrien et Roux ont pu se méprendre sur la portée de leurs déclarations ; que le respect de l'obligation de loyauté qui doit présider à la recherche des preuves ne peut se déduire simplement de la clarté et de la précision des déclarations qu'ils ont faites, dès lors qu'il n'est pas établi que celles-ci ont été faites en pleine connaissance de leur portée ; que, dans ces conditions, les huit procès-verbaux cités ci-avant, établis lors de l'enquête initiale, ont été établis de façon irrégulière et doivent être écartés de la procédure, ainsi que l'ensemble des documents communiqués à l'occasion de ces auditions ;

Considérant que les procès-verbaux d'audition du 14 septembre 1995 à 14 heures (M. Jean-Yves Fourmy, chef de centre de la SA Colas Centre-Ouest), 15 septembre 1995 à 9 h 15 (M. Alain Pigeon, président du conseil d'administration de la SA Pigeon Carrières), 19 septembre 1995 (M. Alain Pigeon), 20 septembre 1995 à 10 heures (M. Jean-Pierre Allanic, chef d'agence de la SA SACER Atlantique), 21 septembre 1995 à 9 heures (M. Claude Boyer, chef d'agence de la SNC SCREG Ouest), 16 octobre 1995 à 14 heures (M. Christophe Cade, chef de centre de la SA Entreprise Jean Lefebvre), 10 octobre 1995 à 15 heures (M. Pierre-Jean Le Calvez, directeur opérationnel ouest du groupe Cochery-Bourdin & Chaussée et gérant de la SNC Rol-Lister), 24 octobre 1995 à 17 h 15 (M. Christian Benoist, conseiller municipal délégué à l'eau et à l'assainissement de la ville de Rennes, antérieurement adjoint à la circulation, à la voirie et aux transports et membre de la commission d'appels d'offres) et 7 novembre 1995 à 15 h 15 (M. Alain Decourchelle), établis au cours de l'enquête complémentaire, ne visent pas l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'au surplus, les éléments recueillis au cours de cette enquête complémentaire et figurant

dans ces procès-verbaux et dans les quatre documents qui y sont annexés ne peuvent être disjoints de ceux qui ont été irrégulièrement obtenus lors de l'enquête initiale ; que, dans ces conditions, ces procès-verbaux doivent également être écartés de la procédure, ainsi que l'ensemble des documents communiqués à l'occasion de ces auditions ;

Considérant en conséquence, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens soulevés, que les constatations régulières qui demeurent au dossier après qu'en ont été écartés les éléments recueillis dans des conditions irrégulières, ne permettent d'établir aucun des griefs qui avaient été notifiés,

Décide :

Article unique

Il n'est pas établi que les sociétés ERTF, Keravis-Beaufils, SERN et Enrobés 35 (grief n° 1), les sociétés Entreprise Jean Lefebvre, Sacer, Colas Centre-Ouest, Rol-Lister, SCREG-Ouest, Viafrance, Barthélémy, SCR, SERN, Enrobés 35 et Pigeon Entreprises (grief n° 2) ou les sociétés Enrobés 35 et Pigeon Entreprises (grief n° 3) ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Délibéré, sur le rapport de M. d'Ayrenx, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, et MM. Piot et Rocca, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,

présidant la séance,

Pierre Cortesse

Annexe 41

Décision n° 99-D-34 du Conseil de la concurrence en date du 8 juin 1999 relative aux pratiques relevées sur le marché des cartes postales reproduisant des affiches de cinéma

NOR : *ECOC9910247S*

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 28 décembre 1992 sous le numéro F 570, par laquelle le ministre chargé de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées sur le marché des cartes postales reproduisant des affiches de cinéma ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la Fédération nationale des cinémas français, la société Ariane distribution, la société Sonis, la société UGC distribution, la société AMLF et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Le secteur concerné

Le secteur concerné est celui de l'édition et de la vente de matériel publicitaire destiné au public, qui comprend l'édition et la vente aux détaillants de cartes postales reproduisant des affiches de cinéma.

En amont de ce secteur se situe celui de la production cinématographique, de la distribution et de l'exploitation des films, organisé de la manière suivante : le producteur qui s'est rendu acquéreur des droits patrimoniaux d'exploitation d'une œuvre cinématographique conclut avec une entreprise de distribution un contrat de mandat ou un contrat de cession de droits. Le distributeur devient alors, pour une durée et un territoire donnés, détenteur du droit de reproduction ou de représentation du film. Il lui appartient de déterminer la date de sortie du film, d'en assurer la promotion publicitaire, ainsi que les salles où il sera présenté, d'éditer les copies et de les distribuer.

1. La réglementation

En application de la loi n° 57-297 du 11 mars 1957 (cf. note 94) modifiée, « *l'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre... d'un droit de propriété incorporelle, exclusif et opposable à tous, qui comporte... des attributs d'ordre patrimonial* » (art. 1).

Les œuvres cinématographiques sont considérées comme œuvres de l'esprit (art. 3). « *L'auteur jouit, sa vie durant, du droit exclusif d'exploiter son œuvre... et d'en tirer un profit pécuniaire* » (art. 21). « *Le droit d'exploitation... comprend le droit de reproduction... qui consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte... notamment par imprimerie...* ». (art. 26, 27 et 28 de la loi précitée). Le droit de représentation est cessible à titre gratuit ou onéreux.

La protection dont dispose l'auteur sur son œuvre s'étend à l'exploitation de l'affiche de film. La carte postale reproduisant cette affiche n'est qu'un support de reproduction parmi d'autres, également protégé.

2. Les caractéristiques du secteur

Les distributeurs d'œuvres cinématographiques comprennent des sociétés françaises, comme AAA, AMLF, MK 2, Gaumont, Ariane distribution et UGC distribution, cette dernière représentant à elle seule environ 20 % de ce secteur, ainsi que les filiales étrangères des majors américains qui réalisent un peu moins de la moitié du chiffre d'affaires de la distribution en 1991.

Certains distributeurs assurent eux-mêmes l'édition et la diffusion des affiches, d'autres s'adressent, exclusivement ou au cas par cas, à la société Sonis, créée en 1965, dont l'objet social est notamment :

- la création, l'édition, la fabrication de tous accessoires publicitaires ou autres se rapportant directement ou indirectement aux industries du spectacle ;
- la vente, l'exportation, la location ou la distribution desdits accessoires ;
- l'achat, l'importation, la prise en charge, la gestion ou la distribution de stocks pouvant exister de tels accessoires et la vente, la location ou la distribution de ceux-ci ;
- la prestation de service de vérification, l'entretien, les messageries de films cinématographiques.

Cette société a passé des contrats avec certains distributeurs de films dans un premier temps pour assurer, en exclusivité, la fabrication et/ou la distribution du matériel publicitaire auprès des exploitants, puis, dans quelques cas, pour distribuer une partie des affiches et des affichettes aux détaillants. Enfin, l'exclusivité que lui confèrent ces contrats a été parfois étendue aux cartes postales reproduisant le matériel diffusé au public.

Les revendeurs détaillants de matériel publicitaire destiné au public sont les salles de cinéma, les carteries, les grands magasins, les tabacs, les librairies et les magasins spécialisés.

D'autres sociétés, telles que les sociétés Verkerke et Scandécor, sociétés d'édition et de distribution de posters, vendent des affiches de cinéma et des cartes postales reproduisant ces affiches.

B. - Les pratiques

Le 24 décembre 1992, le ministre de l'économie et des finances a saisi le Conseil de la concurrence au motif notamment que « *plusieurs contrats passés par la société Sonis prévoient une fixation concertée des prix de revente des affiches* ».

Les contrats passés entre les sociétés Sonis et UGC distribution :

Par contrat en date du 2 février 1984, la société UGC distribution, exerçant à titre de détenteur ou de mandataire les droits d'auteur attachés aux films cinématographiques qu'elle distribue, a confié à la société Sonis la fabrication, la diffusion et la vente aux salles cinématographiques des accessoires publicitaires. En contrepartie de contraintes de qualité et de délais, la société UGC distribution a concédé à Sonis le droit exclusif de fabriquer les accessoires publicitaires précités.

Le contrat était conclu pour une durée d'un an, renouvelable par tacite reconduction.

Le 13 novembre 1985, un avenant a été signé entre les parties, en vertu duquel Sonis se voyait attribuer le droit exclusif de diffuser ou de commercialiser, hors exploitation cinématographique, certains matériels prévus au contrat initial. Aux termes de cet avenant, la redevance versée par Sonis au titre de la propriété intellectuelle était fixée en pourcentage du montant (HT) des ventes. Les prix indicatifs de ces matériels étaient prévus dans cet avenant.

Le 6 mars 1989, un nouvel avenant annulant celui de novembre 1985 était passé entre Sonis et UGC distribution. Il étendait explicitement aux cartes postales et aux « posterettes » l'exclusivité de la diffusion.

L'avenant de 1989 contenait les dispositions relatives aux prix rédigés dans les termes suivants :

« *A titre indicatif, les tarifs de vente hors exploitation cinématographique au détail sont au 1^{er} octobre 1988 :*

« – *affiche 120/160 : 28,00 F (HT) ;*

« – *affichette 60/80 : 19,00 F (HT) ;*

« – *affichette 40/60 : 16,00 F (HT) ;*

« – *posterette 30/40 : 10,00 F (HT) ;*

« – *carte postale : 1,80 F (HT).*

« *Pour chaque film, Sonis s'engage, avant toute commercialisation d'affiches ou d'articles de carterie utilisant le visuel des affiches, à demander à UGC distribution l'autorisation écrite de commercialisation du visuel de ce film. »*

Les contrats passés entre les sociétés AMLF et Sonis :

Le contrat passé entre les sociétés AMLF et Sonis le 19 mai 1987 donne à cette dernière l'exclusivité de fabriquer, distribuer et vendre aux professionnels le matériel de publicité : affiches, affichettes et jeux de photos à partir des éléments fournis par AMLF, sans que Sonis puisse modifier, appréhender, céder ou prêter ces éléments pour quelque motif que ce soit.

Les droits de propriété « artistique » sont expressément réservés. Des contraintes de qualité et de rapidité sont précisées et la redevance est fixée en pourcentage du prix de vente (HT) du matériel.

Le contrat est conclu pour un an et tacitement reconductible.

Une première annexe, en date du 19 mai 1987, étend le droit exclusif de fabriquer et vendre le matériel destiné au public, dont AMLF détenait l'exclusivité en matière publicitaire.

L'article 5 de cette annexe fixe les prix de vente des articles, « *qui ne pourront être augmentés sans accord de la société AMLF* » ; l'article 6 détermine tant les redevances dues au créateur du visuel que les redevances « *merchandising* ».

Par avenant en date du 25 janvier 1989, cette exclusivité est étendue aux articles de carterie et fixe le montant des redevances. Il comporte une clause relative aux prix rédigée de la façon suivante :

« A titre indicatif, les prix de vente (HT) des articles concernés par cet avenant sont à ce jour :

« – posterette 30/40 : 10,00 F (HT) ;

« – carte postale : 2,00 F (HT). »

Sur la base de ces constatations, les griefs suivants ont été notifiés :

Aux sociétés Sonis et UGC distribution de s'être, courant 1987 et en 1989, en tout cas depuis temps non prescrit, concertées pour déterminer en commun le prix de vente au public de matériels publicitaires de films ayant pour objet, pouvant avoir pour effet et ayant eu pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés de l'exploitation des affiches de cinéma et des photos en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, par une détermination artificielle des prix.

Aux sociétés Sonis et AMLF de s'être, courant 1987 et en 1989, en tout cas depuis temps non prescrit, concertées pour déterminer en commun le prix de vente au public de matériels publicitaires de films ayant pour objet, pouvant avoir pour effet et ayant eu pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés de l'exploitation des affiches de cinéma et des photos en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, par une détermination artificielle des prix.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Considérant qu'il n'est pas contesté que, d'une part, la société UGC distribution a concédé à la société Sonis le droit exclusif de fabriquer et de vendre le matériel publicitaire des films destinés au public qu'elle distribue et qu'elle s'est concertée avec elle pour fixer le prix indicatif de vente aux détaillants de ce matériel, que, d'autre part, la société AMLF a concédé à la société Sonis le droit exclusif de fabriquer et de vendre le matériel publicitaire des films destinés au public qu'elle distribue et qu'elle s'est concertée avec elle pour fixer le prix indicatif de vente aux détaillants de ce matériel ;

Considérant qu'un contrat par lequel le titulaire d'un droit d'auteur concède un droit d'exclusivité de reproduction ou de diffusion n'est pas illicite en soi ; qu'il y a lieu, cependant, d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, si les modalités fixées pour l'exercice de ce droit n'ont pas pour objet ou pour effet ou ne peuvent avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence ;

Considérant qu'il est loisible au détenteur d'un droit de propriété intellectuelle, soit de se réserver l'usage de ce droit, soit d'en concéder l'usage exclusif à la personne de son choix ; que, dans les deux cas, les produits mis sur le marché en application de cette exclusivité ne peuvent, en tout état de cause, être offerts que par un seul opérateur, lequel ne peut, dès lors, pour les produits considérés, être en concurrence avec un autre offreur ; qu'ainsi, et en l'absence d'autres éléments, la circonstance que les conditions de vente de ces produits soient fixées par le détenteur du droit de propriété, son concessionnaire ou par une concertation entre le détenteur et son concessionnaire est indifférente au regard de l'exercice de la concurrence ;

Considérant en l'espèce que les prix fixés, en commun accord, entre les sociétés UGC distribution et Sonis, d'une part, AMLF et Sonis, d'autre part, sont les prix de vente aux détaillants des matériels publicitaires dont Sonis détient l'exclusivité de fabrication et de distribution ; que, dès lors que Sonis est seule autorisée à vendre ces matériels, en application de deux contrats d'exclusivité dont la licéité n'est pas contestée, en l'absence d'autres éléments, les concertations entre UGC distribution et Sonis, d'une part, et AMLF et Sonis, d'autre part, ne sont pas de nature à porter atteinte à la concurrence ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi que les pratiques reprochées aux sociétés Sonis, UGC distribution et AMLF constituent des pratiques prohibées par l'article 7 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986,

Décide :

Article unique

Il n'est pas établi que les pratiques reprochées aux sociétés Sonis, UGC distribution et AMLF constituent des pratiques prohibées par l'article 7 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986.

Délibéré, sur le rapport de Mme Servella-Huertas, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, MM. Lasserre, Piot et Rocca, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,

présidant la séance,

Pierre Cortesse

Annexe 42

Décision n° 99-D-35 du Conseil de la concurrence en date du 22 juin 1999 relative à une saisine de l'Union fédérale des consommateurs du Val-d'Oise

NOR : ECOC9910248S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 6 juin 1997 sous le numéro F 962 par laquelle l'Union fédérale des consommateurs du Val-d'Oise a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Eurest France qu'elle estime anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la décision n° 97-D-88 du 9 décembre 1997 du Conseil de la concurrence relative à une saisine de l'Union fédérale des consommateurs du Val-d'Oise et portant sursis à statuer ;

Vu le rapport d'enquête transmis le 29 janvier 1999 à la suite de la demande d'enquête faite par le rapporteur le 26 décembre 1997 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et le représentant de l'Union fédérale des consommateurs du Val-d'Oise entendus ;

La représentante de la société Eurest entendue en application de l'article 25 de l'ordonnance susvisée ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que les éléments recueillis en l'état actuel du dossier ne permettent pas d'éclairer complètement le Conseil sur les pratiques dénoncées ; que, dans ces conditions, il y a lieu de procéder à un complément d'instruction,

Décide :

Article unique

Il est sursis à statuer sur la saisine enregistrée sous le numéro F 962.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Guedj, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 43

**Décision n° 99-D-36 du Conseil de la concurrence en date du 22 juin 1999
relative à une saisine présentée par la société Ad Valorem**
NOR : ECOC9910249S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 1^{er} mars 1999 sous le numéro F 1135, par laquelle la société Ad Valorem a saisi le Conseil de la concurrence des effets d'un arrêté interministériel en date du 11 octobre 1983 ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et le représentant de la société Ad Valorem entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que, par un arrêté interministériel du ministre de l'intérieur et de la décentralisation, du ministre des transports et du ministre de l'industrie et de la recherche en date du 11 octobre 1983, a été institué un fichier national informatisé des véhicules immatriculés sur le territoire français, intitulé Fichier central des automobiles (FCA), dont la gestion a été confiée au ministère des transports ;

Considérant que l'article 7 de cet arrêté précise que les destinataires habilités à recevoir l'information contenue dans le fichier informatisé sont, d'une part, certaines administrations limitativement énumérées, dans le cadre de leur mission de service public et de leurs attributions réglementaires et, d'autre part, les constructeurs français ou les importateurs en France des véhicules automobiles, tracteurs agricoles, remorques et semi-remorques, caravanes et motocycles, eu égard à l'importance de leur contribution au développement de l'activité industrielle et commerciale liée au secteur automobile, sous réserve d'un agrément donné par le ministère de l'industrie et de la recherche ;

Considérant que la société Ad Valorem expose qu'elle est spécialisée « dans le service et le conseil aux grands parcs automobiles » et que l'accès aux informations contenues dans le FCA lui a été refusé ;

Considérant que la société Ad Valorem demande au Conseil de la concurrence de constater que l'arrêté en date du 11 octobre 1983 entraîne un mauvais fonctionnement de la concurrence, de constater que cette situation lui cause un grave préjudice et de condamner le ministère des transports, l'Association auxiliaire de l'automobile (AAA), les constructeurs automobiles et les importateurs agréés à l'indemniser de son préjudice ;

Considérant qu'aux termes de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants » ;

Considérant que la partie saisissante n'allègue pas l'existence de faits susceptibles de constituer des pratiques prohibées par les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'il n'entre dans les pouvoirs du Conseil ni de statuer sur la légalité d'un arrêté ministériel, ni de prononcer des condamnations en réparation d'un préjudice ; qu'il

appartient à la société Ad Valorem, si elle s'y croit fondée, de saisir les juridictions compétentes pour en connaître ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la saisine présentée par la société Ad Valorem n'est pas recevable,

Décide :

Article unique

La saisine enregistrée sous le numéro F 1135 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Grignon Dumoulin, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 44

Décision n° 99-D-37 du Conseil de la concurrence en date du 22 juin 1999 relative à une saisine de l'Association française des opérateurs privés de télécommunications NOR : ECOC9910250S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 22 avril 1998 sous le numéro F 1041, par laquelle l'Association française des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT) a saisi le Conseil de la concurrence de certaines pratiques de la société France Télécom qu'elle estime anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la lettre de l'Association française des opérateurs privés de télécommunications enregistrée le 29 avril 1999 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que, par lettre du 29 avril 1999 susvisée, l'Association française des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT) a déclaré retirer sa saisine ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil de se saisir d'office,

Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 1041 est classé.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Bernard Lavergne, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 45

Décision n° 99-D-38 du Conseil de la concurrence en date du 13 avril 1999

relative à une saisine de la société Solaronics Process contre Electricité de France
NOR : *ECOC9910251S*

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 9 juillet 1996 sous le numéro F 888, par laquelle la société Solaronics Process a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par Electricité de France, susceptibles d'entrer dans le champ d'application des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la lettre de la société Solaronics Process enregistrée le 28 octobre 1998 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur général et du rapporteur ;

Considérant que, par lettre susvisée enregistrée le 28 octobre 1998, la société Solaronics Process a déclaré retirer sa saisine ; qu'il y a lieu pour le Conseil d'en prendre acte et, par suite, de classer ce dossier,

Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 888 est classé.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Guedj, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Rocca, membre.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,

présidant la séance,

Pierre Cortesse

Annexe 46

Décision n° 99-D-39 du Conseil de la concurrence en date du 22 juin 1999 relative à une saisine du ministre de l'économie et des finances contre les pratiques mises en œuvre par la société « Campagne pour les pharmacies en France » dans la distribution des produits cosmétiques de la marque Korff

NOR : *ECOC9910252S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 4 août 1992 sous le numéro F 527, par laquelle le ministre de l'économie et des finances a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société « Campagne pour les pharmacies en France » dans la distribution de produits cosmétiques sous la marque Korff qu'il estime anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie enregistrée le 10 mai 1999 ;

Vu les autres pièces du dossier ;
Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;
Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;
Considérant que, par lettre en date du 10 mai 1999, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a déclaré retirer sa saisine ;
Considérant qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil de saisir d'office,
Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 527 est classé.
Délibéré, sur le rapport oral de Mme Daudret-John, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 47

Décision n° 99-D-40 du Conseil de la concurrence en date du 22 juin 1999 relative à une saisine de l'Union fédérale des consommateurs et du Comité national contre le tabagisme

NOR : *ECOC9910253S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),
Vu la lettre enregistrée le 25 octobre 1996 sous le numéro F 911, par laquelle l'Union fédérale des consommateurs (UFC *Que Choisir*) et le Comité national contre le tabagisme (CNCT) ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relatives à la situation de la concurrence sur le marché des produits du tabac ;
Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;
Vu la lettre de l'UFC *Que Choisir* en date du 4 février 1999 ;
Vu la lettre du CNTC en date du 10 mai 1999 ;
Vu les autres pièces du dossier ;
Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;
Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;
Considérant que l'UFC, par lettre en date du 4 février 1999, et le CNTC, par lettre en date du 10 mai 1999, ont déclaré retirer leur saisine,
Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 911 est classé.
Délibéré, sur le rapport oral de M. Grignon Dumoulin, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,

Décision n° 99-D-41 du Conseil de la concurrence en date du 22 juin 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par le Comité intersyndical du livre parisien et les syndicats composant cette coordination dans le secteur de l'imprimerie de publications

NOR : *ECOC9910268S*

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 31 août 1992 sous le numéro F 533 par laquelle la SA Les Meilleures Editions a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le Comité intersyndical du livre parisien et les syndicats qui le composent, qu'elle estime anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le Comité interprofessionnel du livre parisien (CILP), le Syndicat général du livre et de la communication écrite (SGLCE), le Syndicat national des cadres et techniciens du livre et de la communication (SNCTLC), le Syndicat des correcteurs, la Chambre syndicale typographique parisienne (CSTP), la SA Les Meilleures Editions et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus ;

Le représentant de la société Offprint et le représentant du Syndicat de la presse parisienne entendus conformément aux dispositions de l'article 25 ;

Les représentants du Comité interprofessionnel du livre parisien (CILP), du Syndicat général du livre et de la communication écrite (SGLCE), du Syndicat national des cadres et techniciens du livre et de la communication (SNCTLC), du Syndicat des correcteurs, de la Chambre syndicale typographique parisienne (CSTP), de la SA Les Meilleures Editions entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Le secteur concerné

Le secteur de l'impression de publications englobe la fabrication matérielle des journaux quotidiens, des périodiques (*news magazines*, presse spécialisée, hebdomadaires...), mais également des catalogues, notamment pour la vente par correspondance, et des imprimés publicitaires. En 1996, le tirage de la presse écrite (périodiques, quotidiens) était de 3,7 milliards d'exemplaires, dont 864 millions d'exemplaires pour la presse quotidienne nationale.

1. Les offfreurs

L'impression de publications est réalisée par deux types d'imprimeries : l'imprimerie dite de « presse » et l'imprimerie de labeur.

a) L'imprimerie de presse

L'imprimerie de presse fabrique essentiellement les quotidiens. Elle peut néanmoins assurer le tirage de journaux édités plusieurs fois par semaine. Elle utilise la technique de l'offset.

L'imprimerie de presse se caractérise par l'irrégularité de son activité qui est liée au volume du tirage, lequel dépend de l'actualité, et par un impératif de distribution des quotidiens le plus tôt possible. Les quotidiens sont ainsi imprimés près de leur lectorat. Pour les neuf quotidiens nationaux, l'impression est réalisée en Ile-de-France, région qui représente 60 % de leurs ventes, par les imprimeries dites « de la presse parisienne ».

La plupart des quotidiens nationaux disposent de leur propre imprimerie. Sur les six imprimeries de presse d'Ile-de-France, quatre assurent les travaux d'impression pour des groupes de presse autres que ceux auxquels elles appartiennent. Ces imprimeries sont : l'Imprimerie de la Plaine (*Les Echos*), l'Imprimerie Bayard Presse (quotidien *La Croix*), le Centre Impression Presse Parisienne (*Libération*, *L'Humanité*, *Le Canard enchaîné*), l'Imprimerie « Le Monde » et l'Imprimerie Offprint. Cette dernière appartient au groupe Hersant. Elle assure principalement l'impression de deux quotidiens n'appartenant pas à ce groupe : l'*International Herald Tribune* et *Paris Turf*. De juin 1990 à août 1992, elle a réalisé le tirage des journaux hippiques *Le Meilleur* et *Spécial Dernière* de la société Les Meilleures Editions à l'origine de la présente saisine du Conseil de la concurrence. En 1991, l'impression de ces journaux a représenté un montant de 11,4 MF, soit 22 % du chiffre d'affaires de la société Offprint (52 MF). En 1992, cette activité a représenté un montant de 6,9 MF, soit 14,2 % du chiffre d'affaires de cette société (47,3 MF).

Les relations entre employeurs et employés des imprimeries de presse parisiennes sont définies dans la « *convention collective de travail des ouvriers des entreprises de presse de la région parisienne* », non étendue. En sont signataires aujourd'hui le Comité intersyndical du livre parisien (CILP), le Syndicat de la presse parisienne (SPP) et les Nouvelles Messageries de la presse parisienne (NMPP). L'article 14 de cette convention donne au CILP un droit de regard sur l'embauche des salariés, qui ne peut avoir lieu qu'après accord du délégué syndical dans l'entreprise. En outre, les ouvriers de presse sont recrutés au sein du bureau de placement du CILP. En contrepartie de ce rôle spécifique du CILP, les salariés de la presse parisienne bénéficient d'avantages salariaux particuliers : le salaire minimum d'un ouvrier de la presse parisienne est de 15 000 F net par mois pour une durée hebdomadaire de travail de 35 heures.

b) L'imprimerie de labeur

L'imprimerie de labeur fabrique tous les journaux autres que les quotidiens, c'est-à-dire les magazines, les « news » (ex : *L'Express*, *Le Nouvel Observateur*...) mais également les quotidiens spécialisés comme les journaux hippiques, ou différents journaux ou magazines imprimés sur papier journal (ex : *Officiel des spectacles*). Elle réalise en outre les imprimés administratifs, commerciaux et publicitaires, les affiches, les catalogues de vente par correspondance (VPC).

Ce type d'imprimerie utilise principalement deux techniques d'impression : l'offset et l'héliogravure. Cette dernière technique nécessite un délai d'impression supérieur à l'offset mais assure une meilleure qualité graphique. L'essentiel de l'impression (78 % du tonnage imprimé) est toutefois réalisé par le procédé offset.

L'imprimerie de labeur, contrairement à l'imprimerie de presse, a un plan de charge régulier. En outre, elle est de plus en plus souvent équipée de puissantes rotatives, ce qui lui donne aujourd'hui la capacité technique d'assurer l'impression d'un quotidien.

Les imprimeries de labeur les plus importantes d'Ile-de-France appartiennent aux groupes Québecor (deux unités qui appartenaient antérieurement au groupe Jean Didier), Hachette (société Hélio-Corbeil qui dispose de deux imprimeries) et à la société Segos.

Deux imprimeries de labeur de moindre importance ont été concernées par les pratiques

dénoncées par la société Les Meilleures Editions :

- la SA Méaulle : cette imprimerie a réalisé un chiffre d'affaires de 319 millions de francs en 1996 (264 MF en 1992). Elle réalise les travaux d'impression des titres de son groupe et d'un certain nombre de clients extérieurs (28 % de son CA). Au cours de la période 1992-1996, l'impression des journaux *Le Meilleur* et *Spécial Dernière* de la SA Les Meilleures Editions a représenté de 3 à 7 % du chiffre d'affaires de cette entreprise, qui est passé de 57 à 70 millions de francs de 1992 à 1996 ;

- la société Les Rotos de l'Ile-de-France : cette imprimerie, au capital de 50 000 F et au chiffre d'affaires de 20 millions de francs en 1992, employait à cette date 30 salariés sous convention labeur. Elle est exclusivement équipée de rotatives offset et spécialisée dans l'impression de quotidiens tels que les journaux hippiques (*Bilto*, *Tiercé Magazine...*) et de périodiques imprimés sur papier journal comme l'*Officiel des spectacles*.

Les relations entre salariés et employeurs dans les imprimeries de labeur sont définies dans la « *convention collective nationale du labeur* », étendue et applicable à tous les métiers liés au secteur de l'imprimerie, à l'exclusion de la presse quotidienne. La durée du travail pour un salarié d'une imprimerie de labeur est de 37 heures 30 minutes par semaine. Sa rémunération peut varier du SMIC à 12 000 ou 14 000 F net par mois.

2. Le rôle spécifique du Comité intersyndical du livre parisien (CILP) dans la presse parisienne

Le Comité intersyndical du livre parisien (CILP) est une coordination de quatre syndicats : le Syndicat général du livre parisien et de la communication écrite (SGLCE), la Chambre syndicale typographique parisienne (CSTP), le Syndicat des correcteurs, le bureau parisien du Syndicat national des cadres et techniciens de la communication (SNCTLIC). Cette coordination dispose d'un secrétaire général mais n'a pas de statut spécifique. Un règlement intérieur établit ses modalités de fonctionnement et ses frais éventuels sont répartis entre les quatre syndicats au prorata de leurs effectifs. L'article préliminaire du règlement intérieur du CILP précise l'objet de cette coordination :

« *Les organisations syndicales parisiennes du Livre (SGL) (secteur Presse), CSTP, Syndicat des correcteurs, BECTP rattachées à la FILPAC-CGT, considérant l'identité de leur rôle dans tous les domaines de l'activité syndicale et partant de la nécessité impérieuse de présenter un front unique, sont regroupées dans le CILP (secteur Presse), en vue de coordonner et décider des orientations, tant sur le plan revendicatif que sur le plan de l'action et des luttes.* »

Le Comité intersyndical du livre parisien (CILP) fait donc partie de la Fédération des industries du livre et de la communication (FILPAC), qui est affiliée à la Confédération générale du travail (CGT).

Le CILP assure une double fonction : celle de défense des intérêts des salariés de la presse quotidienne nationale et celle de bureau de placement des ouvriers du livre dans les imprimeries de presse parisienne.

Le placement des ouvriers du livre dans les entreprises de presse parisienne résulte de « *la convention collective de travail des ouvriers des entreprises de presse de la région parisienne* » qui dispose dans son article 14 que : « *l'embauchage s'effectue par le chef de l'entreprise ou son représentant en accord avec les délégués ou selon les usages qui seront précisés par chacune des annexes techniques (...)* ».

Le bureau de placement ne concerne que les ouvriers et fonctionne de la façon suivante :

- les ouvriers demandent à être inscrits sur une liste dressée par le bureau de placement ;
- une fois inscrits sur la liste, les ouvriers sont appelés au coup par coup par le bureau de placement et proposés aux imprimeurs en fonction de leurs besoins. Cette disponibilité des ouvriers inscrits au bureau de placement s'appelle « la permanence ».

M. Hartweg, directeur administratif et financier de la société Offprint, a confirmé, dans le procès-verbal du 28 janvier 1994, le mode de fonctionnement du bureau de placement du Syndicat du livre, en précisant que « *les besoins en personnel sont assurés par “une permanence” tenue par le syndicat CGT du livre* ».

M. Légerot, secrétaire général du CILP, a précisé l'origine du rôle de bureau de placement du CILP et son mode de fonctionnement dans le procès-verbal du 10 septembre 1997 :

« *Le rôle de bureau de placement du Syndicat du livre est lié au “label syndical”, technique américaine consistant pour une organisation syndicale à se porter garant de la valeur professionnelle des ouvriers qu'elle recommande aux dirigeants d'entreprises. En contrepartie de la garantie de la valeur professionnelle de ses salariés, l'employeur leur offre un salaire décent conforme au tarif syndical ;*

(...) Concrètement la direction d'une imprimerie fait état chaque jour aux cadres techniques du nombre d'ouvriers nécessaires à l'impression du ou des quotidiens. Ces derniers informent alors le délégué du Syndicat du livre présent dans l'imprimerie qui appelle le bureau de placement et lui demande le nombre d'ouvriers correspondant aux besoins du jour. »

Le placement des ouvriers du livre dans les entreprises de presse parisienne se caractérise par le fait que l'imprimeur n'a pas la possibilité de choisir ses ouvriers temporaires ni même ses titulaires, l'effectif, c'est-à-dire le nombre de services nécessaire à l'impression d'un quotidien, étant défini par négociation avec le Syndicat du livre pour chaque machine, par type de métiers, en fonction notamment du tirage et de la pagination, comme l'ont précisé MM. Javelle et Hartweg de la société Offprint dans le procès-verbal du 15 septembre 1997.

Le bureau de placement assuré par le CILP est dit « gratuit ». La création de ce type de bureaux de placements a été interdite par l'ordonnance du 24 mai 1945. Toutefois, ceux qui existaient préalablement à ce texte, comme en l'espèce, ont été autorisés à poursuivre provisoirement leur activité jusqu'à l'élaboration des décrets d'application de ce texte (art. L. 312-2 du code du travail). Ces derniers n'ont jamais été pris.

Aujourd'hui, toutes les imprimeries de la presse parisienne à l'exception de celle du *Parisien* recrutent exclusivement leur personnel ouvrier par l'intermédiaire du bureau de placement du Syndicat du livre. Le CILP dispose donc d'un quasi-monopole de l'activité de placement des ouvriers du livre de la presse quotidienne parisienne, pour chacun des métiers liés à l'impression d'un quotidien.

3. Les demandeurs

La demande émane des éditeurs de presse.

Les éditeurs de presse étaient en 1995 au nombre de 27 selon le magazine professionnel *Union Presse* de juillet-août 1996.

En règle générale les éditeurs sont spécialisés soit en presse quotidienne soit en presse magazine.

L'un de ces éditeurs, la société Les Meilleures Editions, est à l'origine de la présente saisine du Conseil.

Ce groupe, créé en mars 1971 et dirigé par M. Alain Ayache qui en est le président-directeur général, a réalisé en 1995 un chiffre d'affaires de 547 millions de francs. Il assure la publication de sept titres : un hebdomadaire (*La lettre juridique du commerce et de l'industrie*), trois mensuels (*Questions de femmes*, *Réponses à tout*, *Réponse à tout santé*), le journal *La Gazette de la Bourse* et deux journaux qui paraissent quatre fois par semaine (*Le Meilleur* et *Spécial Dernière*) et qui sont considérés par le journal professionnel *Union Presse* précité comme des quotidiens.

4. Les coûts de fabrication d'un journal

Selon le Syndicat de la presse parisienne, la répartition moyenne des coûts d'un quotidien national est la suivante :

- rédaction : 23 % ;
- fabrication : 24 % ;
- papier : 10 % ;
- distribution : 30 % ;
- divers : 13 %.

Le coût de fabrication, c'est-à-dire d'impression, des journaux, se décompose en main-d'œuvre, encre, plaques, amortissement, etc. Le coût de la main-d'œuvre en représente une part essentielle ; ce coût est beaucoup plus élevé dans l'imprimerie de presse que dans l'imprimerie de labour comme en témoigne une comparaison effectuée entre les coûts d'impression du journal *Le Meilleur* par l'imprimerie de presse parisienne Offprint et par l'imprimerie de labour Méaulle :

	MAIN-D'ŒUVRE (en %)	ENCRE/PLAQUE (en %)	ÉNERGIE/ENTRETIEN (en %)	AMORTISSEMENT (en %)
Imprimerie Offprint	80	6	2	12
Imprimerie Meaulle	34	18	25	23

B. - Les pratiques constatées

Par contrat du 16 mai 1990, la SA Les Meilleures Editions, dont le président-directeur général est M. Alain Ayache, confie à la SARL Offprint à compter du 1^{er} juin 1990, pour une durée de deux ans, l'impression de ses titres hippiques *Le Meilleur* et *Spécial Dernière*, chacun d'eux ayant quatre parutions hebdomadaires. Cette entreprise est une imprimerie de presse parisienne, dont les ouvriers sont exclusivement recrutés par l'imprimeur par l'intermédiaire du bureau de placement du Comité intersyndical du livre parisien (CILP).

Le 1^{er} avril 1992, M. Ayache dénonce son contrat avec l'imprimerie Offprint en ces termes :

« J'ai le regret de vous informer de ma décision de quitter votre imprimerie.

« En effet, malgré mes demandes sans cesse renouvelées, en votre présence, et celle de Jean Miot (cf. note 95) et de M. Bingler (cf. note 96) , je n'ai toujours aucune réponse définitive quant à la suppression des dix-huit services (cf. note 97) nécessaires à la survie de mes titres.

« Vous le savez, la situation de la presse quotidienne est catastrophique et la seule solution pour moi, c'est le tirage cumulé de mes titres sur vos machines à de nouvelles conditions.

« Faute d'une telle solution, je prendrai le risque de me faire imprimer ailleurs, hors du Syndicat du livre. »

A la suite de cette annonce de départ de l'imprimerie Offprint, l'impression des journaux de M. Ayache connaît du retard. Le 6 avril 1992, à la requête de la SA Les Meilleures Editions, un huissier de justice adresse à la société Offprint la sommation suivante :

« La société Les Meilleures Editions a constaté que son quotidien, le journal *Le Meilleur*, a connu le 3 avril 1992, un retard de plus de deux heures dans son processus d'impression causant en conséquence un retard important dans sa diffusion.

« Il apparaît que ces retards sont dus à des arrêts de travail intempestifs.

« Cette situation ne peut se reproduire en ce qu'elle entraîne un préjudice grave pour l'équilibre financier de l'entreprise Les Meilleures Editions et met en péril l'existence même du journal Le Meilleur.

« (...) C'est dans ces conditions qu'il est fait sommation à la société Offprint d'avoir à assurer l'impression normale du journal Le Meilleur de telle manière que le préjudice ne soit pas davantage aggravé. »

Des négociations interviennent néanmoins entre les deux parties ainsi que l'ont précisé M. Javelle, gérant de la SA Offprint, et Hartweg, directeur administratif et financier de la même société, dans le procès-verbal du 15 septembre 1997 :

« Pour faire face à la demande de M. Ayache, nous avons négocié avec les représentants du Syndicat du livre dans l'entreprise une réduction du nombre de services nécessaires à la parution de son journal. Nous avons trouvé un accord pour une baisse de 14 % des services.

« Cette réduction a été jugée insuffisante par M. Ayache. Une nouvelle négociation est alors intervenue, qui a abouti à un accord pour une baisse de 25 % des services et par conséquent de nos prix. Cette nouvelle baisse n'a pas été jugée suffisante par M. Ayache. »

Le 21 juillet 1992, M. Alain Ayache adresse un courrier à la société Offprint dans lequel, d'une part, il constate l'absence d'accord entre les parties (« les prix qui m'ont été imposés étaient insupportables ») et, d'autre part, il relativise l'échec de ces négociations : « Je sais aussi que ce n'est pas seulement de votre fait. » Cette lettre précise également que « les derniers numéros du Meilleur (n° 2519) et de Spécial Dernière (n° 2875) qui seront encore tirés par vos soins auront lieu le vendredi 31 juillet ».

Parallèlement, la société Les Meilleures Editions contacte des imprimeries de labeur, indépendantes du CILP. Les sociétés Rotos de l'Ile-de-France et Méaulle lui adressent en effet chacune par courrier du 22 juillet un devis pour l'impression de ses journaux comportant des prix inférieurs de moitié à ceux de l'imprimerie Offprint. A titre d'exemple, la société Méaulle propose un prix de 8 000 F pour 60 000 exemplaires d'une édition semaine de huit pages du journal *Spécial Dernière* ou *Le Meilleur*, alors que, le 31 mars 1992, l'imprimerie Offprint avait adressé à la SA Les Meilleures Editions une facture s'élevant à 17 383 F pour l'impression de 60 611 exemplaires de l'édition du journal *Le Meilleur* de huit pages, du 4 mars 1992.

Le départ des titres des Meilleures Editions de l'imprimerie Offprint étant désormais certain, le CILP organise et poursuit alors des actions visant à dissuader M. Ayache de faire imprimer ses journaux *Le Meilleur* et *Spécial Dernière* dans les imprimeries de labeur.

A cet effet, le CILP, d'une part, exerce des actions directement auprès de cet éditeur : le 30 juillet 1992, veille de la dernière impression des journaux *Le Meilleur* et *Spécial Dernière* par l'imprimerie Offprint, le siège social de la société Les Meilleures Editions est occupé par 200 personnes se réclamant du Syndicat du livre, dont des ouvriers de l'imprimerie Offprint, M. Ayache est sequestré dans son bureau et des négociations sont exigées sous la contrainte, ainsi que cela ressort du procès-verbal du constat d'huissier du 30 juillet 1992 établi à la requête de M. Ayache et de sa plainte avec constitution de partie civile.

D'autre part, à l'initiative du CILP, l'impression des journaux *Le Meilleur* et *Spécial Dernière* dans les imprimeries de labeur Les Rotos de l'Ile-de-France et Méaulle est interrompue à deux reprises et les journaux sont détruits ; ces deux imprimeries renoncent immédiatement à imprimer les journaux de M. Ayache.

En effet, le 7 août 1992, l'imprimerie Rotos de l'Ile-de-France, qui imprime alors le journal *Le Meilleur*, est occupée par environ 200 personnes, parmi lesquelles sont présents de nombreux salariés de l'imprimerie Offprint, ainsi que l'a constaté M^e Michel Donsimoni, huissier de justice, M. Jean-Claude Meurou, gérant de l'imprimerie Rotos de l'Ile-de-France, a déclaré à cet huissier que : « Compte tenu du nombre de personnes présentes dans l'entreprise, il s'est trouvé dans l'obligation de leur indiquer qu'il n'imprimerait pas le

journal de tout le mois d'août. »

Le 11 août 1992, l'imprimerie Méaulle, qui assure à son tour l'impression des journaux *Le Meilleur* et *Spécial Dernière*, est investie par un groupe de 200 personnes environ se réclamant du Syndicat du livre, ainsi que le relève le constat de M^e Brigitte Santucci, huissier de justice. Ces personnes, d'une part, empêchent la distribution des journaux *Le Meilleur* déjà imprimés et, d'autre part, neutralisent les rotatives servant à son impression ainsi qu'à celle des autres journaux imprimés par cette entreprise.

A la suite de ces événements, la compagnie de gendarmerie de Bernay établit, le 14 août 1992, un procès-verbal d'audition de M. Hamelin Jean-Claude, directeur général du groupe Méaulle, lequel précise notamment que :

« (...) Suite à cette intervention des membres du Syndicat du livre CGT, pour sa sécurité l'imprimerie Méaulle a décidé de suspendre l'impression des journaux Le Meilleur et Spécial Dernière, ce qui représente un manque à gagner de l'entreprise. (...) Ces tirages devaient avoir lieu dans notre imprimerie pour une durée indéterminée. »

Dans un tract intitulé « LES VÉRITABLES MOTIVATIONS DE LA CROISADE ANTI-CGT DE M. AYACHE », le Comité intersyndical du livre parisien, d'une part, revendique l'intervention massive des ouvriers du livre dans l'imprimerie Méaulle de Bernay et, d'autre part, fait état de son opposition « *au coup de force de M. Ayache* », consistant à quitter Paris, c'est-à-dire une imprimerie de presse parisienne, et dénonce « *les conceptions de ce dernier en matière de liberté* », c'est-à-dire « *la course au moindre coût* ».

Ce conflit a pris fin le 1^{er} septembre 1992 à la suite d'un accord signé entre M. Alain Ayache et le CILP. Cet accord stipule :

« Le Comité inter, représenté par son secrétaire général Roland Bingler et Christian Guillaumie, et Alain Ayache, éditeur du Meilleur et de Spécial Dernière, rappellent et confirment "la liberté" pour les éditeurs d'hebdomadaires, et par conséquent pour Alain Ayache, de choisir librement leur imprimeur.

Dans un souci de mettre fin au conflit qui les oppose, le Comité intersyndical du livre parisien et Alain Ayache sont convenus :

– de mettre tout en œuvre pour régler définitivement sous quarante-huit heures les conséquences financières du conflit. Dans ce cadre, Alain Ayache n'exclut pas de confier à des conditions tarifaires, qualitatives et technologiques comparables à celles du marché et à celles dont il bénéficie par ailleurs une partie du tirage de ses journaux dans une imprimerie relevant de la presse parisienne. »

L'imprimerie Méaulle a alors repris l'impression des journaux de M. Ayache, qui étaient imprimés depuis le 11 août au Danemark et en Belgique.

C. - Les griefs notifiés par le rapporteur

Sur la base des pratiques décrites ci-dessus, deux griefs ont été notifiés au Comité intersyndical du livre parisien (CILP) et aux quatre syndicats qui composent cette coordination : Syndicat général du livre (SGL), Chambre syndicale typographique parisienne (CSTP), Syndicat des correcteurs et Syndicat national des cadres et techniciens du livre et de la communication (SNCTLIC) :

*– le premier, pour avoir organisé et poursuivi des actions concertées visant à dissuader la société Les Meilleures Editions de faire imprimer ses journaux *Le Meilleur* et *Spécial Dernière* à moindre coût dans une imprimerie de labeur ;*

– le second, pour avoir empêché l'impression dans les imprimeries de labeur des titres hippiques de M. Ayache, afin de réserver cette activité aux entreprises employant des ouvriers du livre de la presse quotidienne parisienne dont le placement est assuré en exclusivité par le CILP, lequel avait ainsi abusé de sa position dominante sur le marché du placement des ouvriers du livre de la presse parisienne quotidienne.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

En ce qui concerne la procédure :

Sur la valeur probatoire des constats d'huissiers :

Considérant que le Comité intersyndical du livre parisien (CILP) et les syndicats qui le composent soutiennent que la plainte pénale déposée par M. Ayache, comme les constats d'huissier utilisés pour décrire les pratiques mises en œuvre par ces organisations professionnelles, ne sauraient constituer la preuve des infractions, objet de la procédure toujours en cours, mais vaudraient à titre de simples renseignements ;

Mais considérant que, si l'appréciation au regard du droit pénal des faits relatés dans la plainte avec constitution de partie civile déposée par M. Ayache à la suite de l'occupation des locaux du siège social de la société Les Meilleures Editions ne relève pas de la compétence du Conseil de la concurrence, le constat d'huissier joint à cette plainte ainsi que les autres constats d'huissier établis à l'occasion des interventions des ouvriers du livre dans les entreprises Rotos de l'Ile-de-France et Imprimerie Méaulle constituent des éléments objectifs de preuve dont il appartient au Conseil d'apprécier la valeur ;

En ce qui concerne les marchés concernés :

Considérant que peuvent être considérés comme appartenant à un même marché les produits et les services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs, ou une partie suffisamment importante de ceux-ci, les considèrent comme des moyens substituables pour satisfaire une même demande ; que, parmi les éléments à prendre en considération pour définir les contours d'un marché pertinent, il y a lieu de retenir la nature de la prestation, l'environnement juridique, les conditions techniques d'utilisation, le coût d'usage ou de mise à disposition et la stratégie des offreurs ;

Considérant que, du point de vue de l'offre, les imprimeries de presse utilisent la technique d'impression de l'offset, tandis que les imprimeries de labeur mettent en œuvre à la fois la technique de l'offset et celle de l'héliogravure ; que l'imprimerie de presse en région parisienne dispose d'une convention collective qui entraîne un coût de la main-d'œuvre deux fois plus élevé que celui qui résulte de l'application de la convention collective de l'imprimerie de labeur ;

Mais considérant que, du point de vue de la demande, les éditeurs de publication peuvent recourir soit aux imprimeries de presse, soit aux imprimeries de labeur disposant d'équipements pour impression offset ; que, si les éditeurs de publications quotidiennes ou hebdomadaires choisissent, dans la majorité des cas, de faire imprimer leurs publications dans des imprimeries de presse, dont les ouvriers sont régis par la convention collective des entreprises de presse de la région parisienne, certains d'entre eux peuvent avoir recours à des imprimeries de labeur dont les coûts salariaux et les coûts totaux d'impression sont moins élevés que ceux de la presse parisienne ; que, ainsi, les imprimeries de presse et les imprimeries de labeur peuvent être en concurrence sur le marché de l'impression des publications périodiques qui constitue, en l'espèce, le marché pertinent ;

En ce qui concerne les pratiques :

Sur le grief d'entente :

Considérant, d'une part, que l'article L. 411-1 du code du travail dispose que « les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts » ; que l'article L. 411-21 du même code prévoit que « les syndicats professionnels régulièrement constitués (...) peuvent librement se concerter pour l'étude et la défense de leurs intérêts matériels et moraux » ; que, si les syndicats professionnels peuvent, en vertu de ces dispositions d'ordre public, se concerter pour entreprendre toute action aux fins de remplir les missions qui leur sont ainsi assignées, aucune disposition ne les autorise à

s'entendre pour empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché ; que l'entente mise en œuvre dans de telles conditions, lorsqu'elle ne peut être rattachée à l'exercice par les syndicats de leurs missions, tombe sous le coup des dispositions, également d'ordre public, de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que le Conseil de la concurrence est alors compétent pour statuer sur les infractions éventuelles à ces dispositions ;

Considérant, d'autre part, qu'il résulte des termes mêmes de l'article 7 précité, et notamment de la comparaison avec le libellé de l'article 8 de la même ordonnance et de l'article 81 (ex 85) du traité de Rome, qu'il n'est pas nécessaire que les actions concertées, les conventions, ententes expresses ou tacites, ou coalitions prohibées qu'il vise soient mises en œuvre par des entreprises au sens du droit de la concurrence ; qu'il n'y a donc pas lieu de rechercher si les syndicats de salariés en cause ou leur coordination constituent une entreprise au sens du droit de la concurrence ;

Considérant que le Syndicat général du livre et de la communication écrite (SGLCE), la Chambre syndicale typographique parisienne (CSTP), le Syndicat des correcteurs et le Syndicat national des cadres et techniciens du livre et de la communication (SNCTLC) ont constitué une coordination dénommée Comité intersyndical du livre parisien (CILP) ; qu'en l'espèce, le CILP constitue le support de l'entente constatée entre les quatre syndicats professionnels ;

Considérant que le ministre de l'économie soutient qu'il ne peut exister d'entente, au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, entre des syndicats de salariés appartenant à la même fédération (la FILPAC-CGT) et confédération (la CGT) ; que, selon lui, si le fait pour les quatre syndicats composant le CILP d'avoir des statuts différents leur permet d'avoir une autonomie financière et juridique, celle-ci ne peut se confondre avec une indépendance d'action ; qu'il ajoute que l'article 11 des statuts de la FILPAC-CGT précise que, si chaque organisation garde son autonomie, ses statuts et son action ne peuvent être en contradiction avec les statuts et les principes de la fédération ; que les pièces du dossier, et notamment l'article du journal *L'Humanité* du 13 août 1992, attesteraient d'ailleurs que l'action a été conçue et coordonnée par la FILPAC-CGT ;

Considérant que le CILP et les organisations syndicales qui le composent font également valoir qu'il ne saurait exister de concertation entre les différents syndicats en cause puisque le CILP n'est qu'un instrument de coordination de l'action des syndicats professionnels du livre, que certains appellent « le Livre CGT », lesquels sont réunis au sein de la FILPAC-CGT, elle-même adhérente à la Confédération générale du travail (CGT) ; qu'il n'existe donc sur le plan syndical qu'une entité unique, la CGT ;

Mais considérant que le fait pour les quatre syndicats composant le CILP (Syndicat général du livre et de la communication écrite [SGLCE], Syndicat des correcteurs et des professions connexes de la correction, Chambre syndicale typographique parisienne [CSTP], Syndicat national des cadres et techniciens du livre et de la communication [SNCTLC]) d'adhérer à une fédération et à une confédération ne saurait leur retirer toute autonomie d'action dans la mesure où il n'existe, en droit, aucune hiérarchie entre les syndicats et leur confédération ; que l'article L. 411-22, alinéa 2, du code du travail précise seulement, s'agissant des rapports entre le syndicat et l'union, que « *leurs statuts (des unions) doivent déterminer les règles selon lesquelles les syndicats adhérents à l'union sont représentés dans le conseil d'administration et dans les assemblées générales* » ; que la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 28 mai 1959, que la personnalité des unions ne fait pas disparaître celle des syndicats adhérents ; que si l'article 11 des statuts de la FILPAC dispose que « *Chaque organisation adhérente garde son autonomie. Toutefois, ses statuts et son action ne peuvent être en contradiction avec les statuts et les principes de la fédération* », cet article n'interdit pas aux syndicats adhérents d'agir de façon autonome ; que l'article préliminaire du règlement intérieur du CILP, en indiquant que « *les organisations syndicales (...) sont regroupées dans*

le CILP (secteur presse) en vue de coordonner et de décider des orientations, tant sur le plan revendicatif que sur le plan de l'action et des luttes. Cela ne peut mettre en cause l'existence des syndicats ayant leurs propres statuts et composant le comité inter (...) » confirme que chaque syndicat membre du CILP conserve son autonomie, ce que le CILP et les quatre syndicats qui le composent ont d'ailleurs reconnu dans leurs observations en réponse au rapport du rapporteur, en précisant que « *chaque syndicat de base est autonome dans la sphère professionnelle qu'il représente* » ;

Considérant qu'il ressort des constatations figurant au § I B que l'autonomie d'action et de décision du CILP, par rapport à la FILPAC-CGT et par rapport à la CGT, est établie par le tract du CILP intitulé « Les véritables motivations de M. Ayache » dans lequel cette coordination revendique l'intervention dans l'imprimerie Méaulle ; que l'article paru dans le journal *L'Humanité* du 13 août 1992 établit, contrairement à ce que fait valoir le ministre de l'économie, que le CILP est bien à l'origine des interventions dans les imprimeries Les Rotos de l'Ile-de-France et Méaulle et non pas la FILPAC-CGT, puisque, dans cet article, il est seulement précisé que cette fédération apporte son soutien à ces actions, en ces termes : « *La FILPAC-CGT tient à manifester son plein soutien à l'action engagée par les travailleurs de la presse parisienne pour préserver l'emploi et visant ainsi les travaux d'impression jusqu'alors réalisés à l'imprimerie Offprint. La Fédération appelle instamment ses militants à exercer la plus grande vigilance dans les régions, pour s'opposer, le cas échéant, à toute tentative de confection des titres contestés et appartenant à l'éditeur Ayache* » ; que l'accord qui mettra fin au conflit avec M. Ayache a été signé par le CILP lui-même ;

Considérant qu'à la suite de l'échec des négociations entre la société Les Meilleures Editions et la SARL Offprint, les quatre syndicats composant le CILP qui, en application de la convention collective de travail des entreprises de presse de la région parisienne, donnent leur accord sur l'embauche des salariés dans les imprimeries de la presse mais non sur celle des employés des imprimeries de labeur dont les rapports avec les employeurs sont régis par une autre convention collective, ont exercé une action concertée tant sur cet éditeur de presse que sur des imprimeries de labeur qu'il avait contactées pour, d'une part, l'empêcher de faire jouer la concurrence entre imprimerie de presse et imprimerie de labeur, et, d'autre part, limiter l'accès des imprimeries de labeur au marché de l'impression des périodiques, alors même qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit à l'éditeur d'un quotidien de recourir aux services d'imprimeries de labeur ni à une imprimerie de labeur d'imprimer un quotidien ; que l'objet anticoncurrentiel de cette action concertée, qui s'est traduite par la séquestration de l'éditeur, par des déprédations sur les équipements des imprimeries de labeur non soumises aux dispositions de la convention collective de la presse et par la destruction d'exemplaires de publications de la société Les Meilleures Editions, a été clairement revendiqué par le CILP qui a dénoncé les conceptions du responsable de la société Les Meilleures Editions, c'est-à-dire « *la course aux moindres coûts* » ; que, si les quatre syndicats professionnels composant le CILP pouvaient librement, en application des articles L. 411-1 et 411-21 du code du travail susmentionnés, négocier avec l'imprimerie de presse dans laquelle étaient imprimées les publications de M. Ayache les conditions de la continuation de cette impression, ils ne pouvaient, sans sortir des limites de leur mission de défense des intérêts matériels et moraux de leurs adhérents et sans contrevenir aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, mettre en œuvre, suite à l'échec de cette négociation, une entente ayant pour objet ou pour effet d'entraver le fonctionnement de la concurrence sur le marché de l'impression de périodiques en interdisant par la force à des imprimeries de labeur d'accéder à ce marché ;

Sur le grief d'abus de position dominante :

En ce qui concerne le rôle d'opérateur économique du CILP :

Considérant que le Comité intersyndical du livre parisien (CILP) et les syndicats qui le

composent, d'une part, le commissaire du Gouvernement, d'autre part, font valoir que le CILP n'est pas un opérateur économique dans la mesure où le placement qu'il effectue pour le compte des syndicats n'est qu'un aspect de sa mission syndicale ;

Considérant que l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 implique, tout d'abord, que les pratiques dénoncées soient mises en œuvre par une entreprise au sens du droit de la concurrence ; que, si la notion d'entreprise dans le contexte du droit de la concurrence comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, cette entité doit jouir d'un certain degré d'autonomie de gestion et de décision, c'est-à-dire, d'une part, disposer d'un centre identifiable auquel des décisions à caractère économique puissent être imputées et, d'autre part, en assumer les risques financiers ;

Considérant que le CILP détient le monopole du placement dans les imprimeries de la presse parisienne des ouvriers du livre adhérents des quatre syndicats qui composent cette coordination, en application de la convention collective de travail des ouvriers des entreprises de presse de la région parisienne ; que le nombre d'ouvriers placés chaque jour dans les entreprises de presse parisienne ne résulte pas d'une stratégie commerciale du CILP mais d'une négociation quotidienne entre le délégué syndical présent dans l'imprimerie de presse et l'imprimeur, qui est fonction du tirage et de la pagination des quotidiens à imprimer ; que le CILP se borne à désigner sur la liste qu'il tient à jour le ou les ouvriers qui devront être embauchés quotidiennement par les imprimeurs ; que ceux-ci sont tenus d'accepter les désignations qui leur sont faites par le CILP ; que ce dernier exerce cette activité à titre gratuit ; qu'il ne peut en retirer directement ou indirectement aucun profit ni aucune perte ; qu'il n'encourt donc aucun risque de ce chef ; que, dès lors, il ne peut être considéré comme une entreprise aux fins de l'application de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'en conséquence, le grief notifié au CILP en application de ces dispositions n'est pas fondé ;

Sur les suites à donner :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum est de dix millions de francs. Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne, l'affichage dans les lieux qu'il indique et l'insertion de sa décision dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée.* »

Considérant que, pour apprécier la gravité des faits, il y a lieu de relever que la volonté du CILP et des quatre syndicats qui composent cette coordination d'empêcher la SA Les Meilleures Editions de choisir librement son imprimeur s'est traduite par des manœuvres d'intimidation et par la destruction des publications de la SA Les Meilleures Editions qui avaient été imprimées dans le labeur ; que, par leur nature même, ces faits revêtent un caractère grave ;

Considérant que, pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, il y a lieu de tenir compte du fait que les pratiques en cause, si elles ont empêché la SA Les Meilleures

Editions d'imprimer ses publications dans des imprimeries de labeur et l'ont conduite à faire réaliser ses journaux au Danemark et en Belgique, ont eu un effet limité dans le temps dès lors qu'un accord est intervenu le 2 septembre 1992 entre le responsable de la SA Les Meilleures Editions et le CILP, soit un mois après le début des manœuvres d'intimidation entreprises par cette coordination de syndicats ; qu'aux termes de cet accord, le CILP a reconnu la liberté pour cet éditeur de faire imprimer ses publications dans l'imprimerie de son choix ; que l'impression des journaux de la SA Les Meilleures Editions a repris dans l'imprimerie de labeur Méaulle postérieurement à cet accord ; que les pratiques en cause n'ont donc affecté le secteur de l'imprimerie de labeur que pendant une courte période ;

En ce qui concerne le CILP :

Considérant que le CILP est le support de l'entente entre le Syndicat général du livre et de la communication écrite (SGLCE), le Syndicat des correcteurs, le Syndicat national des cadres et techniciens du livre et de la communication (SNCTL), la Chambre syndicale typographique parisienne (CSTP), et est à l'origine des pratiques ayant eu pour objet et pour effet d'empêcher la société Les Meilleures Editions d'imprimer ses journaux *Le Meilleur* et *Spécial Dernière* dans une imprimerie de labeur ;

Mais considérant que le CILP est une coordination de quatre syndicats professionnels sans statut juridique et dépourvue de la personnalité morale ; qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de lui infliger une sanction pécuniaire ;

En ce qui concerne le Syndicat général du livre et de la communication écrite (SGLCE) :

Considérant que le SGLCE, en tant que membre du CILP, a participé activement aux manœuvres et pressions exercées par le CILP à l'encontre de la SA Les Meilleures Editions pour l'empêcher de choisir librement son imprimeur ; que, néanmoins, ces pratiques n'ont duré qu'un mois ;

Considérant que le montant annuel des cotisations perçues par le SGLCE en 1997, dernier exercice clos, s'est élevé à 5 825 215 F ; que le budget de l'année 1997 a enregistré un déficit de 266 743 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels, tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 10 000 F ;

En ce qui concerne la Chambre syndicale typographique parisienne (CSTP) :

Considérant que la CSTP, en tant que membre du CILP, a participé activement aux manœuvres et pressions exercées par cette coordination à l'encontre de la SA Les Meilleures Editions pour l'empêcher de choisir librement son imprimeur ; que, néanmoins, ces pratiques n'ont duré qu'un mois ;

Considérant que le montant annuel des cotisations perçues en 1998 par la CSTP s'est élevé à 2 015 176 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels, tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 10 000 F ;

En ce qui concerne le Syndicat national des cadres et techniciens du livre et de la communication (SNCTL) :

Considérant que le SNCTL, en tant que membre du CILP, a participé activement aux manœuvres et pressions exercées par cette coordination à l'encontre de la SA Les Meilleures Editions pour l'empêcher de choisir librement son imprimeur ; que, néanmoins, ces pratiques n'ont duré qu'un mois ;

Considérant que le montant annuel des cotisations perçues en 1998 par le SNCTL s'est élevé à 2 127 423 F ; que l'exercice 1998 s'est soldé par un déficit de 97 184 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels, tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 10 000 F ;

En ce qui concerne le Syndicat des correcteurs :

Considérant que le Syndicat des correcteurs, en tant que membre du CILP, a participé activement aux manœuvres et pressions exercées par cette coordination à l'encontre de la

SA Les Meilleures Editions pour l'empêcher de choisir librement son imprimeur ; que, néanmoins, ces pratiques n'ont duré qu'un mois ;

Considérant que le montant annuel des cotisations perçues en 1998 par le Syndicat des correcteurs s'est élevé à 539 995 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels, tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 10 000 F,

Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que le Comité intersyndical du livre parisien et les quatre syndicats qui composent cette coordination syndicale, le Syndicat général du livre et de la communication écrite, le Syndicat des correcteurs et des professions connexes de la correction, la Chambre syndicale typographique parisienne, le Syndicat national des cadres et techniciens du livre et de la communication, ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- au Syndicat général du livre et de la communication écrite : 10 000 F ;
- au Syndicat des correcteurs : 10 000 F ;
- à la Chambre syndicale typographique parisienne : 10 000 F ;
- au Syndicat national des cadres et techniciens du livre et de la communication :

10 000 F.

Délibéré, sur le rapport de Mme Biolley-Coornaert, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, Mme Boutard-Labarde, MM. Bargue, Nasse, Piot et Rocca, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 49

Décision n° 99-D-42 du Conseil de la concurrence en date du 23 juin 1999 relative à la saisine de l'Union des transports publics et autres à l'encontre des pratiques de l'assemblée plénière des sociétés d'assurance dommages (APSAD) et de diverses compagnies d'assurance

NOR : ECOC9910269S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 28 juillet 1998 sous le numéro F 1068, par laquelle l'Union des transports publics, la Régie autonome des transports parisiens (RATP), la Compagnie générale d'entreprise automobile (CGEA), la Société lyonnaise des transports en commun (SLTC), la Société d'économie mixte des transports publics de l'agglomération grenobloise (SEMITAG), la société Via-Générale de transport et d'industrie (VIA-GTI), la société Transdev et la Société des transports poitevins ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par l'APSAD et les compagnies d'assurances AXA, Azur, Mutuelles du Mans, GAN, GMF et MAAF Assurances dans le secteur de l'assurance dommages transport public urbain de voyageurs ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la lettre de M^e Jean-Christophe Grall, représentant les parties saisissantes, enregistrée le 12 mai 1999 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que, par la lettre enregistrée le 12 mai 1999 susvisée, M^e Jean-Christophe Grall, agissant au nom des parties saisissantes, a déclaré retirer sa saisine ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil de se saisir d'office,

Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 1068 est classé.

Délibéré, sur le rapport de M. Poyer, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 50

Décision n° 99-D-43 du Conseil de la concurrence en date du 30 juin 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par le centre d'études techniques de l'équipement, laboratoire des ponts et chaussées situé à Clermont-Ferrand, et de divers maîtres d'ouvrage

NOR : *ECOC9910270S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 24 novembre 1997 sous le numéro F 996, par laquelle le cabinet Duplouty a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le centre d'études techniques de l'équipement, laboratoire des ponts et chaussées situé à Clermont-Ferrand, et de divers maîtres d'ouvrage ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et le représentant du cabinet Duplouty entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que les éléments recueillis en l'état actuel du dossier ne permettent pas d'éclairer complètement le Conseil sur les pratiques dénoncées ; que, dans ces conditions, il y a lieu de procéder à un complément d'instruction,

Décide :

Article unique

Il est sursis à statuer sur la saisine F 996.

Délibéré, sur le rapport de Mme Tourjansky, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 51

**Décision n° 99-D-44 du Conseil de la concurrence en date du 29 juin 1999
relative à la saisine de l'entreprise La Clôture
NOR : ECOC9910287S**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 31 juillet 1995 sous le numéro F 780, par laquelle l'entreprise La Clôture a dénoncé les pratiques commerciales de la société Heras Clôture France ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, le représentant de l'entreprise La Clôture ayant été régulièrement convoqué ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Le secteur concerné

Le secteur de la clôture regroupe plusieurs catégories de produits : les grillages, les barreaudages et les treillis soudés. Les ventes annuelles de clôtures en France sont estimées par les professionnels du secteur à près d'un milliard de francs.

Les fabricants et importateurs de clôtures sont nombreux. Les chiffres d'affaires en clôture des principaux fournisseurs sont les suivants : société Bekaert 250 MF, société Dirickx 250 MF, groupe Lippi 133 MF, société Gantois 98 MF, société Eurofence 75 MF, société Grillages Schertz 57 MF, société Grillage Vermigli 43 MF et Heras Clôture France 22 MF.

Ils commercialisent leurs produits par l'intermédiaire des négociants, des poseurs et des grandes surfaces de bricolage et de matériaux de construction. Les négociants ont eux-mêmes une clientèle de poseurs, de serruriers, d'artisans du bâtiment et éventuellement de particuliers. En outre, les grandes entreprises de pose exercent souvent en complément une activité de négoce auprès d'artisans, de paysagistes ou de serruriers.

Le nombre d'entreprises spécialisées dans la pose de clôtures est estimé à 400 et leur chiffre d'affaires annuel moyen serait de l'ordre de 2 millions de francs. Par ailleurs, les clôturistes, déjà nombreux, n'ont pas l'exclusivité de la pose de clôtures car ces travaux sont également assurés par des paysagistes, des maçons ou des entreprises de travaux publics. Il s'agit donc d'un secteur très peu concentré.

**B. - Les relations commerciales entre l'entreprise
La Clôture et la société Heras Clôture France**

M. Boly est propriétaire exploitant de l'entreprise individuelle La Clôture qui emploie huit salariés. L'activité de l'entreprise a débuté en janvier 1994 et se partage entre le négoce des clôtures et portails et la pose de clôtures dans le cadre de marchés passés par des collectivités publiques. L'entreprise a réalisé un chiffre d'affaires de 1,09 million de francs en 1994-1995 et de 3,6 millions de francs en 1995-1996.

La société Heras Clôture France, qui existe depuis 1991, appartient au groupe Heras Holding Company. L'usine de fabrication des produits Heras est située aux Pays-Bas et des filiales sont implantées en Grande-Bretagne, en Belgique, en Allemagne et en France. Ce fournisseur occasionnel de l'entreprise La Clôture détient moins de 3 % du marché de la fourniture de clôtures.

Dans sa saisine, M. Boly soutient que la société Heras Clôture France a exigé pour le livrer des conditions de paiement discriminatoires et lui a imposé un projet de contrat de collaboration qui limitait son activité de revendeur au département du Haut-Rhin, dans le seul but de protéger les revendeurs en place, et tout particulièrement la Société Générale de Clôture, à Châtenois. Enfin, M. Boly a déclaré qu'un groupe dit « Spirale », dont il ne connaissait pas les coordonnées, regroupait des fabricants qui cherchaient à éliminer les entreprises qui cassent les prix.

1. Les conditions de paiement

Alors qu'au début de l'année 1994 les délais de paiement accordés à l'entreprise La Clôture étaient de 60 jours date de facturation, dès le mois de février 1994, la société Heras Clôture France a demandé un paiement par chèque dès la commande avec un encaissement huit jours après la livraison de la marchandise. En décembre 1994, ce fournisseur a exigé un règlement anticipé, avant la livraison. La dernière commande de l'entreprise La Clôture est datée du 13 mai 1995 et n'a jamais été livrée. Depuis, les relations commerciales entre les deux entreprises ont été interrompues en l'absence d'accord sur les conditions de paiement.

La société Heras Clôture France justifie son comportement par des incidents de paiement. Elle fait valoir qu'une facture du 24 août 1994 n'a pas été payée, qu'un chèque a été refusé à l'encaissement et qu'un retard de paiement s'est produit en décembre 1994. Elle ajoute qu'une enquête sur la solvabilité de l'entreprise La Clôture a été demandée au groupe Pouey international et que, dans ses comptes rendus, le groupe Pouey a conseillé la prudence et même de ne pas traiter avec ce client compte tenu des risques encourus.

2. Le projet de contrat de collaboration commerciale

Le 8 février 1994, la société Heras Clôture France a adressé à M. Boly un projet de contrat de collaboration pour l'année 1994 dont l'article 3 précise : « *zone d'activité : pour maintenir une politique commerciale cohérente dans l'Est de la France, votre zone d'activité privilégiée sera le Haut-Rhin, département 68. Donc Heras vous livrera uniquement les commandes et les chantiers dans le département 68 (Haut-Rhin), tous les autres départements seront exclus de notre accord* ». Bien que M. Boly n'ait pas signé le projet de contrat de coopération, la société Heras Clôture France a poursuivi dans un premier temps ses relations commerciales épisodiques avec ce client.

Le gérant de la société Heras Clôture France a déclaré : « *Son siège social était situé dans le département 68. Nous étions donc intimement convaincus que nos livraisons devaient être réalisées dans ce département. Malheureusement, il n'en était rien. En effet, nous avons découvert que nous devons livrer nos produits dans le département 67 où la société La Clôture avait des entrepôts. Or, nous avons un client extrêmement important, à savoir la société SGC sise à Châtenois (67), c'est-à-dire à quelques kilomètres des entrepôts de la société La Clôture. C'est la raison pour laquelle, dans le cadre de notre projet de*

collaboration commerciale avec cette entreprise, nous lui précisions qu'elle devrait privilégier ses activités sur le département 68. Il ne s'agissait cependant pas de lui imposer une clause d'attribution géographique mais uniquement de respecter un modus vivendi entre nos clients dans la mesure où nous nous interdisions de mettre en concurrence deux clients sur un même secteur géographique ».

Au cours de l'instruction, seuls M. Boly et M. Dorgler de la société SGC, qui a fait état d'un engagement oral de la société Heras, ont évoqué l'existence d'accords avec ce fournisseur prévoyant des zones d'exclusivité. Tous les autres clients qui ont été interrogés ont précisé qu'aucun contrat ne les liait à ce fournisseur et qu'ils ne bénéficiaient d'aucune exclusivité.

3. Le groupe Spirale

Le groupe Spirale est une SARL au capital de 83 400 F créée en 1985 par les sociétés Grillages Schertz et Lippi. Le capital de la société Spirale est réparti à parts égales entre toutes les sociétés membres du groupe qui sont les fabricants de grillages ou négociants en clôtures suivants : société Grillages Schertz, société Lippi, société Bordelaise de fabrications métalliques (SBFM), société Girardot et Etablissements Quère. Ces sociétés ne représentent qu'une petite part du marché des grillages. Le chiffre d'affaires de chacune d'entre elles est compris entre 13 et 65 millions de francs, y compris les exportations, et le chiffre d'affaires global des associés s'élève à 204 millions de francs.

L'article II des statuts de la société Spirale stipule que la société a pour objet la commercialisation et la distribution de tous les produits de clôture et dérivés dans la grande distribution et plus généralement toutes les opérations commerciales et financières pouvant se rattacher à l'objet commercial. Aujourd'hui, la seule activité de la société Spirale consiste en une réunion annuelle de ses associés pour négocier leur référencement et des conditions d'achat auprès d'un fournisseur de fil industriel et de grillage, la société Tréfilarbe. La société Tréfilarbe occuperait 6 % du marché des fils d'aciers et 32 % du segment de marché « fils grillageurs », aux côtés de la société Bekaert et de plusieurs fabricants italiens et espagnols.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Considérant, en premier lieu, que M. Boly soutient que la société Heras Clôture France a exigé pour le livrer des conditions de paiement discriminatoires qui avaient pour objet de protéger les revendeurs en place ;

Mais considérant que la société Heras Clôture France a justifié son comportement par des incidents de paiement et par sa volonté de se prémunir de tout risque d'impayé à l'égard d'un client présentant des risques d'insolvabilité ; que, de plus, l'instruction a permis de constater que les conditions de paiement exigées n'étaient pas différentes de celles demandées à d'autres sociétés qui connaissaient des difficultés financières et, qu'ainsi, elles n'étaient pas discriminatoires ; qu'enfin, l'instruction n'a pas permis de recueillir d'autres indices permettant de penser que les conditions de vente résulteraient d'un abus de position dominante ou traduiraient l'existence d'une entente anticoncurrentielle ;

Considérant, en deuxième lieu, que M. Boly soutient que la société Heras Clôture France lui a imposé un projet de contrat de collaboration qui limitait son activité de revendeur au département du Haut-Rhin, dans le seul but de protéger son revendeur de Chatenois, la société SGC ; qu'il a joint à sa saisine un projet de contrat de collaboration commerciale qui précise : « *Heras vous livrera uniquement pour les commandes et les chantiers dans le département 68 (Haut-Rhin). Tous les autres départements seront exclus de notre accord* » ;

Mais considérant qu'un contrat d'exclusivité n'est prohibé par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 que dans la mesure où, d'une part, il a pour objet ou peut avoir pour effet de restreindre la concurrence sur un ou des marchés et où, d'autre part, il ne peut bénéficier des dispositions de l'article 10 de cette ordonnance ; qu'un fournisseur qui a recours à un réseau de distributeurs auxquels il concède des territoires d'exclusivité ne peut licitement interdire à ces distributeurs de répondre à des sollicitations de clients situés dans des zones géographiques autres que celle faisant l'objet de l'exclusivité dès lors qu'ils ne procèdent pas à une politique de vente active en dehors du territoire qui leur a été concédé ; qu'en l'espèce, si les termes du contrat de collaboration proposé à M. Boly sont empreints d'une certaine ambiguïté, M. Boly, bien qu'il ne l'ait pas signé, a cependant continué à être livré par la société Heras Clôture France ; qu'au cours de l'instruction, seuls M. Boly et la société SGC de Châtenois ont fait état d'accords prévoyant des zones d'exclusivité ; qu'il n'est donc pas établi que la société Heras Clôture France limite la liberté commerciale de ses revendeurs en leur interdisant de revendre passivement ses produits hors d'une zone géographique définie ; qu'aucun autre élément ne permet de considérer que le projet de contrat de collaboration commerciale proposé à M. Boly résulterait d'une concertation anticoncurrentielle entre la société Heras Clôture France et un autre revendeur ;

Considérant, en dernier lieu, que M. Boly a déclaré qu'un groupe dénommé « Spirale », dont il ne connaissait pas les coordonnées, regroupait des fabricants qui cherchaient à éliminer les entreprises qui cassent les prix ;

Mais considérant que le seul groupe Spirale identifié est une SARL qui regroupe certains fabricants de grillages ou négociants en clôtures ; que l'activité de cette société consiste en une réunion annuelle de ses associés pour négocier leur référencement et des conditions d'achat auprès d'un fournisseur de fils industriels et de grillage, la société Tréfilarbe ; que ni l'enquête administrative, ni l'instruction n'ont permis d'établir le bien-fondé des allégations de M. Boly selon lesquelles les fabricants regroupés au sein de la société Spirale « *chercheraient à éliminer les entreprises qui cassent les prix* » ; que, par ailleurs, aucun autre élément du dossier ne permet de considérer que la société Spirale ou ses associés auraient mis en œuvre des pratiques concertées qui auraient eu pour objet ou pu avoir pour effet de restreindre la concurrence ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi que la société Heras Clôture France, la société Spirale ou ses associés ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

Décide :

Article unique

Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de Mme Sévajols, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 52

**Décision n° 99-D-45 du Conseil de la concurrence en date du 30 juin 1999
relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet**

NOR : ECOC9910339S

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 17 août 1993 sous le numéro F 618, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Mattel France dans le secteur du jouet ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés Mattel France, SC Galec, SCA Normande, Paris Distribution, Carrefour France SAS, Euro Disney SCA et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Mattel France, SC Galec, Paris Distribution et Sud Loire Distribution entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A - Le secteur et les entreprises concernés

1. Le secteur

Le secteur d'activité concerné est celui des jouets, parmi lesquels figurent les poupées-mannequins.

a) L'offre

Avec plus de 11 millions d'enfants (de 0 à 14 ans) et une dépense moyenne de jouets par enfant la plus élevée d'Europe (1 810 F en 1992), la France constitue le deuxième marché du jouet en Europe, après l'Allemagne, avec 20 % des dépenses globales. La consommation de jouets était estimée en 1992 par l'INSEE à 21 milliards de francs TTC (statistiques incluant les articles de fêtes et ornements de Noël, les articles de plein air, les jeux vidéo et les consoles).

La production française de jouets est très dispersée : en 1992, 160 entreprises industrielles ont réalisé un chiffre d'affaires global de 4,7 milliards de francs (près de 10 % avaient un chiffre d'affaires supérieur à 100 millions de francs). Ce secteur est aussi fortement internationalisé : les importations se sont élevées à 8,4 milliards de francs en 1992, dont 69,5 % en provenance du Sud-Est asiatique (60 % en provenance de la Chine et du Japon), les exportations ont dépassé 2,1 milliards de francs (69 % à destination des pays de la Communauté européenne).

Le tableau suivant retrace les chiffres clés du secteur du jouet en France de 1991 à 1994. Sauf indication contraire, les chiffres y sont exprimés en millions de francs.

	1991	1992	1993	1994
Production	5 000	4 700	4 200	4 300
Exportations	2 000	2 052	2 215	2 378
Importations	7 700	8 429	8 041	6 905
Budget annuel par enfant (en francs)	1 706	1 810	1 830	ND
Investissements publicitaires	ND	500	537	624
Source : Mémento statistique annuel de la Fédération française du jouet.				

La Fédération française des industries du jouet (jeux, jouets, puériculture) classe les jouets en treize grandes catégories, parmi lesquelles figurent notamment les jouets en peluche, les jeux d'activité manuelle et de création, les jeux de construction, les puzzles et les poupées, cette dernière famille incluant les poupées-poupons, les poupées miniatures et les poupées-mannequins.

b) Caractéristiques de la consommation

Les acheteurs de jouets en France sont essentiellement des membres de la famille de l'enfant, ses parents, ses grands-parents ou d'autres membres de la famille et de son entourage.

Les ventes de jouets sont très saisonnières : plus de 70 % des ventes ont lieu en novembre et décembre à l'occasion des fêtes de fin d'année. La plupart des investissements publicitaires des fournisseurs, essentiellement à la télévision, se concentrent aussi sur cette période (78 % en 1992, 83,2 % en 1994).

De 1989 à 1992, les ventes de jouets ont été marquées par les taux de progression exceptionnels des consoles et des jeux vidéo (300 % de progression par an) ; les familles de produits traditionnels destinés aux petites filles, comme celles des poupées, ont peu souffert des records de vente enregistrés par ce nouveau type de jeux. Les jouets traditionnels pour garçons ont eux, en revanche, été victimes de l'arrivée sur le marché des jeux vidéo, jusqu'à la reprise de leurs ventes en 1993.

Le marché de la poupée-mannequin, après avoir subi un net ralentissement en 1987, a retrouvé son dynamisme en affichant en 1991 une progression de 6 % pour un total de ventes de 435,7 millions de francs alors que la poupée-poupon enregistrait une baisse de 4 % pour un chiffre d'affaires de 221,5 millions de francs.

c) La distribution

Le tableau suivant retrace la répartition des ventes de jouets par type de commerces de 1991 à 1993, telle que publiée par la Fédération française des industries du jouet dans ses mémentos statistiques annuels.

TYPES DE COMMERCES	1991	1992	1993
Grandes surfaces spécialisées	11	13	14
Détaillants spécialistes et autres commerces traditionnels	31	28	27
Grandes surfaces alimentaires	48	50	50
Vente par correspondance et collectivités	10	9	9

Les ventes sont assurées majoritairement par les entreprises de la grande distribution : celles-ci réalisent les trois quarts de leurs ventes de jouets au cours des deux derniers mois de l'année, alors que les magasins spécialisés réalisent une assez forte proportion de leurs ventes au cours des neuf premiers mois de l'année, période dite du « permanent ».

Les distributeurs ont tendance, en raison de l'incertitude sur le volume et la répartition de la demande jusqu'aux dernières semaines de l'année et par crainte de conserver des stocks importants d'invendus soit à passer des commandes de fin d'année prudentes, en prenant alors le risque d'une rupture de stocks, soit à effectuer des opérations promotionnelles en pleine période de ventes. Les fournisseurs, au contraire, tentent d'inciter leurs clients, par le jeu des conditions de vente, à des prises de commandes fermes importantes le plus tôt possible dans l'année ; ils aménagent aussi un système de reprise des stocks en fin de saison par des accords négociés ou constituent des stocks tampons.

2. Les entreprises

a) La société Mattel France

La société Mattel est une filiale à 99 % de Mattel Incorporated, groupe américain devenu en 1994 le premier fabricant mondial de jouets, grâce à une forte croissance de ses ventes et à une politique d'acquisition d'entreprises (son chiffre d'affaires passe de 1,62 à 3,2 milliards de dollars de 1991 à 1994).

En 1991, le groupe Mattel réalisait plus de 65 % de son chiffre d'affaires avec sa « ligne filles » dont 51,8 % avec les poupées Barbie.

Créée par la société Mattel en 1959, la poupée Barbie, produit phare du groupe, est une poupée-mannequin de 29 centimètres de hauteur, représentation d'une femme adulte « caractérisée par une tête placée sur un cou très long, une abondante chevelure blond clair, des yeux bleus artificiellement agrandis qui lui donnent une expression particulière, des lèvres entrouvertes en un sourire mutin laissant apparaître la blancheur des dents. Son corps longiligne présente des jambes exagérément longues, une taille marquée, une poitrine développée, des mains aux doigts rapprochés » (description tirée de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 25 septembre 1991).

La poupée Barbie a comme autre spécificité d'être au cœur d'un univers, c'est-à-dire d'une gamme de produits qui lui sont complémentaires : vêtements, accessoires, meubles, un entourage de poupées qui tiennent le rôle de compagnon (Ken), amies (Midge, Christie...), sœurs (Stacie, Skipper...).

La poupée Barbie a révolutionné le monde des jouets pour petites filles et constitue un réel phénomène de société. En effet, à la fin de l'année 1993, il s'était vendu dans le monde 700 millions de poupées Barbie sur tous les continents, chaque fillette de trois à dix ans en possédant souvent plusieurs, en moyenne sept aux Etats-Unis et cinq en France. Par ailleurs, la poupée Barbie est devenue un objet de collection très recherché.

La société Mattel France, société anonyme au capital de 44 millions de francs, est la filiale française d'importation et de distribution du groupe Mattel Incorporated.

En 1991, elle possédait les sociétés Wonderland France et Corolle.

Les résultats de Mattel France, de 1990 à 1993, étaient les suivants :

	1990	1991	1992	1993
Chiffre d'affaires net	616	631	766	917
Résultat d'exploitation	107	95	126,6	108,6

En 1991, la société Mattel France réalisait plus de 80 % de son chiffre d'affaires avec les poupées, dont près de 70 % avec la poupée Barbie et les produits de son univers :

CATÉGORIE DE PRODUITS	CA 1991 en MF (HT)	POURCENTAGE CA
Barbie	426 179	69,5
Grandes poupées	70 637	11,5
Autres (filles)	3 728	0,7
Premier âge + préscolaire	58 361	9,5
Autres (garçons)	18 387	3
Jeux	14 097	2,3
Maroquinerie/papeterie	21 674	3,5
Total	613 063	100

S'agissant des clients, la société Mattel réalisait, en 1991, plus de 61 % de son chiffre d'affaires avec les hypermarchés et les supermarchés, 10,7 % avec les détaillants et 15,6 % avec les grossistes.

Parmi les centrales d'achat, c'est avec Leclerc que la société Mattel réalisait en 1991 la part la plus importante de son chiffre d'affaires (12,8 %), avant Carrefour (9 %) et Auchan (6,3 %).

La société Mattel France, avec un chiffre d'affaires hors taxe de 613 millions de francs en 1991, réalisait donc une faible part des ventes totales de jouets aux distributeurs français, estimées entre 10 et 11 milliards de francs (production + importations-exportations).

En revanche, les statistiques de la société Nielsen, tout comme les études de marché effectuées par la groupe Mattel, mettent en évidence la place prépondérante des produits Barbie dans les ventes de poupées-mannequins en France.

La société Nielsen, dans son « Panel Jouets + VPC » portant sur la période allant de juin à septembre 1992, estimait que la société Mattel France avait réalisé 90,6 % des ventes en valeur et 81,6 % des ventes en volume de « poupées-mannequins + habillements et accessoires », devant la société Delplay avec la poupée « Perle » (3,9 % des ventes en valeur), la société Lundby avec la poupée « Petra » (2,1 % des ventes en valeur) et la société Tyco avec « Ariel la petite sirène » (1,2 % des ventes en valeur). La part des ventes de « poupées-poupons-bébés » de la société Mattel était beaucoup plus faible (24 % en valeur et 22,1 % en volume).

De 1990 à 1992, la société Mattel consacrait la moitié de son budget global de communication (plus de 80 millions de francs) à la poupée Barbie.

Dans le cadre de cette stratégie marketing, elle a également créé, en novembre 1992, le « club des amies de Barbie, club ayant pour objectif de créer des relations durables avec les fillettes de sept à neuf ans, le cœur de cible de la marque ».

*b) Les autres offreur*s

Le groupe suédois Lundby a, par l'intermédiaire de la SARL Lundby, commercialisé la poupée-mannequin « Petra » de 1989 à 1992, avant d'être racheté par la société américaine Hasbro. Il réalisait 90 % de ses ventes dans les hypermarchés et ne représentait que 2,1 % des ventes de poupées-mannequins.

La société Delplay a commercialisé la poupée-mannequin « Perle » jusqu'en juillet 1992, date à laquelle elle a cédé ce jouet au groupe américain Hasbro. La société Delplay représentait en valeur 3,9 % des ventes de poupées-mannequins.

Avant la poupée-mannequin « Perle », la société Hasbro France n'a commercialisé la poupée-mannequin « Sindy » que pendant un an avant d'être condamnée le 25 septembre 1991 par la cour d'appel de Paris pour contrefaçon du modèle « Barbie », commercialisé par la société Mattel France.

En 1992, la société Hasbro France réalisait un chiffre d'affaires d'environ 171 millions de francs.

La société « Tyco Toys France », filiale du groupe américain Tyco Toys, a été créée au début de l'année 1992 et commercialise quatre lignes de produits dont la « poupée-mannequin Ariel ». En 1992, elle réalisait un chiffre d'affaires d'environ 132 millions de francs, dont 21 % était réalisé avec la poupée-mannequin « Ariel ». Elle représentait 1,2 % des ventes de poupées-mannequins, tout en ayant bénéficié de la sortie du film de la compagnie Walt Disney et du lancement de son enregistrement vidéo en septembre 1992.

B. - Les pratiques relevées

1. Les dispositions des conditions de vente de la société Mattel restreignant la liberté commerciale des distributeurs de 1990 à 1992

Les conditions de vente de la société Mattel France sont construites sur la base d'un régime général applicable à l'ensemble de ses partenaires économiques, régime complété par des conditions spécifiques à chaque catégorie de distributeurs (détaillants, grossistes, groupements et centrales d'achat).

Le régime général comporte les conditions générales de vente, d'une part, et les conditions dites « particulières » de vente, d'autre part. A l'intérieur des conditions « particulières » de vente, la société Mattel distingue les conditions de « permanent » ou de « pré-saison » et les conditions de fin d'année.

Par ailleurs, à partir de 1992, la société Mattel France distingue des conditions de vente pour les produits de la ligne « filles » et des conditions de vente pour les produits de la ligne « Disney garçons ».

a) Les dispositions limitant la liberté commerciale des grossistes

Les conditions spécifiques applicables aux grossistes figurent dans des contrats dits de « coopération grossistes », contrats qui viennent compléter les conditions générales et particulières de vente.

Dans les contrats des années 1991 et 1992, la société Mattel France accorde aux grossistes une remise complémentaire de 5 % sur facture qui vient s'ajouter aux 5 % prévus dans les conditions particulières de vente, en contrepartie d'un engagement minimum annuel de chiffre d'affaires. La société Mattel France précise : *« Cela se traduira donc par une remise totale de 10 % sur facture »*.

Par ailleurs, en contrepartie du respect d'un certain nombre d'obligations, les contrats de coopération pour les années 1990 à 1992 prévoient l'octroi d'une « *remise différée de 7 %, calculée sur le montant net hors taxes, facturé entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre et dûment réglé à l'échéance par le grossiste* ».

Parmi ces obligations figurent notamment les clauses suivantes :

« Politique commerciale : le grossiste (...) s'engage à respecter les lignes générales de la politique commerciale de Mattel France telles qu'elles lui ont été communiquées lors des réunions de travail et notamment en vue de ne pas pratiquer une politique de prix susceptible de nuire à la société dans ses relations directes avec sa clientèle ».

« Rétrocessions : toute rétrocession de marchandises devra faire l'objet d'un accord préalable de Mattel France.

« Par le présent contrat, le grossiste s'engage à respecter dans leur intégralité les différentes clauses énoncées ci-dessus. Dans l'hypothèse où l'une quelconque de celles-ci ne serait pas respectée, la remise de complémentarité de 7 % serait purement et simplement supprimée (...). »

S'agissant des modalités de respect de ces obligations, plusieurs grossistes ayant signé un contrat de coopération commerciale avec la société Mattel France ont déclaré ce qui suit :

M. Rougeot, président-directeur général de la société Cash Aquitaine, a déclaré :

« Les produits Mattel ne sont pas pour moi des produits rentables, je réalise avec eux une part importante de mon chiffre d'affaires puisque ce sont sur le marché des produits leader (...). »

« Nous ne devons en aucun cas vendre au-dessous du prix tarif. Nous n'imputons pas nos remises (10 % sur facture) sur les prix "tarif", ceci en accord avec le contrat passé avec Mattel (clause relative à la politique commerciale) qui nous l'interdit... La remise de 7 % complémentaire (différée) est liée au respect de la politique de prix. Si je pratiquais des ventes de produits Mattel en dessous de leurs prix "tarif", elle ne me serait pas accordée. »

M. Bitton, directeur commercial de la société Comptoir commercial du Temple, a déclaré :

« La politique commerciale de Mattel est présentée aux partenaires grossistes à

l'occasion du "show-room" d'automne ; le grossiste devra appliquer le prix tarif Mattel pour "ne pas nuire à la société dans ses relations directes avec sa clientèle". Les remises consenties par Mattel, sur facture et différées, constituent ma marge sur les produits Mattel. Ces remises ne sont pas déduites des prix tarif Mattel. La grande distribution peut se permettre malgré les interdictions de Mattel, d'intégrer les remises arrières dans les prix de vente des produits aux consommateurs finals, ce que ne peut pas faire le grossiste (clause V de la politique commerciale du contrat grossiste Mattel). »

M. Glorieux, président-directeur général de la société EDI, a déclaré :

« Les produits Mattel sont vendus à l'heure actuelle avec des marges de commercialisation très faibles pour être vraiment rentables, cependant ils sont indispensables, au moins pour la gamme Barbie.

« Je vends ces produits en général au prix tarif Mattel ou au-dessus. Les 17 % de remise, accordées par Mattel, constituent ma marge (...). Concernant, la politique commerciale (point V du contrat), il est dit que le grossiste ne doit pas "pratiquer une politique de prix susceptible de nuire à la société", c'est-à-dire qu'il ne doit pas faire de surenchère par rapport aux conditions générales de vente de la société Mattel ; le grossiste, concrètement, appliquera le prix tarif Mattel. »

M. Capdeville, président-directeur général de la société Bordeaux Jouets, a déclaré :

« En ce qui concerne le contrat Mattel, il est clair que celui-ci n'est pas négociable, c'est un contrat d'adhésion signé chaque année et qui comporte pour le grossiste de nombreuses obligations. En effet, il existe un engagement minimum de commandes annuelles de 500 000 F hors taxes, chiffre élevé pour moi, je n'ai pas le droit de travailler avec les hypermarchés, je dois respecter la politique de prix de la société Mattel, c'est-à-dire que je ne dois pas vendre au-dessous de leur prix tarif. Les 10 % accordés sur facture par Mattel ne sont pas déductibles des prix tarif Mattel. Si je les déduisais, il y aurait des rappels à l'ordre de la société Mattel.

« Les produits Mattel, la ligne Barbie en particulier, sont indispensables en magasins et "incontournables" sur le marché, mais pour moi, ils ne sont pas rentables (...). La remise complémentaire de 7 % différée assure le respect de la politique commerciale de Mattel. »

M. Camin, administrateur de la société Lafforgue, a déclaré :

« Les réunions de travail sont annuelles, Mattel y expose sa politique pour l'année à venir. La clause du contrat relative à la politique commerciale concerne la bonne application de cette politique tant sur le plan de la clientèle, puisque le grossiste ne peut vendre qu'à une certaine clientèle, que sur le plan du respect des prix tarif de la société Mattel.

« En effet, il nous est fermement recommandé d'appliquer ce prix tarif. D'ailleurs, la remise complémentaire différée de 7 % prévue au point VIII assure la bonne application de la politique commerciale de Mattel. Cette remise assure la marge indispensable pour continuer à vendre des jouets Mattel. »

b) Les dispositions limitant la liberté tarifaire des détaillants

Les conditions applicables aux détaillants figurent dans des « contrats de coopération détaillants », qui viennent compléter les conditions générales et particulières de vente.

Ces contrats prévoient qu'en contrepartie du respect de certaines obligations, la société Mattel France accorde aux détaillants une remise complémentaire de fin d'année progressive en fonction de l'évolution de leur chiffre d'affaires.

En 1990 et 1991, cette remise allait de 1 à 3 % pour des chiffres d'affaires compris entre 100 000 F et 250 000 F. En 1992, elle allait de 2 à 6 % pour des chiffres d'affaires compris entre 100 000 F et 300 000 F pour la « ligne filles » et entre 25 000 F et 75 000 F pour la ligne « Disney garçons ».

De 1990 à 1993, parmi les obligations que doivent respecter les détaillants pour

bénéficier de cette remise complémentaire de fin d'année, figurent les clauses suivantes :

« Politique commerciale : le détaillant spécialiste (...) reconnaît avoir pris connaissance des conditions générales et particulières de Mattel France qui lui ont été remises et s'engage à respecter les lignes générales de la politique commerciale de Mattel France, telles qu'elles lui ont été communiquées lors de réunions de travail et, notamment, en vue de ne pas pratiquer une politique susceptible de nuire à la société dans ses relations avec sa clientèle. »

En fin de contrat, on retrouve la même clause que celle figurant dans les contrats de « coopération grossistes » :

« Par le présent contrat, le détaillant spécialiste (...) s'engage à respecter, dans leur intégralité, les différentes clauses énoncées ci-dessus. Dans l'hypothèse où l'une quelconque de celles-ci ne serait pas respectée, la remise de complémentarité ci-dessus énoncée serait purement et simplement supprimée. »

Par ailleurs, en 1992, les contrats de coopération détaillants précisent que la remise complémentaire de fin d'année « ne sera définitivement acquise qu'en fin d'exercice, sous réserve d'encaissement de toutes les factures échues et si aucun report d'échéance n'a eu lieu ».

En 1992, cette clause est également insérée dans les conditions générales de vente et les conditions de fin d'année applicables à tous les distributeurs.

De 1990 à 1992, les conditions de fin d'année prévoient une remise différée de 5 % en contrepartie d'une prise de commande ferme et définitive pour un montant minimum de 50 000 F hors taxes pour 1990 et 1991 et 50 000 F hors taxes pour la « ligne filles » et 20 000 F pour la ligne « Disney garçons » en 1992.

c) Les dispositions limitant la liberté tarifaire des centrales d'achat et des groupements

Les conditions de vente de la société Mattel France pour les années 1990 à 1992 prévoient une bonification accordée à tous les groupements et centrales d'achat et calculée sur le chiffre d'affaires annuel, retours éventuels déduits. Cette remise de volume est calculée en fonction des barèmes suivants :

- pour les années 1990 à 1991 : de 0,5 % à 3,5 % pour un chiffre d'affaires variant respectivement de 1 à 40 et de 1 à 46 millions de francs hors taxes ;
- pour 1992 : de 0,5 % à 5 % pour un chiffre d'affaires variant de 1 à 91 millions de francs hors taxes.

A cette remise, en fonction des volumes, les conditions 1992 ajoutent une remise de progression allant de 0,1 % à 0,3 % pour la « ligne filles » et de 0,2 % à 0,6 % pour la ligne « Disney garçons » pour une progression de chiffre d'affaires, respectivement de 10 à 30 % et de 20 à 60 %.

En 1992, ces deux remises sont, à l'instar de la remise de fin d'année figurant aux conditions générales de vente, soumises à la clause de réserve d'encaissement de toutes les factures échues sans aucun report d'échéance.

2. Les interventions conjointes de plusieurs magasins à l'enseigne Leclerc, de la SCA Normandie et de la société Mattel sur le prix du « Magic Van » pratiqué par le magasin Auchan de Nantes en 1991

L'instruction a révélé que, le 25 septembre 1991, M. Sautejean du centre Leclerc de Rezé (Loire-Atlantique) a téléphoné à Mme Lainé, responsable des « comptes clients nationaux » de la société Mattel, et laissé le message suivant : « M. Sautejean demande qu'on le rappelle dans la journée (40-75-01-04) pour avoir des explications sur le prix de vente pratiqué par Auchan Nantes sur le « Magic Van » : 276,40 F. - PC 308-00. » Le même jour, M. Sautejean envoie une télécopie à Mme Lainé sur laquelle il est indiqué : « Suite à communication de ce jour, veuillez trouver ci-joint le tarif catalogue demandé. »

De la même façon, le 26 septembre 1991, M. Joncheray du centre Leclerc Paridis, à Nantes, a appelé la société Mattel pour avoir des explications sur le prix pratiqué par le magasin Auchan Saint-Sébastien sur le « Magic Van ». Il laisse le message suivant et demande qu'on le rappelle :

« Prix "Magic Van" Auchan Saint-Sébastien 276,40 F.

« Lui ai indiqué qu'il ne pouvait appliquer ce prix de - 10 % et que nous étions sur ce dossier. Le tenir informé de votre action. »

Sur ce même document, on peut lire :

« Tél. 4/10 à M. Joncheray. Normalement affaire classée. »

Le 30 septembre 1991, M. Harreau de la SCA Normande laisse le message téléphonique suivant à la société Mattel : « (...) Menace de mettre tous les magasins Leclerc à moins de x % si rien n'est fait sur le prix de vente du "Magic Van" Saint-Sébastien. »

Sur ce même document, on peut lire que, le 4 octobre 1991, à 14 h 30, la société Mattel a appelé M. Harreau : « Tél. Harreau 14 h 30 le 4/10 absent. Laissé message à sa secrétaire, prix remonté demain matin au plus tard... Message note sur cahier. »

Dans une note interne de Mattel datée du 2 octobre 1991, il est écrit :

« Entretien tél. ML/M. Sautier du 2 octobre 1991. Prix "Magic Van".

« Auchan Saint-Sébastien : confirmation qu'un erratum est mis en magasin.

« Auchan Le Mans : confirmation que le prix sera rectifié pour la sortie du catalogue le 4 octobre, à la condition unique que Mattel ne le pénalise pas sur ses livraisons futures. Mattel a rassuré M. Sautier sur ce point. A la demande de M. Sautier, Mattel a rappelé M. Zetelni ce soir à Auchan Saint-Sébastien au 16-40-80-13-13 poste 1335 pour confirmation de ce point.

« Appel de A.B 14/10 Auchan Le Mans a fait paraître l'erratum et a indiqué le "Magic Van" à 299,40 F. »

3. Des délais de règlement accordés par la société Mattel à plusieurs centrales d'achat

De 1990 à 1992, les conditions particulières de vente à l'ensemble des distributeurs prévoient des conditions de règlement à 60 jours fin de mois ou un escompte pour paiement comptant de 1,5 %.

L'instruction a révélé que plusieurs centrales d'achat ont bénéficié d'un délai de règlement de 90 jours :

– par lettre en date du 18 février 1991, la société Mattel écrit à la société Intermarché :

« Nous confirmons qu'à titre exceptionnel, les conditions de règlement qui vous sont accordées pour 1991 sont les suivantes :

« - règlement à 90 jours fin de mois ou un escompte de 1,5 % pour paiement comptant. »

– la société La Redoute reçoit un courrier le 11 février 1991 lui indiquant qu'elle bénéficie également de ces conditions de paiement exceptionnelles.

– sur une fiche intitulée « conditions sur facture et conditions différées » émanant de la société Carrefour et datée du 16 mai 1991, le délai de règlement est également de 90 jours fin de mois.

– par lettre du 13 avril 1992, la société Mattel écrit à la société Galec :

« (...) Nous tenons à attirer votre attention sur les points suivants, repris sur vos fiches :

« 1) Nous vous confirmons que les conditions de règlement qui vous sont accordées sont : 90 jours fin de mois (et non 60 jours comme mentionné)... »

Ce délai de paiement est effectivement repris sur deux « extraits fichés accord fournisseur 92.

4. Des avantages accordés par Mattel au groupement Galec

a) La garantie en 1992 d'une remise de 5 % quel que soit le palier de chiffres d'affaires atteints

Il ressort de plusieurs pièces qu'à la demande de la société Galec, la société Mattel a garanti à cette centrale d'achat une remise de 5 %, même si elle n'atteint pas le palier de 91 millions de francs prévu dans les conditions de vente.

Dans une note de compte rendu d'une visite de la société Mattel au Galec du 19 février 1992, la société Mattel écrit :

« Conditions Leclerc pour une collaboration en 1992 :

« Avant toute collaboration 1992, ils exigent :

« – paiement de la remise 1991 à hauteur de 5 % (et non pas de 4,5 %). CA financier 1991 : 78 687 504 francs pour palier fixé à 80 000 000 francs.

« – participation catalogue à hauteur de 2 % (et non de 1 %) en mesure de représailles pour l'article Fashion Corner paru pendant le salon.

« – garantie pour 1992 de la RFA de 5 %, sans engagement de leur part en terme de CA, dans la mesure où ils mettent en doute notre nouvelle organisation et sont convaincus que celle-ci devrait entraîner une baisse de CA au niveau des magasins et ne veulent pas subir une perte des conditions du fait de notre nouvelle organisation.

« Malgré nos efforts pour essayer de construire et d'avancer ensemble, ils n'ont rien voulu savoir et les trois conditions précitées se sont avérées non négociables sans contrepartie ou engagement de leur part, si ce n'est leur habituelle collaboration dans la mesure où nous accepterions leurs conditions.

« Il n'a même pas été possible de leur présenter les promotions du Permanent destinées à dynamiser le CA ni même d'essayer de monter des opérations spécifiques avec eux.

« Nous en sommes arrivés à un blocage systématique à partir du moment où leurs conditions n'étaient pas au préalable acceptées. Il nous a été dit néanmoins qu'ils avaient la volonté de travailler avec Mattel pourvu que nous puissions accorder les conditions citées ci-dessus. Dans ce cas, ils s'engagent à faire passer un message de bonne collaboration aux magasins "si nous n'acceptons pas leurs conditions, c'est nous qui refuserons de les référencer".

« Référencement de nos lignes 1992 :

« Il est probable que les lignes Barbie et Filles restent référencées, le risque étant donc sur les lignes Disney et Garçons.

« Exposé des conditions Mattel 1992 :

« L'ensemble des conditions 1992 Filles/Disney/Garçons ont été exposées. Chaque point a été abordé...

« Ils discutent également le montant des deux mises en place de FA de 50 000 F et 20 000 F HT en ligne Disney/Garçons.

« Pour nous protéger, revoir si au niveau de la remise de progression en particulier pour Leclerc, nous pouvons préciser : "la remise de progression ne peut être obtenue que dans la mesure où il y a développement à la fois des lignes Filles et des lignes Disney/Garçons"... »

Dans une lettre du 27 février 1992, Mme Lainé, attaché de direction commerciale de la société Mattel, écrit au Galec :

« Nous faisons suite à notre entrevue du 19 février en vos locaux.

« Nous vous adressons nos conditions particulières de vente 1992, valables du 1^{er} janvier au 31 décembre 1992 pour les lignes Mattel Filles et Mattel Disney/Garçons.

« Nous vous précisons que la remise de progression figurant à nos conditions particulières de vente 1992 ne peut être obtenue que dans la mesure où il y a développement à

la fois des lignes Filles et des lignes Disney/Garçons.

« Nous avons bien noté votre volonté de poursuivre une collaboration avec notre société pour l'année 1992 à vos conditions, soit :

« 1. Application du palier de 5 % sur le chiffre d'affaires 1991 bien que le palier de 80 millions de francs n'ait pas été atteint ;

« 2. Participation catalogue 1992 à hauteur de 2 % du chiffre d'affaires net HT 1992 ;

« 3. Confirmation de notre part d'une remise fin d'année inconditionnelle de 5 % pour l'année 1992, quel que soit le volume de chiffre d'affaires réalisé.

« Nous vous confirmons qu'il ne nous est pas possible d'accéder à l'ensemble de ces trois conditions, sachant que nous appliquerons nos conditions particulières de vente 1992 telles qu'elles vous ont été exposées lors de notre entrevue.

« Néanmoins, nous demandons à notre directeur général adjoint, M. Frédéric Cantyn, de vous rencontrer afin d'examiner ces différents points, qui doivent nous permettre de trouver un accord de collaboration pour l'année 1992... »

Mais, dans une note du 3 mars 1992 intitulée « Leclerc, visite de F. Cantyn à M. Grolleau, rue des Haudriettes le 2 mars 1992 », la société Mattel écrit :

« En ce qui concerne le rattrapage du palier de 80 MF sur l'exercice 1991, nous avons accédé à la demande, soit le paiement de 0,5 % en plus des 4,5 % déjà octroyés sur l'année 1991.

« En ce qui concerne nos conditions particulières de vente 1992, FC n'a pas accédé à la demande de M. Grolleau qui voulait avoir de façon inconditionnelle 5 % de remise sans contrepartie de volume de CA. Nous allons donc rester conformes à nos conditions particulières de vente 1992.

« Toutefois, nous sommes convenus que si, pour une raison ou une autre, ils se situaient en FA à 1,5 MF du palier de 91 MF, nous verserions tout de même la ristourne de 5 % liée à ce palier, sachant que de toute manière, ces remises sont inconditionnelles... »

b) L'octroi d'une ristourne de 50 000 F sans contrepartie réelle

Dans une note interne de Mattel intitulée « Entrevue centrale Leclerc du 15 septembre de Mme Lainé et D. Léonhard avec les responsables GT4 suivants : MM. Valtier, Grolleau, Mme Tatin » et ayant pour objet le « permanent 1993 », la société Mattel écrit :

« ... 3. Plaquelette Galec/Permanent 1993 :

« Nous avons été "taxés" d'une participation de 50 000 F.

« Nous avons bien évidemment essayé de lier cette participation à un développement du chiffre d'affaires en Permanent car le Permanent 92 comparé à celui de 91 n'a progressé que d'un million de francs et a baissé en % par rapport à l'évolution globale du chiffre d'affaires.

« Nous avons l'engagement "moral" de M. Valtier mais pas d'objectif précis... »

C. - Les griefs finalement retenus dans le rapport

Sur la base des pratiques ci-dessus décrites, les griefs notifiés et finalement retenus par le rapporteur ont été les suivants :

1. A l'encontre de la société Mattel France

a) D'avoir mis en place au cours de la période 1990/1992 un dispositif tendant à contraindre ses clients distributeurs à se conformer à sa politique de prix, ce dispositif consistant à :

– insérer dans les conditions de vente consenties aux grossistes et aux détaillants :

– des clauses les obligeant à respecter les lignes générales de sa politique commerciale et très précisément, en ce qui concerne les grossistes, à respecter sa politique de

prix ;

- une clause subordonnant la rétrocession de marchandises entre grossistes à son accord préalable ;
- des dispositions subordonnant l’attribution des remises de fin d’année au respect des conditions restrictives de concurrence ci-dessus énumérées ;
- exercer sur les grossistes au cours de réunions de travail annuelles des pressions visant à l’application de son tarif ;
- ajouter en 1992 dans les conditions de vente consenties aux groupements et centrales d’achat et aux détaillants, une condition supplémentaire relative à l’encaissement de toutes les factures échues sans report d’échéance, rendant le bénéfice des remises de fin d’année incertain tout au long de l’exercice, dissuadant ces distributeurs de les répercuter à l’avance dans leurs prix de vente.

Ces pratiques ont eu pour objet et pour effet de restreindre la concurrence sur les marchés des jouets et tout particulièrement sur le marché de la poupée-mannequin ; elles sont visées par les dispositions des articles 7 et 8 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

b) D’être intervenu à diverses reprises de septembre à novembre 1991 auprès des magasins Auchan Nantes et Auchan Le Mans, afin qu’ils remontent le prix du jouet « Magic Van » de la ligne « Barbie ».

Ces pratiques ont eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence entre les distributeurs de jouets dans les zones de chalandise concernées et comme telles sont prohibées par les articles 7 et 8 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

c) D’avoir accordé des avantages discriminatoires à certains distributeurs :

- à plusieurs centrales d’achat (Intermarché, La Redoute, Le Galec, Carrefour France, Euromarché), en acceptant un délai de règlement de quatre-vingt-dix jours au lieu des soixante jours fin de mois prévus aux conditions de vente ;
- au groupement Edouard Leclerc-SC Galec :
 - en lui garantissant à l’avance l’attribution d’une remise conditionnelle de fin d’année 1992, alors même que le palier d’achat prévu aux conditions de vente ne serait pas atteint ;
 - en lui consentant en 1993, sans contrepartie effective, à l’occasion du salon Galec, une ristourne de 50 000 F.

Ces pratiques avaient pour objet et pour effet de restreindre la concurrence sur les marchés des jouets et tout particulièrement sur le marché de la poupée-mannequin ; elles sont visées par les dispositions de l’article 7 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

2. A l’encontre de plusieurs distributeurs

a) A la société SC Galec, centrale d’achat du groupement Edouard Leclerc, pour avoir cherché à obtenir de la société Mattel France les avantages discriminatoires suivants :

- la garantie de versement d’une remise de 5 % si le Galec se situe à 1,5 million de francs du palier de 91 millions de francs ;
- une participation de 50 000 F pour le « Permanent 1993 » ;

b) A la société SCA normande, centrale régionale d’approvisionnement des centres Edouard Leclerc, aux sociétés Paris Distribution (Paridis) de Nantes et Sud-Loire Distribution de Rezé du groupement Edouard Leclerc pour être intervenus en septembre 1992 auprès de la société Mattel France, afin d’obtenir que le magasin Auchan de Saint-Sébastien remonte le prix du « Magic Van ».

Ces pratiques sont prohibées par l’article 7 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la demande de renvoi formulée à l'audience par le conseil de la société Mattel :

Considérant que l'avocat de la société Mattel a fait valoir, en séance, que le rapporteur avait développé oralement une argumentation détaillée à laquelle il n'était pas en mesure de répondre ; qu'il a, en conséquence, demandé la communication écrite de ces observations et le report de la séance ;

Considérant qu'après en avoir délibéré le Conseil a joint l'incident au fond et rejeté ces demandes ;

Considérant, en effet, que, dans ses observations, le rapporteur a, pour l'essentiel, repris des éléments d'analyses concernant, notamment, la définition du marché pertinent, qui avaient déjà été présentés soit dans la notification de griefs, soit dans le rapport ; que les seules considérations nouvelles développées en séance portaient sur une étude économétrique que la société Mattel avait produite, pour la première fois, dans ses observations écrites déposées en réponse à la communication du rapport ; que le caractère détaillé de cette étude, à laquelle aucune des autres pièces du dossier ne se référait, justifiait que lui soit particulièrement consacrée une partie des observations orales du rapporteur ; que, par ailleurs, l'avocat de la société Mattel était accompagné, lors de la séance, par les économistes auteurs de ladite étude ; que ceux-ci interrogés par les membres du Conseil, ont pu répondre de manière détaillée aux observations orales du rapporteur ; qu'enfin, il a été accordé aux représentants de la société Mattel le temps de parole qu'ils estimaient nécessaire pour répondre auxdites observations ; qu'ainsi, aucune atteinte n'a été portée aux droits de la défense ;

Sur la procédure :

En ce qui concerne la durée de la procédure :

Considérant que la société Mattel France fait valoir que la procédure dure depuis presque six ans ; que ce délai excessivement long n'est pas justifié par l'ampleur et la complexité du dossier et que cette lenteur anormale de la procédure la prive d'un procès équitable au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, d'autant qu'une partie des documents nécessaires à sa défense a été détruite lors de l'incendie de ses archives survenu le 19 août 1997 ; qu'elle invoque à cet égard l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 6 mai 1997 et les arrêts du Tribunal de première instance des Communautés européennes et de la Cour de justice respectivement des 22 octobre 1997 et 17 décembre 1998 ; qu'elle demande au Conseil de constater que la procédure a été d'une durée anormale, contraire au délai raisonnable exigé par l'article 6-1 de ladite convention ;

Considérant qu'aux termes de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable ;

Considérant que les pratiques examinées remontent à une période comprise entre 1990 et 1993 et que le Conseil a été saisi par le ministre de l'économie le 16 août 1993 ; que les représentants de la société Mattel ont été convoqués par le rapporteur avant l'issue du délai de prescription des faits et que le rapport a été notifié l'année suivante ; que, si la notification de griefs est intervenue six années après la commission des faits, la longueur de la procédure, pour regrettable qu'elle puisse apparaître, n'est pas déraisonnable compte tenu des enjeux en cause et de la difficulté du dossier ;

Considérant, en outre, qu'à supposer ce délai excessif et dès lors qu'il n'a pas fait obstacle à l'exercice des droits de la défense, la sanction qui s'attacherait à la violation de l'obligation, pour le Conseil, de se prononcer dans un délai raisonnable résultant du texte précité, ne serait pas le prononcé d'un non-lieu, mais la réparation du préjudice résultant éventuellement de la durée excessive de la procédure ; que, par suite, le moyen de nullité tiré de la durée de la procédure doit être écarté ;

En ce qui concerne le moyen selon lequel la société Paris Distribution n'aurait pas

été destinataire de la notification des griefs :

Considérant que la société Paris Distribution soutient que : « *l'absence de notification de griefs dans le mémoire introductif d'instance est une nullité de fond insusceptible d'être couverte* » ;

Mais considérant que, si la notification des griefs adressée le 6 septembre 1996 à l'ensemble des entreprises en cause et au commissaire du Gouvernement était incomplète, la page 51, où était notamment exposé le fait d'entente reproché à la société Paris Distribution, étant manquante, cette omission a été réparée par l'envoi d'une notification complète à chaque entreprise en cause par lettre recommandée du 10 février 1997 ; qu'à partir de cette date, les intéressés et le commissaire du Gouvernement ont eu, conformément à l'article 21 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, un délai de deux mois pour consulter le dossier et présenter leurs observations ; qu'en conséquence, le moyen tiré de la nullité de la procédure doit être écarté ;

En ce qui concerne la prescription :

Considérant que la société Paris Distribution soutient encore que, dans les trois ans qui ont suivi la saisine du ministre de l'économie du 16 août 1993, aucun acte n'a été fait tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits ; que la notification des griefs n'ayant été effectuée que le 10 février 1997, l'action serait prescrite ;

Considérant qu'aux termes de l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction ;

Considérant que les pratiques dénoncées ont été mises en œuvre au cours des années 1990 à 1993 ; que l'enquête de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) s'est déroulée de 1992 à 1993 ; que le Conseil a été saisi par la lettre du ministre de l'économie du 16 août 1993 ; que, par lettre du 28 mai 1996, le rapporteur a convoqué pour audition M. Hervé Parizot et M. Frédéric Cantyn, respectivement directeur marketing et directeur commercial de la société Mattel France ; que cette convocation a été suivie d'un procès-verbal d'audition en date du 6 juin 1996 ; que la notification de griefs a été envoyée aux parties et au commissaire du Gouvernement le 10 février 1997 ;

Considérant que ces divers actes, tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits incriminés, ont interrompu la prescription de trois ans prévue par l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que le Conseil étant saisi des pratiques d'entente dans leur ensemble, l'interruption de la prescription produit effet à l'égard de toutes les parties qui y sont impliquées, y compris à l'égard de celles qui n'ont pas été entendues dans le délai précité ; que, dès lors, il y a lieu d'écarter le moyen tiré de la prescription ;

En ce qui concerne la régularité de l'enquête effectuée dans les locaux de la société Mattel France :

Considérant que la société Mattel France soutient que les enquêteurs n'auraient pas indiqué clairement l'objet de leur enquête ; qu'ils auraient déclaré à Mme Lainé et M. Hersco mener une étude sur le marché du jouet, entretenant l'ambiguïté sur la véritable nature de leur intervention et se comportant comme s'ils étaient titulaires d'une autorisation judiciaire de visite et de saisie ; que la société soutient aussi que le procès-verbal d'inventaire des documents communiqués par Mme Lainé ne relaterait pas l'ensemble des opérations ;

Considérant que, comme le précise la cour d'appel de Paris dans deux arrêts en date des 26 juin 1992 et 13 avril 1995, le principe de loyauté dans la recherche des preuves s'impose aux enquêteurs habilités à rechercher des pratiques prohibées par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'en conséquence, ceux-ci sont tenus de faire clairement aux personnes interrogées l'objet de leur enquête ;

Considérant que les trois procès-verbaux dont la société Mattel soulève l'irrégularité

comportaient les mentions préimprimées : « *Nous avons justifié de notre qualité et indiqué l'objet de notre enquête à M. ...* » ; que ces mentions ne permettent pas en elles-mêmes de conclure à la loyauté de la procédure suivie par les enquêteurs ; que, par ailleurs, il n'existe au dossier aucun élément extrinsèque aux procès-verbaux en cause permettant de conclure que les personnes auditionnées ont pu, malgré l'insuffisance des mentions ci-dessus, se méprendre sur l'objet de l'enquête ;

Considérant, en conséquence, que, dès lors qu'il n'est pas établi que les enquêteurs ont satisfait à l'obligation d'indiquer clairement à la personne entendue l'objet de leur enquête, les procès-verbaux d'audition et d'inventaire signés par Mme Lainé (19 octobre 1992), M. Hersco (25 novembre 1992) et M. Lemoine (26 novembre 1992) et les pièces qui y sont annexées doivent être écartés de la procédure ;

En ce qui concerne le moyen selon lequel certains actes auraient dû donner lieu à l'établissement de procès-verbaux en vertu de l'article 46 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1996 :

Sur la communication des panels Nielsen :

Considérant que deux documents intitulés : « *Le panel jouets 1992* » et « *Total panel jouets, période J.J.A.S. 1992 & Total Permanent 1992* » ont été transmis le 19 janvier 1993 par la société Nielsen directement par voie postale à l'enquêteur, sans que cette communication ait donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal ;

Considérant que la société Mattel France soutient que si le document intitulé « *Panel Jouet 1992* » a, par ailleurs, été communiqué par M. Parizot, directeur marketing de la société Mattel France, lors de son audition le 6 janvier 1993, l'étude intitulée « *Total Panel Jouet, période J.J.A.S. 1992 & Total Permanent 1992* » doit être écartée au motif qu'elle n'a pas donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal ;

Mais considérant que les panels dont il s'agit sont commercialisés auprès des professionnels intéressés et qu'ils ont fait l'objet d'un envoi par courrier ; que, dès lors, la mise en œuvre d'une procédure formelle de constatation ne se justifiait pas ; qu'ainsi le moyen tiré de l'absence de procès-verbal doit être écarté ;

Sur l'attestation produite par le professeur Brougère :

Considérant que la société Mattel produit une attestation du professeur Brougère, datée du 8 novembre 1996, par laquelle celui-ci « *certifie avoir reçu, il y a, pour autant qu'il puisse se le rappeler, trois ou quatre ans, pour un entretien sur les poupées-mannequins et "Barbie" à son domicile un enquêteur de la DGCCRF. Je n'ai eu par la suite aucune information et aucun procès-verbal ou document ne m'a été soumis pour signature* » ;

Considérant que la société Mattel France considère que « *l'opinion du professeur Brougère constitue l'élément central de la définition du marché retenue par le rapport* » ; qu'elle en déduit que l'ensemble de la procédure se trouve vicié par l'absence de procès-verbal d'audition et que le Conseil de la concurrence doit « *sanctionner cette irrégularité, le cas échéant, après avoir entendu M. Gilles Brougère lors de la séance* » ;

Mais considérant que ni le rapport d'enquête, ni la notification de griefs, ni le rapport du rapporteur ne s'appuient sur une audition de M. Brougère ; que, si, tout au long de la procédure, il est fait état de l'opinion de M. Brougère, c'est par référence à plusieurs articles signés et publiés par ce professeur ; qu'en effet des articles tels que : « *Images et fonctions sociales du jouet anthropomorphe* », « *Le jeu à la poupée bébé et ses accessoires : le rôle du jouet dans la structuration du jeu contemporain* », « *Désirs actuels et images d'avenir dans le jeu* » ont été publiés respectivement, dans « *Etude et Documents* », n° 2, du Département des sciences du jeu de l'Université Paris-XIII puis dans le « *Courrier des Maternelles* », 1995, AGIEM n° 92, « *Ethnographica* », Athènes, 1993, vol. 9, et l'« *Education par le jeu et l'environnement* », n° 47, 3^e trimestre 1992 ;

Sur le marché concerné :

Considérant que la société Mattel France soutient que la délimitation du marché n'a pas été faite conformément aux critères d'analyse définis par le Conseil de la concurrence ; qu'elle produit, à cet égard, une étude de M. Jean-Bernard Blaise, professeur de droit des affaires à l'université de Panthéon-Assas, « *afin de rappeler de manière aussi précise que possible la méthode d'analyse élaborée par le Conseil de la concurrence pour la définition du marché pertinent* » ; que le professeur Blaise précise, en préliminaire de sa consultation, que celle-ci « *n'a pas pour objet de dire si, dans le cas concret, le marché en cause est effectivement celui du jouet, de la poupée ou de la poupée-mannequin (...)* » mais que le « *but consiste seulement à présenter les principes et les méthodes qui, en droit positif, sont actuellement retenus par les autorités de la concurrence, en France et dans la Communauté européenne, pour définir le marché par rapport auquel s'apprécie la position dominante* » ; que la société Mattel prend alors chacun des éléments sur lesquels se fondent la notification de griefs et le rapport et conclut pour chacun d'eux, pris isolément, qu'il ne peut servir à lui seul à déterminer le marché pertinent ; que la société Mattel soutient ensuite qu'il n'existe pas de marché distinct des poupées-mannequins mais « *un marché englobant au moins les poupées-mannequins, les poupées-poupons, les jeux artistiques et les peluches* » ; qu'elle fonde son affirmation sur une étude économétrique réalisée, à sa demande, [...] en soulignant que les tests d'élasticité croisée sont la seule méthode pertinente pour délimiter un marché ;

Mais considérant que, si le test de l'élasticité croisée peut être pris en compte, il fait partie du faisceau des indices qui doivent être pris en considération pour délimiter les marchés ; que ce test ne saurait être à lui seul décisif, dès lors que figurent au dossier des éléments d'appréciation qualitatifs qui doivent également être pris en compte ; qu'en effet, dans un arrêt du 29 novembre 1994 (Comité interprofessionnel des fromages de Cantal), la Cour de cassation a précisé que « *les critères de substitutivité d'un produit permettant de délimiter un marché économique de référence (...) s'apprécient différemment selon la nature et les modalités de commercialisation du produit en cause (...). La cour d'appel, qui a constaté que le goût des fromages de Cantal se distinguait "nettement de celui des autres fromages à pâte pressée non cuite"(...), a pu, sans avoir à rechercher si la baisse de consommation de ce produit s'expliquait par le report de la clientèle sur d'autres fromages à pâte pressée statuer ainsi qu'elle l'a fait* » ; qu'il en résulte que la délimitation des contours du marché doit être opérée en examinant successivement et, en cas de contradiction, en pondérant les différents indices réunis au cours de l'instruction ;

Considérant, en premier lieu, que si l'étude [...] produite par la société Mattel affirme que « *l'apparence physique ne définit pas les possibilités de substitution* », il est admis par les autorités et les juridictions françaises et communautaires que les caractéristiques propres du produit constituent un des éléments susceptibles, parmi d'autres, de fournir une indication sur le degré de substituabilité des produits considérés, afin de déterminer ceux qui apparaissent comme suffisamment substituables entre eux pour pouvoir être considérés comme appartenant au même marché ; qu'il est constant que les poupées-mannequins présentent des caractéristiques spécifiques leur conférant une allure typique ; qu'en effet, à la différence des autres jouets anthropomorphes, elles se présentent le plus souvent sous l'apparence physique d'une femme adulte caractérisée par une tête placée sur un cou long, une abondante chevelure, des yeux bien dessinés et une poitrine développée ; qu'elles sont, généralement, présentées avec un univers, c'est-à-dire d'une gamme de produits qui leur sont complémentaires tels que vêtements, accessoires et meubles (maison, boudoir, coiffeuse, canapé, piscine, voiture) ainsi que d'un entourage d'autres poupées qui tiennent le rôle d'amie, de sœur ou de compagnon ; que la réunion de ces caractéristiques les distingue des autres jouets anthropomorphes tels que les poupées-poupons et les poupées miniatures qui se présentent sous la forme d'un enfant (jeune enfant, bébé ou nourrisson), et *a fortiori* des peluches, jeux artistiques et autres jouets pour filles ;

Considérant, en second lieu, que le niveau de prix moyen des poupées-mannequins, tel qu'il peut être calculé à partir des relevés Nielsen du quadrimestre de juin à septembre 1992, est 2,5 fois plus bas que celui des poupées-poupons ; qu'en effet, pour la période considérée, tous circuits de distribution confondus, le prix moyen constaté d'une poupée-mannequin, toutes taxes comprises, était de 138 F, alors que celui de la poupée-poupon, calculé d'après 155 références, s'élevait à 347 F ; que, si la société Mattel soutient que « *En soi, une telle constatation n'est pas significative du point de vue de la délimitation du marché ; que la seule question pertinente, à cet égard, est celle de savoir si une augmentation sensible du prix de la poupée-mannequin conduit la demande à se reporter vers d'autres produits* » et si, en effet, les comparaisons entre niveaux de prix ne peuvent, en elles-mêmes, suffire à apprécier la substituabilité entre produits, elles font partie du faisceau d'éléments qui sont pris en compte par le Conseil de la concurrence, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation pour délimiter un marché au sens du droit de la concurrence ; que la Commission des communautés européennes considère même parfois que deux produits fonctionnellement interchangeables peuvent ne pas être substituables pour un consommateur, compte tenu de leur différence de prix (Aérospatiale-Alénia/de Haviland, Nestlé/Perrier, Orkla/Volvo) ; que l'étude [...] ne réalise aucune comparaison entre les prix des poupées-poupons et ceux des poupées-mannequins, tout en reconnaissant d'ailleurs à plusieurs reprises que les poupées-poupons sont plus chères que les poupées « Barbie » ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il ressort de l'observation courante, confortée par les études publiées par le professeur Brougère, que l'enfant, consommateur de jouets, a une perception différente de la poupée-poupon et de la poupée-mannequin ; que les enquêtes et observations effectuées (entretiens individuels et collectifs organisés avec les enfants, acteurs du jeu, et avec les parents ou adultes, organisateurs de l'espace du jeu de l'enfant) montrent que la famille des jouets anthropomorphes n'est pas homogène et que chaque type de jouets renvoie à des pratiques, des logiques et des projections psychologiques différentes ; qu'il est possible ainsi de distinguer, selon le professeur Brougère, « *la poupée qui renvoie à l'univers de maternage et des relations familiales dont les jeux supposent, de la part de l'enfant, l'investissement dans un rôle (tel celui de la mère) et les diverses figurines qui conduisent l'enfant à être metteur en scène, démiurge manipulant un univers dans lequel il peut se projeter mais où il ne joue pas directement un rôle par l'intermédiaire de son propre corps* » ;

Considérant que cette analyse, rapprochée du phénomène de la prise de conscience par l'enfant de son appartenance sexuelle, permet de dire que la poupée-poupon et la poupée-mannequin répondent à deux logiques de jeux différentes chez la petite fille ; qu'en effet, il apparaît qu'alors que le jeu à la poupée-poupon est avant tout « *un jeu de rôle dans lequel l'enfant joue le rôle de la mère, ou de toutes autres personnes, qui s'occupe de l'enfant* », le jeu avec la poupée-mannequin « *est un jeu de manipulation où l'enfant se projette dans des personnages de taille réduite au milieu desquels il ne tient aucun rôle mais où il est au contraire le metteur en scène, le démiurge* » ; que le jeu de rôle avec la poupée-poupon « *se passe avant tout dans la tête de l'enfant, la poupée bébé étant un accessoire (...) ; la logique du jeu appartient au rôle joué par l'enfant et celle-ci peut subsister en l'absence de la poupée* » ; que, dans le jeu à la poupée-mannequin, dont les éléments essentiels sont la manipulation et la mise en scène, l'objet poupée « *qui structure par ses caractères propres le jeu* » est indispensable et fondamental ; qu'en effet, l'enfant « *ne joue pas un rôle dans le jeu, ne parle pas à sa poupée, mais anime celle-ci, lui fait jouer un rôle, la fait parler, entoure les situations de manipulations de fictions qui situent l'action présente dans un ensemble narratif où l'enfant lui-même n'est pas présent. Il peut tout au plus être présent s'il se projette lui-même dans la poupée, ce qui conduit certains à rapporter à la première personne les actions réalisées sur la poupée pendant le jeu. Cette identification reste de l'ordre de la fiction* »

ludique et perçue comme telle par les enfants interrogés » ; qu'il ressort également de l'étude des projections psychologiques de l'enfant dans la poupée, que se produit un passage de la poupée-poupon à la poupée-mannequin qui correspond à une évolution psychologique de l'enfant, à une ouverture sur le monde et à une faculté d'idéalisation des rôles masculins et féminins ; qu'ainsi poupées-mannequins et poupées-poupons ne sont pas porteuses des mêmes potentialités ludiques et psychologiques car elles ne mobilisent pas chez l'enfant les mêmes facultés imaginatives ; qu'à cet égard leur apparition dans la vie de l'enfant n'est, en général, pas simultanée ;

Considérant, certes, que la société Mattel fait valoir, en s'appuyant sur la consultation du professeur Blaise, que *« les études de comportement doivent être examinées avec précaution lorsqu'elles n'ont pas été faites dans la perspective strictement économique d'une étude de marché. Certes, les études d'ordre sociologique ou psychologique peuvent apporter des indices utiles. Mais, dans la mesure où elles prennent pour objet un phénomène social et/ou mental et non un comportement d'acheteur, elles risquent de se montrer inadéquates à la solution du problème de concurrence » ; qu'elle estime, à cet égard, qu'à supposer qu'il ressorte de ces études que « le comportement de jeu de l'enfant soit différent avec une poupée-poupon et avec une poupée-mannequin, cette observation, aussi intéressante qu'elle soit aux yeux d'un psychologue, ne change rien au fait que dans les deux cas, la poupée-mannequin comme la poupée-poupon répondent pour l'utilisateur, l'enfant, à un seul et même besoin : celui de jouer » ; qu'elle considère, comme il a déjà été précisé, que l'analyse de l'élasticité croisée de la demande aux prix constitue l'élément déterminant dans la délimitation d'un marché et reproche au rapport de ne pas l'avoir examinée ;*

Mais considérant, ainsi que l'a précisé la Commission des Communautés européennes dans sa communication du 9 décembre 1997 sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence et dans sa décision du 22 janvier 1997 à propos du marché des boissons sans alcool à base de cola (décision du 22 janvier 1997, concentration Coca-Cola/Amalgamated GB), que les éléments retenus peuvent être variables selon les cas d'espèce et que leur caractère déterminant doit être apprécié en fonction des caractéristiques et spécificités du secteur et des produits considérés : qu'en l'espèce, il convient de tenir compte de la complexité de l'activité ludique des enfants et de ce que les habitudes de jeux sont le reflet des motifs distincts qui les poussent à désirer et à faire acheter un jouet plutôt qu'un autre ; que ces motifs vont du simple besoin, fonctionnel ou physiologique, de jouer, à un ensemble de besoins psychologiques (identification sexuelle et sociale, structuration affective, stimulation de l'imagination...) ; que, dès lors, contrairement à ce que soutient la société Mattel, c'est précisément dans le cas d'un large secteur de produits que des études sur les besoins psychologiques des consommateurs prennent toute leur importance ; qu'en l'espèce, ce sont bien les comportements ludiques et les besoins psychologiques de l'enfant qui, pour une bonne part, vont induire le comportement de l'acheteur ; qu'ainsi, les éléments psychologiques pris en considération n'ont pas à être écartés *a priori* et doivent être analysés conjointement avec les autres éléments du dossier ;

Considérant, il est vrai, que la société Mattel soutient que l'analyse de la demande ne pouvait se limiter à celle exprimée par le prescripteur (l'enfant), demande qui peut présenter une distorsion avec le comportement effectif d'achat de ses parents et familiaux ; qu'elle cite la décision de la Commission européenne du 29 avril 1993 (concentration Procordia/Erbamont) et estime que celle-ci *« a décidé à juste titre que c'est du point de vue du médecin prescripteur qu'il convenait de se placer, puisque, dans ce cas, c'est à lui que revient le pouvoir effectif de décision... ; que la notification de griefs aurait dû s'interroger sur le comportement et les motivations des parents ou familiaux, qui détiennent le pouvoir effectif dans la décision d'achat... » ;*

Mais considérant que le parallélisme établi par la société Mattel entre la relation

malade/médecin, s'agissant du médicament, et la relation enfant/parents, s'agissant du jouet, doit être relativisé en raison de la nature même des produits et de leur finalité ; qu'en effet, le malade, bien qu'utilisateur final, n'est à aucun moment celui qui a la faculté de décider du médicament qui doit lui être prescrit, la prescription adaptée dépendant d'une compétence spécifique détenue par le médecin, ce qui conduit à rechercher pour la délimitation du marché l'éventail des produits perçus comme substituables par le médecin prescripteur et non pas par le consommateur final ; qu'au contraire, s'agissant des jouets, la substituabilité doit s'apprécier au moins autant par rapport à l'enfant que par rapport à celui qui effectue l'acte d'achat dans la mesure où, si l'enfant n'est pas le « payeur », il choisit lui-même souvent ou emporte la décision de l'acheteur dans le sens qu'il désire ; que, d'ailleurs, l'instruction a montré que la stratégie marketing de la société Mattel est orientée en direction des fillettes plus que de leurs parents ; qu'ainsi, les spots publicitaires sont diffusés aux heures d'écoute des enfants ; que la stratégie de communication de la société Mattel vise à faire des fillettes les prescriptrices de la décision d'achat ; que cette orientation est notamment attestée par la mise en place du « club des amies de Barbie » ; que celui-ci a pour objectif d'établir des relations durables avec le « cœur de cible de la marque » que sont pour Mattel les fillettes de sept à neuf ans ; que, dans ce cadre, pour une cotisation de 66 francs, la fillette a droit à l'envoi de courriers individualisés, à de petits cadeaux, notamment à l'occasion de son anniversaire, et à des offres commerciales ; que le directeur du marketing de Mattel, interviewé par la revue *Stratégies*, estimait que le club aurait atteint son but lorsqu'il compterait 300 000 membres, soit 10 % de sa cible ; que ce club réunissait en 1991 les coordonnées de 250 000 fillettes et obtenait un taux de réabonnement de 50 % ; que les contrats de coopération de Mattel avec ses revendeurs détaillants prévoient l'obligation pour le distributeur « *d'être le relais du club des amies de Barbie en informant les adhérents des offres qui leur sont réservées, en distribuant les bulletins d'inscription, en expliquant les avantages du club* » ;

Considérant, en quatrième lieu, que, ainsi qu'il a déjà été dit, la société Mattel affirme que le test de l'élasticité croisée de la demande conduit à délimiter un large marché des jouets pour fillette au sein duquel les poupées-mannequins et, notamment, la poupée Barbie, n'occuperaient qu'une place modeste ;

Considérant, liminairement, que l'étude [...] produite à l'appui de cette thèse ne porte pas sur les années au cours desquelles se sont déroulées les pratiques dénoncées ; que cette circonstance suffit à faire douter de la pertinence des chiffres produits, dès lors que le cabinet admet, en page 27 de son étude, en s'appuyant sur un travail daté d'avril 1997 et intitulé « *State of Barbie en France* » que les « *consommateurs sont en train de devenir sensibles au prix et sont prêts à passer plus de temps à trouver le meilleur prix possible (...)* » ; que cette constatation suggère que la sensibilité de la demande au prix n'est pas constante dans le temps et était plus faible à l'époque de la commission des pratiques que pendant la période postérieure prise comme référence par l'étude économétrique, ce qui est de nature à affaiblir la démonstration [...], laquelle est essentiellement fondée sur cette sensibilité ;

Considérant qu'en s'appuyant sur l'étude économétrique réalisée, la société Mattel constate que « *si Mattel augmentait ses prix de ses poupées-mannequins de 10 %, il perdrait 15,4 % de ses ventes* » ;

Mais considérant que la constatation du fait que la propre élasticité prix des poupées Barbie est supérieure à l'unité en valeur absolue (et égale à 1,54 dès lors que, selon l'étude produite, les ventes baisseraient de 15,4 % si le prix des poupées Barbie était augmenté de 10 %), de même que la constatation corrélatrice qu'une hausse de 5 % des prix des poupées Barbie aboutirait à une baisse des bénéfices de Mattel sont, à supposer même qu'elles reflètent la situation au moment des faits, ce qui n'est nullement établi, insuffisantes en elles-mêmes pour définir les contours du marché ; que de telles constatations pourraient en effet

être cohérentes tant avec une situation dans laquelle les poupées Barbie seraient en concurrence avec d'autres poupées ou jeux (thèse de la société Mattel) qu'avec une situation dans laquelle la société Mattel disposerait d'un monopole, les poupées Barbie constituant du fait de leur caractère incontournable un produit insubstituable aux autres poupées et jeux ; que, dans ce dernier cas, en effet, et si la société Mattel pratiquait un prix maximisant ses profits, toute augmentation de ce prix entraînerait nécessairement une baisse de son profit ; qu'en outre, il est constant qu'un monopole a toujours intérêt à fixer son prix à un niveau tel que, pour ce prix, l'élasticité prix de la demande pour son produit est supérieure à 1 en valeur absolue ;

Considérant que, par ailleurs, la société Mattel relève qu'il résulte de l'étude réalisée [...] que l'élasticité croisée est « forte entre les ventes de poupées Barbie et le prix des poupées-poupons, des jeux artistiques et des peluches », ce qui pourrait conforter la thèse selon laquelle il y a substitutabilité entre l'ensemble des jouets pour fillettes qui constituerait donc un seul et vaste marché ;

Mais considérant que les résultats de l'étude économétrique produite par la société Mattel ne sont ni plausibles, ni cohérents avec la thèse soutenue par Mattel dans ses écritures ; qu'en effet, selon cette étude, les poupées Barbie ne seraient pas substituables aux poupées-mannequins provenant d'autres fournisseurs ou aux poupées-poupons de Mattel (les élasticités croisées de substitution entre les poupées Barbie et ces autres produits n'étant pas significativement différentes de zéro), mais seraient, en revanche, substituables avec les seules poupées-poupons produites par d'autres fournisseurs, les peluches et surtout les jeux artistiques (pour lesquels, l'élasticité croisée de substitution avec les poupées Barbie est significative et la plus forte en valeur absolue) ; que la société Mattel n'offre aucune explication à l'observation selon laquelle les poupées-mannequins d'autres fournisseurs n'appartiendraient pas au même marché que les poupées Barbie et que ses propres poupées-poupons ne seraient pas substituables à ses poupées Barbie alors que les poupées-poupons des autres fournisseurs leur seraient substituables, enfin que les jeux artistiques seraient plus substituables aux poupées Barbie que les autres poupées ; que, par ailleurs, les résultats de cette étude ne sont pas cohérents avec les développements de la société Mattel qui les ignore ou les contredit dans son mémoire en réponse au rapport ; qu'en effet, elle indique que « le marché pertinent en l'espèce est un marché englobant au moins les poupées-mannequins, les poupées-poupons, les jeux artistiques et les peluches » (p. 35), alors que l'étude produite à l'appui de cette affirmation tend au contraire à exclure du marché une partie des poupées-mannequins et une partie des poupées-poupons ; que, de même, la société Mattel soutient que « si les produits Barbie bénéficient effectivement d'une forte notoriété, cette circonstance ne permet pas pour autant à la société Mattel France de s'abstraire de la concurrence de autres entreprises sur le marché... Ainsi lorsqu'en 1992, la société Tyco Toys France lança la poupée Ariel, elle parvient à vendre immédiatement plus de 500 000 unités » (p. 10), alors que l'étude [...] produite à l'appui du mémoire indique que les poupées-mannequins provenant d'autres fournisseurs ne sont pas substituables aux poupées Barbie ; que l'absence de plausibilité des résultats de l'étude et le fait que la société Mattel met elle-même en doute les conclusions de cette étude dans ses écritures, ne permettent pas de retenir les résultats de cette étude comme un indice probant pouvant servir à la définition du marché pertinent et de nature à rendre inopérants les éléments qualitatifs concordants précédemment analysés ;

Considérant qu'il ressort de l'ensemble de ces éléments que le marché sur lequel doivent être appréciées les pratiques est celui des poupées-mannequins ;

Sur la position dominante de la société Mattel France :

Considérant que la société Mattel soutient que, même si l'on retient le marché de la poupée-mannequin, la preuve d'une position dominante de la société Mattel n'est pas rapportée et qu'il convient, comme le Conseil l'a indiqué dans ses rapports d'activité pour les

années 1991 et 1996 et la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt du 3 février 1979, relatif à la position de la société Hoffman-La Roche dans le secteur des vitamines, de rechercher si la position de l'entreprise est de nature à lui permettre de s'abstraire de la pression de la concurrence d'autres entreprises présentes sur le même marché ; que la société Mattel en déduit que la part de marché de l'entreprise ne peut suffire à établir l'existence d'une position dominante ; qu'elle considère également qu'il n'est pas démontré que les investissements publicitaires de la société Mattel constituent une barrière à l'entrée sur le marché ; que si Mattel France a consacré à la poupée Barbie un investissement publicitaire de 24 649 000 F en 1992, les sociétés Hasbro et Tyco Toys France s'imposent avec un budget publicitaire bien moindre ; que, si les produits « Barbie » bénéficient d'une forte notoriété, cette circonstance ne permet pas pour autant à la société Mattel de s'abstraire de la concurrence des autres sociétés, Hasbro avec la poupée « Syndy » et Tyco Toys France avec « Ariel » ; qu'il convient, en outre, de prendre en compte la puissance de la grande distribution, avec laquelle Mattel réalise 52,9 % de son chiffre d'affaires, comme l'a fait le Conseil dans un avis n° 93-A-4 du 6 avril 1993 relatif à une concentration sur le marché de la chicorée ;

Considérant que, pour conclure, la société Mattel détenait, à l'époque des faits, une position dominante sur le marché de la poupée-mannequin, la notification de griefs et le rapport ont pris en considération non seulement la très forte part de marché détenue par Mattel mais également d'autres facteurs ;

Considérant, en effet, que la société Mattel France détenait, en 1990 et 1991, une part du marché des poupées-mannequins qui était respectivement de 86 % et 90 % en valeur ; qu'elle avait mis en place une stratégie commerciale spécifique qui faisait de la poupée Barbie un produit d'une très forte notoriété et considéré comme incontournable par les distributeurs, ainsi qu'il résulte des déclarations de plusieurs revendeurs grossistes figurant au dossier ; que, sur un budget de communication de plus de 80 millions de francs, la société Mattel a consacré presque 25 millions de francs à la seule publicité écrite et télévisuelle de son produit « Barbie » ; que, par ailleurs, la société Mattel France appartient à un groupe puissant qui a réalisé, en 1991, un chiffre d'affaires de plus d'un milliard et demi de francs dont près de 52 % avec la poupée Barbie ; que ce groupe a doublé son chiffre d'affaires en 1994 et est ainsi devenu le premier fabricant mondial de jouets ; que les poupées mannequins concurrentes de la poupée Barbie sont très loin de bénéficier de la même notoriété et qu'aucune ne détenait plus de 6 % de part de marché ;

Considérant, au surplus, que, contrairement à ce que soutient la société Mattel, si le Conseil de la concurrence comme la Cour de justice des Communautés européennes considèrent que la part de marché d'une entreprise est insuffisante à elle seule pour conclure à l'existence ou non d'une position dominante, ils estiment néanmoins que *« si la signification des parts de marché peut différer d'un marché à l'autre, on peut, à juste titre, estimer que des parts extrêmement importantes constituent par elles-mêmes, et sauf circonstances exceptionnelles, la preuve de l'existence d'une position dominante ; qu'en effet, la possession d'une part de marché extrêmement importante met l'entreprise qui la détient pendant une période d'une certaine durée, par le volume de production et d'offre qu'elle représente - sans que les détenteurs de parts sensiblement plus réduites soient en mesure de satisfaire rapidement la demande qui désirerait se détourner de l'entreprise détenant la part la plus considérable -, dans une situation de force qui fait d'elle un partenaire obligatoire et qui, déjà de ce fait, lui assure, tout au moins pendant des périodes relativement longues, l'indépendance de comportement caractéristique de la position dominante »* (arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 13 février 1979, Hoffman-La Roche c/Commission) ; que les mêmes considérations sont reprises par la Cour de justice, notamment dans un arrêt du 13 juillet 1991 relatif à la position de la société Akzo sur le

marché des peroxydes organiques et dans un arrêt du 6 octobre 1994 relatif à la position de la société Tetra Pack International sur les marchés des cartons et des machines non aseptiques ; que, dans ces deux espèces, les entreprises reconnues en position dominante détenaient respectivement 50 % et 48 % des marchés en cause ;

Considérant que le moyen selon lequel la société Mattel n'était pas en mesure de s'abstenir de la concurrence des autres producteurs de poupées-mannequins tels que Hasbro et Tyco Toys ne peut donc être accueilli ;

Sur la qualification des pratiques :

En ce qui concerne les dispositions des conditions de vente de la société Mattel restreignant la liberté tarifaire des distributeurs :

Considérant que, si les procès-verbaux de M. Lemoine, de Mme Lainé et de M. Hersco ont été écartés de la procédure au motif qu'ils ne satisfont pas à l'obligation d'indiquer clairement l'objet de l'enquête, le rapporteur ne s'est appuyé ni sur ces procès-verbaux ni sur les pièces ainsi communiquées pour établir le grief reprochant à Mattel d'avoir mis en place, au cours de la période 1990/1992, un dispositif tendant à contraindre ses clients distributeurs à se conformer à sa politique de prix ; qu'en effet, les conditions particulières de vente et les contrats de coopération avec les grossistes et les détaillants ont été communiqués par Mattel dans un courrier du 19 janvier 1993 adressé à la DNEC, s'agissant des conditions de vente 1990 et 1991 (cf. cote 1102 du rapport administratif) et par M. Jean-Jacques Louche, directeur financier de Mattel, par un procès-verbal de communication de documents établi le 16 septembre 1992, s'agissant des conditions de vente 1992 ;

Considérant que la société Mattel soutient que le grief ne serait fondé que sur les déclarations de quelques grossistes seulement alors qu'elle travaillait à l'époque des faits avec une centaine de grossistes ; qu'elle verse au dossier des attestations datées du mois d'octobre 1996 émanant de trois grossistes qui déclarent déterminer librement leurs prix de revente pour les produits Mattel ; que, s'agissant des détaillants, la société Mattel considère dans ses observations sur le rapport que le dossier ne contient aucune déclaration de nature à rapporter la preuve d'une pratique de prix imposés ; que, toutefois, pour la constitution des preuves, les services d'enquête n'ont pas l'obligation de réaliser un échantillon représentatif au sens statistique du terme ; qu'en outre les déclarations qu'elle produit ont été faites à la demande de la société Mattel elle-même ;

Considérant qu'il ressort des conditions de vente de la société Mattel pour les années 1990 à 1992 et des autres pièces du dossier que la société Mattel France a mis en place un dispositif tendant à contraindre explicitement ou implicitement ses clients distributeurs à se conformer à sa politique de prix ;

Considérant, en effet, en premier lieu, que les contrats de « *coopération grossiste* » pour les années 1990 à 1992 contiennent une clause obligeant explicitement le grossiste à « *s'engager à respecter les lignes générales de la politique commerciale de Mattel, telles qu'elles lui ont été communiquées lors des réunions de travail et notamment en vue de ne pas pratiquer une politique de prix susceptible de nuire à la société dans ses relations avec sa clientèle* » ; que les contrats de « *coopération détaillants* », pour la même période, contiennent une clause identique à l'exception du terme « *prix* » (de ne pas pratiquer une politique de « *prix* »), qui n'apparaît pas ;

Considérant au surplus que les déclarations de plusieurs grossistes confirment, d'une part, que cette clause a bien pour objet et pour effet de leur imposer des marges bénéficiaires égales à la totalité des remises et ristournes prévues dans les conditions de vente et, d'autre part, que c'est lors des réunions de travail organisées par la société Mattel que cette politique leur est imposée ; que, par exemple, M. Rougeot, président-directeur général de la société Cash Aquitaine, a déclaré : « (...) *Nous ne devons en aucun cas vendre en dessous du prix tarif. Nous n'imputons pas nos remises (10 % sur facture) sur les prix tarifs, ceci en accord*

avec le contrat passé avec Mattel (clause relative à la politique commerciale) qui nous l'interdit (...) », et que M. C. Capdeville, président-directeur général de la société Bordeaux Jouets, a déclaré : « (...) Je dois respecter la politique de prix de la société Mattel, c'est-à-dire que je ne dois pas vendre au-dessous de leur prix tarif. Les 10 % accordés sur facture par Mattel ne sont pas déductibles des prix tarif Mattel. Si je les déduisais, il y aurait des rappels à l'ordre de la société Mattel (...) » ;

Considérant, en outre, que les contrats de « *coopération grossistes* » comme les contrats de « *coopération détaillants* » prévoient la sanction du non-respect de cette obligation anticoncurrentielle ; qu'en effet, ils contiennent une clause édictant la suppression de la remise de complémentarité : « *Par le présent contrat, le grossiste (et le détaillant spécialiste) s'engage à respecter dans leur intégralité les dispositions du présent contrat. Dans l'hypothèse où l'une quelconque de celles-ci ne serait pas respectée, la remise de complémentarité ("de 7 %" pour les grossistes et "ci-dessus énoncée" pour les détaillants) serait purement et simplement supprimée (...)* » ; qu'il ressort des déclarations des grossistes que cette clause a effectivement pour objet et pour effet d'assurer le respect des prix imposés par la société Mattel ; que, par exemple, M. Rougeot a déclaré : « (...) *La remise de 7 % différée est liée au respect de la politique de prix. Si je pratiquais des ventes de produits Mattel en dessous de leur prix tarif, elle ne me serait pas accordée* » ;

Considérant que ces clauses constituent une ingérence du fournisseur dans la politique commerciale de ses distributeurs grossistes et détaillants, conférant aux prix « *tarif* » de Mattel le caractère de prix imposés puisque interdisant de tenir compte des remises et des ristournes auxquelles peuvent prétendre les distributeurs dans l'établissement de leur prix de vente ; que, dès lors, il apparaît que ces dispositions avaient pour objet et pour effet de limiter la liberté commerciale des revendeurs grossistes et détaillants et de restreindre la concurrence entre eux en leur imposant un prix minimum de revente ; qu'il y a lieu toutefois de noter que la société Mattel a informé le Conseil dans ses observations sur le rapport que « *dès la réception de la notification des griefs à la fin de l'année 1996, elle a supprimé les clauses litigieuses, qui n'apparaissent donc plus dans les contrats de coopération commerciale grossistes pour l'année 1997 et les années ultérieures* » ni dans les contrats de coopération détaillants ;

Considérant, en deuxième lieu, que les contrats de « *coopération grossiste* » contiennent également une clause interdisant au grossiste, sauf accord de la société Mattel, de procéder à la rétrocession de ses marchandises ; que cette obligation est assortie, en cas de non-respect, de la même sanction contractuelle que la clause obligeant au respect de la politique des prix, en l'occurrence la suppression de la remise de complémentarité de 7 % ;

Considérant que la faculté pour un distributeur de rétrocéder des marchandises à d'autres distributeurs appartenant au réseau permet à ces revendeurs de rechercher les conditions d'achat optimales en comparant le prix du fournisseur et ceux proposés par d'autres distributeurs ; que le fait d'interdire la rétrocession de marchandises ou de la subordonner à autorisation constitue une ingérence du fournisseur dans la politique de prix de ses revendeurs qui a pour objet et peut avoir pour effet de supprimer ou de restreindre la concurrence entre revendeurs ; qu'en l'espèce, compte tenu de la mise en place par Mattel d'une véritable politique de prix imposés, l'argument de la société Mattel consistant à soutenir que cette clause n'avait d'autre finalité que de prévenir les grossistes contre le risque de passer des commandes trop importantes pour leur surface financière ne peut être accueilli ;

Considérant que cette obligation anticoncurrentielle est assortie, en cas de non-respect, de la même sanction contractuelle que la clause obligeant au respect de la politique des prix, en l'occurrence la suppression de la remise de complémentarité de 7 % ; qu'il en résulte, dans un premier cas de figure, que, si le grossiste ne demande pas l'accord avant de rétrocéder les produits, il perd la remise complémentaire de 7 % ou bien, dans un second cas de figure, que,

s'il demande cette autorisation, la société Mattel peut la lui refuser ; que, dès lors, contrairement à ce que soutient la société Mattel, ces clauses soumettent à un aléa la faculté pour le grossiste de répercuter le montant de la remise en cause, puisque cette faculté ne dépend pas de la volonté du revendeur grossiste mais relève de l'appréciation de la seule société Mattel ;

Considérant, en conséquence, que la clause instaurant une sanction en cas de non-respect de l'interdiction de rétrocéder sans l'accord préalable de la société Mattel supprime le caractère de principe acquis à la remise de complémentarité de 7 % et peut dissuader les grossistes de répercuter, à l'avance, cette remise dans leur prix de vente ;

Considérant, en troisième lieu, qu'en 1992, la société Mattel a introduit dans ses conditions particulières de vente applicables à tous les distributeurs, dans les conditions de vente spécifiques aux centrales d'achat et aux groupements et dans les contrats de « *coopération détaillants* », une clause subordonnant le paiement des remises concernées à « *l'encaissement de toutes les factures échues sans aucun report d'échéance* » ; qu'à cet égard, le directeur général adjoint de la société Mattel, M. Cantyn, a déclaré : « *En ce qui concerne le phénomène actuel des prix d'appel pratiqués par la grande distribution sur les jouets, on constate que les marques leader sur ce marché sont les plus touchées. A ce titre, Mattel constate aujourd'hui que presque toutes les enseignes de la grande distribution affichent des prix en deçà du prix d'achat effectif des produits, alors que les remises de fin d'année sont soumises à la clause de réserve d'encaissement qui les rend conditionnelles. Les prix qui devraient être pratiqués sur nos produits sont les prix tarif + TVA du fait de la conditionnalité des remises de fin d'année* » ;

Considérant que la société Mattel soutient que le fait de subordonner le versement des remises au paiement de toutes les factures à échéance n'a pas pour effet de retirer tout caractère de principe acquis auxdites remises ; qu'elle considère, en effet, que le fait de payer ses factures à échéance est une condition d'octroi des remises dont la réalisation n'est pas soumise au pouvoir d'appréciation du fournisseur mais relève de la seule volonté du distributeur ;

Mais considérant que les déclarations du directeur général adjoint de la société Mattel, M. Cantyn, font apparaître que cette clause de réserve d'encaissement n'a pas été intégrée en 1992, comme le soutient la société Mattel, « *pour se protéger contre d'éventuels mauvais payeurs* », mais dans le but de renforcer la politique de prix imposés qu'elle avait mise en place deux ans auparavant, au moyen de la clause relative à la politique de prix ci-dessus examinée ; qu'en effet, M. Cantyn considère bien que « *les remises de fin d'année sont soumises à la clause de réserve d'encaissement qui les rend conditionnelles* », mais surtout que : « *les prix qui devraient être pratiqués sont les prix tarif + TVA du fait de la conditionnalité des remises de fin d'année* » ; qu'ainsi, contrairement à ce que soutient la société Mattel, la clause de réserve d'encaissement exclut toute possibilité pour le distributeur de tenir compte de ces remises lors de l'établissement de ses prix de vente ;

Considérant qu'il ressort de l'ensemble de ces éléments que le système de rémunération des distributeurs mis en place par la société Mattel a eu pour objet et pour effet de restreindre la liberté qu'ont, en principe, des revendeurs grossistes, détaillants et centrales d'achat et groupements de fixer de façon autonome le prix de revente des produits ; que ces pratiques, qui sont de nature à restreindre la concurrence entre distributeurs, ont été rendues possibles par la position dominante détenue par la société Mattel et tombent donc sous le coup des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

En ce qui concerne les interventions conjointes de plusieurs magasins à l'enseigne Leclerc, de la SCA Normande et de la société Mattel sur les prix du « Magic Van » pratiqués par le magasin Auchan de Nantes en 1991 et en ce qui concerne les délais de règlement consentis par la société Mattel à plusieurs centrales d'achat et les avantages discriminatoires

accordés par Mattel au groupement Galec :

Considérant que le procès-verbal d'inventaire des documents communiqués par Mme Lainé est écarté de la procédure, au motif qu'il ne satisfait pas à l'obligation d'indiquer de manière précise l'objet de l'enquête ; que ce procès-verbal contient l'ensemble des éléments qui avaient été invoqués au soutien du grief relatif aux interventions concertées des sociétés Paris Distribution, Sud Loire Distribution et la SCA Normande avec la société Mattel France et des griefs relatifs aux délais de règlement consentis par la société Mattel France à plusieurs centrales d'achat et aux avantages discriminatoires accordés par Mattel au groupement Galec ; que, dès lors, ces griefs doivent être abandonnés ;

Sur les suites à donner :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable, soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum est de dix millions de francs. Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne, l'affichage dans les lieux qu'il indique et l'insertion de sa décision dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée* » ;

Considérant que, pour apprécier la gravité des faits, il y a lieu de relever que les pratiques tendant à la fixation d'un prix minimum de revente sont par nature anticoncurrentielles ; qu'au cas d'espèce, elles émanent d'une entreprise qui détenait une position dominante sur le marché de référence ; qu'il convient également de considérer que la société Mattel appartient à un groupe qui est le premier fabricant mondial de jouets et qui réalisait au cours de la période considérée un chiffre d'affaires supérieur à 1,5 milliard de dollars ;

Considérant que, pour apprécier l'importance du dommage causé à l'économie, il y a lieu de tenir compte de la grande notoriété de la poupée Barbie ; qu'il y a lieu toutefois de prendre également en considération le fait que certaines clauses ont été retirées des contrats de coopération commerciale en 1997 ;

Considérant qu'il convient, par application de l'article 13 ci-dessus rappelé, de prévenir la poursuite de telles pratiques en enjoignant à la société Mattel de mettre fin à ses pratiques de prix imposés et de retirer de ses conditions de vente et de ses contrats de coopération commerciale toutes les clauses tendant à limiter la liberté tarifaire de ses distributeurs ;

Considérant que la société Mattel a réalisé en France au cours de l'exercice clos le 31 décembre 1998, un chiffre d'affaires de 1 177 889 330 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 1,5 million de francs,

Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que la société Mattel a enfreint les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Il est enjoint à la société Mattel de mettre fin à ses pratiques de prix imposés et de retirer de ses conditions de vente et de ses contrats de coopération commerciale toutes les clauses tendant à limiter la liberté tarifaire de ses distributeurs.

Article 3

Il est infligé à la société Mattel France une sanction pécuniaire de 1,5 million de francs.
Délibéré, sur le rapport oral de Mme Daudret-John, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président, et M. Rocca, membre.

La secrétaire de séance,
Catherine Faucher
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 53

Décision n° 99-D-46 du Conseil de la concurrence en date du 29 juin 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par le conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Savoie et la Confédération nationale des syndicats dentaires à l'encontre de M. Velpry

NOR : ECOC9910271S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),
Vu la lettre enregistrée le 31 juillet 1998 sous le numéro F 1072, par laquelle M. Velpry a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques qu'il a qualifiées d'anticoncurrentielles au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, mises en œuvre à son encontre par le conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Savoie et la Confédération nationale des syndicats dentaires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que les éléments recueillis en l'état actuel du dossier ne permettent pas d'éclairer complètement le Conseil sur les pratiques dénoncées ; que, dans ces conditions, il y a lieu de procéder à un complément d'instruction,

Décide :

Article unique

Il est sursis à statuer sur la saisine enregistrée sous le numéro F 1072 ;

Délibéré, sur le rapport de M. Marino, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,

Décision n° 99-D-47 du Conseil de la concurrence en date du 29 juin 1999 relative à une saisine présentée par la Fédération française des agences de presse

NOR : *ECOC9910272S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 4 octobre 1994 sous le numéro F 702, par laquelle la Fédération française des agences de presse a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le groupe Espace Quotidien, qu'elle estime anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la lettre de la Fédération française des agences de presse enregistrée le 19 mai 1999 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que, par la lettre du 19 mai 1999 susvisée, la Fédération française des agences de presse a déclaré retirer sa saisine ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil de se saisir d'office,

Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 702 est classé.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Fertier-Pottier, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 55

Décision n° 99-D-48 du Conseil de la concurrence en date du 6 juillet 1999 relative à des pratiques relevées dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans les régions de Bourgogne, Centre et Ile-de-France

NOR : *ECOC9910319S*

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 22 décembre 1995 sous le numéro F 826, par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par différentes entreprises dans le secteur du béton prêt à l'emploi dans les régions Bourgogne, Centre et Ile-de-France ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société Financière Granulats et par le commissaire

du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et la société Financière Granulats entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - LES CONSTATATIONS

A. - **Le produit, les entreprises et les unités de production**

1. *Le produit*

Le béton prêt à l'emploi est fabriqué à partir du ciment, des granulats (sable et gravier) et d'autres adjuvants dans des centrales à béton fixes ou mobiles. Les centrales les plus importantes sont fixes et comportent généralement un poste de malaxage automatisé, permettant un dosage régulier des différents composants, selon la qualité de béton souhaitée. Les centrales mobiles sont installées sur les chantiers par les utilisateurs.

Lorsqu'il est produit dans des centrales fixes, le béton prêt à l'emploi est livré le plus souvent par le fabricant sur le chantier de l'utilisateur. Le transport est effectué dans des camions malaxeurs (camions « toupies »), d'une capacité de six à neuf mètres cubes, qui permettent de retarder la prise du béton.

La demande de béton prêt à l'emploi émane des secteurs du bâtiment et des travaux publics et est donc tributaire de l'activité dans ces secteurs.

2. *Les entreprises*

Tous les producteurs de ciment sont présents dans le secteur aval de la production du béton prêt à l'emploi qui représente pour l'industrie du ciment un débouché essentiel.

Au niveau national, les centrales sont exploitées par environ 550 sociétés, une trentaine d'entre elles seulement comptant plus de cinquante salariés. Ces dernières sont principalement des filiales des grands groupes cimentiers et carriers. Les autres intervenants, qui représentent moins de 20 % du marché, sont des indépendants ou des entreprises regroupant des utilisateurs (entreprises de bâtiment et de travaux publics, de matériaux de construction). Le marché est caractérisé par d'assez fréquentes ouvertures ou fermetures de centrales appartenant à cette seconde catégorie, ce qui montre que les barrières à l'entrée sont d'un niveau modeste.

Les grands producteurs de ciment et de granulats, qui ont accentué leur intégration verticale ces dernières années, écoulent près de la moitié de leur production de matières premières directement sous forme de béton prêt à l'emploi. Les trois plus grands groupes (Lafarge, RMC, Calcia-Ciments français) réalisent, à travers leurs filiales spécialisées (respectivement Lafarge, Béton Granulats, Béton de France et Unibéton), environ 60 % de l'activité totale du secteur. Les autres entreprises importantes sont les sociétés Vicat (avec sa filiale Béton Travaux), Redland (avec ses filiales Redland Granulats Nord et Redland Granulats Sud) et Holdercim (Ciments d'Origny, Orsa Bétons, Cedest).

Entre 1991 et 1993, selon le rapport d'enquête administratif, la production nationale de béton prêt à l'emploi a évolué de la façon suivante (source : Syndicat national du béton prêt à l'emploi [SNBPE]) :

1991 : 35 440 571 m³ produits par 1 587 centrales ;

1992 : 31 688 928 m³ produits par 1 597 centrales ;

1993 : 28 086 606 m³ produits par 1 571 centrales.

3. *Les unités de production concernées*

D'après le rapport d'enquête, les entreprises intervenant dans les zones concernées par la présente affaire sont les suivantes :

- dans la zone de Sens : Béton Chantiers de Bourgogne (groupe Lafarge) à Passy, Redland Granulats Nord à Saint-Denis-lès-Sens, remplacée par la centrale de Gron en août 1994, et Béton 89 à Malay-le-Grand, entreprise à capitaux familiaux, créée en 1991 par M. Masoni ;
- dans la zone d'Auxerre : Béton Chantiers de Bourgogne à Gurgy, Vincelles et Tronchy, Unimix (enseigne Unibéton du groupe Ciments Français) à Gurgy, Redland Granulats Nord à Migennes, Béton Bourgogne Champagne à Saint-Florentin, Béton de La Puisaye (de 1989 à 1991) à Saint-Fargeau et B de P (de 1992 à fin 1994) à Charny, sociétés créées par M. Boscariol, également en concurrence avec les centrales du Loiret (zone de Gien pour la centrale de Saint-Fargeau et zone de Montargis pour la centrale de Charny) ;
- dans la zone d'Avallon : Unimix à Avallon ;
- dans la zone d'Orléans : Béton de France (groupe RMC) à Saint-Jean-le-Blanc et Châteauneuf-sur-Loire ;
- dans la zone de Montargis : Béton de France, Unimix à Fontenay-sur-Loing et B de P à Charny ;
- dans la zone de Gien : Béton de France à Gien et Béton de La Puisaye à Saint-Fargeau ;
- dans la zone de Nemours : Redland Granulats Nord à Nemours, Unimix à Souppes-sur-Loing, Béton CB, SARL créée en 1992 par MM. Chevalier et Boscariol à Malesherbes.

Au moment des faits, dans ces zones, opèrent donc essentiellement les filiales des grands groupes cimentiers et carriers, ainsi que des entreprises indépendantes, telles les centrales Béton 89, Béton Bourgogne Champagne, B de P et Béton CB.

A partir des éléments recueillis au cours de l'enquête, le volume de béton produit par les centrales situées sur les zones de Sens, d'Auxerre et de Nemours, en 1993, par les filiales des grands groupes (Béton Chantiers de Bourgogne, Redland Granulats Nord et Unimix), est de 176 494 m³ par rapport à un volume de production de 35 614 m³ (soit 20 %) réalisé par les indépendants.

4. La place de la société Redland Granulats Nord dans la zone de Nemours

L'agglomération de Nemours, où est implantée une centrale de Redland Granulats Nord, se trouve au centre d'une zone de chalandise délimitée :

- à la périphérie nord, par la ville de Melun, à trente kilomètres de Nemours, autour de laquelle sont implantées trois centrales, filiales de grands groupes (Unibéton, Béton de Paris et Béton Rationnel Contrôlé) ;
- à l'est, par les centrales d'Unibéton et de Béton 89 à proximité de Montereau, par la centrale de Béton Chantiers de Bourgogne implantée à La Brosse-Montceaux, situées à un maximum de vingt-quatre kilomètres de Nemours ;
- au sud, par les centrales d'Unibéton et de Béton de France à Fontenay-sur-Loing, situées à vingt-six kilomètres de Nemours.

Une carte surlignée par des cercles concentriques établie par Redland Granulats Nord met en évidence une zone ouest au départ de Nemours, ayant pour limite extrême au nord la ville de Bois-le-Roi (au sud de Melun), pour limite extrême au sud la ville de Fontenay-sur-Loing et à l'ouest la ville de Malesherbes. Le rayon ainsi délimité ne dépasse pas vingt-cinq kilomètres autour du centre de chalandise.

B. - Les circonstances de l'origine de l'enquête : la dénonciation des faits par M. Boscariol, gérant de la société B de P

En novembre 1992, M. Boscariol, gérant de la centrale à béton B de P à Charny (Yonne), a dénoncé les faits suivants :

1. *Les déclarations aux enquêteurs*
a) *L'audition du 17 novembre 1992*

« J'exploite actuellement à Charny (Yonne) une centrale à béton. Dans le cadre de mon activité commerciale, j'ai créé une nouvelle centrale à béton à Malesherbes (45) avec un associé. De ce fait, j'ai rencontré des pressions pour ne pas installer cette centrale, de la part de la société Redland dont le siège social est situé à Saint-Denis (93). Ces pressions ont consisté en une intervention auprès du maire de Malesherbes.

Mon activité est globalement attaquée par ladite société qui dispose avec d'autres entreprises d'un monopole dans le secteur d'activité (société Garon rachetée par le groupe Redland).

La politique de prix que je pratique est notoirement inférieure à ceux de mes concurrents (en général de 20 %). Cette différence est consécutive à ma liberté d'achat (sable-cailloux), à des frais dits de "siège", à des accords qui lient mes concurrents (filiales d'un même groupe à savoir : Redland). Jusqu'à présent, je n'ai pas eu de problèmes avec mes fournisseurs (refus de vente) malgré l'existence de pressions faites par Redland.

J'ai connaissance de réunions programmées par mes concurrents pour se répartir certains marchés publics et privés. Il m'a été proposé de participer à ces réunions, ce que j'ai refusé. La périodicité desdites réunions est la quinzaine voire le mois. Participeraient à cette concertation les sociétés suivantes : pour le groupe Redland, Redland et Garon ; Béton de France (groupe également britannique) ; Unimix (et) Béton (Chantiers) de Bourgogne (groupe Ciments français pour Unimix et groupe Ciment Lafarge pour Béton [Chantiers] de Bourgogne).

Le but de ces réunions est de fixer un prix au mètre cube de béton minimum dans le cadre d'une répartition des marchés.

Dans la pratique, suite à l'attribution d'un marché public de travaux, l'entreprise générale attributaire contacte les fournisseurs de béton. Dans le cadre d'un plan préétabli, les divers fournisseurs présentent des offres de prix au mètre cube de niveau notoirement élevé sauf celui pour lequel le marché a été destiné. En effet, lors des réunions citées supra, les diverses opérations à intervenir sont distribuées aux membres présents.

La localisation géographique des membres du groupement compte tenu des impératifs techniques (distance maximale de livraison à partir d'une centrale de 40 kilomètres) autorise une bonne couverture géographique, à savoir : pour la société Redland, une centrale à Migennes (89), Sens (89), Lombreuil (45), Pithiviers (45), Nemours (77) et Evry (91), pour les sociétés Béton de France et Unimix, chacune une centrale à Ferrières (45), pour la société Unimix, une centrale à Auxerre (89), pour la société Béton (Chantiers) de Bourgogne, (une centrale) à Passy (89).

Je tiens à préciser que la logique du groupement (entente sur un prix minimum) s'inscrit dans une nécessité de rentabilité. En effet, le prix des matières premières (achetées auprès d'entreprises du groupe "Redland") est nettement plus élevé que mes prix d'achat (fournisseurs indépendants de ce groupe).

Il y a obligation pour les membres du groupement de s'approvisionner auprès de sociétés du même groupe.

Je tiens à préciser qu'à ma connaissance, il existe une politique de "quotas" de production. Les membres du groupement définissent en principe pour l'année (avec adaptations possibles en fonction des fluctuations du marché) des volumes de production pour chaque centrale à béton.

Dans l'hypothèse où une centrale aurait dépassé son tonnage, une autre centrale du groupement livre au même prix (prix auprès de l'entreprise du bâtiment). »

b) L'audition du 23 avril 1993

« ... Fin 1992, j'ai implanté une nouvelle centrale à Malesherbes. La production annuelle est de 200 à 400 m³ par mois. Mon objectif est d'atteindre 1 200 à 1 500 m³. Le prix de vente du "B 25" est de 370 F le m³ sous centrale.

Précédemment, les prix pratiqués dans cette zone géographique étaient de l'ordre de 480 F à 500 F (prix pratiqués par les centrales du groupe Garon avec transport jusqu'à Malesherbes).

Lors de mon début d'exploitation, mes nouveaux clients ont fait l'objet de menaces, de refus de livraison de la part de Garon qui prétendait être en phase de racheter ma société. Garon a également indiqué à mes fournisseurs d'agréats de ne plus me livrer.

En 1990, j'ai été contacté par monsieur Sigwald, responsable régional de Garon à Nemours et exerçant des responsabilités au sein de l'UNICEM Bourgogne. Il m'a été demandé quel quota de production je souhaitais pour ma centrale de Saint-Fargeau. Je n'ai pas donné suite à sa proposition.

J'ai connaissance de réunions régulières entre les responsables commerciaux des centrales implantées sur la Bourgogne et le Centre. Ces réunions concernent les responsables des centrales suivantes : pour le groupe Garon, Lombreuil, Pithiviers, Nemours, Sens et Migennes, pour le groupe Lafarge (Béton Chantiers de Bourgogne), Passy, Gurgy, Vincelles et Tonnerre, pour le groupe Ciments français, Ferrières, Souppes-sur-Loing (Unibéton), Gurgy, Avallon, Tracy-sur-Loire et Nevers (Unimix), pour le groupe Béton de France, Ferrières, Gien, La Celle-sur-Loire.

L'objet de ces réunions est la fixation d'un prix minimum pour les propositions aux entreprises de bâtiment et la répartition des principaux marchés à venir. Par ailleurs, chaque centrale dispose d'un quota de production annuel. Il existe aussi des réunions de coordination au niveau régional. Les responsables de l'UNICEM Bourgogne sont parfois présents lorsque des difficultés se présentent. »

A la suite de ces déclarations, des investigations ont été menées auprès des sociétés B. de P. à Charny, Béton 89 à Malay-le-Grand, Béton Bourgogne Champagne à Saint-Florentin, de l'établissement de Gurgy de Béton Chantiers de Bourgogne dans l'Yonne, auprès des établissements d'Unimix de Gurgy, de Nevers, de Saint-Marcel situés en Saône-et-Loire et de Fontenay-sur-Loing dans le Loiret, auprès des établissements de Redland Granulats Nord d'Etigny (Yonne), de Pithiviers (Loiret) et de Nemours (Seine-et-Marne) et auprès de Béton de France à Saint-Jean-le-Blanc (Loiret).

*2. Les déclarations au rapporteur recueillies
par procès-verbal du 27 novembre 1996*

a) Sur les pressions

« J'ai créé une première centrale à Saint-Fargeau (Yonne) au début de 1989. En septembre 1989, je devais installer une centrale à Salbry (41). J'ai eu la visite du responsable régional, Unimix-Unibéton, M. Delcourt, qui m'a dit qu'il ferait tout pour empêcher mon installation. Quelques jours plus tard, j'ai retrouvé la centrale mise à sac. J'ai ensuite implanté deux autres centrales à Charny (Yonne) à la fin de 1990 et à Malesherbes en 1992. Ces centrales, en particulier celle de Saint-Fargeau, ont enregistré rapidement de bons résultats, malgré quelques impayés.

Leur développement a toutefois été contrarié en raison des pressions et tentatives d'intimidation exercées par les grands groupes cimentiers et surtout d'actes de sabotage

perpétrés à l'encontre de ces centrales. Chaque fois que je me suis installé dans une région, j'ai eu la visite ou reçu des appels téléphoniques des responsables commerciaux du groupe cimentier dominant dans cette zone (Béton de France, Unimix ou Redland) m'avertissant : "Vous êtes chez moi" ; "c'est mon territoire" ; "je ne veux pas que vous vous installiez là".

En mai 1995, des gens d'Unimix, conduisant une Clio immatriculée 7677 VG 71, sont venus chez moi et ont inscrit sur un mur : "Boscariol c'est fini".

J'ai subi à plusieurs reprises des refus et des retards de livraison de ciment de la part des grands cimentiers (l'approvisionnement en ciment passe nécessairement par eux ; ils vont jusqu'à racheter des cimenteries à l'étranger pour empêcher des importations parallèles). Par ailleurs, les actes de sabotage (destruction de matériel, câbles électriques sectionnés ou inversés, etc.) ont été fréquents, jusqu'à deux fois par semaine pendant une période à Malesherbes.

Redland est intervenu auprès du maire de Malesherbes pour empêcher ou gêner mon implantation dans cette commune. Le maire de Malesherbes les a éconduits. Par contre, ils ont demandé au maire de Charny, M. Jobert, de faire pression sur moi. Cela en me disant qu'il ne fallait pas que j'aille installer la centrale de Malesherbes. Au mois de décembre, M. Jobert me proposait de racheter la centrale de Charny moyennant une somme de 1,4 million de francs en me disant "avant que l'on agisse et que votre centrale ne vaille plus rien". Redland et M. Jobert avaient voulu installer une centrale à Charny. Cela ne s'est jamais fait mais un permis de construire a été demandé. Il faut dire qu'ils avaient des moyens de pression sur ce maire. »

b) Sur les réunions de concertation

« Des réunions de concertation ont lieu périodiquement entre les responsables commerciaux des centrales implantées en Bourgogne et dans le Centre. Elles ont pour objet la fixation de prix minimums de vente et la répartition des marchés publics ou privés. J'ai moi-même été contacté pour participer à ces réunions. J'ai refusé d'y aller. Certains indépendants participent à ces réunions avec l'impression d'être invités à la "table des grands". Mais, dans le cadre de cette concertation, les petites entreprises ne peuvent se partager que ce qui n'intéresse pas les grands groupes. Je n'ai jamais assisté à ces réunions mais une proposition m'a été faite d'y assister à l'hôtel Mercure, à Auxerre. Je n'y suis pas allé mais il n'est pas difficile de situer l'endroit de ces réunions. »

c) Sur la politique de prix des grands groupes

« Grâce à des frais généraux peu élevés, j'étais en mesure de pratiquer des prix inférieurs de 30 % à 40 % à ceux des grands opérateurs. Ceux-ci étaient alors conduits à baisser leurs prix dans les zones où j'étais implanté, mais il n'y avait pas d'alignement systématique de leurs prix sur les miens. Dans ce contexte, si globalement ils ne vendent pas au-dessous de leurs coûts moyens variables, ils peuvent être amenés à le faire localement et ponctuellement. Dans les zones où les prix sont bas du fait de la présence d'opérateurs indépendants, les grands groupes interviennent tout à tour de manière à se répartir la charge que représente pour eux l'offre de prix bas.

Les grands opérateurs se consultent chaque année pour fixer en commun le niveau d'augmentation de leurs prix. Il suffit de comparer leurs majorations annuelles de tarifs pour constater qu'elles sont de même niveau. Ces augmentations de tarifs prennent en compte les hausses de prix des matières premières (ciment, sable, graviers), mais, comme ils s'approvisionnent en matières premières au sein de leur propre groupe, ces hausses sont souvent artificielles. A titre d'exemple, je pouvais m'approvisionner en sable à des tarifs inférieurs de 20 % à 50 % à ceux pratiqués par les grands groupes. »

C. - Les éléments recueillis au cours de l'enquête sur l'existence d'échanges d'informations

1. Sur l'existence de réunions de concertation

A propos de la tenue de réunions de concertation, les enquêteurs ont relevé les mentions « réunion OPEP Chalon » et « OPEP Nevers » figurant, à trois dates différentes, sur l'agenda de M. Sonnet, directeur du secteur Bourgogne - Franche-Comté de la société Unimix, alors que, par ailleurs, la tenue de réunions commerciales fait l'objet de mentions explicites sur ce même agenda. M. Sonnet a indiqué, par procès-verbal du 12 juillet 1994, que : « *L'expression " OPEP " est le nom donné aux réunions avec les membres de l'équipe de vente. C'est une réunion interne avec les membres de notre secteur. Elle n'a pas d'ordre du jour particulier si ce n'est de faire le point sur les zones de vente.* »

M. Boscariol a déclaré n'avoir jamais assisté à des réunions de concertation. Il a cependant précisé qu'une proposition lui avait été faite de participer à une telle réunion devant se tenir à l'hôtel Mercure d'Auxerre.

2. Sur l'existence d'échanges d'informations sur les volumes produits et sur les parts de marché

Différents documents ont été saisis dans les locaux des sociétés Unimix, Béton Chantiers de Bourgogne et Redland Granulats Nord faisant chacun ressortir les volumes produits et les parts de marché des différents opérateurs sur les marchés concernés.

Parmi les documents saisis chez Unimix, se trouve un document dactylographié, en date du 19 mai 1993, intitulé : « Monographie BPE 1992 » et dont l'objet est ainsi défini : « *Afin d'actualiser l'enquête annuelle relative au marché national du BPE, vous trouverez ci-joint la liste des centrales présentes sur les départements qui composent votre région... Vous voudrez bien me retourner ces documents avant le 30 juin 1993.* » En bas de page, figure l'annotation manuscrite suivante : « *Compléter les m³ de chacune des unités, même appréciés.* » Ce document dactylographié ainsi que des fiches concernant les secteurs de la Champagne, des Ardennes, de la Bourgogne et de la Franche-Comté ont été envoyés à cinq responsables de la région de la société Unimix. Les fiches comportent les noms des producteurs, les implantations et les groupes financiers auxquels appartiennent les fabricants. Les données fournies en retour se présentent sous forme d'estimations chiffrées au millième, à l'exception de la fiche relative à la Saône-et-Loire qui mentionne des volumes de production précis. Il doit toutefois être précisé que les centrales annotées de la Saône-et-Loire dépendent du groupe Ciments Français dont relève la société Unimix.

Des fiches à en-tête de Lafarge Béton Granulats (Béton Chantiers de Bourgogne), relatives à la mise à jour des volumes de production des années 1991 et 1992, ont été versées au dossier d'enquête. La fiche concernant les centrales de Seine-et-Marne ne comporte pas de données chiffrées. Deux fiches concernent les centrales de l'Yonne. Une des fiches reprend les volumes de béton produits par les centrales de Béton Chantiers de Bourgogne. L'autre fiche mentionne des estimations de volume de production se rapportant aux centrales de différents groupes :

Ciments Français : 31 160 m³ ;
Béton 89 : 12 000 m³ ;
Béton de La Puisaye : 5 000 m³ ;
Lafarge : 70 160 m³ ;
Redland : 52 990 m³.

Les estimations relatives aux centrales des grands groupes (Ciments Français, Lafarge et Redland Granulats Nord) apparaissent plus précises que celles relatives aux centrales des indépendants (Béton 89 et Béton de La Puisaye). Cependant, pour deux centrales appartenant

à Redland, le volume de production de l'une n'est pas indiqué (Saint-Florentin), celui de l'autre étant évalué à 15 000 m³ (Migennes).

La société Redland Granulats Nord a établi un tableau manuscrit non daté qui présente une évaluation des volumes de production de béton et de granulats des sociétés RMC, Lafarge, Unibéton, Orsa, Redland et des indépendants. Les niveaux de volumes de production des sites sont indiqués sous forme d'estimations à deux chiffres.

3. Sur la stabilité des parts de marché

Deux documents intitulés : « Plan stratégique 91-96 », saisis dans les locaux de Béton Chantiers de Bourgogne, insistent sur la probabilité d'un maintien des parts de marché sur le département de l'Yonne. Dans le premier document, Béton Chantiers de Bourgogne estime sa part de marché à 41,5 % et celles de ses concurrents, Unimix, Garon (repris par Redland) et Béton de La Puisaye (Saint-Fargeau), respectivement à 25 %, 28 % et 4,5 %. Il est précisé que : « *La part de marché de Béton Chantiers de Bourgogne devrait rester stable.* » Dans le second document, postérieur au premier, les estimations de parts de marché sont les suivantes :

Béton Chantiers de Bourgogne : 40 % ;
 Garon : 31 % ;
 Unimix : 22 % ;
 Béton de La Puisaye : 5 % ;
 BHS/Moroni : 5 %.

Aux rubriques « *forces et faiblesses* » et « *cibles et plan de développement* » figurant dans les deux documents, sont portées les mentions suivantes :

« *FORCES : un statu quo avec Garon et Unimix.*

« *Si possible, maintenir le statu quo avec Garon au nord et Unimix au sud.*

« *Maintenir le statu quo actuel avec les grands groupes.* »

En ce qui concerne les indépendants, les deux documents mentionnent « l'agressivité » de leur concurrence et définissent les objectifs à poursuivre :

« *Neutraliser BHS à Saint-Florentin...*

« *S'intéresser à Béton de La Puisaye.*

« *Mettre en place un dispositif avec un tiers pour barrer la route aux éventuels fournisseurs de BPE pour l'autoroute Sens-Troyes.* »

Enfin, un tableau saisi dans les locaux de la société Redland Granulats Nord à Etigny porte les indications suivantes :

A N N É E S	1990 (en %)	1991 (en %)	1992 (en %)
Zone de Saint-Denis			
Lafarge	30	28	23
Garon	70	66	54
Masoni	0	6	23
Zone de Migennes			
Lafarge	39	37	37
Unimix	38	37	37
Garon	18	16	16
Masoni	5	10	10
Zone de Nemours			
Unimix	33	27	24

Lafarge	0	13	24
BRC	33	27	24
Garon	33	33	33

4. Sur la coordination des offres et la répartition des marchés

Un document manuscrit a été saisi dans les locaux d'Unimix portant l'indication « juillet, septembre, décembre ». Il comporte une liste de clients avec, pour chaque client, un chiffre correspondant au prix de vente au mètre cube de béton et, pour certains clients, la mention « réali » ou la mention « couverture ». En fonction de la quantité vendue, des prix de référence sont portés sur ce document. Ainsi, de 0 à 200 mètres cubes, le prix est de 456 F le mètre cube et pour une quantité supérieure à 800 mètres cubes, le prix est de 426 F le mètre cube. Des déclarations de M. Sonnet de la société Unimix, il ressort que les prix affectés à ces clients sont les prix moyens de juillet 1993.

Selon les enquêteurs, Unimix bénéficierait de la commande des clients affectés de la mention « réali » et laisserait les clients affectés de la mention « couverture » à d'autres concurrents en présentant volontairement des offres à prix élevés.

Devant les noms de sept entreprises sont portés la mention « réali » et des prix manuscrits de 390 F ou de 400 F. Quatre de ces entreprises ont acheté des bétons de différentes catégories et ont fait l'objet de facturation au cours de la période juillet à septembre 1993. Une comparaison entre les prix manuscrits et les prix facturés relatifs à un béton standard de type BCN B 25 CPJ 45 R à ces clients montre que si les prix de facturation ne sont pas exactement semblables aux prix affectés aux clients concernés, ils sont très proches dans tous les cas :

- entreprise Fontaine située à Auxerre : le prix manuscrit est de 390 F, le prix facturé est de 368 F pour une livraison en zone 1 ;
- entreprise DSDP située à Avallon : le prix manuscrit est de 390 F, le prix facturé est de 380 F et de 370 F pour une livraison en zone 1, en l'occurrence Auxerre ;
- entreprise C.3B située à Dijon : le prix manuscrit est de 400 F, le prix facturé est de 385 F pour une livraison à Auxerre (zone 1) de béton pompable dont le coût de manutention est plus élevé ;
- entreprise Moreau située à Tonnerre : le prix manuscrit est de 400 F, le prix facturé est de 390 F pour une livraison à Auxerre (également zone 1).

On observe que les livraisons sont effectuées dans des chantiers proches d'Auxerre ou à Auxerre même. A proximité de ce centre urbain, Unimix dispose d'une centrale à Gurgy, où elle est en concurrence directe avec Béton Chantiers de Bourgogne et Redland Granulats Nord.

Pour les six entreprises dont le nom est accompagné de la mention « couverture », les prix au mètre cube de béton mentionnés sur le document saisi sont de 430 F ou 436 F et sont légèrement supérieurs aux prix affichés pour les noms de clients affectés de la mention « réali ».

Trois des six entreprises comportant la mention « couverture » ont acheté du béton à la société Unimix et ont fait l'objet d'une facturation en juillet 1993 sans qu'il soit possible de savoir si les autres entreprises n'auraient pas été facturées entre juillet et décembre 1993. Les entreprises pour lesquelles une facturation a été produite sont les sociétés Colas à Appoigny, Ceschin Père et Fils, Ceschin Patrick à Cravant, toutes trois implantées dans la zone d'Avallon.

5. Sur les majorations de tarifs

Si les tarifs de base des grands groupes sont différents, on constate que les majorations annuelles sont de même niveau.

Ainsi, par une lettre-circulaire du 27 novembre 1992, adressée à ses clients, Unibéton a annoncé une majoration de ses prix de 24,20 F hors taxes pour « le mètre cube de béton CPJ 45/350 kg/granulats 0/20/plastique ». Le 30 novembre 1992, Béton de France, zone de l'Ile-de-France, a annoncé à son tour à ses clients une majoration de ses prix de 24 F hors taxes au 1^{er} janvier 1993, pour le même type de béton servant de référence à la profession.

De même, l'année suivante, alors que Béton de France, zone de l'Ile-de-France, par lettre-circulaire du 15 novembre 1993, a annoncé une hausse de 24 F hors taxes à compter du 1^{er} janvier 1994, Redland Granulats Nord-Nemours a informé ses clients de la région parisienne, par lettre-circulaire du 26 novembre 1993, d'une majoration de ses tarifs de 25 F hors taxes à compter de la même date. Par une autre lettre-circulaire du 26 novembre 1993, Redland a annoncé à ses clients de l'Yonne une augmentation de 15 F hors taxes le mètre cube de béton. Dans le même temps, par lettre-circulaire du 27 décembre 1993, l'établissement de Gurgy de Béton Chantiers de Bourgogne a augmenté son tarif de 14 F hors taxes le mètre cube, à compter du 1^{er} février 1994.

D. - Les éléments recueillis au sujet de la politique de prix menée par plusieurs producteurs de béton

Les filiales des grands groupes pratiquent des tarifs différenciés selon les zones où sont implantées leurs centrales. Les prix sont plus bas sur les marchés locaux où les centrales des filiales sont en concurrence avec des centrales d'entreprises indépendantes.

M. Masoni, gérant de la société Béton 89, a déclaré, à propos de la politique tarifaire des grands groupes : « *Au moment de notre implantation sur Malay, dès les premiers travaux, avant même le montage de la centrale, Redland et Lafarge ont baissé leurs prix de vente de BPE de 100 F. Ils ont effectué une nouvelle baisse de 50 F au moment de la mise en service de la centrale. Par ailleurs, dès le début, Redland a donné comme consigne à ses représentants de proposer aux clients des prix systématiquement de 10 F à 15 F en dessous de nos propositions, ceci quel que soit le volume et la zone géographique de livraison. De ce fait, nous vendons actuellement à notre prix de revient. Le prix du B 25 livré en 93 est de 280 F le m³* » (procès-verbal du 10 mars 1994).

M. Boscariol, quant à lui, a indiqué : « *Le prix de vente du B 25 est de 370 F le m³ sous centrale... Précédemment, les prix pratiqués dans cette zone géographique étaient de l'ordre de 480 F à 500 F (prix pratiqués par les centrales du groupe Garon jusqu'à Malesherbes)* » (procès-verbal du 23 avril 1993).

Le tableau des tarifs de la société Redland Granulats Nord montre que les prix de vente les plus bas sont proposés par les centrales de Saint-Denis-lès-Sens et Migennes, concurrencées respectivement par les centrales Béton 89 à Malay-le-Grand (M. Masoni) et B de P à Charny (M. Boscariol), tandis que les centrales de Nemours, Pithiviers et Lombreuil, non directement concurrencées par des indépendants, pratiquent des tarifs nettement plus élevés.

Ainsi, les prix au mètre cube de béton prêt à l'emploi des centrales de Nemours, Pithiviers et Lombreuil varient de 386,56 F à 503,95 F et ceux des centrales de Migennes et de Saint-Denis-lès-Sens varient de 343,16 F à 391,40 F.

Les prix de la société Béton Chantiers de Bourgogne dépassent 400 F le mètre cube sauf ceux applicables sur la zone de Saint-Florentin où est implantée la centrale de la société Béton Bourgogne Champagne (M. Moroni) dont les prix sont compris entre 350 et 366 F.

E. - L'intervention de Redland auprès du maire de Malesherbes

L'enquête a permis d'établir que des démarches ont été entreprises par M. Sigwald, de la société Redland Granulats Nord, auprès du maire de Malesherbes après avoir eu connaissance du projet d'implantation d'une centrale par M. Boscariol dans cette ville. Ces démarches ont consisté en une demande d'information sur les conditions juridiques de réalisation de l'opération (achat du terrain et permis de construire) puis en une demande d'achat de terrain à proximité de celui acquis par M. Boscariol dans la zone industrielle de Malesherbes.

M. Sigwald a fourni les explications suivantes : « Depuis 90, nous avons un projet d'implantation à Maysse, à côté d'une carrière de Fontainebleau, à une dizaine de kilomètres au nord de Malesherbes. Mi-92, j'ai eu connaissance du projet d'implantation de la centrale de M. Boscariol à Malesherbes. Je suis allé à la mairie pour voir le permis de construire. En son absence, j'ai demandé rendez-vous au maire de la commune. Je lui ai conseillé de prendre contact avec le maire de Charny et lui ai proposé et envoyé des photos de la centrale de Charny. Par ailleurs, j'ai demandé un terrain et le maire m'en a proposé un voisin de celui de M. Boscariol. En effet, la centrale de Malesherbes pouvant reprendre une partie de la clientèle de notre centrale de Pithiviers, une installation à Malesherbes nous aurait permis d'en récupérer peut-être la moitié. Finalement, pour des contraintes budgétaires, notre direction n'a pas souhaité donner suite à cette implantation à Malesherbes » (procès-verbal du 4 novembre 1994).

Le maire de Malesherbes, M. Sevin, a fait de l'intervention de Redland la relation suivante : « A la suite d'une délibération du conseil municipal de Malesherbes, autorisant le maire à signer les actes de cession des parcelles de la zone industrielle de Vauluizard où M. Boscariol avait demandé un terrain d'une superficie de 4 000 m², j'ai reçu la visite, quelques jours après, du directeur régional de la société Garon [reprise par le groupe Redland] à Nemours. Dans un premier temps, il m'a mis en garde contre la fragilité économique de la société de M. Boscariol, la B de P. Je n'ai pas tenu compte de ces remarques et je lui ait fait remarquer que je trouvais sa démarche anormale. Il m'a alors demandé si la commune pouvait lui céder une parcelle jouxtant celle de M. Boscariol sur la zone industrielle. Ce à quoi j'ai opposé un refus. Quelques jours après, le directeur régional de la société Garon m'a proposé des photos illustrant une implantation appartenant déjà à M. Boscariol. Depuis, la société Garon a trouvé un terrain auprès de la société de transport Sabatte, route de Sermaises, et a déposé une demande de permis de construire pour une centrale à béton. Le permis de construire a été attribué à la société Garon le 19 décembre 1992. A ce jour, aucun travaux n'ont débuté » (procès-verbal du 25 mars 1993).

Dans une lettre en date du 13 août 1992, M. Sigwald a confirmé au maire de Malesherbes « l'intérêt que nous portons au terrain voisin de celui de M. Boscariol pour lequel nous avons mis une option ». Dans sa réponse en date du 1^{er} septembre 1992, le maire a indiqué : « Les candidats à l'acquisition de terrains sur la zone industrielle communale de Malesherbes qui étaient inscrits avant votre demande m'ont fait savoir qu'ils confirmaient leurs options. Le dernier terrain disponible a été retenu par le conseil municipal pour y édifier un centre de secours ».

En outre, les entreprises indépendantes ont fait état de menaces, de tentatives d'intimidation et de dénigrement auprès de leur clientèle de la part des grands groupes. Cependant, les auteurs de ces agissements n'ont pu être identifiés.

Sur la base de ces constatations, un grief a été retenu au stade du rapport et notifié dans les termes suivants à la société Redland Granulats Nord :

« Les éléments recueillis au cours de l'enquête étant insuffisants pour permettre de conclure à l'existence d'une concertation anticoncurrentielle entre les filiales des grands groupes cimentiers et carriers intervenant sur les zones examinées, il n'y a pas lieu d'établir, sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, une notification de griefs complémentaire comme le demande le commissaire du Gouvernement » ;

« Il convient de maintenir, à l'encontre de la société Redland Granulats Nord, le grief retenu par la notification qui reproche à cette société d'avoir mis en œuvre une stratégie d'éviction du marché, s'appuyant sur des manœuvres de dénigrement et d'intimidation, à l'encontre de la société à responsabilité limitée Béton CB » ;

« Cette pratique, émanant d'une entreprise en position dominante, avait pour objet ou pouvait avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché du béton prêt à l'emploi dans la zone géographique de Nemours-Malesherbes (Seine-et-Marne). Elle est donc prohibée par les dispositions de l'article 8-1 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. »

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur l'imputabilité des pratiques :

Considérant que la société Redland Granulats Nord a été absorbée, le 14 avril 1997, par la société Redland Granulats et que les formalités d'absorption ont été achevées le 11 août 1998 ; que, depuis la fusion, la société Redland Granulats étant devenue la société Financière Granulats, cette dernière vient aux droits de la société Redland Granulats Nord qui n'a plus d'existence juridique ;

Sur le grief d'entente au sens des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

Considérant que le grief d'entente n'a été retenu par le rapporteur ni au stade de la notification de griefs ni à celui du rapport ;

Considérant, cependant, que le commissaire du Gouvernement, dans ses observations, maintient que les éléments d'information fournis par le rapport d'enquête administratif permettent de conclure à l'existence d'une concertation anticoncurrentielle entre les filiales des grands groupes cimentiers et carriers intervenant sur les zones examinées ; qu'il estime qu'un complément d'instruction pourrait conduire à notifier des griefs complémentaires aux sociétés Béton Chantiers de Bourgogne (groupe Lafarge), Financière Granulats, Unimix (groupe Ciments français) et Béton de France (groupe RMC), sur la base des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Mais considérant, tout d'abord, qu'en ce qui concerne la tenue de réunions de concertation entre les filiales des grands groupes, notamment à l'hôtel Mercure d'Auxerre, l'existence de ces réunions s'appuie sur les seules allégations de M. Boscariol ; qu'interrogé sur ce point par le rapporteur, le directeur de cet établissement a déclaré, après avoir effectué des recherches sur le cahier de réservation de l'hôtel, qu'aucune salle de réunion n'avait été retenue par l'un des organisateurs incriminés au cours de la période considérée ; que, selon le directeur de l'établissement, si la société Redland a bien loué une salle dans son établissement une fois en 1994, il s'agissait d'un séminaire de formation destiné aux cadres de l'entreprise ; que, par ailleurs, les gérants des sociétés indépendantes, Béton 89 et Béton Bourgogne Champagne, ont déclaré qu'ils n'avaient jamais été contactés par des sociétés concurrentes « pour participer à des réunions ou discuter de prix ou de répartition de marché » (procès-verbaux de M. Masoni du 10 mars 1994 et de M. Moroni du 7 septembre 1994) ;

Considérant que des états d'estimations de volumes de production et de parts de marché relatifs à l'ensemble des centrales présentes dans les zones où interviennent les différents producteurs de béton prêt à l'emploi figurent parmi les documents saisis dans les locaux des sociétés Unimix, Béton Chantiers de Bourgogne et Redland Granulats Nord ; que les estimations concernant les centrales appartenant aux grands groupes apparaissent, dans certains cas, plus précises que celles se rapportant aux centrales des indépendants ;

Mais considérant que les états établis par les sociétés en cause n'étaient pas détenus par les sociétés concurrentes ; qu'ainsi, il a seulement été constaté que chaque société avait

constitué ses propres statistiques ; que les éléments fournis par l'enquête montrent que les filiales des grands groupes ont une connaissance précise de la situation du marché ; qu'il est possible aux différents producteurs en situation concurrentielle de connaître la production des opérateurs en place, notamment par le biais de la capacité potentielle des centrales et par le volume consommé de ciment ; que, dans ces conditions, les pièces versées au dossier ne permettent pas d'affirmer que cette connaissance du marché résulterait d'échanges d'informations, alors que la faible dimension géographique du marché et le petit nombre d'opérateurs en favorisent la transparence ;

Considérant que les représentants des sociétés Unimix, Redland Granulats Nord et Béton Chantiers de Bourgogne se sont expliqués sur les conditions dans lesquelles les producteurs peuvent avoir une connaissance relativement précise de l'état de la concurrence ; qu'ainsi, concernant le document dactylographié du 19 mai 1993, intitulé :

« Monographie BPE 1992 », M. Sonnet, qui exerçait les fonctions de directeur de secteur de la société Unimix, a déclaré par procès-verbal du 12 juillet 1994 : « *Toute la liste des centrales émanait du syndicat du BPE via notre groupe et les différents cubages manuscrits émanaient des estimations de nos commerciaux. Ceux-ci se basaient sur leur croissance du marché ainsi que sur les marchés perdus au profit de nos concurrents, le nombre de camions utilisés par nos concurrents... Mais les chiffres indiqués ne restent que des estimations* » ;

que, pour ce qui concerne le tableau manuscrit non daté établi par Redland relatif aux évaluations des volumes de production de béton et de granulats de sociétés concurrentes (C-2 des constatations), M. Bracquemont, chef du secteur commercial de la société Redland Granulats Nord, a, par procès-verbal du 4 juillet 1994, précisé ce qui suit :

« *L'estimation des volumes annuels est réalisée en septembre et fait l'objet en mai-juin d'une révision en cours d'année. Ces estimations sont fondées sur des statistiques de consommation par habitant, ajustées en fonction des projets de construction locaux. Parallèlement, nous tentons d'apprécier l'activité des concurrents en fonction de leurs équipements et des renseignements provenant de la clientèle* » ; que le responsable commercial « agrégats » de Redland Granulats Nord, M. Rodriguez, a déclaré, au procès-verbal du 29 juin 1994, que : « *L'estimation des parts de marché des entreprises concurrentes peut se faire facilement en fonction du potentiel des centrales (compte tenu surtout du nombre de camions-toupies) et de la connaissance des marchés perdus par Redland. Les statistiques départementales du SNBPE permettent également de suivre la tendance du marché. Par contre, nous ne nous basons absolument pas sur les livraisons de ciment, notre groupe n'étant pas cimentier... A titre d'illustration, notre centrale de Migennes (15 000 m³ indiqués) dispose de 3-4 toupies. Les centrales concurrentes de Fontenay (Unibéton et Béton de France) bénéficiaient à l'époque d'un parc équivalent, ce qui explique les chiffres estimés (16 000 m³)* » ;

Considérant, en ce qui concerne la stabilité des parts de marché, que deux documents saisis dans les locaux de la société Béton Chantiers de Bourgogne font mention, notamment, d'un maintien des parts de marché et d'un « statu quo » avec les grands groupes ;

Considérant, cependant, que M. Dupouy, de Béton Chantiers de Bourgogne, a fourni les explications suivantes : « *Selon nos objectifs, la part de Béton Chantiers de Bourgogne devait rester stable. En fait, elle se dégrade depuis début 1993 à cause des tensions de prix. On a fermé deux centrales : Vincelles et Passy. Elles rouvriront en cas d'augmentation d'activité. Par statu quo, avec Garon et Unimix, on entend le maintien de notre part de marché par rapport aux autres* » ; que, par ailleurs, le tableau saisi chez Redland, et dont le contenu est reproduit au C-3 des constatations ci-dessus, révèle des variations des parts de marché lors de l'implantation, dans le secteur de Nemours, en 1991, d'une centrale du groupe Lafarge ;

Considérant que, si les tarifs de base des grands groupes sont différents, les majorations annuelles sont de même niveau et interviennent à des époques similaires ; que des lettres-circulaires annonçant les augmentations annuelles sont adressées dans certains cas à des

concurrents ; qu'il a été ainsi constaté que l'usine Redland de Nemours avait été destinataire des lettres-circulaires d'Unibéton et de Béton de France ;

Mais considérant que la simple constatation d'un parallélisme de comportement est, à elle seule, insuffisante à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle, dans la mesure où ce parallélisme peut résulter de décisions autonomes prises par des entreprises qui s'adaptent à un même contexte sur un même marché ; qu'il est nécessaire, pour parvenir à établir l'existence d'une telle entente, d'apporter des preuves complémentaires, susceptibles de constituer un faisceau d'indices graves, précis et concordants ;

Considérant que les sociétés Unibéton, Béton de France, Redland Granulats Nord et Béton Chantiers de Bourgogne ont des structures et des contraintes de coûts proches de leurs concurrents et qu'elles supportent de façon identique les hausses de matières premières ; qu'il peut donc s'agir de décisions successives et que les opérateurs, informés des premières augmentations, peuvent avoir tendance à aligner leurs propres niveaux d'augmentation sur ceux de leurs concurrents ; que, par ailleurs, il n'est pas anormal que certains des concurrents soient destinataires de ces informations, dès lors qu'ils peuvent être clients pour l'approvisionnement en béton prêt à l'emploi ; que, pour ce qui concerne les lettres-circulaires d'Unibéton et de Béton de France adressés à Redland, M. Bracquemond, directeur régional de cette société, a indiqué que : *« Les circulaires d'augmentation de prix sont adressées à la clientèle, parmi laquelle figurent des concurrents qui sont, le cas échéant, parfois nos clients. Ces augmentations sont diffusées au dernier moment, avec un délai d'un mois avant le 1^{er} janvier, date d'application de la décision »* (procès-verbal du 4 juillet 1994) ;

Considérant, en ce qui concerne la répartition concertée des marchés que révélerait le document manuscrit saisi dans les locaux de la société Unimix, sur lequel figurent les mentions « réali » et « couverture » en face du nom de plusieurs entreprises, que M. Saussier, attaché commercial à la société Unimix, a déclaré ce qui suit au procès-verbal du 28 juin 1994 : *« Les noms portés sur ce document sont les noms de mes clients. Ce sont les prix moyens de juillet 1993 auxquels je leur ai facturé du BPE. La mention "réali" veut dire réalisé. La mention "couverture" signifie que je suis seul sur cette zone. Je n'ai pas de concurrent, je peux appliquer le prix fort. Il s'agit de la zone d'Avallon. J'essaie de garder ces prix toute l'année »* ; que, de fait, les clients affectés de la mention « réali » précédée de l'indication de prix manuscrits inférieurs aux prix portés à côté du nom des clients affectés de la mention « couverture » sont situés dans la zone d'Auxerre où Unimix est en concurrence avec Béton Chantiers de Bourgogne et Redland Granulats Nord ; que, par ailleurs, il résulte des factures figurant au dossier que trois des six entreprises comportant la mention « couverture » ont effectivement acheté du béton à la société Unimix en juillet 1993 ; que ces entreprises sont implantées dans la zone d'Avallon où il est établi que la société Unimix n'a pas de concurrent ; qu'ainsi l'explication suggérée par le rapport d'enquête, qui correspond aux déclarations de M. Boscariol, n'est pas corroborée par d'autres éléments du dossier permettant d'étayer cette thèse ;

Considérant que, sur la période 1991, 1992 et 1993, l'enquête a fait apparaître que les filiales des grands groupes pratiquaient des tarifs différenciés selon les zones où sont implantées leurs centrales ; qu'il a été constaté que les prix étaient plus bas sur les marchés locaux où ces filiales sont en concurrence avec des centrales d'entreprises indépendantes ;

Mais considérant que M. Sigwald, directeur régional de la société Redland Granulats Nord, a fourni les explications suivantes sur les différences de prix relevées : *« Les différences constatées au niveau des prix moyens de vente de chaque centrale s'expliquent essentiellement par la concurrence locale. En effet, les coûts d'approvisionnement sont voisins pour les différents producteurs. Sur Nemours, le principal concurrent est Unibéton (Fontenay-sur-Loing, Montereau et Melun). BRC (Béton Rationnel Contrôlé du groupe RMC) et Béton de Paris interviennent également sur Fontainebleau. De plus, le prix de vente élevé*

de Nemours s'explique aussi par l'affectation comptable des services liés aux pompes à béton au chiffre d'affaires de la centrale de Nemours. Il n'y a pas de concurrence locale importante sur la zone de Pithiviers... Sur Sens, c'est la politique de dumping de Masoni qui fait chuter les prix. Sur Migennes également, Masoni propose des prix très bas, malgré l'éloignement de ses centrales, ce qui a des conséquences sur les prix que nous pouvons proposer. Moroni (BBC) propose des prix plus élevés en général que Masoni... Masoni représente aujourd'hui environ 40 % du marché de Sens. A mon avis, Masoni peut proposer des prix si bas, en jouant sur les quantités livrées aux petits clients (inférieures aux quantités commandées) et sur les charges des camions » (procès-verbal du 4 novembre 1994) ; que, s'il est permis de conclure que la présence d'indépendants dans une zone donnée entraîne effectivement une baisse des prix des filiales des grands groupes, aucune indication n'est, en revanche, donnée sur le caractère spontané ou concerté de cette réaction ;

Considérant, ainsi, que ni les documents saisis, dès lors qu'ils peuvent faire l'objet d'une explication plausible, ni les autres éléments versés au dossier ne permettent de démontrer que les sociétés Unimix, Béton Chantiers de Bourgogne, Redland Granulats Nord et Béton de France se seraient entendues pour établir des quotas de production et pour se répartir les marchés, ni que l'identité des hausses de tarifs qu'elles ont pratiquées et des dates de leur application ne résulterait pas d'un simple alignement mutuel ; que, de même, il n'est pas établi que les différences entre les prix appliqués par les filiales de grands groupes, selon qu'elles vendent dans des zones où elles sont en concurrence directe avec des indépendants ou non, s'expliqueraient autrement que par les différences entre les structures de ces marchés oligopolistiques ; que, si le document manuscrit saisi chez Unimix sur lequel figure une liste de clients avec, selon les cas, la mention « réali » ou la mention « couverture » peut évoquer, par la terminologie employée, l'existence d'une répartition de marchés, le fait que les deux catégories d'entreprises aient indifféremment acheté du béton à Unimix ne permet pas de considérer ce document comme un indice d'entente entre producteurs ; qu'en l'absence de tous autres éléments de nature à laisser penser que de nouveaux indices précis, graves et concordants pourraient être découverts, il n'y a pas lieu de procéder à un complément d'instruction ;

Sur le grief d'abus de position dominante au sens des dispositions de l'article 8.1 :

Sur la délimitation des marchés pertinents :

Considérant qu'à la différence de ses constituants (ciments, granulats), le béton prêt à l'emploi est un produit qui ne se stocke pas, ce qui implique que les livraisons soient effectuées dans un délai très court, d'une durée d'une heure à une heure et demie au maximum ; que, de plus, le coût du transport du béton, produit pondéreux transporté en camions malaxeurs, a une incidence importante sur le coût du béton livré, de sorte que le prix du béton est généralement fixé en fonction de zones concentriques dessinées autour de centrales de production ; que, dans les conditions d'exploitation réelles, il n'est pas envisageable de desservir des zones qui exigeraient des temps de transport aussi longs que les maxima susévoqués ; que, pour ces différentes raisons, le Conseil de la concurrence estime que les marchés géographiques de béton prêt à l'emploi sont définis comme des zones circulaires situées autour des centres urbains consommateurs de béton et ayant de vingt à vingt-cinq, voire trente kilomètres de rayon ; que cette définition impose, pour déterminer les conditions de l'offre sur chacun de ces marchés, de tracer sur une carte des cercles centrés sur les agglomérations consommatrices (et non sur les unités de production, contrairement à la méthode appliquée par la société Financière Granulats dans ses écritures) et de retenir les centrales de production situées à l'intérieur de chacun de ces cercles ; que, par ailleurs, la dimension exacte du rayon dépend des conditions locales de circulation, lesquelles varient en fonction du relief, de la densité de l'habitat et de la qualité du réseau routier ;

Considérant, en l'espèce, que le relief plat, la faible densité de l'habitat et la bonne

qualité du réseau routier dans la zone considérée permettent aux camions de livrer du béton à une distance relativement importante ; que, d'ailleurs, la société Financière Granulats a procédé par la voie d'un constat d'huissier, en date du 31 mai 1999, à une évaluation précise et non contestée de la zone de chalandise dans laquelle la centrale de Redland Granulats Nord était, au moment des faits, en mesure d'intervenir à partir de Saint-Pierre-lès-Nemours ; qu'un camion-toupie a ainsi parcouru une distance de trente et un kilomètres en trente-cinq minutes pour atteindre Melun (Seine-et-Marne), qu'un autre a couvert une distance de vingt-cinq kilomètres en vingt-neuf minutes pour parvenir à proximité de Fontenay-sur-Loing (Loiret) ; que, pour atteindre Montargis, ville située à trente-deux kilomètres de Saint-Pierre-lès-Nemours, il a mis un temps supplémentaire de cinq minutes ; que, de ces constatations, il ressort que les temps de trajet réalisés et les distances parcourues permettent, dans cette région, de délimiter les marchés géographiques pertinents comme des cercles d'un rayon de trente kilomètres autour des centres de consommation ;

Considérant qu'en 1992 les marchés pertinents à délimiter sont situés, d'une part, autour de Nemours, où est implantée la centrale appartenant à la société Redland Granulats Nord qui est l'auteur des pratiques soumises à l'appréciation du Conseil et, d'autre part, autour de Malesherbes où ces pratiques ont eu lieu ;

Sur la position détenue par la société Redland sur les marchés pertinents :

Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que, dans la zone de trente kilomètres de rayon située autour de Nemours, se trouvent, outre la centrale Redland Granulats Nord située à Saint-Pierre-lès-Nemours, les centrales d'Unibéton situées à La Rochette, à Fontenay-sur-Loing, à Souppes-sur-Loing et près de Montereau, la centrale de Béton de Paris, située à La Rochette, la centrale de Hanny, située à Vaux-le-Pénil, la centrale de Béton Rationnel Contrôlé, située au Mée, la centrale de Béton Chantiers de Bourgogne, située à La Brosse-Montceaux, la centrale de Béton de France, située à Fontenay-sur-Loing, et la centrale Erta, située à Puiseaux ; que la centrale de Redland Granulats Nord a produit, l'année des faits, 39 728 mètres cubes de béton prêt à l'emploi, ce qui ne représente que 13 % de la production totale des centrales précitées, évaluée à 304 016 mètres cubes ; que, même si ces chiffres sont relatifs à la production de ces centrales, dont certaines peuvent desservir plusieurs marchés géographiques, et non à la répartition de la demande qui leur est adressée par les consommateurs effectuant des travaux à Nemours, il résulte de la facilité qu'ont ces consommateurs de s'adresser à de nombreux producteurs disposant conjointement d'une capacité de production très supérieure à celle de la centrale de Redland Granulats Nord, que cette dernière société, bien que son usine soit installée au centre du marché géographique, n'y détenait pas une position dominante ;

Considérant, en deuxième lieu, que, dans un rayon de trente kilomètres autour de Malesherbes, agglomération où devait être implantée la centrale Béton CB appartenant à M. Boscariol, pouvaient intervenir, à l'époque des faits, outre les centrales de Redland Granulats Nord, situées à Saint-Pierre-lès-Nemours et à Pithiviers, la centrale d'Erta, située à Puiseaux, les centrales d'Unibéton, situées à Pithiviers, à Souppes-sur-Loing et à Brière-les-Scellés, la centrale de Marande, située à Etampes, et la centrale de Lefebvre, située à Bouville ; que, si les éléments rassemblés au cours de l'instruction ne permettent pas de mesurer avec la même précision que précédemment la part de la production des centrales de Redland dans la production totale de ces centrales qui pouvaient, par ailleurs, desservir d'autres marchés que celui de Malesherbes, ainsi que cela a été précédemment indiqué, il demeure que la diversité de l'offre accessible aux consommateurs effectuant des travaux à Malesherbes ne laissait pas à la société Redland la possibilité de comportements indépendants vis-à-vis de ses concurrents et de ses clients ; que, ainsi, l'existence d'une position dominante de cette société sur le marché géographique de Malesherbes n'est pas davantage établie ;

Considérant, au surplus et en tout état de cause, que les pratiques reprochées au

représentant de la société Redland Granulats Nord sur le fondement de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n'apparaissent pas suffisantes en elles-mêmes pour caractériser un abus ; que, selon les explications fournies par M. Sigwald en ce qui concerne l'implantation de la société Redland à Malesherbes, non contredites par les éléments objectifs du dossier, « *la centrale de Malesherbes pouvant reprendre une partie de la clientèle de notre centrale de Pithiviers, une installation à Malesherbes nous aurait permis d'en récupérer peut-être la moitié. Finalement, pour des contraintes budgétaires, notre direction n'a pas souhaité donner suite à cette implantation* » ; que, s'agissant de la pratique de dénigrement, il ressort d'un extrait du registre du commerce et des sociétés de Joigny (Yonne) que le tribunal de commerce de ce siège avait, le 11 décembre 1991, prononcé la liquidation judiciaire de la société à responsabilité limitée Béton de La Puisaye, exploitant une centrale à Saint-Fargeau et dont le gérant était M. Boscariol ; qu'outre la mention dont elle avait fait l'objet au registre du commerce, cette décision avait été publiée au *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* et dans un journal d'annonces légales ; que, dans ces conditions, le fait d'avoir, quelques mois plus tard, mis en garde le maire de Malesherbes « *contre la fragilité économique de la société de M. Boscariol, la B de P* », qui avait été constituée le 5 janvier 1992, avec un capital de 50 000 F correspondant au minimum légal comme la société Béton de La Puisaye, pour l'exercice de la même activité et avec le même gérant, et d'avoir proposé des photos « *illustrant une implantation appartenant déjà à M. Boscariol* » mais sur lesquelles aucune autre précision n'est fournie, ne peut donner prise à l'application de l'article 8 de l'ordonnance susvisée ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il y a lieu d'appliquer les dispositions de l'article 20 de l'ordonnance précitée,

Décide :

Article unique

Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de Mme Bergaentzlé, par Mme Pasturel, vice-présidente, présidant la séance, Mme Boutard-Labarde, MM. Nasse et Piot, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La vice-présidente,

présidant la séance,

Micheline Pasturel

Annexe 56

**Décision n° 99-D-49 du Conseil de la concurrence en date du 6 juillet 1999
relative à des pratiques mises en œuvre par les Laboratoires de biologie végétale**

Yves Rocher

NOR : ECOC9910289S

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre en date du 5 décembre 1995, enregistrée le 7 décembre 1995 sous le numéro F 815, par laquelle M^e Charles-Henri de Sainte-Croix, avocat, au nom de M^e Pierre Briand agissant en qualité de mandataire liquidateur de la société Mireille Esthétique SARL, en vertu d'un jugement du 6 septembre 1993 du tribunal de commerce du Mans, et de M. et Mme Blot, associés de la société Mireille Esthétique, a saisi le Conseil de la concurrence, en application de l'article 11 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix de la concurrence, de pratiques d'abus de position dominante mises en

œuvre par la société Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la décision du Conseil de la concurrence n° 96-DSA-14 en date du 4 novembre 1996, par laquelle le président du Conseil a fait application de l'article 23 de l'ordonnance susvisée à la demande des Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher et retiré du dossier la pièce cotée 1183 à 1186 ;

Vu les observations présentées par la société Laboratoires biologiques Yves Rocher, par M^e de Sainte-Croix, au nom de M^e Pierre Briand, agissant en qualité de mandataire liquidateur de la société Mireille Esthétique SARL, et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants de la société Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher et de la société Mireille Esthétique entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Les caractéristiques du secteur des produits cosmétiques

La Fédération des industries de la parfumerie évalue le chiffre d'affaires global des industries de la parfumerie en France à 28,3 Mds F en 1993, à 29 Mds F en 1994 et à 29,5 Mds F en 1995.

La répartition selon les produits est la suivante (en Mds F) :

	1993	1994	1995
Parfumerie alcoolique	5,9	6,3	6,2
Produits de beauté	10,3	10,4	10,8
Dont : maquillage	3,4	3,4	3,4
Dont : produits de soins	6,9	7,0	7,3
Produits capillaires	6,9	7,1	6,9
Produits de toilette	5,1	5,4	5,8
Autres produits	0,04	0,09	0,1

Selon les stratégies adoptées par les fabricants, les produits sont distribués soit sous forme de distribution sélective (parfumerie de luxe), soit par des grandes surfaces généralistes, grandes surfaces spécialisées, commerce spécialisé de proximité, indépendants ou franchisés, ou par le réseau de la vente par correspondance.

La part totale de la société Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher (nommée Yves Rocher) sur l'ensemble des ventes de produits cosmétiques est estimée en 1996 à 5,41 %, dont 3,40 % réalisés par la vente par correspondance. Selon la nature des produits, la part représentée par la société varie assez sensiblement. En considérant les produits cosmétiques de luxe comme relevant d'un marché spécifique, la part détenue par la société Yves Rocher serait alors de 7 %.

B. - Présentation de la société Yves Rocher

Créée en 1950, la société Yves Rocher était une entreprise familiale à l'origine, spécialisée dans la vente par correspondance des produits de beauté. A partir de 1965, la société s'est spécialisée dans la fabrication de produits de beauté à base de plantes, sous sa

propre marque, et a acquis une notoriété nationale. En 1973, la société Elf entre au capital de la société et, aujourd'hui, la société Sanofi, qui possède par ailleurs 39,09 % de la Financière Yves Rocher, détient directement et indirectement 63,17 % de la société Yves Rocher et 43,37 % des droits de vote.

Dès 1970, la société Yves Rocher lance les premiers magasins en France puis entame son internationalisation en Europe et en Amérique du Nord. Dans les années 1980, la société développe un troisième circuit de distribution : la vente par réunion à domicile.

La société compte aujourd'hui près de 4 000 franchisés et esthéticiennes et plus de 140 000 conseillères.

Dans la même décennie, la société entame un début de diversification avec la création de la marque Françoise Saget (linge de maison et lingerie féminine), puis l'acquisition de la marque Petit Bateau. En 1995, la société lance une nouvelle marque « Le Monde du Parfum », vendue exclusivement à distance et crée le Laboratoire Yves Rocher santé naturelle qui fabrique et commercialise lors de réunions à domicile des compléments alimentaires à base de plantes.

Le chiffre d'affaires de la société (toutes marques et toutes activités confondues) est en 1996 de 7 772 millions de francs. Cette même année, la société Yves Rocher compte 14 millions de clients par correspondance, 8 150 collaborateurs, 1 350 centres de beauté, six usines cosmétiques et plusieurs laboratoires de recherche. Présente dans 88 pays, elle possède 24 filiales et réalise plus de 53 % de son chiffre d'affaires hors de France.

Le système de vente des produits à la marque Yves Rocher s'appuie sur deux réseaux, la vente par correspondance et la vente dans un peu plus de 600 magasins, appelés « centres de beauté », la plupart exploités par un franchisé (en 1996, les Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher exploitaient en direct 71 centres de beauté et 47 magasins étaient en location-gérance) et un catalogue unique ou *Livre vert de la beauté*. Les produits vendus sont identiques quel que soit le réseau et un prix indicatif figure pour chaque produit exposé au catalogue.

La société réalise plus de la moitié de son chiffre d'affaires avec la vente par correspondance, les centres de beauté, dont le nombre a légèrement augmenté, ne parvenant pas atteindre le seuil de 45 % des ventes totales, malgré une progression sensible en 1995.

C. - Présentation du système de vente des produits Yves Rocher

La société Yves Rocher a bénéficié d'une décision d'exemption individuelle pour cinq ans accordée le 17 décembre 1986 par la Commission des communautés européennes (et valable jusqu'au 14 novembre 1992).

La coexistence des deux formes de vente, vente par correspondance et vente en magasin, admise par la Commission des communautés européennes, a pu être source de différends avec certains franchisés. Ainsi, les époux Blot estiment-ils dans leur saisine que, par le biais de la vente par correspondance, le franchiseur exerce une forme de concurrence déloyale vis-à-vis de ses franchisés en ce qu'il leur impose des obligations (services gratuits aux consommateurs) qui ne sont pas compensées par une contrepartie pécuniaire de la part du franchiseur.

Les franchisés s'approvisionnent auprès du franchiseur en produits cosmétiques et de toilette. Le contrat de franchise prévoit que le prix de cession est calculé à partir du prix de revente conseillé, sur lequel est appliquée une remise de 31 ou 32 % selon les contrats de référence. Le franchiseur a mis en place une politique visant à développer la pratique des promotions temporaires sur un certain nombre de produits afin de faire bénéficier les consommateurs de prix réduits.

Pour mettre un terme à des pratiques de surstockage de certains franchisés, induites par le système de remise indiqué ci-dessus, le franchiseur a, en 1988, dans un premier temps,

proposé à l'ensemble des franchisés un avenant à leur contrat, diminuant de cinq points la marge consentie sur le prix catalogue pendant une durée de six mois, ou le reversement d'un trop-perçu évalué à partir des documents comptables et financiers de chaque franchisé. Dans un second temps, en 1990, il a proposé la diffusion d'un système informatique spécifique, le Terminal centre de beauté ou TCB.

D. - Les pratiques relevées

1. Clause visant l'aménagement des centres de beauté et figurant au contrat type 1996

Cette clause, qui figure à l'article 4-1 du contrat, est ainsi rédigée :

« 4.1. Aménagement du centre de beauté :

« – Yves Rocher établira ou fera établir, à ses frais, le relevé des lieux et les plans d'exécution des travaux d'aménagement et d'implantation du mobilier et de l'enseigne afin que l'installation du centre de beauté soit conforme aux normes et à l'image de marque Yves Rocher ;

« – Yves Rocher transmettra, par ailleurs, la liste des équipements reconnus indispensables pour exploiter, conformément aux normes, un centre de beauté ;

« – de plus, Yves Rocher fournira à la franchisee les éléments nécessaires à la réalisation des démarches administratives (dépôt du permis de construire, négociation auprès des bâtiments de France...) ;

« – à cette fin, Yves Rocher transmettra à la franchisee la liste des fournisseurs de matériels et équipements caractéristiques de la franchise Yves Rocher et lui communiquera, à sa demande, la liste des entreprises de travaux ;

« – la franchisee aura la faculté de faire réaliser l'aménagement du centre de beauté par les entrepreneurs de son choix, à condition de respecter les plans, normes et cahier des charges d'Yves Rocher ;

« – la franchisee prendra à sa charge le coût de l'installation du centre de beauté conformément aux plans qui lui aura remis Yves Rocher. »

Il résulte de cette clause que la société Yves Rocher transmet systématiquement à ses franchisés trois listes, une énumérant la liste des équipements reconnus indispensables pour exploiter conformément aux normes un centre de beauté, une autre comprenant les fournisseurs de matériel et équipements caractéristiques de la franchise, enfin, et sur demande seulement des franchisés, la liste des entreprises de travaux.

La transmission systématique de la liste de fournisseurs de matériels et équipements caractéristiques de la franchise a pu être interprétée par les franchisés comme rendant obligatoire le recours aux fournisseurs de matériels figurant sur la liste en cause, sans qu'il soit démontré en quoi cette obligation est nécessaire au maintien de l'identité du réseau ou à la distribution en franchise.

2. Obligation d'approvisionnement exclusif en matériels publicitaires et menus objets, sacs...

La société Yves Rocher édite mensuellement un catalogue proposant à ses franchisés, outre les produits Yves Rocher, divers articles tels que du matériel publicitaire et des menus objets (sacs, petits meubles...).

Selon la société Yves Rocher (lettre du 6/11/1997), « les franchisés peuvent s'approvisionner auprès de tous fournisseurs de leur choix pour les articles qui figurent dans ce catalogue et qui ne sont pas spécifiques à notre franchise, tels que par exemple les rubans de satin, les bobines de bolduc, les papiers de soie de couleur, le panier libre-service...

Les franchisés ne peuvent s'approvisionner qu'auprès de notre société en produits spécifiques Yves Rocher c'est-à-dire développés par notre société uniquement dans le cadre

de sa franchise, tels que par exemple le fronton Riche crème, le sac papier Shafali...

Les sacs plastiques à notre logo figurant dans le catalogue (« sac plastique PM et GM ») sont toujours offerts par Yves Rocher aux franchisés ».

Il résulte de ce qui précède qu'en matière de matériels publicitaires et menus objets, l'achat d'une série d'articles, tels que le sac papier « Shafali » et le « fronton Riche crème », meubles d'expositions, vêtements, est imposé auprès du franchiseur.

3. Clause d'approvisionnement exclusif relative au matériel informatique

Le contrat type de franchisé de la société Yves Rocher, en vigueur en 1996, oblige les franchisés à équiper leur centre en matériel informatique fourni par la société Tecnofi.

Selon la clause 4.4.2 du contrat : « Yves Rocher a fait concevoir un système informatique (matériel et logiciel) dénommé Terminal centre de beauté (TCB) essentiel à la mise en œuvre du savoir-faire Yves Rocher.

Yves Rocher assurera, dans le cadre de la formation prévue à l'article 4.3.1 une formation spécifique de la franchisee sur l'utilisation de ce TCB et l'assistera, en permanence dans son utilisation.

Aussi, la franchisee s'engage à obtenir et à utiliser ledit système (dont la configuration aura été déterminée avec Yves Rocher en fonction du Centre de beauté), conformément aux dispositions figurant en annexe 3 ».

Le contrat d'approvisionnement exclusif auprès de la société Tecnofi porte sur :

- la location du matériel informatique de base ;
- le logiciel TCB, avec droit d'utilisation et manuel d'utilisation ;
- des produits consommables divers.

Ainsi, doit être loué par chaque franchisé un système monoposte composé d'un matériel, garanti trois mois, à savoir un ordinateur personnel, monoposte NCR référence 5267R911, composé comme suit : un contrôleur monochrome 640KP avec SPI, une disquette 3,5" 72, un disque 3,5" 20 Mo, un clavier 44 touches, un écran 12 pouces monochrome, un boîtier connexion RS 232, une imprimante P22 ticket journal avec validation, une interface tiroir, un tiroir type O 3, un Dos 3.30 (fin), un modem, une documentation NCR.

Le logiciel, TCB version 2.0, est mis à disposition, accompagné d'un manuel d'utilisation et du droit d'utilisation.

Le « kit consommables » se compose d'un ou de plusieurs cartons de 50 rouleaux/2 plis, ainsi que de boîtes de quatre rouleaux encreurs, boîtes de disquettes.

Enfin, la société Tecnofi assure les services de maintenance du matériel, du logiciel TCB, d'assistance à l'utilisation du système, de transport et d'installation avec mise en service de l'équipement.

Le caractère obligatoire du contrat à souscrire auprès de la société Tecnofi n'a pas été contesté par les représentants de la société Yves Rocher. En ce qui concerne l'étendue de la clause d'approvisionnement exclusif, la société Yves Rocher a indiqué en cours d'enquête que les produits consommables correspondent à un « kit d'installation » fourni au franchisé lors de la mise en place du TCB pour lui permettre d'utiliser le système dès son installation, mais que chaque franchisé peut s'approvisionner ultérieurement auprès du fournisseur de son choix. Toutefois, l'annexe 4 du contrat prévoit le suivi et la commande des petites fournitures à l'agence NCR chargée de la maintenance et que toutes les disquettes devront être formatées par NCR. Enfin, il est également précisé que cette société signalera à Yves Rocher les franchisés qui ne respectent pas les consignes d'utilisation.

La société Yves Rocher a choisi la société Tecnofi en 1990 : cette société loue aux franchisés les éléments adaptés à la solution informatique d'ensemble mise au point par NCR, qu'elle aura préalablement acquis auprès de cette société.

Sur la base de ces constatations, et en application de l'article 21 de l'ordonnance du

1^{er} décembre 1986, il a été notifié à la société Yves Rocher un grief pour chacune des clauses et pratiques suivantes, en ce qu'elles sont contraires aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

- la clause relative à l'aménagement des centres de beauté figurant au contrat type de 1996 et l'interprétation qui peut en être faite sont de nature à restreindre la concurrence, d'une part, sur le marché de l'agencement des magasins, en limitant l'accès d'autres entreprises sur ce marché, d'autre part, entre les franchisés qui sont en situation de se faire concurrence, en les empêchant de rechercher des conditions moins onéreuses pour leurs équipements ;
- la fourniture exclusive par le franchiseur de matériels publicitaires et de menus objets, comme allant au-delà de ce qui est nécessaire au maintien de l'identité du réseau, notamment pour ce qui concerne les objets publicitaires, tels que les sacs « Shafali » et le « fronton Riche crème », alors qu'il n'est pas soutenu ni allégué que le franchiseur ne peut définir des spécifications objectives précises et les imposer à son réseau, pas plus qu'il n'est démontré que l'obligation d'approvisionnement exclusif se justifie par les exigences du maintien de l'identité ou la protection de l'image du réseau de franchise ;
- l'obligation imposée aux franchisés de souscrire auprès de la seule société Tecnofi un contrat de location de matériel informatique, sans qu'il soit établi qu'un tel dispositif est nécessaire à la préservation de l'identité du réseau et que le franchiseur ne pouvait en l'espèce définir des spécifications techniques objectives, ni en quoi le recours à un système de location est indispensable à la préservation de l'image du réseau.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la procédure :

En ce qui concerne la conformité du rapport à la notification de griefs :

Considérant que la société Yves Rocher soutient que le rapporteur a retenu dans son rapport un grief différent de celui figurant à la notification de griefs ; qu'elle estime en effet que « *le rapport considère qu'il n'est pas établi que les produits listés "notamment ceux fournis par les sociétés Ipso et Perstop sont indispensables à la préservation de l'image du réseau", qu'elle ne peut que relever le caractère ambigu du grief retenu par le rapport car, au-delà de l'approvisionnement, ce serait directement le caractère indispensable des équipements qui serait remis en cause. Si tel était le cas, il faudrait alors considérer que le rapport ajoute au grief initialement notifié* » ;

Mais considérant que la notification de griefs précise que : « *Il est également reconnu au franchiseur le droit de définir des prescriptions objectives pour préserver l'uniformité de son réseau. En revanche, un franchiseur ne peut obliger ses franchisés à s'approvisionner exclusivement auprès de fournisseurs agréés et référencés, dès lors qu'il ne peut justifier cette obligation par les exigences du maintien de l'identité du réseau ou de la protection de son image de marque* » et que : « *En l'espèce, ainsi qu'il est mentionné ci-dessus, il ne peut être exclu que les clauses relatives à l'aménagement des centres de beauté figurant au contrat soucrit en 1991 et au contrat type de 1996, l'application qui en est faite par le franchiseur pour ce qui concerne le contrat de 1991 et l'interprétation qui peut être faite des dispositions du contrat de 1996, sont de nature à restreindre la concurrence, d'une part, sur le marché de l'agencement des magasins, en limitant l'accès d'autres entreprises sur ce marché, d'autre part, entre les franchisés qui sont en situation de se faire concurrence, en les empêchant de rechercher des conditions moins onéreuses pour leurs équipements* » ; que le rapport retient, en définitive, parmi les griefs « *la clause figurant à l'article 4-1 du contrat de 1996 relative à l'aménagement des ventes de [produits] de beauté et l'interprétation qui peut en être faite* » ; que, dès lors, il ne peut être valablement soutenu que le rapport ait contesté le caractère indispensable de certains équipements pour l'aménagement des centres de beauté et que le

grief définitivement retenu par le rapporteur dans son rapport ne figurait pas dans la notification des griefs ; que le moyen doit être écarté ;

Sur la procédure délictuelle engagée par le ministre, à la suite des investigations de la direction régionale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à Rennes :

Considérant que la société Mireille Esthétique invoque à l'appui de la plupart de ses observations un procès-verbal de délit établi le 13 juillet 1994 par la direction régionale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes de Rennes, sur la base des articles 31 et 34 de l'ordonnance ; que cette procédure a donné lieu à une décision de classement par le parquet de Vannes, le 22 septembre 1997 ;

Mais considérant que le procès-verbal en cause vise exclusivement les dispositions des articles 31 et 34 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qu'il en est de même de la plupart des procès-verbaux d'audition figurant en annexe à la procédure de la direction régionale de Rennes, tandis que d'autres pièces ne comportent pas la mention de l'objet de l'enquête ; qu'en conséquence, il n'est pas établi que les personnes entendues aient été informées que leurs déclarations pourraient être utilisées dans le cadre d'une procédure contentieuse relevant des articles 7 à 10 de l'ordonnance ; que, par ailleurs, aucun élément de ces procès-verbaux ne permet de supposer que les personnes concernées aient été informées, dans le silence des procès-verbaux sur ce point, que les vérifications concernaient également d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles ; qu'au contraire, il apparaissait clairement que les personnes entendues dans le cadre des articles 31 et 34 de l'ordonnance n'avaient pas été informées que leurs déclarations pourraient être retenues dans une procédure engagée devant le Conseil de la concurrence, sur le fondement des dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les pièces figurant à la procédure établie par la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à Rennes doivent être écartées du dossier ;

Sur les pratiques constatées :

Sur la pratique de prix imposé :

Considérant que le représentant de la société Mireille Esthétique soutient que la mise en place de la solution informatique TCB a eu pour objet de laisser au franchiseur la charge de la facturation aux consommateurs qui relève normalement de la compétence exclusive du franchisé et de sa seule responsabilité ; que cette situation lui permet ainsi de contrôler le respect par ses franchisés des prix minimum qu'il leur impose ;

Mais considérant qu'il n'a pas été établi que le logiciel informatique TCB était programmé de telle sorte qu'il était impossible à un franchisé de procéder à une tarification différente du tarif préenregistré, à savoir le prix conseillé figurant au *Livre vert* ; qu'au contraire, il ressort de l'instruction que les franchisés ont été informés du caractère indicatif des prix conseillés et des méthodes permettant de les modifier, notamment par le manuel d'utilisation et le dossier mensuel animation d'octobre 1995 ; qu'au surplus, l'opération manuelle est, dans la pratique, d'application simple, accessible à tous les franchisés, puisqu'elle consiste en l'utilisation de touches identifiées sur le clavier et qu'il existe plusieurs méthodes explicitées par le franchiseur et applicables aussi bien aux produits en promotion qu'aux articles hors promotion ; que, d'ailleurs, l'étude du listing informatique des chiffres d'affaires journaliers des magasins a montré qu'un pourcentage non négligeable de franchisés (40 %) effectuent des remises sur les tarifs conseillés ; qu'enfin, si M. et Mme Blot ont déclaré par procès-verbal du 24 octobre 1997 : « *Les inspecteurs regardaient les produits, les prix pratiqués et si ceux-ci n'étaient pas conformes aux prix figurant au Livre vert, ils pouvaient exercer des menaces (suppression de mailing...). Toutefois, M. et Mme Blot précisent qu'eux-mêmes appliquaient toujours les prix conseillés par Yves Rocher* », aucun fait précis n'a été cité pour étayer cette déclaration ;

Considérant en conséquence qu'il n'y a pas lieu de procéder à un complément d'instruction ;

En ce qui concerne la fourniture de matériel informatique TCB :

Considérant que le contrat type de franchisé de la société Yves Rocher, en vigueur en 1996, oblige les franchisés à équiper leur centre en matériel informatique fourni par la société Tecnofi ; que la clause 4.4.2 intitulé « *Modalités de mise en œuvre du savoir-faire* » dispose que « *Yves Rocher a fait concevoir un système informatique (matériel et logiciel) dénommé Terminal centre de beauté (TCB) essentiel à la mise en œuvre du savoir-faire Yves Rocher. Yves Rocher assurera, dans le cadre de la formation prévue à l'article 4.3.1, une formation spécifique de la franchisee sur l'utilisation de ce TCB et l'assistera en permanence dans son utilisation. Aussi, la franchisee s'engage à obtenir et à utiliser ledit système (dont la configuration aura été déterminée avec Yves Rocher en fonction du centre de beauté), conformément aux dispositions figurant en annexe 3* » ; que le contrat prévoit, outre la fourniture du matériel et du logiciel TCB, la mise à disposition d'un journal de bord et de kit consommables, le recours obligatoire à une société de financement, la société Tecnofi, et impose que le matériel soit mis à disposition du franchisé en location ;

Considérant que la société Yves Rocher, pour concevoir son système TCB, a sollicité plusieurs fournisseurs (IBM, Hewlett-Packard) avant de retenir la société NCR ; que ce choix aurait été retenu essentiellement en raison des incompatibilités existant à l'époque entre les matériels des différentes marques présentes sur le marché et surtout pour suivre les recommandations des praticiens qui conseillaient le recours à une entreprise unique assurant le rôle de maître d'œuvre soit en fournissant l'ensemble des prestations (choix de la société Yves Rocher), soit en coordonnant l'intervention de plusieurs prestataires et fournisseurs ; qu'au surplus, le fait que le logiciel TCB dispose également de fonctions de facturation, approvisionnement, gestion des stocks des franchisés ainsi que l'importance du réseau (640 postes) justifieraient également l'approche globale de la solution informatique retenue ;

Considérant que la société Yves Rocher soutient encore « *que la configuration informatique TCB a été construite sur mesure pour être intégrée à une solution informatique globale répondant aux besoins spécifiques de la franchise et adaptée à son savoir-faire particulier lié notamment aux promotions qui représentent 60 % des ventes des franchisés* » ; que ces promotions sont combinées avec des promotions effectuées directement par Yves Rocher par la vente par correspondance et aux contraintes d'aménagement des points de vente des franchisés ; qu'en 1989, la société NCR étant le seul constructeur pouvant offrir une solution technique répondant en tous points aux besoins du réseau, la définition de spécifications objectives n'aurait eu aucun sens ; qu'aujourd'hui, s'il est possible que certains concurrents développent des solutions équivalentes, voire compatibles, ces possibilités techniques ne signifient pas pour autant que des spécifications techniques puissent être définies et utilisables par les franchisés ou économiquement praticables en raison du coût qu'elles représentent ; qu'ainsi, en 1994, la société a pris contact avec la société Hewlett-Packard, laquelle a bien proposé des ordinateurs à sa marque, utilisables en remplacement des ordinateurs NCR, mais à des conditions tarifaires et pratiques qui ont conduit la société Yves Rocher à écarter cette solution ; que, le 2 avril 1999, une nouvelle proposition, faite par la société Atos, confirmerait l'impossibilité pour la société Yves Rocher de satisfaire encore aujourd'hui ses besoins en installant de simples ordinateurs PC dans les centres de beauté ;

Considérant que la société soutient en outre que, si les franchisés pouvaient choisir leur matériel et leur prestataire spécifique, le réseau ne fonctionnerait plus avec une garantie de performance et que la société NCR a été retenue en raison de son engagement en matière de dépannage (24 heures, 6 jours sur 7, dans un délai de 4 heures), lequel a été conditionné à l'installation du logiciel sur un matériel homogène de marque NCR ;

Considérant que la société Yves Rocher distribue ses produits à concurrence, d'une part,

d'un peu plus de 50 % directement par la vente par correspondance et, d'autre part, d'un peu moins de 50 % par le réseau franchisé ; qu'elle diffuse un catalogue commun aux deux réseaux, qui mentionne des prix conseillés, ce qui suppose une grande capacité de réaction à la situation de la concurrence tant au plan national que local de la part de chacun des réseaux ; que les opérations de promotion, qui constituent l'un des éléments centraux de la politique commerciale de la société Yves Rocher, requièrent une coordination étroite de ces deux modes de distribution et que la plupart des consommateurs ont la possibilité de s'adresser soit à l'un, soit à l'autre de ces deux réseaux ; qu'au surplus, la société Yves Rocher distribue environ 400 produits différents répartis en France entre plus de 600 points de vente ; que ces produits sont caractérisés par une rotation rapide et que de nouveaux produits sont mis en vente chaque année alors que d'autres plus anciens sont retirés de la vente ; que la gestion de cet ensemble sur le marché des produits cosmétiques, dont Yves Rocher réalise environ 7 % des ventes, le réseau des franchisés ne détenant qu'une part de marché estimée à environ 3 %, requiert une bonne maîtrise de l'information, notamment pour le suivi des stocks ; que la mise en œuvre à l'époque des faits d'un réseau centralisé, compte tenu du nombre élevé de franchisés (plus de 600) et de l'inexpérience en matière informatique de la plupart d'entre eux, ainsi que de problèmes de compatibilité des matériels et de maintenance, des dysfonctionnements et des retards qui pouvaient en résulter - sans préjudice des économies d'échelle et « d'apprentissage » que permet de réaliser un réseau centralisé - ne paraît pas excéder ce qui était nécessaire pour assurer le bon fonctionnement du réseau de franchise ;

Considérant qu'en ce qui concerne le financement du réseau, s'il n'est pas établi que la société Tecnofi était la seule société pouvant financer l'ensemble du projet, cette circonstance est sans incidence sur la qualification éventuelle des pratiques d'Yves Rocher ; en effet, dès lors qu'il est admis que la société Yves Rocher était en droit de choisir, pour assurer le fonctionnement de la franchise, une configuration informatique centralisée dont elle exerçait la maîtrise d'œuvre, il lui était loisible de rechercher et de retenir le mode de financement qu'elle estimait le mieux adapté à la mise en place du réseau, de s'adresser à cet effet à l'entreprise de son choix et d'imposer aux franchisés la solution qu'elle avait retenue ;

Considérant dans ces conditions qu'il n'est pas établi que l'obligation faite aux franchisés de souscrire un contrat de location de matériel et de logiciel informatique à la société Tecnofi est prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

En ce qui concerne la clause d'aménagement exclusif des locaux :

Considérant que la clause figurant à l'article 4-1 du contrat de 1996 prévoit qu'« Yves Rocher transmettra, (...) la liste des équipements reconnus indispensables pour exploiter, conformément aux normes, un centre de beauté (...) à cette fin, Yves Rocher transmettra à la franchisee la liste des fournisseurs de matériels et équipements caractéristiques de la franchise Yves Rocher et lui communiquera, à sa demande, la liste des entreprises de travaux, la franchisee aura la faculté de faire réaliser l'aménagement du centre de beauté par les entrepreneurs de son choix, à condition de respecter les plans, normes et cahier des charges d'Yves Rocher » ; que le grief notifié porte sur la liste des fournisseurs de matériels et équipements caractéristiques de la franchise et non sur la liste des entreprises de travaux, qui ne saurait être confondue avec la précédente ;

Considérant que la société Yves Rocher soutient que la mention figurant au contrat de travaux communiqué à chaque franchisé informe explicitement celui-ci de la liberté dont il dispose dans le choix de ses fournisseurs ; qu'au surplus cette information a été expressément communiquée aux franchisés lors de trois congrès qui se sont déroulés les 2, 4 et 6 février 1997 ; qu'enfin elle conteste le grief en ce qu'il serait fondé pour seulement deux des fournisseurs et équipements recommandés, alors que la liste comporterait onze autres noms, avec lesquels il n'est pas établi que les franchisés de l'échantillon aient contracté ;

Mais considérant que l'information donnée au cours des trois congrès susvisés aux

franchisés sous forme d'un « transparent » communiqué par Yves Rocher en annexe à ses observations en réponse au rapport consiste dans la mention « *Un libre choix de la franchisee pour ses entreprises* », que cette mention en elle-même n'est pas de nature à lever l'ambiguïté de la rédaction de la clause ; que, si plusieurs franchisés ont pu s'adresser pour quelques produits à d'autres fournisseurs que ceux de la liste établie par Yves Rocher, cette circonstance ne suffit pas à elle seule à établir que les franchisés seraient déliés de l'obligation de respecter les termes de la clause 4-1 ; qu'une telle clause est de nature à priver les franchisés, lorsqu'ils réalisent des travaux et aménagements intérieurs, du choix des fournisseurs d'équipements et de matériels considérés par le franchiseur comme étant caractéristiques de la franchise ; qu'elle laisse place à une interprétation permettant l'intervention du franchiseur au-delà de ce qui est strictement nécessaire au maintien de l'image du réseau ;

Considérant que la société Yves Rocher produit par ailleurs dix dossiers de travaux réalisés par des franchisés dans lesquels les fournisseurs de certains matériels ne sont pas ceux figurant sur la liste d'Yves Rocher ; que ces dix dossiers comprennent chacun une lettre d'approbation des travaux du centre de beauté concerné accompagnée d'un devis des travaux comportant la mention « *les fournisseurs dont les coordonnées figurent dans le "livre des normes" sont données à titre indicatif. Vous avez la possibilité d'acheter ces matériaux et équipements auprès d'autres fournisseurs de votre choix* » ; qu'elle en conclut que, nonobstant la rédaction de la clause 4-1, les franchisés ont la liberté de s'adresser aux fournisseurs de leur choix ;

Mais considérant que toutes les lettres sont postérieures au début de l'année 1998, que la date qui figure sur chacune d'entre elles n'est antérieure à la date prévue d'ouverture du magasin, dont Yves Rocher souligne le caractère impératif, que de quelques jours (entre un jour, lettre à M. Chauvel à Brest, et cinq semaines) ; que, dans tous les cas sauf deux, les devis annexés à la lettre d'approbation sont antérieurs à la date de cette lettre, que, dans un cas, le devis est daté du lendemain, que, dans l'autre cas, les devis ne sont pas joints et sont remplacés par des factures ; que, dès lors, ces documents ne démontrent pas que les franchisés en cause ont entrepris des travaux d'aménagement de leur magasin en étant informés de la possibilité qu'ils avaient de choisir librement leurs fournisseurs ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la clause 4-1 du contrat de franchise Yves Rocher peut avoir pour effet de restreindre la concurrence sur les marchés des fournitures et matériels d'aménagement pour magasins ; qu'une telle clause est prohibée par les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

En ce qui concerne les obligations en matière d'approvisionnement exclusif :

Considérant qu'en vertu du droit interne et des règles dégagées au plan communautaire, un franchiseur n'est en droit d'imposer à ses franchisés de s'approvisionner exclusivement auprès de fournisseurs qu'il aura référencés, qu'autant qu'il est prouvé qu'il n'est pas possible, en pratique, en raison de la nature des produits qui font l'objet de la franchise, d'appliquer des spécifications de qualité objectives, dans la mesure où le respect de ces obligations est nécessaire à la protection des droits de propriété industrielle ou intellectuelle du franchiseur ou pour maintenir l'identité commune et la réputation du réseau franchisé ;

Considérant qu'en l'espèce, s'agissant des recharges testeurs et des frontons « riche crème », « parfum », « soin du corps », tous articles soumis à renouvellement fréquent, il ne paraît pas possible au franchiseur de définir et imposer des spécifications qui permettraient d'obtenir l'uniformisation minimale indispensable pour préserver l'identité du réseau de franchise ; qu'en revanche, s'agissant des autres produits tels que les meubles bois vitrine, le gradin vitrine, les différents présentoirs, jeux d'étiquettes et chevalets, ainsi que des autres produits spécifiques ou non (tels que les vestes, sacs papier), aucun élément n'est fourni à l'appui de l'allégation selon laquelle le franchiseur ne pourrait pas définir et imposer des

spécifications suffisamment précises pour préserver l'image de son réseau ; que l'obligation pour les franchisés qui souhaitent ou sont tenus de procéder à l'achat de tels produits de s'adresser au seul franchiseur a pu avoir pour effet de limiter leur liberté commerciale au-delà de ce qui est nécessaire au maintien de l'identité commune du réseau ; que, si Yves Rocher soutient qu'il pratique à l'égard des franchisés des prix comportant des marges très faibles et les fait bénéficier de prix avantageux, aucun élément n'est fourni à l'appui de cette affirmation ; qu'au contraire les tableaux de prix fournis par Yves Rocher font apparaître sur plusieurs produits des marges brutes supérieures à 20 % (étiquettes, présentoirs en bois, chevalets) ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'obligation faite aux franchisés de s'approvisionner auprès du franchiseur pour les produits visés ci-dessus a pu avoir pour effet de limiter la concurrence sur les marchés de ces produits, que, dans ces conditions, cette pratique est contraire aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance susvisée ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de dix millions de francs* » ;

Considérant que, s'il est constant que la politique commerciale menée au plan national par des réseaux structurés de commerçants est de nature à favoriser la concurrence, que les contrats de franchise renferment des clauses qui restreignent nécessairement la liberté et l'autonomie des franchisés, les restrictions imposées par le franchiseur à ses franchisés ne doivent pas excéder ce qui est nécessaire pour assurer la transmission du savoir-faire, la protection des droits de propriété industrielle ou intellectuelle, la préservation de l'identité et de l'image de marque du réseau ;

Considérant que la société Yves Rocher a mis en place une clause d'aménagement des locaux et a imposé un approvisionnement exclusif en produits dits spécifiques ; que ces deux pratiques ne lui étaient pas indispensables pour atteindre ses objectifs de franchiseur ; que, dès lors, il y a lieu de faire application de l'article 13 de l'ordonnance précitée en enjoignant à la société Yves Rocher :

- de modifier la clause figurant à l'article 4-1 en supprimant la référence à la communication de la liste des fournisseurs de matériels et équipements caractéristiques de la franchise Yves Rocher ;
- de cesser de diffuser ladite liste ;
- de cesser d'imposer aux franchisés de s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur en produits et matériels qui ne sont pas des outils originaux indissociables du savoir-faire du franchiseur et qui peuvent être décrits par des caractéristiques objectives ;
- de diffuser aux franchisés la liste des produits et matériels qui peuvent désormais être acquis auprès d'autres fournisseurs,

Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que la société Yves Rocher a enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Il est enjoint à la société Yves Rocher de supprimer de son contrat de franchise la clause 4-1 qui prévoit la communication de la liste des fournisseurs de matériels et équipements caractéristiques de la franchise Yves Rocher, de cesser de diffuser ladite liste, de cesser d'imposer aux franchisés de s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur en produits et matériels qui ne sont pas des outils originaux indissociables du savoir-faire du franchiseur et qui peuvent être décrits par des caractéristiques objectives, de diffuser aux franchisés la liste des produits et matériels pouvant être acquis auprès d'autres fournisseurs.

Délibéré, sur le rapport de Mme Maillot-Bouvier, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, MM. Piot et Rocca, membres.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
Le vice-président,
présidant la séance,
Pierre Cortesse
Annexe 57

Décision n° 99-D-50 du Conseil de la concurrence en date du 13 juillet 1999 relative aux pratiques anticoncurrentielles concernant le déménagement des militaires dans la région de Vannes

NOR : ECOC0000009S

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre du 18 avril 1995 enregistrée sous le numéro F 758 par laquelle Mme Josiane David, qui exploite à Vannes l'entreprise « David Déménagement », a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur de déménagement par des entreprises intervenant dans la zone de Vannes-Lorient ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés AGS Armorique, déménagements Boulouard, CESAG, Debure, Escoublet, Juin international déménagements, Mesnager et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants du ministère de la défense, entendus au titre de l'article 25 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, et les représentants des sociétés AGS Armorique, Aubry déménagements, déménagements Bertholom, Demeco Roussel, FID, Le Golvan, Tison, déménagements Boulouard, Eric Boulouard, Juin international déménagements, Lescoublet, Transcatalogne Badie, CESAG et Mesnager entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Le secteur

Un déménagement est constitué d'un ensemble de diverses prestations : emballage et chargement depuis l'ancien domicile, transport routier (ou par voie ferrée) et déchargement au nouveau domicile.

En ce qui concerne le déménagement des militaires, qui est en cause dans la présente affaire, les dispositions réglementaires relatives à son remboursement imposent à ces personnels de présenter à leur administration deux devis concurrents. Contrairement aux autres fonctionnaires qui perçoivent pour leurs déménagements une indemnité forfaitaire et négocient avec les entreprises, comme n'importe quelle personne privée, les conditions de leur déménagement afin d'obtenir la meilleure prestation au moindre coût, cette catégorie d'agent de l'Etat est défrayée des frais réels engagés (dans la limite de droits à déménagement qui varient en fonction du grade et de la situation de famille) et le remboursement de ces frais est subordonné à la production de deux devis de déménageurs concurrents ; conformément aux dispositions de l'instruction interarmées n° 30 000 DEF/C .30, une avance de 90 % du montant du devis le moins élevé est accordée par l'administration, puis le solde est payé une fois le déménagement effectué. C'est le militaire qui prend contact avec les déménageurs et c'est lui qui paye le prix convenu, mais ce n'est pas lui qui, en définitive, en supporte le coût.

Pour encadrer ce dernier, l'administration responsable de ces agents fixe des droits à déménagement évalués en mètres cubes, qui varient en fonction du grade et de la situation de famille, et elle établit une liste de paramètres qui permettent de traduire en termes financiers le plafond des droits réglementaires calculés en mètres cubes. Comme cela a été confirmé à l'audience par les représentants du ministère de la défense, chaque agent qui doit déménager connaît la limite financière autorisée et sait que, s'il venait à dépasser cette limite, il devrait en supporter personnellement l'excédent ; de la même façon, les entreprises connaissent les droits financiers des candidats au déménagement et savent qu'un déménagement ne sera susceptible d'être indemnisé intégralement par l'administration compétente que si son coût respecte cette limite.

B. - Les pratiques des entreprises

Préalablement à sa saisine du Conseil de la concurrence, Mme David a déposé, en 1993, une plainte contre X relative à « ententes illicites portant principalement sur les devis des déménagements des personnels militaires ou de gendarmerie ». Dans le cadre de l'instruction de cette plainte, les enquêteurs ont étudié systématiquement tous les dossiers de déménagement conservés par le Commissariat de l'armée de terre à Bordeaux relatifs, en 1992, à des déménagements de militaires appartenant à l'armée de terre, de mer ou de l'air et à la gendarmerie et, en 1993, à des déménagements de gendarmes pour lesquels un des devis au moins a été établi par un déménageur de la région vannetaise ou une entreprise citée par la plaignante dans une de ses dépositions ; sur cet échantillon de 71 déménagements, 62 se sont avérés « exploitables », c'est-à-dire qu'ils se rapportaient à des faits tombant dans le champ temporel de l'enquête, qu'ils contenaient des éléments qui ont retenu par eux-mêmes l'attention des enquêteurs ou encore qu'ils ont permis d'organiser l'audition des personnes concernées par ces déménagements et de recueillir des informations utiles pour l'instruction de la plainte déposée par la requérante ; le dossier ainsi constitué a été transmis au Conseil, en application du premier alinéa de l'article 26 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, et 39 déménagements ont ensuite été retenus par le rapporteur ; ils mettent en cause les dix-sept entreprises suivantes :

1. La SARL AGS Armorique

Un déménagement (concernant M. Capdessus) a été effectué par cette entreprise dont le deuxième devis portait l'en-tête de la SARL Juin international. Le client déclare qu'il a

demandé à son déménageur de lui fournir un second devis, ce qui fut fait. Quant au représentant local d'AGS, il refuse d'admettre cet état de choses et affirme ne jamais s'occuper de « l'établissement d'autres devis par des confrères concurrents ». D'autre part, en ce qui concerne les liens entre les deux entreprises en cause, on peut lire dans une décision du Conseil de la concurrence n° 92-D-36 du 19 mai 1992 : « Le directeur général d'AGS Paris a déclaré qu'il n'existait aucun lien juridique ou financier entre AGS et Juin international mais un certain nombre de liens familiaux. »

2. La SA déménagements Berholom

Cinq déménagements ont été effectués par cette entreprise (concernant MM. Eveno, Méhois, Hamard, Maurizi et Le Maguer) et chaque fois le second devis portait l'en-tête de l'entreprise déménagements Lescoublet. Les cinq personnes ayant commandé un déménagement soutiennent qu'elles n'ont pas eu de contact avec cette dernière entreprise. Ces seconds devis ont été établis sur des formulaires qui n'étaient plus en usage dans cette entreprise depuis avril 1991 et on ne retrouve aucun double dans les archives de l'entreprise déménagements Lescoublet. Cette entreprise déclare qu'elle n'a pas confectionné ces devis et le rapport d'enquête relève que ces devis sont dactylographiés en caractères italiques et que l'usage de ce genre de caractère par la société déménagements Lescoublet est pour le moins inhabituel.

3. La SARL Biard-Solodem

Dix-huit déménagements ont été effectués par cette société, mais dix-sept seulement ont fait l'objet de recherches dans le cadre de l'enquête telle que délimitée par les agents de la DGCCRF (le dix-huitième dossier portait sur des faits en dehors du champ temporel de l'enquête) ; treize dossiers ont été retenus à l'appui de la notification des griefs.

Dans cinq dossiers, le second devis portait l'en-tête de l'entreprise déménagements Lescoublet qui n'aurait pas été contactée par les clients : dans quatre cas sur cinq (concernant MM. Pedel, Lemaire, Mahé, Gonçalves de Castro), les candidats au déménagement soutiennent sans hésitation ne pas être entrés en contact avec cette entreprise ; dans le cinquième cas, le client pense aussi que l'entreprise n'a pas été approchée mais il conserve un doute, car c'est son épouse qui s'est occupée du déménagement ; on note toutefois en comparant les devis que son nom est reproduit de façon erronée sur les deux devis (Kerboul au lieu de Kerboul).

Dans quatre dossiers, le second devis portait l'en-tête de la SA Debure dont le siège est à Amiens et qui fait partie du même groupement Interdem que la société Biard-Solodem. Les trois clients qui ont pu être contactés par les enquêteurs ont déclaré qu'ils n'avaient pas eu de relations directes avec la société Debure. Seuls ces trois dossiers concernant MM. De Jong, Gibard et Picard ont été retenus à l'appui des griefs notifiés.

Dans deux dossiers (concernant MM. Le Pallec et Mangin), le second devis portait l'en-tête de l'Office européen du déménagement et transport (ODET), dont le siège est à Reims, et ces deux clients déclarent n'avoir eu aucun contact personnel avec une seconde entreprise.

Dans un dossier, le second devis portait l'en-tête de l'entreprise déménagements Le Golvan ; le client admet avoir reçu les deux devis de l'entreprise Biard-Solodem, même s'il a pu consulter plusieurs entreprises ; en outre, ces deux devis comportent la même faute d'orthographe sur le nom : Le Gall au lieu de Le Gal.

Dans un dossier (concernant M. Plassart), le second devis portait l'en-tête de l'entreprise New Dem International (NDI). Le client déclare avoir consulté plusieurs entreprises, mais il ne peut se souvenir du nom de la société qui a fourni le second devis ; celui-ci comporte la même faute d'orthographe sur le nom que celle commise sur le devis de la société Biard-

Solodem (Plassard au lieu de Plassart).

Dans un dossier (concernant M. Décaudin), le second devis portait l'en-tête de l'entreprise transports déménagements Aubry. Le client déclare ne pas avoir pris contact avec cette entreprise dont le devis est en outre rédigé de façon sommaire.

4. La SARL Bonjean

Un déménagement a été effectué par cette société (concernant M. Dalongeville) pour lequel le second devis portait l'en-tête de l'entreprise Plisson. Le client déclare n'avoir eu aucun contact personnel avec cette dernière entreprise dont le devis au contenu sommaire lui a été remis par son déménageur.

5. L'entreprise Eric Boulouard

Deux déménagements (concernant MM. Le Bot et Jouannic) ont été effectués par cette société pour lesquels le second devis portait l'en-tête de l'entreprise déménagements Lescoublet. Dans ces deux affaires les clients déclarent que leur déménageur s'est chargé de fournir les deux devis nécessaires ; ces déclarations sont contestées par les représentants de l'entreprise Eric Boulouard comme par ceux de l'entreprise déménagements Lescoublet. En ce qui concerne le déménagement effectué pour le compte de M. Le Bot, gendarme, ces faits sont aussi contestés par les représentants de l'entreprise Plisson, dont M. Boulouard assure depuis 1991 les fonctions de gérant, et qui a servi d'intermédiaire pour l'élaboration de ce dossier.

6. La SA Etablissements Dubreuil

Onze déménagements ont été effectués par cette entreprise, mais dix seulement ont fait l'objet de recherches dans le cadre de l'enquête telle que délimitée par les agents de la DGCCRF (le onzième dossier ne faisait pas apparaître en soi d'éléments anormaux). Cinq dossiers ont été retenus à l'appui des griefs notifiés.

Dans un dossier (concernant M. Loeuillet), le second devis portait l'en-tête de la SA Tison ; ce document fait apparaître de multiples négligences (absence de lieu de livraison, date de chargement ne correspondant pas au vœu du client, évaluation du cubage « d'après client »). C'est l'entreprise Etablissements Dubreuil qui, à la demande du client, est à l'origine du contact qui a permis à la société Tison de faire une offre ;

Dans deux dossiers (concernant MM. Tang et Robert), le second devis portait l'en-tête de la SARL France inter déménagements (FID) ; seul le dossier relatif au déménagement Tang a été retenu au soutien du grief notifié car, dans ce cas, le candidat au déménagement a admis avoir sollicité et reçu de l'entreprise Etablissements Dubreuil la fourniture des deux devis nécessaires à la constitution de son dossier ;

Dans un dossier (concernant M. Lucciardi), le second devis portait l'en-tête de la SA Transcatalogne Badie (TB) que le client soutient ne jamais avoir contactée personnellement. Ce fait est contesté par l'entreprise TB qui affirme avoir été mise en contact avec le client par le canal de l'entreprise Ets Dubreuil. Par ailleurs, il est constant que les affaires du candidat au déménagement étaient, au moment de la négociation, déposées dans le garde-meubles de la société Etablissements Dubreuil.

Dans les quatre autres dossiers, le second devis portait l'en-tête de l'entreprise déménagements Le Golvan qui est connue des Etablissements Dubreuil puisqu'elle travaille également pour le compte du SERNAM. Deux clients déclarent ne pas avoir pris contact personnellement avec cette entreprise, un n'a pas répondu à l'enquête et le dernier aurait consulté une autre entreprise mais ne se souvient plus de son nom. Seuls les deux premiers dossiers ont été retenus au soutien du grief notifié (concernant MM. Lagadec et Leblond).

Sur l'ensemble de ses dossiers, M. Dubreuil a déclaré que, au risque de perdre un client, il n'accepte pas de donner suite à la demande d'un second devis.

7. La SA déménagements Lescoublet

Douze déménagements ont été effectués par cette entreprise mais dix seulement ont fait l'objet de recherches dans le cadre de l'enquête telle que délimitée par les agents de la DGCCRF (les deux autres dossiers ne faisaient pas apparaître en soi d'éléments anormaux) ; trois dossiers ont en définitive été retenus au soutien de la notification des griefs.

Dans deux dossiers sur sept (concernant MM. Le Meur et Le Queré), le second devis portait l'en-tête de la SARL Plisson et les agents concernés déclarent que l'entreprise Lescoublet s'est chargée de fournir le second devis ; en outre, en ce qui concerne le dossier Le Queré, les deux offres comportent la même faute d'orthographe : Queré au lieu de Le Queré.

Dans un dossier (concernant M. Rodet), le second devis portait l'en-tête de l'entreprise déménagements Bertholom et, aux dires du client, il a été fourni par l'entreprise déménagements Lescoublet. La même faute d'orthographe sur le nom de la ville de destination (Guers au lieu de Guer) se retrouve dans les deux devis.

8. La SARL Plisson devenue la société Boulouard déménagements

La SARL Plisson, parfois dénommée Plisson-Boulouard, a procédé, avec effet du 31 décembre 1994, à une fusion par absorption des sociétés « Déménagements transports Lafarge » et « Transports Louis Mestric » ; à compter de la même date elle a adopté la nouvelle dénomination « Boulouard déménagements » ; il n'est pas contesté que cette dernière société assure la continuité économique et fonctionnelle de la SARL Plisson ;

Quinze déménagements ont été effectués par cette société et neuf dossiers ont été retenus au soutien du grief.

Interrogés par les enquêteurs, les personnels de l'entreprise Eric Boulouard et de la société Boulouard déménagements, dont M. Boulouard est le gérant depuis 1991, ont affirmé ne jamais fournir ou demander de devis d'une seconde entreprise. L'instruction a cependant permis de consigner que :

Dans deux dossiers (concernant MM. Debuyser et Desmoutier), le second devis portait l'en-tête de l'entreprise Eric Boulouard et les deux clients reconnaissent que l'entreprise Plisson a constitué l'ensemble du dossier ; M. Debuyser aurait cependant consulté plusieurs entreprises ; en outre, pour le déménagement concernant M. Desmoutier, ce nom est orthographié « Demoutier » dans les deux devis et la personne qui a effectué la visite domiciliaire pour le compte de l'entreprise Plisson (M. Lemaire) est en fait un employé de l'entreprise Eric Boulouard.

Dans quatre dossiers, le second devis portait l'en-tête de la société déménagements Lescoublet. Dans trois dossiers sur quatre (concernant MM. Becquet, Loquet, Mercereau), il apparaît que les clients n'ont pas sollicité eux-mêmes un second devis et s'en sont remis à l'entreprise Plisson. Dans un quatrième dossier, si le client déclare avoir pris contact avec les deux entreprises, il existe toutefois des ressemblances entre les deux devis qui peuvent faire douter de la réalité de la mise en concurrence. Tout d'abord, le nom de famille est orthographié « Ferrer » deux fois au lieu de « Ferrere » puis corrigé, sur les deux devis, avec une encre et un graphisme qui se ressemblent beaucoup ; en outre, le nom de la rue est lui-même orthographié « Solaire » au lieu de « Solair ».

Dans deux dossiers (concernant MM. Camuzeaux et Juignet), le second devis portait l'en-tête de la société Biard-Solodem et les clients déclarent ne pas avoir pris contact personnellement avec une seconde entreprise.

Dans un dossier (concernant M. L'Huillier), où le second devis portait l'en-tête de la SA

transport Roussel, bureau de Vannes, parfois dénommée Demeco Roussel, le client admet qu'il n'a pas pris contact avec une seconde entreprise. On constate en outre une faute d'orthographe sur le nom (Lhuillier au lieu de L'Huillier) et si toutes les personnes de la société transports Roussel entendues par les enquêteurs déclarent ne pas répondre aux demandes de devis formulées par des entreprises, elles n'en expliquent pas pour autant la présence d'un devis de leur société dans le dossier l'Huillier.

Le grief de pratique concertée de devis de couverture a été notifié aux entreprises AGS Armorique, transports déménagements Aubry, déménagements Berholom, Biard-Solodem, Bonjean, Eric Boulouard, Debure, Ets Dubreuil, France inter déménagements, Juin international, déménagements Le Golvan, déménagements Lescoublet, NDI, ODET, Boulouard déménagements, transport Roussel, Tison et Transcatologue Badie.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la procédure :

En ce qui concerne l'application de la loi d'amnistie :

Considérant que les entreprises déménagements Berholom, France inter déménagements, déménagements Le Golvan, transports Roussel et Tison demandent qu'il leur soit fait application de la loi d'amnistie n° 95-884 du 3 août 1995 ;

Mais considérant que l'amnistie prévue par la loi du 3 août 1995 concerne les infractions pénales et les fautes passibles de sanctions disciplinaires professionnelles, ce qui exclut de son application les sanctions pécuniaires prononcées en application de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui, d'une part, ne réprimant pas des faits de même nature et qui, d'autre part, étant de nature administrative, sont distinctes des sanctions pénales et ne peuvent leur être assimilées dans leurs conséquences juridiques ;

En ce qui concerne la prescription :

Considérant que deux entreprises font valoir que les faits qui leur sont reprochés seraient prescrits ;

Considérant, tout d'abord, que la société CESAG soutient qu'aucun acte interruptif ne lui serait opposable puisqu'elle n'assure pas la continuité économique et fonctionnelle de la société Biard-Solodem et que, en tout état de cause, elle n'a été informée des faits de l'espèce que par le biais d'une notification de griefs complémentaire en date du 12 janvier 1998 ;

Considérant, toutefois, que l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1998 dispose que « le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction » ; que le Conseil étant saisi des pratiques d'entente dans leur ensemble, l'interruption de la prescription produit effet à l'égard de toutes les parties, y compris de celles qui n'ont pas été entendues dans le délai précité ; qu'en ce qui concerne le moyen relatif à l'absence de continuité économique et fonctionnelle, celui-ci sera examiné ci-dessous dans les développements sur les suites à donner ;

Considérant ensuite que si l'entreprise Juin international soutient que les faits dont a été saisi le Conseil le 21 avril 1995 remontent à plus de cinq ans, il est constant que la plainte contre X déposée par Mme David en novembre 1993 et l'enquête qui en a résulté avaient interrompu le cours du délai de prescription de faits qui se sont produits en 1992 et 1993 ;

En ce qui concerne le dossier soumis à consultation :

Considérant qu'à la suite de la plainte déposée au parquet de Vannes par Mme David en novembre 1993, le juge d'instruction saisi de l'affaire a demandé aux services déconcentrés de la DGCCRF de procéder à une enquête ; que le Conseil a sollicité et obtenu de ce magistrat, dans les conditions prévues à l'article 26 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, communication du dossier établi dans le cadre de cette enquête ;

Considérant que l'entreprise AGS Armorique, après avoir constaté qu'un certain nombre de documents analysés et référencés dans le procès-verbal de conclusions de ce dossier ne figuraient pas dans le dossier soumis à consultation dans la présente procédure, soutient que le caractère incomplet dudit dossier porte atteinte au principe du contradictoire ;

Considérant toutefois que les pièces en question ne figuraient pas dans les documents transmis au Conseil avec le rapport des agents de la DGCCRF et qu'elles ne lui ont jamais été adressées ; qu'on ne peut donc considérer qu'elles font partie de la procédure devant ledit Conseil ; qu'au surplus, ni l'argumentation développée dans la notification des griefs ni celle retenue dans le rapport communiqués aux parties ne se fondent sur un de ces documents ; que, dans ces conditions, le moyen tiré de la violation du principe du contradictoire doit être écarté ;

En ce qui concerne le déroulement de l'enquête :

Considérant que les entreprises AGS Armorique, transports déménagements Aubry, Juin international et TB critiquent les conditions dans lesquelles s'est déroulée l'enquête ordonnée par le juge d'instruction ; qu'elles font valoir que certaines sociétés n'ont pas été entendues par les enquêteurs ou encore que les personnes entendues, lorsqu'elles ont été entendues, n'étaient pas les personnes qualifiées pour répondre aux questions posées ; que certaines de ces personnes, dont les déclarations auraient été utiles à l'établissement et à la qualification des pratiques poursuivies, sont aujourd'hui disparues ; que, de la même façon, certaines archives relatives aux faits de l'espèce, jetées en raison de leur ancienneté, ne sont plus aujourd'hui disponibles ;

Considérant, toutefois, que de telles circonstances, à les supposer établies, ne seraient pas de nature à entacher d'irrégularité la procédure engagée devant le Conseil ; que celui-ci, qui est saisi « in rem », n'est pas tenu par l'exposé des faits qui lui sont soumis ; qu'il lui appartient d'apprécier s'il dispose des éléments suffisants pour statuer ou s'il convient de procéder à de nouvelles investigations pour établir la réalité des pratiques ou leur qualification ; qu'à supposer que certaines personnes ne seraient plus en état de témoigner ou que certaines archives auraient disparu, il appartient au Conseil d'apprécier la situation ainsi créée et son incidence sur le déroulement de l'affaire ; qu'en tout état de cause, les parties ne démontrent nullement en quoi cette situation a pu leur causer préjudice ; que, par ailleurs, elles ont reconnu lors de l'audience qu'elles avaient eu la faculté de présenter leurs observations sur le déroulement de cette enquête ; que, dès lors, les faits invoqués ne sont susceptibles de porter atteinte ni au principe du contradictoire ni aux garanties de la défense ;

En ce qui concerne les personnes mises en cause :

Considérant que la société AGS Armorique soutient que tant l'affaire pendante devant le juge pénal que l'affaire instruite devant le Conseil auraient dû conduire à la mise en cause de personnes ou d'entreprises qui n'ont, en fait, pas été inquiétées ;

Mais considérant que, s'il ne peut être exclu que des personnes ou des entreprises qui se seraient livrées à des pratiques d'échange de devis de couverture comparables à celles qui sont retenues à grief dans la présente affaire n'aient pas été mises en cause dans le cadre de l'une ou l'autre des procédures, cette circonstance est sans effet sur la qualification des pratiques étudiées dans le cadre de la présente instance ; qu'au surplus, en ce qui concerne le Conseil de la concurrence, l'instruction a permis de conclure qu'aucun grief ne pouvait utilement être formulé à l'encontre des entreprises citées, qu'il s'agisse de l'entreprise Ghiglioni ou de l'entreprise Déménagements David ;

En ce qui concerne les conditions de la notification du grief aux entreprises Eric Boulouard et Boulouard déménagements :

Considérant que les entreprises Eric Boulouard et Boulouard déménagements soutiennent que le grief retenu à leur encontre ne leur a pas été régulièrement notifié ; que la dénomination des entreprises et les adresses retenues tant pour la notification du grief que

pour celle du rapport étaient inexactes ;

Considérant, toutefois, que ces notifications ont été acceptées par les entreprises réellement mises en cause et que ces entreprises, après avoir mentionné les erreurs rappelées ci-dessus, ont répondu au grief notifié et ont admis lors de l'audience qu'elles avaient été à même de faire valoir leur défense ; que, dans ces conditions, les erreurs matérielles qui ont été commises n'ont porté atteinte ni au principe du contradictoire ni à la régularité de la procédure ;

Sur la définition du marché et l'atteinte potentielle à son bon fonctionnement :

Considérant que le Conseil de la concurrence a retenu dans sa décision n° 92-D-37 l'existence d'un marché du déménagement des marins en Bretagne ; que, dans la présente affaire relative aux déménagements de militaires affectés en Bretagne, il y a lieu à nouveau de retenir un marché de même dimension géographique ; que le marché pertinent se définit, en effet, en prenant en compte les caractéristiques attachées au déménagement des militaires, la constatation que les entreprises qui interviennent pour effectuer ce type de déménagements sont des entreprises d'envergure régionale et le fait qu'elles sont organisées pour répondre à une demande s'exprimant principalement dans la zone considérée ; que, si l'enquête approfondie qui a été réalisée par l'administration à la demande du juge d'instruction n'a couvert que la région de Vannes pour les années 1992 et 1993, cet élément est sans influence sur la définition du marché pertinent ; que, d'une part, la région de Vannes représente une partie substantielle de l'ensemble du marché breton en ce qui concerne le stationnement des militaires ; que, d'autre part, l'enquête mentionnée ci-dessus a révélé que, sur 71 déménagements recensés, plus de la moitié d'entre eux laissaient apparaître des indices de pratiques anticoncurrentielles ; que, dans le cadre de la présente affaire, 39 dossiers sur 71 ont ensuite été retenus au soutien du grief de pratique concertée de devis de couverture notifié à dix-sept entreprises différentes ; qu'il suit de là que les pratiques en cause se sont développées avec une intensité et sur un territoire suffisamment large pour être susceptibles d'affecter le fonctionnement de l'ensemble du marché breton ;

Considérant que la société Juin international soutient encore que le marché en cause est de dimension nationale ; qu'elle fait valoir que c'est à ce niveau que l'administration et la Chambre syndicale du déménagement négocient certaines conditions à appliquer aux déménagements des militaires sur l'ensemble du territoire ; qu'elle produit à l'appui de ses allégations une circulaire de la Chambre syndicale datée du 12 juillet 1993 qui fait état de sa « mission d'investigation et de négociation avec le ministre de la défense afin de présenter des propositions et des suggestions pour une meilleure gestion de ce dossier [déménagement des militaires] » ainsi qu'un compte rendu réalisé par la même Chambre à la suite d'un entretien qui aurait eu lieu en février 1995 avec des représentants du ministère de la défense et qui aurait porté notamment sur le calcul des droits servant de base à l'indemnisation des militaires et sur le montant des arrhes qu'il serait possible d'exiger en cas de déménagement ;

Considérant toutefois que la circonstance, à la supposer établie, que la Chambre syndicale du déménagement, qui n'est pas concernée par la présente affaire, négocie avec l'administration certaines conditions à appliquer aux déménagements des militaires est sans portée dans la présente affaire dès lors que ces négociations ne portent pas sur la pratique des devis de couverture notifiée aux entreprises concernées ; qu'ainsi qu'il a été indiqué plus haut, cette pratique est, pour l'essentiel, le fait d'entreprises locales ou régionales implantées en Bretagne et proposant leurs services à des militaires affectés dans cette région ; qu'il est établi que les personnels militaires installés en Bretagne s'adressent pour leur déménagement à des entreprises installées localement et non à des entreprises n'ayant pas d'implantation dans cette région ; qu'il en résulte que, comme l'avait énoncé le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 92-D-37 concernant le déménagement des marins de la marine nationale en Bretagne, il existe un marché régional du déménagement des militaires en Bretagne et que

c'est ce marché pertinent qui doit aussi être retenu dans la présente affaire ;

Sur la pratique des devis de couverture :

En ce qui concerne la matérialité des faits :

Considérant que, dans un certain nombre de cas susmentionnés, il résulte des déclarations des agents de l'Etat que ceux-ci n'ont pas eu de contact direct avec l'entreprise de déménagement au nom de laquelle un second devis concernant leur déménagement a été produit ; que, dans d'autres cas, ce sont des éléments spécifiques figurant au dossier qui doivent être examinés pour établir si les déménagements correspondants ont fait l'objet d'une pratique concertée de devis de couverture ;

a) Les candidats au déménagement soutiennent qu'ils n'ont consulté directement qu'une seule entreprise :

Considérant que les enquêteurs chargés d'instruire la plainte contre X déposée par Mme David ont adressé à tous les militaires dont le déménagement entrainait dans le cadre de l'enquête un questionnaire leur demandant de répondre par « oui » ou par « non » à la question suivante : « Vous avez personnellement pris contact avec une autre entreprise de déménagement ? » ; que les militaires, y compris les gendarmes, qui n'avaient pas répondu à ce questionnaire se sont vu poser la même question de vive voix par les mêmes enquêteurs ; que, dans 34 dossiers sur 39 pour lesquels le grief de pratique concertée de devis de couverture a été notifié, les militaires qui ont déménagé déclarent formellement n'avoir contacté qu'une seule entreprise et que les « seconds devis » qui figurent à leurs dossiers sont à l'en-tête d'entreprises de déménagement avec lesquelles ils n'ont pas pris un contact direct ; qu'en réplique à ces affirmations, toutes les entreprises mises en cause, celles qui ont effectué le déménagement comme celles dont le nom figure sur le second devis, déclarent refuser de se livrer à la pratique du devis de couverture, mettent en doute les déclarations des clients, constatent le caractère inexplicable de la situation et soutiennent, pour les entreprises dont le nom figure sur le second devis, que celui-ci a été élaboré à leur insu ;

Considérant, cependant, que dans le contexte de cette affaire, dans cette profession et sur ce type de marché plusieurs dossiers contentieux ont déjà mis en lumière le caractère usuel du devis de complaisance ; que, lorsqu'un client déclare à un enquêteur assermenté qu'il n'a pris contact qu'avec une seule entreprise pour la constitution de son dossier de déménagement qui comportait pourtant les deux devis réglementaires alors même que cette déclaration met en évidence un comportement qui n'est pas à son avantage, cette déclaration constitue un élément de preuve d'entente entre les deux entreprises qui ont fourni les devis nécessaires à l'établissement de ce dossier que de simples dénégations de la part de ces entreprises ne sauraient suffire à faire écarter ;

Considérant, par ailleurs, que les entreprises AGS Armorique et Juin International, ETS Dubreuil, TB et Debure soutiennent qu'il n'y a rien de répréhensible, pour une entreprise, à se charger de demander un second devis pour le compte de son client ; que le simple fait pour une entreprise de déménagement, agissant pour le compte d'un candidat au déménagement, de solliciter d'une autre entreprise un second devis répondant aux exigences de l'administration ou de lui demander de se mettre en contact avec ce candidat pour lui fournir ce second devis n'aurait en soi aucun caractère anticoncurrentiel ; que rien ne s'opposerait à ce que la seconde entreprise ainsi contactée présente à son tour une offre compétitive, susceptible de l'emporter ;

Mais considérant que, dans le contexte rappelé ci-dessus, une argumentation d'un caractère aussi général et qui n'est assortie d'aucune précision relative au déroulement de chacune des opérations de déménagement pour lesquelles cette défense est présentée ne saurait être reçue ; que la totalité des seconds devis qui auraient pu être rédigés dans ces conditions ont en fait été supérieurs aux devis présentés par les entreprises avec lesquelles les candidats aux déménagements ont déclaré être entrés en contact ; qu'une telle constatation,

concernant un grand nombre de déménagements, ne saurait s'expliquer par le jeu normal de la concurrence et confirme la preuve de la mise en œuvre de pratiques concertées anticoncurrentielles entre les entreprises de déménagement concernées ;

Considérant que les entreprises CESAG (venue aux droits de la société Biard-Solodem), déménagements Bertholom, FID, déménagements Le Golvan, transports Roussel et Tison, soutiennent que les personnes qui déménagent ont le droit de retenir l'entreprise de leur choix, même si ce choix coûte un peu plus cher ; que cette pratique n'affecte en rien le jeu de la concurrence ;

Mais, considérant que la pratique habituelle du devis de couverture peut certainement avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur lequel la gestion des déménagements par l'administration militaire s'appuie ;

Considérant que les entreprises transports déménagements Aubry et Debure avancent aussi comme explication qu'elles acceptent de rédiger des devis sur simple appel téléphonique ; qu'elles ne s'assurent pas, avant de les expédier, que le demandeur est bien le candidat au déménagement ; que cette circonstance pourrait expliquer la présence de devis à leur en-tête dans les dossiers de candidats au déménagement qui ne les ont pas demandés ;

Mais, considérant que ces devis ne peuvent se trouver dans ces dossiers que parce que le client ou une entreprise les y ont placés ; que, si ce n'est pas le client qui est supposé avoir téléphoné à l'entreprise qui a produit le devis, ce ne peut être que l'entreprise qui a pris en charge la constitution d'un « dossier complet » pour son client ; que, pour réaliser cette opération, elle aurait dû se faire passer pour le client lui-même et cacher sa propre identité ; que, spécialement dans un milieu où la plupart des opérateurs se connaissent, une telle allégation ne saurait être reçue sans être soutenue par des éléments précis qui, en l'espèce, font défaut ;

Considérant que les entreprises Debure et déménagement Lescoubert se défendent d'être les rédacteurs de tout ou partie des devis de couverture qui leur sont reprochés en faisant valoir les multiples différences de rédaction entre les devis qu'elles rédigent habituellement et ceux qui figurent dans les dossiers litigieux ; que, cependant, ces entreprises se bornent à mentionner ces différences sans apporter d'éléments visant à établir qu'un devis à leur en-tête s'éloignant de la présentation habituelle n'aurait pu être rédigé que par un tiers et à leur insu ; qu'elles ne formulent aucune hypothèse pour tenter d'expliquer la présence de ces devis dans les dossiers des personnes déménagées ; que, notamment, aucune entreprise ne fait état de « disparition » de papier à en-tête ou de situations précises dans lesquelles elles auraient constaté que leur papier à en-tête aurait été contrefait ; que dès lors ce moyen de défense ne saurait être accueilli ;

Considérant, encore, que si la société Debure, après avoir admis l'établissement d'un dossier de couverture pour le déménagement de M. De Jong, conteste l'origine de trois autres « seconds devis » qui lui seraient reprochés, il est constant que seuls deux de ces devis concernant les agents Gibard et Picard ont été retenus par le rapporteur au soutien du grief notifié à cette société ; que, conformément à l'analyse développée ci-dessus, l'origine de ces devis n'a pas été valablement contestée ; qu'au surplus, ces devis figurent dans des dossiers de déménagements effectués par la société Biard-Solodem et que cette dernière société faisait partie du même groupement de déménageurs Interdem que la société Debure ;

Considérant, enfin, qu'en ce qui concerne un déménagement réalisé par la société Ets Dubreuil, les déclarations du candidat au déménagement aux termes desquelles il n'aurait pris contact qu'avec l'entreprise Ets Dubreuil sont vivement contestées par l'entreprise qui a fourni le second devis ; que l'entreprise TB (Transcatalogue Badie) se défend de s'être concertée avec la société Ets Dubreuil et soutient que cette dernière s'est contentée de lui annoncer la prochaine demande d'un devis par un candidat au déménagement ; que ce candidat aurait pris contact avec elle et qu'elle aurait rédigé son devis en toute indépendance

et en avertissant le client qu'il risquait fort d'être plus élevé que celui de la société Ets Dubreuil puisque sa base était plus éloignée du lieu de livraison que celle des Ets Dubreuil n'était éloignée du lieu d'enlèvement ; que, dans les circonstances particulières de cette opération de déménagement et en l'absence d'autres éléments permettant de soutenir le grief de devis de couverture, ledit grief doit être abandonné ;

Considérant qu'il suit de là que, sur les 34 dossiers répondant au critère rappelé ci-dessus, 33, concernant M. Capdessus (entreprises AGS Armorique et Juin international), MM. Eveno, Méhois, Hamard, Maurizi et Le Maguer (entreprises déménagements Bertholom et déménagements Lescoublet), MM. Pedel, Lemaire, Mahé, Gonçalves de Castro (entreprises Biard-Solodem et déménagements Lescoublet), MM. De Jong, Gibard et Picard (entreprises Biard-Solodem et Debure), MM. Le Pallec et Mangin (entreprises Biard-Solodem et ODET), M. Decaudin (entreprises Biard-Solodem et transports déménagements Aubry), M. Dalongeville (entreprises R. Bonjean et Plisson dont l'entreprise Boulouard déménagements assure la continuité économique et fonctionnelle), MM. Le Bot et Jouannic (entreprises Eric Boulouard et déménagements Lescoublet), M. Loeuillet (entreprises Ets Dubreuil et Tison), M. Tang (entreprises Ets Dubreuil et France inter déménagements), MM. Lagadec et Leblond (entreprises Ets Dubreuil et Déménagements Le Golvan), MM. Le Meur et Le Queré (entreprises déménagements Lescoublet et Plisson), M. Rodet (entreprises déménagements Lescoublet et déménagements Bertholom), M. Desmoutier (entreprises Plisson et Eric Boulouard), MM. Becquet, Loquet et Mercereau (entreprises Plisson et déménagements Lescoublet), MM. Camuzeaux et Juignet (entreprises Plisson et Biard-Solodem), M. L'Huillier (entreprises Plisson et transports Roussel), ont bien donné lieu pour leur établissement à la pratique du devis de couverture ;

b) Les candidats au déménagement déclarent avoir pu consulter plusieurs entreprises :

Considérant que, dans cinq dossiers sur les 39 dossiers retenus, les candidats au déménagement n'ont pas déclaré formellement qu'ils n'étaient entrés directement en contact qu'avec une seule entreprise ;

Considérant que dans trois dossiers sur cinq, une faute d'orthographe identique affectant le nom de famille du client sur chacun des deux devis a été constatée (Kerboull au lieu de Kerboull, Plassard au lieu de Plassart, Ferrer au lieu de Ferrere) ; que cet indice, qui peut effectivement laisser penser que les deux devis ont été rédigés par la même personne ou par deux personnes en étroite connivence, ne permet pas d'écarter à lui seul les autres hypothèses susceptibles d'expliquer cet état de choses ; qu'en l'occurrence, et à défaut d'autres éléments venant conforter l'hypothèse d'une pratique contraire aux dispositions de l'article 7, les dossiers Kerboull et Plassart ne sauraient être retenus au soutien du grief notifié aux entreprises Biard-Solodem et déménagements Lescoublet ; que, par contre, le dossier Ferrere, qui concerne les sociétés Plisson et déménagements Lescoublet et qui fait apparaître deux fautes d'orthographe identiques et des corrections réalisées de façon très semblable, situation qui ne peut être expliquée autrement que par des contacts entre les entreprises concernées, est conservé au nombre des dossiers dans lesquels la pratique d'échange de devis de couverture a été constatée ;

Considérant que, dans deux déménagements, les militaires (MM. Debuyser et Le Gal) ont admis que, s'ils avaient consulté deux entreprises ou plus, ils n'en avaient pas moins reçu les deux offres nécessaires à la constitution du dossier des mains de la même société (respectivement l'entreprise Plisson et l'entreprise Biard-Solodem) ; qu'il se trouve que ces sociétés qui ont remis chacune deux offres et qui ont ensuite emporté l'affaire ne produisent aucune explication circonstanciée pour réfuter ces déclarations ; qu'en conséquence la pratique de concertation doit être tenue pour établie en ce qui concerne ces deux dossiers particuliers ;

En ce qui concerne les autres moyens relatifs aux pratiques dénoncées :

Considérant que les entreprises Eric Boulouard, Boulouard déménagements, Juin international, déménagements Lescoublet, déménagements Bertholom, FID, déménagements Le Golvan, transports Roussel et Tison soutiennent que les pratiques qui leur sont reprochées sont rendues inévitables par la réglementation en vigueur ;

Mais considérant que les pratiques constatées ne sont pas la conséquence de la réglementation ; que celle-ci, non seulement ne contient aucune disposition imposant aux entreprises de se concerter, mais est conçue au contraire pour organiser l'exercice de la libre concurrence entre déménageurs ; que l'existence de plafonds de droits à remboursement fixés par l'administration ne fait pas obstacle, par elle-même, à l'exercice de cette concurrence ; que ce moyen ne saurait dont être accueilli ;

Considérant que les entreprises AGS Armorique, Eric Boulouard, Boulouard déménagements et déménagements Lescoublet mettent en cause le comportement de l'administration et celui de ses agents ;

Mais considérant qu'en ce qui concerne l'appréciation des répercussions de ces comportements sur les pratiques des entreprises, le fait d'engager des discussions avec les organisations professionnelles des transporteurs afin d'explorer les possibilités d'améliorer le système existant ne saurait signifier que l'Etat aurait renoncé à faire appliquer le droit de la concurrence ; que les représentants du ministère de la défense ont d'ailleurs déclaré au cours de l'audience qu'une circulaire datée de mars 1999 avait à nouveau rappelé aux personnels intéressés la nécessité de mettre les entreprises en concurrence ; que, d'autre part, ni la circonstance que leurs clients leur fourniraient des renseignements sur les offres des concurrents ou leur demanderaient des devis de couverture pour éviter les tracasseries d'une réelle mise en concurrence, ni la constatation que l'administration aurait eu une pleine connaissance de l'existence des devis de couverture, ni le fait que ce comportement soit généralisé et ancien ne sauraient, à les supposer établis, justifier des pratiques qui, globalement, pouvaient avoir pour effet de fausser le fonctionnement du marché ;

Considérant que la plupart des entreprises en cause soutiennent encore que la pratique des devis de couverture n'aurait pas d'effet anticoncurrentiel car, d'une part, toutes les entreprises pourraient y recourir (entreprises déménagements Bertholom, FID, déménagements Le Golvan, transports Roussel et Tison) et, d'autre part, elle n'aurait pas pour effet de fixer les prix à un niveau supérieur à celui du marché (entreprises AGS Armorique, déménagements Lescoublet, déménagements Bertholom, FID, déménagements Le Golvan, transports Roussel et Tison) ; qu'il est constant, toutefois, que le jeu de la concurrence ne saurait s'accommoder d'une égale capacité des entreprises à se livrer à des pratiques prohibées ; qu'en outre, à la supposer établie, la circonstance selon laquelle les prix résultant des ententes ne seraient pas supérieurs à ceux qui résulteraient du libre jeu du marché ne saurait faire obstacle à l'application du 4 de l'article 7 de l'ordonnance qui prohibe les ententes lorsqu'elles tendent à « répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement. » ;

Considérant, enfin, qu'il est allégué par les entreprises AGS Armorique, Juin international, Ets Dubreuil, déménagements Lescoublet, déménagements Bertholom, FID, déménagements Le Golvan, transports Roussel et Tison que la pratique du devis de couverture, dans son ensemble ou mise en œuvre individuellement par telle ou telle entreprise, n'aurait aucun effet sensible sur le fonctionnement du marché ; que, toutefois, ainsi qu'il a été précisé plus haut à propos de la définition du marché, il résulte de l'instruction que sur les 71 dossiers étudiés 39 dossiers ont permis de mettre en lumière des pratiques anticoncurrentielles ; que le fait que certaines entreprises soient plus ou moins importantes ou interviennent plus ou moins fréquemment sur ce marché particulier ne saurait être retenu pour qualifier un ensemble de pratiques dont il ne peut être contesté qu'elles « peuvent avoir pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, ... » ;

Sur les suites à donner :

En ce qui concerne la société ODET :

Considérant que, par jugement du tribunal de commerce de Reims en date du 11 février 1997, la liquidation judiciaire de la société ODET a été ordonnée ; que, par ailleurs, cette société a cessé toute activité et que sa continuité économique et fonctionnelle n'a pas été assurée ; qu'en application des dispositions de l'article 1844-7° du code civil ce jugement entraîne la fin de la société ; qu'en conséquence, il n'y a pas lieu de prononcer de sanctions à son égard ;

En ce qui concerne la société CESAG :

Considérant que, dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire de la société d'exploitation J.-L. Biard, étendue aux autres sociétés du groupe dont cette société faisait partie au même titre que la société Biard-Solodem, l'entreprise CESAG a repris les actifs de la société Biard-Solodem ; que les salariés de ce groupe ont été réembauchés par le cessionnaire ; qu'il ressort de l'instruction que Jean-Louis Biard, ancien gérant de la société d'exploitation J.-L. Biard et de la société Biard-Solodem, a poursuivi ses activités au sein du nouvel ensemble où il a été nommé responsable de l'animation commerciale et de l'exploitation ; que, dès lors, la société CESAG doit être considérée comme assurant la continuité économique et fonctionnelle de la société Biard-Solodem qui a été dissoute ; que si, après la reprise de l'entreprise Biard-Solodem par la société CESAG, cette dernière a jugé bon de fermer le bureau implanté à Vannes à partir duquel s'exerçait l'activité de l'entreprise Biard-Solodem pour les opérations de déménagement examinées dans la présente affaire, cette circonstance reste sans influence sur la question de la continuité de l'entreprise ; qu'en tout état de cause, cette fermeture intervenue au sein d'un ensemble qui conservait, par ailleurs, plusieurs implantations en Bretagne, ne saurait être assimilée à une cessation définitive des activités menées précédemment par la société Biard-Solodem ; qu'il ne s'agissait, en fait, que de poursuivre la même activité sur la base d'une organisation différente ; que, dès lors, le fait que la société CESAG n'ait pas pris part elle-même aux pratiques litigieuses est sans influence sur sa mise en cause à raison des pratiques de l'entreprise dont elle assure la continuité économique et fonctionnelle ;

Mais considérant qu'en application de l'alinéa 3 de l'article 62 de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire, il ne peut être imposé au cessionnaire d'une entreprise d'autres charges que celles qui sont prévues dans son plan de cession ; que la reprise des actifs de la société Biard-Solodem par la société CESAG faisait suite à l'adoption d'un plan de cession par un jugement du 3 janvier 1995 rendu par le tribunal de commerce ; qu'il est constant que ce plan de cession ne prévoyait la reprise par la société CESAG d'aucune charge résultant de pratiques anticoncurrentielles auxquelles se serait livrée la société Biard-Solodem ; que la société CESAG ne peut donc se voir infliger une sanction pécuniaire pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du plan de cession ;

En ce qui concerne les sociétés Bonjean et Mesnager :

Considérant que, si, à la suite de la mise en liquidation judiciaire de la SARL Bonjean, les éléments corporels et incorporels de cette entreprise ont été vendus à la société Mesnager, il n'en demeure pas moins que la SARL Bonjean, dont les opérations de liquidation ne sont pas achevées, subsiste et doit répondre des pratiques qui lui sont reprochées ; que néanmoins il ne peut être prononcé de sanctions à son encontre en raison de sa mise en liquidation judiciaire ;

Sur les sanctions :

En ce qui concerne le chiffre d'affaires à prendre en compte :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « Le Conseil de la concurrence peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de

l'entreprise ou de l'organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos... » ;

Considérant que les entreprises déménagements Le Golvan, déménagements Lescoulet et Tison attirent l'attention du Conseil sur le fait que leur chiffre d'affaires correspondant à une activité de déménagement ne constitue qu'une fraction de leur chiffre d'affaires global ; que ce dernier regroupe des activités de transport de marchandises, de garde-meubles et de transport divers qui sont distinctes de l'activité de déménagement proprement dite ;

Considérant, toutefois, que ni les dispositions de l'article 13 précitées, ni le principe de proportionnalité des sanctions ne limitent le chiffre d'affaires à celui afférent aux prestations délivrées dans le cadre du marché pertinent ;

Considérant qu'il est soutenu par les sociétés transports déménagements Aubry et Boulouard déménagements que le chiffre d'affaires à prendre en compte pour la détermination des pénalités serait le chiffre d'affaires correspondant à celui d'une entreprise de la taille de celle qui existait à l'époque des faits ; qu'il conviendrait de faire abstraction des variations de chiffre d'affaires enregistrées entre la date des faits et celle du dernier exercice clos dans la mesure où elles résultent d'opérations de croissance interne ou externe qui sont postérieures à la date des faits ;

Considérant, cependant, qu'en application de l'article 13 précité, le chiffre d'affaires réalisé au cours du dernier exercice clos ne sert de base qu'au calcul du montant maximum de la sanction, mais que le calcul de la sanction elle-même dépend, pour chaque cas particulier, de l'appréciation faite par le Conseil de la gravité des faits, du dommage causé à l'économie et de la situation de l'entreprise ; que l'argument tiré de la variation dans le temps du montant du chiffre d'affaires doit ainsi être écarté ;

En ce qui concerne la fixation du montant des sanctions pécuniaires :

Considérant que, pour apprécier la gravité des faits, il convient de considérer que l'utilisation de devis de couverture constitue une pratique grave qui a pour objet et peut avoir pour effet de faire échec au processus de mise en concurrence des entreprises pour la réalisation d'une prestation dont, en définitive, les finances publiques supportent le coût ;

Considérant que le dommage à l'économie dépend du nombre d'opérations dans lesquelles une pratique de devis de couverture a été constatée ;

a) En ce qui concerne la société AGS Armorique :

Considérant que la société AGS Armorique a effectué un déménagement (M. Capdessus) pour lequel la pratique du devis de couverture a été mise en œuvre ; que, pour le calcul de la sanction, elle demande que soit pris en compte le fait qu'elle avait déjà été condamnée pour les mêmes faits ; qu'il est cependant constant que ces faits ne sont pas matériellement les mêmes que ceux qui sont retenus dans la présente décision ;

Considérant que cette société a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxe de 3 330 kF au cours de l'exercice 1998, dernier exercice disponible ; que ce montant a été confirmé à l'audience par le conseil de l'entreprise ; que son résultat d'exploitation pour la même période s'est établi à 726 kF ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société AGS Armorique une sanction pécuniaire de 6 660 F ;

b) En ce qui concerne la société déménagements Bertholom :

Considérant que la société déménagements Bertholom a effectué cinq déménagements (MM. Eveno, Méhois, Hamard, Maurizi, Le Maguer) et fourni le second devis dans un dossier de déménagement (M. Rodet) ; que, pour ces six dossiers, la pratique du devis de couverture a été mise en œuvre ;

Considérant que cette société a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxe de 6 446 kF au cours de l'exercice 1998, dernier exercice disponible ; que son résultat

d'exploitation pour la même période s'est établi à 20 kF ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus il y a lieu d'infliger à la société déménagements Bertholom une sanction pécuniaire de 38 680 F ;

c) En ce concerne l'entreprise Eric Boulouard :

Considérant que l'entreprise Eric Boulouard a effectué deux déménagements (MM. Le Bot et Jouannic) et fourni le second devis dans deux dossiers (MM. Debuyser et Desmoutier) ; que, pour ces quatre déménagements, la pratique du devis de couverture a été mise en œuvre ;

Considérant que cette entreprise a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxes de 170 kF au cours de l'exercice 1997, dernier exercice disponible ; que son résultat d'exploitation pour la même période s'est établi à 127 kF ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'il sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à l'entreprise Eric Boulouard une sanction pécuniaire de 1 020 F ;

d) En ce qui concerne la société Etablissements Dubreuil :

Considérant que la société Etablissements Dubreuil a effectué quatre déménagements pour lesquels la pratique du devis de couverture a été mise en œuvre (MM. Lœuillet, Lagadec, Leblond, Tang) ;

Considérant que cette société a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxes de 4 311 kF au cours de l'exercice 1998, dernier exercice disponible ; que son résultat d'exploitation pour la même période s'est établi à - 259 kF ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus il y a lieu d'infliger à la société Etablissements Dubreuil une sanction pécuniaire de 25 000 F ;

e) En ce qui concerne la société Juin international :

Considérant que la société Juin international a émis un devis de couverture pour la constitution du dossier Capdessus ;

Considérant que cette société a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxe de 7 702 kF au cours de l'exercice 1998, dernier exercice disponible ; que son résultat d'exploitation pour la même période s'est établi à - 221 kF ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société Juin international une sanction pécuniaire de 15 000 F.

f) En ce qui concerne la société déménagements Lescoublet :

Considérant que la société déménagements Lescoublet a effectué trois déménagements (MM. Le Meur, Le Quéré, Rodet) et fourni le second devis dans quinze dossiers (MM. Becquet, Loquet, Mercereau, Ferrere, Le Bot, Jouannic, Pedel, Lemaire, Mahé, Gonçalves de Castro, Eveno, Méhois, Hamard, Maurizi, Le Maguer) ; que, pour ces dix-huit dossiers, la pratique du devis de couverture a été mise en œuvre ; que, si cette société invoque l'obligation dans laquelle elle se serait parfois trouvée de recourir aux pratiques qui lui sont reprochées afin d'éviter de connaître des difficultés économiques, cette circonstance ne saurait toutefois être reçue au nombre des éléments qui, affectant la situation de l'entreprise à la date de la décision, pourraient être pris en compte pour le calcul de la pénalité ;

Considérant que cette société a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxes de 4 987 kF au cours de l'exercice clos en mars 1998, dernier exercice disponible ; que son résultat d'exploitation pour la même période s'est établi à 148 kF ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société déménagements Lescoublet une sanction pécuniaire de 49 870 F ;

g) En ce qui concerne la société Boulouard déménagements :

Considérant que la société Plisson, aux droits et obligations de laquelle vient la société Boulouard déménagements, avait effectué neuf déménagements avec des devis de couverture (MM. Debuyser, Desmoutier, Becquet, Loquet, Mercereau, Ferrere, Camuzeaux, Juignet, L'Huiller) et fourni un second devis dans trois autres dossiers (MM. Dalongeville, Le Meur,

Le Quéré) ;

Considérant que la société Boulouard déménagements a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxes de 28 976 kF au cours d'un exercice de 18 mois se terminant le 31 décembre 1998, dernier exercice disponible ; que son résultat d'exploitation pour la même période s'est établi à 498 kF ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société Boulouard déménagements une sanction pécuniaire de 289 760 F ;

h) En ce qui concerne la société Debure :

Considérant que la société Debure a fourni le second devis dans trois dossiers (MM. De Jong, Gibard, Picard) pour lesquels la pratique du devis de couverture a été mise en œuvre ;

Considérant que cette société a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxe de 4 805 kF au cours de l'exercice 1998, dernier exercice disponible ; que son résultat d'exploitation pour la même période s'est établi à 122 kF ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société Debure une sanction pécuniaire de 19 220 F ;

i) En ce qui concerne l'entreprise déménagements Le Golvan :

Considérant que l'entreprise déménagements Le Golvan a fourni le second devis dans trois dossiers pour lesquels la pratique du devis de couverture a été mise en œuvre (MM. Le Gal, Lagadec, Leblond) ;

Considérant que cette entreprise a réalisé en France un chiffre d'affaire hors taxe de 1989 kF au cours de l'exercice 1998, dernier exercice disponible ; que son résultat d'exploitation pour la même période s'est établi à 250 kF ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à l'entreprise déménagements Le Golvan une sanction pécuniaire de 7 960 F ;

j) En ce qui concerne la société transports Roussel :

Considérant que la société transports Roussel (déménagement L'Huillier) a émis un devis de couverture ;

Considérant que la société transports Roussel a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxe de 16 435 kF au cours de l'exercice clos en mars 1997, dernier exercice disponible ; que son résultat d'exploitation pour la même période s'est établi à (- 366 kF) ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société Roussel une sanction pécuniaire de 32 000 F ;

k) En ce qui concerne la société transports déménagements Aubry :

Considérant que la société transports déménagements Aubry (déménagement Decaudin) a émis un devis de couverture ;

Considérant que cette société a réalisé en France au cours de l'exercice 1998, dernier exercice disponible, un chiffre d'affaires hors taxes de 7 095 kF ; que le résultat d'exploitation pour la même période s'est établi à 176 kF ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société transports déménagements Aubry une sanction pécuniaire de 14 190 F ;

l) En ce qui concerne la société Tison :

Considérant que la société Tison (déménagement Lœuillet) a émis un devis de couverture ;

Considérant que la société Tison a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxe de 11 797 kF au cours de l'exercice clos en septembre 1998, dernier exercice disponible ; que son résultat d'exploitation pour la même période s'est établi à 67 kF ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à l'entreprise Tison une sanction pécuniaire de 23 600 F ;

m) En ce qui concerne la société France inter déménagements :

Considérant que la société France inter déménagements (déménagement Tang) a émis un

devis de couverture ;

Considérant que la société France inter déménagements a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxe de 4 374 kF au cours de l'exercice 1998, dernier exercice disponible ; que son résultat d'exploitation pour la même période s'est établi à 62 kF ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à l'entreprise France inter déménagements une sanction pécuniaire de 8 750 F ;

En ce qui concerne les autres sanctions :

Considérant que pour renforcer l'efficacité des mesures que le ministère de la défense et les entreprises ont déclaré, à l'audience, avoir prises pour prévenir efficacement toute nouvelle tentative de restreindre ou fausser le jeu de la concurrence, il convient de porter à la connaissance des personnels militaires prenant part à ces opérations de déménagement le caractère illicite de ces pratiques et les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises qui s'y prêtent ; qu'il y a lieu d'ordonner la publication de la présente décision aux entreprises visées à l'article 2 de cette décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires qui leurs sont infligées, dans le magazine « Armée d'aujourd'hui », mensuel édité par le ministère de la défense, acceptant la publicité et destiné spécifiquement à l'information des personnels militaires,

Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que les entreprises AGS Armorique, transports déménagements Aubry, CESAG (aux droits de la société Biard-Solodem), déménagements Bertholom, Eric Boulouard, Boulouard déménagements (aux droits de la société Plisson), Debure, Etablissements Dubreuil, France inter déménagements, Juin international, déménagements Le Golvan, déménagements Lescoublet, transports Roussel et Tison ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Sont infligées, à raison des faits examinés dans la présente décision, les sanctions pécuniaires suivantes :

- 6 660 F à la société AGS Armorique ;
- 38 680 F à la société déménagements Bertholom ;
- 1 020 F à l'entreprise Eric Boulouard ;
- 25 000 F à la société Etablissements Dubreuil ;
- 15 000 F à la société Juin international ;
- 49 870 F à la société déménagements Lescoublet ;
- 289 760 F à la société Boulouard déménagements ;
- 19 220 F à la société Debure ;
- 7 960 F à l'entreprise déménagements Le Golvan ;
- 32 000 F à la société transports Roussel ;
- 14 190 F à la société transports déménagements Aubry ;
- 23 600 F à la société Tison ;
- 8 750 F à la société France inter déménagements.

Article 3

Dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, les sociétés visées à l'article 2 ci-dessus feront publier le texte intégral de celle-ci, à frais commun et à proportion des sanctions pécuniaires, dans le magazine mensuel « Armée d'aujourd'hui ».

Délibéré, sur le rapport oral de M. Grandval, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, Mme Boutard-Labarde, MM. Bargue, Nasse et Robin, membres.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
Le vice-président,
présidant la séance,
Frédéric Jenny
Annexe 58

**Décision n° 99-D-51 du Conseil de la concurrence en date du 20 juillet 1999
relative à des pratiques constatées dans le secteur des applications thermiques de
l'énergie**

NOR : ECOC9910333S

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre, enregistrée le 23 juin 1994 sous le numéro F 688, par laquelle la société Climespace a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par Electricité de France ;

Vu la lettre, enregistrée le 19 juin 1995 sous le numéro F 770, par laquelle le secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'économie et des finances, chargé des finances, a saisi le Conseil de la concurrence des pratiques commerciales mises en œuvre par Electricité de France et certains centres EDF-GDF-Services sur le marché de la climatisation ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et à la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés Climespace, EDF, GDF et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Climespace, EDF et GDF entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Le secteur concerné

Les pratiques litigieuses ont été relevées à Paris à l'occasion de différentes opérations immobilières au stade de la fourniture des énergies destinées notamment aux applications thermiques concernant les bâtiments.

Le choix des énergies est le premier maillon de la chaîne d'opérations visant à répondre à la demande de chaleur destinée au chauffage et à la formation d'eau chaude sanitaire ou à la demande de froid destiné à la climatisation, et qui comprend, outre ce premier stade, la fabrication de matériel, l'installation des équipements, l'exploitation et la gestion-maintenance des chaufferies ou centrales de production frigorifiques.

La demande d'énergie nécessaire aux applications thermiques émane de tous les secteurs d'activité et peut être le fait tant de collectivités publiques ou privées (administrations, entreprises) que de simples particuliers (secteur dit résidentiel). Elle se manifeste à l'occasion de la réalisation d'opérations immobilières collectives ou individuelles d'aménagement, de construction ou de rénovation.

1. La chaleur

Le chauffage a pour objet d'élever la température de l'air. Se rattache également à cette fonction la fourniture d'eau chaude sanitaire. Le chauffage des bâtiments est en général obtenu par l'installation d'un système de production de chaleur à l'intérieur même du bâtiment.

Une installation de chauffage peut être alimentée à l'électricité, par la combustion ou à l'aide d'une énergie récupérée. Ces combustibles ou énergies sont les suivants : charbon, fioul, électricité, gaz, ordures ménagères.

La nature des équipements nécessaires à la production ou à l'alimentation en chaleur varie en fonction de la nature de l'énergie utilisée. Ainsi le Conseil avait-il constaté dans son avis n° 90-A-13 que : « *Lorsqu'une installation est conçue pour fonctionner à l'aide d'une énergie combustible, les différentes énergies combustibles sont relativement substituables entre elles mais ne peuvent en règle générale être substituées à l'électricité.* »

La demande de chaleur peut également être satisfaite par le raccordement à un réseau de chauffage urbain, lorsqu'il en existe un, lequel consiste à distribuer, au moyen d'un réseau de canalisations, de la vapeur ou de l'eau surchauffée (on parle alors d'énergie calorifique ou de « chaud ») à tout ou partie d'une agglomération ; les centrales des réseaux de chaleur sont alimentées en fioul, en charbon, à partir de résidus urbains ou enfin au gaz.

2. Le froid

La climatisation a pour fonction principale d'abaisser la température de l'air. En fonction de la nature des locaux, elle peut aussi avoir pour objet d'agir sur le taux d'humidité de l'air (notamment pour les salles informatiques) ou sur sa pureté (hôpitaux). Ce rafraîchissement s'obtient en faisant circuler l'air sur une surface froide (appelée l'échangeur), surface constamment traversée par un fluide la maintenant à basse température. Ce fluide refroidissant est généralement de l'eau maintenue à faible température par extraction de la chaleur. Ce processus se réalise grâce à un équipement (machine frigorifique) alimenté en énergie électrique (système à compression) ou en énergie thermique (système à absorption). La chaleur issue de ce processus est ensuite évacuée ou bien réutilisée pour le chauffage.

La climatisation d'un bâtiment dans son ensemble (hors matériels implantés en façade des bâtiments ou matériels mobiles qui assurent le rafraîchissement pièce par pièce) repose généralement sur un système autonome de production d'énergie frigorifique à l'intérieur du bâtiment concerné. Une centrale de production, alimentée en énergie électrique ou thermique, produit l'énergie frigorifique distribuée ensuite dans tout le bâtiment, à l'instar d'un système de chauffage assuré par une chaudière collective.

Mais une alternative à ce système de climatisation par production autonome consiste à se raccorder, lorsqu'il en existe, à un réseau urbain d'eau glacée produite par des unités centralisées, lequel alimente directement en énergie frigorifique (ou « froid ») les installations de climatisation. Comparable à ce qui existe pour les réseaux de chauffage urbain, la climatisation urbaine consiste à distribuer, à partir d'une ou plusieurs sources de production, de l'eau glacée à tout ou partie d'une agglomération. L'installation comprend une ou plusieurs unités de production qui alimentent un réseau de canalisations empruntant la voie publique et aboutissant à des postes de livraison chez l'utilisateur.

Pour ses promoteurs, la climatisation par réseau présenterait, par rapport aux systèmes de production autonomes, outre des avantages « privatifs » en raison de la faible surface occupée par le poste de livraison par rapport à celle des locaux techniques nécessaires à l'implantation d'une centrale de production autonome, des avantages collectifs en termes de limitation de nuisances (moindre utilisation de liquides frigorigènes polluants, suppression des tours de refroidissement, réduction des nuisances acoustiques). En outre, les centrales de production utilisées par les réseaux seraient moins consommatrices d'électricité que les centrales autonomes du fait de leur taille et seraient surtout susceptibles d'utiliser une autre source

d'énergie. Aux Etats-Unis et au Japon notamment, le gaz naturel serait une source d'énergie largement employée pour la production de froid, alors qu'en France l'électricité est la source exclusive d'approvisionnement des centrales de production, qu'elles servent à l'alimentation d'un seul bâtiment ou d'un réseau.

Si l'on tient aux aspects techniques, il apparaît que les systèmes de production autonomes de chaleur ou de froid ne sont pas, du point de vue des équipements nécessaires, substituables aux réseaux. Toutefois, si l'on se réfère au comportement du demandeur, système autonome de production et raccordement à un réseau sont deux moyens qui permettent à l'utilisateur, *in fine*, de satisfaire sa demande de fourniture de chaud ou de froid. En effet, au stade de la construction ou de la rénovation d'un bâtiment impliquant la mise en service pour la première fois ou la refonte totale d'une installation de chauffage ou de climatisation, le maître d'ouvrage, sous différentes réserves liées à la taille du bâtiment et à des contraintes qui lui imposeraient des options techniques particulières, peut avoir le choix entre un système de production autonome, lequel est susceptible de recourir à différentes énergies, ou le raccordement à un réseau lorsqu'il en existe.

3. Répartition de la consommation par source d'énergie

a) Pour la totalité des fonctions consommatrices d'énergie

Les statistiques disponibles font apparaître, au plan national, une progression continue du gaz et de l'électricité dans la consommation totale d'énergie. Dans le bilan énergétique provisoire de l'année 1994, l'observatoire de l'énergie indique : « *Au total, sur une vingtaine d'années depuis le premier choc pétrolier, les évolutions sont très nettes : la part du charbon a été divisée par 2,5 ; la part du pétrole est passée de 70 % à un peu plus de 40 % ; la part du gaz a presque doublé et la part de l'électricité primaire a progressé de 30 points, passant de 7 à 37 %. Au total, le pétrole représente 41,2 % de la consommation totale d'énergie, l'électricité 37,8 %, le gaz 13 %, le charbon 6,2 %, les énergies renouvelables 1,8 %.* »

b) Pour la fonction de chauffage

En ce qui concerne les consommations correspondant aux usages « chauffage-eau chaude-cuisson », l'électricité représentait, en 1993, 42 % de la consommation dans le secteur résidentiel et 61 % dans le secteur tertiaire (source CEREN [Centre d'études et de recherche économique sur l'énergie]), le gaz, 19,5 % dans le secteur résidentiel et 18,5 % dans le secteur tertiaire, le fioul, 15,2 % dans le secteur résidentiel et 15,7 % dans le secteur tertiaire, le chauffage urbain, 3,6 % dans le secteur résidentiel, sa part n'étant pas identifiée dans le secteur tertiaire et étant incluse dans les 5,2 % consommés dans ce secteur en dehors de l'électricité, du gaz et du fioul. Il existait, en 1993, 373 réseaux de chaleur, d'une longueur totale de 2 812 km, desservant 14 506 abonnés.

c) Pour la fonction de climatisation

La source d'énergie assurant le fonctionnement des centrales de production de froid, qu'elles soient destinées à « servir » un seul bâtiment ou à alimenter un réseau, est l'électricité. Ces centrales peuvent utiliser une autre énergie que l'électricité, mais, au moment des faits, ce cas de figure était tout à fait marginal en France.

Les réseaux urbains de climatisation sont moins développés que les réseaux de chaleur. Les six plus importants en France sont situés à Paris, La Défense, Courbevoie, Lyon, Montpellier et Monaco pour un total de 62,7 km et une puissance maximale installée de 293,6 MW fin 1995 (données fournies par le Syndicat national du chauffage urbain et de la climatisation urbaine).

Le CEREN indique, pour sa part, que la climatisation et la production du froid sont

« infimes dans le secteur résidentiel ». A l'époque des faits, aucune information statistique concernant cet usage dans le secteur résidentiel n'était recueillie par l'INSEE. Dans le secteur tertiaire, le CEREN évalue à 72 millions de mètres carrés le volume des surfaces climatisées en 1991, sur un total de 660 millions de mètres carrés chauffés, soit un taux de pénétration moyen de 11 % des surfaces chauffées. La société Climespace fournit, dans son guide de la distribution urbaine de climatisation, des chiffres différents, puisqu'elle estime à 30 millions de mètres carrés le parc de locaux tertiaires climatisés. Les chiffres indiqués par cette société pour Paris sont de 1,5 million de mètres carrés de bureaux climatisés sur 16 millions, soit un taux de pénétration de 9,37 %. En toute hypothèse, les perspectives de développement sont importantes, si on s'en tient à une comparaison européenne au terme de laquelle le taux de pénétration de la climatisation en France ne représenterait que 60 % de celui de l'Allemagne, 50 % de celui de l'Italie et 35 % de celui de l'Angleterre.

4. Les principaux opérateurs en matière de fourniture de chaud et de froid

a) Electricité de France

En application de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946, le monopole de la production (sous réserve de dérogations prévues, en application de l'article 8 de la loi précitée, en faveur de petits producteurs autonomes ou d'installations destinées à une autoconsommation dans les conditions prévues par un décret n° 55-662 du 20 mai 1955 modifié), du transport, de la distribution, de l'importation et de l'exportation d'électricité a été confié à l'établissement public national à caractère industriel et commercial Electricité de France, service national (ci-après dénommé EDF). EDF est offreur d'électricité tant pour la fourniture du froid que pour la fourniture du chaud.

b) Gaz de France

En application de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946, le monopole de la production, du transport, de la distribution, de l'importation et de l'exportation de gaz combustible a été confié à l'établissement public national à caractère industriel et commercial Gaz de France, service national, ci-après dénommé GDF. Au moment des faits, GDF n'était présent que pour la fourniture de chaleur.

c) Les opérateurs de réseaux

Créée en août 1990, la société Climespace est une société anonyme au capital de 24 977 300 F qui avait, au moment des faits, pour actionnaires Ufiner-Cofreth (groupe Lyonnaise des Eaux-Dumez) à 55 %, la Compagnie parisienne de chauffage urbain (filiale d'Ufiner-Cofreth) à 40 % et SDS (Synergie développement et services), filiale d'EDF, à 5 %. Concessionnaire de la ville de Paris depuis le 19 novembre 1990, la société Climespace détient l'exclusivité de la production, du transport et de la distribution d'énergie frigorifique par réseau d'eau glacée pour trente ans, dans un périmètre comprenant les I^{er}, II^e, IV^e, V^e, VI^e et VII^e arrondissements et une partie des III^e, VIII^e, XII^e, XIII^e, XV^e, XVI^e et XVII^e arrondissements.

La Compagnie parisienne de chauffage urbain est le concessionnaire de la ville de Paris pour la distribution d'énergie calorifique par réseau sur le territoire de cette commune. Ses actionnaires sont la Lyonnaise des eaux (64 %) et la ville de Paris (33 %).

Pour la fourniture d'énergie destinée à la production de chaleur sont également offreurs les fournisseurs de fioul, de combustibles minéraux (charbon, bois) et de résidus urbains susceptibles d'alimenter des chaufferies, y compris celles des gestionnaires de réseaux de chaleur pour alimenter leurs propres chaufferies. Ces opérateurs ne sont pas présents pour l'offre de froid.

B. - Les pratiques relevées

Elles concernent quatre opérations immobilières réalisées à Paris :

- la construction de la Bibliothèque nationale de France (ci-après BNF) ;
- l'aménagement de la zone du nouveau Bercy ;
- la réalisation d'un immeuble de bureau, 29, rue de Berri ;
- la réalisation d'un immeuble, 11, rue du Cirque,

au stade du choix des énergies destinées notamment aux applications thermiques intéressant les bâtiments concernés.

1. *Les pratiques relevées à l'occasion de la construction de la Bibliothèque nationale de France (BNF)*

Dans le cadre de la construction de l'immeuble destiné à la BNF, une consultation pour la fourniture des énergies a été engagée en mai 1990 par l'établissement public chargé des travaux de construction et d'aménagement des bâtiments.

Les besoins énergétiques définis dans le cahier des charges (annexe III, cotes 135 à 158) concernent à la fois les besoins thermiques nécessaires au chauffage et à la climatisation des locaux et les besoins électriques qui représentent les « *puissances électriques appelées heure par heure pour l'éclairage, les prises de courant, les besoins découlant du "process" propre au fonctionnement de la Bibliothèque de France, les équipements de manutention verticale (ascenseurs, monte-charge et escaliers mécaniques), les divers équipements techniques... également les puissances appelées par l'ensemble des auxiliaires thermiques (c'est-à-dire tous les équipements de type ventilateurs, pompes et autres auxiliaires nécessaires à la distribution de la climatisation dans les locaux)* ».

a) Le choix énergétique de la BNF Les propositions initiales

Parmi les propositions soumises au maître d'ouvrage, celle proposée par la CPCU et par la COFRETH, d'une part, et celle provenant d'EDF, d'autre part, ont fait l'objet d'une étude particulière.

L'offre d'EDF, en date du 28 juin 1990, concerne la fourniture d'électricité pour ses différentes applications. Elle comporte d'abord une évaluation des coûts de raccordement électrique de la BNF en fonction des hypothèses d'utilisation de l'électricité (couverture partielle ou totale des besoins énergétiques et électriques de la BNF). Elle détermine ensuite les besoins en volume et le coût de l'électricité pour la production de chaud et de froid, lesquels sont calculés en fonction de la nature de l'énergie retenue pour cette production, étant entendu qu'il subsiste des besoins de fourniture en électricité, même si le froid et le chaud sont fournis par raccordement à un réseau. Enfin, elle comprend des propositions techniques assorties d'offres commerciales.

Les offres commerciales d'EDF dépendent de l'énergie retenue pour répondre aux besoins thermiques de la BNF et sont modulables selon le degré de couverture de ces besoins par l'électricité. Elles consistent à faire varier la participation financière de la BNF aux frais de raccordement électrique en fonction du taux de couverture des besoins de la BNF par l'électricité ou par l'électricité et le gaz. Une offre spécifique est présentée en cas de recours exclusif à l'électricité.

En ce qui concerne les frais de raccordement, un *abattement exceptionnel* (souligné dans le document) d'un montant « *très significatif* » sur le coût d'une seconde alimentation (alimentation de secours, souhaitée par la BNF, et à la charge de cette dernière à la différence du raccordement de base, lequel est assuré dans le cadre des obligations de raccordement incombant à EDF), est proposé à la BNF dans l'hypothèse du choix de l'une des deux

solutions tout-électrique ou gaz + électricité, cette aide étant rendue possible, selon les termes de la proposition d'EDF, par une meilleure rentabilisation de son réseau. Lors de son audition en date du 18 janvier 1996, au cours de l'instruction, M. Charbault, directeur du centre EDF-GDF Paris-Rive-Gauche, a déclaré : « *En ce qui concerne la solution mixte associant GDF et EDF qui a été proposée (...), il est exact que nos propositions d'aides financières étaient bien les mêmes qu'en cas d'une solution tout-électrique. C'est l'effet de la structure commune EDF-GDF.* »

Dans l'hypothèse du recours exclusif à l'électricité, des propositions commerciales spécifiques sont présentées par EDF, consistant, d'une part, dans l'offre d'un service dit « complet » avec participation financière, et, d'autre part, en une garantie des prix de l'électricité.

Le service complet a pour objet de décharger le maître de l'ouvrage du financement, de la réalisation et de la maintenance des équipements de production de chaud et de froid, toutes opérations confiées à une filiale à 100 % d'EDF, la Gérance générale foncière (GGF). Dans le cadre de ce service complet, EDF alloue une subvention de 6 000 kF au titre des aides au développement des applications de l'électricité (pompes à chaleur), ainsi qu'une bonification des emprunts devant être souscrits par la BNF pour la construction d'une centrale de production frigorifique.

La garantie de prix consiste à assurer à la BNF une baisse en francs constants de 1 % par an du prix de l'électricité de 1995 à l'an 2000 et une stabilité des prix en francs constants de l'an 2000 à 2005.

Les différentes propositions ont fait l'objet d'une première analyse par le maître d'œuvre, en date du 22 février 1991 (annexe III, cotes 209 à 232). Les solutions étudiées, après qu'a été écartée la solution GDF-Paritherm, notamment en raison de contraintes techniques, sont les suivantes :

- la première consiste à retenir EDF pour l'alimentation électrique et la production de froid et la CPCU pour la fourniture de chaleur ;
- la deuxième fait le choix du « *tout réseau* » pour la fourniture du froid comme du chaud (Climespace et CPCU) ;
- la troisième est une solution mixte retenant, d'une part, Climespace et EDF pour la production de froid (à hauteur d'une puissance de 4MW raccordée sur le réseau Climespace sur un total de puissance souscrite de 20 MW) et, d'autre part, la CPCU pour le chauffage urbain.

Au terme de cette analyse comparative, le maître d'œuvre a préconisé l'adoption du système proposé par EDF et par la CPCU, qui est le moins cher (130 754 kF cumulés sur quinze ans) en ces termes : « *La fiabilité de la fourniture EDF dans sa configuration actuelle impose le choix de la solution n° 1 en termes technico-économiques.* »

La solution mixte EDF-CPCU-Climespace représentait un coût de 150 340 kF, soit un surcoût de 14 % par rapport à la solution EDF-CPCU.

La solution de raccordement aux réseaux Climespace et CPCU pour l'intégralité de la fourniture de froid et de chaud s'élevait à 253 222 kF.

Les propositions ultérieures

Le 13 mars 1991, le centre EDF-GDF-Services Paris Rive-Gauche adresse à la BNF de nouvelles propositions, dont les principaux éléments sont les suivants :

- la part supportée par la BNF pour la réalisation d'une seconde alimentation électrique est fixée à 4 000 kF, soit une « remise » de 165,50 kF, sur un coût évalué à 4 165,50 kF pour une puissance souscrite de 15 000 KW ;
- les redevances annuelles d'exploitation, d'entretien et de renouvellement afférentes au raccordement supplémentaire, qui représentent un montant annuel de 472 kF, sont prises en

charge à hauteur de 100 % par EDF-GDF-Services Paris-Rive-Gauche.

EDF renouvelle son offre de « *service complet* » et maintient une solution alternative, en proposant de transformer les aides financières à l'investissement « *en une subvention d'exploitation d'un montant total hors taxe de 9 000 kF* (contre 6 000 kF lors de la proposition antérieure) *qui sera répartie sur dix ans et versée chaque année à partir de la mise en service* ». Il est cette fois précisé que « *cette subvention d'exploitation sera liée à un engagement* » de la part de la BNF « *d'assurer a minima les besoins thermiques et frigorifiques à raison de 95 % par l'électricité* ». La proposition de garantie de prix est maintenue, toujours dans l'hypothèse du choix de l'électricité pour les usages concurrentiels (chauffage et climatisation).

Les discussions entre la BNF, EDF, qui fait à l'établissement public le 11 décembre 1991 une dernière offre remplaçant celle du 13 mars 1991, et la société Climespace se sont poursuivies, entraînant une nouvelle étude comparative des différentes propositions, effectuée par le maître d'œuvre le 29 novembre 1991.

La dernière proposition d'EDF comprend, en plus des conditions offertes en mars 1991, l'échelonnement, sur cinq ans, du paiement des ouvrages d'alimentation, sur le coût desquels la remise totale accordée par EDF s'élève à 1 165,50 kF, soit 28 % du coût de raccordement initial. La proposition du versement échelonné d'une subvention d'exploitation est remplacée par l'offre d'une aide exceptionnelle à l'investissement d'un montant de 9 000 kF. Enfin, la durée de la garantie des prix de l'électricité est en outre prolongée, ce qui représente sur vingt ans une économie de 3 513 kF par rapport aux prévisions de la BNF. La subordination de ces avantages à l'exclusivité de la fourniture du froid et du chaud par l'électricité est à nouveau mentionnée dans cette lettre, dans les mêmes termes que dans la lettre du 13 mars 1991.

A l'issue de la comparaison effectuée le 29 novembre 1991, qui fait apparaître l'existence de la seule subvention par EDF de 9 000 kF, sans mention des autres avantages figurant dans la dernière proposition EDF (constitués par la remise sur le coût de raccordement de l'alimentation de secours et la prise en charge des redevances d'exploitation), la solution proposée par Climespace, dont le coût cumulé sur vingt-cinq ans est évalué à 294 763 kF, présente un surcoût total de 78 593 kF, soit 36 % de la solution EDF, laquelle représente un montant de 216 170 kF. Ce surcoût s'élève encore à 69 593 kF, soit 31 % de la solution EDF, si l'on déduit la subvention accordée par EDF, ainsi que la prise en charge des redevances d'exploitation.

Ces chiffres sont critiqués par Climespace aux termes des déclarations de M. Augustin, son président-directeur général, et de M. Roger, son directeur général, consignées dans le procès-verbal d'audition du 14 février 1995, selon lesquelles : « *Climespace a fourni ce tableau à l'appui de sa saisine comme élément de preuve des pratiques d'EDF mais en conteste sur le fond les évaluations de coût qui ne reflètent pas la réalité économique.* » Il ressort des pièces du dossier que la société Climespace avait déjà formulé une contestation sur ces évaluations en février 1993, estimant que le coût de ses propositions était surévalué.

Un autre document, daté du 12 décembre 1991 et établi par le directeur technique de la BNF (annexe III, cotes 303 à 316), reprend d'ailleurs cette évaluation comparative à partir des dernières propositions tant d'EDF que de Climespace. Pour une puissance de 20 MW, le coût total de l'opération pour vingt-cinq ans s'élève, en ce qui concerne la production autonome, à 221 470 kF, et, en ce qui concerne la production mixte EDF-Climespace, à 267 580 kF. Il en résulte toujours un surcoût de la solution Climespace d'un montant de 46 110 kF pour vingt-cinq ans d'exploitation, soit en pourcentage de la solution EDF, 21 %, sachant qu'est incluse dans l'examen des propositions EDF une aide de 10 000 kF. En réintégrant cette somme dans le coût de la solution EDF, la solution Climespace reste plus chère (à hauteur de 16 %) que la solution EDF. Toutefois, cette comparaison ne prend pas en compte la prise en charge par EDF de la maintenance de l'alimentation de secours, dont l'existence apparaît dans des

documents ultérieurs.

Au total, le résultat de ces négociations fait apparaître que, entre la première et la dernière proposition d'EDF, l'aide accordée passe, en ce qui concerne la réduction sur l'alimentation de secours, de 165 kF à 1 165 kF, et la subvention de 6 000 kF à 9 000 kF, soit une progression totale de 4 000 kF représentant 65 % de l'aide initiale proposée.

Le 18 décembre 1991, la BNF informe Climespace du choix d'« *une production thermofrigorifique locale basée sur l'énergie électrique et sur un appoint du réseau de chaleur de la CPCU* », excluant le recours au réseau de froid.

b) Les propositions de reprise pour Climespace
de la centrale de production autonome de la BNF

Non retenue pour le dispositif de fourniture de l'énergie à la BNF destinée à la climatisation, la société Climespace entame de nouvelles discussions avec cet établissement public, lui proposant de reprendre sa centrale de production frigorifique, aux fins d'utiliser sa capacité de production excédentaire pendant les premières années d'exploitation des bâtiments de la BNF. L'objectif poursuivi par la société Climespace, qu'elle ne dissimule pas, est d'alimenter son propre réseau, dans le secteur Paris-Seine Rive-Gauche, sans réaliser immédiatement les travaux nécessaires au raccordement de cette zone géographique à la centrale de production qu'elle exploite, quai de la Rapée, travaux comportant notamment la mise en œuvre d'une traversée sous-fluviale.

La BNF accepte d'analyser cette proposition comprenant trois hypothèses, déclinées, en outre, en fonction de différents volumes de puissance :

- rachat et exploitation par Climespace de la centrale de production frigorifique de la BNF, et vente à celle-ci de l'énergie frigorifique nécessaire à son fonctionnement ;
- location et exploitation par Climespace de la centrale, et vente à la BNF de l'énergie nécessaire à son exploitation ;
- vente par la BNF à Climespace de toute l'énergie frigorifique excédentaire produite par sa centrale.

Une expertise de ces propositions est réalisée par la société SERTIC qui rend deux rapports successifs, à deux mois d'intervalle. Il résulte de la comparaison des coûts d'exploitation des différentes propositions de Climespace, tels qu'analysés par les deux rapports SERTIC, avec ceux résultant d'une production autonome dédiée à la seule alimentation de la BNF, que l'auteur du premier rapport n'avait pas intégré le fait que le recours à l'une des solutions proposées par Climespace entraînait la suppression de tous les avantages consentis par EDF dans l'hypothèse de la construction d'une centrale de production autonome.

Prenant en compte cette situation, le second rapport du 24 juillet 1993 conclut à l'absence d'intérêt financier présenté par les propositions de la société Climespace en ces termes :

« A la lecture des chiffres des tableaux récapitulatifs concernant les coûts d'exploitation du bâtiment BDF, il est à noter que, compte tenu des nombreux avantages offerts par la société EDF (subventions et prise en charge d'une certaine partie de la maintenance, correspondant à une somme d'environ 22 000 kF pour vingt-cinq années d'exploitation), aucune des propositions faites aujourd'hui par la société Climespace ne présente un quelconque intérêt financier pour la Bibliothèque de France. »

La rentabilité de la solution de location de la centrale à partir de la quinzième année est annulée, notamment par l'effet de l'introduction, dans la comparaison, de la prise en charge, par EDF, du coût de la maintenance.

Il résulte des pièces du dossier que le surcoût des propositions Climespace est compris entre 3,37 et 42,77 % du coût de la solution initialement retenue par la BNF, en fonction des

différentes modalités de reprise par Climespace de la centrale de production, le surcoût le plus élevé étant celui qui résulte de la proposition de Climespace de racheter et d'exploiter la centrale de la BNF.

En effet, dans cette hypothèse, la subvention de 9 000 kF, la prise en charge de la maintenance à hauteur de 12 796 kF, la participation aux frais de raccordement pour l'alimentation de secours à hauteur de 1 165 kF (soit au total 22 961 kF) ne sont plus accordés à la BNF. En outre, celle-ci supporterait des coûts d'abonnement et des tarifs de consommation différents.

L'examen du rapport ne permet toutefois pas de chiffrer avec exactitude la part du surcoût des propositions de Climespace représentée par la suppression des aides d'EDF et de l'application par cette entreprise de tarifications différentes en fonction des puissances souscrites. En effet, la comparaison des coûts ne semble pas être effectuée « toutes choses égales par ailleurs », et elle paraît intégrer des surcoûts imputables à des travaux spécifiques que la reprise par Climespace de la centrale de production ou sa location auraient rendus nécessaires. A titre d'exemple, on relèvera que le coût initial de la construction de la centrale est évalué, dans un cas, à 43 594 kF et, dans un autre, pour une même puissance de 20 MW, à 47 844 kF.

Malgré ces incertitudes, la comparaison entre la solution initiale de production autonome dédiée à la seule alimentation de la BNF et les différentes propositions de Climespace établit l'absence d'intérêt financier de ces dernières pour la BNF, du fait de la modification du volume des aides accordées par EDF en fonction des différents scénarios.

Il résulte par ailleurs de l'instruction que de nouvelles conditions financières auraient accompagné l'exploitation, par Climespace, de la centrale de production frigorifique de la BNF, si celle-ci avait été admise. En effet, aux termes des pièces du dossier, les avantages consentis par EDF à la BNF dans l'hypothèse du choix de la production autonome étaient subordonnés à l'exploitation de cette centrale par la BNF, et pour sa seule consommation. De même, la nature du tarif appliqué était conditionnée par la puissance souscrite. Ainsi, la construction d'une centrale de production autonome entraînait nécessairement la souscription d'une puissance supérieure à 10 MW garantissant les tarifs les plus bas. Il résulte des déclarations du directeur du centre EDF-GDF Paris-Rive gauche au cours de l'instruction que les projets de conventions élaborés avec la BNF, tels que figurant dans les différentes propositions d'EDF, auraient dû être renégociés en cas de reprise par Climespace de l'exploitation de la centrale de production de la BNF, si cette exploitation était allée au-delà de la simple satisfaction des besoins frigorifiques de la BNF, pour servir également à l'alimentation du réseau Climespace (annexe III, cotes 205 à 208).

Le 22 septembre 1993, la BNF a informé Climespace du rejet de ses propositions concernant l'exploitation de la centrale frigorifique (annexe III, cote 384).

c) Les conventions conclues entre EDF et la BNF

Le 7 décembre 1993, la BNF et EDF ont signé trois conventions régissant leurs relations et portant respectivement sur l'alimentation électrique de la BNF (annexe III, cotes 385 à 387), sur une garantie d'évolution de prix de l'électricité (annexe III, cotes 388 à 392) et sur l'attribution, sous conditions suspensives, d'une participation non remboursable (annexe III, cotes 393 à 399).

Au total, aux termes de ces trois conventions, rapprochées des évaluations effectuées par les rapports SERTIC précités, EDF consent d'une part à la BNF une aide représentant une somme de 22,145 millions de francs, dont 9 millions d'aide à l'investissement, 1,345 million de francs de rabais sur le raccordement, représentant in fine 32 % du coût initial de celui-ci, et 11,8 millions de francs représentant le coût de la maintenance prise en charge par EDF pendant vingt-cinq ans, et lui garantit, d'autre part, une stabilité de longue durée du prix de

l'électricité, ces avantages étant subordonnés, en premier lieu, à l'utilisation de l'énergie électrique pour une couverture d'au moins 92 % des besoins de climatisation et de chauffage du bâtiment et, en second lieu, à la conservation des équipements frigorifiques pendant au moins vingt ans. Un contrôle des engagements de consommation d'énergie frigorifique et thermique est prévu et entraîne, en cas de défaillance, la perception par EDF d'une pénalité d'un montant équivalent au coût de l'énergie électrique qui aurait dû être fournie par EDF. En outre, le non-respect de la durée de conservation des équipements frigorifiques (vingt ans) entraîne le remboursement, par la BNF, de la totalité des sommes perçues. Sur la base des chiffres retenus dans le rapport SERTIC du 24 juillet 1993, ces sommes représentent respectivement 32 % du coût du raccordement de secours, 20 % de l'investissement résultant de la construction d'une centrale de production autonome et 14 % des frais de maintenance et de renouvellement des matériels sur vingt-cinq ans d'exploitation.

EDF se prévaut d'une erreur qui affecterait le rapport SERTIC et fixe à 13 millions de francs le montant total des aides accordées dans cette opération.

2. Les pratiques relevées à l'occasion de l'aménagement de la zone du nouveau Bercy

L'aménageur de cette zone, laquelle est située dans le périmètre de la concession de Climespace et de la CPCU, la société Zeus, a signé le 12 février 1991 avec le directeur du centre EDF-GDF Services Aurore, une convention relative aux *« conditions d'installation et d'utilisation du gaz naturel et de l'électricité pour assurer les usages thermiques (chauffage des locaux, climatisation, production d'eau chaude sanitaire) et pour la cuisine, à l'exclusion de toute autre énergie pour tous les bâtiments de la zone du Nouveau Bercy »* (annexe III, cotes 423 à 428), soit une superficie d'environ 301 832 mètres carrés, *« ainsi que les aides financières accordées à la société Zeus par EDF-GDF Services Paris Aurore et leurs conditions d'octroi »*.

Le centre EDF-GDF-Services Paris-Aurore prend en charge le raccordement des bâtiments au réseau de gaz, ce qui représente une aide d'un montant de 50 000 F. La convention prévoit dans son article 3 *« une garantie de prix par rapport à la vapeur, sur une durée de dix ans à compter de la date de signature du premier contrat de fourniture de gaz »*, ainsi, dans son article 4, qu'une garantie de *« temps de retour »* de quatre ans et six mois par rapport à la vapeur *« pour les bâtiments où le choix énergétique se portera sur le gaz »*, ce qui consiste à assurer que le recours au gaz par l'utilisateur sera toujours, pendant la durée de la garantie, d'un coût inférieur à la vapeur. Enfin, il octroie une aide financière, sous la forme d'un prêt bonifié de 15 000 000 F, à la société Zeus.

En contrepartie de ces aides, en vertu de l'article 9 de la convention, *« la société Zeus s'engage à utiliser le gaz et l'électricité à l'exclusion de toute autre énergie sur la zone du nouveau Bercy pendant une durée de dix ans à compter de la date de signature du premier contrat de fourniture et à rembourser, en cas de défaillance sur un seul des bâtiments, l'ensemble des sommes versées »*, lesquelles représentent le coût de la bonification du prêt et le coût du réseau gaz, le remboursement étant en outre affecté d'une pénalité consistant dans l'application, aux sommes énoncées ci-dessus, d'un coefficient prenant en compte le volume d'énergie concurrente consommé.

Au total, sur cette opération, le centre EDF-GDF-Services Paris-Aurore a accordé une aide de 3 800 kF.

M. Tête, directeur du centre EDF-GDF-Services Paris-Aurore, a précisé le contexte dans lequel a été consentie l'aide commerciale à la société Zeus ; *« Dans le cas d'espèce : l'aide commerciale est consentie par GDF sur la base d'une analyse des solutions concurrentielles permettant de répondre aux besoins de chauffage, mais l'offre se situe dans le cadre de la satisfaction des besoins globaux des bâtiments de la zone considérée en matière énergétique.*

C'est pour cela que l'exclusivité de fourniture imposée à la société Zeus porte non seulement sur le gaz mais également sur l'électricité » (annexe III, cotes 429 à 431).

3. Les pratiques relevées à l'occasion de l'opération « Washington Plaza »

Elle concerne la construction, entre 1990 et 1991, d'un immeuble de bureau dans le VIII^e arrondissement de Paris au 29, rue de Berri, (rue située dans le périmètre de la concession de Climespace et de la CPCU), par le promoteur Kaufman et Broad, pour lequel celui-ci avait initialement prévu d'assurer le chauffage par raccordement au réseau urbain de la CPCU.

Le directeur des travaux de la société Kaufman et Broad a déclaré : « Sur cette opération de prestige, EDF voulait faire un immeuble "tout-électrique", ce qui nous a conduits à faire des travaux supplémentaires (...) qui n'auraient pas été nécessaires avec CPCU mais nous avons eu, en contrepartie, une subvention d'EDF et la possibilité de faire du télécomptage » (annexe III, cotes 432 à 435).

A l'occasion de cette opération, EDF a consenti à la SNC Washington Berri, selon une convention en date du 13 août 1991 (annexe III, cotes 511 à 514), une participation financière, d'un montant de 3 000 000 F, en contrepartie de laquelle le client « *s'engage à la mise en service et à l'utilisation pour une durée minimale de six ans d'un équipement électrique consistant en pompes à chaleur individuelles eau/air et en ballons de stockage d'eau chaude produite à partir de résistances électriques, cet équipement d'une puissance de 3 100 kW devant assurer le chauffage et le rafraîchissement individualisé de chaque bureau de l'ensemble immobilier constitué de cinq bâtiments pour une surface totale de 46 000 mètres carrés* », engagement contrôlé et soumis à des sanctions consistant dans le remboursement de la participation versée majorée d'une pénalité, égale au taux de base bancaire en vigueur augmenté de trois points, en cas de non-respect de ses engagements par le client. L'aide accordée par EDF couvre, en l'espèce, 60 % du coût des travaux complémentaires rendus nécessaires par le choix du tout-électrique au lieu du raccordement au réseau CPCU.

En outre, EDF a mis en place une installation de télécomptage au profit de l'opération immobilière en cause, cette prestation apparaissant, selon les pièces du dossier (annexes III, cotes 436 à 439), liée à l'utilisation exclusive de l'électricité. Une lettre du chef du service des relations commerciales du centre EDF-GDF-Services Paris Tour-Eiffel, concerné par cette opération, indique en effet : « *Cette participation commerciale, ainsi que la mise en place d'installations de télécomptage, représentent notre contribution à la réalisation de cet ensemble immobilier pour lequel vous avez, en contrepartie, retenu l'électricité comme seule source d'énergie pour les usages thermiques (chaud et froid).* »

4. Les pratiques relevées à l'occasion de l'opération de la rue du Cirque

La pratique consistant à subordonner la mise en place d'une installation de télécomptage à l'utilisation de l'électricité pour l'ensemble des besoins thermiques d'un bâtiment a également été mise en œuvre par le centre EDF-GDF-Services Paris-Tour-Eiffel, à l'occasion d'une opération immobilière située 11, rue du Cirque à Paris VIII^e, ainsi qu'il résulte d'un fax en date du 12 mars 1991 du centre EDF-GDF-Services Paris-Tour-Eiffel dont les termes sont les suivants : « *Nous avons appris (...) que vous aviez l'intention de retenir l'électricité pour le chauffage et le froid et la vapeur pour l'appoint : si la solution tout-électrique était retenue nous pourrions vous proposer la location de la baie pour la mise en place de l'installation de télécomptage que vous désirez, à ce jour ; si vous ne donniez pas suite à notre proposition, nous réaliserions l'alimentation de l'immeuble conformément aux clauses du cahier des charges de distribution publique en vigueur à Paris, sans télécomptage* » (annexe III ; cotes 440 à 441).

5. Les griefs notifiés

Les six griefs suivants ont été notifiés à EDF :

- d’avoir, dans le cadre de l’aménagement de la Bibliothèque nationale de France, octroyé des aides diverses (remise sur les frais de raccordement, subvention à la mise en œuvre d’équipements frigorifiques, prise en charge des frais de maintenance et de renouvellement des matériels, engagement de stabilité tarifaire), destinées à la construction d’une centrale de production frigorifique, d’un montant supérieur à 22 millions de francs, pratique prohibée par l’article 8 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n° 1) ;
- d’avoir, dans le cadre de la construction de la Bibliothèque nationale de France, subordonné l’octroi d’aides financières au raccordement électrique et à l’installation d’applications thermiques consommatrices d’électricité, à l’engagement, par le client (Etablissement public de la Bibliothèque de France), de s’approvisionner en énergie exclusivement et directement auprès d’EDF pendant une durée d’au moins vingt ans, et sous peine de pénalités financières, pratique prohibée par l’article 86 du traité de Rome et l’article 8 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n° 2) ;
- d’avoir, dans le cadre de la construction de la Bibliothèque nationale de France, subordonné le maintien d’aides financières au raccordement électrique et à l’installation d’applications thermiques consommatrices d’électricité, à l’exploitation des équipements subventionnés par le seul maître d’ouvrage, ceux-ci devant par ailleurs être réservés à son approvisionnement exclusif, pratique prohibée par l’article 86 du traité de Rome et l’article 8 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n° 3) ;
- d’avoir, dans le cadre des propositions faites à la Bibliothèque nationale de France, accompagné la proposition des services de sa filiale GFF d’une subvention à ceux-ci d’un montant d’au moins 6 000 kF, d’une aide consistant en une bonification des emprunts susceptibles d’être contractés par la BNF et d’une garantie des prix de l’électricité, pour la construction d’une centrale de production frigorifique, pratique prohibée par l’article 8 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n° 4) ;
- d’avoir, dans le cadre d’une opération immobilière réalisée à Paris par le promoteur Kaufman et Broad et dénommée Washington Plaza, subordonné l’octroi d’aides financières à l’installation d’applications thermiques consommatrices d’électricité et la mise en place d’installations de télécomptage à l’engagement par le client final de s’approvisionner exclusivement et directement auprès d’EDF pendant une durée d’au moins six ans et sous peine de pénalités financières, pratique prohibée par l’article 86 du traité de Rome et l’article 8 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n° 5) ;
- d’avoir, dans le cadre d’une opération immobilière située 11, rue du Cirque à Paris dans le VIII^e arrondissement, subordonné l’octroi d’une prestation spécifique à l’engagement, pour le client final, de s’approvisionner exclusivement en électricité pour répondre à ses besoins thermiques, pratique prohibée par l’article 86 du traité de Rome et l’article 8 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n° 6).

Un grief a été notifié à GDF :

- celui d’avoir, dans le cadre de l’opération d’aménagement de la ZAC de Bercy, accordé à la société Zeus une garantie du prix du gaz, indexée sur le prix de la vapeur, pratique prohibée par l’article 8 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n° 7) ;

Trois griefs ont été notifiés conjointement à EDF et GDF :

- d’avoir, dans le cadre de l’opération d’aménagement de la ZAC de Bercy, subordonné l’octroi d’aides financières au raccordement électrique et à l’installation d’applications thermiques consommatrices d’électricité et/ou de gaz à l’engagement, par le client final, de s’approvisionner en énergie exclusivement et directement auprès d’EDF ou GDF pendant une durée d’au moins dix ans et sous peine de pénalités financières, pratique prohibée par l’article 86 du traité de Rome et l’article 8 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n° 8) ;

– d’avoir mis en œuvre une entente aux fins de se répartir les marchés d’approvisionnement en énergie et de baisser artificiellement les prix de la fourniture d’électricité et de gaz, mise en œuvre dans les propositions du centre EDF-GDF Paris-Rive-Gauche à la Bibliothèque nationale de France, en accordant une aide financière à la solution « couplée » Gaz-Electricité, pratique prohibée par l’article 85 du traité de Rome et l’article 7 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n° 9) ;

– d’avoir mis en œuvre une entente aux fins de se répartir les marchés d’approvisionnement en énergie et de baisser artificiellement les prix de la fourniture d’électricité et de gaz mise en œuvre dans la convention signée par le centre EDF-GDF-Services Paris-Aurore avec la société Zeus par la clause d’exclusivité de fourniture en faveur d’EDF et de GDF, pratique prohibée par l’article 85 du traité de Rome et l’article 7 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (grief n° 10).

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

A. - **Sur la définition des marchés**

1. *En ce qui concerne la définition matérielle*

Considérant, en premier lieu, que les sociétés EDF et GDF critiquent la définition des marchés retenue par la notification des griefs, selon laquelle « *les marchés en cause sont constitués par l’activité de fourniture de l’énergie utilisée à des fins thermiques* » et dont il résulte que sont distingués « *un marché de la fourniture d’énergie destinée à assurer le chauffage des bâtiments et un marché de la fourniture d’énergie destinée à assurer la climatisation des bâtiments* » ; qu’EDF fait notamment valoir qu’il est nécessaire de distinguer le marché du secteur résidentiel du marché du tertiaire ; que GDF soutient que la demande ne porterait pas sur la seule fourniture d’énergie, mais sur un système de chauffage et estime qu’il est nécessaire de distinguer le marché du chauffage collectif et celui du chauffage individuel ; qu’EDF prétend en outre que chacune des opérations immobilières examinées constitue un marché spécifique ;

Considérant que la demande concernée par les pratiques en cause consiste en une demande de chaleur ou en une demande de froid ; que le Conseil a déjà, en ce qui concerne spécialement la demande de chaleur, décrit la fonction de chauffage et ses différents aspects dans son avis n° 90-A-13 relatif à la cession par la Compagnie générale des eaux des titres Blanzky-Ouest détenus par la société nationale Elf-Aquitaine ; que la demande de froid s’inscrit dans un même processus faisant appel à la fois à une fourniture d’énergie et au choix d’un système technique particulier, dont la combinaison produit le froid recherché ; que, dans les deux cas, le raccordement à un réseau constitue une alternative à l’installation, sur le site concerné, d’un système de production autonome, faisant apparaître la substituabilité entre les deux systèmes de fourniture de chaleur ou de froid pour les demandeurs ; que, dans ces conditions, il est possible de conduire la même analyse pour la définition des marchés pertinents, que ce soit pour la demande de chaleur ou pour la demande de froid ;

Considérant que les marchés pertinents doivent être circonscrits à celui de la fourniture d’énergie destinée aux applications thermiques ; qu’en effet le régime juridique qui définit l’activité d’EDF et de GDF, et notamment le principe de spécialité, interdit à ces opérateurs les activités qui, dans la prestations consistant à mettre en place un système de chauffage ou de climatisation, se situent en aval du compteur ;

Considérant que le rencontre entre l’offre et la demande, dans ce cas particulier, prend d’abord la forme du choix, opéré par le demandeur, entre plusieurs options technologiques qui déterminent, de façon d’ailleurs plus ou moins rigide, le type d’énergie qui sera ensuite utilisé ; que c’est ainsi au stade du choix des équipements que se prend la décision essentielle ; que c’est donc principalement là que joue la concurrence entre les différentes

énergies disponibles ; qu'il en résulte que la fourniture d'énergie correspond à une demande spécifique faisant l'objet d'un marché ; qu'il existe donc un marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage des bâtiments et un marché de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation des bâtiments ; que sont en concurrence sur ces marchés, d'une part, l'énergie primaire qui permet de faire fonctionner les systèmes de production de chaleur ou de froid installés chez le demandeur et, d'autre part, l'énergie calorifique ou frigorifique fournie par un réseau qui dessert les installations de chauffage et de climatisation chez l'utilisateur final ;

Considérant, en deuxième lieu, que l'électricité satisfait, indépendamment des besoins de chauffage et de climatisation, des besoins, tel que l'éclairage, pour lesquels il n'existe pas de substitut possible ; qu'il est, pour cette première raison, possible, nonobstant ce qui vient d'être dit, de définir un marché de l'électricité, ainsi que le Conseil l'avait fait dans sa décision n° 96-D-80 du 10 décembre 1996 ;

Considérant, en troisième lieu, qu'une fois que le consommateur a effectué le choix de ses équipements de chauffage et de climatisation, il ne peut en général les alimenter que par une seule source d'énergie ; que, lorsque tel n'est pas le cas, son choix est de toutes les façons limité à un petit nombre de sources d'énergie, comme dans le cas des chaudières qui peuvent fonctionner au fioul et au gaz ; que, si la dépendance du consommateur vis-à-vis de la source d'énergie adéquate à son équipement n'est pas absolue puisque un nouvel investissement est presque toujours susceptible de permettre le passage à une énergie de substitution, le coût de cette opération interdit au consommateur d'effectuer un arbitrage permanent entre les différentes sources d'énergie ;

Considérant, dès lors, que, s'agissant des consommateurs qui ont fait le choix d'équipements de chauffage ou de climatisation fonctionnant à l'électricité, leur demande quotidienne d'énergie ne peut s'adresser qu'au marché de l'électricité ; qu'il s'agit là d'une seconde raison pour laquelle ce marché doit être retenu comme pertinent ; que, s'agissant des consommateurs qui ont fait le choix de chaudières thermiques, la majorité d'entre eux a opté de façon relativement rigide en faveur d'une alimentation par le gaz, le fioul ou le charbon ; que, pour les mêmes raisons que précédemment, il convient de considérer que ceux d'entre eux qui ont fait le choix d'une alimentation par le gaz ne peuvent adresser leur demande qu'à des offreurs de gaz, ce qui conduit à considérer qu'il existe un marché du gaz, en dépit du fait que GDF a fait valoir en séance, que, dans ses usages, le gaz peut pratiquement toujours être remplacé par une autre source d'énergie ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les marchés pertinents à retenir sont, d'une part, les marchés de fourniture de l'énergie destinée à assurer le chauffage et de fourniture de l'énergie destinée à assurer la climatisation, marchés qui se caractérisent par une rencontre de l'offre et de la demande opérée au stade du choix de l'équipement, et, d'autre part, les marchés du gaz et de l'électricité, marchés caractérisés par une rencontre de l'offre et la demande au stade de l'expression des besoins quotidiens de chaud ou de froid ;

2. En ce qui concerne la définition géographique des marchés

Considérant qu'EDF et GDF contestent la délimitation géographique nationale des marchés de fourniture d'énergie retenue par la notification des griefs et soutiennent que les contraintes juridiques affectant les services en cause, et spécialement l'existence de concessions, conduisent en l'espèce à retenir l'existence d'un marché parisien, voire celle d'un marché délimité par la zone de concession attribuée à la société Climespace, en ce qui concerne la demande de froid, et par la zone de concession de la CPCU, en ce qui concerne la demande de chaleur, ces différentes zones ne recouvrant pas l'intégralité du territoire parisien ; que ces entreprises font notamment valoir que c'est l'existence de concessionnaires tels que Climespace ou CPCU qui élargit l'offre et permet une alternative supplémentaire pour l'utilisateur ;

Considérant que le Conseil a déjà exposé, notamment dans son rapport d'activité pour l'année 1994, en page 59, ce que recouvre la dimension territoriale de la délimitation du marché, laquelle permet « *d'apprécier si les demandeurs ont, dans les faits, la possibilité d'arbitrer entre différents produits ou services, qui peuvent, bien que de même nature, ne pas être substituables, soit parce qu'ils ne sont pas disponibles dans les mêmes zones géographiques soit parce qu'ils sont grevés de coûts de transports tels qu'ils ne pourraient effectivement concurrencer ceux qui sont disponibles dans d'autres zones* » ; que, dans le cas d'espèce, la présence d'opérateurs distribuant un produit seulement sur une zone géographique déterminée ne permet pas de restreindre le marché à cette zone, alors que ces opérateurs ne font que fournir une offre supplémentaire pour le consommateur, venant s'ajouter à celle émanant d'opérateurs tels qu'EDF-GDF qui, pour leur part, sont présents sur tout le territoire national ; qu'à cet égard les opérateurs de réseaux de chaleur ou de froid, s'ils ne sont présents que sur certaines parties du territoire national, sont des entreprises de dimension nationale voire internationale ; qu'est, en l'espèce, essentiel, à la différence d'autres situations invoquées par GDF dans lesquelles le Conseil a retenu l'existence de marchés locaux, le fait qu'aucun monopole obligeant l'utilisateur potentiel à recourir aux seuls services du concessionnaire n'est établi en faveur d'opérateurs tels que Climespace ou la CPCU dans leur zone de concession ; qu'enfin, en raison de la spécificité du produit en cause, à savoir l'énergie, de son mode de production et de transport, la délimitation territoriale du marché en fonction de coûts de transport n'est pas opérante ; que les marchés concernés présentent donc une dimension nationale ;

Considérant que, pour ces mêmes raisons, les marchés du gaz et de l'électricité sont également des marchés nationaux ;

B. - Sur la position des opérateurs sur les marchés pertinents

1. En ce qui concerne les liens entre le bénéficiaire d'un monopole légal et la détention d'une position dominante

Considérant qu'EDF et GDF contestent l'assimilation qui serait faite par la notification des griefs entre monopole légal et position dominante ; que le Conseil a constaté que ces entreprises étaient en position dominante, indiquant dans son avis n° 94-A-15 en date du 10 mai 1994 relatif aux problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence, que « *EDF et GDF gérant des monopoles légaux, ils disposent incontestablement d'une position dominante* » ; que GDF oppose à cette constatation l'absence de définition du marché sur lequel cette position dominante serait établie et invoque à l'appui de sa démarche l'avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 sur les activités de La Poste, aux termes duquel « *le fait pour un opérateur de détenir le monopole légal sur une activité ne lui confère pas automatiquement une position dominante sur un marché économiquement pertinent* » ; qu'il convient donc de préciser le marché sur lequel pourrait exister la position dominante de ces entreprises ;

Considérant que lorsqu'une entreprise bénéficie du monopole légal d'une activité et que celle-ci se confond avec la production d'un bien ou d'un service alimentant à lui seul un marché, il est légitime de déduire de ce seul monopole l'existence d'une position dominante puisque, d'une part, l'entreprise n'a pas de concurrent de fait sur le marché et que, d'autre part, la protection légale du monopole la met à l'abri de toute concurrence potentielle ; qu'en ce qui concerne EDF, il s'en déduit que, ainsi que le Conseil l'a précisé dans sa décision n° 96-D-80 du 10 décembre 1996, il existe un marché de l'électricité sur lequel EDF détient une position dominante ;

2. En ce qui concerne l'existence du monopole légal de GDF

Considérant que GDF conteste le monopole de la production et de la distribution du gaz qui lui est imputé, en faisant valoir que la situation juridique résultant de la loi du 8 avril 1946 a évolué postérieurement à cette date et que le monopole de distribution du gaz dévolu à GDF connaît des exceptions ;

Considérant que la production de gaz combustible a été nationalisée et la gestion des entreprises nationalisées en vertu de la loi du 8 avril 1946 a été confiée au Gaz de France ; qu'ont été exclues de la nationalisation les entreprises gazières dont la production annuelle moyenne de 1942 et 1943 était inférieure à 6 M^{m3}/an, seuil porté ultérieurement à 12 M^{m3}/an par une loi du 30 juillet 1960 ; qu'en 1949, la production et le transport du gaz naturel ont été exclus de la nationalisation, ce qui a permis à quatre entreprises de produire du gaz naturel en France, tandis qu'un régime particulier a été prévu pour la production de gaz des houillères nationales, des cokeries sidérurgiques, des hauts fourneaux et des raffineries ; que le transport de gaz naturel n'entre pas dans le champ d'application de la loi de nationalisation mais que ce transport ne peut être assuré que par un établissement public ou une société nationale dans laquelle la majorité du capital est détenue par l'Etat ou par des établissements publics ;

Considérant qu'en 1991, à l'exception de la concession du réseau de transport de gaz naturel dans le sud-ouest de la France, détenue par la Société nationale des Gaz du Sud-Ouest dont le capital est réparti entre le groupe Elf-Aquitaine (à hauteur de 70 %) et GDF (à hauteur de 30 %), GDF est titulaire des autres concessions de transport, dont une partie est affermée à la Compagnie française du méthane, filiale commune de GDF (50 %), de la société Elf-Aquitaine production (40 %) et de Total compagnie française des pétroles (10 %) ; qu'enfin la distribution de gaz de réseau, qui entre dans le champ de la nationalisation prévue par la loi du 8 avril 1946, s'opère dans le cadre de concessions de distribution publique, même si des régies municipales et des organismes assimilés (au nombre de 17 en 1991) demeurent habilités à assurer cette distribution en vertu des modifications apportées à la loi de 1946 précitée par la loi du 2 août 1949 également précitée ; que l'extension de la capacité de distribution de ces régies municipales à des communes limitrophes, restreignant en droit le monopole de la distribution du gaz de réseau confié à GDF, est postérieure aux pratiques relevées puisqu'elle résulte de l'adoption de dispositions législatives (loi n° 96-314 du 12 avril 1996) ; que les données statistiques établissent la part prépondérante de GDF dans les activités économiques gazières, couvertes par le monopole (production, transport, distribution) ; qu'en effet, 503 666 millions de kWh PCS de gaz étaient disponibles en France en 1991, dont 369 605, soit 73,38 %, ont été importés ; que les importations de gaz naturel (338 257 millions de kWh PCS), soit 91,52 % du gaz importé, l'ont été par GDF ; qu'à la même date, 359 416 millions de kWh PCS de gaz ont été facturés en France, dont 321 366 millions de kWh PCS, soit 89,41 %, par GDF ; qu'enfin, la facturation de gaz pour les usages domestiques individuels, collectifs et tertiaires, qui concerne la fourniture de gaz notamment pour la fonction de chauffage, a représenté la même année 196 686 millions de kWh PCS et a été assurée pour un montant de 188 503 millions de kWh PCS, soit 95,84 %, par GDF ;

Considérant ainsi que, s'il n'est pas possible de considérer que les activités pour lesquelles GDF bénéficie d'un monopole se confondent avec le marché de la fourniture de gaz combustible en France, cet établissement public est de très loin l'opérateur majeur de ce marché ; qu'ainsi, sans qu'il y ait lieu de déduire mécaniquement une position dominante de l'existence du monopole légal, il est possible de s'appuyer sur les conséquences de ce dernier pour apprécier l'existence d'une position dominante ;

3. En ce qui concerne la position d'EDF et GDF sur les marchés pertinents

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, et ainsi que le Conseil l'a déjà exprimé dans son avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif aux problèmes soulevés par la diversification des

activités d'EDF et GDF, que ces deux opérateurs sont en position dominante respectivement sur les marchés de l'électricité et du gaz ;

a) Sur la position d'EDF sur le marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage des bâtiments

Considérant que l'électricité produite et distribuée par EDF représentait, en 1993, 42 % de l'énergie utilisée pour le chauffage dans le secteur résidentiel et 61 % dans le secteur tertiaire ; qu'en dehors de GDF, opérateur unique de dimension nationale pour la fourniture de gaz, qui selon les mêmes chiffres représente 19,5 % de l'énergie consommée pour la fonction chauffage en secteur résidentiel et 18,5 % dans le secteur tertiaire, les autres énergies sont distribuées par des opérateurs nombreux, qui sont, pour certains, adossés à des groupes nationaux (en matière de distribution de fioul) mais qui, pour la plupart, sont des opérateurs locaux de petite taille ; que si les réseaux de vapeur les plus importants appartiennent à des entreprises de taille nationale qui concentrent de la puissance installée, cette forme d'énergie ne représentait, au moment des faits, que 3,6 % de la fourniture de chaleur sur l'ensemble du territoire ; qu'outre la part détenue par EDF sur le marché de l'énergie destinée au chauffage, doivent être prises en compte les caractéristiques propres à la situation d'EDF, et notamment son caractère de monopole public, sa notoriété, son image de « prescripteur » et sa puissance financière, telles qu'elles ont été constatées par le Conseil de la concurrence dans l'avis n° 94-A-15 précité ; que, s'agissant d'un marché caractérisé par le fait que l'offre et la demande se rencontrent au moment de la décision d'équipement, ces caractéristiques jouent un rôle déterminant ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'EDF disposait au moment des faits d'une position dominante sur le marché national de la fourniture d'énergie destinée au chauffage des bâtiments ;

b) Sur la position d'EDF sur le marché de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation des bâtiments

Considérant qu'à la date des faits, l'électricité produite et distribuée par EDF était la seule énergie utilisée pour fabriquer du froid, y compris par les centrales de froid alimentant les réseaux d'eau glacée ; que l'extension de ceux-ci était limitée à quelques grandes métropoles ; que l'objection d'EDF relative au caractère naissant du marché en cause n'apparaît pas de nature à modifier les conditions d'appréciation de la position d'un opérateur sur un marché à partir d'une observation quantitative des parts de marché détenues au moment des pratiques relevées ; qu'en outre, les caractéristiques propres à la situation d'EDF, et notamment son caractère de monopole public, sa notoriété, son image de « prescripteur », sa puissance financière, telles que constatées par le Conseil de la concurrence dans l'avis n° 94-A-15 précité, viennent renforcer la position que cette entreprise détient sur le marché de l'énergie destinée à la climatisation ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'EDF disposait d'une position dominante sur le marché national de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation des bâtiments au moment des faits ;

c) Sur la position de GDF sur le marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage des bâtiments

Considérant qu'en ce qui concerne GDF et sa position sur le marché national de la fourniture d'énergie destinée au chauffage, les données précitées font apparaître que le gaz représentait, en 1993, 19,5 % de l'énergie utilisée dans le secteur résidentiel et 18,5 % de l'énergie utilisée dans le secteur tertiaire ; que, si ces chiffres sont incomplets dès lors qu'ils

n'intègrent pas le chauffage d'autres catégories de bâtiments et si leur portée exacte peut être discutée, dès lors que l'énergie utilisée dans les bâtiments résidentiels et tertiaires a d'autres usages que le chauffage, ils donnent une indication sur la part relativement modeste du gaz sur ce marché ; que des études plus précises sur le secteur résidentiel, prenant en compte les différents usages de l'énergie consommée, aboutissent, pour le gaz, à une part de marché de 25 % en 1993 (source CEREN, document n° 46 figurant en annexe II, cote 514-1), qu'il n'existe pas d'autres données qui suggéreraient l'existence d'une position dominante de GDF sur ce marché ;

*4. En ce qui concerne la dissociation entre les marchés sur lesquels les pratiques ont été relevées
et les marchés sur lesquels les entreprises EDF et GDF détiennent une position dominante*

Considérant qu'en ce qui concerne EDF, cette dissociation ne présente pas d'intérêt puisque EDF dispose d'une position dominante non seulement sur le marché de l'électricité mais aussi sur les deux marchés nationaux sur lesquels ont été relevées les pratiques discutées ;

Considérant qu'en ce qui concerne GDF, il convient d'examiner le lien existant entre le marché du gaz, qui est le marché dominé et le marché national de la fourniture d'énergie destinée au chauffage sur lequel ont été relevées les pratiques litigieuses ; que GDF se prévaut, à cet égard, de la décision de la CJCE du 14 novembre 1996 Tetra Pak aff C.333/94 P, selon laquelle « l'application de l'article 86 présuppose l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif, qui n'est normalement pas présent lorsqu'un comportement sur un marché distinct du marché dominé produit des effets sur ce même marché », faisant valoir que l'interprétation des conditions d'application de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a toujours été inspirée par la jurisprudence communautaire ;

Mais considérant que l'abus de position dominante doit être sanctionné lorsqu'il est commis sur un marché distinct de celui sur lequel l'entreprise en cause détient une position dominante lorsqu'un lien de connexité suffisant entre les deux marchés peut être établi et à condition qu'il existe un rapport de causalité entre la domination de l'un des marchés et les pratiques relevées sur l'autre ;

Considérant que, s'agissant de caractériser le lien qui peut exister entre le marché dominé et les pratiques commises sur un marché connexe, il convient de relever que, dans le cas d'espèce, l'image de service public et la puissance, consubstantielle au caractère de monopole public national, dont dispose GDF, sont de nature à favoriser le choix de cette entreprise comme cocontractante par les utilisateurs ; que les pratiques relevées prennent appui sur l'ensemble des moyens tant matériels qu'immatériels dont GDF dispose du fait de sa situation d'établissement public, titulaire d'un monopole, et du fait de sa position dominante sur le marché du gaz ; que, dans ces conditions, il existe un lien entre le marché dominé et le marché sur lequel ont été relevées les pratiques litigieuses ;

Considérant, en ce qui concerne les relations de causalité, que, pour le gaz naturel, la destination « résidentiel-tertiaire » représente 61 % des usages de cette énergie, contre 36 % à l'industrie, 2 % à la sidérurgie et 1 % à l'agriculture ; que ces chiffres sont stables d'une année sur l'autre ; qu'il suit de là que le chauffage dans le « résidentiel-tertiaire » constitue pour GDF son principal débouché ; que GDF est en progression sur ce marché ; qu'en effet, les contrats de plan entre l'Etat et GDF ont régulièrement fixé à cette entreprise des objectifs quantitatifs de pénétration du marché à la hausse ; que les années 1990 se manifestent par une stabilisation des parts acquises sur ce marché par les différentes énergies ; que le développement des énergies renouvelables, prôné et encouragé par les pouvoirs publics, notamment grâce à l'adoption de dispositifs législatifs incitatifs (loi n° 92-646 du 13 juillet

1992 relative à l'élimination de déchets, loi n° 96-1236 du 30 décembre 1996 sur l'air et l'utilisation rationnelle de l'énergie notamment) reste limité ; que, si le contre-choc pétrolier a ralenti la chute du fioul domestique, lequel est redevenu également compétitif du fait de l'amélioration qualitative des matériels, moins consommateurs d'énergie, les statistiques traduisent l'érosion continue de cette énergie dans le chauffage, puisqu'en 1996, selon le CEREN, la part du fioul dans les consommations du secteur résidentiel s'élevait à 14,3 % alors qu'elle était encore de 15,2 % en 1993 ; qu'à l'exception de la concurrence exercée par les réseaux de chaleur, pour lesquels les opérateurs principaux sont des entreprises de dimension nationale, voire internationale, mais qui ne concernent que certaines zones géographiques et au total représentaient moins de 4 % du marché du chauffage domestique en France, la concurrence exercée par les autres opérateurs, compte tenu notamment du caractère local de la distribution d'énergie, provient souvent de petites entreprises qui n'ont pas l'image et la puissance dont GDF bénéficie ; que, dans ces conditions, GDF dispose, à défaut d'une position dominante, d'une position prééminente sur le marché de l'énergie destinée au chauffage, immédiatement connexe ; qu'il convient de souligner, sur ce point, que dans l'arrêt C333/94 de la CJCE précité, la « *position prééminente* » d'un opérateur sur un marché « *étroitement connexe* » de celui sur lequel il détenait une position quasi monopolistique a conduit la Cour à confirmer l'applicabilité de l'article 86 du traité ; que GDF conteste cette analyse en faisant valoir que la compétition émanant des professionnels de la distribution du fioul est intensive et que ceux-ci sont organisés, ce qui leur confère une influence sur le marché ; que toutefois le Conseil a déjà, dans l'avis précité, constaté l'existence d'un avantage immatériel propre à GDF, résultant de son image en relevant que « *cette bonne notoriété repose sur des appréciations de sérieux, de fiabilité ou de sécurité avec des garanties d'universalité et de continuité* » et a relevé que « *EDF comme GDF sont perçus tant par les particuliers que par les entreprises comme des interlocuteurs de référence pour les utilisations après compteur de l'énergie, ce qui leur confère un rôle de conseil, de "certificateur", voire de "prescripteur" de fait* » ;

5. *En ce qui concerne la violation du contradictoire et des droits de la défense dont se prévaut GDF en raison de l'insuffisante délimitation, tant au stade de la notification des griefs que du rapport du marché pertinent*

Considérant que les marchés ont été définis par la notification des griefs en page 7 comme étant constitués « *par l'activité de fourniture de l'énergie destinée à assurer le chauffage des bâtiments et un marché de la fourniture d'énergie destinée à assurer la climatisation des bâtiments* » ; que la notification des griefs soutenait, en page 14, que « *GDF disposait, d'un monopole légal qui lui confère une position dominante sur le marché de la production et de la distribution de gaz* » ; que, répondant aux observations de GDF critiquant la détermination du marché et la position dominante de GDF qui lui était imputée, le rapport a confirmé cette définition et, s'agissant du lien entre la position dominante et le monopole dont GDF dispose, a examiné et répondu aux objections de GDF quant au contour juridique du monopole allégué et aux conséquences qui en découlaient sur l'existence ou non d'une position dominante, pour estimer en page 28 que « *GDF dispose d'une position dominante sur le marché de la fourniture de gaz combustible en France* » ; que GDF, qui est en droit de porter une appréciation divergente sur les définitions retenues par le rapporteur, ne peut valablement soutenir que ses droits ont été méconnus, faute de délimitation des marchés pertinents au stade de la notification des griefs et du rapport ;

C. - Sur le contexte concurrentiel présidant au fonctionnement des marchés considérés au moment des faits

Considérant qu'EDF soutient que la notification de griefs et le rapport reposent sur un *a priori* non justifié selon lequel elle chercherait à évincer ses concurrents et sur la méconnaissance de la situation des marchés concernés ;

Considérant qu'il ressort tant des écrits d'EDF que des déclarations du directeur du centre EDF-GDF-Services Paris Rive gauche que le développement de la société Climespace était perçu comme une menace pour EDF ; qu'en premier lieu une lettre du 1^{er} juillet 1992 a été adressée par le centre EDF-GDF-Services Paris-Rive gauche à la SEMAPA, établissement public chargé de l'aménagement de la zone « Paris-Rive gauche », à l'occasion de négociations portant sur les conditions financières et techniques d'alimentation en énergie de cette ZAC (en annexe III, cotes 444 à 450) ; que cette lettre indique que : « *L'installation aujourd'hui certaine d'un réseau de distribution de froid sur l'ensemble de la ZAC constitue une menace sérieuse pour le développement des ventes d'électricité utilisée en climatisation et donc un manque à gagner certain* » ; que ce « manque à gagner », par ailleurs évalué, en annexe III de cette même lettre, entre 9 et 13 millions de francs en marge brute et sur trente ans entre 270 et 390 millions de francs en francs courants, est l'un des arguments dont EDF se sert pour solliciter de la SEMAPA la prise en charge financière, par celle-ci, du coût des infrastructures de distribution d'électricité ; qu'il est invoqué également *a contrario* pour tenter d'obtenir, sans succès, une exclusivité en faveur de l'électricité et du gaz sur la zone considérée, en contrepartie de la prise en charge par EDF des frais d'alimentation de la zone d'aménagement ; qu'en deuxième lieu M. Charbault, directeur du centre EDF-GDF-Services Paris-Rive gauche, a déclaré : « *A Paris, EDF est en concurrence avec Climespace, dont les centrales de production fonctionnent à l'électricité mais pourraient se connecter sur le chauffage urbain* » et a ajouté que : « *La présence au capital de Climespace de la Compagnie parisienne de chauffage urbain pouvait faire penser à EDF en 1990 que le froid produit par Climespace pourrait un jour se faire à partir de la production de chaleur* » ; qu'il en résulte que la possibilité technique, pour les centrales de production alimentant un réseau tel que celui de Climespace, d'utiliser une énergie concurrente de l'électricité, était bien envisagée par EDF ; que cette possibilité aurait pour effet de restreindre les débouchés d'EDF en tant que producteur d'électricité et viendrait ainsi intensifier la pression concurrentielle qu'en toute hypothèse le réseau de Climespace exerce à Paris envers EDF ; que, par ailleurs, EDF n'a pas démenti les affirmations de la société Climespace selon lesquelles, d'une part, le volume d'électricité consommé pour l'alimentation d'un réseau serait moins important que celui consommé par plusieurs centrales de production autonomes, en raison d'un rendement énergétique moindre des installations frigorifiques individuelles, et, d'autre part, le droit de tirage, qui correspond à la puissance souscrite auprès d'EDF et qui conditionne le coût de l'abonnement auprès d'EDF, serait moins élevé, avec une différence d'environ 35 %, lorsqu'il est souscrit par un opérateur de réseau, que la somme des droits de tirage souscrits par des « exploitants » individuels, en raison de l'effet dit de « foisonnement » ; qu'en effet les pointes de consommation d'électricité, qui rendent nécessaire la souscription d'une puissance supérieure à celle qui serait normalement requise par la consommation habituelle, sont moins fortes dans le cadre du fonctionnement d'un réseau ;

Considérant ainsi que les éléments du dossier démontrent à tout le moins que la société EDF était particulièrement soucieuse de la pression concurrentielle que l'arrivée et le développement de Climespace créaient sur ce marché ; que ces éléments, qui ne sauraient dispenser le Conseil de l'analyse des pratiques, contribuent à la connaissance du contexte concurrentiel de l'époque ;

Considérant, par ailleurs, en ce qui concerne l'état des marchés concernés, qu'EDF conteste le « *postulat de départ de marchés fermés* » et relève que le marché de la fourniture du froid est un marché en pleine expansion, sur lequel de nouvelles techniques, utilisatrices notamment de gaz, vont apparaître ; qu'elle reproche au rapport de ne pas tirer les

conséquences de ses propres constatations, selon lesquelles il existe de fortes perspectives de débouchés sur le marché de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation, et qui contrediraient l'analyse relative aux barrières à l'entrée existant sur ce marché ; qu'elle se prévaut à cet égard de l'expansion très rapide de la société Climespace sur ce marché ;

Mais considérant que la potentialité de développement d'un marché n'est pas incompatible avec l'existence de barrières à l'entrée sur ce même marché ; que celles-ci peuvent être structurelles, en raison de l'ampleur des investissements à consentir ou de la durée de vie des équipements limitant la fréquence de leur renouvellement ; que telle est la nature des barrières existant sur le marché considéré, dont EDF relève d'ailleurs qu'il compte peu d'opérateurs, lesquels sont de taille importante, diversifiés et intégrés ; qu'il peut également exister des barrières à l'entrée artificielles résultant de l'anticipation, par un opérateur en position dominante, du développement de techniques alternatives susceptibles de restreindre ses propres débouchés, anticipation qui peut le conduire à retarder le moment où il entrera vraiment en compétition avec d'autres producteurs ; que les clauses d'exclusivité de fourniture peuvent être l'instrument de cette stratégie destinée à reporter dans le temps l'exercice de la concurrence ; qu'il appartient au Conseil de dire, ce contexte concurrentiel étant rappelé, si les pratiques reprochées à EDF sont constitutives de barrières à l'entrée artificielles susceptibles d'être qualifiées au regard de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et 86 du traité de Rome ;

D. - Sur les pratiques

1. *En ce qui concerne la pratique consistant, pour EDF, à avoir, dans le cadre de l'aménagement de la Bibliothèque nationale de France, octroyé des aides diverses destinées à la construction d'une centrale de production frigorifique (grief n° 1)*

Considérant qu'EDF fait valoir que le choix de la BNF s'est porté sur EDF d'abord pour des raisons techniques, et notamment en raison de la fiabilité des solutions qu'elle proposait par rapport à celles offertes par Climespace ; qu'EDF admet toutefois que le choix s'expliquait également par des raisons économiques ;

Considérant qu'EDF conteste ensuite le montant des aides accordées consistant dans une remise sur les frais de raccordement, une subvention à la mise en œuvre d'équipements frigorifiques, la prise en charge des frais de maintenance et de renouvellement des matériels et un engagement de stabilité tarifaire alloués à la BNF ; qu'elle chiffre l'ensemble de ces aides à 13 millions de francs et non 22 comme retenus dans la notification des griefs ; que la différence porte, d'une part, sur la non-facturation de la redevance annuelle d'exploitation et d'entretien de la seconde alimentation, dont EDF affirme qu'elle n'aurait porté que sur six ans et non sur vingt-cinq ans, le rapport SERTIC étant selon elle erroné sur ce point, et, d'autre part, sur les frais de maintenance et de renouvellement des matériels frigorifiques dont EDF dément la prise en charge ; qu'EDF conteste enfin l'objet et l'effet anticoncurrentiel allégués des aides accordées à la BNF ; qu'elle fait valoir que ces primes étaient transparentes et entraient dans le champ de celles prévues par le contrat de plan existant entre EDF et l'Etat, en étant même inférieures au montant qui aurait pu être accordé (un peu plus de 14 millions de francs), et que leur montant était proportionné au projet en cause et à l'innovation technologique mise en œuvre à cette occasion ; que, de même, l'engagement de stabilité tarifaire était conforme aux obligations résultant pour EDF du contrat de plan ; qu'EDF soutient, enfin, que les différentes analyses comparatives et les expertises techniques effectuées par le maître de l'ouvrage font apparaître que son offre « *est toujours restée la plus intéressante tant au point de vue technique que financier, et ce sans jamais tenir compte du montant des aides* » ;

Considérant que le montant des aides a été évalué à 22,145 millions de francs sur le fondement des trois conventions annexées au rapport, ainsi que du rapport SERTIC du

24 juillet 1993, lequel chiffre dans ses conclusions les avantages consentis par EDF (subvention et prise en charge d'une certaine partie de la maintenance) à une somme d'environ 22 000 kF pour vingt-cinq années d'exploitation ; que les termes de ce rapport sont contestés par EDF ; qu'interrogé sur la différence entre le montant des aides prévues par les conventions et celles mentionnées dans le rapport SERTIC, le 18 février 1986, M. Charbault, directeur du centre EDF-GDF-Services Paris-Rive gauche, avait déclaré sur ce point : *« Toutes les aides accordées à la BNF pour ce projet sont reprises dans les trois conventions du 3 décembre 1993. Vous nous faites remarquer que ce total ne correspond pas aux chiffres avancés dans le rapport commandé par le maître de l'ouvrage au cabinet SERTIC dans lequel l'aide d'EDF apparaît plus importante. La différence provient vraisemblablement de l'extrapolation dans le rapport SERTIC de la gratuité des redevances d'exploitation sur 20 ans et non sur 6 ans seulement, tel qu'il est d'usage constant sur Paris »* ; que le rapport du rapporteur ne s'est pas explicitement prononcé sur le montant des aides qu'il convenait de considérer comme établi, indiquant seulement qu'il y aurait lieu d'écarter, au regard du caractère exceptionnel du chantier de la BNF dont se prévaut EDF elle-même, l'argument de « l'usage constant » mis en œuvre pour les opérations courantes, qui conduirait à fixer à six ans la durée de prise en charge des redevances d'exploitation ; que, toutefois, le grief maintenu dans le rapport vise le montant retenu par la notification des griefs, soit la somme de plus de 20 millions de francs ; qu'il convient d'observer que la convention n° 9300095 du 7 décembre 1993 pour l'alimentation en électricité de la Bibliothèque de France (cotes 305, 306 et 307) ne prévoit aucune limitation de durée pour la prise en charge par EDF des redevances annuelles d'exploitation, d'entretien, et de renouvellement de la seconde alimentation, lesquelles, selon les termes de la convention, « seront prises en charge en totalité par EDF-GDF-Services Paris Rive Gauche » ; que l'imprécision de cette convention contredit le caractère prétendument transparent des aides en cause allégué par EDF ; qu'il est, dans ces conditions, impossible de déterminer avec certitude le montant exact des aides accordées par EDF dans cette opération ; que cette circonstance est de nature à relativiser la portée et la pertinence des évaluations comparatives réalisées entre les différents projets concluant à la supériorité économique et technique de la solution proposée par EDF et dont elle se prévaut ;

Considérant qu'en tout état de cause, il y a donc lieu de retenir le montant des aides résultant des conventions conclues entre EDF et la BNF ; que, même réduit au montant reconnu par EDF, soit 13 millions de francs, il convient de rechercher si ces aides n'ont pas eu un objet ou un effet anticoncurrentiel ;

Considérant qu'EDF invoque à son profit les termes de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en date du 19 mai 1998 sur recours contre la décision n° 97-D-53 du Conseil du 1^{er} juillet 1997 relative à des pratiques mises en œuvre par France-Télécom et par la société Transpac dans le secteur de la transmission de données, selon lesquels il ne peut être reproché à un opérateur historique de faire des propositions « sur mesure » ; qu'EDF relève que Climespace a également proposé une aide pour compenser le « handicap » de sa propre solution ; qu'enfin, EDF fait valoir que les aides qu'elles a accordées n'ont en rien modifié les conditions de concurrence entre les deux systèmes puisqu'en toute hypothèse ses propositions étaient les plus intéressantes financièrement ;

Considérant que les aides commerciales accordées par une entreprise en position dominante à ses clients peuvent défavoriser ses concurrents ; que cependant ces aides, à supposer qu'elles ne soient pas prohibées en tant qu'aides d'Etat par le droit communautaire, ne sont pas en elles-mêmes anticoncurrentielles ; qu'elles constituent la seule marge de négociation commerciale pour une entreprise dont les prix sont régulés par la puissance publique ; que, pour qu'une telle pratique soit constitutive d'un abus de position dominante, il faut démontrer soit que les prix, une fois déduites les aides accordées des barèmes de prix officiels, sont prédateurs, soit que les conditions dans lesquelles ces aides sont octroyées sont

discriminatoires, soit, plus généralement, que leurs conditions d'octroi ou leur montant sont d'une nature telle qu'ils en établissent l'objet ou l'effet anticoncurrentiel ;

Considérant que, dans le cas présent, aucun grief de prédation n'a été allégué ; que la preuve d'une discrimination dans l'allocation des aides n'a pas été rapportée, comme cela a été reconnu par Climespace au cours de la séance ; que les éléments du dossier n'établissent pas que le montant de ces aides était supérieur au montant susceptible d'être accordé par EDF en application de son contrat de plan ; qu'enfin, il apparaît que des considérations techniques indépendantes des aides ont contribué au choix de la BNF ; qu'ainsi, il n'est pas établi que cette pratique puisse être qualifiée au regard de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

2. En ce qui concerne la pratique consistant, pour EDF, à avoir, dans le cadre de la construction de la Bibliothèque nationale de France, subordonné l'octroi d'aides financières au raccordement électrique et à l'installation d'applications thermiques consommatrices d'électricité à l'engagement, par le client (Etablissement public de la Bibliothèque de France), de s'approvisionner en énergie exclusivement et directement auprès d'EDF pendant une durée d'au moins vingt ans et sous peine de pénalités financières (grief n° 2)

Considérant qu'EDF fait valoir que la clause d'exclusivité visée par le grief est licite et qu'elle répond aux critères définis par le Conseil dans sa décision n° 98-D-52, en date du 7 juillet 1998, relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain, en ce que sa durée n'est pas excessive par rapport au montant des investissements consentis et à la durée de vie des équipements, qui n'est pas inférieure à vingt ans ; qu'elle rappelle que les contrats d'abonnement proposés par Climespace sont eux-mêmes d'une durée de dix ans, renouvelables par tacite reconduction pour cinq ans ; qu'EDF se prévaut des dispositions de l'article 47 du projet de loi n° 1253 du 9 décembre 1998 relatif à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, selon lequel les entreprises éligibles pourront résilier de plein droit et sans indemnités leur contrat d'approvisionnement en électricité, pour contester la portée anticoncurrentielle de la clause de pénalité ; qu'elle fait valoir qu'au plan technique et juridique, la clause d'exclusivité se trouve dénuée de toute portée et n'a donc ni objet ni potentialité d'effet anticoncurrentiel, dès lors qu'une fois construite, la centrale de production frigorifique de la BNF ne peut utiliser que l'électricité pendant la durée de vie des équipements évaluée à trente/trente-cinq ans, et qu'au moment des négociations commerciales entre la BNF et ses fournisseurs potentiels de froid, la fourniture d'électricité sur Paris était juridiquement de la compétence exclusive d'EDF ;

Considérant que la clause litigieuse consiste dans l'obligation mise à la charge de la BNF de conserver les équipements en cause et de les utiliser en couvrant au moins 92 % des besoins énergétiques (fourniture de froid et de chaud) par l'énergie électrique, en contrepartie des aides accordées ; que cette pratique a pour objet de maintenir pendant vingt ans la position acquise par EDF dans le système de climatisation et de chauffage de la BNF, en permettant à EDF, d'une part, d'empêcher l'accès de concurrents potentiels à ce système pendant la durée d'exclusivité consentie, sous la seule réserve, en ce qui concerne le chauffage, d'un appoint assuré par raccordement au réseau de la CPCU, et, d'autre part, de lui permettre d'amortir le montant des aides accordées pour subventionner les équipements en cause ; que, s'il n'est pas contestable que les conditions qui régissent l'activité de la société Climespace (durée de la concession et des polices d'abonnement) prennent en compte la logique de retour sur investissement dont se prévaut EDF, la situation d'EDF est particulière s'agissant d'un opérateur en position dominante sur le marché national en cause ; que la décision n° 98-D-52 du 7 juillet 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain dont se prévaut EDF n'exclut pas le caractère anticoncurrentiel des clauses d'exclusivité ; qu'en effet, de telles clauses peuvent être prohibées par le titre III de l'ordonnance si elles ont pour objet ou pour effet d'ériger des barrières entravant artificiellement le fonctionnement de la

concurrence sur un marché ; que la clause considérée a bien eu cet objet pour la période concernée, ce que révèle la « structure » des pénalités encourues par la BNF en cas de non-respect de ses engagements, lesquelles ne sont pas dégressives en fonction de la durée de conservation des équipements ; qu'en effet, si cette clause avait pour seul objet le maintien des équipements, rien n'empêchait d'introduire un mécanisme « prorata temporis » pour le calcul de pénalités ; qu'en ce qui concerne la clause de pénalité, EDF ne peut se prévaloir d'une disposition qui, résultant d'un projet de loi adopté après les pratiques litigieuses, a justement pour objet de faire échec aux clauses d'exclusivité telles que celles mises en œuvre dans la présente affaire et qui sont de nature à rendre sans portée l'ouverture à la concurrence du marché intérieur de l'électricité ; qu'enfin, l'argument d'EDF selon lequel cette clause n'aurait eu aucune portée, dès lors que les équipements de la BNF ne pouvaient fonctionner qu'à l'électricité et avaient une durée de vie de vingt à trente ans, et que la fourniture de celle-ci relevait du monopole d'EDF, est contradictoire avec la thèse, également avancée par EDF au stade des observations sur la notification des griefs, selon laquelle cette clause serait la contrepartie nécessaire des aides financières accordées ; que le raisonnement d'EDF, quant à l'absence de portée de la clause, s'inscrit dans le cadre de l'intangibilité du monopole d'EDF en matière de fourniture de l'électricité ; qu'EDF ne pouvait ignorer que cette intangibilité n'était pas forcément définitive, compte tenu des perspectives résultant de la création du marché intérieur de l'électricité qu'elle invoque par ailleurs ; qu'en dehors même de cette hypothèse, qui n'était pas purement théorique, le raisonnement d'EDF, qui repose sur le caractère perpétuel de son statut juridique, ne peut être accepté ; qu'ainsi, la clause d'exclusivité litigieuse pouvait à tout moment, en fonction d'une évolution juridique affectant les conditions de la fourniture de l'électricité en France, avoir une portée ; que cette portée consiste dans la fermeture du marché à d'autres opérateurs pendant la durée d'exclusivité consentie ; qu'il convient de rappeler que le déroulement des négociations entre la BNF et EDF, rappelé en pages 30 et 31 de la notification des griefs (annexe III, cotes 30 à 31), fait apparaître qu'EDF entendait réduire à 5 % des besoins le recours au réseau de chaleur urbain, la BNF ayant obtenu finalement que ce seuil soit porté à 8 % ; qu'à supposer même qu'EDF ait pu penser à l'époque de la signature du contrat que son monopole de l'électricité resterait intangible, cette clause aurait contribué à dissuader la BNF de changer d'énergie pour les usages où cela était possible ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que cette pratique constitue un abus de position dominante et est prohibée par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

3. *En ce qui concerne la pratique consistant, pour EDF, à avoir, dans le cadre de la construction de la Bibliothèque nationale de France, subordonné le maintien d'aides financières au raccordement électrique et à l'installation d'applications thermiques consommatrices d'électricité à l'exploitation des équipements subventionnés par le seul maître d'ouvrage, ceux-ci devant par ailleurs être réservés à son approvisionnement exclusif (grief n° 3)*

Considérant qu'EDF a fait valoir dans ses observations sur la notification des griefs que le courrier en date du 19 juillet 1993 par lequel la BNF a été informée des conséquences tarifaires désavantageuses qu'aurait entraînées une reprise, par Climespace, de la centrale de production frigorifique, constitue l'application non discriminatoire des règles tarifaires d'EDF résultant de dispositions réglementaires ; qu'EDF explique que l'exploitation directe, par la BNF, de la centrale de production frigorifique, ajoutée à ses besoins classiques en électricité, lui permettait de bénéficier du tarif vert B + ; que, dans l'hypothèse d'exploitation de la centrale par Climespace, la BNF ne pouvait plus rester le seul client d'EDF, faute de pouvoir rétrocéder de l'électricité à des tiers, rétrocession interdite, sauf cas particuliers inapplicables en l'espèce ; que la réduction de la puissance souscrite aurait entraîné le passage à un tarif

moins avantageux ; qu'EDF fait également valoir que Climespace, qui se prétend évincée du marché, n'a jamais donné suite aux offres de vente de frigories qui lui ont été faites par la BNF et n'a pas davantage participé à l'appel d'offres relatif à la gestion des équipements de production de la BNF ; qu'en réponse au rapport selon lequel, dans le schéma envisagé entre Climespace et la BNF, cette dernière n'aurait pas rétrocédé de l'électricité mais de l'énergie frigorifique à Climespace et aurait donc pu rester le seul client d'EDF, achetant le même volume d'électricité utilisée, dans sa centrale, pour produire de l'énergie frigorifique, dédiée pour partie à ses besoins propres et pour partie à l'alimentation du réseau Climespace, et continuant ainsi à bénéficier des mêmes conditions tarifaires, EDF fait valoir que cette hypothèse n'est pas celle qui motive le courrier du 19 juillet 1993, par lequel EDF informe la BNF des nouvelles conditions qui lui seraient faites et qui vise la rétrocession d'électricité par la BNF ; qu'EDF soutient en outre que l'objection financière du rapport SERTIC du 24 juillet 1993, selon lequel les propositions de Climespace étaient défavorables à la BNF en raison des avantages concédés par EDF dans le cadre d'une convention dont la signature exclut le recours à un tiers pour l'exploitation de la centrale de production frigorifique, était juridiquement non fondée ; que la BNF a proposé à Climespace le 22 septembre 1993 de lui vendre ses frigories excédentaires, sachant qu'elle pourrait conserver les conditions de vente proposées par EDF ; qu'EDF soutient que, dès lors que le rachat de frigories par Climespace aurait permis à cette société de desservir des clients potentiels du quartier Seine/Rive gauche pendant une durée de quatre à cinq ans, aucune entrave au développement du réseau de Climespace et à l'accès au marché de cette société ne peut lui être imputée ; que Climespace a laissé sans suite ces propositions ;

Considérant que l'argumentation d'EDF, en ce qui concerne la modification tarifaire envisagée, se fonde sur une analyse quantitative selon laquelle un volume de consommation moindre entraîne un tarif plus élevé, qu'EDF fait valoir que la BNF aurait réduit sa consommation électrique puisqu'elle n'aurait pu rester le seul client d'EDF, faute de pouvoir juridiquement rétrocéder de l'électricité à Climespace ; que la puissance souscrite par la BNF diminuant, la tarification était moins avantageuse ; que Climespace conteste cette analyse, faisant valoir que la rétrocession d'électricité peut être autorisée par EDF ;

Considérant qu'il résulte effectivement du cahier des charges de la concession d'EDF figurant en cotes 669 et suivantes du rapport qu'EDF peut, en application de l'article 1^{er}, autoriser la rétrocession d'énergie ; que, se prévalant de la prohibition de principe, édictée par ce même article, de la rétrocession d'énergie, EDF n'a pas justifié de ce que les dérogations seraient, comme elle l'indique, limitées à des hypothèses dans lesquelles n'entrerait pas la rétrocession d'électricité par la BNF à Climespace ; qu'à supposer que tel soit juridiquement le cas, les explications d'EDF, admissibles en ce qui concerne la nature du tarif applicable, ne permettent pas en revanche, en ce qui concerne les aides visées au grief n° 1 (aide à l'investissement, réduction sur le coût d'une infrastructure supplémentaire, prise en charge de frais de maintenance et de renouvellement), de justifier de la suppression de ces aides, suppression dont le principe a été admis par M. Charbault en ces termes « *de notre point de vue, la simple reprise de la centrale par Climespace pour la seule alimentation de la BNF ne posait pas de problème. En revanche, à partir du moment où Climespace aurait profité de la centrale et des aides à l'investissement consenties pour alimenter son propre réseau concurrençant l'électricité, cela entraînait forcément la renégociation des contrats prévus avec la BNF comme nous l'avons fait connaître à la BNF* » ; qu'EDF soutient aujourd'hui que les conclusions du rapport SERTIC sont encore erronées et que ces aides auraient été maintenues dans l'hypothèse de la revente de frigories par la BNF à Climespace, venant ainsi contredire *a posteriori* les déclarations de M. Charbault précitées ; que ces dénégations, à ce stade de la procédure, n'emportent pas la conviction ; qu'EDF ne peut se prévaloir utilement de l'absence de participation de Climespace à l'appel d'offres concernant la gestion des

équipements de production de la BNF, qui s'adressent, selon Climespace, à des sociétés d'exploitation et ne concernent pas son activité d'opérateur de réseau ; qu'en ce qui concerne le rachat des frigories, il apparaît que les négociations ont été poursuivies y compris après la saisine du Conseil ; que la société Climespace, interrogée sur ce point au cours de l'instruction, avait fait valoir, par lettre du 3 octobre 1995 (cote 357 du dossier) que ses obligations de concessionnaire, notamment au regard des caractéristiques du produit qu'il lui incombe de distribuer, se sont avérées incompatibles avec le rachat de frigories tel qu'il était proposé ; qu'en tout état de cause, il convient de rechercher quels pouvaient être l'objet et l'effet des pratiques reprochées à EDF au stade de la proposition de reprise par Climespace de la centrale de production frigorifique de la BNF, visées par le grief ;

Considérant qu'en surbordonnant les conditions tarifaires de vente de l'électricité et les aides qu'elle s'était engagée à accorder pour la mise en place d'installations consommatrices d'électricité à l'exploitation, par la seule BNF et pour ses seuls besoins, de la centrale de production frigorifique que cet établissement avait choisi de construire, EDF s'est immiscée, en pratique, dans les conditions d'exploitation de ladite centrale ; que cette immixtion avait pour effet de maîtriser les conditions d'utilisation de l'électricité fournie à la BNF et d'éviter l'utilisation de l'électricité ainsi distribuée pour l'alimentation d'un réseau concurrent ; que ce comportement revêt un caractère abusif dans la mesure où la BNF, qui avait déjà fait le choix de principe de recourir à un système de production autonome, compte tenu notamment des conditions offertes par EDF, ne pouvait recourir à un autre fournisseur, en raison du monopole d'EDF ; que, par ailleurs, s'agissant des aides, lesquelles sont, à la différence des tarifs, négociées, EDF est en mesure de les allouer ou de les supprimer de façon discrétionnaire ; que les conventions entre EDF et la BNF fixant les modalités des aides n'étaient pas encore signées au moment des négociations entre la BNF et Climespace sur la reprise par celle-ci de la centrale de production frigorifique, ce qui rendait possible une éventuelle remise en cause de celles-ci ; que cette remise en cause était expressément liée à l'éventualité d'une alimentation du réseau Climespace par la centrale de production de la BNF, ainsi qu'il résulte des déclarations précitées de M. Charbault ; que le comportement d'EDF avait pour objet et pouvait avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché considéré et est, par suite, prohibé par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

4. *En ce qui concerne la pratique consistant, pour EDF, à avoir accompagné la proposition de services à rendre par sa filiale GFF d'une subvention d'un montant d'au moins 6 000 kF, d'une aide consistant en une bonification des emprunts susceptibles d'être contractés par la BNF pour la construction d'une centrale de production frigorifique et d'une garantie des prix de l'électricité (grief n° 4)*

Considérant qu'EDF fait observer que cette proposition ne s'était accompagnée ni d'une subvention de 6 000 kF, ni d'une garantie des prix de l'électricité, mais d'une simple bonification d'intérêts, considérée par elle comme un avantage non significatif, permettant au client de financer des investissements en équipement de climatisation réversible ; qu'elle maintient que l'aide de 6 000 kF était totalement indépendante du recours ou non aux services complets proposés par sa filiale ; qu'elle fait également valoir que la seule proposition des services de sa filiale n'entrait ni dans les prévisions de la jurisprudence communautaire relative à l'abus de position dominante, ni dans les cas envisagés par le Conseil de la concurrence dans l'avis n° 94-A-15 sur la diversification EDF/GDF, relevant qu'« *il n'y a eu ni agissements déloyaux, comme un dénigrement des produits d'un concurrent, ni pressions exercées par le demandeur* » ; qu'elle soutient enfin que, s'agissant d'une simple proposition qui n'a pas été étudiée par la BNF, aucune atteinte sensible, avérée ou potentielle au jeu de la concurrence ne peut être démontrée ;

Considérant, en effet, qu'il n'est pas contesté que l'offre faite par EDF d'assortir le

recours aux services de sa filiale GFF d'une aide financière, ou à tout le moins d'une facilité de financement, n'a constitué qu'une proposition qui n'a pas été retenue ni même été étudiée par la BNF ; qu'elle n'a donc pas été mise en œuvre ; que, dans ces conditions, il n'est possible d'établir ni son objet ni ses effets anticoncurrentiels ; qu'il n'y a donc pas lieu de retenir le grief correspondant ;

5. *En ce qui concerne la pratique consistant à avoir, dans le cadre d'une opération immobilière réalisée à Paris par le promoteur Kaufmann et Broad et dénommée Washington Plaza, subordonné l'octroi d'aides financières à l'installation d'applications thermiques consommatrices d'électricité et la mise en place d'installations de télécomptage, à l'engagement, par le client final, de s'approvisionner exclusivement et directement auprès d'EDF pendant une durée d'au moins six ans et sous peine de pénalités financières (grief n° 5)*

Considérant qu'EDF fait valoir que les avantages du télécomptage avaient été mal analysés et que l'installation d'un dispositif de télécomptage n'a d'intérêt que pour la gestion de consommations importantes, ce qui suppose que le client ait opté pour le tout-électrique ; qu'EDF indique que le télécomptage se révèle performant seulement au-delà d'une certaine quantité consommée, d'où il résulte que si ce système n'est valable qu'à partir d'un certain volume de consommation, il n'est pas nécessairement lié à un approvisionnement exclusif en électricité ; qu'EDF prétend, dans le cas d'espèce, qu'en choisissant le raccordement au réseau de chaleur, le client Kaufmann et Broad n'avait plus une consommation électrique suffisante pour justifier la mise en place d'une installation de télécomptage ; que, selon EDF, ce serait donc à tort que le rapport affirme que l'installation du télécomptage est subordonnée à un engagement exclusif d'approvisionnement auprès d'EDF, la convention conclue avec Kaufmann et Broad ne contenant aucune clause d'exclusivité ; qu'EDF soutient encore que l'octroi d'une participation commerciale de trois millions de francs résulte du caractère exceptionnel de l'opération, la faisant entrer dans le cadre des aides à l'innovation et aux économies d'énergie et que la nécessaire contrepartie de ce type d'aide consiste dans l'engagement d'utilisation des équipements qu'EDF doit mettre en place pour alimenter le client en électricité ; que cet engagement ne saurait être qualifié d'abus, dans la mesure où il était en l'espèce assorti d'une compensation financière, d'une part, et d'une durée limitée à six ans, d'autre part ;

Considérant que le principe de l'octroi d'une aide de trois millions de francs n'est pas l'objet du grief n° 5, celui-ci visant la subordination de cette participation et de l'installation de télécomptage à un engagement de fourniture exclusive ; qu'EDF, après avoir, dans les observations à la notification des griefs, contesté la matérialité de ce lien de subordination entre télécomptage et engagement de fourniture exclusive, soutient désormais qu'il n'existe pas d'engagement de fourniture exclusive ;

Mais considérant que les termes de la clause litigieuse, cités dans la partie « constatations » de la présente décision, font apparaître que l'engagement pris par le client consiste exactement dans la mise en service et l'utilisation pour une durée minimale de six ans d'un équipement électrique destiné à la climatisation et au chauffage de chaque bureau d'un ensemble immobilier de 46 000 m² ; que, dans ces conditions, elle est assimilable à une clause d'approvisionnement exclusif ; qu'ainsi, EDF ne peut valablement soutenir qu'aucun engagement exclusif de fourniture d'électricité envers elle n'a été pris par la société Kaufmann et Broad ; qu'en ce qui concerne le lien entre cette clause et la mise en place de l'installation de télécomptage, celui-ci est suffisamment établi, d'une part, par les termes de la déclaration du maître de l'ouvrage selon lesquels « *Si l'offre de CPCU avait été acceptée, nous n'aurions sans doute pas eu de télécomptage* » et, d'autre part, par la lettre du chef du service des relations commerciales du centre EDF-GDF-Services de Paris-Tour-Eiffel, en date du 24 janvier 1991, citée au I de la présente décision, selon laquelle l'exclusivité

d'approvisionnement en électricité est qualifiée de « *contrepartie* » à l'octroi d'une participation commerciale et à la mise en place d'installations de télécomptage ; qu'enfin, cette lettre indique *in fine* que les usages thermiques visés par la clause d'exclusivité sont le chaud et le froid ;

Considérant que les marchés concernés sont les marchés de l'électricité, le client étant tenu de se raccorder au réseau électrique compte tenu des usages incontournables de l'électricité, de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation des bâtiments et de la fourniture d'énergie destinée au chauffage ; qu'EDF occupe une position dominante sur chacun de ces marchés ;

Considérant qu'EDF conteste le caractère abusif de la pratique en cause et l'existence d'objet ou d'effet anticoncurrentiels ; que la pratique consiste, pour EDF, à exiger de ses clients, en contrepartie d'une aide commerciale et de prestations particulières, un engagement d'utilisation et de conservation d'équipements fonctionnant à l'électricité pour assurer les fonctions de chauffage et de climatisation ; que cette pratique, qui subordonne l'octroi d'aides commerciales et d'une prestation complémentaire qu'EDF et seule EDF, compte tenu de ce que cette prestation entre dans le cadre de ses activités sous monopole, peut discrétionnairement accorder ou refuser, au recours exclusif à l'électricité pour la satisfaction des besoins thermiques d'un immeuble, a pour objet de faire obstacle à l'utilisation d'une énergie concurrente ; que si les efforts commerciaux font partie des outils normaux utilisés dans la compétition existant entre opérateurs, ceux mis en œuvre dans l'opération considérée revêtent un caractère abusif parce qu'ils sont le fait d'un opérateur en position dominante ; que, dans le cas d'espèce, l'utilisation faite de ces moyens a pour objet et a eu pour effet de faire obstacle à la concurrence sur les marchés concernés ; que l'objectif dont se prévaut EDF d'aider les projets innovants susceptibles de réduire la consommation d'énergie ne suffit pas à justifier l'obligation d'exclusivité qui a pour objet de « fermer » l'accès au client pendant la durée de l'engagement, ôtant ainsi la possibilité, pour les clients d'EDF, de revoir leurs modes d'approvisionnement en énergie, en fonction des évolutions du marché susceptibles de modifier, au désavantage d'EDF, les conditions économiques de cet approvisionnement ; que ceci résulte également de la nature de l'aide accordée par EDF qui consiste, en l'espèce, à couvrir 60 % du coût des travaux complémentaires rendus nécessaires par le choix du tout-électrique au lieu du raccordement au réseau CPCU ; que la progression des parts de marché de la CPCU qu'invoque EDF pour nier la possibilité d'un effet anticoncurrentiel de la clause litigieuse, n'est pas de nature à infléchir cette analyse, dès lors, d'une part, que la clause litigieuse ne concerne pas le seul marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage sur lequel intervient la CPCU mais aussi celui de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation et que, d'autre part, il n'est pas possible d'affirmer que le marché s'est développé dans des conditions identiques à celles qui auraient pu prévaloir si EDF n'avait pas recouru aux pratiques litigieuses ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que ces pratiques entrent dans le champ d'application de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et sont prohibées par celui-ci ;

Considérant qu'EDF se prévaut des dispositions des paragraphes 1 et 2 de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 aux termes desquels : « *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques : 1. Qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ; 2. Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès* » ; qu'EDF

indiquait que l'aide consentie dans le cadre de l'opération Washington Plaza entrerait dans les prévisions des contrats de plan signés avec l'Etat, invoquant à cet égard le contrat signé pour la période 1997-2000, lequel prévoit un montant de 2,8 milliards de francs consacrés à l'innovation ;

Mais considérant qu'en toute hypothèse, et à supposer qu'il ait existé pour la période concernée par l'opération Washington Plaza antérieure à 1997 un contrat contenant des dispositions analogues à celles figurant dans le contrat de plan produit par EDF en annexe de ses observations et que certaines des clauses de ce contrat puissent être regardées comme ayant le caractère d'un règlement pris pour l'application d'un texte législatif, l'exonération dont se prévaut EDF ne pourrait néanmoins lui être accordée, dans la mesure où le contrat de plan invoqué indique lui-même, dans la partie consacrée aux moyens commerciaux susceptibles d'être employés par EDF et concernant notamment les aides commerciales, que *« l'ensemble de ces opérations sera mené dans le respect des règles de la concurrence »* ; que, en ce qui concerne le bénéfice du 2 de l'article 10, l'engagement d'exclusivité n'est en rien indispensable à l'objectif de progrès poursuivi par EDF ; que, dans ces conditions, EDF ne peut bénéficier des dispositions de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

6. *En ce qui concerne la pratique consistant, pour EDF, à avoir, dans le cadre d'une opération immobilière située 11, rue du Cirque à Paris dans le VIII^e arrondissement, subordonné l'octroi d'une prestation spécifique à l'engagement, pour le client final, de s'approvisionner exclusivement en électricité pour répondre à ses besoins thermiques (grief n° 6)*

Considérant qu'EDF conteste, à propos de cette opération, la matérialité du lien existant entre obligation de fourniture exclusive et télécomptage, tout en formulant, par ailleurs, les mêmes observations que pour la pratique précédente auxquelles il doit être répondu de la même manière ;

Considérant qu'EDF considère encore que le fax du 12 mars 1991, dont le contenu est cité au I de la présente décision, *« s'explique par de simples raisons techniques, en particulier par l'importance de la consommation »* ;

Mais considérant que ce document lie explicitement installation de télécomptage et adoption par le maître d'ouvrage d'un système tout-électrique pour la production de chaud et de froid ; qu'en effet, le choix proposé au maître de l'ouvrage consiste soit à retenir la solution tout-électrique, et dans ce cas EDF propose de réaliser une installation de télécomptage, soit à adopter une autre solution, et EDF indique alors qu'elle réalisera l'alimentation électrique de l'immeuble sans télécomptage ; qu'il en résulte donc bien qu'EDF a subordonné l'installation d'une prestation spécifique souhaitée par son client à un engagement d'approvisionnement exclusif en électricité ; que cela est corroboré par les déclarations de M. Benda, responsable des travaux d'investissement à la direction immobilière d'AXA, telles qu'elles sont consignées à la page 7 du rapport d'enquête administratif, aux termes desquelles : *« si la solution tout-électrique était retenue »*, le télécomptage serait installé sans restriction ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que cette pratique, qui est le fait d'une entreprise en position dominante et qui avait pour objet et a eu pour effet de faire obstacle à l'exercice de la concurrence sur le marché de la fourniture d'énergie destinée à assurer le chauffage ou la climatisation, est contraire à l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

7. *En ce qui concerne la pratique consistant, pour GDF, à avoir, dans le cadre de l'opération d'aménagement de la ZAC de Bercy, accordé à la société Zeus une garantie du prix du gaz, indexée sur le prix de la vapeur (grief n° 7)*

Considérant qu'en réponse à la notification des griefs, GDF a fait valoir que la clause litigieuse n'est en rien une « clause d'indexation de prix » ; que le rapport a précisé que

l'objet du grief porte sur l'équilibre économique favorable au gaz par rapport à la vapeur, qui a déterminé le choix initial du client, équilibre que GDF garantit dans cette clause ; que GDF conteste que cette clause ait un objet ou un effet anticoncurrentiel ; que GDF expose sur ce point que le choix d'un système de chauffage représente un coût d'investissement élevé, a des effets durables et est faiblement réversible et que, dans ces conditions, ce sont les clients qui exigent une telle clause ; que GDF fait valoir que si cette clause avait eu pour objet d'écarter la concurrence, la garantie aurait dû jouer aussi face aux autres combustibles concurrents du gaz, tel le fioul ; qu'en ce qui concerne l'effet de la pratique litigieuse, GDF indique que l'argument de l'obstacle au raccordement à un réseau de vapeur est inopérant puisque le réseau n'existe pas dans le site en cause ; qu'ainsi la clause ne peut donc pas avoir eu pour effet l'élimination de CPCU en tant que concurrent, même potentiel, de GDF ; que GDF invoque le caractère purement hypothétique du raisonnement du rapport selon lequel sur un terme de dix ans, durée prévue de la garantie, rien n'autorise à affirmer que des innovations technologiques ne pourraient pas modifier les choix offerts au consommateur, tant au plan des caractéristiques techniques des systèmes de chauffage que de leurs conditions économiques ;

Considérant qu'en ce qui concerne l'objet de la clause, le fait que la garantie ne soit accordée que par référence au coût d'un seul « produit » concurrent, à savoir la vapeur, n'exclut pas l'existence d'un objet anticoncurrentiel ; qu'en effet, le caractère anticoncurrentiel d'une pratique n'est pas subordonné au fait que tous les opérateurs d'un même marché soient potentiellement visés par la pratique en cause ; qu'il en est particulièrement ainsi lorsque l'opérateur visé occupe une place minoritaire et que la pratique peut avoir un effet non seulement sur la décision d'un client précis, mais, au-delà, sur le développement de l'offre de cet opérateur ; que, précisément, dans le cas d'un réseau, la décision de clients importants peut exercer une influence sur l'évolution future de l'offre ;

Considérant qu'ainsi que cela a déjà été exposé, et en raison de la faible réversibilité d'un système de chauffage, la concurrence s'exerce principalement au moment du choix de l'équipement ; que les garanties contractuelles qui peuvent être négociées à l'occasion de ce choix sont donc particulièrement importantes pour le libre jeu de la concurrence ; que le fait qu'une garantie telle que celle offerte par GDF soit éventuellement sollicitée par les clients est sans influence sur les caractéristiques qu'elle présente au regard du fonctionnement du marché ; que, si la clause litigieuse assure au client le maintien des conditions économiques prévalant au moment de la conclusion du contrat de fourniture, elle offre également à GDF, dans le même temps, un débouché certain pendant la durée de la convention ; qu'il en résulte qu'en garantissant à ses clients que le recours au gaz sera toujours, pendant la durée de la garantie, économiquement favorable à cette énergie, GDF restreint le jeu de la concurrence sur le marché de la fourniture d'énergie destinée au chauffage ; qu'une telle clause, sous couvert de sauvegarder l'intérêt du client, a pour effet de faire obstacle à l'abaissement des prix de vente de la part des concurrents producteurs de vapeur, aucun d'entre eux ne pouvant, à terme, espérer augmenter significativement sa part de marché s'il diminue ses prix ; qu'elle contribue donc à figer les positions acquises sur le marché ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que cette pratique entre dans le champ de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et est prohibée par l'article 8 de cet texte ;

8. *En ce qui concerne la pratique, reprochée à EDF et GDF, consistant à avoir subordonné, dans le cadre de l'opération d'aménagement de la ZAC de Bercy, l'octroi d'aides financières au raccordement électrique et à l'installation d'applications thermiques consommatrices d'électricité et/ou de gaz, à l'engagement, par le client final, de s'approvisionner en énergie exclusivement et directement auprès d'EDF ou de GDF pendant une durée d'au moins dix ans et sous peine de pénalités financières (grief n° 8).*

Considérant qu'EDF soutient que les clauses d'exclusivité sont justifiées par l'ampleur des investissements consentis ; qu'elle fait valoir qu'il est normal que l'opérateur se

prémunisse contre le risque de voir les programmes d'aménagement non tenus et contre celui de voir l'utilisateur final changer d'énergie avant l'entier amortissement des investissements ; qu'elle soutient qu'au regard de la jurisprudence du Conseil sur les clauses d'exclusivité, telle qu'elle s'exprime dans sa décision n° 98-D-52 du 7 juillet 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain, la durée de dix ans prévue par la clause litigieuse n'est pas excessive, dès lors que ses investissements se sont élevés à dix millions de francs auxquels il convient d'ajouter les coûts de raccordement et de branchement, soit au total une somme de 12,3 millions de francs ; qu'elle expose, d'ailleurs, qu'en cinq ans, elle n'a amorti que 15,5 % de son investissement ;

Considérant que GDF justifie de la même manière qu'EDF la clause d'exclusivité qui lui a été consentie dans le cadre de l'aménagement de la ZAC de Bercy, à savoir le nécessaire amortissement des investissements réalisés pour la desserte en gaz de la zone considérée ; que GDF ajoute qu'il n'avait aucune obligation de desservir en gaz la ZAC de Bercy ; qu'il lui appartenait donc de garantir l'amortissement et un retour normal sur investissement ; que GDF se prévaut, lui aussi, de la décision précitée du 7 juillet 1998 ; qu'il fait enfin valoir que l'appréciation du caractère abusif ou non de la clause doit s'apprécier eu égard aux circonstances économiques qui prévalaient à l'époque du contrat, et non au vu des données et informations acquises par la suite ; qu'il rappelle, à ce sujet, que le projet en cause a été envisagé au moment de la guerre du Golfe et pendant la crise immobilière sévissant à Paris ; qu'il s'agissait donc d'une opération particulièrement risquée ; qu'enfin, la clause ne pouvait avoir pour effet d'empêcher un concurrent d'accéder au marché dès lors que le choix initial d'un système de chauffage est faiblement réversible et que, si les promoteurs de la ZAC souhaitaient pour tel bâtiment une autre énergie, ils ne s'exposaient qu'à la perte des aides commerciales selon une proportion stipulée au contrat ; que cette entreprise soutient également que la clause d'exclusivité critiquée ne joue pas sur le marché dominé et ne peut donc être qualifiée au regard de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'une entreprise en position dominante sur un marché peut abuser de cette position sur un autre marché, connexe ou aval ; que l'argumentation de GDF, selon laquelle le fait que la clause, objet du grief, ne joue pas sur un marché dominé, est inopérante, dès lors que GDF dispose bien d'une position dominante sur un marché connexe à celui sur lequel la clause litigieuse produisait ses effets ; que, de même, l'argument selon lequel la faible réversibilité du choix d'un système de chauffage exclut toute potentialité d'effet de la clause doit être écarté, dès lors que la clause d'exclusivité n'avait aucune portée si, comme le soutient GDF, le client ne pouvait plus recourir à une énergie concurrente une fois son système de chauffage choisi ; que, par ailleurs, les explications de GDF sur la nécessité d'amortir ses investissements seraient dénuées de pertinence si ce risque de voir l'utilisateur changer d'énergie n'existait pas ;

Considérant que les aides accordées par EDF et GDF viennent en déduction de leurs barèmes de prix officiels ; qu'elles ont une contrepartie en termes de vente d'électricité ou de gaz de manière indirecte, par l'effet d'une convention conclue pour une longue période et du choix d'un équipement spécifique, conduisant automatiquement à l'apparition d'une demande durable d'électricité ou de gaz du fait de la réversibilité limitée des systèmes de chauffage ; que cette demande est nécessairement adressée à EDF ou GDF du fait de leur monopole ; que l'irréversibilité des choix n'étant pas totale, les clients conserveraient en principe, au prix de nouveaux investissements, la possibilité de recourir à une autre source d'énergie mais qu'une telle possibilité, déjà difficile à mettre en œuvre, est rendue plus inaccessible encore par les clauses d'exclusivité ; que celles-ci, dès lors, confortent la pérennité de la demande adressée à EDF et à GDF ; que la décision n° 98-D-52 n'exclut d'ailleurs pas le caractère anticoncurrentiel des clauses d'exclusivité si elles empêchent toute possibilité d'accès des entreprises concurrentes aux marchés concernés ; qu'il suit de là que les clauses litigieuses,

imposées par des entreprises qui disposent d'une position dominante sur un ou plusieurs marchés, pouvaient avoir un caractère anticoncurrentiel ;

Considérant, toutefois, que, d'une part, la durée d'exclusivité n'apparaît pas excessive au regard de la nature et du montant des investissements consentis par EDF et GDF ; que, d'autre part, à la différence du mode de calcul des pénalités prévues dans le cadre des aides à la BNF, objet du grief n° 2, les conventions EDF-GDF comportaient une clause de « prorata temporis » pour le remboursement des aides versées ; que cette situation rendait moins onéreuse pour le client la décision de modifier son approvisionnement énergétique en cours de convention ; que la pratique contestée ne constituait donc pas, pour les fournisseurs d'énergie concurrents, et à la différence de ce qui a été constaté dans le grief n° 2, un obstacle à l'accès au marché ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la pratique ne peut être qualifiée au regard de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

9. En ce qui concerne la pratique, reprochée à EDF et GDF, consistant dans le fait d'avoir mis en œuvre une entente aux fins de se répartir les marchés d'approvisionnement en énergie et de baisser artificiellement les prix de la fourniture d'électricité et de gaz, dans les propositions du centre EDF-GDF Paris-Rive-Gauche à la Bibliothèque nationale de France, en accordant une aide financière à la solution « couplée » Gaz-Electricité, (grief n° 9) et, dans la convention signée par le centre EDF-GDF-Services Paris-Aurore avec la société Zeus, par la clause d'exclusivité de fourniture en faveur d'EDF et de GDF (grief n° 10)

Considérant qu'EDF fait valoir que l'existence des centres EDF-GDF-Services était critiquée en elle-même par la notification des griefs, alors que la mise en place d'une entité commune n'est pas en soi restrictive de concurrence et alors surtout que ces centres ont une base légale et conventionnelle ;

Mais considérant que les griefs ne visent pas l'existence de la structure commune EDF-GDF-Services en tant que telle, mais des pratiques relevées à l'occasion de deux opérations immobilières particulières et trouvant leur source dans des conventions dont les centres EDF-GDF-Services concernés sont les supports et assurent la mise en œuvre ; qu'ainsi, l'invocation des textes sur lesquels repose l'existence des centres EDF-GDF-Services est inopérante ;

Sur la pratique relevée à l'occasion de la construction de la BNF :

Considérant qu'EDF se prévaut de ce que le montant de l'abattement proposé sur le coût de raccordement de l'alimentation de secours de la BNF, à la charge de cette dernière, a été calculé par rapport à la consommation d'électricité et n'a pas varié par la suite, bien que la solution mixte électricité/avec appoint gaz n'ait pas été retenue et que le client ait choisi une solution EDF/avec appoint CPCU ; qu'elle indique, en réponse au rapport, que les faits d'entente ne se présument pas et que la seule omission, dans l'offre, de l'indication selon laquelle l'abattement pour la seconde alimentation pouvait être consenti quelle que soit l'énergie complémentaire utilisée, ne peut suffire à prouver l'entente reprochée ;

Considérant que GDF se prévaut des mêmes explications techniques qu'EDF et soutient, en outre, que l'abattement, qui ne résulte pas de l'effet de la structure commune EDF-GDF-Services, n'avait ni pour objet ni pour effet de fausser la concurrence ; que GDF fonde également son argumentation sur le fait qu'EDF avait maintenu cet avantage commercial alors que l'appoint de chaleur avait finalement été attribué à la CPCU et non au gaz ; qu'en réponse au rapport, GDF fait valoir que les faits visent une proposition unilatérale d'EDF ; qu'aucun grief ne saurait être retenu à son encontre dès lors que son adhésion à une éventuelle entente n'est pas démontrée ; que le fait que l'offre émane d'un centre EDF-GDF-Services ne suffit pas à l'impliquer ; que la BNF, qui a reçu trois offres commerciales distinctes dont celle de GDF seul, n'a pu se méprendre sur l'auteur des différentes propositions ;

Considérant qu'il est constant que le choix, par la BNF, de la CPCU, et non de GDF, pour la fournir en énergie complémentaire, ne s'est pas accompagné du retrait de l'abattement

en cause ; qu'il en résulte que la pratique consistant à offrir un abattement sur le coût d'une prestation EDF, sous réserve du choix de l'électricité ou d'une fourniture couplée électricité-gaz, n'a pu avoir d'effet anticoncurrentiel ; que cette pratique présentait néanmoins un objet anticoncurrentiel consistant à écarter toute énergie autre que l'électricité ou le gaz sur le site donné, dès lors que l'abattement n'était pas proposé par EDF dès le début des négociations et quelle que soit l'énergie utilisée ; que le fait que le coût du raccordement supplémentaire était identique pour EDF, quelle que soit l'énergie complémentaire utilisée, rend équivoque la présentation faite dans l'offre selon laquelle la meilleure rentabilisation des équipements avec une solution électricité-gaz permettait l'octroi d'un abattement sur le coût de la seconde alimentation ; que le caractère marginal de la fourniture complémentaire devant être assurée par le gaz ou par la vapeur ne supprime pas l'existence d'un objet anticoncurrentiel ;

Mais considérant que n'est établie à l'encontre d'EDF qu'une omission consistant à ne pas avoir informé son client des conditions exactes de l'offre qui lui était proposée ; que, par ailleurs, le fait que l'offre litigieuse ait été présentée au seul nom d'EDF ne permet pas de retenir qu'elle avait été concertée avec GDF ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'entente n'est pas établie et, qu'ainsi, les faits visés au grief n° 9 ne peuvent être qualifiés au regard des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1996 ;

Sur la pratique relevée à propos de la ZAC de Bercy :

Considérant qu'en réponse au rapport, EDF et GDF font valoir que ce grief est identique à celui résultant du grief n° 8, ce qui est contraire au principe « no bis in idem » ;

Mais considérant que le principe invoqué par EDF et GDF n'empêche pas la qualification d'une même pratique au regard des articles 7, d'une part, et 8, d'autre part, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dès lors qu'une seule sanction est prononcée au titre de cette pratique par le Conseil ;

Considérant qu'EDF conteste l'effet sur les prix de la fourniture d'électricité ou de gaz qu'aurait pu avoir la clause d'exclusivité contestée et nie que la pratique critiquée ait pu constituer une barrière à l'entrée sur le marché de la fourniture de l'énergie ; que GDF renvoie à ses observations concernant la clause d'exclusivité consentie à la société Zeus et conteste la répartition de marché incriminée par le grief ;

Considérant que ce sont, en effet, les aides accordées par le centre EDF-GDF-Services concerné, et non la clause d'exclusivité, qui sont susceptibles de faire baisser artificiellement le coût du recours à l'électricité ou au gaz, mais que c'est la combinaison de ces aides, aboutissant à une baisse de prix, et de la clause d'exclusivité qui fait que les autres concurrents sont exclus de façon durable de l'approvisionnement en énergie de la zone considérée ; que, si cette pratique a été visée, sous la qualification d'abus de position dominante, par le grief n° 8, le grief n° 10 reproche spécifiquement à cette clause de constituer une entente entre EDF et GDF ; que cette clause, en effet, limite la fourniture d'énergie sur le site considéré, durant la période d'exclusivité, à une compétition entre EDF et GDF ; qu'en invoquant la faculté laissée au client de passer alternativement du gaz à l'électricité, GDF ne fait que décrire la pratique précisément contestée, qui consiste en ce que EDF et GDF se sont entendus afin de limiter la compétition à leurs seules énergies ; qu'ainsi, la clause litigieuse implique que les aides commerciales accordées pour l'opération immobilière concernée sont subordonnées à une fourniture couplée gaz-électricité, c'est-à-dire qu'elles ne seraient pas accordées si le client avait recours soit à l'électricité associée à une autre énergie, soit au gaz associé à une autre énergie ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la pratique susdécrite est prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'en ce qui concerne l'article 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, aucun texte n'est susceptible de justifier la pratique visée au grief n° 10, les textes invoqués

par EDF étant relatifs à l'existence des centres EDF-GDF, services qui ne sont pas mis en cause en tant que tels ; qu'en ce qui concerne l'article 10-2 de la même ordonnance, rien n'établit que la clause d'exclusivité de fourniture consentie au bénéfice d'EDF et GDF ait été indispensable pour obtenir l'efficacité économique dont EDF se prévaut ; qu'en tout état de cause, l'article 10-2 exclut l'exemption des pratiques donnant aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause alors que tels étaient bien l'objet et l'effet de la pratique incriminée ;

10. *En ce qui concerne la qualification des pratiques au regard des articles 85 et 86 du traité de Rome*

Considérant qu'il n'est pas établi au regard du dossier que les pratiques en cause aient affecté le commerce intracommunautaire ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 10 millions de francs. Le Conseil peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne (...)* ; Les frais sont supportés par la personne intéressée » ;

Considérant qu'EDF, détenteur d'une position dominante sur les marchés de l'électricité, de l'énergie destinée au chauffage des bâtiments et de la fourniture d'énergie destinée à la climatisation des bâtiments, a abusé de cette position sur le deuxième et le troisième de ces marchés ; que GDF, détenteur d'une position dominante sur le marché du gaz combustible, a abusé de cette position sur le marché connexe de la fourniture d'énergie destinée au chauffage des bâtiments ; que, pour apprécier le degré de gravité des pratiques, il y a lieu de relever qu'elles ont été commises par des opérateurs publics et qu'elles résultent des moyens tant matériels qu'immatériels dont les opérateurs concernés disposent en cette qualité ; que, pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de relever que ces pratiques avaient pour objet et pouvaient avoir pour effet d'entraver spécialement le développement des énergies concurrentes distribuées par réseau et donc de fermer l'accès à un marché naissant ; qu'en ce qui concerne les pratiques établies à l'encontre d'EDF, il convient de souligner, pour la BNF et la ZAC de Bercy, qu'elles ont été commises, dans le premier cas à l'occasion d'un chantier exceptionnel constitué par la construction de la BNF, et ont produit leur effet, dans les deux cas, sur une zone d'aménagement urbain considérée comme essentielle au rééquilibrage de l'agglomération parisienne ; que, s'agissant de la BNF, la solution retenue pouvait exercer une influence certaine sur la possibilité ou non de la mise en place d'un réseau d'eau glacée dans cette importante zone d'aménagement ;

Considérant qu'EDF a réalisé en France, au cours de l'exercice 1998, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors taxes de 185 milliards de francs ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 30 millions de francs ;

Considérant que GDF a réalisé en France, au cours de l'exercice 1998, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors taxes de 58,706 milliards de francs ; qu'en fonction

des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 2 millions de francs ;

Considérant que, compte tenu de l'importance de l'image de ces opérateurs et de leur réputation de prescripteurs techniques, il convient d'informer leurs consommateurs potentiels de ce que, dans certaines circonstances, ces avantages liés à leurs positions dominantes ont pu être utilisés de façon abusive ; qu'il y a lieu, dès lors, de prescrire la publication de la présente décision dans le quotidien *Le Monde*,

Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que les sociétés EDF et GDF ont enfreint les dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

30 000 000 F à EDF ;

2 000 000 F à GDF.

Article 3

Dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision, EDF et GDF feront publier, à frais communs et au prorata des sanctions prononcées, la partie II de la présente décision dans une édition du quotidien *Le Monde*. Cette publication sera précédée de la mention : « *Décision du Conseil de la concurrence du 20 juillet 1999 relative à des pratiques constatées dans le secteur des applications thermiques de l'énergie.* »

Délibéré, sur le rapport de Mme Luc, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président, Mmes Boutard-Labarde, Flüry-Herard, MM. Ripotot, Robin, Rocca et Sloan, membres,

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 59

Décision n° 99-D-52 du Conseil de la concurrence en date du 14 avril 1999 relative à trois saisines de la société Saviex France

NOR : ECOC9910273S

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 24 février 1993 sous le numéro F 579, par laquelle la société Saviex France a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la société Allied Signal Aftermarket Europe SA ;

Vu les lettres enregistrées les 25 avril et 11 juillet 1996 sous le numéro F 870 par lesquelles la société Saviex France SA a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la Société de reconditionnement industriel de moteurs et de la société Sagem ;

Vu le traité du 25 mars 1957 modifié instituant la Communauté européenne, et notamment ses articles 85 et 86 ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son

application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et M. Samaha, représentant la société Saviex, entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général suppléant,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

Les principaux exportateurs de pièces détachées pour automobiles dans les pays à risques délaissés par les équipementiers sont les sociétés Soeximex, Automotor, Autorex, ainsi que la société Saviex. En 1996, ils ont réalisé leurs plus forts pourcentages de vente au Nigeria et en Algérie. Ils ont plusieurs fournisseurs, français et étrangers, l'objectif étant de disposer d'une gamme couvrant toutes les familles de produits. Les pièces détachées sont majoritairement destinées à des modèles anciens, particulièrement de marque Peugeot. Comme les sociétés Soeximex et Autorex, la société Saviex réalise 98 % environ de ses ventes à l'exportation.

Les principaux fournisseurs de pièces détachées sont Valeo distribution pour les pièces d'embrayage, Sagem pour les bougies Eyquem, Perfect Circle distribution Europe pour les pièces de moteur et Allied Signal Aftermarket Europe SA pour les équipements de freinage de marque Bendix. Leurs produits destinés à l'exportation sont commercialisés par l'intermédiaire d'exportateurs qui bénéficiaient de conditions générales de ventes particulières comportant des remises importantes en fonction des volumes et des pays de destination, notamment les pays à risques, où les équipementiers n'entendaient pas exporter directement. La réorganisation du secteur a conduit ces derniers à confier l'exclusivité de la vente de leurs produits à une société par pays sur la base de contrats particuliers ou de conditions spécifiques.

La Société de reconditionnement industriel de moteurs (Srim), du groupe Dana, regroupe les deux sociétés Dana distribution France et Perfect Circle distribution Europe (PCDE). Cette dernière gère les exportations du groupe, notamment vers les pays d'accès difficile, tels le Nigeria et l'Algérie, pour lesquels sont établis, parallèlement au tarif général « export », des tarifs et conditions commerciales particuliers. Le tarif Nigeria ne comporte que des références de pièces de marque Peugeot.

De 1995 au début de 1996, la société PCDE accordait à ses clients exportateurs une remise, fixée unilatéralement dans le cadre d'« un tarif promotionnel par point » qui n'était pas communiqué aux exportateurs.

Consultée au début de l'année 1996 par la société Saviex, la société PCDE lui a indiqué qu'elle ne pouvait bénéficier des conditions particulières au Nigeria que si elle disposait d'un établissement dans ce pays. Cette condition, qui n'était pas remplie par la société Saviex, ne figurait pas dans les conditions de vente et n'était pas exigée des autres exportateurs.

En avril 1996, la société PCDE a conclu un contrat de distributeur exclusif pour l'Algérie avec la société Pam et pour le Nigeria avec la société Soeximex. Les exportateurs s'interdisaient, en application du contrat, de revendre les produits à tout distributeur hors du territoire concédé et d'y commercialiser des produits concurrents de ceux de la société PCDE.

De son côté, la Sagem, lors du rachat, en 1995, de la société Eyquem, a engagé une refonte de la politique commerciale à l'égard des exportateurs, en vue de stimuler les ventes dans les pays où, compte tenu des risques physiques et financiers, elle ne souhaitait pas commercialiser elle-même ses produits (Algérie, Libye, Nigeria).

Pour ces pays, elle a mis en place des contrats de concession, conclus avec des exportateurs répondant à divers critères et leur donnant droit, en contrepartie d'engagements,

à un tarif « concessionnaire » beaucoup plus favorable que le tarif général « export » accessible à tous les exportateurs. Les critères de sélection des concessionnaires portent sur la maîtrise de la distribution de pièces détachées pour automobiles et sur l'existence de moyens adaptés au pays concerné. Les concessionnaires doivent s'engager à justifier de la destination de leurs ventes.

Dans les pays où un concessionnaire particulier a été sélectionné, les autres exportateurs peuvent vendre également les produits Eyquem, mais sans bénéficier du tarif réservé au concessionnaire, c'est-à-dire à des prix supérieurs de 50 % à ceux de ce dernier.

Selon le directeur des exportations de la société Allied Signal Aftermarket Europe SA, des tarifs spécifiques ont été appliqués à tous les exportateurs vers le Nigeria jusqu'en 1997. En 1994, 1995, 1996 et 1997, des tarifs ont été diffusés, mais les prix réels ont été négociés au cas par cas.

En mai 1996, la société Allied Signal Aftermarket Europe SA a annoncé la désignation, pour le Nigeria, d'un distributeur exclusif. Cette organisation, dont la mise en place était prévue pour le 1^{er} septembre 1996, n'était toujours pas effective en juin 1997. Les exportateurs ont donc continué à être livrés sur la base des conditions commerciales antérieures, qui reposent sur des listes de prix nets Nigeria.

Pour le liquide de frein, deux prix nets sont fixés et attribués en fonction des volumes achetés, sans toutefois qu'il existe de grille écrite définissant ces volumes, qui peuvent être appréciés dans le cadre d'une programmation de commandes sur une certaine durée.

En outre, pour ce produit, la société Allied Signal Aftermarket Europe a, en janvier 1997, communiqué à la société Saviex un seul de ses deux tarifs à l'exportation, supérieur de 50 % au prix le plus bas. La société Saviex a renoncé à sa commande.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Considérant que la société Saviex soutient avoir fait l'objet de pratiques discriminatoires de la part des sociétés Sagem, Allied Signal Aftermarket Europe SA, qui auraient favorisé les sociétés Autorex et Soeximex, et de la part de la Srim, qui aurait abusé de sa position dominante ;

Considérant que l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 s'applique dès lors que les pratiques visées par ce texte ont un objet ou peuvent avoir un effet sur le territoire national, peu important le lieu de leur conclusion, le lieu d'établissement de leurs auteurs ou encore leur nationalité ;

Mais considérant qu'en l'espèce les pratiques alléguées concernent exclusivement l'exportation de produits dont rien au dossier ne permet d'établir qu'ils pourraient faire l'objet de réimportation en France ; que l'activité de la société Saviex est exclusivement exportatrice ;

Considérant, ainsi, que si ces pratiques ont pu avoir pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence entre les exportateurs concernés, ce qui explique qu'elles avaient fait l'objet de décisions de justice rendues en application du titre IV de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, elles n'étaient pas en tout état de cause susceptibles d'affecter le marché français, sur lequel n'intervenaient ni la société Saviex ni ses concurrents ; que, dès lors, les pratiques dénoncées par la partie saisissante ne peuvent être sanctionnées sur le fondement du titre III de cette ordonnance ;

Considérant qu'aucun élément du dossier ne permet de présumer que les produits exportés par la société Saviex et ses concurrents pourraient être réimportés dans un pays de l'Union européenne ; que, dès lors, les pratiques dénoncées n'entrent pas davantage dans les prévisions des articles 85 et 86 du traité de Rome ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'il y a lieu de faire application de

l'article 20 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,
Décide :

Article unique

Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Servella-Huertas, par M. Cortesse, vice-président, président la séance en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Rocca, membre.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
Le vice-président,
présidant la séance,
Pierre Cortesse
Annexe 60

**Décision n° 99-D-53 du Conseil de la concurrence en date du 22 juin 1999
relative à une saisine présentée par la société Asthrul
NOR : ECOC9910320S**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 21 décembre 1998 sous le numéro F 1111, par laquelle la société Asthrul a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles résultant, selon elle, du refus d'agrément pour le ramassage des huiles usagées qui lui a été notifié par le préfet d'Ille-et-Vilaine le 19 novembre 1998 ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la lettre de la société Asthrul enregistrée le 27 avril 1999 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que, par lettre susvisée enregistrée le 27 avril 1999, la société Asthrul a déclaré retirer sa saisine ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil de se saisir d'office,

Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 1111 est classé.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Avignon, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 61

**Décision n° 99-D-54 du Conseil de la concurrence en date du 29 septembre 1999
relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société New Charmes
NOR : ECOC0000118S**

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 9 juillet 1999 sous les numéros F 1155 et M 241, par laquelle la société New Charmes a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Silhouette International Schmied § Co.Kg dans le secteur de la distribution de montures de lunettes qu'elle estime anticoncurrentielles et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société New Charmes, par la société Silhouette International et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société New Charmes et Silhouette International entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que la société New Charmes se livre à une activité d'importation et de distribution en gros de montures de lunettes de haut de gamme fabriquées par la société Silhouette International, implantée à Linz en Autriche ; que, par contrat conclu le 15 mars 1975 à effet du 1^{er} janvier 1975, la société New Charmes est devenue le distributeur exclusif en France de la société Silhouette International ; qu'au cours d'un salon professionnel tenu le 24 octobre 1998 à Silmo en Autriche la société Silhouette International a informé la société New Charmes de sa décision de mettre en place un nouveau contrat de distribution en vue de modifier son système de distribution sur le territoire national ; que, devant le désaccord persistant sur plusieurs clauses du projet de contrat, la société Silhouette a, par lettre du 18 juin 1999, informé la société New Charmes de sa décision de mettre un terme à leur partenariat, à compter du 31 décembre 1999 ;

Considérant que la société New Charmes fait valoir qu'elle se trouve dans un état de dépendance économique vis-à-vis de son fabricant ; que ce fait serait établi par l'ancienneté des relations entre les deux partenaires, par la circonstance que son chiffre d'affaires résulterait intégralement de la vente des montures de lunettes fabriquées par la société Silhouette International et par l'absence de solution équivalente ou alternative permettant à la société New Charmes d'opérer une reconversion de ses activités ;

Considérant que la société New Charmes soutient, d'une part, que les manœuvres de déstabilisation de la part de la société Silhouette « *caractérisent un abus de dépendance économique* » et que « *ces comportements sont d'autant plus répréhensibles qu'ils tendent à imposer à un partenaire des contraintes incompatibles avec l'exercice d'une activité dans des conditions concurrentielles* » ; que, d'autre part, le projet de contrat comporte des dispositions qui sont « *des atteintes au domaine de l'exclusivité qui bouleversent l'économie de l'exploitation de la société New Charmes* » ne lui permettant pas « *d'exercer une activité concurrentielle* » et qui « *caractérisent un abus de situation de dépendance économique au sens de l'article 8.2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986* » ; que la société New Charmes demande que le Conseil ordonne à titre de mesures conservatoires le maintien des relations contractuelles antérieures ;

Considérant que la société de droit autrichien Silhouette International, mise en cause par la société New Charmes, auteur de la saisine, estime qu'en vertu de l'article 6.3 de la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : « *Tout accusé a droit notamment d'être informé dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui* » ; qu'elle soutient que « *l'envoi d'une convocation en seule*

langue française à une société autrichienne ne peut pas être considérée comme étant une notification en bonne et due forme » ; que le mode d'envoi de la lettre de convocation en séance qui lui a été adressée le 1^{er} août 1999, par lettre recommandée avec accusé de réception, ne respecte pas les formes prévues par les articles 684 et suivants du nouveau code de procédure civile relatifs aux règles particulières aux notifications internationales ;

Mais considérant qu'avant d'examiner la demande de mesures conservatoires, il incombe au Conseil de se prononcer sur la recevabilité de la saisine ; qu'en vertu des dispositions de l'article 19 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, « *Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* » ; que ni ces dispositions, ni aucune autre concernant leur mise en œuvre ne prévoient que la ou les personnes susceptibles d'être concernées par les pratiques dénoncées soient entendues par le Conseil lors de l'examen de la recevabilité de la saisine ; qu'au surplus, il est constant que les droits de la défense de la société Silhouette n'ont pas été méconnus puisque cette dernière s'est fait représenter à la séance et qu'elle a produit une abondante défense en français ; que, dès lors, les irrégularités de la procédure de notification et de convocation invoquées par la société Silhouette International, à les supposer établies, ne sauraient lui faire grief au stade de l'examen de la recevabilité de la saisine ;

Considérant qu'aux termes du deuxième alinéa de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, est prohibée l'exploitation « *de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente* » ;

Considérant, en premier lieu, que, depuis le début des années 1990, l'offre de montures de lunettes a été caractérisée par l'arrivée de marques multiproduits à forte notoriété telles, par exemple, que les marques Yves Saint Laurent, Hugo Boss, Cartier, Boucheron, Christian Lacroix, Cerruti, Lacoste ; qu'à la même époque, l'apparition de grandes centrales d'achat, de chaînes de distribution ou de franchisés a modifié les circuits traditionnels de la distribution jusqu'alors occupés pour une large part par les revendeurs indépendants ; qu'ainsi, plus de cinq cents marques de montures de lunettes situées dans différentes gammes de prix et de qualité sont proposées aux consommateurs sur le territoire national par l'intermédiaire de ces différents réseaux de distribution ; que la part détenue par les montures des lunettes de la société Silhouette International en 1998 sur le territoire français, évaluée à partir du volume de ventes de montures de lunettes réalisé par la société New Charmes qui détenait l'exclusivité de la distribution de ces montures de lunettes, était de 0,5 % par rapport au nombre total de montures de lunettes vendues toutes catégories confondues, ou de 6 % par rapport au volume de ventes de montures de lunettes « haut de gamme », catégorie dans laquelle se situent les modèles fabriqués par la société Silhouette International ; qu'il n'est pas contesté par les parties que les ventes des montures de lunettes de la marque Silhouette ont connu sur le marché français un fléchissement sensible d'environ 30 % depuis l'année 1992 (65 924 montures vendues en 1997 contre 94 377 montures vendues en 1992) ; qu'en raison de cette baisse, la société Silhouette International a fabriqué et commercialisé sous licence les marques Adidas en 1994 et Daniel Swarovski en 1997 ;

Considérant, en deuxième lieu, que, contrairement aux affirmations de la société New Charmes, l'exclusivité prévue à l'article XII du contrat conclu entre les deux partenaires en 1975 n'interdit au distributeur ni de vendre des montures de lunettes relevant de la même catégorie que celle de la marque Silhouette, ni de vendre des montures d'une gamme inférieure ; que, si le contrat de distribution liant les sociétés New Charmes et Silhouette International prévoit que le distributeur de montures de lunettes de marque Silhouette International doit informer son fournisseur de son désir de commercialiser une autre marque et recueillir son assentiment, il n'est ni allégué ni établi par la société New Charmes que son

fournisseur lui aurait refusé la possibilité de distribuer d'autres marques ;

Considérant, en troisième lieu, que les éléments du dossier ne démontrent pas que la distribution de montures de lunettes, quelle que soit la catégorie à laquelle appartiennent ces produits, nécessite une spécificité telle qu'elle obligerait un importateur à se spécialiser dans la vente d'une seule gamme de montures de lunettes à un seul circuit de distribution, en l'espèce celui des opticiens ;

Considérant, en quatrième lieu, que la société New Charmes invoque la « viscosité » de la distribution des montures de lunettes qui rend difficile pour un distributeur l'accès à des marques déjà distribuées par ailleurs ; que, toutefois, interrogée en séance, elle a reconnu qu'elle n'était pas dans l'impossibilité totale de trouver d'autres marques ; qu'elle a allégué que le principal obstacle à la poursuite de son activité de grossiste en monture de lunettes serait dû au manque de temps nécessaire à la recherche de nouveaux fournisseurs ; que la société Silhouette International signale dans ses écritures que la société New Charmes a eu la possibilité de commercialiser des montures de lunettes de soleil de la marque Oakley de 1988 à 1992 ; qu'ainsi, la part exclusive des produits de la société Silhouette International dans le chiffre d'affaires de la société New Charmes résulte d'un choix stratégique du distributeur ; qu'au surplus, la marque Silhouette ne possède pas une notoriété telle en France que la présence des montures de cette marque soit indispensable chez les distributeurs ;

Considérant qu'en tout état de cause, à supposer que la société New Charmes soit en état de dépendance économique et que la société Silhouette International ait abusé de cet état de dépendance économique, la société New Charmes n'allègue ni n'établit que, dans le contexte d'un marché caractérisé par une offre abondante et diversifiée sur lequel son fournisseur détient une part de marché qui ne dépasse pas 6 %, les pratiques dénoncées auraient eu pour objet ou pour effet de limiter les capacités de l'offre ou de restreindre la concurrence sur le marché ; qu'ainsi, les pratiques soumises au Conseil relèvent d'un différend de nature commerciale, lequel n'entre pas dans le champ d'application du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la saisine au fond n'est pas recevable et que, par voie de conséquence et sans qu'il soit besoin de statuer sur les moyens de procédure soulevés en défense par la société Silhouette International, la demande de mesures conservatoires doit être rejetée,

Décide :

Article 1^{er}

La saisine enregistrée sous le numéro F 1155 est déclarée irrecevable.

Article 2

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous la numéro M 241 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Bergaentztlé, par M. Jenny, vice-président, président la séance, Mmes Boutard-Labarde et Flüry-Herard, MM. Bargue, Lasserre, Nasse et Robin, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,

président la séance,

Frédéric Jenny

Annexe 62

Décision n° 99-D-55 du Conseil de la concurrence en date du 7 octobre 1999

relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la SARL Phototelem
NOR : *ECOC0000119S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 25 juin 1999 sous les numéros F 1148 et M 240, par laquelle la SARL Phototelem a saisi le Conseil de la concurrence de faits susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, concernant la situation de la concurrence dans le secteur de la télématique, et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société France Télécom, par la société Phototelem et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu l'avis adopté le 22 septembre 1999 par l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), à la demande du Conseil, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et des télécommunications ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, le président de l'Association française de la télématique multimédia (AFTEL), les représentants de la société Phototelem et de la société France Télécom entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que, par lettre en date du 24 juin 1999, la société Phototelem, centre serveur et fournisseur de services télématiques, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la société France Télécom relatives aux redevances d'abonnement des codes d'accès Télétel dont elle allègue qu'elles sont prohibées par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ; qu'elle a assorti sa saisine d'une demande de mesures conservatoires ;

Considérant que le programme Télétel de la société France Télécom a été lancé en 1984 et s'est accompagné de la mise à disposition par France Télécom auprès de ses abonnés de terminaux domestiques, les Minitels ; que l'offre Télétel permet à un utilisateur du réseau téléphonique de France Télécom, à partir du Minitel, d'accéder à un point d'accès vidéotex (PAVI), puis d'être relié, par la société Transpac, à des centres serveurs hébergeant des services dont les contenus sont édités par les fournisseurs de services télématiques ;

Considérant que les relations juridiques entre la société France Télécom, les centres serveurs et les fournisseurs de services sont régies par un contrat intitulé « contrat Télétel » fixant les droits et les obligations des parties ; que le contrat peut être bipartite ou tripartite, selon que les fournisseurs de services et le centre serveur sont ou non les mêmes personnes ;

Considérant que, afin que le fournisseur de services puisse percevoir la rémunération des services qu'il édite, un décret du 4 janvier 1985 a permis à la société France Télécom de recouvrer, par le biais des factures téléphoniques, les sommes correspondant à la consommation globale des services télématiques puis de reverser aux fournisseurs de services ou aux centres serveurs qui les hébergent la part qui leur revient, déduction faite du prix de transmission de l'information et des frais liés à la facturation et au recouvrement de ces prestations ; que ce service est dénommé « prestation Kiosque » ;

Considérant que le prix payé par l'utilisateur et le montant du reversement de la société France Télécom aux fournisseurs de services dépendent de paliers tarifaires fixés par France Télécom ; qu'en effet le contrat Télétel prévoit notamment une typologie des services à laquelle correspondent des paliers tarifaires non négociables et qui influe directement sur les revenus des fournisseurs de services (art. 3 et annexe 1 du contrat Télétel) ;

Considérant que les tarifs des services, qu'il s'agisse des services fournis au client final ou des prestations effectuées pour les fournisseurs de services télématiques, sont fixés par la société France Télécom et homologués par le ministre chargé des télécommunications et le ministre chargé de l'économie après avis de l'ART ;

Considérant que le contrat Télétel prévoit également, en application d'un décret du 21 décembre 1988, le paiement par le fournisseur de services de frais de création et de modification et de frais d'abonnement mensuel pour chaque code réservé ; que ce sont ces frais d'abonnement mensuels qui sont l'objet de la saisine de la société Phototelem et de sa demande de mesures conservatoires ;

Considérant, par ailleurs, que s'agissant de la prestation assurée par la société Transpac le centre serveur ou le fournisseur de services, s'il dispose de son propre centre serveur, paie une redevance mensuelle à cette filiale de la société France Télécom ;

Considérant que, par une décision n° 98-110 E du 20 août 1998, la société France Télécom a modifié la redevance mensuelle d'abonnement aux codes de services télématiques ;

Considérant que, préalablement à l'annonce de cette modification aux fournisseurs de services, la société France Télécom a, le 20 août 1998, conformément à l'article 17 de son cahier des charges du 27 décembre 1996, transmis sa nouvelle tarification d'abonnement au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, aux fins d'homologation, et a demandé l'avis de l'ART ; qu'un avis favorable de l'ART est intervenu le 16 septembre 1998 ; que la modification tarifaire a été homologuée tacitement le 24 octobre 1998 ;

Considérant que, par lettre simple du 5 novembre 1998, la société France Télécom a annoncé à ses clients, les centres serveurs et fournisseurs de services télématiques vidéotex, que la redevance mensuelle d'abonnement aux codes des services Télétel, jusqu'alors d'un montant unique de 252,95 F hors taxes par code, était remplacée, à compter du 1^{er} décembre 1998 « *par quatre nouveaux tarifs modulés suivant le palier tarifaire du code et son numéro d'accès* » :

Palier tarifaire du code	T 0 à T 20	T 22 à T 43	T 44 à T 70 sauf 3617 T 46 et T 60 08 3628 T 60 08 3629 T 70 3623 T 60	3617 T 46 et T 60
Nouveau tarif (F HT)	200 F	350 F	600 F	1 000 F

Considérant que la société France Télécom précise dans ladite lettre que ces modifications tarifaires de la redevance mensuelle d'abonnement ont été décidées « *afin d'encourager la baisse du prix des services Télétel et de favoriser les bas paliers tarifaires* » et « *qu'elles s'accompagnent d'une prestation de services enrichie pour les fournisseurs de services et centres serveurs* » :

- la gratuité du reroutage depuis les pages M et de l'accès aux services par le 3623 ;
- le magazine En Ligne bimestriel avec toute l'actualité des services Internet-Minitel-Audiotel ;
- une modernisation des applications de gestion pour un service plus souple et plus efficace » ;

Considérant que la société Phototelem soutient que cette modification tarifaire de la redevance d'abonnement, par son ampleur et sa brutalité, est constitutive d'un abus de la position de monopole que la société France Télécom détient sur le marché de la télématique et que cet abus lui cause un préjudice grave et immédiat au sens de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'elle fait valoir que, face à cette augmentation de + 38,4 % à + 295,3 % selon les codes, elle ne pouvait s'adresser à un autre opérateur sur le marché, puisque seule la société France Télécom offre le service Télétel ; qu'elle ne pouvait pas non plus répercuter les hausses sur les prix de vente de ses services, ceux-ci étant fixés par la société France Télécom dans son catalogue de prix sous la forme d'une grille tarifaire par palier ; que, pour les codes qu'elle exploitait au 1^{er} décembre 1998, l'augmentation tarifaire a été de l'ordre de + 133,6 % ; que le délai de vingt-cinq jours entre l'annonce et l'entrée en vigueur de la modification tarifaire n'est pas conforme à l'article 11-2 du contrat Télétel qui prévoit que les conditions générales de celui-ci peuvent être modifiées à l'initiative de la société France Télécom en respectant un délai de six mois ;

Considérant que la société Phototelem soutient encore qu'une augmentation de cette ampleur risque de faire disparaître les petits fournisseurs, alors qu'elle sera insensible pour les fournisseurs les plus importants dès lors que l'abonnement représente une fraction beaucoup plus faible de leur chiffre d'affaires et, en tout état de cause, n'aura pas pour effet de les faire migrer vers des paliers moins élevés alors que tel était, selon la société France Télécom, le but recherché ;

Considérant que la société Phototelem soutient enfin que cette augmentation lui cause un préjudice grave et immédiat ; qu'elle l'a contrainte, à partir du mois de janvier 1999, à résilier huit de ses codes, notamment ceux placés sur les paliers les plus élevés, afin de réduire ses charges ; que, de la même façon, elle a obligé son client, l'association Fréquence Mistral, à la fin du mois de juin 1999, à résilier quatre des sept codes que la société Phototelem hébergeait ;

Considérant que, devant le refus de la société Phototelem et de l'association Fréquence Mistral de payer les abonnements aux nouveaux tarifs, la société France Télécom a suspendu les codes télématiques de ces deux sociétés du 13 au 22 juillet 1999 ; que la société Phototelem soutient que ce décâblage lui ayant causé une perte de chiffre d'affaires et ayant provoqué le départ de son gestionnaire de services, les versements correspondant aux mois de juillet et août 1999, qu'elle va percevoir fin octobre 1999, seront faibles et qu'elle sera contrainte de faire face à un grave déficit de l'activité télématique ;

Considérant que, pour l'ensemble de ces motifs, la SARL Phototelem demande au Conseil « *de prendre la mesure conservatoire qui s'impose en vertu des dispositions de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986* » ; qu'elle précise, dans une télécopie adressée au rapporteur le 16 juillet 1998, que « *la mesure conservatoire que nous vous demandions de prendre (mais que nous avons mal formulée) consistait à intervenir auprès de France Télécom pour éviter la suspension ou la résiliation de nos codes Télétel réservés en attendant une décision sur le fond de l'affaire* » ; qu'elle ajoute, dans une lettre du 6 septembre 1999, qu'elle demande au Conseil que la société France Télécom « *respecte les dispositions contractuelles prévues par l'article 11-2 des conditions générales du contrat Télétel (délai de six mois), avant d'appliquer la hausse de ses tarifs d'abonnement et renonce à toute procédure de suspension ou de résiliation d'office des codes d'accès réservés par Phototelem (et son unique hébergé de l'époque, l'association Fréquence Mistral)* » ;

Sur la compétence du Conseil de la concurrence :

Considérant que la société France Télécom soutient que le Conseil n'est pas compétent pour examiner les demandes au fond de la société Phototelem qui relèvent de la compétence du juge judiciaire ; que, par voie de conséquence, la saisine au fond est irrecevable ainsi que la demande de mesures conservatoires ; qu'elle cite au soutien de cette allégation les décisions du Conseil de la concurrence n° 89-D-02 et n° 91-MC-01 ;

Considérant que, si, comme il l'a rappelé dans les décisions citées par la société France Télécom, le Conseil n'a pas compétence pour statuer sur une demande de dommages et intérêts ou en application de l'article 700 du nouveau code de procédure civile, ni pour

prononcer la nullité de stipulations contractuelles ou prendre des mesures en application de l'article 1382 du code civil, il est saisi *in rem* des pratiques qui lui sont dénoncées ; qu'ainsi, sans être tenu par les conclusions des parties, il peut rechercher si ces pratiques peuvent être qualifiées au titre des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et 81 et 82 du traité de Rome ; que le Conseil est donc valablement saisi pour examiner si les pratiques de la société France Télécom sont susceptibles de tomber sous le coup des prohibitions prévues par ces dispositions ;

Sur la saisine au fond :

En ce qui concerne le marché pertinent :

Considérant que, pour l'utilisateur final, le seul service fournissant des prestations proches de celles fournies par Télétel est Internet ; que, cependant, Internet, s'il assure certaines fonctionnalités comparables, voire plus élaborées que celles des services Télétel, ne peut être considéré comme leur étant substituable pour des motifs tenant au nombre encore limité de ses utilisateurs et à ses caractéristiques d'accès et de coût ;

Considérant, en effet, qu'au quatrième trimestre 1998, 2,1 % des ménages français étaient abonnés à Internet et 19,8 % disposaient d'un terminal Minitel ou d'une fonction Minitel sur micro-ordinateur ; que, d'après les sources publiées par l'Association des fournisseurs d'accès à Internet (AFA), il est possible d'estimer à 1,8 million le nombre des raccordements individuels à Internet en avril 1999, alors qu'il existe 5,6 millions de terminaux Minitel installés, dont 64 % dans la clientèle « résidentiels » et 25 % chez les « professionnels » (magazine *En Ligne* de la société France Télécom - juillet 1999) ; qu'en outre, l'accès à Internet requiert l'utilisation d'un ordinateur, l'installation d'un modem et la souscription d'un abonnement auprès d'un fournisseur de services d'accès à Internet, à la différence de l'utilisation d'un Minitel qui ne nécessite que l'installation d'une ligne téléphonique et la disponibilité d'un terminal *ad hoc* (initialement distribué gratuitement puis loué à un prix modique par France Télécom) ;

Considérant que, si un système Kiosque a été élaboré par la société France Télécom dans le secteur de l'Internet, il ne connaît pas une grande diffusion ; qu'ainsi, les informations disponibles par le biais de ce réseau sont, dans leur grande majorité, soit fournies gratuitement, soit accessibles uniquement après souscription d'un abonnement préalable ; que, parallèlement à la croissance d'Internet, on constate également une croissance des services Télétel sur les paliers les plus chers du 36-17, ce qui indique que ces services ne sont pas substituables ; que la spécificité de l'usage du Minitel est d'ailleurs soulignée par la société France Télécom elle-même dans son magazine « En ligne » de juillet 1999, qui présente les services Minitel comme des services qui « couvrent des besoins non satisfaits par ailleurs » ; que sont également listés les usages spécifiques pour lesquels le Minitel est l'instrument le mieux adapté, par rapport aux services Audiotel (télématique vocale), à Internet et aux messageries mobiles ; que, dans ces conditions, l'accès à Internet n'est pas, pour le moment, un service substituable, en France, aux services Télétel ;

Considérant que, si la société France Télécom estime « *que le marché semble pouvoir être défini de manière parfaitement plausible comme incluant, pour ces fournisseurs de services, tant le produit Minitel que le réseau Internet* », il résulte de ce qui précède que, pour les fournisseurs de service, les recours au Minitel et à Internet ne permettent pas d'atteindre la même clientèle ni de lui offrir des conditions de paiement comparables ; que ces deux choix techniques ne sont donc pas substituables et qu'il y a lieu de retenir l'existence d'un marché des prestations nécessaires à la fourniture de services télématiques au grand public ;

En ce qui concerne la position de France Télécom sur le marché pertinent :

Considérant que les équipements de télécommunications nécessaires à la fourniture de services télématiques au grand public sont constitués par la partie terminale d'un réseau téléphonique et par des points d'accès, à partir de ce réseau téléphonique, à un service de

transport de données par paquets (service dit X25) ;

Considérant qu'il ressort de l'avis n° 99-797 du 22 septembre 1999 de l'ART qu'actuellement seule France Télécom est en mesure d'assurer la circulation de l'information entre les fournisseurs de services et les terminaux de type Minitel installés chez leurs clients par l'intermédiaire de ses infrastructures : boucle locale de France Télécom et service X25 national de Transpac ; que, de même, seule France Télécom offre aux fournisseurs de services la possibilité d'être rémunérés par leurs clients par l'intermédiaire de la facture téléphonique de ces derniers ;

Considérant, en effet, que, sur le marché de la boucle locale, la société France Télécom détient encore, en septembre 1999, un quasi-monopole de fait ; que la situation n'a pas évolué de façon significative depuis des décisions et avis récents du Conseil de la concurrence, notamment, avis n° 98-A-20 en date du 1^{er} décembre 1998 relatif à une saisine du Sipperec au sujet de la création d'un groupement de commandes dans le secteur des télécommunications, avis n° 98-A-23 du 16 décembre 1998 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications portant sur des problèmes soulevés par la commercialisation du service téléphonique longue distance par des distributeurs et décision n° 99-MC-04 du 10 mars 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentées par l'AFOPT et l'AOST ;

Considérant aussi que la société France Télécom, par le biais de sa filiale Transpac, est *de facto* le seul opérateur à fournir un service de transport de données pour la fourniture de services télématiques ; que, malgré la libéralisation des services de transport de données en 1992, aucun opérateur n'a depuis cette date mis en œuvre un autre service de transport de données, en norme X25, adapté aux services télématiques de type Kiosque ; que si certains opérateurs de télécommunications ont fait une demande de numéros non géographiques auprès de l'Autorité dans la série ouverte par la décision n° 98-1046 du 23 décembre 1998, numéros qui pourraient être utilisés pour des services télématiques, il apparaît que, dans leur grande majorité, ces demandes concernent des services de télématique vocale (services dits « Audiotel ») plutôt que des services de télématique écrite ; qu'ainsi, les services de Transpac pour des prestations aux fournisseurs de services télématiques demeurent encore en monopole de fait ;

Considérant que la société France Télécom est jusqu'à présent le seul opérateur offrant aux prestataires de services informatiques le système de facturation Kiosque permettant d'intégrer le paiement de service rendu au consommateur à la facture téléphonique de ce dernier ; que, si une offre de facturation pour compte de tiers est en cours d'élaboration par la société France Télécom, dans le cadre de ses obligations d'interconnexion, ses propositions n'ont pas été à ce jour approuvées par l'Autorité ; qu'elles ne sont donc pas disponibles pour les autres opérateurs ; qu'en tout état de cause, même en présence d'une offre de facturation pour compte de tiers, un opérateur alternatif ne pourrait, à lui seul, offrir toute la gamme des services nécessaires à la fourniture de services Minitel ;

Considérant ainsi que, malgré les évolutions récentes en matière d'interconnexion, France Télécom détient aujourd'hui encore un monopole sur le marché pertinent ; qu'elle y occupe, par voie de conséquence, une position dominante ;

En ce qui concerne la qualification des pratiques dénoncées :

Considérant qu'il est, en principe, loisible à un opérateur occupant une position dominante sur un marché de relever ses tarifs ; qu'en l'espèce la mesure contestée a été prise par France Télécom à la suite de la constatation de ce qu'étaient surtout développés les services télématiques situés sur les paliers les plus chers, ce qui conduisait le consommateur final à se détourner de l'usage du Minitel ; que l'objectif de la hausse modulée des tarifs d'abonnement était de conduire les fournisseurs de services à développer leurs prestations sur des paliers tarifaires moins coûteux pour le consommateur final ; qu'ainsi l'objectif affiché

par France Télécom n'était pas anticoncurrentiel ; que, toutefois, la pratique dénoncée, dès lors qu'elle est mise en œuvre par un opérateur occupant une position dominante sur un marché ne doit pas avoir un autre objet, ni un effet anticoncurrentiel ;

Considérant, en premier lieu, que la décision prise par France Télécom d'augmenter la redevance mensuelle d'abonnement aux codes Télétel s'est appliquée de la même manière à l'ensemble des opérateurs présents sur le marché ; qu'en l'absence de toute discrimination il importe peu, ainsi que le Conseil l'a rappelé dans sa décision n° 99-D-21 du 10 mars 1999, CNPA contre Groupement des cartes bancaires, que certains concurrents, du fait d'un rapport charges fixes sur charges totales élevé, soient plus sensibles à l'augmentation des tarifs d'abonnement ; que la société Phototelem ne peut donc pas utilement invoquer la sensibilité particulière de ses résultats d'exploitation à l'augmentation pratiquée ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'il n'a pas été démontré, ni même allégué, que l'augmentation tarifaire décidée par France Télécom, qui s'est appliquée d'une manière générale à l'ensemble du secteur, aurait pu avoir pour objet ou pour effet de favoriser les filiales de la société France Télécom qui exercent une activité de fournisseur de services télématiques, au détriment de leurs concurrents ; qu'il n'est pas davantage apparu que ces concurrents aient connu des difficultés économiques particulières à la suite de la décision prise par France Télécom ; qu'en effet, interrogé au cours de la séance par le Conseil, le président de l'Association française de la télématique multimédia a indiqué que, si les entreprises du secteur avaient regretté pour des raisons de principe, le caractère brutal de l'augmentation, elles n'en avaient pas ressenti des conséquences économiques particulières ; que, s'agissant plus particulièrement de la société Phototelem, il résulte seulement des déclarations faites en séance que cette société, à la suite de l'augmentation des tarifs d'abonnement qu'elle conteste, ne sera plus en mesure de financer, grâce à son activité télématique, des activités de recherche et de développement, comme elle le faisait auparavant ; qu'en tout état de cause la société Phototelem, en résiliant ses abonnements à des codes dont elle ne se servait pas, a pu rétablir sa situation, qui n'a été ensuite compromise que parce que, ayant cherché à se faire justice elle-même, ladite société a refusé de régler le montant des abonnements au nouveau tarif, ce qui a conduit France Télécom à suspendre ses services ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il n'est pas soutenu que la mesure tarifaire décidée par France Télécom aurait eu un effet sur le niveau moyen des prix facturés au consommateur ;

Considérant, enfin, qu'il n'a été ni soutenu ni démontré que les nouveaux tarifs d'abonnement, lesquels doivent s'analyser comme l'un des éléments de la relation complexe qu'entretiennent les fournisseurs de service et l'opérateur, seraient, par leur niveau absolu, constitutifs d'un abus de position dominante, par exemple parce qu'ils empêcheraient les prestataires de services d'accéder au service Kiosque, alors surtout que ces tarifs n'avaient pas été augmentés depuis dix ans ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la saisine ne contient aucun élément probant à l'appui des allégations selon lesquelles les pratiques dénoncées constitueraient un abus de position dominante ; qu'il y a lieu, en application de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de déclarer ladite saisine irrecevable et de rejeter, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires de la société Phototelem,

Décide :

Article 1^{er}

La saisine enregistrée sous le numéro F 1148 est déclarée irrecevable.

Article 2

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 240 est rejetée.
Délibéré, sur le rapport oral de Mme Daudret-John, par Mme Hagelsteen, présidente, et MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 63

**Décision n° 99-D-56 du Conseil de la concurrence en date du 12 octobre 1999
relative à la saisine présentée par le syndicat professionnel ACNET
NOR : ECOC9910321S**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 7 décembre 1998 sous le numéro F 1106, par laquelle le syndicat professionnel Action de coordination nationale des entreprises de télécommunications (ACNET) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la SA France Télécom qu'il estime anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et la partie saisissante entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que le syndicat professionnel ACNET a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la SA France Télécom qui, lors de la conclusion de marchés relatifs au contrôle de poteaux téléphoniques en bois, aurait, d'une part, abusé de sa position dominante et, d'autre part, contrevenu aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 19 de l'ordonnance susvisée : « *Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* » ;

Considérant que la SA France Télécom a fait publier, le 4 juillet 1996, dans le journal *Usine nouvelle*, un avis d'appel à candidatures pour la « *fourniture de prestations de contrôle et de traitement de poteaux téléphoniques en bois* » ; qu'à la suite de cet avis d'appel à candidatures, cinq sociétés ont été admises à présenter des offres ; que le 23 juillet 1997 la SA France Télécom informait ces entreprises de ce que l'objet initial de l'appel à candidatures était modifié par le report des prestations de traitement de poteaux ; qu'à l'issue des négociations, un marché pluriannuel important a été conclu avec les sociétés CBS, Cobra, Escot et Gros ; que l'aptitude au traitement des poteaux constituait un critère majeur de cet appel à candidatures ; que, de ce fait, de nombreuses entreprises, aptes à réaliser seulement des contrôles de poteaux, se seraient abstenues de présenter leurs candidatures, que l'abandon du traitement des poteaux, un an après l'avis d'appel à candidatures, aurait radicalement changé la nature des prestations proposées par la SA France Télécom dans l'avis d'appel à candidatures initial du 4 juillet 1996, faussant ainsi les conditions de la concurrence entre entreprises ; que le traitement de poteaux relève, en effet, de la mise en œuvre de procédés spécifiques qui avaient d'ailleurs conduit la SA France Télécom, jusqu'alors, à n'avoir qu'un seul fournisseur au plan national pour les prestations de traitement de poteaux associé au contrôle de ceux-ci, alors que la SA France Télécom disposait de nombreux fournisseurs susceptibles de réaliser des prestations de contrôle de poteaux ; que cette modification

fondamentale de l'objet de l'avis d'appel à candidatures aurait dû conduire la SA France Télécom à procéder à un nouvel appel à candidatures ;

Considérant que le syndicat saisissant prétend que, par ce procédé, la SA France Télécom aurait limité l'accès au marché et le libre exercice de la concurrence en favorisant certaines entreprises qui auraient été initiées aux modifications destinées à intervenir postérieurement à l'avis d'appel à candidatures ; que ces pratiques contreviendraient à l'article 7 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, alinéa 1^{er} ; qu'en acceptant les candidatures d'entreprises qui, manifestement, n'avaient pas justifié des compétences définies dans l'avis d'appel à candidatures, la SA France Télécom aurait gravement faussé la concurrence ; qu'en acceptant des candidatures hors délais (société Escot), la SA France Télécom aurait démontré avoir été peu scrupuleuse à l'égard des règles de concurrence ; qu'enfin, en acceptant les candidatures d'entreprises qui échappent pour tout ou partie de leur personnel à leurs obligations légales en matière de caisse de congés payés, France Télécom aurait favorisé une concurrence déloyale par des entreprises qui s'exonèrent des dispositions réglementaires et légales s'imposant aux entreprises de ce secteur d'activité ;

Considérant que l'ACNET soutient encore que la SA France Télécom aurait fait obstacle à la libre fixation du prix en abusant de sa position dominante ; qu'enfin il reproche à « *des personnes physiques membres de la Direction des achats et de la logistique, de la Direction de la qualité fournisseurs, de la Direction de la boucle locale de la SA France Télécom d'avoir pris une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation et la mise en œuvre des pratiques anticoncurrentielles décrites* », pratiques qui pourraient être sanctionnées au titre de l'article 17 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Mais considérant, en premier lieu, que la société saisissante verse à l'appui de sa saisine une note émanant, semble-t-il, de la société Cobra sur la société CBS, société retenue à la suite de l'appel à candidatures ; qu'il y est indiqué que la société CBS n'a ni les moyens techniques ni les moyens financiers de réaliser le marché pour lequel elle a été retenue et que cela « *laisse fortement présumer* :

- *que la société CBS a bénéficié d'informations privilégiées ;*
- *que la société CBS a bénéficié de la complaisance de différents services de France Télécom ;*
- *que France Télécom a privilégié la candidature de la société CBS » ;*

Considérant que ces allégations, qui ne sont accompagnées d'aucun élément probant, ne sauraient suffire à établir les griefs avancés par l'ACNET ;

Considérant, en second lieu, que ne figure dans la saisine aucun élément probant de ce que France Télécom se serait entendue avec une autre entreprise pour modifier sa demande ; qu'en tant qu'acheteur sur un marché, elle était en droit de procéder à une telle modification de son propre chef sans que cela constitue une violation de l'article 7 de l'ordonnance précitée ; que, par ailleurs, rien dans la saisine ne permet de penser que la SA France Télécom a abusé d'une position dominante en passant les contrats de contrôle des poteaux en bois ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, faute d'éléments probants, la saisine de l'ACNET, au titre des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, est irrecevable,

Décide :

Article unique

La saisine enregistrée sous le numéro F 1106 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport de Mme Servella-Huertas, par Mme Hageslteen, présidente, Mme Pasturel et M. Cortesse, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 64

Décision n° 99-D-57 du Conseil de la concurrence en date du 12 octobre 1999 relative à des pratiques relevées sur des marchés d'études pour la voie de contournement ouest de l'agglomération toulousaine

NOR : *ECOC0000120S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 31 mai 1996 sous le numéro F 877, par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées sur des marchés d'études de la voie de contournement ouest de l'agglomération toulousaine ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les lettres du 6 avril 1999 de la présidente du Conseil de la concurrence notifiant aux parties et au commissaire du Gouvernement sa décision de porter cette affaire en commission permanente sans l'établissement préalable d'un rapport, conformément aux dispositions de l'article 22 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Sogelerg Sogreah Sud-Ouest Ingénierie SNC, Société d'études techniques et industrielles, Europe Etudes Gecti, Société du métro de Marseille, Etudalp et Office technique du Sud-Ouest et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, le directeur général des services du département de Haute-Garonne, en tant que témoin, et les représentants des sociétés Sogelerg Sogreah Sud-Ouest Ingénierie SNC, Office technique du Sud-Ouest, Société du métro de Marseille et Etudalp entendus ; les responsables des sociétés Société d'études techniques et industrielles et Europe Etudes Gecti ayant été régulièrement convoqués ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

La voie de contournement ouest de l'agglomération toulousaine, appelée également VCO, est une route expresse de 4,5 km dont les travaux devaient être achevés avant fin 1995. Le conseil général de la Haute-Garonne était maître d'ouvrage et la maîtrise d'œuvre a été assurée par les services techniques du conseil général. Compte tenu de l'importance de l'opération et des délais impartis, le conseil général a fait appel à des bureaux d'études extérieurs pour sous-traiter une partie des études.

Les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ont effectué des enquêtes sur ces marchés d'études en utilisant les pouvoirs d'enquête des articles 47, 48 et 51 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Des opérations de visites et des saisies des pièces ont été effectuées, le 19 octobre 1995, au sein des trois bureaux d'études attributaires des marchés et des investigations complémentaires ont été menées, dans le cadre des pouvoirs de l'article 47 de l'ordonnance, tant auprès du maître de l'ouvrage que de l'ensemble des bureaux d'études qui ont remis des propositions de prix.

1. La réalisation des études

Dès la fin de l'année 1992, avant le lancement d'une procédure de marché négocié pour chaque section, et près d'une année avant la date à laquelle les marchés leur seront officiellement notifiés, trois bureaux d'études ont été choisis et ont commencé leurs études. Il s'agit des sociétés Sogelerg Sogreah Sud-Ouest Ingénierie SNC (SSSO), Société d'études techniques et industrielles (SETI) et Europe Etudes Gecti (EEG).

M. Belondrade, directeur de la société SSSO, a déclaré le 3 janvier 1996 : « SSSO a été chargé de l'étude de la voie de contournement ouest depuis 1974, des études successives menées sous l'égide au départ de la DDE lorsque le maître de l'ouvrage était l'Etat et ensuite sous l'égide du conseil général. Dans la période 91-92 à l'occasion de l'implantation sur la zone considérée de Air Inter, Air France, Storage Tek, le conseil général a décidé d'engager les travaux et de les réaliser dans un temps record. Considérant l'importance des études à réaliser dans un court laps de temps, il a souhaité qu'elles soient réalisées en groupement par les bureaux d'études compétents de la place de Toulouse. C'est pour cela qu'a été envisagée la création d'un groupement Sogelerg-Seti dans un premier temps et Sogelerg-Seti-Europe Etudes en définitive... C'est avant le 24 novembre 1992 que le groupement a été constitué car à cette date les trois bureaux d'études remettaient les estimations respectives qu'ils avaient faites pour chaque tranche. C'est dans ce cadre qu'a dû se tenir la réunion du 4 novembre 1992 puis celle du 1^{er} décembre 1992 qui ont correspondu au démarrage effectif des études. »

M. Rouget, président-directeur général de la société SETI, a confirmé les déclarations de M. Belondrade. Il a indiqué, le 30 janvier 1996 : « Nous avons commencé à travailler sur le projet de la voie de contournement ouest vers la fin de l'année 1992 ou au début de l'année 1993. A la fin de 1992, SETI a travaillé sur un chiffrage du projet. Nous avons travaillé sur la base d'une demande informelle du maître d'ouvrage. A ce stade, je pense que Sogelerg était associé à ce projet... Le conseil général au fur et à mesure du développement du projet a pensé à un groupement. En tout état de cause, le projet était trop important pour que SETI puisse envisager de le traiter seul. Dès le départ, dans l'esprit du conseil général, nous avons été associé à Sogelerg... Il n'y a pas eu de groupement entre les bureaux d'études comme cela avait été envisagé au départ... Le but recherché par le conseil général était d'avoir un interlocuteur pleinement responsable pour chaque partie des études. Ceci nous a conduit à faire des soumissions séparées mais avec des études faites en commun dans le cadre du groupement envisagé. Mais, dans cette affaire, il faut souligner que nous avons travaillé très longtemps de façon informelle. »

De son côté, M. Jacques Frappart, directeur de l'agence de Toulouse de la société EEG, a déclaré le 6 février 1996 : « Au milieu de l'année 1992, nous avons été contacté par le conseil général pour participer aux études pour la réalisation de la voie de contournement ouest, dont le projet s'était brutalement accéléré. Ainsi je me suis retrouvé dans une réunion, vers le mois de septembre ou octobre 1992, avec mes confrères et les représentants du conseil général. Lorsque j'ai été convoqué, nous étions trois bureaux d'études... Nous avons travaillé dès le mois d'octobre 1992, sur des estimations, mais sans nous préoccuper de la forme que prendrait pour nous le marché. Il s'agissait de trois équipes, appartenant à trois bureaux différents, mais qui travaillaient en collaboration avec les autres. Chacun des bureaux d'études a procédé à une estimation globale pour l'ensemble du projet et section par section. Le maître d'ouvrage souhaitait avoir une idée assez précise du coût actualisé de l'opération... Nous avons travaillé en confiance avec le conseil général et nous ne nous sommes pas interrogés sur les formes administratives, obnubilés que nous étions par les données techniques et les délais. »

Par ailleurs, plusieurs documents, saisis dans les locaux des sociétés SSSO, SETI et EEG, rendent compte des réunions de travail regroupant les bureaux d'études SSSO, SETI et

EEG et le conseil général, dès la fin de l'année 1992.

Ainsi, M. Frappart, directeur de l'agence de Toulouse de la société EEG, et M. Gouze, de la société SSSO, ont rédigé le compte rendu d'une réunion qui s'est tenue le 24 novembre 1992 en présence de représentants des trois bureaux d'études et de M. Chadourne, ingénieur chargé de la division des études au conseil général. Aux termes de ces comptes rendus, la réunion concernait l'estimation des travaux à réaliser pour les trois sections. En ce qui concerne les études à réaliser, le compte rendu de M. Frappart précise : « *Présentation des coûts d'études suivant les DCE... Avis d'information en presse locale 15 j... Préparer les devis* ».

Sur la page de couverture d'un cahier de M. Gouze (SSSO) est collé un tableau récapitulatif des documents reçus et des documents envoyés au client. Ce tableau mentionne dans la colonne « *documents reçus du client* » : « *24.11.92 Planning, études planning travaux* » et dans la colonne « *Documents envoyés au client* » : « *24.11.92 Estimations zone 1, 2 et 3 Gouze + Smolikowski* ».

Selon un bordereau d'envoi du conseil général daté du 26 novembre 1992, M. Chadourne a transmis à M. Gouze (SSSO), des documents sur le chantier de la VCO portant sur « *l'impact hydraulique des futurs aménagements de la rivière* ». Il est précisé sur ce bordereau : « *transmis pour information et prise en considération* ».

Enfin, à la lecture des comptes rendus de réunion rédigés par M. Frappart, M. Cormary et M. Gouze, qui ont été saisis dans les trois bureaux d'études, il apparaît qu'à compter du 1^{er} décembre 1992, le conseil général, l'architecte et les trois bureaux d'études ont participé à des réunions de travail hebdomadaires sur les travaux de la VCO. Sur le compte rendu de la réunion du 20 octobre 1993, M. Gouze a noté : « *Marché signé* ». Ces réunions de travail se sont poursuivies, dans les mêmes formes, après la notification des marchés d'études aux trois bureaux d'études.

2. La procédure de passation des marchés d'études

Pour la passation des marchés d'études, le projet a été décomposé géographiquement en trois sections. Une procédure de passation de marché négocié, avec appel à la concurrence, a été organisée pour chaque section. Le 30 novembre 1992, les avis d'information de marché négocié ont été envoyés au journal *La Dépêche du Midi*. Ils ont été publiés le 4 décembre 1992.

Trois sociétés ont fait acte de candidature pour les trois sections, le 11 décembre 1992, la société SETI, le 4 janvier 1993, la société SSSO, et le 5 janvier 1993, la société EEG.

Le 21 avril 1993, le conseil général a décidé de procéder par voie de marché négocié en application des articles 312.9, 313 et 314 du code des marchés publics pour désigner les bureaux d'études.

Par courrier du 28 mai 1993, le conseil général a invité ces trois bureaux d'études à retirer leurs dossiers et à faire connaître leurs propositions, la date limite de remise des offres étant fixée au 7 juin 1993. Les plis ont été ouverts le 15 juin 1993 et les rapports de présentation des offres ont été signés le 15 juillet 1993. Les résultats de ces premières consultations étaient les suivants.

RÉSULTATS TTC	EEG	SETI	SSSO
Section 1	2 782 711 F	3 293 522 F	3 421 372 F
Section 2	3 605 440 F	3 265 651 F	3 916 884 F
Section 3	4 243 508 F	4 102 374 F	3 683 716 F

L'examen de ces offres a conduit le maître d'ouvrage à étendre la consultation à d'autres bureaux d'études. M. Philippe Amat, directeur général adjoint chargé des

services techniques au conseil général, a déclaré le 19 décembre 1995 : « *Les propositions recueillies ont fait apparaître plusieurs éléments. En premier, effectivement, il s'est avéré que chacun des bureaux d'études s'est trouvé moins-disant sur un lot. En second lieu, nous avons apprécié, d'une part, le niveau général des prix (par comparaison avec le barème des travaux d'ingénierie résultant de l'arrêté de 1973), d'autre part, nous avons analysé les prix unitaires et enfin le nombre de jours par catégorie d'agents (ingénieurs, techniciens, dessinateurs...). Le niveau général des prix nous a paru correct et les prix unitaires correspondaient à la moyenne des prix que nous connaissions. L'analyse technique conduisait à l'attribution des marchés aux moins-disants. Mais les membres élus de la commission, en raison principalement de la répartition des lots, ont souhaité que la concurrence soit étendue. Nous avons sollicité quatre autres bureaux d'études par l'intermédiaire d'un courrier écrit accompagné des dossiers de consultation.* »

Par courrier du 10 août 1993, le conseil général a consulté quatre nouveaux bureaux d'études : les sociétés Société du Métro de Marseille (SMM), Etudalp, Société d'études techniques et économiques (SETEC) et Office technique du Sud-Ouest (OTSO). Les offres de ces bureaux d'études ont été déposées le 26 août 1993 et les rapports de présentation des offres ont été signés le 12 octobre 1993. A la suite de cette deuxième consultation, les offres TTC de tous les bureaux d'études consultés étaient les suivantes (celles de la première consultation étant reprises pour mémoire) :

	SECTION 1	SECTION 2	SECTION 3
EEG	2 782 711 F	3 605 440 F	4 243 508 F
SETEC	3 071 502 F	2 497 953 F	3 547 207 F
SETI	3 293 522 F	3 265 651 F	4 102 374 F
SSSO	3 421 372 F	3 916 884 F	3 683 716 F
SMM	3 593 580 F	3 818 920 F	4 360 922 F
Etudalp	3 871 104 F	4 079 840 F	4 411 920 F
OTSO	3 876 097 F	4 272 174 F	4 359 226 F

Pour la section 1, l'offre moins-disante de la société EEG a été retenue.

Pour la section 2, le rapport de présentation des offres précise : « *On remarque que l'offre la moins chère, celle du bureau d'études SETEC, présente un écart de prix surprenant par rapport à la moyenne des offres des autres bureaux d'études, dont les montants sont relativement proches.... Il y a apparemment là une prévision insuffisante de la part de SETEC en matière de temps d'études qui peut être due à la sous-estimation de la difficulté de certaines études... Le bureau d'études SETI a mieux appréhendé la complexité des ouvrages à réaliser et les difficultés liées à un raccordement satisfaisant avec l'existant... La proposition SETI est donc bien l'offre la mieux-disante...* ». Le maître d'ouvrage a écarté l'offre moins-disante de la société SETEC et a retenu celle de la société SETI.

Pour la section 3, le rapport de présentation des offres précise : « *Bien que l'offre SOGELERG-SOGREAH soit d'un montant qui est supérieur de 3 % à celui du moins-disant, cette offre présente un nombre de journées d'études nettement plus important, pour un coût à la journée d'étude plus faible... L'offre SOGELERG-SOGREAH est donc bien la mieux-disante* ». Le maître d'ouvrage a de nouveau écarté l'offre moins-disante de la société SETEC au profit de celle de la société SSSO qui a été retenue.

Ainsi, la deuxième consultation n'a pas modifié les résultats de la première, soit que les nouvelles offres aient été d'un montant plus élevé que celles des bureaux d'études toulousains, soit pour les sections 2 et 3, que les offres moins-disantes de la société SETEC

aient été jugées mal étudiées et aient été écartées.

Les marchés d'études ont été notifiés aux trois attributaires le 19 octobre 1993.

3. Les pratiques relevées

a) Avant le dépôt des offres de la première consultation

Sur un document saisi dans le bureau de M. Gouze (SSSO), sont portées les mentions manuscrites suivantes :

« Réunion le 7 octobre 1992 :

– Gouze donne ses délais le 29 ;

– appeler M. Cormary pour RDV... »

Il est indiqué en bas à gauche de ce même document :

« Monter le prix PDG à 2,2 MF - groupement SOG-SETI :

Principe PDG zones 1 et 2 SOGELERG ;

3 et 4 SETI.

Phase DCE :

EE 25 % phase DCE ouvrage d'art : VS/EE ;

PM : EE 25-30 ;

Murs : SE 25-30 ;

SOG 40-50 ;

75 % SSO-SETI (50/50). »

M. Frappart (EEG) a rédigé le compte rendu d'une réunion qui s'est tenue le 27 octobre 1992, en présence de M. Belondrade (SSSO), de M. Smolikowski (SSSO) et de M. Cormary (SETI). Les mentions suivantes terminent le compte rendu : « Mercredi 4, 9 h 30 réunion estimation attribution des lots ».

M. Frappart a rédigé le compte rendu d'une réunion qui s'est tenue le 5 novembre 1992, en présence de M. Belondrade (SSSO), de M. Cormary (SETI), de M. Smolikowski (SSSO) et de M. Gouze (SSSO). Sur ce document, un tableau intitulé « bilan des prix » reprend, pour chacun des trois bureaux d'études et pour chaque section, des prix qui peuvent correspondre à des estimations du montant des études.

M. Smolikowski (SSSO) a adressé, le 9 novembre 1992, une télécopie à M. Cormary (SETI), M. Frappart (EEG) et M. Belondrade (SSSO). Il est indiqué sur cette télécopie : « objet : résumé de notre réunion du 4 novembre 1992, plan de zonage, décomposition du coût ». Sur la deuxième page, un tableau de « comparaison des estimations » pour les trois sections comporte une ligne « rétrocessions event » suivie d'une ligne « rétrocessions ». Ces rétrocessions permettent d'arriver à une égalité de chiffre d'affaires entre les trois sections.

M. Frappart (EEG) a adressé une télécopie à M. Cormary (SETI) et à MM. Smolikowski et Belondrade (SSSO) le 9 et 10 novembre 1992. Il est indiqué dans cette télécopie : « Objet : observations sur fax du 9 novembre 1992 de SSSO EEG est OK sur les chiffres présentés dans le tableau comparatif arrêté en commun en réunion. Néanmoins, il a été convenu que les chiffres d'affaires de chaque BE seront égaux à 1 560 kF. L'accord d'EEG est bien sûr donné sur cette base, qui implique, selon l'engagement de SETI et SOGELERG, à rétrocéder respectivement 120 et 160 kF à EEG. Les rétrocessions ne sont donc pas éventuelles, mais feront, suivant les engagements précités, l'objet d'un protocole à définir avant la soumission. Il convient d'amender le tableau en ce sens. Par ailleurs, nous prenons note du tableau de décomposition établi par SSSO, et nous informons que nous ne sommes pas en accord avec les chiffres proposés. En effet, par comparaison avec notre propre sous-détail, il nous apparaît une sous-évaluation des postes ouvrages d'art (toutes zones), assainissement (zone 3), traitements particuliers (toutes zones) au profit des postes études routières, écrans étanches et murs, Touch. Sur un autre plan, ce tableau fait apparaître en zone 3 130 kF pour des écrans étanches et murs qui n'apparaissent pas sur les plans et qui n'ont donc pas été

estimés. Nous souhaitons donc une réunion spécifique pour aborder ces sujets conjointement, après notre entrevue avec le CG. ».

M. Frappart a rédigé le compte rendu d'une réunion organisée le 23 novembre 1992 en présence de M. Smolikowski (SSSO), de M. Gouze (SSSO) et de M. Cormary (SETI). Le document précise : *« prochaine réunion, mardi 1^{er} décembre 1992 ou le 4 décembre 1992 EEG + SETI + SOGELERG. Etablissement d'un dossier comparatif entre les 3 estimations ».*

M. Gouze (SSSO) a rédigé un compte rendu d'une réunion qui s'est tenue le 1^{er} décembre 1992, en présence des trois bureaux d'études. Il a noté en bas de son compte rendu :

« SSSO SETI EEG
section 3 section 2 section 1 »

M. Frappart a également rédigé le compte rendu d'une réunion « *estimation d'études* » qui s'est tenue le 1^{er} décembre 1992. MM. Smolikowski, Poli et Gouze (SSSO), M. Cormary (SETI) et M. Frappart (EEG) participaient à cette réunion. Dans les notes de M. Frappart apparaissent déjà le nom des attributaires pour chaque section ainsi que des estimations du montant des études. En effet, il est noté dans ce compte rendu : *« SOLELERG Section 3 = 2,03, SETI Section 2 = 1,35, EEG Section 1 + Ecrans + Plantations = 2,17 ».*

M. Gouze (SSSO) a adressé par télécopie à M. Belondrade (SSSO), le 11 juillet 1993, des notes manuscrites qui précisent :

« Historique du calcul d'axe.

Novembre 92 :

Calcul d'axe et de profil en long :

Section courante RD 23-Le Touch Zone 1.

1^{er} décembre 92 :

Modif des sections section 1 EEG ;

section 2 SETI ;

section 3 SSSO. »

Le 3 mars 1993, M. Frappart (EEG) a envoyé à M. Cormary (SETI) et à M. Poli (SSSO) une télécopie qui précise : *« Monsieur,... Je pense qu'il est nécessaire que nous nous rencontrions pour homogénéiser nos études et les réponses à faire au conseil général pour la VCO, avant la fin de cette semaine. M. Poli et moi-même avons les disponibilités suivantes : - ce soir à 19 h (chez Sogelerg), - demain, jeudi 4, de 11 h à 12 h (chez Sogelerg). En ce qui me concerne, l'option 1 m'est plus favorable. Merci de nous confirmer votre disponibilité pour ces dates. Cordialement. MF ».*

Une fiche téléphonique du 3 mars 1993, saisie dans les locaux de la société EEG, indique : *« M. Cormary SETI : réponse au fax de ce matin, OK pour ce soir 19 h chez Sogelerg ».*

M. Frappart a rédigé le compte rendu d'une réunion qui s'est tenue le 3 mars 1993 en présence de M. Cormary (SETI) et de M. Poli (SSSO). Dans ces notes, les trois représentants des bureaux d'études chargés de rédiger le CCTP et les bordereaux de prix sont désignés. Par ailleurs, les prix mentionnés : *« Ing. 3 600 F/jour, technicien 2 440 F/jour, dessinateur 1 800, frais 3 à 5 % »* sont proches des prix qui seront effectivement déposés par les trois bureaux d'études.

M. Gouze (SSSO) a rédigé une note manuscrite à l'attention de M. Poli (SSSO). En haut de ce document, il est indiqué au crayon de papier : *« Le 4 mars 1993 Frappart non disponible avant le 18 mars 1993 pour discuter des prix on se concertera avec Cormary dès que nous aurons fini notre devis ».* Ces mentions sont suivies des notes manuscrites suivantes : *« Poli. Il est nécessaire de réunir EEG + SETI et SOG rapidement pour deux points : 1 - important - coût des études 2 - important sur le plan de l'organisation CCTP... ».*

Le 19 mars 1993, M. Poli (SSSO) a adressé à M. Chadourne une télécopie qui précise en première page : « *Comme convenu avec M. Bélondrade mardi dernier, je vous adresse notre proposition d'étude. Nous nous tenons à votre disposition pour vous la présenter* ». Sur la deuxième page apparaît un tableau récapitulatif pour une estimation des études pour la tranche n° 3 qui a été ultérieurement attribuée à la société SSSO. Cette estimation s'élève à 4 980 251 F (TTC).

Le 24 mars 1993, M. Poli a adressé à M. Chadourne une nouvelle télécopie qui précise : « *Nous vous confirmons notre accord sur le devis joint qui implique un effort financier important de notre société. Nous avons bien noté votre souci d'arriver à une optimisation des ouvrages. Cette optimisation sera effectuée dans le cadre d'une gestion rigoureuse du projet de façon à éviter les remises en cause inutiles. Il est bien entendu que toute modification significative sortant de ce cadre devra donner lieu à un examen concerté des conséquences financières induites* ». Cette nouvelle proposition s'élève à 4 352 620 F (TTC), alors que l'offre définitive sera de 3 683 716 F (TTC).

M. Frappart (EEG) a rédigé le compte rendu d'une réunion avec M. Chadourne qui s'est tenue le 24 mars 1993. Dans ce compte rendu, il est fait état d'une enveloppe financière de 8,4 MF, hors contrôle et hors assistance. Sur cette même feuille figure un montant pour chaque bureau d'études : « *3,49 EG + 4,20 Sog + 3 = 10,5* ».

Le 3 juin 1993, M. Poli (SSSO) a adressé à M. Frappart (EEG) une télécopie qui précise en première page : « *Contournement ouest : je vous adresse le tableau des propositions de prix que vous pourriez faire pour la section 3* ». Sur la page suivante est reportée une offre détaillée de prix pour la section 3 avec la mention « *Offre à faire pour Europe études pour la section 3* ». Les prix déposés par la société EEG correspondent exactement à ceux mentionnés dans cette télécopie.

Le même jour, M. Poli (SSSO) a adressé à M. Cormary (SETI) une télécopie qui précise en première page : « *Contournement ouest : comme convenu je vous adresse : 1) tableau de propositions de prix pour la section 3 ; 2) tableau de notre offre pour la section 2* ». Les prix effectivement déposés pour la section 3 par la société SETI sont proches de ceux qui lui ont été communiqués par la société SSSO (attributaire). Dans la télécopie du 3 juin 1993, le montant total TTC s'élève à 4 118 978 F, alors que l'offre effectivement déposée par la société SETI le 4 juin 1993 s'élève à 4 102 374 F (TTC). Pour la section 2, le prix indiqué dans la télécopie (3 904 549 F [TTC]) est proche de celui effectivement déposé par la société SSSO (3 916 884 F). La société SETI a obtenu le marché de la section 2.

Le 3 juin 1993, M. Frappart (EEG) a adressé à M. Poli (SSSO) et à M. Cormary (SETI) une télécopie qui précise : « *Je viens de recevoir, ce jour, le dossier de la tranche n° 3 (Touch-RD 23) et je suis donc en mesure d'achever ma proposition pour les trois tranches. je vous adresserai par fax demain matin, avant 9 heures, les éléments de prix pour vos réponses respectives sur notre tranche n° 1. La date de remise des offres est le 7/6/93* ».

Le 4 juin 1993, à 10 h 23, M. Frappart (EEG) a envoyé à M. Poli (SSSO) une télécopie qui contient un détail estimatif complet des prix pour la section 1 avec l'indication manuscrite : « *offre Sogelerg* ». De la comparaison des prix transmis par la société EEG (attributaire de la section 1) à la société SSSO avec ceux effectivement déposés par la société SSSO, il apparaît que cette dernière a déposé des prix légèrement supérieurs à ceux qui lui ont été transmis par télécopie. Le montant total de l'offre mentionné sur la télécopie s'élève à 2 875 000 F (HT) alors que l'offre définitive de la société SSSO s'est élevée à 2 884 800 F (HT).

Ce même jour, à 10 h 29, M. Frappart (EEG) a envoyé à M. Cormary (SETI) une télécopie qui contient un détail estimatif complet des prix pour la section 1 avec l'indication manuscrite : « *offre SETI* ». De la comparaison des prix transmis par la société EEG (attributaire de la section 1) avec ceux effectivement déposés par la société SETI, il ressort

que cette dernière a déposé des prix légèrement supérieurs à ceux qui lui ont été transmis par télécopie. Sur la télécopie le montant total de l'offre s'élève à 2 774 000 F (HT) alors que la société SETI a effectivement déposé une offre s'élevant à 2 779 000 F (HT).

Le 7 juin 1993, date limite de remise des offres, M. Frappart (EEG) a envoyé à M. Cormary (SETI) et à M. Poli (SSSO) une télécopie sur laquelle il est mentionné : *« Suite à mon entretien avec M. Chadourne ce matin, je pense que nous pouvons proposer une révision des prix plutôt que des prix fermes. Je mentionne dans mes offres : - indice ingénierie base novembre 92, - formule classique. Il serait nécessaire que nos trois offres soient homogènes sur ce plan pour que Chadourne puisse l'accepter. Par ailleurs, j'ai noté (programme 1-3) que l'espacement des PT est 20 m et non 10 m. Accord de Chadourne sur ce point. Sincères salutations »*.

b) Le comportement des bureaux d'études après l'extension
de la consultation à quatre nouveaux bureaux d'études

M. Amat, directeur général adjoint chargé des services techniques du conseil général, a déclaré le 19 décembre 1995 : *« Le choix des bureaux d'études consultés dans la deuxième phase s'est effectué de la façon suivante. Pour ce qui concerne le SETEC, c'est un bureau dont je connaissais les compétences et les capacités. Ce bureau a aussi travaillé pour le SMTC. Pour ce qui concerne les autres bureaux, il faut préciser que nous souhaitions étendre la consultation à d'autres régions importantes. Nous avons effectivement demandé aux bureaux ayant répondu lors de la première phase de nous communiquer le nom des bureaux concurrents réunissant les compétences et références requises »*.

La concertation avec la société SMM

Le 17 août 1993, la société SETI a adressé à M. Croc, de la société SMM, une télécopie qui contient des détails estimatifs de prix pour les trois sections du marché. Le 19 août 1993, M. Rouget (SETI) a adressé à Mme Trouvé (SMM) une télécopie qui contient l'annexe III à l'acte d'engagement pour les trois sections du marché, chiffrée en délais. L'offre effectivement déposée le 23 août 1993 par la société SMM est identique aux données qui lui ont été communiquées par télécopie par la société SETI les 17 et 19 août.

M. Rouget, président-directeur général de la société SETI, a déclaré le 30 janvier 1996 : *« Nous avons travaillé plusieurs fois avec la société SMM... la société SMM était dans l'incapacité de faire un chiffrage au mois d'août dans un délai de quinze jours d'une affaire aussi importante. C'est pourquoi M. Croc nous a demandé de lui communiquer des éléments pour la réponse. Mais il ne nous a pas semblé impossible, à ce moment-là, que ce bureau d'études obtienne, même avec une offre plus élevée, une partie des études. »*

M. Croc, directeur général de la société SMM, a déclaré le 18 janvier 1996 : *« J'ai reçu le dossier de consultation au mois d'août 1993. Dans le même temps SETI m'a conseillé de répondre pour les trois sections et m'a proposé que nous coopérions sur la production en cas de succès. Comme je ne connaissais pas le projet et que je ne disposais pas en cette période de congés et dans le délai très bref donné pour la réponse de personnel compétent pour établir l'offre, SETI m'a proposé de me fournir les chiffrages des coûts et des délais. Chiffrages que j'ai reproduits tels quels. Ce que j'ai su par la suite c'est que SMM n'avait pas été retenue mais que SETI l'avait été sur une des sections. J'ai donc été très surpris du résultat et du comportement des acteurs et j'ai pu déjà à cette époque soupçonner d'avoir été la victime d'un jeu concerté à Toulouse. D'autant, qu'étant donné les volumes d'études représentés par les trois marchés, il était logique que SETI recherche une coopération pour la production »*.

La concertation avec la société Etudalp

Le 9 août 1993, M. Frappart (agence EEG de Toulouse) a adressé à M. Virieux (siège social de la société EEG) une télécopie qui précise : *« Suite à notre entretien téléphonique, je vous confirme les noms des deux sociétés que j'ai indiqués à M. Amat du CG 31 : Ingeo, Etudalp à Bron. Cela semble convenir. Il conviendrait bien sûr de s'assurer que Etudalp fasse la réponse qu'il faut au CG. Peux-tu me préciser tes contacts et vos accords ! Pas de problème pour Ingeo ; C. Langlois prendra contact avec moi à réception du courrier du CG. Cordialement »*.

Le 24 août 1993, M. Frappart a envoyé à M. Payet (Etudalp) une télécopie qui indique : *« Quelques problèmes techniques non prévus m'ont empêché de vous transmettre hier les éléments convenus entre nous pour le projet de Toulouse. Ceux-ci vous parviendront en tout début d'AM »*.

Ce même jour, à 12 h 27, M. Frappart a communiqué à M. Payet une autre télécopie composée de douze pages et contenant un détail estimatif de prix pour la section 1. Sur la première page de la télécopie sont portées les mentions suivantes : *« Confidentiel, ci-joint les premiers éléments relatifs à la section 1. A suivre sections 2 et 3 »*.

Le même jour, à 15 h 08, M. Frappart a communiqué à M. Payet une autre télécopie de seize pages dont la première page précise : *« Confidentiel, ci-joint comme convenu la suite des éléments pour le projet de la VCO de Toulouse (sections 2 et 3) »*.

L'offre déposée par la société Etudalp le 30 août 1993 pour la section 1 est identique aux données communiquées par la société EEG par télécopie du 24 août 1993. Par ailleurs, des détails estimatifs pour les sections 2 et 3, strictement identiques à l'offre qui a été faite par la société Etudalp, ont été saisis dans les locaux de la société EEG.

M. Frappart a déclaré le 6 février 1996 : *« Effectivement le conseil général, après avoir décidé d'élargir la consultation, m'a demandé de lui communiquer des noms de bureaux d'études susceptibles de faire ce type de prestations. Nous avons indiqué Ingeo et Etudalp... Etudalp ne souhaitait pas répondre, mais par crainte que le conseil général ne recueille pas de candidatures, nous l'avons invité à répondre en lui fournissant les éléments de la réponse. Nous avons hâte que la situation se termine, dans la mesure où nous avons engagé des dépenses depuis neuf mois »*.

M. Payet a déclaré le 16 janvier 1996 : *« Pour ce qui est du marché en cause, nous avons reçu une lettre et un dossier de consultation du conseil général de la Haute-Garonne après le 15 août. Nous avons été surpris car la localisation ne correspond pas à notre zone d'activité habituelle, d'une part, et, d'autre part, par l'importance des prestations dans les délais impartis. En période d'été une étude sérieuse aurait nécessité au minimum un mois. Notre intention était de faire une lettre d'excuse au conseil général. Nous avons alors été contacté par EEG-Toulouse qui nous a indiqué que l'on avait consulté par le conseil général à la demande d'EEG. Mais les délais ne permettaient pas de faire une réponse rigoureuse. EEG a fait pression sur nous pour que nous répondions et nous a communiqué les éléments chiffrés de l'étude. Sur le plan général, il importe de préciser que pour une entreprise de notre taille la seule possibilité de participer aux grands projets est d'être en groupement avec de grandes sociétés comme EEG. Ce qui peut conduire à des pressions et à des obligations dans certains cas »*.

La concertation avec la société OTSO

La lettre de consultation du conseil général du 10 août 1993 adressée à la société OTSO, ainsi que la proposition de cette société datée du 26 août 1993, ont été saisies dans les locaux de l'agence de Toulouse de la société SSSO. Sur le courrier du conseil général ont été ajoutées les mentions manuscrites suivantes : *« C'est sûrement la suite de l'affaire étudiée actuellement à Toulouse. Ils consultent OTSO. Voir si Sogelerg SO Toulouse est consulté. Je pense qu'il faut répondre sur les bases de la précédente propo »*.

Une décomposition de prix pour les sections 1, 2 et 3 a été saisie dans le bureau du chef d'agence de la société SSSO. Sur chaque feuille sont portées les mentions « OTSO 19-8 ». Les prix mentionnés sur ces trois feuilles pour les trois sections sont identiques aux prix déposés par la société OTSO le 26 août 1993.

Le 20 août 1993, M. Poli (SSSO) a adressé à M. Traverse (OTSO) une télécopie sur laquelle il est indiqué : « *Objet : contournement ouest de Toulouse, offre OTSO. Comme convenu, le dossier joint (trois sections, trois dossiers) doit être signé de M. Carlier après que vous ayez apposé le tampon OTSO-Bordeau ; aux endroits rappelés par nos signets. J'ai averti la secrétaire de M. Carlier qui le fera signer mardi. Je compte sur vous pour lui adresser les dossiers en chronopost lundi 23 août 1993. Il serait idéal que nous les recevions mercredi, et au plus tard jeudi 25 à Toulouse* ».

Le 25 août 1993, M. Guivarc'h (SSSO) a adressé à M. Poli (agence SSSO de Toulouse) un bordereau d'envoi sur lequel il est indiqué : « *Objet : offre OTSO, contournement ouest de Toulouse. Désignation des pièces : 3 dossiers études (sections 1, 2 et 3) revêtus de la signature de C. Carlier, en retour* ».

Par ailleurs, dans le bureau de M. Gouze de l'agence SSSO de Toulouse, a été saisie une télécopie non datée de M. Poli (SSSO) adressée à M. Amat, du conseil général, sur papier à en-tête de la société OTSO. Cette télécopie précise : « *Comme convenu, je vous précise ci-après quelques références d'études réalisées par OTSO liées aux projets routiers* ».

M. Belondrade, directeur de la société SSSO, a déclaré le 23 janvier 1996 : « *OTSO est une filiale de Sogelerg à plus de 99 % qui n'a pas de moyens propres de production et qui sous-traite à Sogelerg les études dont elle est chargée. Aujourd'hui, les sièges sociaux des deux sociétés sont à la même adresse. OTSO est une SARL dont le gérant est aujourd'hui M. Laroche (depuis avril 1994). OTSO avait déjà travaillé sur le dossier de la VCO en août 1992 et en novembre 1992. Si OTSO avait été attributaire du marché, les études auraient été sous-traitées à Sogelerg* ».

4. Les griefs notifiés

Des griefs ont été notifiés aux sociétés SSSO, SETI et EEG, SMM, Etudalp et OTSO pour avoir mis en œuvre des pratiques prohibées par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Il est ainsi reproché aux sociétés SSSO, SETI et EEG, lors de la première consultation, de s'être réparti les trois marchés d'études, de s'être concertées pour déterminer les montants de l'ensemble des offres sur les trois marchés, d'avoir fait des offres de couverture pour permettre de façon certaine à chaque société d'être moins-disante sur un des trois marchés et d'être convenues d'un protocole permettant à chacun des bureaux d'études de parvenir à une égale rémunération pour les études réalisées. Ensuite, après l'extension de la consultation à quatre autres bureaux d'études, il est fait grief à chaque bureau d'études de s'être concerté avec un autre bureau d'études pour que celui-ci dépose des offres de couverture sur les trois marchés. En effet, les sociétés SETI et SMM se sont concertées et la société SMM a déposé des offres de couverture sur les trois sections. Les sociétés EEG et Etudalp se sont concertées et la société Etudalp a déposé des offres de couverture sur les trois sections. Enfin, les sociétés SSSO et OTSO se sont concertées et la société OTSO a déposé des offres de couverture sur les trois sections. Ainsi, les sociétés SSSO, SETI et EEG se sont concertées avec trois des quatre bureaux d'études consultés en août 1993, pour permettre à chaque bureau d'études d'être moins-disant sur le marché qui devait lui revenir suite à la répartition initiale des marchés.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur les destinataires de la procédure :

Considérant que la société EEG soutient que c'est à tort que la notification de griefs a été adressée au président de son conseil d'administration ; qu'elle estime que les griefs auraient dû être notifiés à sa direction régionale du Sud-Ouest, dès lors que cette dernière dispose d'une véritable autonomie financière, technique et commerciale ;

Mais considérant que ne peut être reconnue à une entité économique la qualification d'entreprise que si ses organes dirigeants sont à même de déterminer librement une stratégie industrielle, financière et commerciale pleinement autonome, ainsi que la cour d'appel de Paris l'a précisé dans un arrêt du 19 janvier 1999 ; qu'il résulte en outre de la décision n° 98-D-26 du Conseil confirmée par cet arrêt que le fait pour une entité économique d'avoir un directeur qui dispose d'une délégation de pouvoir lui permettant de signer des contrats, de la liberté de gérer le personnel, le matériel et le bureau d'études, et qui représente la société et signe des offres ou passe des commandes, ne suffit pas, en l'absence d'autonomie stratégique, à la qualifier d'entreprise au sens du droit de la concurrence ; qu'en l'espèce, si les pratiques ont été mises en œuvre par l'agence locale immatriculée au registre du commerce, possédant une comptabilité analytique propre et dont le directeur dispose d'une délégation de pouvoir étendue, la société EEG ne démontre pas que l'agence de Toulouse avait été affranchie des directives et des contrôles du siège social ni qu'elle jouissait de la pleine liberté de contracter, de décider de ses investissements et de définir sa propre stratégie ; qu'en conséquence, le moyen doit être écarté ;

Sur la prescription :

Considérant que la société EEG demande que soit écartée du dossier toute référence à des faits antérieurs au 9 octobre 1992, l'ordonnance du président du tribunal de grande instance de Toulouse autorisant les visites et saisies étant datée du 9 octobre 1995 ; qu'elle vise notamment un document daté du 4 octobre 1992, certains documents cités page 38 du rapport administratif et une réunion du 7 octobre 1992 évoquée dans la notification de griefs ;

Mais considérant qu'aux termes de l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *Le Conseil de la concurrence ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans, s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction* » ; qu'en l'espèce, la requête du directeur régional de Bordeaux, datée du 29 septembre 1995, auprès du tribunal de grande instance de Toulouse pour demander l'autorisation de visiter les locaux de plusieurs entreprises, est un acte d'instruction visé par l'article 27 de l'ordonnance ; qu'ainsi, seuls les faits antérieurs au 29 septembre 1992 sont prescrits ; qu'au surplus, le rapporteur ne s'est pas appuyé sur le document daté du 4 octobre 1992 et sur ceux cités pages 18 et 38 du rapport administratif pour notifier les griefs ; qu'en conséquence, ce moyen doit être écarté ;

Sur la durée de la procédure :

Considérant que les sociétés SSSO et OTSO font valoir qu'il s'est écoulé près de trois ans entre l'ouverture des plis du premier tour et la saisine du Conseil de la concurrence et près de trois ans entre la saisine du Conseil et la notification de griefs alors qu'il s'agit d'une affaire pour laquelle le Conseil a utilisé la procédure simplifiée ; qu'ainsi, elles se sont vu notifier, le 8 avril 1999, des griefs relatifs à des faits remontant à plus de six ans ; qu'elles soutiennent que la longueur anormale de la procédure paraît contraire au délai raisonnable prescrit par l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais considérant que la société SSSO ne démontre pas en quoi les délais qui se sont écoulés ont fait obstacle au respect des droits de la défense ; qu'en l'absence d'une telle démonstration, la procédure ne saurait être irrégulière du seul fait de sa durée ; que la cour d'appel de Paris a retenu, dans un arrêt du 8 septembre 1998, « *qu'à supposer le délai excessif... la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation pour le conseil de se prononcer dans un délai raisonnable... n'est pas l'annulation ou la réformation de la décision* » ;

mais la réparation du préjudice résultant de la durée excessive du procès » ; que le moyen doit être écarté ;

Sur le non-respect des principes d'indépendance de l'instruction et du procès équitable :

Considérant que la société EEG fait valoir que l'objectivité de l'instruction et de la rédaction de la notification de griefs, qui ont été menées par un fonctionnaire de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), qui fait donc partie des agents de la partie saisissante et est rémunéré par elle, peut être mise en doute et que, de plus, l'instruction a été conduite exclusivement à charge ; qu'elle soutient que, de ce fait, la procédure devant le Conseil de la concurrence n'a pas respecté les dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui donne à chaque partie le droit à un procès équitable ;

Mais considérant que l'article 4 de l'ordonnance prévoit que les rapporteurs permanents sont nommés sur proposition du président du Conseil de la concurrence par arrêté du ministre chargé de l'économie ; que l'article 3 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 précise que les rapporteurs permanents sont nommés, notamment, parmi les fonctionnaires de catégorie A ; qu'ainsi, aucune disposition législative ou réglementaire ne s'oppose à ce que les rapporteurs soient nommés parmi les fonctionnaires appartenant à des corps qui leur donnent vocation à être affectés à la DGCCRF ; que l'article 18 du décret du 29 décembre 1986 susvisé dispose que : « *Pour l'application de l'article 21 de l'ordonnance, la notification des griefs retenus par le rapporteur et la notification du rapport sont faites par le président. Le rapport contient l'exposé des faits et griefs finalement retenus par le rapporteur à la charge des intéressés ainsi qu'un rappel des autres griefs...* » ; qu'il résulte de l'ensemble de ces dispositions que, dès lors qu'un fonctionnaire de la catégorie prévue par l'article 3 du décret du 29 décembre 1986 est nommé rapporteur au Conseil de la concurrence, il procède à l'instruction des dossiers qui lui ont été confiés en toute indépendance et sous sa seule responsabilité, dans le cadre des dispositions de l'ordonnance et de son décret d'application ;

Que, par ailleurs, il n'a été apporté aucune précision à l'appui de l'allégation selon laquelle l'instruction du présent dossier n'aurait pas été conduite de manière objective ou aurait été menée exclusivement à la charge de la société EEG ; qu'en effet, contrairement aux affirmations de cette société, aucun élément du dossier, notamment ceux susceptibles d'engager la responsabilité du maître d'ouvrage, n'a été occulté ; que le moyen doit donc être écarté ;

Sur le non-respect du contradictoire et des droits de la défense :

Considérant que la société OTSO fait valoir que, depuis le début de l'enquête, elle a été mise à l'écart de la procédure ; qu'elle n'a été entendue, ni par les enquêteurs de la DGCCRF, ni par le rapporteur ; qu'elle soutient que les principes du contradictoire et des droits de la défense n'ont pas été respectés ;

Mais considérant que, si en application de l'article 20 du décret du 29 décembre 1986, le rapporteur peut, s'il l'estime opportun, procéder à des auditions, aucune disposition législative ou réglementaire ne lui impose, pas plus qu'aux enquêteurs, de le faire ni d'entendre toutes les parties ou personnes concernées ; que la phase contradictoire de la procédure ne débute qu'à compter de la notification de griefs ; qu'en conséquence, le fait que la société OTSO n'ait été entendue ni par les enquêteurs ni par le rapporteur avant la notification de griefs est sans influence sur la régularité de la procédure ; que le moyen invoqué doit donc être écarté ;

Sur la régularité des procès-verbaux :

Considérant que la société SSSO appelle l'attention du Conseil de la concurrence sur le fait que le procès-verbal de visite et de saisie concernant la société SSSO du 19 octobre 1995, qui a été remis au chef d'agence de cette société, n'est signé ni par les enquêteurs, ni par les officiers de police judiciaire, ni par le représentant de cette société ;

Mais considérant que l'article 32 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 prévoit : « *Les procès-verbaux (prévus à l'article 48) sont signés par les enquêteurs, par l'occupant des lieux ou son représentant ainsi que par l'officier de police judiciaire chargé d'assister à ces opérations. Une copie du procès-verbal et de l'inventaire est remis à l'occupant des lieux ou à son représentant* » ; que ce texte ne précise pas si la copie doit être remise à l'occupant des lieux avant ou après la signature du document par l'ensemble des parties ; qu'en l'espèce, l'original du procès-verbal de visite et de saisie joint au dossier est signé par les enquêteurs, par l'officier de police judiciaire et par le chef d'agence de la société SSSO qui a précisé : « *n'avoir rien à déclarer sur le déroulement de la visite* » ; que la société SSSO n'a pas joint à ses observations une copie du document qui lui a été délivré le 19 octobre 1995 ; que, par ailleurs, la société SSSO ne conteste pas le fait que le document qui lui a été remis est bien le double du procès-verbal joint au dossier ; qu'en conséquence, le seul fait qu'une copie non signée ait été remise aux parties n'est pas de nature à porter atteinte aux droits de la défense ; qu'au surplus, la société SSSO précise qu'elle n'a pas engagé de procédure tendant à contester la régularité des opérations de visite et de saisie devant le président du tribunal de grande instance de Toulouse ; que, dès lors, ce moyen doit être écarté ;

Considérant que la société EEG soutient que, lors de l'audition de M. Frappart, le 6 février 1996, les enquêteurs ont, par leurs questions, qui volontairement n'ont pas été reproduites dans le procès-verbal, recherché de la part de leur interlocuteur sa propre auto-incrimination, ce qui est contraire aux règles de procédure pénale ; qu'elle en déduit que ce procès-verbal doit être déclaré nul et retiré du dossier ;

Mais considérant qu'en vertu de l'article 47 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 « *Les enquêteurs peuvent recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications* » et qu'au terme de l'article 31 du décret du 29 décembre 1986 « *les procès-verbaux énoncent la nature, la date et le lieu des constatations et des contrôles effectués* » ; qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'exige la mention dans les procès-verbaux des questions posées aux personnes concernées ; qu'en l'absence de tout autre élément précis permettant de dire que M. Frappart a été conduit à s'auto-incriminer, le moyen doit être écarté ;

Sur les pratiques constatées :

Considérant que, dès le 5 novembre 1992, les trois bureaux d'études ont comparé leurs estimations des prix des études pour les trois sections ; que le compte rendu de la réunion organisée le 5 novembre et les télécopies échangées entre les trois bureaux d'études le 9 et le 10 novembre 1992 font état de rétrocessions entre les trois bureaux d'études afin de parvenir à une égalité de montant des études entre les trois sections ; que la télécopie de M. Frappart du 9 novembre précise : « *EEG est OK sur les chiffres présentés dans le tableau comparatif arrêté en commun en réunion. Néanmoins, il a été convenu que les chiffres d'affaires de chaque BE seront égaux à 1 560 kF. L'accord d'EEG est bien sûr donné sur cette base, qui implique, selon l'engagement de SETI et Sogelerg, à rétrocéder respectivement 120 et 160 kF à EEG. Les rétrocessions ne sont donc pas éventuelles, mais feront, suivant les engagements précités, l'objet d'un protocole à définir avant la soumission.* » ; que, dès le 1^{er} décembre 1992, les trois bureaux d'études ont décidé au cours d'une réunion que la section 1 serait attribuée à la société EEG, la section 2 à la société SETI et la section 3 à la société SSSO ; qu'au cours de cette réunion, ils ont également estimé le coût des études et sont parvenus à des estimations assez proches de leurs offres définitives ; que, le 3 mars 1993, les trois bureaux d'études se sont réunis pour « *homogénéiser (les) études et les réponses à faire au conseil général* » ; que, le 3 juin 1993, la société SSSO, qui sera attributaire de la section 3, a transmis aux sociétés EEG et SETI des prix pour cette section ; que les prix déposés par la société EEG le 6 juin 1993 sont identiques à ceux qui lui ont été transmis par la société SSSO ; que ceux déposés par la société SETI le 4 juin 1993 sont très légèrement inférieurs à

ceux qui lui ont été transmis par télécopie ; que la société SSSO a informé la société SETI, qui sera attributaire de la section 2, de l'offre qu'elle allait faire sur cette section par télécopie du 3 juin 1993 ; qu'enfin, la société EEG, qui sera attributaire de la section 1, a transmis par télécopie le 4 juin 1993 aux sociétés SSSO et SETI des offres détaillées pour cette section ; que les offres effectivement déposées par les sociétés SSSO et SETI pour la section 1, qui sont datées du 4 juin 1993, ne sont que très légèrement supérieures aux prix communiqués par la société EEG ;

Considérant que, pour la deuxième consultation, les sociétés SSSO, SETI et EEG ont proposé au conseil général de consulter les sociétés SMM, Etudalp et OTSO ; que la société SETI a transmis par télécopie à la société SMM, les 17 et 19 août 1993, des offres détaillées pour les trois sections, qui sont strictement identiques aux offres déposées le 23 août 1993 ; que le directeur général de la société SMM a reconnu avoir reproduit les données qui lui ont ainsi été communiquées par la société SETI ; que la société EEG, qui a proposé au conseil général de consulter la société Etudalp, a transmis par télécopie à la société Etudalp, le 24 août 1993, des offres détaillées pour les trois sections ; que les prix déposés par la société Etudalp le 30 août 1993 sont strictement identiques à ceux qui lui ont été communiqués par la société EEG ; que le directeur de la société EEG a reconnu avoir fourni des éléments de réponse à la société Etudalp ; qu'enfin, la société SSSO a rédigé les offres de la société OTSO, filiale de la société SSSO, et le responsable de la société OTSO a apposé sa signature sur les documents préparés par la société SSSO ;

Considérant qu'aucun bureau d'études ne conteste avoir mis en œuvre les pratiques relevées ; que, toutefois, ils soutiennent qu'il ne peut leur être fait grief d'avoir mis en œuvre des pratiques prohibées par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1996, compte tenu du rôle du conseil général, de l'absence de réelle mise en concurrence et de l'absence d'effet anticoncurrentiel ;

Considérant, en ce qui concerne la première consultation, que les bureaux d'études font valoir que le conseil général a commis une erreur administrative en demandant aux sociétés SSSO, EEG et SETI de travailler sur les études onze mois avant la notification des marchés et qu'il s'agit de marchés de régularisation ; qu'ils relèvent que le conseil général a tout mis en œuvre pour que les résultats de la première et de la seconde consultation permettent l'attribution des marchés aux entreprises qui les avaient en partie réalisés ; que la société SSSO précise qu'il y a eu 31 réunions de travail regroupant les trois bureaux d'études en présence des représentants du conseil général, entre la publication du marché et sa notification aux attributaires, et qu'au moment de la notification du marché, elle avait réalisé plus des deux tiers de celui-ci ; que les bureaux d'études soutiennent que le conseil général est l'instigateur et le seul responsable des pratiques qu'ils ont mises en œuvre pour régulariser des marchés en partie réalisés et, qu'en conséquence, ils ne peuvent être mis en cause ;

Considérant qu'il est établi que le conseil général a choisi les bureaux d'études SSSO, SETI et EEG et leur a demandé de commencer leurs travaux avant le lancement d'une procédure de marché négocié ; que ces études se sont poursuivies pendant la procédure de passation des marchés, entre la publication des avis d'information et la notification des marchés aux attributaires ; que c'est en toute connaissance de cause que, dans un premier temps, le conseil général leur a demandé de déposer des offres concurrentes sur chaque section, alors que, depuis fin 1992, les trois entreprises travaillaient en commun et s'étaient réparti les trois sections composant le marché ;

Mais considérant que s'il n'est pas contesté qu'une réunion technique a eu lieu le 29 septembre 1992 entre les trois bureaux d'études en présence d'agents des services techniques du conseil général et s'il apparaît que le conseil général a pu souhaiter à un moment, en raison de la complexité et de l'urgence des études, un regroupement des trois bureaux d'études sur l'ensemble du projet et que des études ponctuelles avaient été

précisément demandées à chacun des trois bureaux d'études, il n'en reste pas moins qu'à la suite de la décision du conseil général de procéder à un appel d'offres, les bureaux d'études qui n'avaient encore exécuté qu'une partie des travaux se sont réparti les trois lots en organisant des compensations et se sont concertés sur les prix ; que ces pratiques ont eu pour objet de faire obstacle au libre jeu de la concurrence ; qu'en conséquence, le rôle joué, selon les bureaux d'études, par le conseil général ne saurait les exonérer de toute responsabilité ;

Considérant, en ce qui concerne la seconde consultation, que les cinq sociétés en cause soutiennent que les conditions dans lesquelles le second appel d'offres a été réalisé, à savoir le délai fixé - dépôt des offres le 26 août pour une demande adressée le 10 août - et la période retenue, qui se situait au cœur de l'été, démontrent son caractère purement formel ; que, de surcroît, le fait que la société SETEC ait été écartée bien qu'ayant fait la proposition la moins-disante, conduit à faire douter de la volonté du conseil général de faire jouer une réelle concurrence ; que, d'ailleurs, le conseil général a reconnu avoir lui-même demandé aux trois sociétés primitivement consultées de lui fournir le nom d'autres entreprises à consulter, ainsi que cela ressort du procès-verbal d'audition en date du 19 décembre 1995 de M. Philippe Aurat, directeur général adjoint chargé de services techniques du conseil général ;

Mais considérant que les trois bureaux d'études initialement retenus ne se sont pas bornés à fournir des noms de candidats éventuels puisqu'ils ont chacun pris contact avec un autre bureau d'études et l'ont incité à déposer une offre de couverture ; que les sociétés SMM et Etudalp ainsi contactées ont effectivement adressé des offres comportant les prix qui leur avaient été communiqués respectivement par les sociétés SETI et EEG ; que les sociétés SSSO et OTSO se sont concertées afin que la société OTSO dépose une offre de couverture ; qu'en se comportant ainsi pour répondre à un appel d'offres, et quelles que soient les conditions particulières dans lesquelles celui-ci avait été lancé, les entreprises en cause ont poursuivi un objet anticoncurrentiel et ont méconnu les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui prohibe les ententes ;

En ce qui concerne le niveau des prix des marchés :

Considérant, enfin, que si les sociétés en cause soutiennent que les pratiques qui leur sont reprochées n'ont eu aucun effet, notamment en matière de prix, leur objet anticoncurrentiel, qu'elles ont elles-mêmes admis et qui est établi, suffit à les rendre condamnables au regard des dispositions précitées de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *Le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de dix millions de francs* » ;

Considérant que, pour apprécier la gravité des pratiques reprochées, il y a lieu de tenir compte du comportement du maître d'ouvrage, des nombreuses réunions de concertation entre les bureaux d'études qu'il a organisées avant la publication du premier appel d'offres, et des conditions ainsi que de la date de lancement du second appel d'offres ; que, pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de prendre en compte le montant total des marchés, qui s'est élevé à environ 10 MF, et de tenir compte de ce que la signature des marchés est intervenue alors qu'en accord avec le maître d'ouvrage, les attributaires avaient effectué une

grande partie des travaux ;

En ce qui concerne la société Sogelerg Sogreah Sud-Ouest Ingénierie SNC :

Considérant que la société SSSO s'est livrée à des pratiques anticoncurrentielles lors de la procédure de passation des marchés d'études pour la construction de la voie de contournement ouest de Toulouse ; qu'elle a été attributaire de la section 3 ; qu'elle a réalisé en France au cours de l'exercice 1998, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires de 48 062 991 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 25 000 F ;

En ce qui concerne la Société d'études techniques et industrielles ;

Considérant que la société SETI s'est livrée à des pratiques anticoncurrentielles lors de la procédure de passation des marchés d'études pour la construction de la voie de contournement ouest de Toulouse ; qu'elle a été attributaire de la section 2 ; qu'elle a réalisé en France au cours de l'exercice 1998, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires de 13 090 380 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 10 000 F ;

En ce qui concerne la société Europe Etudes Gecti :

Considérant que la société EEG signale au Conseil que la direction régionale du Sud-Ouest est une petite entité économique qui a réalisé un chiffre d'affaires de 8 millions de francs entraînant une perte de 622 000 F ; qu'elle ajoute que son résultat net affiche une perte de 13 372 000 F et qu'un plan de licenciement concernant 40 personnes est en cours ;

Considérant que la société EEG s'est livrée à des pratiques anticoncurrentielles lors de la procédure de passation des marchés d'études pour la construction de la voie de contournement ouest de Toulouse ; qu'elle a été attributaire de la section 1 ; qu'il convient de prendre en compte non le chiffre d'affaires de la direction régionale mais celui de la société qui s'est élevé à 95 644 402 F en 1998, dernier exercice clos disponible ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 50 000 F ;

En ce qui concerne la Société du métro de Marseille :

Considérant que la société SMM signale au Conseil qu'elle n'a tiré aucun profit personnel des pratiques relevées, qu'elle estime avoir été victime des manœuvres du département et de la société SETI et que sa capacité contributive est limitée, ayant enregistré un déficit de 6 221 304 F en 1998 ; qu'elle demande, en outre, au Conseil de prendre en compte le fait que son directeur n'a jamais contesté la matérialité des faits qui lui sont reprochés ;

Considérant que, si la société SMM s'est livrée à des pratiques anticoncurrentielles lors de la procédure de passation des marchés d'études pour la construction de la voie de contournement ouest de Toulouse, elle n'a obtenu aucun marché ; qu'elle a réalisé en France au cours de l'exercice 1998, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires de 36 197 711 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 15 000 F ;

En ce qui concerne la société Etudalp :

Considérant que la société Etudalp s'est livrée à des pratiques anticoncurrentielles lors de la procédure de passation des marchés d'études pour la construction de la voie de contournement ouest de Toulouse ; qu'elle n'a obtenu aucun marché ; qu'elle a réalisé en France au cours de l'exercice 1998, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires de 10 638 383 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 10 000 F ;

En ce qui concerne la société Office technique du Sud-Ouest :

Considérant que la société OTSO s'est livrée à des pratiques anticoncurrentielles lors de la procédure de passation des marchés d'études pour la construction de la voie de

contournement ouest de Toulouse ; qu'elle n'a obtenu aucun marché ; qu'elle n'a réalisé aucun chiffre d'affaires au cours de l'exercice 1998, dernier exercice clos disponible ; qu'en conséquence, il ne peut lui être infligé aucune sanction pécuniaire,

Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que les sociétés Sogelerg Sogreah Sud-Ouest Ingénierie SNC, Société d'études techniques et industrielles, Europe Etudes Gecti, Société du métro de Marseille, Etudalp et Office technique du Sud-Ouest ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

25 000 F à la société Sogelerg Sogreah Sud-Ouest Ingénierie SNC ;

10 000 F à la Société d'études techniques et industrielles ;

50 000 F à la société Europe Etudes Gecti ;

15 000 F à la Société du métro de Marseille ;

10 000 F à la société Etudalp.

Délibéré, sur le rapport de Mme Sévajols, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 65

Décision n° 99-D-58 du Conseil de la concurrence en date du 12 octobre 1999 relative à la saisine présentée par la société SA Concurrence

NOR : *ECOC9910322S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 24 mars 1999 sous le numéro F 1140, par laquelle la société SA Concurrence a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques visant le secteur de la distribution des produits électroniques grand public ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et la partie saisissante entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que les éléments recueillis en l'état actuel du dossier ne permettent pas d'éclairer complètement le Conseil sur les pratiques dénoncées ; que, dans ces conditions, il y a lieu de surseoir à statuer en vue de procéder à un complément d'instruction,

Décide :

Article unique

Il est sursis à statuer sur la saisine n° F 1140.

Délibéré, sur le rapport de Mme Servella-Huertas, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Cortesse, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Conseil de la Concurrence

Treizième rapport d'activité

1999

Annexe 66

Décision n° 99-D-59 du Conseil de la concurrence en date du 12 octobre 1999 relative à une saisine de la société anonyme d'économie mixte locale Energies Services

Lannemezan

NOR : *ECOC9910334S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 17 novembre 1995 sous le numéro F 811, par laquelle la société anonyme d'économie mixte locale Energies Services Lannemezan a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par Electricité de France qu'elle estime anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz ;

Vu le décret n° 55-662 du 20 mai 1955 réglant les rapports entre les établissements visés par les articles 2 et 23 de la loi du 8 avril 1946 et les producteurs autonomes d'énergie électrique ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, la société anonyme d'économie mixte locale Energies Services Lannemezan et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - La réglementation

L'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 a prévu, dans le domaine de la distribution, des exceptions à la nationalisation au bénéfice des « sociétés de distribution à économie mixte dans lesquelles l'Etat ou les collectivités publiques possèdent la majorité, des régies ou services analogues constitués par les collectivités locales... ».

Le décret n° 55-662 du 20 mai 1955 a réglé les rapports entre EDF et les établissements

visés par l'article 23, d'une part, et les producteurs autonomes d'énergie électrique, d'autre part. L'article 1^{er} du décret oblige EDF à recevoir, sur les réseaux qu'elle exploite, l'énergie produite dans les installations des producteurs autonomes et à passer un contrat pour l'achat de cette énergie.

L'article 8, alinéa 1^{er}, du même décret étend cette obligation aux organismes de distribution d'énergie électrique visés à l'article 23 de la loi de 1946, ce qui signifie que ces organismes sont tenus d'acheter l'énergie produite par les producteurs autonomes installés dans leur zone de distribution.

Le même article prévoit dans son alinéa 2 que *« des conventions devront intervenir entre ces organismes et Electricité de France pour le cas où les obligations précédentes nécessiteraient des échanges d'énergie entre eux ou des transferts d'énergie de l'un à l'autre. Le ministre de l'industrie et du commerce peut mettre en demeure les intéressés de conclure ces conventions dans un délai déterminé. A défaut d'accord dans le délai fixé, le ministre statue »*.

L'article 8 de la loi du 8 avril 1946, qui a institué des dérogations à la nationalisation de la production d'électricité, a défini les cas dans lesquels les collectivités locales peuvent produire de l'électricité. Il s'agit des installations :

- utilisant le pouvoir calorifique des résidus et déchets collectés dans les centres urbains ou en vue d'alimenter un réseau de chaleur (alinéa 3-6^o),
- utilisant l'énergie hydraulique des cours d'eau traversant leur territoire, lorsque la puissance installée des appareils de production n'excède pas 8 000 kVA (alinéa 3-7^o).

L'alinéa 4 du même article prévoit la possibilité pour les collectivités locales d'aménager et d'exploiter de nouvelles installations, quelles que soient la source d'énergie primaire utilisée et la puissance de l'installation, sous réserve d'une décision ministérielle.

B. - Les pratiques relevées

En 1946, la ville de Lannemezan a décidé d'assurer la distribution du gaz et de l'électricité, en application des dispositions prévues à l'article 23 de la loi du 8 avril 1946. Comme la ville assurait également la distribution de l'eau, trois régies ont fonctionné, avec une gestion distincte, tout en employant un personnel administratif commun.

En 1991, la régie municipale de Lannemezan, qui assurait depuis 1946 la distribution d'électricité sur le territoire de la commune, a décidé d'implanter une centrale de production thermique comprenant quatre groupes électrogènes. Le 10 juin 1992, la régie a signé un contrat d'achat d'électricité avec le centre EDF-GDF Services Béarn Bigorre, pour une puissance maximale installée de 4 800 kVA.

En 1993, la ville de Lannemezan a supprimé les régies et créé une société anonyme d'économie mixte locale sous le nom d'Energies Services Lannemezan (ESL).

D'après ses statuts, la société a pour objet *« l'exploitation, la gestion de la distribution publique de l'énergie électrique, du gaz et de l'eau, la maîtrise d'œuvre des travaux d'amélioration et du développement desdits services sur le territoire de la ville de Lannemezan et des territoires des communes avoisinantes... »*.

Dans un courrier du 21 décembre 1993, la société ESL a écrit à EDF : *« Comme vous le savez, notre société s'est équipée d'un système de production autonome permettant un effacement dans les périodes les plus chargées pour vous. Après deux années d'expérience de fonctionnement, les résultats tant économiques que techniques coïncident avec nos prévisions et ces nouveaux équipements dont la promotion a été encouragée par votre établissement nous donnent entière satisfaction.*

« Comme j'ai eu l'occasion de m'en entretenir avec M. Gandy, certains de nos clients ont l'intention de s'équiper de systèmes analogues.

« Compte tenu de l'obligation d'achat à laquelle nous sommes également soumis, nous

sommes contraints d'acheter ces excédents pour vous les revendre et nos estimations nous amènent à penser que nous refoulerons sur votre réseau environ 7 000 kW de puissance supplémentaire en pointe.

« Pour informer nos futurs clients autoproducteurs des conditions de rémunération de cette énergie refoulée, vous voudrez bien nous préciser en retour si cette énergie sera valorisée au même tarif que celui dont nous bénéficions aujourd'hui à travers notre contrat ».

La société ESL et la société Esys-Montenay ont créé le 24 janvier 1994 une filiale commune ayant le statut d'une société anonyme, la société Energies Services Pyrénées (ESP). La société ESL détient 51 % du capital et la société Esys-Montenay 49 %.

D'après ses statuts, la société ESP a pour objet *« l'étude, la conception, la réalisation, la gestion de toutes installations thermiques, climatiques, d'autoproduction, d'éclairage public ou industriel, la valorisation de l'énergie et plus généralement toutes opérations industrielles, commerciales et financières se rapportant à l'exploitation et au développement desdits services ».*

Dans une lettre du 25 janvier 1994, la société ESL a transmis au centre EDF-GDF Services Béarn Bigorre un dossier *« concernant la centrale d'autoproduction au fuel que compte implanter la société ESP sur la commune de Lannemezan ».*

Dans un premier temps, le centre EDF-GDF Services a fait état de difficultés techniques pour refuser de signer un contrat d'achat. Ainsi, dans sa réponse du 14 février 1994, le centre EDF-GDF Services fait état des résultats d'une étude selon laquelle *« le raccordement de toute production supplémentaire entraînerait des perturbations hors normes, inacceptables pour la propagation de nos signaux de télécommande 175 Hz... En l'attente d'éventuelles solutions techniques, nous sommes au regret de vous informer que nous ne pouvons donner une suite favorable à votre projet... ».*

Après plusieurs échanges de lettres relatif à l'étude technique en question, le centre EDF-GDF a indiqué dans un courrier du 12 avril 1994 : *« Après examen de votre demande, nous vous informons que nous disposerons seulement en juin des modalités techniques de raccordement direct au poste Source et des conditions de prix »*, puis, après avoir exposé les conditions techniques du raccordement : *« De plus, nous vous confirmons que ces nouvelles modalités de raccordement devront faire l'objet d'une validation par les services techniques nationaux avant toute application sur ce terrain dans la mesure où elles remettent en cause la fragilité de vos postes Sources. »*

Malgré les réserves d'ordre technique exposées par le centre EDF-GDF, la société ESL a écrit à EDF le 15 avril 1994 : *« Dans l'attente des décisions techniques nationales à venir et compte tenu des délais importants, nous prenons provisoirement l'option de créer cette seconde centrale en nous engageant à ne mettre en fonction que les moteurs qui ne perturberont pas la propagation des signaux 175 Hz... »*

Dans sa réponse du 2 mai 1994, le centre EDF-GDF s'étonne de la décision de la société ESL de lancer les travaux et maintient ses réserves d'ordre technique : *« Si nous prenons bonne note de votre accord de principe pour la solution technique proposée dans notre courrier du 12 avril 1994, nous sommes, par contre, surpris de votre position concernant le lancement des travaux pour la réalisation de votre deuxième centrale.*

« En effet, son raccordement au réseau EDF ne pourra être accepté qu'après validation par nos services nationaux de la solution que nous vous avons proposée après fixation des coûts financiers correspondants.

« Il n'est donc pas possible de passer un accord préalable avec votre société qui prévoirait l'effacement de votre production en cas de réclamation de notre clientèle ; les dispositions techniques permettant la bonne propagation des ordres tarifaires doivent être définies avant la décision de raccordement.

« Nous vous rappelons que la durée de votre contrat d'achat d'énergie signé avec nos établissements le 10 juin 1992 et modifié par les avenants n° 1 (signature le 6 juillet 1993) et n° 2 (signature le 16 décembre 1993) ne pourra aller au-delà des 9 ans prévus (cf. article 12 des conditions particulières) et ce, conformément à la législation en vigueur.

« A ce sujet, nous vous précisons que la durée normale des contrats de production en pointe mobile est de 6 ans et ne doit pas excéder 9 ans.

« Compte tenu de ces éléments, nous vous confirmons que nous reprendrons contact avec vos services dès que les nouvelles modalités de raccordement seront arrêtées pour régler les problèmes techniques et commerciaux correspondants.

« Enfin, nous vous rappelons que votre demande de raccordement ne sera satisfaite et l'avenant au contrat d'achat signé que sous la réserve d'une déclaration ou d'une autorisation de l'autorité préfectorale. »

Dans une lettre à EDF du 29 juin 1994, la société ESL confirme le maintien de son projet : *« Suite à votre demande formulée au cours de notre réunion du 26 mai 1994 en nos locaux de Lannemezan, nous vous transmettons copie de l'autorisation préfectorale (au titre de l'arrêté du 15 mai 1991) attribuée à la société ESP pour la construction d'une centrale fioul domestique 6 620 kW. L'ambition d'ESP (et ESL) reste la mise en service au 1^{er} novembre 1994. Vous comprendrez qu'il ne nous est plus possible de perdre de temps. C'est pourquoi nous souhaiterions recevoir par retour de courrier la convention de raccordement que vous nous proposez ainsi que le projet de contrat de rachat pour cette centrale. »* Puis après avoir exposé les résultats de l'étude de rentabilité de la centrale d'ESP, la société ESL ajoute : *« La durée du contrat de vente doit donc être portée à 12 ans pour tenir compte des surinvestissements et des impacts négatifs des recettes. Nous attirons votre attention sur le fait que de tels contrats existent dans la région avec certains de nos confrères distributeurs d'électricité qui ont obtenu de telles durées aux mois de janvier et mai 1994 et que cela ne constitue donc qu'une simple égalité de traitement. »*

Face à la position de la société ESL, le centre EDF-GDF invoque dans un second temps des arguments liés à la surcapacité de production du parc électrique français. Ainsi, dans son courrier du 4 juillet 1994, EDF précise : *« Au préalable, nous vous rappelons que, lors de notre réunion du 26 mai 1994, nous avons abordé les questions relatives au domaine technique et contractuel en insistant notamment sur la nécessité avant d'instruire votre dossier d'être en possession des pièces administratives réglementaires (permis de construire, autorisations préfectorales...).*

« Déjà le 22 mars 1994, notre président du conseil d'administration, M. Ménage, faisait part à M. Trémège, député des Hautes-Pyrénées, de notre position et des réserves sur les projets de production thermique autonome en pointe.

« En effet, vous n'ignorez pas que le cadre actuel est inadapté au contexte électrique français : le développement considérable de la production autonome de pointe, totalement superflu au regard des besoins des consommateurs français, induit pour EDF des dépenses inutiles, très significatives (plusieurs centaines de millions de francs par an) et qui seront finalement à la charge de la collectivité nationale.

« Les aménagements réglementaires en cours sont de nature à remettre profondément en cause la rentabilité de votre projet ; il serait regrettable que vous vous engagiez de manière irréversible dans la réalisation d'installations, en courant le risque de voir votre production ne plus trouver aucune valorisation, une fois l'obligation d'achat levée. Au surplus, au-delà de ces évolutions réglementaires, l'évolution inéluctable de nos tarifs ne manquerait pas d'appeler de votre part de violents reproches à notre égard.

« C'est pourquoi, à ce jour, notre direction générale nous a demandé, au nom de notre mission de conseil tarifaire, partie intégrante de notre mission de service public, de ne pas donner une suite favorable à votre projet. »

Par lettre du 31 janvier 1995, la société ESL fait savoir au centre EDF-GDF qu'elle maintient son projet : *« Faisant suite à la signature de l'arrêté du 23 janvier 1995 relatif à la suspension de l'obligation de passer des contrats d'achat pour la production autonome par monsieur le ministre de l'industrie, nous vous rappelons à nouveau que la société Energies Services Pyrénées a l'intention de construire une centrale thermique fioul à Lannemezan afin qu'elle soit opérationnelle le 1^{er} novembre 1995. Vous possédez déjà depuis plus d'un an un dossier complet sur cette centrale. Comme s'y est engagée votre direction générale, nous vous demandons de bien vouloir nous envoyer un contrat d'achat d'énergie dans les plus brefs délais (au nom d'Energies Services Lannemezan). Le temps nous presse. Sans réponse de votre part le 8 février 1995, nous serions obligé d'employer une méthode plus directive. »*

L'arrêté auquel fait référence la société ESL suspend pour une durée de trois ans l'obligation pour EDF et les organismes de distribution d'énergie électrique visés à l'article 23 de la loi de 1946 de passer un contrat d'achat prévu par le décret de 1955.

Répondant le 7 février 1995 à cette lettre, le centre EDF-GDF Services développe un nouvel argumentaire lié au statut de la société ESL, en vertu duquel il appartient à cette société d'acheter l'électricité produite sur son territoire (article 8 du décret de 1955) : *« Par votre lettre du 31 janvier 1995, vous nous saisissez une nouvelle fois pour le projet de la société Energies Services Pyrénées qui désire construire une centrale thermique fioul à Lannemezan. Nous vous confirmons notre position négative qui n'a pas changé depuis juin 1994 quant à l'achat de cette production d'électricité. En effet, s'il y a obligation d'achat, c'est bien à Energies Services Lannemezan d'acquérir l'éventuelle production d'électricité de la société Services Pyrénées et non pas à EDF. »*

En réponse, la société ESL écrit, le 8 mars 1995 : *« Par votre lettre du 7 février 1995, vous nous confirmez votre position négative quant à l'achat de la production d'électricité fournie par la centrale thermique installée par la société Energies Services Pyrénées sur la commune de Lannemezan. Nous avons bien compris qu'il appartenait à ESL de racheter cette énergie et le conseil d'administration du 20 février 1995 a entériné cette décision. Ne pouvant pas utiliser cette énergie, nous nous trouvons dans l'obligation de vous la revendre intégralement et nous vous demandons de nous faire parvenir par retour de courrier un contrat ou une convention de rachat. »*

En réponse à ce courrier, EDF confirme à son tour sa position le 29 mars : *« Par courrier du 8 mars 1995, vous nous avez fait part de votre point de vue quant à la question du rachat de l'énergie électrique que votre filiale Energies Services Pyrénées se propose de produire. Nous ne pouvons souscrire qu'à une partie seulement de votre analyse. Il est possible qu'il vous incomberait en effet de racheter cette énergie pour autant cependant que se trouveraient remplies à votre égard les conditions légales de ce rachat compte tenu du principe de la suspension de l'obligation d'achat décidé par arrêté du 23 janvier 1995 (JO du 27 janvier 1995) pris en application du décret n° 94-1110 du 20 décembre 1994.*

« Par contre, EDF n'a aucune obligation d'achat à votre égard relativement à cette éventuelle production au demeurant sans relation aucune avec vos propres besoins de distributeur d'électricité. La continuation de ce projet ne peut donc intervenir qu'à vos risques et périls. »

La société ESL adresse alors à EDF un projet de contrat daté du 3 avril 1995 pour une puissance maximale de 12 000 kW correspondant au cumul de la production des groupes électrogènes installés par la société ESL et de la production de la centrale que la société ESP envisage de construire.

Le 4 avril 1995, la société ESL demande au directeur du gaz, de l'électricité et du charbon (DIGEC) au ministère de l'économie, des finances et de l'industrie de mettre EDF en demeure de conclure une convention d'achat en application de l'alinéa 2 de l'article 8 du décret du 20 mai 1955, reproduit ci-dessus au I.A. de la présente décision.

Interrogé au cours de l’instruction sur l’objet des conventions prévues à l’alinéa 2 de l’article 8 du décret du 20 mai 1955, le directeur du gaz, de l’électricité et du charbon a exposé dans une note du 15 janvier 1999 : « *L’alinéa 2 de cet article 8 prévoit que des conventions seront conclues entre EDF et les distributeurs non nationalisés au cas où l’exécution des obligations qui s’imposent aux distributeurs non nationalisés nécessite des “échanges” ou des “transferts” d’électricité entre EDF et ces distributeurs non nationalisés. Cet alinéa concerne les cas où doivent être résolus des problèmes techniques, par exemple le cas d’un producteur autonome livrant en haute tension alors que le réseau du distributeur non nationalisé est en basse ou en moyenne tension. Il ne saurait être entendu comme transférant l’obligation d’achat, qui s’impose au distributeur non nationalisé, à EDF, ne serait-ce que pour des surplus.* » Il a également précisé que les conditions financières qui accompagnent la signature de ces conventions relèvent de la négociation des parties.

A la sommation interpellative qui lui a été adressée le 3 mai 1995 par la société ESL aux fins de dater et signer le projet de contrat cité ci-dessus, le centre EDF-GDF Services a répondu qu’il s’en tenait aux termes de sa lettre du 29 mars 1995. La société ESL a assigné EDF devant le tribunal du commerce de Pau en juillet 1995. Parallèlement à cette action judiciaire, la société ESL, s’estimant victime d’une exploitation abusive de la position dominante d’EDF ou de l’état de dépendance économique dans lequel elle se trouve à son égard, a saisi le Conseil de la concurrence.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Considérant que la société ESL soutient dans sa saisine qu’« *Electricité de France est en position dominante et monopolistique sur le marché de l’électricité, et la société Energies Services Lannemezan (et Energies Services Pyrénées), elle-même dans un état de dépendance économique non seulement étroit mais obligé à son égard* » ; qu’« *en exposant un refus illégal au rachat de l’électricité dont la production par Energies Services Pyrénées et la distribution par Energies Services Lannemezan ont été expressément approuvées par l’autorité administrative, Electricité de France se rend coupable de l’infraction prévue par l’article 8 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986* » ;

Considérant qu’en vertu de l’article 23 de la loi du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l’électricité et du gaz, la société ESL dispose du monopole de la distribution d’électricité sur le territoire de la commune de Lannemezan ; que les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent intervenir dans le domaine de la production d’électricité ont été définies par l’article 8 de ladite loi ; que les critères retenus sont relatifs à la destination de l’énergie produite (alimentation d’un réseau de chaleur, autoconsommation) et à la nature de l’énergie primaire (énergie hydraulique) ; qu’en conséquence, dans le cadre juridique ainsi défini, le marché à prendre en considération a nécessairement une dimension locale qui correspond, en l’espèce, au territoire de la commune de Lannemezan ;

Considérant que, pour alimenter le réseau de distribution de la commune en période de pointe, la société ESL, après avoir fait exclusivement appel à EDF jusqu’en 1991, a décidé à partir de cette date d’installer des groupes électrogènes ; qu’un contrat d’achat a été signé avec EDF en juin 1992 pour lui permettre d’écouler la production excédant les besoins de la commune ;

Considérant que la société ESL a présenté pour accord au centre EDF-GDF Services, en janvier 1994, un projet de centrale d’autoproduction au fioul que comptait implanter sa filiale, la société ESP, sur le territoire de la commune de Lannemezan ; que dès lors, en application du premier alinéa de l’article 8 du décret du 20 mai 1955, c’est à la société ESL qu’il appartenait d’acheter l’électricité qui serait ainsi produite par les producteurs autonomes installés dans sa zone de distribution ; que, si le second alinéa du même article dispose que

des « *conventions devront intervenir* » entre les organismes de distribution visés par l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 et EDF, pour le cas où l'obligation résultant du premier alinéa nécessiterait « *des échanges d'énergie entre eux ou des transferts de l'un à l'autre* », il ne résulte de ce texte aucune obligation d'achat par EDF de l'électricité proposée par les producteurs autonomes installés sur la zone de distribution des organismes relevant de l'article 23 de la loi du 8 avril 1946 ; qu'EDF n'était donc pas tenue en vertu du décret du 20 mai 1955 de signer le contrat d'achat proposé par la société ESL et correspondant au cumul de sa production et de celle de sa filiale, la société ESP ;

Considérant cependant que les entreprises autorisées à produire de l'électricité par les dispositions de la loi du 8 avril 1946, à défaut de pouvoir faire jouer la concurrence par les prix - réglementés par les pouvoirs publics - auprès des utilisateurs, doivent pouvoir exercer une concurrence sur le plan technologique, contribuant ainsi à améliorer la compétitivité des installations de production d'électricité laquelle est susceptible de se répercuter, à terme, dans les structures tarifaires et de conduire à une diminution des prix, bénéfique pour les utilisateurs ;

Considérant que la partie saisissante n'allègue pas qu'en refusant de signer un contrat d'achat, le centre EDF-GDF Services a affecté sa capacité de produire de l'électricité de pointe dans des conditions économiques plus rentables ; que, d'ailleurs, l'installation en 1991 des groupes électrogènes assortie de la signature d'un contrat d'achat des surplus par EDF a permis à la société ESL de produire l'électricité de pointe à des conditions économiques qu'elle estimait plus avantageuses ; que, contrairement à ce que soutient la société ESL, l'électricité produite par sa filiale ESP n'était pas destinée à satisfaire les besoins des utilisateurs de la commune ; qu'en effet, le compte rendu du conseil d'administration de la société ESL du 20 février 1995, cité au IB, précise qu'« *ESL a demandé un contrat de rachat à EDF puisqu'elle ne pourra pas absorber l'énergie produite par ESP* » ; que, de même, dans le courrier adressé le 5 mars 1995 au centre EDF-GDF Services, la société ESL indique : « *... Ne pouvant pas utiliser cette énergie, nous nous trouvons dans l'obligation de vous la revendre intégralement...* » ; qu'enfin, il n'est pas contesté qu'EDF était en situation de surproduction ; qu'ainsi, il n'est pas démontré qu'en refusant de signer le contrat proposé par la société ESL le 3 avril 1995, le centre EDF-GDF aurait cherché à empêcher l'émergence d'un producteur utilisant des techniques plus compétitives ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il n'est pas établi qu'Electricité de France ait mis en œuvre des pratiques prohibées par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'il convient en conséquence de faire application de l'article 20 de ladite ordonnance,

Décide :

Article unique

Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de Mme Mathonnière, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 67

Décision n° 99-D-60 du Conseil de la concurrence en date du 13 octobre 1999 relative à une saisine au fond et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Vérimédia

NOR : *ECOC9910335S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 21 juillet 1999 sous les numéros F 1159 et M 242, par laquelle la société Vérimédia a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques des sociétés TF1 Publicité, France Télévision Publicité, Canal Plus et M6 Publicité et sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés TF1 Publicité, France Télévision Publicité, Canal Plus et M6 Publicité et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les sociétés TF1 Publicité, France Télévision Publicité, Canal Plus et M6 Publicité entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que la société Vérimédia, créée en 1991, exerce pour le compte d'une clientèle d'annonceurs une activité dite d'expertise média, consistant à évaluer la pertinence des investissements publicitaires proposés à ces derniers et à contrôler les conditions d'exécution et de facturation des plans médias ;

Considérant que cette société expose que les écrans publicitaires proposés à la vente par les régies publicitaires des chaînes de télévision sont tarifés en fonction de l'horaire prévu pour leur diffusion, horaire dont l'écran porte d'ailleurs l'intitulé ; que les espaces vendus sont facturés au prix annoncé, même lorsque le spot a finalement été diffusé à un horaire différent, proposé à un autre prix dans la grille tarifaire de la chaîne ; que Vérimédia a conçu en 1997 le projet de vérifier les horaires réels de passage des spots, de calculer les éventuelles surfacturations et sous-facturations et d'assurer le recouvrement amiable des trop-perçus ; que cette activité nouvelle a représenté 100 % du chiffre d'affaires de la société pour 1998 - soit environ 3,4 MF - et 74 % pour l'année en cours - soit environ 2,3 MF - ; que le contrat de mandat qui la lie à ses clients contient une clause de garantie de résultats aux termes de laquelle Vérimédia s'engage, en cas d'échec des réclamations formées auprès des chaînes, à rembourser elle-même les sommes réclamées à concurrence des honoraires qu'elle aura reçus ;

Considérant que Vérimédia affirme que le contrôle par ses soins de budgets médias confiés aux sociétés TF1 Publicité, France Télévision Publicité, Canal Plus et M6 Publicité a mis en évidence de nombreuses facturations abusives, dont le montant total s'élève à 42 millions de francs ; qu'elle soutient que ces pratiques sont exercées au détriment des annonceurs avec la complicité passive des centrales d'achat d'espace publicitaire, lesquelles s'abstiennent, en violation de leurs obligations légales et contractuelles, de les révéler à leurs clients ; qu'elle en déduit que ces comportements dissimulent une hausse concertée du prix de vente des espaces publicitaires télévisés et constituent en conséquence un abus de position dominante et une entente anticoncurrentielle ;

Considérant qu'accessoirement à cette saisine au fond, Vérimédia présente une demande de mesures conservatoires ; qu'elle soutient, pour la justifier, que les sociétés TF1 Publicité, France Télévision Publicité, Canal Plus et M6 Publicité tentent de faire obstruction à l'exercice de son activité, d'une part, en ignorant ses demandes de remboursement malgré le

mandat dont elle justifie et, d'autre part, en refusant de lui adresser leurs grilles tarifaires ; que les délais à l'issue desquels la garantie contractuelle doit être mise en œuvre parvenant à expiration, Vérimedia sera bientôt contrainte de restituer à ses clients l'intégralité des honoraires perçus depuis l'origine de son activité ; que l'existence même de la société s'en trouve gravement menacée ;

Considérant que Vérimedia sollicite le prononcé de mesures conservatoires dans les termes suivants :

« Vérimedia est donc une nouvelle fois en situation de faillite si votre conseil ne lui permet pas d'exercer normalement son activité :

– en ayant accès à l'information, émanant des régies, nécessaire au contrôle de la concordance des tarifs pratiqués à l'égard de ses mandants et de l'heure réelle de passage des spots sur les écrans, à l'instar des centrales d'achat d'espace,

– en obtenant pour le compte de ses mandants de la part des régies (TF1, France Télévision, Canal Plus, M6), la restitution des sommes trop versées, compte tenu des écarts constatés et donc de prendre en compte ses demandes formulées par lettres recommandées avec avis de réception,

– en leur enjoignant de faire droit à ses demandes de contrôle et éventuellement de restitution, dès lors que, dûment mandatée, Vérimedia sera conduite à constater des surfacturations. » ;

Considérant qu'aux termes de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée, « le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants » ;

Considérant qu'il résulte des observations et des pièces versées aux débats par les sociétés TF1 Publicité, France Télévision Publicité, Canal Plus et M6 Publicité qu'en vertu d'un usage ancien et constant dans la profession, tout écran publicitaire est identifié par un nombre à quatre chiffres ; que, si ce nombre présente l'apparence d'un horaire, il désigne en réalité, selon un système de codification variable d'une chaîne de télévision à l'autre, un emplacement - inter ou intra émission - dans la programmation journalière de la chaîne ; qu'ainsi les libellés d'écrans portent l'indication, d'une part, de la tranche de programme à laquelle se rapporte la coupure publicitaire et, d'autre part, de la nature de l'émission précédant ou suivant cette coupure, ces deux paramètres permettant de déterminer, en fonction du taux d'audience attendu, le prix de vente de l'espace publicitaire ; que cette interprétation est d'ailleurs confirmée par le fait que certains intitulés d'écrans ne sauraient être confondus avec des horaires de passage, comme « 20'95 » ou « 26'45 », intitulés qui ne correspondent à aucun horaire réel ;

Considérant que la convention, dont découle l'engagement de la chaîne à l'égard de l'annonceur, porte sur l'insertion d'un message au sein d'un écran publicitaire et sur la diffusion effective de cet écran à l'emplacement initialement prévu ; que les conditions générales de vente des différentes chaînes rappellent le caractère indicatif des intitulés horaires des écrans publicitaires et stipulent clairement que l'annonceur ne peut se prévaloir d'un décalage horaire dans la diffusion des écrans pour exiger une modification du tarif de l'ordre ou l'annulation de celui-ci ;

Considérant, en conséquence, que l'interprétation donnée par Vérimedia des pratiques de tarification des espaces publicitaires télévisés ne peut être retenue ; que cette interprétation fondant seule les griefs avancés par Vérimedia, les pratiques invoquées ne sauraient revêtir le caractère d'une entente entre les chaînes de télévision et les centrales d'achat d'espace, ni révéler un abus de position dominante de la part de l'un de ces opérateurs ;

Considérant, par ailleurs, que Vérimedia prétend, sans en apporter la preuve, être privée par les chaînes de l'information tarifaire nécessaire à l'exercice de son activité ; qu'il résulte

au contraire des éléments de la cause que les sociétés défenderesses ont répondu aux demandes d'envoi qui leur étaient faites ; qu'en outre, les grilles tarifaires des chaînes sont disponibles sur le réseau Internet, sous réserve de disposer d'un code d'accès attribué sur simple demande et dont Vérimédia n'allègue pas qu'il lui aurait été refusé ; que les régies publicitaires ont renouvelé en séance leur plein accord pour fournir ces éléments de tarifs à première demande, ce dont il convient de prendre acte ;

Considérant, ainsi, que les faits dénoncés, tels qu'ils sont soumis à l'appréciation du Conseil, ne peuvent être considérés comme des éléments probants de pratiques qui auraient pour objet ou pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence au sens des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'en application de l'article 19 précité, la saisine au fond doit être déclarée irrecevable ; que, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires doit être rejetée,

Décide :

Article 1^{er}

La saisine enregistrée sous le numéro F 1159 est déclarée irrecevable.

Article 2

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 242 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Rocheteau-Weber, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 68

Décision n° 99-D-61 du Conseil de la concurrence en date du 19 octobre 1999 relative à des pratiques relevées dans le secteur du crédit aux entreprises en Corse

NOR : ECOC9910336S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 5 août 1998 sous le numéro F 1074, par laquelle la société en commandite simple « Polyclinique Comiti », dont le siège social est situé boulevard Lantivy, à Ajaccio (Corse du Sud), représentée par M^e Anne-Marie Leandri, avocat au barreau d'Ajaccio, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la société Corsabail qu'elle qualifie d'abus de position dominante et d'abus de situation de dépendance économique ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus, la société en commandite simple Polyclinique Comiti ayant été régulièrement convoquée ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la société à responsabilité limitée Polyclinique Comiti a, le 11 août 1994, vendu à la société anonyme Corsabail, pour une somme de 22 287 600 F, un immeuble dans lequel était exploitée une clinique chirurgicale ; que, par contrat de crédit-bail signé le même jour, la société Corsabail a donné ledit immeuble

en location à la société en commandite simple Polyclinique Comiti en contrepartie du paiement d'un loyer annuel de 3 176 300 F fractionné en quatre termes d'un montant unitaire de 794 075 F ;

Considérant que la société Polyclinique Comiti soutient que l'opération de crédit-bail a été réalisée à son détriment dans la mesure où :

- le montant du loyer n'a pas été indiqué avec précision alors que le coût actuariel de l'argent emprunté, qui dépasse le plafond fixé pour les prêts à taux fixe de plus de deux ans, a un caractère usuraire ;

- le prêteur n'a pas fourni d'informations suffisantes sur la portée des engagements pris lors de la conclusion du contrat du 11 août 1994 ;

- plusieurs clauses dudit contrat relatives à la levée anticipée de l'option ou au coût de la résiliation à la demande du preneur ont un caractère illicite ou abusif ;

Considérant que la partie saisissante prétend que les « illégalités » ainsi relevées, qui ont abouti à la conclusion d'un contrat à caractère ruineux, n'ont pu être commises qu'en raison de sa situation de dépendance économique à l'égard de la société Corsabail, celle-ci disposant d'une position dominante sur le marché local en matière de prêts aux entreprises compte tenu du retrait de Corse des autres organismes financiers ;

Considérant qu'aux termes de l'article 19 de l'ordonnance susvisée du 1^{er} décembre 1986 : « *Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants.* » ;

Considérant qu'à l'appui de sa saisine la société Polyclinique Comiti se borne à mettre en cause la régularité des clauses du contrat de crédit-bail qu'elle a conclu avec la société Corsabail sans étayer ses affirmations d'éléments pouvant constituer un commencement de preuve de ce que les autres établissements bancaires auraient refusé d'accorder un prêt à la société saisissante, de ce que cette dernière ne disposait pas d'alternatives ou, plus généralement, de l'existence de pratiques prohibées par les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

Décide :

Article unique

La saisine enregistrée sous le numéro F 1074 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Lenoir, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 69

Décision n° 99-D-62 du Conseil de la concurrence en date du 19 octobre 1999 relative aux pratiques relevées sur le marché passé par la ville d'Hendaye pour la construction de locaux publics dans le cadre de l'aménagement du port de plaisance de Sokoburu

NOR : ECOC0000121S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 5 octobre 1995 sous le numéro F 800, par laquelle le secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'économie, des finances et du Plan a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre lors de la passation de marchés par la ville d'Hendaye pour la construction du bureau du port, de locaux techniques et parkings souterrains situés à la pointe de Sokoburu ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société HE Mas, la société Socae-Atlantique et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés HE Mas et Socae-Atlantique entendus ;

Après avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

Dans le cadre du schéma directeur d'aménagement de la Côte d'Aquitaine, la commune d'Hendaye a décidé de procéder à des travaux d'aménagement de la pointe de Sokoburu dans la baie de Chingoudy. Elle en a confié, en 1988, l'étude et la réalisation à la Société d'équipement des Pyrénées-Atlantiques (SEPA). Différents opérateurs privés, dont la SCI Perspectives Courrèges, ont acheté des droits à la SEPA pour réaliser leur programme immobilier respectif. La commune d'Hendaye a pris en charge les travaux de construction des parkings et des bureaux du port de Sokoburu.

A. - Les marchés concernés

1. Le marché privé de la SCI Perspectives Courrèges

L'appel d'offres a été lancé le 8 juillet 1991. L'instruction n'a pas établi quelles entreprises ont été consultées ni celles qui ont fait une offre. Un devis de l'entreprise HE Mas en date du 6 septembre 1991, d'un montant de 43 200 000 F HT et modifié le 26 septembre 1991, peut laisser supposer que cette entreprise a fait une offre de ce montant. Le lot gros œuvre a été attribué à l'entreprise Socae-Atlantique pour un montant HT de 41 767 000 F.

L'acte d'engagement a été signé le 22 novembre 1991.

Le prix se décompose comme suit :

« Travaux propres Opération Perspectives Courrèges	37 710 000 F HT »
« Travaux zone 1 (parking 74 places) du parking public	3 652 000 F HT »
« Indemnité pour non réalisation des zones 2-3 et du parking et capitainerie publique	405 000 F HT »
	41 767 000 F HT »

Par ailleurs, l'entreprise Socae-Atlantique précise dans l'acte d'engagement précité qu'elle « *cotraitiera une partie des ouvrages pour un montant de 10 440 000 F HT (soit 25 % environ du marché total) à une entreprise tiers qui sera désignée dans un délai maximum de trois semaines à compter de la signature du présent marché ;*

*Cette entreprise devra recevoir l'agrément du maître d'ouvrage ;
L'entreprise Socae-Atlantique agira en tant que mandataire du groupement solidaire des deux entreprises ».*

L'entreprise retenue pour la cotraitance de ce marché est la société HE Mas. Le gérant de la SCI Perspectives Courrèges (SA OPI) en a été informé par un courrier de la société Socae-Atlantique du 16 décembre 1991 et a donné son accord par lettre du 17 décembre 1991.

Le programme d'aménagement de la ZAC de Sokoburu, dont font partie ce marché et le marché public de la ville d'Hendaye décrit ci-après, comprend à la fois des locaux privés et des équipements publics. Ainsi, une zone de parkings publics est située sous les locaux privés et devrait donc être réalisée en même temps que l'ensemble immobilier privé, ce qui explique que ces travaux appartenant au domaine public ont été prévus et exécutés dans le cadre du marché privé.

2. Le marché public lancé par la ville d'Hendaye

Un avis d'appel d'offres ouvert est paru au *Bulletin officiel des annonces des marchés publics (BOAMP)* du 8 novembre 1992, rectifié au *BOAMP* du 21 novembre 1992 pour reporter la date limite de réception des offres au 27 décembre 1992. Les entreprises pouvaient adresser leurs offres à titre individuel ou sous forme d'un groupement conjoint d'entreprises pour les quatorze lots ; cinq offres ont été déposées par des entreprises en groupement.

L'ouverture des plis a eu lieu le 7 décembre 1992,

Les offres présentées par des groupements d'entreprises sont reprises au tableau suivant, sachant que l'entreprise mandataire a, dans chaque cas, fait une offre pour le lot n° 1.

GROUPEMENTS emmenés par	DONT lot GO n° 1	TOTAL HT
HE Mas	4 923 000,00	7 989 108,00
Sogéa-Aquitaine	5 259 903,88	8 489 510,56
Dumez	5 990 000,00	9 250 200,00
Socae-Atlantique	5 920 000,00	8 790 000,00
Alzate	5 930 613,00	8 780 154,00

L'entreprise Socae-Atlantique, qui a omis d'adresser à la commune d'Hendaye le devis quantitatif estimatif, n'a pas, de même que les entreprises Dumez, Sogéa-Aquitaine et Alzate, identifié nominativement les entreprises conjointes qu'elle proposait dans son groupement.

Le groupement conjoint d'entreprises HE Mas, dont l'offre était la moins-disante, tant en ce qui concernait les offres sous la forme individuelle que celles faites sous la forme d'un groupement, a été attributaire du marché pour un montant total HT de 7 989 108 F, modifié à 8 477 100 F, soit 10 053 840,60 F TTC après rectification par le maître d'œuvre, réparti en gros œuvre (zones 1 à 4 = 5 717 714 F HT) et zone 5 = 2 759 386 F HT, les zones 1 à 4 désignant les parkings, la zone 5 désignant les bureaux et les locaux du port.

L'acte d'engagement a été signé le 4 décembre 1992.

B. - Les pratiques relevées

En premier lieu, dans le cadre du marché privé, une contradiction a été constatée du fait que la société Socae-Atlantique a demandé au maître d'ouvrage l'agrément de la société HE Mas comme cotraitant à hauteur de 25 % du montant du marché et qu'une société en participation (SEP) a été constituée, en date du 2 décembre 1991, entre les deux sociétés avec une répartition de 50/50 pour l'exécution de ce marché, la société Socae-Atlantique étant

désignée comme mandataire.

En deuxième lieu, il a été observé que le montant des offres, concernant les corps d'état secondaires, faites par l'entreprise Socae-Atlantique, à l'occasion du marché public, étaient proches de celles présentées par la société HE Mas. Par ailleurs, cinq responsables d'entreprises des corps d'état secondaires, interrogés à ce sujet, ont, à l'exception de M. Nihous de la société Disfeb, indiqué ne pas avoir adressé d'autres offres que celles faites à titre individuel, directement à la ville d'Hendaye ou dans le cadre du groupement d'entreprises, à la société HE Mas qui en était le mandataire. Le responsable régional de la société Socae-Atlantique, M. Loulière, a déclaré pour sa part qu'il n'avait pas « pour l'instant la possibilité » de présenter l'étude de prix correspondante, mais « suppose qu'elle a été extraite de l'étude de prix de l'opération globale Opi ».

En troisième lieu, le 1^{er} février 1993, une société en participation pour la réalisation des travaux du marché public a été constituée, entre la société HE Mas, désignée comme mandataire, et Socae-Atlantique avec, comme précédemment, une répartition à parts égales, ce qui a révélé un montage de même nature, mais inversé, que celui mis en place dans le cadre du marché privé.

En quatrième lieu, des factures, datées du mois de décembre 1992 et janvier 1993, comportant la mention « à facturer à la SEP Port de plaisance » ou « à facturer à l'entreprise Mas, à livrer à l'entreprise Mas SEP Port de plaisance », des correspondances, états et analyses de débours, en possession de la société Socae-Atlantique, établis par l'entreprise HE Mas, antérieurement à la date limite de remise des offres pour le marché public fixées au 7 décembre 1992, attestent de relations entre ces deux entreprises.

En cinquième lieu, une note du 28 octobre 1992, faisant état de « certains postes sur l'état d'avancement parking public Socae » d'un montant HT de 1 791 227,71 F correspondant à une partie de la zone 1 des parkings du marché public, adressée à la SEPA par le cabinet d'architectes ARCA, ainsi que la réponse, du même jour, de la SEPA, qui ordonne d'interrompre immédiatement « les travaux qui auraient été engagés sur le domaine public et de clarifier cette situation », font apparaître que des travaux concernant des zones publiques avaient été réalisés dans le cadre du marché privé. En outre, les dispositions figurant dans l'acte d'engagement signé le 22 novembre 1991 par la société Socae-Atlantique, dans le cadre du marché privé de la SCI Perspectives Courrèges, indiquent qu'à l'époque cette entreprise comptait se voir attribuer le marché public mais que, dans le cas contraire, une indemnité de 405 000 F HT était prévue dans le décompte du montant de son lot, pour « non-réalisation des zones 2, 3 et 4 du parking et de la capitainerie publique ».

Sur la base des contestations qui précèdent, un grief d'entente de nature anticoncurrentielle a été notifié aux sociétés Socae-Atlantique et HE Mas.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la prescription :

Considérant que la société Socae-Atlantique, d'une part, soutient que les actes de désignation des rapporteurs successifs sont sans effet sur le cours de la prescription et, d'autre part, conteste l'effet interruptif des correspondances échangées entre le rapporteur et les sociétés Socae-Atlantique et HE Mas au cours du mois de mars 1998, faisant valoir que les demandes du rapporteur étaient imprécises et que les réponses n'ont fait l'objet d'aucun procès-verbal ; mais considérant que, s'il est exact que la nomination des rapporteurs est sans effet sur le cours de la prescription, en revanche, les correspondances adressées aux deux sociétés le 11 mars 1998 et aux services des impôts de Orthez et de Pau, les 15 avril et 18 mai 1998, dont l'objet était directement en rapport avec le dossier et qui étaient accompagnées de la lettre de saisine dont les termes étaient explicites, ont interrompu la prescription ; que, par

ailleurs, les réponses à ces lettres n'avaient pas à faire l'objet d'un procès-verbal et ont été régulièrement versées au dossier ;

Sur les pratiques relevées :

Considérant que la société Socae-Atlantique soulève l'irrégularité du procès-verbal de communication de documents en date du 28 juin 1994 et du procès-verbal de déclaration de M. Loulière, directeur régional de la société Socae-Atlantique, en date du 29 juin 1994, à défaut de précisions données sur l'objet de l'enquête ;

Considérant que, si ces documents comportent une référence à l'article 47 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ils ne mentionnent ni l'objet de l'enquête, ni le cadre juridique dans lequel se déroulait celle-ci et ne sont accompagnés d'aucun acte attestant qu'une information du déclarant sur l'objet de l'enquête a été effectuée ;

Considérant que ces mentions ne figurent pas davantage dans les procès-verbaux de déclaration de M. Simon, responsable de la société HE Mas, en date du 10 août 1994 et de M. Bestion, ancien cadre de la société Socae-Atlantique, en date du 4 juillet 1994 ;

Considérant ainsi que la preuve que les enquêteurs ont fait connaître clairement aux personnes interrogées l'objet de leur enquête ne peut être apportée ;

Considérant cependant que le commissaire du Gouvernement fait valoir que « *hormis l'absence formelle de mention de l'objet de l'enquête au procès-verbal, la société Socae-Atlantique n'apporte aucun élément permettant d'établir que l'obligation de loyauté qui doit présider à la recherche des preuves n'aurait pas été respectée* », que les personnes entendues par les enquêteurs étaient suffisamment informées de la portée de leurs déclarations et que, de ce fait, il convient de ne pas écarter de la procédure les pièces litigieuses et de maintenir le grief notifié ;

Mais considérant que, en premier lieu, il n'appartient pas aux parties d'établir l'absence de loyauté dans la recherche des preuves ; que, en deuxième lieu, l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 2 mars 1999, en ce qui concerne le moyen tiré par les parties de l'irrégularité de procès-verbaux, précise que : « *Considérant, certes, qu'une formule préimprimée, telle que celle selon laquelle l'enquêteur "a indiqué à Monsieur X... l'objet de l'enquête"* ne permet pas à la Cour de vérifier que les exigences légales et réglementaires ont été respectées, dès lors qu'elle ne mentionne pas d'une façon concrète l'objet et l'étendue de l'enquête » ; qu'en troisième lieu, les procès-verbaux en cause dans le présent dossier ne comportent pas même cette mention, ni la référence au titre III de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ; qu'en conséquence, ces procès-verbaux doivent être écartés de la procédure ;

Considérant que le commissaire du Gouvernement fait encore observer que, dans l'hypothèse où ces procès-verbaux seraient écartés, il reste suffisamment d'éléments permettant de maintenir les griefs initialement notifiés ; que l'entente serait établie par plusieurs documents annexés au procès-verbal du 28 juin 1994 précité (acte d'engagement du 22 novembre 1991 et demande d'agrément de la société Mas présentée par la société Socae-Atlantique le 19 décembre 1991) et par un faisceau d'indices précis, graves et concordants constitué, d'une part, par les actes établis avant le lancement du marché public et, d'autre part, par le comportement des sociétés lors de l'appel d'offres du marché public et par certains éléments postérieurs à la passation de ce marché ; qu'en premier lieu, le commissaire du Gouvernement s'appuie sur l'acte de constitution dans le cadre du marché privé d'une société en participation, le 2 décembre 1991, dont l'objet est ainsi libellé « *l'étude et la réalisation éventuelles ultérieures de tous les travaux qui seraient confiés au groupement et reconnus d'un commun accord comme le prolongement du marché précité* » qui doit, selon lui, être interprété comme visant le marché public techniquement lié au marché privé, ainsi que l'avenant à cette convention qui prévoit une répartition géographique des travaux ; que le commissaire du Gouvernement invoque, en deuxième lieu, la lettre de la société Socae-Atlantique en date du 25 octobre 1991 par laquelle celle-ci donne son accord à la société OPI,

gérant de la SCI Perspectives Courrèges pour la réalisation du marché privé intégrant la zone 1 du parking public, précisant qu'en cas de non réalisation du reste de l'opération le surcoût correspondant à l'amortissement des frais de chantiers s'élèverait à 405 000 francs, ainsi que la lettre de la SEPA en date du 28 octobre 1992 faisant suite à une note du cabinet d'architectes du même jour « *précisant certains postes sur l'état d'avancement parking public de Socae* » ; qu'en troisième lieu, le commissaire du Gouvernement souligne qu'ont été constatées, lors du marché public, les anomalies suivantes laissant présumer que la société Socae-Atlantique ne souhaitait pas remettre une offre recevable : absence de devis quantitatif estimatif et similitude de prix avec ceux avancés par la société HE Mas pour les lots de second œuvre ; qu'en quatrième lieu, le commissaire du Gouvernement retient la déclaration du responsable de la SEPA indiquant, à propos du marché public « *l'entreprise Socae nous est inconnue et n'a pas à notre connaissance effectué de travaux dans le cadre de ce programme public. Tous les paiements ont été réalisés à Mas pour le gros œuvre et à ses cotraitants déclarés pour les lots de second œuvre* » ;

Mais considérant que l'acte d'engagement du 22 novembre 1991 et la demande d'agrément de la société HE Mas ont été produits dans le cadre de la communication de pièces qui a fait l'objet d'un procès-verbal du 28 juin 1994 qui a été reconnu irrégulier, ainsi qu'indiqué ci-dessus ; que doivent être écartés du dossier, pour le même motif, l'ensemble des documents (correspondances, états et analyses de débours et factures) mentionnés supra, qui établiraient que la seconde SEP a été mise en œuvre avant sa constitution formelle, par anticipation sur la réalisation du marché public, avant son attribution ;

Considérant, par ailleurs, que le fait que les sociétés HE Mas et Socae-Atlantique se soient regroupées en société en participation, après l'attribution des marchés, pour exécuter les marchés privé et public n'est pas, en lui-même, contraire aux dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et que le caractère occulte des SEP explique que les maîtres d'ouvrage n'aient pas été informés de leur existence ; que l'interprétation faite par le commissaire du Gouvernement de la nature de l'objet de la SEP, constituée pour l'exécution du marché privé en vue de « *l'étude et la réalisation éventuelles ultérieures de tous les travaux qui seraient confiés au groupement et reconnus d'un commun accord comme le prolongement du marché précité* », ne s'appuie sur aucune donnée objective ;

Considérant que, si figurent au dossier des documents justifiant que des travaux d'un montant de 1 791 227,71 F, correspondant à la zone 1 des parkings du marché public, ont été réalisés par la société Socae-Atlantique, dans le cadre du marché privé, ce seul élément ne suffit pas à établir l'existence d'une entente conclue avant la soumission au marché public, dès lors qu'il avait d'abord été convenu que le parking (zone 1) serait réalisé par la SCI elle-même ;

Considérant enfin que la Cour de cassation, chambre commerciale, dans un arrêt du 1^{er} juin 1999, a jugé inopérant le moyen tiré du défaut préalable d'information des personnes interrogées sur l'objet de l'enquête, dès lors qu'il s'agit de personnes entendues comme témoins et non comme accusées d'une infraction ; qu'ainsi, les procès-verbaux des responsables des entreprises de second œuvre doivent être tenus pour réguliers ; que les déclarations qu'ils comportent établissent, en ce qui concerne quatre d'entre eux, que leurs offres n'ont été transmises qu'à la ville d'Hendaye et à la seule société HE Mas alors qu'elles ont pourtant été reprises quasiment à l'identique par la société Socae-Atlantique ; que, cependant, outre le fait que la société Socae-Atlantique avait déjà été en contact avec ces entreprises à l'occasion du marché privé pour des travaux de même nature et connaissait leurs conditions, cette situation peut s'expliquer par la cohabitation des sociétés Socae-Atlantique et HE Mas à l'intérieur des mêmes locaux techniques nécessaires au chantier du marché privé, ce qui a permis à la première d'avoir accès aux chiffres transmis à la seconde par les entreprises ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les seuls éléments régulièrement recueillis sont insuffisants pour constituer un faisceau d'indices graves, précis et concordants permettant d'apporter la preuve de la mise en œuvre d'une pratique d'entente anticoncurrentielle par les sociétés Socae-Atlantique et HE Mas et qu'il y a lieu, dès lors, de faire application des dispositions de l'article 20 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

Décide :

Article unique

Il n'est pas établi que les sociétés Socae-Atlantique et HE Mas aient enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de Mme Bleys, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Cortesse, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 70

Décision n° 99-D-63 du Conseil de la concurrence en date du 20 octobre 1999

relative à la saisine présentée par la société Twinsys-Dataguard

NOR : ECOC0000122S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 13 décembre 1996 sous le numéro F 925, par laquelle la société Twinsys-Dataguard a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Intégris ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, le représentant de la société Twinsys-Dataguard ayant été régulièrement convoqué ;

Après en avoir délibéré hors de la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Le secteur concerné

Le secours informatique est destiné à pallier, par la mise en œuvre de solutions de substitution, les conséquences d'un sinistre matériel (inondation, incendie, tremblement de terre, etc.) susceptible d'affecter le bon fonctionnement d'un système informatique ou d'une indisponibilité de ce système pour toute autre cause (déménagement, travaux). Cette activité s'est développée en France à partir des années 1970 sous la pression des compagnies d'assurances. Elle implique, comme en matière d'assurance, une analyse des risques et de leurs conséquences. Les utilisateurs d'un système informatique (entreprises ou administrations) peuvent soit assurer leur propre secours en prévoyant un site informatique de repli en interne, soit rechercher des solutions de secours externes.

La lourdeur des investissements nécessaires, la rapidité de leur renouvellement dans le

secteur informatique expliquent qu'en cas de défaillance, nombre d'entreprises ne peuvent assurer elles-mêmes à un coût acceptable le secours de leurs systèmes informatiques les plus puissants et recourent aux services d'un prestataire de service extérieur. Contre le paiement d'un abonnement, les entreprises de secours informatique s'engagent à mettre à la disposition de leurs clients, dans de brefs délais, des locaux et des équipements informatiques de substitution qui contiennent tout ou partie de la configuration des applications informatiques de ces clients. L'entreprise de secours peut également fournir l'assistance de personnel spécialisé. Les contrats de secours, d'une durée habituelle de trois ans, prévoient généralement la réalisation d'un ou plusieurs exercices de secours destinés à permettre au client d'effectuer les tâches qui lui semblent nécessaires pour se préparer à un secours en cas de sinistre. Certaines entreprises plus spécialisées fournissent des environnements de travail complets pour des métiers précis, par exemple pour les « traders ».

Ces équipements sont « mutualisés », ce qui signifie qu'ils peuvent servir à assurer le secours de plusieurs clients et qu'il existe un risque de devoir faire face simultanément à plusieurs demandes de secours. Les recommandations du Club de la sécurité informatique français (CLUSIF), association regroupant les responsables de la sécurité informatique de grandes entreprises et administrations, prévoient un taux de mutualisation de vingt à vingt-cinq clients par machine. Les contrats de secours prévoient généralement des règles de priorité destinées à régler l'ordre d'attribution des configurations de secours en cas d'alertes multiples excédant les capacités d'accueil de l'entreprise de secours. Mais il peut exister des conflits de priorité. En fonction du nombre et de la localisation de leurs clients, les entreprises de secours informatique sont donc amenées à apprécier la probabilité de demandes de secours concomitantes et à mettre éventuellement en place les moyens d'assurer un secours dit de « deuxième niveau » destiné à faire face à la défaillance de leurs installations de premier niveau. Le secours de deuxième niveau permet de gérer les cas dans lesquels le site de secours principal est soit déjà occupé par un ou plusieurs abonnés sinistrés, soit rendu inaccessible pour quelque cause que ce soit.

Ce secteur du secours informatique est segmenté entre les systèmes dits « propriétaires », qui ne sont pas compatibles entre différentes marques de constructeurs, et les systèmes dits « ouverts », compatibles entre différentes marques. IBM fournit 75 % des systèmes prioritaires contre 25 % pour Bull. Les grands fabricants de matériel informatique ont, d'ailleurs, chacun créé des filiales spécialisées pour l'activité de secours : Intégris pour Bull, Axone pour IBM, Securodis pour Hewlett-Packard. De manière générale, il apparaît que, sous l'effet conjugué de la baisse des prix, de l'augmentation de la puissance des appareils et de la décentralisation des entreprises, les systèmes prioritaires sont progressivement remplacés par des réseaux de systèmes informatiques ouverts et décentralisés. Le secteur de secours informatique a suivi cette évolution.

La demande de prestations de secours informatique émane principalement d'entreprises, quelle que soit leur taille, qui accordent un caractère stratégique à la continuité du fonctionnement de leur système informatique : banques, assurances, administrations, groupes multinationaux. Environ 45 % des entreprises implantées aux Etats-Unis ont prévu des solutions de secours contre seulement 10 % en France. Il est vraisemblable que cette activité se développera dans les prochaines années.

B. - Les sociétés

Filiale de la société de droit américain Dataguard Recovery Services Inc., dont la nouvelle dénomination sociale est devenue Strategia, la société Twinsys-Dataguard a été créée le 16 mars 1995 pour reprendre le fonds de commerce de la société Twinsys placée en redressement judiciaire par jugement du tribunal de commerce de Nanterre en date du 10 novembre 1994. La société Twinsys avait été créée en octobre 1992 dans le cadre de la

filialisation des activités de secours informatique de la société Télésystème, elle-même société de services informatiques et filiale de France Télécom.

L'offre de prestations de secours sur des systèmes informatiques de marque Bull représente environ 95 % de l'activité de la société Twinsys-Dataguard. Nombre de ses clients sont des administrations ou des entreprises publiques équipées de matériel informatique de marque Bull. En 1997, cette société a réalisé un chiffre d'affaires de 41 millions de francs.

La société Intégris Data service France est une filiale à 100 % de la société Bull. Cette société est spécialisée dans le traitement de l'informatique d'entreprise (infogérance) et dans l'offre de solutions de secours informatique. Le montant du chiffre d'affaires dégagé par l'activité de secours est estimé à la somme de 66 millions de francs pour l'année 1997, le chiffre d'affaires total de la société étant de l'ordre de 500 millions de francs.

C. - Les pratiques dénoncées

La société Twinsys possédait à Cergy un deuxième centre de secours qu'elle a abandonné à la suite des difficultés qu'elle a rencontrées. Après la reprise du fonds de commerce de cette société, la société Twinsys-Dataguard a souhaité compléter son offre de prestations et mettre en place une solution de secours de deuxième niveau afin de pouvoir faire face à l'éventualité de la survenance de plusieurs sinistres. Ce besoin de secours de deuxième niveau portait sur le plus gros ordinateur de marque Bull dont dispose la société Twinsys-Dataguard : le GCOS8, d'une valeur de 45 millions de francs en 1990 et dont il n'existe en France que 200 exemplaires. Elles a alors conclu le 13 avril 1995 avec la société Intégris un contrat par lequel cette société acceptait de mettre à disposition un centre de secours « *pour le cas où son propre centre de secours serait déjà occupé par un ou des abonnés sinistrés, ou inaccessible pour quelque cause que ce soit* ». Ce contrat, conclu pour une durée de six mois renouvelable par tacite reconduction sauf résiliation dans les conditions prévues par son article 8, a été résilié par la société Twinsys avec effet à la date du 30 novembre 1996. A cette époque, la société Intégris était engagée dans des négociations avec la société Dataguard Recovery Services Inc. aux Etats-Unis, en vue d'un rapprochement de leurs activités.

La société Twinsys-Dataguard expose qu'en refusant de renouveler ce contrat et en l'invitant à créer elle-même un second centre de secours tout en sachant qu'elle n'en avait pas les moyens financiers compte tenu du prix du GCOS8, la société Intégris a abusé de sa position dominante sur le marché du secours informatique. Elle soutient que la société Intégris cherchait à l'évincer du marché du secours informatique pour exercer une pression dans le cadre des négociations qui se déroulaient alors avec la société Dataguard Recovery Services Inc.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

En ce qui concerne le marché pertinent :

Considérant que les prestations de secours informatique ne font pas appel à des techniques ou des solutions différentes selon qu'elles sont mises en œuvre dans le cadre d'un secours de premier ou de deuxième niveau ; que la prestation de secours dite de deuxième niveau constitue une modalité de l'offre proposée par l'entreprise de secours informatique destinée à assurer une plus grande sécurité à ses clients dans les cas où le site de secours principal est soit déjà occupé par un ou plusieurs abonnés sinistrés, soit rendu inaccessible pour quelque cause que ce soit ;

Considérant que les systèmes informatiques dits « propriétaires » sont techniquement incompatibles entre eux ; que les offres de prestations de secours informatique portant sur les

systèmes « propriétaires » du constructeur Bull sont en conséquence non substituables aux offres de secours informatique portant sur d'autres systèmes « propriétaires » parce que les matériels en cause sont techniquement incompatibles ; qu'ainsi, le marché à prendre en considération est celui du secours informatique portant sur les systèmes « propriétaires » du constructeur Bull ;

En ce qui concerne la position de la société Intégris sur le marché :

Considérant que, sur ce marché, la société Intégris répond à environ 60 à 65 % de la demande ; que cette société entretient des relations étroites avec la société Bull, dont elle est une filiale à 100 %, de nature à lui permettre de bénéficier d'un accès privilégié aux clients ; qu'en effet, la société Bull est en mesure de proposer les prestations de secours informatique de sa filiale dans le cadre de la vente de ses propres matériels ; qu'il en résulte que la société Intégris occupe une position dominante sur ce marché ;

En ce qui concerne les pratiques dénoncées :

Considérant que, le 13 avril 1995, la société Twinsys-Dataguard a conclu un contrat avec la société Intégris par lequel cette société acceptait de mettre à sa disposition un centre de secours informatique pour « *le cas où son propre centre de secours serait déjà occupé par un ou des abonnés sinistrés ou inaccessible pour quelque cause que ce soit* » ; que ce contrat a été résilié par la société Intégris avec effet à la date du 30 novembre 1996 ; que, dans une lettre adressée à la société Twinsys-Dataguard le 2 août 1996, la société Intégris a expliqué les motifs la conduisant à résilier le contrat :

« Dans le contexte particulier d'un éventuel rapprochement entre nos deux sociétés, la société Intégris a été amenée à vous consentir un contrat de secours informatique d'une durée limitée et qui n'aurait jamais vu le jour sans cette circonstance. Il n'y a, en effet, aucune raison que nous mettions à la disposition de votre clientèle nos propres sites de secours informatique au détriment de nos propres abonnés.

Vous ne pouvez ignorer que nos deux sociétés sont concurrentes sur le même marché puisque vous êtes comme nous le sommes ``spécialisés dans le secours informatique''.

Nous avons, en ce qui nous concerne, procédé à des investissements qui nous ont permis de créer un deuxième site de secours. Vous profitez par le biais de ce contrat de ces investissements que nous avons engagés pour servir notre propre clientèle.

(...) Il n'y a, de ce fait, dans notre comportement aucun désir de vous nuire ou de compromettre la sécurité de vos clients, mais le juste souci de satisfaire notre propre clientèle au mieux de ses intérêts. Et il vous appartient en revanche, de votre côté, de trouver les moyens de votre développement commercial auquel vous ne pouvez décemment nous associer » ;

Considérant que la société Twinsys-Dataguard soutient qu'en résiliant ce contrat et en refusant de le renouveler, éventuellement à d'autres conditions, la société Intégris a abusé de sa position dominante ; que les pratiques mises en œuvre avaient pour but de l'évincer du marché du secours informatique ;

Considérant qu'il est de jurisprudence constante (CJCE, Akzo, 3 juillet 1991 - CA de Paris, Labinal/Mors, 1^{re} ch., 19 mai 1993) qu'une entreprise disposant d'une position dominante et confrontée à l'arrivée d'un concurrent est en droit de défendre ou de développer sa part de marché pourvu qu'elle demeure dans les limites d'un comportement loyal et légitime ; qu'en revanche, le fait, pour l'entreprise disposant d'une telle position, de tenter de limiter l'accès du marché à son concurrent en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites revêt un caractère abusif ;

Considérant, en premier lieu, que la société Twinsys-Dataguard ne conteste pas que la résiliation du contrat a été mise en œuvre par la société Intégris conformément aux dispositions de son article 8 ;

Considérant, en second lieu, que, selon les professionnels interrogés au cours de

l'enquête, les équipements du constructeur Bull permettant d'assurer le secours des grands systèmes de cette marque peuvent être acquis, neufs ou d'occasion, à des prix qui ont considérablement baissé au cours de ces dernières années ; que, par ailleurs, l'enquête a établi que de nombreuses solutions de secours concernant le matériel du constructeur Bull existent à l'étranger ; que les professionnels interrogés ont souligné qu'il n'existe pas d'obstacles techniques à la mise en place d'une solution de secours de deuxième niveau avec un partenaire localisé dans un pays étranger, la standardisation des protocoles de télécommunication permettant le transfert de données sans délai ni altération ; que la société Stratégia, société mère de la société Twinsys-Dataguard, occupe aux Etats-Unis la première place du marché du secours informatique sur les matériels Honeywell-Bull avec 70 % de parts de marché ; qu'ainsi, la société Twinsys-Dataguard disposait, après la résiliation du contrat la liant à la société Intégris, de plusieurs solutions pour mettre en œuvre un secours de deuxième niveau et compléter son offre de prestations soit en organisant son propre secours de deuxième niveau, soit en recherchant une solution de secours de deuxième niveau à l'étranger ;

Considérant ainsi qu'il n'est pas établi que les pratiques dénoncées aient eu un effet anticoncurrentiel ;

Considérant, par ailleurs, qu'aucun élément de l'enquête n'établit que la société Intégris aurait résilié le contrat du 13 avril 1995 pour évincer la société Twinsys-Dataguard du marché du secours informatique portant sur les systèmes « propriétaires » du constructeur Bull ; qu'il n'est donc pas établi non plus que les pratiques aient eu un objet anticoncurrentiel ;

Considérant, au surplus, que la résiliation du contrat n'a entraîné aucune diminution de l'activité de la société Twinsys Dataguard, son chiffre d'affaires ayant augmenté de 10,8 % entre les années 1997 et 1998, alors qu'au cours de la même période le chiffre d'affaires de la société Intégris a augmenté de 7,1 % ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le refus de la société Intégris de poursuivre le contrat conclu le 13 avril 1995 avec la société Twinsys-Dataguard, prévoyant la mise à disposition d'un centre de secours de deuxième niveau, ne peut être qualifié au regard des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'il convient, en conséquence, de faire application de l'article 20 de ce texte,

Décide :

Article unique

Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de M. Grignon Dumoulin, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-dominique Hagelsteen

Annexe 71

Décision n° 99-D-64 du Conseil de la concurrence en date du 26 octobre 1999 relative à des pratiques relevées lors de la passation d'un marché de construction d'un atelier mécano-plastique à Auray dans le Morbihan

NOR : ECOC0000038S

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 7 novembre 1997 sous le numéro F 988 par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques d'ententes relevées à l'occasion d'un marché de construction d'un atelier mécano-plastique à Auray dans le Morbihan ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société ARMEP, M. Jean Bauer, la société Seribat construction ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société ARMEP, de M. Jean Bauer, de la société Seribat construction entendus, le SIDEPA ayant été régulièrement convoqué ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - **Les marchés**

La société Armoricaïne mécano-plastique (ARMEP), qui a pour activité principale la production de pièces destinées en particulier à l'industrie des cosmétiques et qui est installée depuis 1965 sur la zone artisanale du Kerbois, à Auray dans le Morbihan, a envisagé durant l'année 1993 de construire de nouveaux locaux, plus vastes et mieux adaptés à ses besoins.

Après avoir demandé à divers cabinets d'architecture de lui proposer une esquisse et un avant-projet sommaire, la société ARMEP présélectionna le projet établi par le cabinet d'architecture Jean Bauer, projet que ce dernier chiffré avec l'aide de la société Seribat construction, entreprise générale du bâtiment.

Dans le cadre du montage financier de son projet, la société ARMEP entra en contact à l'automne 1993 avec le Syndicat intercommunal pour le développement économique du pays d'Auray (SIDEPA) qui, en assurant la maîtrise d'ouvrage de la construction, permettait à l'entreprise de bénéficier de subventions de la part de la région Bretagne et du département du Morbihan. Les bâtiments construits sous la maîtrise d'ouvrage du SIDEPA devaient être ensuite rétrocédés à la société ARMEP, dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA). Deux marchés furent donc passés par le SIDEPA.

Un marché négocié de maîtrise d'œuvre fut conclu en application de l'article 108 *bis* du code des marchés publics le 28 octobre 1994 par le président du SIDEPA au vu d'une délibération du conseil syndical du 27 octobre 1998 avec le cabinet d'architecte Jean Bauer pour un montant de 444 750 F TTC.

Un second marché public de construction sur appel d'offres ouvert aux entreprises générales et aux groupements d'entreprises fut conclu le 2 janvier 1995 par le président du SIDEPA en application des articles 295 et suivants du code des marchés publics avec la société Seribat construction pour un montant de 10 832 924 F TTC. Ce marché englobait l'ensemble des travaux afférents à la construction de l'atelier industriel, tous corps d'état confondus.

B. - **Les pratiques constatées**

1. *Les offres*

Pour le marché de maîtrise d'œuvre, le SIDEPA n'a procédé par lui-même à aucun recensement des candidatures potentielles. Seule la société ARMEP a procédé à un

recensement des candidats à la fin de l'année 1993 et au début de l'année 1994.

Pour le marché de construction, les offres déposées sont résumées dans le tableau ci-après :

SERIBAT CONSTRUCTION (en francs TTC)	GROUPEMENT LE DOUAIRON (en francs TTC)	GRANDS TRAVAUX BRETONS (en francs TTC)	L'ENTREPRISE INDUSTRIELLE (en francs TTC)	GROUPEMENT CARDINAL (en francs TTC)
10 832 924,00	14 426 506,66	15 191 304,40	15 366 284,23	15 476 521,84

L'offre déposée par la société Seribat construction, moins-disante, a été retenue. Les écarts qui séparaient cette offre des autres offres étaient de + 33 % s'agissant de l'offre du groupement dont le mandataire était la Société nouvelle André Le Douairon, de + 40,2 % s'agissant de l'offre de la société Grands travaux bretons (GTB), de + 41,8 % s'agissant de l'offre de l'Entreprise industrielle et de + 42,8 % s'agissant de l'offre du groupement dont le mandataire était l'entreprise Cardinal SA.

L'enquête administrative n'a pas permis de retrouver de sous-détail des prix proposés par la société Seribat construction alors même que ce document devait être fourni par l'ensemble des candidats dans le but de permettre un contrôle de la cohérence des prix proposés.

2. Les contacts noués entre les différentes personnes concernées par les marchés

De nombreux contacts ont été établis dès la fin de l'année 1993 entre la société ARMEP pour le compte de laquelle le SIDEPA a passé deux marchés publics, M. Jean Bauer, architecte, la société Seribat construction et le SIDEPA. Ces contacts se sont poursuivis jusqu'à l'automne 1994. Ils sont attestés par diverses déclarations et pièces communiquées par les intervenants ;

M. Alain Des Beauvais, directeur commercial de la société ARMEP, a confirmé l'existence de contacts au cours de son audition le 9 décembre 1996 : *« Je pense que c'est vers la fin de l'année 1993 que nous avons décidé de demander à des bureaux d'études, ou à des entreprises en disposant, d'établir un projet de nouvelle usine en le chiffrant. (...) Ont été sollicités : Delta Industrie, Pol Moreau, à Plouhinec, ETBO à Landaul, Cobi Engineering à Dinan, Jean Bauer à Paris, Espace Ingeneering à Saint-Grégoire. A l'issue de cette consultation, il est apparu qu'un seul de nos interlocuteurs avait bien compris ce que nous voulions avec une organisation du bâtiment en U et les services centraux au milieu. Il s'agissait de l'avant-projet de M. Bauer. (...) Dans le contexte de l'époque, c'est-à-dire celui d'un marché privé, nous entendions traiter avec l'un d'entre eux si son projet nous convenait au point de vue prix et conception. (...) Dès la deuxième consultation, M. Bauer m'a dit qu'il fallait une entreprise capable de faire le travail très vite si nous voulions emménager en août 1994. L'entreprise SERIBAT est donc arrivée assez tôt dans le projet Bauer (...). M. Bauer est venu quelquefois avec M. PINEAU pendant la période d'étude au cours du 1^{er} semestre 1994. (...) ».*

M. Jean Bauer a déclaré, le 17 décembre 1996 : *« J'ai été informé du lancement de l'étude initiale lancée par ARMEP, alors que je commençais le chantier de l'entreprise LIDL, à Sautron. C'est M. Bonneau, PDG d'ARMEP qui m'a fourni cette information. (...) Cela s'est passé à la fin août 1993. J'ai pris contact avec M. Alain Des Beauvais qui a confirmé l'étude en me disant que j'étais le dernier candidat et qu'il me faudrait faire vite pour fournir ma réponse (...). Le délai de 15 jours à 3 semaines donné pour rendre réponse a été suffisant.*

Cet avant-projet a plu à ARMEP. Mais il n'était pas encore chiffré (...) Cela se passait à peu près en septembre ou octobre 1993. le chiffrage de SERIBAT était supérieur au budget prévu. J'ai fait une seconde maquette correspondant à un projet moins onéreux. Ce projet a encore été amélioré par la suite, de telle sorte qu'il y a eu trois ou quatre projets sur cette affaire en ce qui me concerne. Je pense que j'ai su que j'étais retenu pour cette opération vers février ou mars 1994. (...) J'ai connu M. Pineau de SERIBAT construction quand nous avons construit le LIDL de Sautron. Son entreprise et moi-même avons décidé de partir ensemble sur le projet ARMEP dès cette époque (...) ».

M. Jean Pineau, gérant de la société SERIBAT construction, auditionné le 4 avril 1996, a déclaré : « Nous connaissions l'architecte M. Bauer depuis un an et demi... C'est lui qui nous a proposé le projet d'ARMEP vers mai-juin 1994. (...) Jean Bauer a été retenu pour cette opération et nous nous sommes présentés séparément, alors qu'à l'origine il s'agissait d'un dossier commun à réaliser pour ARMEP et non pour le SIDEPA (...) Nous avons eu trois approches différentes au moment des discussions avec ARMEP avant l'appel d'offres public : 13 MF, 11,5 MF et 9,5 MF (hors frais d'architecte). Je ne sais pas pourquoi notre offre est proche de l'estimation de l'architecte. Il est vrai qu'il n'y a pas eu de changement fondamental dans les prix donnés directement à ARMEP-projet. Il faut d'ailleurs noter que si notre offre était proche de l'estimation, c'est parce que nos chiffres globaux ont été transmis à l'architecture via ARMEP. Nous avons eu des discussions triangulaires sur ce sujet. Par la suite, dans le cadre de l'exécution du marché, j'ai toujours considéré ARMEP (M. Des Beauvais) comme maître d'œuvre délégué ».

M. Pinard a apporté les précisions suivantes lors de son audition le 1^{er} octobre 1996 : « J'ai rencontré M. Des Beauvais récemment, il m'a rappelé les conditions dans lesquelles l'opération de construction de la nouvelle usine avait été lancée. L'entreprise possédait un terrain sur la zone de KERBOIS, à proximité de son usine de l'époque. Sa direction a envisagé la construction de nouveaux locaux sur ce terrain. Pour ce faire, elle a consulté plusieurs bureaux d'études et entreprises afin de définir son projet à partir des besoins de l'activité (...). Les propositions de ces différentes entreprises ont été adressées directement à ARMEP, car il n'était pas encore prévu que le SIDEPA prendrait en charge cette opération ».

3. La décision de recourir à une maîtrise d'ouvrage du SIDEPA

Plusieurs documents éclairent la décision de passer par une maîtrise d'ouvrage public, à savoir :

- une lettre adressée le 3 novembre 1993 par M. Alain Bonneau, président-directeur général de la société ARMEP, au président du SIDEPA par laquelle il indique : « Je vous confirme mon accord pour la construction d'une usine de 5 000 m² environ pour un coût de 9 000 000 F (bâtiment prêt à fonctionner). La maîtrise d'ouvrage pourra être assurée par le SIDEPA » ;
- une lettre adressée le 22 novembre 1993 par M. Alain Bonneau, président-directeur général de la société ARMEP au président du SIDEPA par laquelle il précise : « Je vous confirme qu'ARMEP est prête à réaliser un nouveau bâtiment industriel de 5 000 m² environ sur le terrain qu'elle possède à Kerbois. Le coût global de l'opération est de 9 millions de francs. Si le SIDEPA peut s'engager sur les points suivants : 1. rachat du site actuel incluant la maison (...) : 4 000 000 F ; 2. subventions : 1 000 000 F ; la société ARMEP fournira les 4 millions restants pour boucler l'opération. Le SIDEPA assurerait alors, la maîtrise d'ouvrage pour faciliter le montage » ;
- une première délibération du 23 novembre 1993 du comité syndical du SIDEPA par laquelle le SIDEPA s'engage à se porter acquéreur des terrains et bâtiments de l'ancienne usine ARMEP ;
- une seconde délibération du comité syndical du 23 novembre 1993 par laquelle le

SIDEPA s'engage, entre autres, à accepter la maîtrise d'ouvrage de la construction d'un bâtiment industriel d'environ 5 300 m² pour un montant de 9 millions de francs.

M. Pinard, secrétaire du SIDEPA, a précisé lors de son audition le 1^{er} octobre 1996 : *« Dans les mêmes moments, la direction d'ARMEP a contacté d'abord la mairie d'Auray, puis le syndicat, pour l'aider dans son montage financier. En effet, son conseil d'administration avait donné un accord sur la construction, mais à condition de ne pas dépasser un investissement de 10 MF, et de limiter son emprunt à 50 % de ce montant. D'où la recherche d'un acheteur, privé de préférence, des locaux anciennement exploités, et également la recherche d'aides publiques. Il n'y a pas eu de candidats à l'achat des locaux. Le syndicat a considéré qu'il était de sa vocation de valoriser une friche industrielle potentielle. D'où ses décisions prises le 23 novembre 1993. Auparavant, la société avait confirmé sa demande par deux courriers des 3 et 22 novembre 1993. Après le 23 novembre 1993, ARMEP n'est plus intervenue directement dans nos procédures, compte tenu de leur caractère public. Mais elle n'en a pas été écartée. Il fallait en effet qu'elle puisse suivre l'évolution du dossier et l'infléchir en fonction de ses propres impératifs (...) ».*

M. Bauer a indiqué à ce sujet, le 17 décembre 1996 : *« Jusqu'à dans le courant de l'été 1994, je ne savais pas que l'affaire serait traitée en marché public. Jusqu'à cette époque nous étions donc dans un autre contexte, celui d'un marché privé. Je ne sais même pas si ARMEP savait à l'époque que l'opération serait passée en marché public. »*

M. Alain Des Beauvais a précisé, le 9 décembre 1996 : *« Pendant la période des études, j'ai recherché les possibilités d'une nouvelle implantation sur un autre site au regard des avantages dont pouvait bénéficier l'entreprise. J'ai eu de nombreux contacts à ce sujet. (...) En fait, c'est le SIDEPA qui a fait la démarche dans notre direction après avoir constaté que 40 % de notre personnel était domicilié à Auray. Sa proposition de vente en l'état de futur achèvement présentait l'avantage de diminuer le coût de l'usine dans la mesure où les subventions du département ou de la région ne peuvent être versées qu'aux SICOMI ou aux collectivités publiques. En outre, la reprise de l'ancienne usine était aussi particulièrement intéressante. Nous avons décidé de rester à Auray quant le dossier a été pris en charge par le SIDEPA. »*

M. Pineau a déclaré lors de son audition, le 4 avril 1996 : *« Au départ, il devait s'agir d'un appel d'offres privé. Plus tard, ce chantier était lancé sous appel d'offres public : nous l'avons su en septembre 1994 (...). Pour des questions de subventions, le dossier a dû passer en appel d'offres public (...). La pièce n° 4 jointe en annexe est le compte rendu interrompu d'une réunion prévue initialement chez ARMEP et déplacée à la mairie d'Auray. La décision ayant été prise de la non-participation d'entreprises, dans l'éventualité d'un marché public, j'ai été prié de quitter la salle par M. Pinard du SIDEPA qui ignorait ma qualité d'entrepreneur. »* La réunion qui est évoquée par M. Pineau s'est tenue le 28 juillet 1994.

La décision de recourir à une maîtrise d'œuvre du SIDEPA a été motivée essentiellement, sinon exclusivement, par des préoccupations financières, à savoir permettre le versement de subventions par le département du Morbihan et la région Bretagne.

4. Les conditions de passation du marché de maîtrise d'œuvre par le SIDEPA avec le cabinet d'architecte Bauer

L'article 314 bis du code des marchés publics applicable aux marchés de maîtrise d'œuvre des collectivités locales imposait au SIDEPA de publier un avis afin de recenser l'ensemble des candidatures pour comparer leur compétence et leurs moyens, ce qui n'a pas été fait.

M. Pinard a indiqué à ce sujet, lors de son audition, le 1^{er} octobre 1996 : *« C'est donc ARMEP qui a choisi le concepteur, M. Bauer, dont le projet correspondait le mieux à ses besoins, notamment à la fonctionnalité interne et externe de l'entreprise. C'est donc ARMEP*

qui a fourni aux candidats tous les renseignements nécessaires à l'établissement de leurs propositions. Et c'est elle qui disposait de leurs réponses (...). Toute la partie "études" était supervisée par ARMEP, avant le 27 octobre 1994, date à laquelle M. Bauer a été officiellement retenu comme concepteur par le comité syndical. Le désir de conserver l'usine sur le pays d'Auray, avec maintien et création de nouveaux emplois nous interdisait de tirer un trait sur tout le travail de conception déjà réalisé par le cabinet Bauer. Si nous avions repris la procédure dans le cadre du code des marchés, nous n'aurions pas respecté les délais et il y aurait eu de grandes chances que M. Bauer soit retenu, mais avec des honoraires peut-être plus élevés. »

M. Bauer a déclaré, lors de son audition, le 17 décembre 1996 : « Je pense que j'ai été retenu pour cette opération vers février ou mars 1994. Jusque dans le courant de l'été 1994, je ne savais pas que l'affaire serait traitée en marché public (...). C'est au cours d'une réunion pendant l'été que j'ai appris que j'étais implicitement retenu pour la maîtrise d'œuvre de l'opération. Vers la fin de l'été, alors que le permis de construire était déjà obtenu, j'ai appris que l'opération serait fait en marché public. »

5. Le déroulement de l'appel d'offres pour le marché de construction conclu par le SIDEPA avec la société Seribat construction : l'obligation de recourir au procédé Astron

Le recours au procédé Astron n'était pas directement imposé par les documents de consultation des entreprises rédigés par M. Bauer. Toutefois, le cahier des clauses techniques particulières du lot n° 6 relatif à la charpente métallique imposait une pente de toiture de 6 % et l'utilisation de panneaux translucides, caractéristiques de ce procédé, et l'article 2.04 du règlement de consultation des entreprises interdisait toute variante.

Les groupements d'entreprises pilotés par les sociétés Cardinal et Le Douairon ont fait savoir dans leurs soumissions qu'ils étaient dans l'impossibilité de respecter le cahier des clauses techniques particulières sur ce point.

M. Bauer a indiqué, lors de son audition, le 17 décembre 1996, à propos de la rédaction des documents techniques du marché : « Seribat est un concessionnaire Astron. C'est un procédé américain avec des structures assez légères ; (...). J'ai rédigé les pièces de mon propre marché puis celles destinées à l'exécution des travaux, c'est-à-dire CCAP, CCTP et plans (...). Les prescriptions techniques contenues dans le CCTP du lot n° 6 et celles du lot n° 7 « couverture charpente », imposant des panneaux translucides incolores, sont effectivement une des caractéristiques du procédé Astron. Il est vrai que nous aurions dû élargir les possibilités de réponses en bacs avec étanchéité multicouches (...). Mais rien n'empêchait un candidat de soumissionner avec un procédé Astron en demandant à cette société l'autorisation et les monteurs. Je n'ai pas souvenir que l'un des candidats ait téléphoné pour signaler cette erreur. Il s'agit bien d'un oubli ou d'une erreur, car il n'était pas question de favoriser Seribat. »

6. Les éléments postérieurs à l'appel d'offres

Le délai de réalisation des travaux fixé à six mois dans le dossier de consultation des entreprises a été porté à sept mois dans le marché signé par la société Seribat construction avec le SIDEPA.

M. Bauer a déclaré lors de son audition, le 17 décembre 1996, ne pouvoir justifier cet allongement de délai : « Je suis incapable de vous dire pourquoi le délai d'exécution des travaux, fixé dans l'appel d'offres à six mois, a été porté à sept mois dans le marché de SERIBAT. Je ne peux pas dire que cet allongement était consécutif aux travaux supplémentaires demandés par ARMEP, car je ne m'en suis pas occupé. »

Des travaux supplémentaires ont été réalisés courant 1995 pour un montant total de 2 704 867,80 F TTC, soit environ 25 % du marché initial.

M. Hubert Durllet, directeur industriel de la société ARMEP, a précisé, lors de son audition le 4 avril 1996 : *« Nous avons enlevé une partie des prestations d'électricité et des fluides qui étaient en dépassement par rapport au montant du marché. Nous avons fait réaliser nous-mêmes les travaux correspondants, mais avec l'accord et sous la responsabilité de SERIBAT. »*

M. Pineau a déclaré, le 4 avril 1996, à propos de ces travaux supplémentaires : *« Nous avons été appelé à réaliser 3,2 MF TTC en plus du marché pour la société ARMEP, mais nous n'avons pas amorti un centime de frais généraux sur cette affaire. »*

M. Alain Des Beauvais a, quant à lui, déclaré, le 9 décembre 1996 : *« Des travaux supplémentaires ont été exécutés par SERIBAT et ses sous-traitants. Cela résulte d'un problème d'organisation interne. Dans un premier temps, pendant la phase administrative dont j'étais responsable, on a évacué l'aspect technique. Une fois que l'accord a été conclu avec le SIDEPA, le dossier est passé au domaine technique, sous la responsabilité de M. Durllet. D'où des apports non pris en charge par le marché, que nous avons réglés directement à SERIBAT. Je me souviens de certaines de ces prestations supplémentaires : surface des bureaux plus grande ; une mezzanine dans le service qualité ; un chemin pour les ponts roulants dans l'atelier ; des bureaux en mezzanine dans les locaux de production (injection et outillage) ; un auvent à l'extérieur pour le déchargement des camions. M. Bauer n'a pas été rémunéré pour ces travaux supplémentaires. »*

C. - Les griefs notifiés par le rapporteur

Sur la base des pratiques décrites ci-dessus, un grief commun a été notifié, sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, à l'encontre de la société ARMEP, du cabinet d'architecture Jean Bauer, de la société Seribat construction et du syndicat intercommunal du pays d'Auray (SIDEPA) pour avoir mis en œuvre une concertation ayant eu pour objet et pu avoir pour effet de permettre, à l'occasion de la construction d'un atelier mécano-plastique à Auray, l'attribution du marché de maîtrise d'œuvre au cabinet d'architecture Jean Bauer et l'attribution du marché de construction à la société Seribat construction, candidats présélectionnés par la société ARMEP.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la compétence du Conseil de la concurrence :

Considérant qu'aux termes de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée : *« Les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de service, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public » ;*

Considérant que la société ARMEP et M. Jean Bauer font valoir que, selon une jurisprudence constante, la décision d'un marché public relève de la compétence des tribunaux administratifs et échappe, en conséquence, à tout contrôle du Conseil de la concurrence ; qu'ils ajoutent qu'en l'espèce l'argumentation développée par le rapporteur repose sur le non-respect des procédures du code des marchés publics par le SIDEPA à l'occasion de la passation du marché de maîtrise d'œuvre avec M. Bauer, architecte, et du marché de construction avec la société Seribat construction, ce qui ne saurait caractériser une entente au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qu'il s'agit donc d'un litige relevant de la juridiction administrative et non de la compétence du Conseil de la concurrence définie par l'article 53 de l'ordonnance précitée et qu'en conséquence la saisine

doit être déclarée irrecevable par application de l'article 19 de cette même ordonnance ;

Considérant que la société Seribat construction soutient pour sa part qu'en l'absence de démonstration de l'existence d'une concertation dans le but de désigner le futur titulaire du marché, seule demeure la décision administrative d'attribution du marché et que ce type de décision, par laquelle le pouvoir réglementaire organise le service public, n'est pas un acte de production, de distribution ou de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Mais considérant que, si la Cour de cassation a jugé (Cass. Com., 14 décembre 1993, Société Guy Coach Plascoa) que la décision d'attribution d'un marché public par une personne publique constitue une décision administrative relevant de la seule compétence des juridictions administratives et non une activité « *de production, de distribution ou de service* » au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil de la concurrence demeure compétent pour qualifier, au regard de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les comportements de concertation mis en œuvre par la société ARMEP, M. Bauer, la société Seribat construction ainsi que le SIDEPA lors de la passation par ce dernier de deux marchés publics pour la construction des nouveaux locaux de la société ARMEP, comportements qui sont distincts de l'acte administratif lui-même et qui n'émanent d'ailleurs pas uniquement du SIDEPA, collectivité publique qui a pris la décision d'attribution du marché ; que l'exception d'incompétence doit donc être écartée ;

Sur la procédure :

Considérant qu'aux termes de l'article 18 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *L'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires* » ; qu'aux termes de l'article 21 du même texte : « *Le rapport est ensuite notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés* » ;

Considérant que, si la société ARMEP a soutenu dans ses écritures qu'en violation des textes précités elle n'avait pas reçu copie des observations déposées par les autres parties suite à la notification des griefs, ce moyen, dont l'exactitude matérielle n'était pas établie, a été retiré lors de la séance du Conseil ; qu'il n'y a donc plus lieu de se prononcer sur le moyen ;

Sur les pratiques relevées :

Considérant que la société Américaine mécano-plastique (ARMEP) a pris la décision, dans le courant de 1993, de construire de nouveaux locaux plus vastes et mieux adaptés à ses besoins, notamment aux contraintes techniques liées aux procédés de fabrication qu'elle met en œuvre et aux exigences de sa clientèle ; qu'à cette fin elle a demandé à plusieurs bureaux d'études et à des cabinets d'architecture de lui proposer une esquisse et un avant-projet de construction ; qu'à l'issue de cet appel d'offres elle a retenu le projet du cabinet d'architecture Jean Bauer, projet que ce dernier avait établi et chiffré après avoir consulté la société Seribat, entreprise générale de bâtiment ;

Considérant que, parallèlement, dans le cadre de sa recherche d'un financement du projet, la société ARMEP a pris des contacts avec plusieurs collectivités locales désireuses d'accueillir des entreprises industrielles ainsi qu'avec le syndicat intercommunal pour le développement économique du pays d'Auray (SIDEPA) sur le territoire duquel elle était implantée ;

Considérant qu'après avoir étudié les différentes propositions des collectivités locales voisines, la société ARMEP a considéré que la proposition de financement du SIDEPA était la plus intéressante ; que cette proposition comprenait le versement de subventions par la région et le département pour le rachat par le SIDEPA à l'ARMEP de bâtiments situés dans la zone industrielle de Kerbois ; que ces subventions ne pouvant bénéficier qu'à une collectivité publique, il était nécessaire que la maîtrise d'ouvrage de la construction soit assurée par le

SIDEPA, ARMEP s'engageant à acheter le bâtiment dans le cadre d'une vente en l'état futur d'achèvement ; qu'ainsi le SIDEPA ne prenait en charge que le risque de l'opération - qu'au demeurant il partageait avec la commune d'Auray - le bâtiment étant destiné à revenir en toute propriété à ARMEP, qui supportait la totalité de son coût, déduction faite des subventions ; que le SIDEPA - qui n'avait ni les moyens, ni la possibilité de définir les caractéristiques du bâtiment, ni d'apprécier le coût d'une construction qui ne lui était pas destinée, et qui était spécialement conçue sur les instructions et pour les besoins spécifiques de l'ARMEP - ne devait intervenir que comme un opérateur intermédiaire ;

Considérant que la société ARMEP avait retenu le projet du cabinet Bauer, après une deuxième consultation, comme correspondant le mieux à ses besoins ; qu'elle avait par ailleurs fixé à 10 millions le plafond de la dépense qu'elle acceptait d'engager et que cette exigence avait conduit le cabinet Bauer à modifier les plans initiaux et à consulter à nouveau les entreprises de bâtiment susceptibles de répondre à la demande ; qu'à la suite de ces consultations la société Seribat lui était apparue comme la seule entreprise en mesure de respecter les limites financières fixées par la société ARMEP ;

Considérant que c'est dans ces conditions qu'un marché négocié de maîtrise d'œuvre a été passé, le 28 octobre 1994, par le président du SIDEPA avec le cabinet d'architecte Jean Bauer pour un montant de 444 750 F TTC et qu'un appel d'offres ouvert aux entreprises générales et aux groupements d'entreprises a été lancé par le SIDEPA, le 27 octobre 1994, à l'issue duquel la proposition moins-disante de la société Seribat, d'un montant de 10 832 924 F TTC, a été retenue ;

Considérant que, si le principe d'un recours à une maîtrise d'ouvrage publique du SIDEPA a été arrêté dès l'automne 1993 entre le SIDEPA et la société ARMEP ainsi qu'en attestent les courriers adressés par M. Alain Bonneau, dirigeant de la société ARMEP, au SIDEPA le 3 et le 22 novembre 1993 et les deux délibérations prises par le conseil syndical du SIDEPA le 23 novembre 1993, cette décision n'a été confirmée définitivement et n'a commencé à être mise en œuvre sur le plan administratif que durant l'été 1994, soit peu de temps avant le lancement officiel des appels d'offres ; que M. Alain Des Beauvais, directeur commercial de la société ARMEP, a déclaré sur ce point, le 9 décembre 1996 : « *Pendant la période des études, j'ai recherché les possibilités d'une nouvelle implantation sur un autre site au regard des avantages dont pouvait bénéficier l'entreprise. J'ai eu de nombreux contacts à ce sujet. Je me souviens de la proposition de Questembert, qui nous offrait le terrain de Ploërmel dont la formule de location-vente était intéressante* » ;

Considérant que, si la société ARMEP, M. Bauer et la société Seribat construction ont entretenu des contacts réguliers durant la première partie de l'année 1994, ces contacts avaient pour objet de mettre au point l'avant-projet du cabinet Bauer, retenu par la société ARMEP ; que ces contacts ont conduit à l'élaboration de projets successifs, en raison notamment des limites financières imposées par ARMEP ;

Considérant qu'il ne peut être fait grief à la société ARMEP d'avoir poursuivi la mise au point et le chiffrage de son projet avec le cabinet Bauer et la société Seribat ; qu'en effet, la société ARMEP, futur propriétaire et utilisateur de bâtiment, tant que l'appel d'offres public n'avait pas été lancé, était seule à même de préciser ses besoins, notamment d'un point de vue technique ;

Considérant que, dans ces conditions, la société ARMEP ne pouvait pas définir son projet sans une association étroite avec le maître d'œuvre ; que la circonstance que le SIDEPA, qui offrait ses services à la société ARMEP et dont l'intervention comme maître d'ouvrage n'avait pour seule justification que la règle selon laquelle les subventions publiques ne pouvaient être versées qu'à un organisme public, n'ait pas procédé à un recensement préalable des candidats à la maîtrise d'œuvre comme l'impose l'article 314 *bis* du code des marchés publics ne permet pas, au cas d'espèce, de conclure à l'existence d'une pratique

anticoncurrentielle ; qu'au surplus, la société ARMEP avait déjà procédé à une consultation et à une mise en concurrence des candidats les plus aptes à assurer la maîtrise d'œuvre du projet, ainsi que l'a indiqué M. Alain Des Beauvais, le 9 décembre 1966 : *« Je pense que c'est vers la fin de l'année 1993 que nous avons décidé de demander à des bureaux d'études, ou à des entreprises en disposant, d'établir un projet de nouvelle usine en le chiffrant (...) Ont été sollicités : Delta Industrie, Pol Moreau à Plouhinec, ETBO à Landaul, Cobi Engineering à Dinan, Jean Bauer à Paris, Espace Engineering à St Grégoire »* ; que M. Pinard, secrétaire administratif du SIDEPA, a confirmé cette mise en compétition des maîtres d'œuvre lors de son audition le 1^{er} octobre 1996 : *« les propositions de ces différentes entreprises ont été adressées directement à ARMEP car il n'était pas encore prévu que le SIDEPA prendrait en charge cette opération »* ;

Considérant que, si l'offre remise par la société Seribat construction lors de l'appel d'offres public pour le marché de construction était très nettement inférieure aux offres déposées par les autres candidats et ne comportait pas de chiffrage détaillé permettant d'en vérifier la cohérence, la preuve n'est cependant pas rapportée que ladite offre ne correspondait pas aux prix pratiqués pour des travaux de même nature à la date de remise des offres ; que, d'ailleurs, des offres comparables ont été présentées successivement par cette société, tout d'abord directement à la société ARMEP dans le cadre de la réponse à l'appel d'offres privé, puis dans le cadre de la procédure d'appel d'offres public ; que la différence entre l'offre de Seribat et celles de ses concurrents ne peut constituer à elle seule l'indice d'une offre anormalement basse, c'est-à-dire incompatible avec le coût de l'exécution des travaux dans les règles de l'art : que, dans son avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996, le Conseil observait qu'« une offre ne saurait être qualifiée d'« anormalement basse » par seule référence aux autres offres (...) car une telle référence n'aurait aucun lien avec la compétitivité réelle de l'entreprise soumissionnaire qui dépend notamment de la structure de ses coûts, de sa productivité, de sa compétence technique et de sa santé financière », que, par ailleurs, les études menées dans le cadre du projet de marché de conception-réalisation en liaison avec le cabinet Bauer avaient permis à la société Seribat construction d'affiner ses propositions et d'évaluer ses coûts avec précision, ce qui peut expliquer de façon plausible l'écart séparant sa proposition des soumissions concurrentes ; qu'enfin, si la société Seribat construction n'a pas fourni d'études détaillées des prix, cette circonstance ne suffit pas à démontrer que l'offre remise était anormalement basse ; que, par ailleurs le fait que la société Seribat construction se serait ainsi trouvée dans une situation plus avantageuse que les autres candidats au moment du lancement des appels d'offres, ce qui n'est pas contesté, ne saurait suffire à caractériser une pratique anticoncurrentielle dès lors que le droit de la concurrence n'impose pas que tous les offreurs présents sur un même marché doivent se trouver dans une situation identique, sauf si les différences entre eux résultent de pratiques discriminatoires ; que l'avantage concurrentiel dont a bénéficié la société Seribat peut s'expliquer par les études qu'elle avait effectuées avec le cabinet Bauer dans le cadre d'une mise au point indispensable du projet de construction à la suite des appels d'offres privés effectués par ARMEP ; que ces contacts s'inscrivaient dans le cadre de relations d'affaires habituelles entre un demandeur et un offreur et qu'ils ne sauraient être qualifiés de pratiques discriminatoires au regard du droit de la concurrence ;

Considérant qu'aucun élément n'est fourni à l'appui de l'affirmation selon laquelle certains travaux auraient été volontairement exclus de l'appel d'offres pour le marché de construction lancé par le SIDEPA ou encore de l'affirmation selon laquelle les travaux supplémentaires demandés par ARMEP, après la passation du marché avec la société Seribat, soit auraient été fictifs, soit auraient eu pour objet de compenser la perte que cette société aurait accepté de subir en présentant une offre anormalement basse ; qu'aucune preuve n'a donc été apportée de l'existence d'une concertation en vue de permettre à la société Seribat

construction de présenter une offre minorée en lui promettant une commande de travaux supplémentaires sur lesquels elle aurait pu réaliser des profits de nature à compenser les pertes prétendument consenties sur le marché initial ; que les factures détaillées figurant au dossier concernent une série de travaux supplémentaires dont il n'est pas démontré que l'un ou plusieurs d'entre eux n'auraient pas été effectués ou qu'ils auraient été manifestement surévalués ; qu'en séance, M. Alain Des Beauvais, directeur commercial de la société ARMEP, a expliqué que des travaux d'adaptation étaient rendus nécessaires en raison des contraintes techniques propres à l'activité de la société tenant en particulier à la réalisation de la chaîne de fabrication ; que ces travaux n'auraient pu être entièrement arrêtés au moment de l'appel d'offres, qu'ils correspondaient à des modifications et des aménagements demandés par ARMEP et ont fait l'objet de devis ; qu'au surplus, ils ont été directement réglés par ARMEP à Seribat et que la dépense totale (marché initial plus travaux d'adaptation) a été inférieure au montant initial du marché proposé par l'entreprise la moins-disante après Seribat ;

Considérant que la circonstance que le cahier des clauses techniques particulières rédigé par M. Bauer imposait pour le lot n° 6 (charpente) une pente de toiture de 6 % et l'usage de plaques translucides, caractéristiques du procédé Astron dont la société Seribat était concessionnaire, ne saurait suffire à démontrer une volonté d'évincer du marché les autres entreprises dans la mesure où il n'est pas contesté que l'utilisation du procédé Astron permettait des économies substantielles et un gain de temps dans le montage ; qu'au surplus, il n'est pas davantage contesté que la société Seribat construction ne disposait que d'une licence non exclusive pour l'utilisation de ce procédé ; qu'enfin, certaines entreprises ont répondu à l'appel d'offres sans élever d'objections sur ce point ;

Considérant, enfin, qu'il n'est pas démontré que la décision d'allonger la durée de réalisation des travaux de six mois à sept mois prise par le SIDEPA après la date limite de dépôts des offres aurait été préméditée et qu'ainsi la société Seribat construction aurait bénéficié d'un avantage concurrentiel indu ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède et compte tenu des circonstances ayant conduit le SIDEPA à assurer la maîtrise d'ouvrage pour le compte de la société ARMEP, qu'il n'est pas établi, en l'espèce, que les pratiques susanalysées aient eu pour objet ou aient pu avoir pour effet de fausser la concurrence ; qu'en conséquence, il n'est pas démontré que la société ARMEP, M. Bauer, la société Seribat construction et le SIDEPA aient enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

Décide :

Article unique

Il n'est pas établi que la société ARMEP, M. Jean Bauer, la société Seribat construction et le Syndicat intercommunal pour le développement du pays d'Auray (SIDEPA) aient enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Délibéré, sur le rapport de M. Bresse, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, Mmes Mader, Perrot, MM. Bidaud, Lasserre et Piot, membres.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
Le vice-président,
présidant la séance,
Pierre Cortesse
Annexe 72

Décision n° 99-D-65 du Conseil de la concurrence en date du 2 novembre 1999 relative à des pratiques constatées lors de l'appel d'offres lancé en octobre 1991 par la communauté urbaine de Lyon pour le renouvellement de marchés de travaux de chaussée

NOR : *ECOC0000039S*

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre du 30 décembre 1994 enregistrée sous le numéro F 732, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par diverses entreprises lors de l'appel d'offres lancé en octobre 1991 par la communauté urbaine de Lyon pour le renouvellement de marchés de travaux de chaussée ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés Beylat, Entreprise Blondet Marius, Axima Centre, Charles de Filippis, CGLB Routes, Eurovia, Colas Rhône Alpes, Coiro, Curty, Dumas, Entreprise Jean Lefèbre, ETPVA, Maia Sonnier SA, Mazza, Gauthey, Perrier TP, Sacer, SCR, Screg Sud-Est, SNTL TP, Eurovia Grands Projets et industries, Gerland SA, SN Monin, TGC de Filippis ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et le représentant des sociétés Beylat, Entreprise Blondet Marius, Axima Centre, Charles de Filippis, CLGB Route, Colas Rhône Alpes, Coiro, Dumas, Entreprise Jean Lefèbre, ETPVA, Gauthey, Perrier TP, Sacer, SCR, Screg Sud-Est, Gerland SA, SN Monin, TGC de Filippis, Eurovia, Eurovia Grands Projets et industries, Viafrance et Cochery Bourdin Chaussé entendus ;

Après avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - La description des marchés

1. Les marchés concernés

La communauté urbaine de Lyon (la Courly) créée par une loi du 31 décembre 1966, regroupe 55 communes sur une superficie de 50 000 hectares et compte 1 132 397 habitants.

Par délibération du 23 septembre 1991, elle a décidé le lancement d'un appel d'offres ouvert pour le renouvellement des marchés d'entretien ou de construction des chaussées et trottoirs, autres que ceux asphaltés, à exécuter sur le territoire de la Courly durant une période de deux ans du 1^{er} janvier 1992 au 31 décembre 1993. La limite de réception des offres était fixée au 12 novembre 1991.

Les marchés de 1991 se différencient de ceux précédents de 1986 en ce qu'il y a eu substitution de la procédure d'appel d'offres à la procédure d'adjudication et en ce qu'il y a eu en 1991 une nouvelle répartition des communes en 36 lots territoriaux distincts au lieu de 34 pour les marchés de 1986.

Ces 36 lots se répartissent en :

27 lots de travaux d'entretien ou de construction ;

9 lots de travaux de réfection de tranchées.

Les lots correspondent soit à une ou plusieurs communes, soit à un ou plusieurs arrondissements pour la ville de Lyon.

S'agissant de marchés à commande, le montant total de l'opération devait être, pour sa

durée totale, au minimum de 127 000 000 F et au maximum de 508 000 000 F.

Le montant des différents lots a été estimé comme suit dans le CCAP « pour chaque exercice comptable : hors majoration pour révision de prix, rabais déduit et hors TVA ».

Travaux d'entretien ou de construction

LOTS MONTANT (en francs)	Minimal	Maximal
1	1 600 000	6 400 000
2	1 200 000	4 800 000
3	1 300 000	5 200 000
4	1 500 000	6 000 000
5	1 500 000	6 000 000
6	1 600 000	6 400 000
7	1 400 000	5 600 000
8	2 000 000	8 000 000
9	1 600 000	6 400 000
10	1 200 000	4 800 000
11	1 200 000	4 800 000
12	1 600 000	6 400 000
13	1 600 000	6 400 000
14	1 300 000	5 200 000
15	1 400 000	5 600 000
16	1 300 000	5 200 000
17	1 300 000	5 200 000
18	1 800 000	7 200 000
19	1 300 000	5 200 000
20	1 300 000	5 200 000
21	1 300 000	5 200 000
22	2 000 000	8 000 000
23	1 500 000	6 000 000
24	1 500 000	6 000 000
25	1 500 000	6 000 000
26	2 400 000	9 600 000
27	1 800 000	7 200 000

Travaux de réfection de tranchées

LOTS MONTANT (en francs)	Minimal	Maximal
28	1 300 000	5 200 000
29	1 400 000	5 600 000
30	1 400 000	5 600 000

31	1 300 000	5 200 000
32	1 300 000	5 200 000
33	2 000 000	8 000 000
34	1 800 000	7 200 000
35	2 000 000	8 000 000
36	1 100 000	4 400 000

Pour la réalisation de ces opérations, la Courly a souhaité que les entreprises suivantes aient les qualifications FNTP (Fédération nationale des travaux publics) suivantes :

1 AP2 (terrassements), 3 OP2, 3.10, 3.11, 3.301 ou 3.302, 3.71, 3.72, 3.8 et 3.40 ou 3.41 (travaux de routes, d'aérodromes et travaux analogues). Il s'agit de caractéristiques techniques ou professionnelles établies par la Fédération et présentées dans une nomenclature.

S'agissant d'appels d'offres ouverts, 32 entreprises, soit seules, soit en regroupement de deux entreprises, ont soumissionné ; le nombre des soumissions individuelles a été de 88, soit le tiers des soumissions.

L'article 1.2 du CCAP *in fine* précise :

- « *chaque entreprise ou regroupement d'entreprises soumissionnaire ne pourra être attributaire de plus de trois lots ;*
- *en cas d'entreprises groupées solidaires, chaque regroupement est limité à deux entreprises par lot ;*
- *le nombre de sous-traitants est limité à deux par lots, pour les 27 lots de travaux d'entretien ou de construction. »*

Le même document précise, en outre, dans son article 1-1-2, que : « *l'entreprise devra, avant la notification du marché, posséder son siège ou une agence qualifiée dans l'agglomération lyonnaise, reliée au réseau téléphonique, où un représentant de l'entreprise pourra être contacté tous les jours ouvrables pendant les heures normales de travail* ».

Les entreprises qui ont soumissionné sont les suivantes :

	OFFRES
Stal	36
Lefebvre	34
Gerland	33
Screg	30
SCR	28
Sacer	27
Perrier	24
Colas	23
CLGB	22
Viafrance	20
Charles de Filippis	19
Monin	18
Cochery	17
Blondet	17
Gauthey	16
Beylat	13
Maia-Sonnier	13

GTRA	11
MGB	11
Mazza	11
Chapelle	10
Dumas	10
Coiro	10
ETPVA	8
SNTL	6
Spapa	5
Curty	5
Revillon	5
Canaly	5
Dafflon	3
Eltra	3
Société d'exploitation Ch. de Filippis	1
De Filippis	1

2. Les entreprises concernées

Sur les 33 entreprises qui ont participé à l'appel d'offres, 25, soit seules, soit en groupement, ont obtenu directement ou en sous-traitance un ou plusieurs lots.

En définitive, la répartition des lots a été la suivante :

ENTREPRISES LOTS OBTENUS	Comme titulaire	En sous-traitance	LOTS DONNÉS en sous-traitance
Lefebvre	13	4	4
Gerland	13	4	4
Screg	6	2	3
SCR	5	3	3
Perrier	4	0	3
CLGB	3	5	3
Blondet	3	3	3
Sacer	2	1	1
Maia-Sonnier	2	2	1
Beylat	2	0	2
Monin	2	1	2
ETPVA	2	1	2
Chapelle	2	0	2
Ch. de Filippis	2	8	1
Mazza	1	2	1
Colas	1	0	0
CBC	1	1	1
Dumas	1	1	1
Coiro	1	2	1

SNTL	1	0	1
Curty	1	0	1
TGC	0	1	0
Viafrance	0	1	0
De Filippis	1	0	0
Gauthey	1	1	0

B. - Les pratiques constatées

1. La note de service du 21 octobre 1991

Lors de l'enquête effectuée le 23 novembre 1993 dans l'entreprise Jean Lefebvre, a été communiquée aux enquêteurs une note de service en date du 21 octobre 1991, antérieure à la date limite de remise des offres, établie par le directeur de l'agence Lefebvre de Lyon, et qui se présente de la façon suivante :

« Lyon, le 21 octobre 1991.

« Note de service n° 91.10.20 635 CB/CL.

« A. - Objet : Bilan de l'avancement au dossier Courly :

« 1° Les dossiers sont en cours d'étude, les réponses devant être déposées le 21 novembre prochain.

« 2° Un nouveau découpage a été fait. Il conduit à 27 lots d'entretien et 8 lots de tranchées.

« 3° Le principe du statu quo concernant le nombre d'adjudicataires est acquis à l'exception de Viafrance qui doit obtenir une "petite place".

« Ce n'est pas encore acquis mais nous craignons d'y être contraint par le maître d'ouvrage.

« 4° Beugnet devrait rester en dehors cette fois-ci. Les négociations sont en cours.

« 5° CBC est titulaire dans la configuration actuelle de deux tiers d'un lot d'entretien. Il demande 2 lots + 1 lot tranchées. Cette demande est exorbitante et en contradiction profonde avec le statu quo ; discussion en cours très difficile.

« 6° Avec un mois de décalage, seront renouvelés deux lots d'enrobés sur la Courly appelés communément tapis d'enrobés.

« 7° Seront également en renouvellement les lots d'enrobés du Marché départemental du Rhône. Cette affaire viendra prochainement à l'ordre du jour après un appel de candidatures début novembre.

« Titulaires actuels :

« - Gerland - EJL - CBC Lot du Sud-Ouest ;

« - Gerland - EJL Lot Est ;

« - Chapelle Lot du Centre ;

« - Mazza - Revillon Lot du Nord.

« PJ : document transmis à la Lyonnaise lors d'une précédente demande pour une réunion de coordination.

« Des contacts au plus haut niveau ont eu lieu récemment - Qu'en est-il sorti ?

« Le directeur d'agence.

« C. Beurel. »

2. Comparaison des marchés de 1991 par rapport à ceux de 1986

Les éléments réunis au cours de l'instruction mettent en évidence une stabilité des attributaires des marchés ou des entreprises ayant réalisé les travaux par rapport à la répartition des lots attribués en 1986.

Comme il a été indiqué dans les précédents marchés conclus en 1986, le territoire de la Courly était divisé en 34 lots. En 1991, à la suite d'un nouveau découpage, 36 lots ont été délimités. Cette circonstance ne permet donc pas une comparaison entre les deux séries de marchés par numéro de lot. Toutefois, par territoire communal, il est possible d'effectuer une comparaison qui révèle une stabilité des exécutants par commune et par arrondissement de Lyon (tableaux I-1, I-2 et I-3).

C'est ainsi que, dans 16 communes, hors Lyon, il y a identité des exécutants. Sachant qu'il y a en général trois à quatre exécutants par commune, dans sept communes, la seule différence consiste dans l'adjonction d'un exécutant supplémentaire ; dans sept autres communes, il y a simplement suppression d'un exécutant et, enfin, dans cinq communes, il y a un seul exécutant différent.

Pour ce qui est de Lyon, il y a identité pour les 5^e et 9^e arrondissements et, dans chaque arrondissement, au moins un ou deux intervenants de 1986 se retrouvent en 1991.

Globalement, dans la liste des entreprises attributaires des lots en 1991, on ne trouve, en plus des attributaires de 1986, que les sociétés Viafrance et Gauthey. Pour Lyon, les dix entreprises attributaires des marchés en 1986 le sont également en 1991 (tableau II).

Le montant du rabais a été le critère déterminant pour la commission d'appel d'offres une fois vérifiées les qualifications professionnelles. Les entreprises ont proposé des rabais par marché sans présenter d'études détaillées.

TABLEAU I-1
Comparaison par commune (entretien, construction)

COMMUNES	NUMÉRO de lot	TITULAIRES ou sous-traitants en 1986	NUMÉRO de lot	TITULAIRES ou sous-traitants en 1991
Genay	8	Gerland	9	Gerland
		Chapelle		Chapelle
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
				SCR
Neuville	8	Gerland	9	Gerland
		Chapelle		Chapelle
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
				SCR
Montanay	8	Gerland	9	Gerland
		Chapelle		Chapelle
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
				SCR
Cailloux	9	SCR	9	SCR
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
		Gerland		Gerland
Sathonay	9	SCR	9	SCR
village		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
		Gerland		Gerland
Sathonay	9	SCR	12	SCR
camp		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis

		Gerland		
Fleurieu	8	SCR	12	SCR
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
		Gerland		
Rochetaillée	9	SCR	12	SCR
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
		Gerland		
Couzon	7	Chapelle	7	Chapelle
		SCR		SCR
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
Albigny	7	Chapelle	7	Chapelle
		SCR		SCR
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
Poleymieux	7	Chapelle	7	Chapelle
		SCR		SCR
		Ch. de Filippis		
Curis	7	Chapelle	7	Chapelle
		SCR		SCR
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
Saint-Germain	7	Chapelle SCR Ch. de Filippis	7	Chapelle SCR Ch. de Filippis
Saint-Romain	7	Chapelle SCR Ch. de Filippis	7	Chapelle SCR Ch. de Filippis
Collonges	7	Chapelle	8	EJL
		SCR		Mazza
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
				Gerland
Rillieux	10	SCR	10	SCR
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
		EJL		EJL
		Blondet		
Caluire	10	SCR	11	SCR
		EJL		EJL
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
		Blondet		Blondet
Saint-Cyr	3	EJL	8	EJL
		Mazza		Mazza
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
		Gerland		Gerland
Saint-Didier	3	EJL	8	EJL

		Mazza		Mazza
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
		Gerland		Gerland
Champagne	3	EJL	8	EJL
		Mazza		Mazza
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
		Gerland		Gerland
Limonest	4	CLGB	7	Chapelle
		Maia-Sonnier		SCR
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
Dardilly	4	CLGB	1	CLGB
		Maia-Sonnier		Maia-Sonnier
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
Marcy	5	Gerland	1 r	Gerland
		ETPVA		ETPVA
		CLGB		CLGB
		Mazza		Mazza
La Tour	4	CLGB	1 r	CLGB
		Maia-Sonnier		Maia-Sonnier
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
		SCR		SCR
Charbonnières	5	Gerland	2	EJL
		ETPVA		ETPVA
		CLGB		CLGB
		Mazza		Mazza
Ecully	6	EJL	2	EJL
		ETPVA		ETPVA
		Gerland		CLGB
				Mazza
Tassin	6	Gerland	2	Gerland
		ETPVA		ETPVA
		EJL		EJL
				Mazza
Saint-Genis	5	Gerland	3	Gerland
		ETPVA		ETPVA
		Mazza		Mazza
		CLGB		EJL
Craponne	5	Gerland	3	Gerland
		ETPVA		ETPVA
		Mazza		Mazza
		CLGB		EJL

Francheville	11	EJL	4	EJL
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
		ETPVA		ETPVA
				Gerland
Sainte-Foy	11	EJL	4	EJL
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
		ETPVA		ETPVA
				Gerland
La Mulatière	12	Monin	4	EJL
		Cochery		ETPVA
		Gerland		Gerland
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
Oullins	12	Chochery	4	Cochery
		Monin		EJL
		Gerland		Gerland
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
Pierre-Bénite	13	CTPA	6	Beylat
		CLGB		CLGB
		Gerland		Monin
		Ch. de Filippis		
Saint-Genis	13	Gerland	5	Cochery
		CLGB		CLGB
		CTPA		Beylat
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
Irigny	14	CTPA	6	Beylat
		CLGB		CLGB
		Perrier		Monin
Vernaison	14	CTPA	6	Beylat
		CLGB		CLGB
		Perrier		Monin
Charly	14	CTPA	6	Beylat
		CLGB		CLGB
		Perrier		Monin
Solaise	26	Gerland	20	Gerland
		Perrier		Perrier
		Dumas		Blondet
		Dafflon		Viafrance
Feyzin	26	Gerland	20	Gerland
		Perrier		Perrier
		Dumas		Blondet
		Dafflon		Viafrance

Saint-Fons	24	EJL	20	Gerland
		Blondet		Blondet
		Ch. de Filippis		Perrier
				Viafrance
Vénissieux	24	EJL	19	EJL
		Blondet		Blondet
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis
Corbas	26	Gerland	17	Gerland
		Perrier		Perrier
		Dumas		Dumas
		Dafflon		
Mions	26	Gerland	17	Gerland
		Perrier		Perrier
		Dumas		Dumas
		Dafflon		
Saint-Priest	25	Perrier	18	Perrier
		EJL		EJL
		Gerland		Gerland
		Coiro		Coiro
Bron	20	EJL	15	EJL
		Coiro		Coiro
		Gerland		Gerland
Villeurbanne	21	Gerland	23	Gerland
	22	Monin	24	Monin
				EJL
Vaulx	23	Gerland	14	Gerland
		SNTL		Gauthey
		Screg		Screg
Décines	18	Sacer	16	Sacer
		Perrier		Perrier
		Blondet		
		EJL		
Chassieu	18	EJL	13	EJL
		Sacer		Dumas
		Monin		Blondet
		Perrier		
Meyzieu	19	Dumas	13	Dumas
		Sacer		Blondet
		Monin		EJL
		Se. de Filippis		Gauthey
Jonage	19	Dumas	13	Dumas

		Sacer		Blondet
		Monin		Gauthey
		Ch. de Filippis		Ch. de Filippis

La société Beylat a succédé à l'entreprise CTPA qu'elle a absorbée.

TABLEAU I-2
Comparaison pour Lyon par arrondissement
(entretien, construction)

NUMÉRO de lot	TITULAIRES ou sous-traitants en 1986	NUMÉRO de lot	TITULAIRES ou sous-traitants en 1991
2	5 ^e et 9 ^e arrondissement	21	5 ^e et 9 ^e arrondissement
	Maia-Sonnier		Maia-Sonnier
	Colas		Colas
1	1 ^{er} , 2 ^e et 4 ^e arrondissement	22	1 ^{er} , 4 ^e et 6 ^e arrondissement
	Blondet		Blondet
	Screg		Screg
			CLGB, Sacer
15	3 ^e et 6 ^e arrondissement	25	3 ^e arrondissement
	Sacer		Sacer
	CLGB		CLGB
	Coiro, Maia-Sonnier		Coiro
16	7 ^e arrondissement	26	2 ^e et 7 ^e arrondissement
	SNTL		Gerland
			SNTL
17	8 ^e arrondissement	27	8 ^e arrondissement
	Curty		Curty
	SCR		SCR
	(Maia-Sonnier)		

TABLEAU I-3
Comparaison par commune (réfection des tranchées)

NUMÉRO de lot	TITULAIRES ou sous- traitants en 1986	COMMUNES - arrondissements	NUMÉRO de lot	TITULAIRES ou sous- traitants en 1986	COMMUNES - arrondissements
27	Sreg	2 ^e et 4 ^e arrondissement	28	Gerland	Ecully
	Gerland				Tassin
28	Gerland	5 ^e et 9 ^e arrondissement	29	Gerland	Francheville
				EJL	Sainte-Foy
		Craponne			

29	Gerland	Saint-Genis-les-Ollières	30	Gerland	
		Ecully		Screg	Rillieux
		Tassin			Caluire
30	Gerland	Caluire	31	EJL	Saint-Fons
	Screg	Rillieux		Screg	Vénissieux
	SCR				Bron
31	Gerland	Francheville	32	Gerland	5 ^e et 9 ^e arrondissement
	EJL	Sainte-Foy			
	CLGB	La Mulatière			
		Saint-Genis			
		Pierre-Bénite			
32	Screg	3 ^e et 6 ^e arrondissement	33	Screg	1 ^{er} , 4 ^e et 6 ^e arrondissement
	Gerland	Ingry		Gerland	
		Charly			
33	EJL	7 ^e et 8 ^e arrondissement	34	EJL	3 ^e arrondissement
	Se de Filippis			Screg	Villeurbanne
34	EJL	Villeurbanne	35	Screg	2 ^e arrondissement
		Vaulx-en-Velin		EJLTGC	7 ^e arrondissement
			36	EJL	8 ^e arrondissement
				de Filippis	

La société Entreprise de Filippis, mise en liquidation judiciaire, a été radiée du registre du commerce, le 23 juin 1994, après un jugement qui a prononcé la clôture pour insuffisance d'actif de procédure, le 17 juin 1994.

Liste des entreprises intervenantes :

TABLEAU II

1986	1991
CTPA	Beylat (qui a absorbé CTPA).
Blondet	Blondet.
Chapelle	Chapelle.
Ch. de Filippis	Ch. de Filippis.
CLGB	CLGB.
Cochery	Cochery.
Coiro	Coiro.
Colas	Colas.
Curty	Curty.
Dafflon	»
Dumas	Dumas.

EJL	EJL.
ETPVA	ETPVA.
»	Gauthey.
Gerland	Gerland.
Maia-Sonnier	Maia-Sonnier.
Mazza	Mazza.
Monin	Monin.
Perrier	Perrier.
Sacer	Sacer.
SCR	SCR.
Screg	Screg.
SNTL	SNTL.
»	Viafrance.
De Filippis	TGC de Filippis (anciennement De Filippis).

3. L'analyse des résultats de 1991

En premier lieu, sur la trentaine d'entreprises ayant participé à l'appel d'offres, 22 ont obtenu directement un ou plusieurs lots. Le groupe GTM (EJL, TGC, Blondet) et le groupe Bouygues (Sacer, Screg, Colas, CLGB) ont obtenu respectivement quinze et onze lots. Si on considère le montant minimum des travaux que l'attributaire peut exiger de réaliser dans ce type de marchés, on constate que :

- la société Entreprise Jean Lefèbre et ses filiales obtiennent : 9 750 000 F ;
- les sociétés appartenant au groupe Bouygues obtiennent : 9 450 000 F.

En deuxième lieu, s'agissant des qualifications professionnelles, à l'examen du tableau relatif aux rabais proposés par les entreprises et à la condition relative aux qualifications requises, il apparaît que l'offre d'un grand nombre d'entreprises ou de groupements d'entreprises n'a pas été retenue, dès lors que n'était pas remplie la condition des qualifications professionnelles exigées des soumissionnaires.

En troisième lieu, sur la sous-traitance, il convient de constater :

- dans le cadre de l'appel d'offres.

Sur les 36 titulaires du marché, 12 avaient prévu une sous-traitance dans l'acte d'engagement, comme le montre le tableau ci-après :

NUMÉROS des lots	TITULAIRES	SOUS-TRAITANTS
4	Lefebvre/Gerland.	Ch. de Filippis.
6	CLGB/Beylat.	Monin.
11	SCR/Ch. de Filippis.	Blondet.
13	Dumas/Blondet.	Gauthey.
15	Lefebvre/Coiro.	Gerland.
19	Lefebvre/Blondet.	Ch. de Filippis.
22	Blondet/SREG.	Sacer et CLGB.
23	Gerland/Monin.	Lefebvre.
24	Lefebvre/Monin.	Gerland.
25	Sacer/CLGB.	Coiro.

26	SNTL/Gerland.	Screg et Blondet.
27	Curty/SCR.	Maia-Sonnier.

Les entreprises ont justifié le recours à la sous-traitance par les dispositions du règlement particulier d'offres qui conduiraient à la multiplication des groupements et à l'appel à des entreprises locales connaissant bien le terrain et situées à proximité des chantiers.

Les rabais semblent avoir été établis sans étude préalable. Par ailleurs, la société Charles de Filippis a soumissionné individuellement en proposant des rabais souvent moins élevés que ceux qu'elle a acceptés en tant que sous-traitant. C'est ainsi que, pour le lot n° 19, elle a proposé un rabais de 3 % en soumissionnant et elle a effectué les travaux avec un rabais de 10,5 % ; pour le lot n° 5, elle soumissionne à - 8 % et exécute en sous-traitance à - 9 % ; pour le lot n° 8, elle soumissionne à - 6 % et opère en qualité de sous-traitante à - 7,5 % ; pour le lot n° 9, elle soumissionne à - 6,5 % et exécute en sous-traitance à - 7,5 % ; pour le lot n° 10, elle soumissionne à - 7 % et réalise les travaux en sous-traitance à - 8,5 % ;

– après l'attribution du marché :

Le tableau ci-après récapitule les recours à la sous-traitance.

LOTS	TITULAIRES	SOUS-TRAITANTS	DATES
1	CLGB-Maia-Sonnier.	Ch. de Filippis et SCR.	
2	Lefebvre-ETPVA.	CLGB et Mazza.	24 février 1992-1 ^{er} octobre 1992.
3	Gerland-ETPVA.	Lefebvre et Mazza.	13 février 1992-29 février 1992.
4	Lefebvre-Gerland.	Ch. de Filippis et ETPVA.	20 novembre 1991-16 février 1992.
5	CBC-Beylat.	CLGB et Ch. de Filippis.	
6	CLGB-Beylat.	Monin.	20 novembre 1991.
7	Chapelle-SCR.	Ch. de Filippis et CLGB.	16 mars 1992-16 mars 1992.
8	Lefebvre-Mazza.	Ch. de Filippis et Gerland.	10 février 1992-10 février 1992.
9	Gerland-Chapelle.	SCR et Ch. de Filippis.	20 février 1992-20 février 1992.
10	Lefebvre-SCR.	Ch. de Filippis.	17 février 1992.
11	SCR-Ch. de Filippis.	Blondet et Lefebvre.	20 novembre 1991-17 février 1992.
12	Lot non sous-traité		
13	Dumas-Blondet.	Gauthey et Lefebvre.	20 novembre 1991.
14	Gerland-Gauthey.	SCREG.	
15	Lefebvre-Coiro.	Gerland.	20 novembre 1991.
16	Lot non sous-traité		
17	Perrier-Gerland.	Dumas.	27 février 1992.
18	Perrier-Lefebvre.	Coiro et Gerland.	27 février 1992-27 février 1992.
19	Lefebvre-Blondet.	Ch. de Filippis.	20 novembre 1991.
20	Gerland-Perrier.	Viafrance et Blondet.	
21	Lot non sous-traité		
22	Blondet-Screg.	Sacer, CLGB et	20 novembre 1991-20 novembre

		Blondet.	1991.
23	Gerland-Monin.	Lefebvre.	20 novembre 1991.
24	Lefebvre-Monin.	Gerland.	20 novembre 1991.
25	Sacer-CLGB.	Coiro.	20 novembre 1991.
26	SNTL-Gerland.	Screg et Blondet.	20 novembre 1991-20 novembre 1991.
27	Curty-SCR.	Maia-Sonnier.	20 novembre 1991.
28	Lot non sous-traité		
29	Gerland-Lefebvre.	CBC et CLGB.	
30	Gerland-Screg.	SCR.	25 mai 1992
31	Lot non sous-traité		
32	Lot non sous-traité		
33	Lot non sous-traité		
34	Lot non sous-traité		
35	Screg-Lefebvre.	TGC et De Filippis.	24 novembre 1992
36	Lot non sous-traité		

27 lots sur 36 ont ainsi été sous-traités.

A l'issue de l'instruction, le grief suivant a été notifié aux sociétés Beylat TPSA, SA Entreprise Blondet Marius, Redland route Centre SA (pour la société Chapelle), Entreprise Ch De Filippis, CLGB routes, Cochery Bourdin Chaussé, Entreprise Coiro, Colas Rhône Alpes, Société des Etablissements Curty, Entreprise Dumas, Entreprise Jean Lefebvre, ETPVA, SA Gerland, Société SA Entreprise Deluermoz (pour la société EBTP Maia-Sonnier), Société Mazza BTP SA, Société SN Monin, Entreprise Gauthey SA, Entreprise Perrier, Sacer, SCR, Screg Sud-Est, SNTL, Via France : d'avoir mis en œuvre, dans le cadre de l'appel d'offres lancé par la Courly en 1991, une concertation ayant eu pour objet de maintenir la répartition de ces marchés telle qu'elle avait été mise en œuvre par les mêmes entreprises en 1986, ladite concertation ayant eu pour objet et ayant pu avoir pour effet de faire obstacle au jeu spontané des offres, à l'indépendance des soumissionnaires concernés dans leurs offres de prix et à l'incertitude de chacun de ces soumissionnaires sur le contenu des offres et, d'une façon générale, ayant été de nature à tromper le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur ces marchés, pratiques constitutives d'une violation de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la prescription :

Considérant que, pour soutenir que le grief est fondé sur la qualification de faits prescrits, la société Cochery Bourdin Chaussé fait valoir que, dans la notification de griefs, il est indiqué que la concertation anticoncurrentielle de 1991 avait pour résultat de maintenir un *statu quo* par rapport à une précédente concertation anticoncurrentielle de 1986 ; que, par ailleurs ont été jointes irrégulièrement en annexe au rapport des pièces relatives au marché de 1986 ;

Mais considérant que la notification de griefs relève seulement que la concertation de 1991 a visé à maintenir le *statu quo* tel qu'il résultait des marchés de 1986 et qu'on ne peut en déduire que la répartition des marchés de 1986 était elle-même retenue comme une pratique anticoncurrentielle de concertation ; que ceci, non seulement est corroboré par le contenu de

la notification de griefs dans laquelle il n'est question de pratiques anticoncurrentielles qu'à l'occasion des marchés de 1991, mais encore a été clairement affirmé dans le rapport ; que, dès lors, c'est d'une manière régulière que, pour démontrer le *statu quo* de 1991, ont été joints au rapport des tableaux descriptifs des attributions de marchés réalisées en 1986 ; que le moyen doit être écarté ;

Sur la procédure :

1. Sur la procédure en général

Considérant que la société Cochery Bourdin Chaussé, la société Screg Sud Est, la société Viafrance, la société Entreprise Jean Lefèbvre et la société TGC de Filippis soutiennent que la procédure a été d'une durée anormalement longue puisque la délibération de la Courly relative au lancement de l'appel d'offres a eu lieu le 23 septembre 1991, que la notification de griefs est datée du 19 décembre 1997 et que la durée prévisible de la procédure, qui est de huit ans, viole le principe du « délai raisonnable » prévu par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors que l'affaire n'est « ni ample, ni complexe », ainsi que le principe général du droit communautaire relatif à la même notion applicable à la Commission européenne à l'occasion des procédures administratives en matière de politique de concurrence, principe qui s'applique également aux autorités nationales chargées de la concurrence ; que les droits de la défense seraient également méconnus dès lors que l'ancienneté des faits rend les poursuites « hasardeuses, aléatoires et injustes » ; que la société SN Monin fait valoir qu'elle n'a pas eu accès aux archives relatives à l'époque des faits visés par le présent dossier et qui concernent la société Monin TP SN dont elle a assuré la continuité économique ; que la Société nouvelle des transporteurs lyonnais TP fait reproche au rapporteur de ne pas l'avoir entendue ; que la société Entreprise Deluermoz SA fait valoir qu'elle n'a reçu aucune notification de griefs et qu'en outre la dénomination Entreprise Deluermoz SA n'existe plus depuis le mois de décembre 1995 ; que la société Cochery Bourdin Chaussé, la société Perrier TP, la société Entreprise Blondet Marius, la société Screg Sud-Est et la société Viafrance prétendent que la notification de griefs ne respecte pas l'impératif d'individualisation des griefs puisqu'elle se borne à évoquer un grief général ; que la société TGC de Filippis soutient qu'elle n'est pas concernée par la notification de griefs puisqu'elle n'est même pas citée dans la liste des destinataires de ladite notification et qu'il ne lui est rien reproché ;

Mais considérant qu'en ce qui concerne le délai raisonnable, l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable ; qu'en l'occurrence, l'appel d'offres considéré a fait l'objet d'une publication de ses résultats le 27 février 1992 ; que le rapport d'enquête est en date du 22 août 1994 ; que la saisine du Conseil de la concurrence est du 30 décembre 1994 ; que la notification de griefs a été effectuée le 19 décembre 1997 ; que le 25 janvier 1999, une nouvelle liste des destinataires du document comportant une entreprise supplémentaire, la société TGC de Filippis, a été notifiée aux sociétés concernées et que la société TGC de Filippis s'est vu également notifier à la même date les griefs considérés ; que le rapport a été communiqué le 15 juillet 1999 ; que le marché considéré comportait 36 lots constituant autant de marchés distincts et dans le cadre desquels la combinaison des entreprises intervenantes est à chaque fois différente ; que nombre de celles-ci ont subi des modifications par fusion, absorption, cession, nécessitant de délicates recherches d'imputabilité ; que, dès lors, le délai écoulé entre les différents actes de procédure n'apparaît pas excessif au regard des dispositions précitées de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la jurisprudence communautaire, compte tenu de l'ampleur et de la complexité de l'affaire (cour d'appel de Paris, 13 janvier

1998, SA Fougerolles Ballot) ; qu'enfin, les sociétés CBC, Screg Sud-Est, Viafrance et Entreprise Jean Lefebvre ne soutiennent pas que la durée de la procédure aurait porté atteinte à leurs droits (cour d'appel de Paris, 23 janvier 1998, SARL Traditions et perspectives) ;

Considérant, sur ce dernier point, que le principe du contradictoire a été pleinement respecté, conformément aux prévisions de l'article 18 de l'ordonnance, et que les entreprises ont été mises en mesure de présenter à deux reprises des observations sur les griefs qui leur étaient opposés ; qu'en particulier, si la société SN Monin, qui assure la continuité économique de la société Monin TP SN, soutient qu'elle n'est pas en possession des archives de cette dernière et qu'elle n'est donc pas en mesure de se défendre, cette seule circonstance est sans portée sur la régularité de la procédure d'autant qu'elle produit elle-même une lettre de l'administrateur judiciaire de la société Monin TP SN qui indique à la société SN Monin « ... *je n'ai jamais conservé aucune archive de la société Monin ; en votre qualité de cessionnaire il me semble que vous avez dû conserver ces archives* » ; que, si la société SNTL fait, de son côté, reproche au rapporteur de ne pas l'avoir entendue, il résulte des dispositions de l'article 20 du décret du 29 décembre 1986 que le rapporteur peut, s'il l'estime opportun, procéder à des auditions, mais qu'il n'est pas obligé d'y procéder ni d'entendre toutes les parties ou personnes interrogées ; qu'en l'occurrence, la saisine ministérielle était accompagnée d'un rapport d'enquête dont la teneur ne justifiait pas un complément d'instruction (cour d'appel de Paris, 6 mai 1997, Lilly France) ;

Considérant qu'en ce qui concerne le reproche de défaut d'individualisation du grief d'entente, la notification de griefs et le rapport font état d'un « statu quo » dans les marchés de 1991 par rapport à ceux de 1986 et visent expressément les sociétés Cochery Bourdin Chaussé, Perrier TP, Entreprise Blondet Marius, Screg Sud-Est et Viafrance comme ayant été bénéficiaires de lots en qualité de titulaires ou de sous-traitantes, en comparant les résultats du marché de 1991 par rapport à ceux de 1986 pour chaque entreprise ; que, dès lors, il apparaît que « *le rapporteur s'est attaché à analyser le comportement individuel des entreprises en cause, à l'occasion de chacun des marchés de travaux publics concernés, en examinant les pièces relatives à chacun d'eux et les explications fournies par les responsables des entreprises impliquées ; qu'il ne saurait par conséquent être prétendu que la multiplicité et la variété des faits soumis au Conseil constituent un amalgame contraire aux garanties de la défense, dès lors que chacune des parties était en mesure de discerner précisément, autant dans la notification de griefs que dans le rapport, les pratiques retenues contre elles et les éléments de preuve qui les caractérisent pour faire valoir utilement leurs moyens de défense* » (cour d'appel de Paris, 4 juillet 1994, Screg Sud-Est) ;

Considérant qu'en ce qui concerne les destinataires de la notification de griefs, la société Entreprise Deluermoz SA a pris la dénomination de Maia Sonnier SA par une décision de son assemblée générale du 29 décembre 1995, avec effet au 1^{er} janvier 1996, en conservant la même adresse et le même numéro de registre du commerce ; que la notification de griefs adressée à la société Entreprise Deluermoz SA a été reçue le 19 décembre 1997 ; que, dans ces conditions, cette société, devenue Maia Sonnier SA, par simple changement de dénomination, ne peut valablement soutenir qu'elle n'a pas été destinataire de la notification de griefs ;

Considérant, par ailleurs, que si la notification de griefs, qui vise dans son contenu expressément la société TGC de Filippis comme l'une des entreprises ayant obtenu des travaux en 1991, n'a pas été originairement adressée à ladite société, cette omission a été réparée par l'envoi de la notification et de la liste modifiée des destinataires à cette société ; que, dès lors, la société TGC de Filippis ne peut valablement soutenir qu'elle n'était pas concernée par cette notification de griefs et qu'elle n'a pas été en mesure de se défendre ;

2. Sur la procédure d'enquête

Considérant qu'en ce qui concerne la note de service du 21 octobre 1991, les sociétés Beylat SA, Entreprise Dumas, Gerland, la société Screg Sud-Est, la société Entreprise Jean Lefèbvre, la société CLGB Routes et la société Colas Rhône-Alpes soutiennent, d'abord, que les conditions dans lesquelles les enquêteurs en ont disposé ont été irrégulières du fait qu'il n'est relaté ni dans le procès-verbal du 23 novembre 1993 ni dans celui du 2 décembre 1993 les conditions dans lesquelles les enquêteurs ont eu accès aux armoires de classement et aux dossiers, ensuite, que les références de la note de service du 21 octobre 1991 sont différentes de celles portées sur le parapheur chronologique communiqué ; que la société Entreprise Jean Lefèbvre et la société Gerland font valoir que les enquêteurs ne peuvent, dans le cadre de l'article 47 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, consulter l'ensemble des dossiers ni a fortiori se faire remettre un document dont ils ne pouvaient connaître l'existence et qu'ils ne l'ont, en réalité, appréhendé qu'en procédant comme s'ils bénéficiaient d'une autorisation de visite et de saisie ; que la société Entreprise Jean Lefèbvre, la société CLGB Routes et la société Colas Rhône-Alpes relèvent que le procès-verbal du 23 novembre 1993 est incomplet puisqu'il ne mentionne pas l'intervention des enquêteurs auprès de Mme Lagrave en l'absence de M. Sopena, ni leur demande de consultation du cahier d'enregistrement des correspondances, ni les conditions d'obtention de la note du 21 octobre 1991 ; qu'elles font valoir que le caractère incomplet du procès-verbal est attesté par le procès-verbal du 2 décembre 1993, également dressé dans les locaux de l'agence de l'Entreprise Jean Lefèbvre à Lyon, qui fait référence aux investigations du 23 novembre ; que ces mêmes sociétés relèvent encore que ce procès-verbal n'a pas été signé par toutes les personnes concernées par les investigations puisque manque la signature de Mme Lagrave, seule présente pendant l'absence de M. Sopena durant une partie des investigations ;

Considérant qu'en ce qui concerne les investigations opérées dans les autres sociétés, la société Viafrance soutient que celles qui ont eu lieu le 2 décembre 1993 dans ses locaux ont été irrégulières, les enquêteurs ayant refusé à M. Sulliot, chef d'agence, d'aller et venir et le procès-verbal ne relatant pas l'ensemble des opérations effectuées, notamment celles qui se sont déroulées hors la présence de M. Sulliot, et n'ayant pas été signé par les personnes présentes ; que la société Cochery Bourdin Chaussé soutient que les investigations effectuées le 9 octobre 1993 dans ses locaux ont été irrégulières, les enquêteurs ayant refusé à M. Onfray, chef d'agence, la possibilité d'aller et venir ;

Considérant que l'article 46 de l'ordonnance dispose que :

« Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux et, le cas échéant, de rapports.

« Les procès-verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Un double en est laissé aux parties intéressées. Ils font foi jusqu'à preuve contraire » ; que l'article 47 ajoute : « Les enquêteurs peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transports à usage professionnel, demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en prendre copie, recueillir sur convocation ou sur place, les renseignements et justifications. Ils peuvent demander à l'autorité dont ils dépendent de désigner un expert pour procéder à toute expertise contradictoire nécessaire » ; qu'aux termes de l'article 31 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 : « Les procès-verbaux prévus à l'article 46 de l'ordonnance sont rédigés dans le plus bref délai ; qu'ils énoncent la nature, la date et le lieu des constatations ou des contrôles effectués ; qu'ils sont signés de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations ; qu'en cas de refus de celle-ci mention en est faite au procès-verbal » ; qu'il résulte de ces dispositions que doivent être relatées dans les procès-verbaux toutes les opérations effectuées par les enquêteurs en application de l'article 47 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, qu'il s'agisse de la transcription des déclarations des personnes entendues, de la description des démarches effectuées au sein des entreprises ou des remises de documents ;

Considérant que, selon les indications du procès-verbal du 23 novembre 1993, deux agents de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont intervenus à 9 h 30 dans l'entreprise Jean Lefèbvre à Lyon, en présence de M. Sopena, adjoint de M. Beurel, chef de l'agence ; qu'après avoir recueilli auprès de M. Sopena des renseignements sur l'entreprise, ils ont obtenu la communication de 22 documents dont la « *note de service n° 91-10-20-635 Bilan de l'avancement du dossier Courly, 2 pages* » ; que les mêmes agents se sont présentés à nouveau le 2 décembre à l'agence lyonnaise Jean Lefèbvre où ils ont été reçus par M. Beurel ; qu'il leur a été indiqué par celui-ci que la note de service 91-10-20-635 était une note interne à l'agence, qu'elle n'avait pas été expédiée et n'avait pas de destinataire ; que le procès-verbal poursuit en ces termes : « *Nous avons demandé à consulter le cahier d'enregistrement du courrier départ, que nous avons consulté le 23 novembre 1993 lors de la précédente intervention, et sur lequel était enregistrée cette note ainsi que les destinataires. M. Beurel nous déclare que l'entreprise n'ayant pas obligation de conserver en archive ce cahier, ne l'a plus à disposition. Seul subsiste le parapheur chronologique. Nous demandons ce parapheur et constatons qu'il s'intitule "1991, Courrier 91-10-20-471, 23 juillet 1991". Le courrier (note) y figure. M. Beurel nous précise : "A ma connaissance, cette note n'est pas partie. Il s'agit du résultat d'une analyse menée par mes soins au sein de l'agence."* » ;

Considérant qu'il résulte du rapprochement de ce procès-verbal avec deux attestations établies l'une par M. Sopena et l'autre par Mme Lagrave, secrétaire de l'agence lyonnaise Jean Lefèbvre, que, dans le courant de l'après-midi du 23 novembre 1992, les enquêteurs ont demandé à Mme Lagrave, seule présente à l'agence à ce moment-là, son « chrono » et qu'après avoir consulté ce document, ils ont fait ressortir la note de service n° 91-10, qui était archivée ; que le procès-verbal du 23 novembre 1993, signé par M. Sopena, auquel cette note, parmi d'autres documents, était annexée, ne fait aucune mention des circonstances de la communication de cette note et, dès lors, ne met pas le Conseil de la concurrence en mesure d'exercer son contrôle sur la régularité de la remise dont elle a fait l'objet ; que ce procès-verbal n'a pas été signé par Mme Lagrave ; qu'ont, ainsi, été méconnues les dispositions de l'article 31 du décret du 29 décembre 1986 ; que le procès-verbal du 23 novembre 1993, en tant qu'il constitue le procès-verbal de remise de la note de service du 21 octobre 1991, ne peut être considéré comme régulier et qu'il doit être retiré de la procédure ;

Considérant qu'en ce qui concerne les investigations effectuées dans les autres sociétés, l'intervention dans les locaux de la société Viafrance, le 2 décembre 1993, en présence de M. Patrick Sulliot, chef de l'agence de Lyon, a donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal signé sans réserve par ce dernier ; que, si, par une attestation en date du 18 janvier 1998, M. Sulliot soutient que les enquêteurs l'auraient empêché d'aller chercher lui-même les documents qu'ils lui ont demandé et qu'ils en ont pris connaissance hors sa présence et en présence de la comptable et d'une secrétaire qui n'ont pas signé le procès-verbal, cette seule attestation, émanant de la personne concernée (décision précitée n° 96-D-62 du 22 octobre 1996 et arrêt de la cour d'appel, précité du 9 septembre 1997 SIMAT) est insuffisante pour établir la réalité des faits allégués, un procès-verbal signé sans réserve faisant foi jusqu'à preuve du contraire ;

Considérant que l'intervention dans les locaux de la société Cochery Bourdin Chaussé, le 9 décembre 1993, en présence de M. Pierre Onfray, chef d'agence, a donné lieu à l'établissement d'un procès-verbal signé sans réserve par ce dernier ; que, si, par une attestation en date du 18 février 1998, M. Onfray soutient que les enquêteurs l'auraient empêché d'aller chercher lui-même les documents qu'ils lui ont demandé, cette seule attestation est insuffisante pour établir la réalité des faits allégués, un procès-verbal signé sans réserve faisant foi jusqu'à preuve du contraire ;

Sur le fond :

Considérant que les entreprises soutiennent que la preuve de pratiques anticoncurrentielles n'est pas rapportée ; que les sociétés Entreprise Ch. De Filippis et Entreprise Blondet Marius font valoir qu'il n'existe au dossier ni preuve d'entente ni faisceau d'indices ; que les sociétés CLGB Routes et Colas Rhône-Alpes prétendent que la note de service du 21 octobre 1991 et les résultats de la comparaison des marchés de 1986 et 1991 ne constituent pas des éléments de preuve suffisants ; qu'elles indiquent qu'un parallélisme de comportement ne suffit pas à établir une entente, car il est nécessaire que ce comportement ne puisse s'expliquer ni par les conditions du marché, ni par la poursuite par chaque opérateur économique de son intérêt individuel ; que la société Entreprise Coiro évoque l'existence d'une simple convergence d'intérêts, ce qui ne constitue pas une preuve d'entente, et relève que seuls des éléments précis et concordants peuvent suppléer à l'absence de preuve formelle ; que la société Entreprise Jean Lefèbvre relève que la note de service constitue un élément unique qui ne peut, à défaut d'indices graves, précis et concordants, établir l'existence des pratiques alléguées ;

Considérant qu'en matière de marchés publics une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme, notamment, d'une coordination des offres ou d'échanges d'informations entre entreprises antérieurs au dépôt des offres ; que l'existence de telles pratiques, qui sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition du jeu normal de la concurrence, peut être établie au moyen soit de preuves ou de déclarations se suffisant à elles-mêmes soit d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de divers éléments recueillis au cours de l'instruction, même si chacun de ces éléments pris isolément n'a pas un caractère suffisamment probant ;

Considérant que, comme il a été dit, la note de service du 21 octobre 1991 qui constituait l'un des principaux indices retenus par le rapport doit être écartée ; qu'au surplus et en tout état de cause, les procès-verbaux du 23 novembre 1993 et du 2 décembre 1993 ne fournissent aucune indication sur l'identité des entreprises qui auraient été destinataires de la note susvisée et qu'on relève, en outre, des disparités entre les références sous lesquelles la « *note de service* » est désignée dans le premier procès-verbal et celles qui figurent dans le second procès-verbal pour le même document, de sorte que l'envoi même de celui-ci apparaît incertain ;

Considérant qu'en l'absence de cette note l'unique indice d'entente subsistant consiste dans la stabilité, d'ailleurs relative, de l'attribution des lots entre 1986 et 1991, stabilité qui ressort de la répartition des lots entre les entreprises mises en cause et de la sous-traitance ; que, de cette situation, les entreprises fournissent, cependant, des explications tirées des conditions de passation des marchés, qui incitaient aux regroupements, et des avantages propres, pour chaque lot, à certaines entreprises, a priori plausibles, ne pourraient être mises en doute que sur la base d'autres indices inexistant en l'espèce ; que les représentants de la Courly ont déclaré lors de la séance que les lots avaient été attribués aux entreprises qui avaient présenté les meilleures offres ; qu'ainsi, la preuve de l'existence d'une entente entre les soumissionnaires à l'appel d'offres de 1991 n'est pas établie ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les indices recueillis ne suffisent pas à établir l'existence de pratiques anticoncurrentielles,

Décide :

Article unique

Il n'est pas établi que les entreprises ayant soumissionné à l'appel d'offres lancé en octobre 1991 par la Courly aient participé à une entente prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Guedj, par Mme Pasturel, vice-présidente, présidant la

séance, Mmes Boutard-Labarde, Mader-Saussaye, Perrot, MM. Nasse, Piot et Ripotot, membres.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La vice-présidente,
présidant la séance,
Micheline Pasturel
Annexe 73

Décision n° 99-D-66 du Conseil de la concurrence en date du 3 novembre 1999 relative à la saisine de M. Naudet, propriétaire de la société Boutique Sign, et de M. Dechaintre, responsable de la société J. C. Systèmes

NOR : ECOC0000010S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 8 avril 1998 sous le numéro F 1038, par laquelle M. Naudet, propriétaire de la société Boutique Sign, et M. Dechaintre, responsable de la société J. C. Systèmes, ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles reprochées à la société Infotel Martinique ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 modifiée relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit ;

Vu la loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 modifiée portant statut du territoire de la Polynésie française ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, M. Naudet et M. Dechaintre ayant été régulièrement convoqués ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la qualité pour agir de M. Dechaintre ;

Considérant que M. Naudet, propriétaire de la société Boutique Sign, dont le siège est situé à Papeete, en Polynésie française, qui commercialise des terminaux de paiement électronique de la marque Dassault, reproche à la société Infotel Martinique, laquelle commercialise les mêmes produits sous la marque Sagem, de faire obstacle à son entrée sur le marché des terminaux de paiement électronique en Polynésie française ;

Considérant que la partie saisissante expose que la société Infotel Polynésie, seul serveur off-line permettant de collecter les transactions bancaires des terminaux de paiement électronique effectuées en Polynésie française, est une filiale à 50 % de la société Infotel Martinique, domiciliée à Fort-de-France ; que le serveur d'Infotel Martinique contrôle et dirige le serveur d'Infotel Polynésie ;

Considérant que M. Naudet fait valoir que « *dans la pratique par téléchargement il ne faut que quelques minutes pour que le serveur d'Infotel Martinique "entre" les paramètres correspondants dans le serveur Infotel Polynésie* » ; qu'il en conclut que, l'infraction qu'il dénonce ayant été commise en Martinique, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est applicable ; qu'il fait état d'un rapport d'expertise rendu le 24 février 1995, après une mesure d'expertise ordonnée le 10 mars 1994 par la cour d'appel de Papeete, qui démontre « *que seule Infotel Martinique avait verrouillé le serveur d'Infotel Polynésie et qu'elle était la seule*

à pouvoir le déverrouiller » ; qu'il indique qu'à la suite de l'expertise, la « carte test », qu'il avait obtenue de la société Dassault Automatismes pour vendre des terminaux de paiement électronique a été référencée sur le serveur de la société Infotel Martinique ; qu'ainsi il est parvenu à commercialiser des terminaux de paiement électronique de la marque Dassault en Polynésie française ;

Considérant qu'aux termes de l'article 19 de l'ordonnance susvisée du 1^{er} décembre 1986 : « *Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* » ;

Considérant que le Conseil de la concurrence est compétent pour examiner des pratiques relevant des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dès lors qu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de restreindre la concurrence sur un marché situé dans le champ d'application des dispositions précitées ; qu'il ressort du rapport d'expertise mentionné ci-dessus que la société Infotel Martinique, administrateur des transactions bancaires de la Polynésie française, n'a pas référencé en 1990 dans ses fichiers d'autorisation la « carte test » que M. Naudet avait obtenue de la société Dassault Automatismes pour vendre des terminaux de paiement électronique sur ce territoire d'outre-mer ; que, si les pratiques dénoncées ont débuté à Fort-de-France, en Martinique, où s'applique l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il est constant que les difficultés de M. Naudet pour commercialiser des terminaux de paiement électronique de la marque Dassault, produits concurrents de la marque Sagem, ont eu un effet sur le territoire de la Polynésie française où est installée la société Boutique Sign ; que, contrairement à ce que soutient M. Naudet, le lieu où ont débuté les pratiques dénoncées ne constitue pas le critère déterminant du champ d'application territorial du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, mais que, en vertu du principe énoncé ci-dessus, ce critère est le marché géographique susceptible d'être affecté par les pratiques anticoncurrentielles en cause ; qu'en l'espèce le marché concerné est celui de la vente des terminaux de paiement électronique en Polynésie française où les pratiques dénoncées ont pu avoir pour objet et pour effet de restreindre la concurrence ;

Considérant, d'une part, qu'aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit que l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 est applicable dans le territoire de la Polynésie française ; que, d'autre part, dans son article 101, la loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit se déclare applicable dans les territoires d'outre-mer et qu'aux termes de l'article 89 de cette loi, dans sa rédaction issue du III de l'article 60 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les articles 7 à 10 de cette ordonnance « *s'appliquent aux établissements de crédit pour ce qui concerne leurs opérations de banque...* » ; qu'ainsi, à supposer même que les pratiques invoquées par M. Naudet portent sur des opérations de banque au sens de l'article 1^{er} de la loi du 24 janvier 1984, les dispositions précitées de l'article 89 de cette loi n'ont pas été elles-mêmes étendues aux territoires d'outre-mer par une disposition expresse ; que, par suite, le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour examiner les pratiques reprochées par M. Naudet, propriétaire de la Boutique Sign, à la société Infotel Martinique ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne sont pas applicables aux pratiques dénoncées ; qu'en conséquence il y a lieu, en application de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de déclarer la saisine irrecevable,

Décide :

Article unique

La saisine enregistrée sous le numéro F 1038 est déclarée irrecevable.
Délibéré, sur le rapport oral de Mme Leymonerie, par Mme Hagelsteen, présidente,
Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Jenny, vice-président.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 74

**Décision n° 99-D-67 du Conseil de la concurrence en date du 3 novembre 1999
relative à la saisine présentée par les sociétés SA Concurrence et SA Semavem
NOR : ECOC0000011S**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 2 février 1999 sous le numéro F 1120 par laquelle les sociétés SA Concurrence et SA Semavem ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Philips qu'elles estiment anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et le représentant des sociétés SA Concurrence et SA Semavem entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que l'article 19 de l'ordonnance précitée prévoit que le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ;

Considérant que, le 2 février 1999, les sociétés SA Concurrence et SA Semavem ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la société Philips concernant l'application des conditions de vente proposées aux sociétés Camif et Darty qui seraient contraires aux dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'elles reprochent notamment à la société Philips d'avoir passé avec la société Darty, d'une part, des accords de coopération de 1992 à 1995 qui « comportent une valorisation globale des services de 7 % sans la moindre justification de la réalité des contreparties et de la valorisation de ces contreparties à hauteur de 7 % », d'autre part, des conventions d'assortiment et d'objectifs par lesquelles « le revendeur s'engage sur une prévision globale de chiffre d'affaires HT pour l'image et pour le son et à référencer certains produits définis dans une liste », la société Philips s'engageant à octroyer une remise spéciale et à maintenir ses prix stables pendant un an ; qu'elles reprochent également à la société Philips d'avoir accordé, en 1996, à la société Camif des prix différents des prix de base assortis de remise de 6 à 3 % et des escomptes non justifiés ainsi qu'une garantie sur les prix ;

Considérant, en premier lieu, que les parties saisissantes n'apportent aucun élément probant à l'appui de leur allégation selon laquelle les conditions octroyées à Darty et à la Camif étaient « non justifiées par des contreparties réelles » ou étaient accordées de façon discriminatoire ; que l'allégation des parties saisissantes selon laquelle les avantages conférés par Philips à Darty et à la Camif permettraient de présumer « des agissements identiques envers d'autres distributeurs » est de nature, au contraire, à suggérer que la société Philips ne pratiquait pas de discrimination en faveur de ces deux distributeurs ; qu'enfin les parties saisissantes n'apportent pas d'éléments probants suggérant que de telles conditions leur auraient été refusées de façon discriminatoire ;

Considérant, en deuxième lieu, que la circonstance, à la supposer établie, que Darty et la

Camif auraient été, de façon injustifiée, les seuls distributeurs bénéficiaires des conditions figurant dans les documents joints par les parties saisissantes à l'appui de leur saisine, est insuffisante pour établir une présomption de pratique discriminatoire dès lors que, comme l'a admis la Cour de cassation dans un arrêt du 4 mai 1999, le fait « qu'il soit arrivé occasionnellement qu'un concurrent ait obtenu une remise à laquelle il n'aurait pu prétendre (n'implique) pas pour autant discrimination du fait des clauses elles-mêmes ou de leur application intentionnelle, ni potestativité des remises ni absence de critères objectifs » ;

Considérant, en troisième lieu, qu'à supposer que les conditions octroyées par Philips à la Camif aient été discriminatoires, la saisine n'apporte aucun élément suggérant que ces distributeurs auraient passé avec leur fournisseur des conventions révélant un accord de volonté « auquel les parties (...) avaient librement consenti en vue de limiter l'accès au marché ou la libre concurrence » (Cour de cassation, chambre commerciale, 7/04/1998) ; qu'en particulier elles ne fournissent aucun élément permettant de penser que Darty et la Camif auraient demandé ou obtenu que les avantages dont ils bénéficiaient ne soient pas octroyés à d'autres distributeurs ni que Philips aurait accédé à une telle requête ;

Considérant, en quatrième lieu, que les parties saisissantes n'apportent aucun élément de nature à établir que les pratiques dénoncées ont eu ou pouvaient avoir pour effet de limiter la concurrence sur un marché ; qu'à cet égard, doit être relevé le caractère artificiel de leur dénonciation de pratiques sur le marché « des produits bruns (de la seule marque) Philips » dans la présente saisine alors qu'elles ont dénoncé, par ailleurs, dans le cadre d'autres procédures, une entente globale sur le marché des « produits audiovisuels » ; qu'à supposer que les produits bruns Philips constituent un marché distinct du marché des produits bruns de chacune des autres marques, une entente généralisée entre fournisseurs opérant sur des marchés différents ne serait pas de nature à être visée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance ; qu'à l'inverse, si les produits bruns Philips sont substituables aux produits bruns d'autres marques, la saisine n'apporte aucun élément pouvant établir que les conditions discriminatoires consenties par la société Philips à Darty et à la Camif, à les supposer établies, auraient pu avoir pour effet de limiter la concurrence sur le marché regroupant l'ensemble des fournisseurs et l'ensemble des distributeurs de produits bruns ;

Considérant, en dernier lieu, que dès lors que, comme indiqué dans la saisine, « la société Semavem a été mise en sommeil depuis 1993, n'a plus d'activité et a réalisé un chiffre d'affaires nul pour les trois derniers exercices », il ne saurait être soutenu par cette société que les pratiques de Philips postérieures à la cessation d'activité de la Semavem auraient pu lui porter préjudice ; qu'enfin, le fait que la société Concurrence a vu son chiffre d'affaires passer de 32,7 millions de francs en 1997 à 39 millions de francs en 1998 ne permet pas de présumer que cette société aurait été mise hors marché par les pratiques alléguées de la société Philips ;

Considérant qu'il ressort de ce qui précède que les parties saisissantes n'apportent aucun élément de nature à établir que les faits qu'elles dénoncent sont susceptibles de se rattacher à des pratiques visées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'il y a lieu, dès lors, de faire application de l'article 19 de ladite ordonnance,

Décide :

Article unique

La saisine enregistrée sous le numéro F 1120 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport de Mme Servella-Huertas, par Mme Hageslteen, présidente, Mme Pasturel et M. Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,

Marie-Dominique Hageslteen
Annexe 75

**Décision n° 99-D-68 du Conseil de la concurrence en date du 9 novembre 1999 relative
à des pratiques mises en œuvre par la Fédération française des sociétés d'assurances
(FFSA)**

NOR : *ECOC0000012V*

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 8 septembre 1992 sous le numéro F 534, par laquelle la société Vidal a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) relatives au salon Assure-Expo ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu le décret n° 69-948 du 10 octobre 1969 modifié relatif aux manifestations commerciales et l'arrêté ministériel du 7 avril 1970 modifié pris pour son application ;

Vu la décision n° 92-MC-10 du 6 octobre 1992 du Conseil de la concurrence ;

Vu l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 26 novembre 1992 ;

Vu la décision n° 95-D-07 du 17 janvier 1995 du Conseil de la concurrence ;

Vu les observations présentées par la société Vidal, par la FFSA et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, la société Vidal et la FFSA entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Le secteur

Le marché de l'assurance se répartit entre les assurances de dommages, d'une part, et les assurances vie et capitalisation, d'autre part.

En 1991, les compagnies commercialisant les produits en France étaient soumises aux règles du code des assurances et devaient à ce titre, pour la très grande majorité de leurs opérations, être juridiquement constituées sous forme de sociétés anonymes, de mutuelles d'assurances ou de succursales de sociétés étrangères.

A la date des faits dénoncés par la société saisissante, 593 entreprises d'assurance directe réalisaient un chiffre d'affaires global de 449 milliards de francs pour les contrats commercialisés en France : 235 milliards de francs en assurance vie et capitalisation et 214 milliards de francs en assurances dommages. Les filiales et succursales de sociétés étrangères, notamment italiennes et allemandes, contribuaient pour environ 10 % à cette activité.

La distribution des produits d'assurance de dommages est principalement réalisée selon trois modes : soit par des agents généraux d'assurance (46 % des primes), soit par les bureaux des compagnies elles-mêmes (36 %) - les compagnies qui disposent de tels réseaux sont dites « sans intermédiaire » -, soit par des réseaux non liés comprenant principalement des courtiers (18 %). L'agent général est le mandataire de la ou des compagnies qu'il représente. Au contraire, le courtier est le mandataire de l'assuré. Les courtiers sont inscrits au registre du commerce. Ils placent les risques que leurs clients cherchent à couvrir auprès des compagnies habilitées à pratiquer les opérations d'assurance concernées.

Pour ce qui concerne les assurances vie et capitalisation, les contrats étaient, en 1991, pour 41 % du chiffre d'affaires, commercialisées par les guichets des établissements financiers et les réseaux publics de La Poste et du Trésor. En second lieu, 25 % des primes étaient collectées par des intermédiaires spécifiques à l'assurance vie dits « réseaux salariés ». Par ailleurs, 17 % de l'activité provenait des réseaux d'agents généraux et 11 % des courtiers.

Au total, la profession de l'assurance employait environ 200 000 personnes en 1991 : environ 120 000 directement dans les compagnies et 80 000 dans les réseaux d'intermédiaires ou d'experts, dont approximativement 16 000 dans les réseaux de courtage.

Par ailleurs, d'autres opérateurs intervenaient dans des activités proches de celles de l'assurance mais ne relevant pas pour autant du code des assurances. En particulier, les garanties au bénéfice des personnes, venant en complément de celles fournies par les régimes obligatoires des organismes de base de la sécurité sociale - frais de santé, incapacité invalidité au sens de l'assurance de dommages, prévoyance décès au sens de l'assurance vie -, se partageaient entre les entreprises d'assurances, les institutions de prévoyance régies par le code de la Sécurité sociale et les mutuelles régies par le code de la Mutualité, ces deux dernières formes étant, à elles deux, environ trois fois plus importantes en volume de prestations versées que les seules entreprises d'assurances. De même, par l'assurance des risques professionnels ou industriels, des opérateurs financiers proposaient des produits structurés par le biais d'instruments financiers ou de réassurance, dont les objectifs en termes de garantie à fournir aux assurés se rapprochaient de ceux de l'assurance de dommages. Ces possibilités de couverture par des mécanismes économiquement proches de l'assurance étaient offertes par les réseaux de courtage à leurs clients professionnels.

Le salon de l'assurance dénommé « *Assure-Expo* », organisé par la société Vidal, était une manifestation annuelle ouverte tant aux professionnels de l'assurance qu'à leurs clients et au grand public. Le premier salon Assure-Expo a eu lieu en 1985, après consultation, par la société organisatrice, de la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) qui avait donné un accord de principe. La société Vidal y louait des emplacements aux professionnels de l'assurance ou liés à l'assurance (compagnies d'assurance, établissements d'épargne-retraite et de prévoyance, sociétés informatiques, etc.) désireux d'y présenter leurs produits. S'y déroulaient également des conférences et des débats sur les grands thèmes de l'assurance, la FFSA assurant traditionnellement les conférences du premier jour.

Le salon Assure-Expo 1991 regroupait 225 exposants, dont 80 sociétés d'assurance parmi lesquelles 26 sociétés non adhérentes à la FFSA. Il a accueilli 27 201 visiteurs, dont 63,3 % de professionnels, parmi lesquels 43,3 % de courtiers et d'agents.

La FFSA est un syndicat professionnel constitué d'entreprises ou organismes d'assurance ou de réassurance établis en France. Il a pour objet « *d'œuvrer en faveur de l'amélioration et du développement des services rendus au public par les sociétés d'assurance au marché français, d'étudier et de défendre les intérêts généraux de la profession et de coordonner, à cet effet, l'action des sociétés adhérentes* ». En 1991, la Fédération regroupait 332 entreprises représentant 81 % du chiffre d'affaires du secteur.

B. - Les pratiques relevées

En 1990, la FFSA a effectué une enquête auprès de 27 sociétés d'assurance afin de recueillir leur opinion sur Assure-Expo. Parmi ces sociétés, 11 % ont déclaré n'avoir jamais participé au salon depuis 1986. Les autres ont justifié leur présence par « *la volonté de rencontrer d'autres professionnels* » pour 79 %, « *l'organisation d'actions de communication* » pour 79 % également, actions visant principalement les courtiers (89 %), les agents (63 %) et les salariés (53 %). Les conclusions de cette enquête précisaient que « *ce n'est que dans ce cadre interprofessionnel que les sociétés atteignent leur objectif* ». Des opinions émises par ces sociétés, il ressortait qu'Assure-Expo était « *davantage considéré*

comme un salon professionnel plutôt qu'un salon grand public », mais que son « aura médiatique » contribuait à « l'image de l'assurance auprès du grand public ». Les principales critiques exprimées portaient, d'une part, sur le fait que « les tentatives d'actions tournées vers le grand public » n'amenèrent que « très peu de retombées » et, d'autre part, sur le niveau élevé des investissements consacrés à la participation au salon.

Au vu de ces éléments, la FFSA s'est interrogée sur la participation de la profession au salon Assure-Expo et des divergences sont apparues entre certaines instances de la Fédération. Ainsi, le comité communication, réagissant contre le « scepticisme » exprimé par le comité de stratégie à l'égard de cette manifestation, a demandé « une étude poussée sur les objectifs recherchés par chacun et ses investissements ». La FFSA, en accord avec la société Vidal, a donc demandé à une entreprise spécialisée, le cabinet Intelligences, de réaliser une nouvelle enquête au cours du salon de février 1991.

La plupart des entreprises interrogées au cours de cette seconde enquête ont précisé que, si elles étaient présentes à Assure-Expo, c'était « d'abord pour l'image », les compagnies moyennes ayant pour objectif « de se faire connaître et de se faire reconnaître », les compagnies importantes, « de propager la nouvelle image institutionnelle ou de mettre en avant l'image de marque ». En regard de ces objectifs, la majorité de ces entreprises se disaient satisfaites d'Assure-Expo. Selon elles, cette manifestation avait, au fil des années, gagné en renommée et en crédibilité, sa formule était bien rodée et sa fréquentation était dans l'ensemble satisfaisante.

Les auteurs de l'enquête relevaient néanmoins que : « La fidélité à Assure-Expo n'en apparaît pas moins, pour certains, un peu contrainte »... « Pour beaucoup, il serait difficile de ne pas être là, ne serait-ce que par rapport à la concurrence ou encore par rapport aux "clientèles internes" qui "ne comprendraient pas que nous ne soyons pas là" »... « Passage obligatoire, Assure-Expo tient aussi lieu de passage obligé »... « Il est rare que dans les sociétés, le débat sur la participation à Assure-Expo ne soit pas ouvert, ne serait-ce que pour des questions budgétaires... ». De même ils relevaient qu'aux yeux des exposants : « La professionnalisation du salon et sa routinisation ne sont pas sans comporter des dérives liées à la concurrence »... « On note ainsi, çà et là, que certains concurrents viennent récupérer de la documentation ou regarder comment on communique, et que les démarches ne sont pas toujours transparentes... ». Certaines compagnies ayant fait état de tentatives de débauchage de leurs agents généraux, les auteurs de l'enquête soulignaient que « La plupart des sociétés reconnaissent que le phénomène existe même s'il est jugé dans son ensemble "minoritaire" ou "relativement marginal..." ».

Au vu des résultats de cette enquête, le bureau de la FFSA, réuni le 5 mars 1991, a estimé que « la suppression du salon n'est pas souhaitée et n'est pas donnée pour souhaitable », mais qu'il convenait de « réorienter cette manifestation vers une plus grande ouverture sur le grand public, et surtout faire une manifestation de recherche et de communication de type "Entretiens de Bichat" de l'assurance. Les stands devraient être réduits au minimum, voire supprimés ». Le bureau relevait, entre autres critiques, que ce salon avait l'inconvénient de présenter « le risque de concurrence ou de débauchage (quoique) considéré comme minoritaire et marginal ».

Au cours de cette réunion du 5 mars 1991, trois options ont été envisagées :

« - considérer qu'Assure-Expo, malgré ses inconvénients et ses défauts, constitue néanmoins une vitrine utile pour la profession de l'Assurance sur le plan médiatique ainsi qu'un moyen de motivation du personnel des compagnies, qui peut ainsi prendre meilleure conscience de l'importance de son métier.

« Cela reviendrait à maintenir la participation des sociétés au salon :

« - considérer que l'investissement fait par chaque compagnie et par la FFSA est insuffisamment rentabilisé en termes de communication et d'image globale, et que les

inconvenients signalés en matière de concurrence sont malgré tout déterminants.

« Les sociétés pourraient choisir de se retirer d'Assure-Expo, le retrait des principales ou un retrait massif mettant en difficulté ou même en péril l'existence de cette manifestation ;

« - proposer un partenariat aux organisateurs et redéfinir la formule en privilégiant la dimension "intellectuelle" pour la transformer en une sorte "d'Entretiens de Bichat" de l'Assurance, l'aspect commercial du salon devenant marginal ou disparaissant. »

Le 8 mars 1991, le président de la FFSA a adressé à tous les membres de son organisation le courrier suivant :

« Monsieur le directeur général,

« Assure-Expo ayant maintenant sept années d'existence, le bureau du 5 mars a procédé à une réflexion sur l'évolution de cette manifestation.

« Sans nier la qualité de l'organisation de ce salon, auquel participent activement les sociétés, le bureau s'est interrogé sur sa finalité et son utilité pour les entreprises ; ses retombées médiatiques et commerciales semblent faibles au regard de l'investissement réalisé. Ce salon réunit surtout des représentants de la profession. La présence d'un public extérieur et, en particulier, de la clientèle des ménages et des entreprises ne s'est pas réellement développée.

« De nouvelles orientations pourraient peut-être permettre à ce rendez-vous annuel d'accueillir davantage de visiteurs, et des conférences et débats plus nombreux et davantage "grand public" pourraient en constituer la nouvelle ligne.

« Dans ces conditions, le bureau vous suggère de différer la confirmation de votre participation à Assure-Expo 1992 jusqu'à ce qu'un échange de vues ait pu intervenir avec les organisateurs. »

Par lettre du 28 mars suivant, les dirigeants de la société Vidal, qui avaient eu connaissance de cette lettre, ont fait part au président de la FFSA de leur préoccupation de ce *« qu'avant même toute discussion sur les idées que (le) bureau souhaiterait échanger avec (eux), celui-ci demande à ses adhérents de suspendre leur participation au salon 1992 »* et lui ont rappelé qu'un rendez-vous avait été *« fixé de longue date avec vous-même le jeudi 4 avril prochain »*.

Ainsi que l'a relevé le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 95-D-07 du 17 janvier 1995, le bureau de la FFSA a, le 9 avril 1991, pris note de l'accord des dirigeants de la société Vidal *« pour étudier un appel beaucoup plus large au public non assurance et pour augmenter la partie "colloque" et pour souhaiter que les stands soient supprimés le plus rapidement possible et même dès 1992 »*.

Le 10 avril 1991, la Fédération, confiant à son comité de communication le soin d'examiner les résultats des enquêtes auprès des principaux exposants et d'un échantillon de visiteurs du salon de 1991, décidait de mettre en place un groupe de travail afin d'élaborer un projet à soumettre au bureau.

Avant la première réunion de ce groupe de travail qui, comme l'a relevé le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 95-D-07 précitée, s'est tenue le 24 avril 1991, la FFSA a soumis à la société Vidal un projet de lettre destinée à ses adhérents.

La société Vidal ayant donné son accord sur ce projet, la Fédération a adressé, le 18 avril 1991, à ses adhérents le courrier reproduit ci-après :

« Dans un courrier du 8 mars, je vous avais fait part des appréciations sur Assure-Expo exprimées par le bureau de la Fédération.

« Le bureau a notamment souhaité qu'une manifestation de place réunissant la profession soit ouverte le plus largement possible au public extérieur et qu'elle soit essentiellement consacrée à la réflexion et à l'information.

« Comme prévu, j'ai rencontré les organisateurs d'Assure-Expo, pour leur faire part des réflexions du bureau de la Fédération.

« Ils ont souligné leur souhait de conserver le caractère de rencontres de courtage de cette manifestation tout en l'ouvrant davantage aux entreprises industrielles et commerciales.

« Dans ces conditions et compte tenu de ces éléments d'information, il vous appartient de décider maintenant de la participation de votre société à Assure-Expo 1992 et des modalités de votre présence. »

En juin 1991, le président de la FFSA a informé téléphoniquement les organisateurs du salon que sa Fédération « n'organiserait pas en 1992 de conférences lors de la première journée du salon comme elle le faisait habituellement ».

En février 1992, le nombre d'exposants à Assure-Expo 1992 n'a atteint que 180 participants contre 225 l'année précédente. Cette baisse était due pour l'essentiel à la désaffection de compagnies membres de la FFSA qui, soit ne se sont pas inscrites, soit se sont désistées postérieurement à leur inscription. Ainsi, seules onze compagnies adhérentes à cette organisation ont exposé au salon de 1992, contre 54 lors de l'édition précédente. Le 8 septembre 1992, la société Vidal a alors saisi le Conseil de la concurrence et a formulé une demande de mesures conservatoires.

C. - Les décisions rendues par le Conseil de la concurrence

Dans une décision n° 92-MC-10 du 6 octobre 1992, le Conseil de la concurrence a décidé de procéder à une instruction au fond de l'affaire et a enjoint à la FFSA, à titre de mesures conservatoires, d'adresser à ses membres, dans le délai de huit jours, une lettre recommandée avec avis de réception : a) annulant expressément les termes de la lettre du 8 mars 1991 ; b) comportant en annexe une copie de la décision.

Le Conseil a fondé sa décision sur le fait qu'il ne pouvait être exclu que la démarche de la FFSA ait eu pour objet ou pu avoir pour effet de limiter une certaine forme de mise en concurrence des compagnies d'assurance, sur la considération que la lettre du 18 avril 1991 n'avait pas expressément rapporté les termes de celle du 8 mars précédent, et sur le fait que les pratiques attribuées à la FFSA, qui regroupe les compagnies d'assurances les plus importantes, exposaient la société Vidal à un danger grave et immédiat.

Par un arrêt du 26 novembre 1992, la cour d'appel de Paris a confirmé la mesure conservatoire décidée par le Conseil aux motifs que :

« Par la première de ces lettres, la requérante suggère aux compagnies adhérentes de différer leur participation au salon de 1992 jusqu'au résultat d'une négociation avec les organisateurs dont la seconde annonce l'échec »... « Quelles que soient les intentions de la Fédération et nonobstant le caractère formel de la liberté de décision des compagnies, le contenu de ces deux lettres successives était de nature à provoquer de leur part un comportement collectif d'abstention. »

« Une telle réaction de groupe s'est effectivement produite puisqu'après avoir augmenté entre 1985 et 1991, le nombre d'inscriptions des compagnies s'est brusquement réduit de quatre-vingt à trente-quatre entre les années 1991 et 1992. »

« Les conclusions nuancées, à maints égards favorables au maintien d'Assure-Expo, de l'enquête réalisée auprès des exposants à laquelle a fait procéder la FFSA lors du salon de 1991 ne peuvent expliquer la désaffection générale et subite des compagnies d'assurances par la convergence de décisions individuelles et spontanées qui seraient dues à l'inadaptation de cette manifestation »... « Même si certains responsables de ces sociétés assurent désormais que leur retrait a procédé d'une appréciation personnelle de son défaut d'intérêt, au mois de février 1991, elles estimaient ensemble leur présence indispensable à cette rencontre annuelle de l'assurance devenue "une institution incontournable". »

« Dans les conditions où il est intervenu, le retrait concomitant des compagnies d'assurances du salon Assure-Expo, massif en 1992, général en 1993, présente l'apparence d'une décision concertée au sein de la Fédération dont les lettres susvisées ont constitué la

mise en œuvre et qui, à la supposer démontrée, entrerait manifestement dans le champ d'application de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. »

Ainsi que l'a relevé la cour d'appel de Paris, le mouvement de désaffection observé en 1992 s'est amplifié en 1993, les entreprises qui avaient continué à exposer au salon en l'absence des grandes compagnies membres de la FFSA ayant été déçues par les résultats de l'édition 1992. Ainsi, seules 98 entreprises ont exposé au salon de 1993, dont seulement onze compagnies d'assurances ou de réassurance. Compte tenu, d'une part, de l'échec commercial de cette dernière édition et, d'autre part, des pertes enregistrées (plus d'un million de francs pour un chiffre d'affaires ne dépassant pas 5 millions de francs), la société Vidal s'est vue contrainte de ne plus organiser cette manifestation.

Dans sa décision n° 95-D-07, déjà citée, le Conseil de la concurrence a considéré que rien dans le dossier ne permettait d'attribuer aux sociétés d'assurances destinataires de la notification de griefs, dont les dirigeants ne siégeaient au bureau de la FFSA qu'en leur qualité de représentants des secteurs de l'assurance, un rôle direct et déterminant dans la conception des pratiques de la Fédération ; que, dès lors, ces sociétés devaient être mises hors de cause. Le Conseil a, par ailleurs, décidé de surseoir à statuer sur le reste de la saisine.

D. - Les griefs finalement retenus

Au terme de l'instruction complémentaire, il a été fait grief à la FFSA d'avoir, en invitant ses adhérents à différer leur inscription à Assure-Expo 1992, provoqué un mouvement de désaffection ayant contribué à la disparition de la seule manifestation où les différents professionnels de l'assurance pouvaient présenter concurremment leurs produits et, à ce titre, d'avoir porté atteinte à la concurrence sur le marché de l'assurance.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur les pratiques constatées :

En ce qui concerne la nature desdites pratiques :

Considérant que le président de la FFSA a adressé à ses adhérents, le 8 mars 1991, une lettre leur suggérant de « *différer la confirmation de (leur) participation à Assure-Expo 1992 jusqu'à ce qu'un échange de vues ait pu intervenir avec les organisateurs* » ; que, ce faisant, la Fédération, qui souhaitait « *redéfinir la formule* » du salon Assure-Expo en privilégiant « *la dimension intellectuelle* » au détriment de son « *aspect commercial* », appelait les destinataires de cette lettre à ne pas s'inscrire, au moins provisoirement, à cette manifestation dans l'attente d'une réunion entre la FFSA et la société Vidal, qui devait se tenir, et s'est effectivement tenue, le 4 avril de la même année ; qu'à la suite de cette réunion, par lettre du 18 avril 1991, le président de la FFSA a informé ces mêmes adhérents des discussions intervenues avec les organisateurs du salon et, notamment, de leur souhait de « *conserver le caractère de rencontres de courtage de cette manifestation* » ; que nonobstant la liberté rendue aux adhérents pour « *décider maintenant de la participation de (leur) société à Assure-Expo 1992 et des modalités de cette présence* », l'indication qui précédait n'était pas de nature à inciter les destinataires de cette correspondance à revoir la position qui leur avait été initialement suggérée ;

Considérant qu'en appelant, par la première de ces lettres, ses adhérents à surseoir momentanément à la confirmation de leur participation au salon de 1992, la FFSA a mis en œuvre une pratique concertée de nature à remettre en cause le fonctionnement du salon Assure-Expo ; qu'une telle pratique, dès lors qu'elle émane d'une organisation professionnelle, présente en elle-même un caractère collectif ; qu'elle est donc susceptible d'entrer dans le champ de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

En ce qui concerne l'objet desdites pratiques :

Considérant qu'au cours de sa réunion du 5 mars 1991, le bureau de la FFSA, après avoir « constaté que le coût cumulé des investissements des différentes sociétés exposant à Assure-Expo constituait un investissement excessif par rapport aux retombées dont elles pouvaient bénéficier », a souhaité « réorienter cette manifestation vers une plus grande ouverture sur le grand public et surtout faire une manifestation de recherche et de communication de type "Entretiens de Bichat" de l'assurance », ajoutant que « les stands devraient être réduits au minimum, voire supprimés » ; que le président de la Fédération a déclaré, lors de son audition le 4 août 1992 : « J'ai en outre à la même époque sur une idée personnelle et fort de treize ans d'expérience acquise dans l'organisation des entretiens de la finance dont je suis membre fondateur, mis à l'étude au sein de la Fédération un projet d'entretiens de l'assurance. A mes yeux, ce n'est nullement un contre-projet d'Assure-Expo mais une manifestation distincte à vocation purement intellectuelle... Je me suis personnellement impliqué pour que l'idée d'organiser des entretiens de l'assurance devienne un projet concret comme le démontre mon courrier du 22 juillet 1992, plus d'un an plus tard, qui annonce aux membres de la Fédération que les entretiens de l'assurance auront lieu les 14 et 15 décembre 1992... » ; qu'il ressort, ainsi, de ce qui précède qu'à l'instigation du président de la FFSA qui, à titre personnel, avait mis à l'étude un projet d'« entretiens de l'assurance », la Fédération a, tout d'abord, envisagé de transformer le salon existant puis, devant le refus de la société organisatrice, s'est résolue à créer sa propre manifestation ; qu'elle s'est fondée, dans cette démarche, sur les critiques exprimées par des exposants interrogés au cours du salon de février 1991 et qui tenaient principalement au coût excessif de l'investissement par rapport aux retombées et à l'installation d'une certaine routine, « l'ouverture à une forme de concurrence déplacée pouvant aller jusqu'au débauchage » n'étant évoquée que comme un phénomène « minoritaire et marginal » ; que, dès lors, aucun élément du dossier ne permet de conclure qu'au-delà du désir, licite, de voir le salon Assure-Expo évoluer en une manifestation de nature différente, d'ailleurs plus ouverte sur le grand public, et d'éviter, sans doute, que, dans les négociations qui allaient s'engager le 4 avril avec la société Vidal, la FFSA ne se trouve en situation de subir les décisions de son interlocutrice au cas où celle-ci aurait déjà pu recueillir un nombre suffisant d'inscriptions pour 1992, l'appel diffusé le 8 mars 1991 par la FFSA pour suggérer aux compagnies de différer, pour un temps limité, la confirmation de leur participation au salon de 1992, ait eu pour but de restreindre le jeu de la concurrence entre les sociétés d'assurances ; qu'en conséquence il n'est pas établi que les pratiques constatées aient eu un objet anticoncurrentiel ;

En ce qui concerne les effets sur la concurrence :

Considérant qu'ainsi que l'a souligné la FFSA dans ses observations à la première notification de griefs, « la consommation d'un salon professionnel (quasi bien collectif) revêt la forme de consommation "en grappe" où les décisions des participants sont totalement interdépendantes » ; qu'en l'espèce l'absence des grandes compagnies membres de la FFSA à Assure-Expo 1992 a incité les entreprises qui avaient participé à ce salon à ne pas s'inscrire pour l'édition suivante, ce qui a conduit la société organisatrice, après le salon de 1993, à mettre un terme à cette manifestation ; qu'il en résulte que les pratiques de la FFSA, en provoquant un mouvement de désaffectation que le phénomène d'entraînement collectif précité n'a pu qu'amplifier, ont contribué à la disparition du salon Assure-Expo, privant ainsi les sociétés d'assurances de la possibilité d'y présenter leurs produits auprès des intermédiaires de l'assurance, principaux visiteurs de ce salon ;

Mais considérant que le salon Assure-Expo n'a accueilli que très marginalement les clients finaux des produits d'assurance et qu'il ne s'y concluait pratiquement pas de contrats ; que, s'il était fréquenté par un grand nombre d'intermédiaires de l'assurance, en particulier par les courtiers qui collectaient, en 1991, environ 14 % des primes d'assurance (11 % en vie

capitalisation et 18 % en assurance dommages) et qui ont déclaré, dans leur ensemble, qu'ils appréciaient le fait de pouvoir nouer à Assure-Expo des relations commerciales avec des fournisseurs nouveaux pour placer des risques techniques ou spéciaux, la disparition de cette commodité annuelle, pour une profession dont l'activité implique la recherche permanente des compagnies susceptibles d'offrir à sa clientèle les meilleurs contrats au meilleur prix ne permet pas, à elle seule, de conclure que le jeu de la concurrence sur le marché de l'assurance en général, mutuelles comprises, s'en soit trouvé restreint de manière significative ; que s'agissant, cette fois, des consommateurs, ceux-ci disposaient, en dehors des courtiers, d'une multiplicité de canaux pour découvrir et comparer les produits d'assurance, à savoir les agents salariés des compagnies, le marketing direct, les guichets des banques, les comptables du Trésor et la Poste, auxquels le commerce électronique est venu s'ajouter par la suite ; qu'il n'est donc pas non plus établi que la disparition du salon Assure-Expo ait réduit l'éventail du choix des consommateurs, ni ait pu avoir un effet sur le prix des produits ; qu'ainsi, en raison de leur absence d'effet sensible sur la concurrence, les pratiques relevées ne peuvent tomber sous le coup des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de faire application de l'article 20 de la même ordonnance,

Décide :

Article unique

Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure à l'encontre de la Fédération française des sociétés d'assurances.

Délibéré, sur le rapport de M. Jallet, par Mme Pasturel, vice-présidente, présidant la séance, Mmes Boutard-Labarde et Mader-Saussaye, M. Nasse, Mme Perrot, MM. Piot et Ripotot, membres.

La secrétaire de la séance,

Sylvie Grando

La vice-présidente,

présidant la séance,

Micheline Pasturel

Annexe 76

Décision n° 99-D-69 du Conseil de la concurrence en date du 23 novembre 1999 relative à une saisine présentée par la société Kaolinière Armoricaïne

NOR : ECOC0000040S

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 26 avril 1999 sous le numéro F 1138, par laquelle la société Kaolinière Armoricaïne a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Denain Anzin Minéraux qu'elle estime anticoncurrentielles ;

Vu le traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne, et notamment les articles 81 et 82 (ex-art. 85 et 86) ;

Vu le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 modifié relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la lettre du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie en date du 18 mai 1999 adressée au conseil de la société Denain Anzin Minéraux ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et le représentant de la société Kaolinière Armoricaïne entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que la société Kaolinière Armoricaïne (ci-après SOKA), qui a pour activité l'extraction de kaolin destiné à la fabrication de produits en céramique, a saisi le Conseil de la concurrence de l'acquisition, en décembre 1998, par la société Denain Anzin Minéraux (ci-après DAM), des sociétés Kaolin d'Armor et Kaolin de Beauvoir, filiale du groupe Lasource SA ;

Considérant que la société SOKA expose qu'à la suite de cette acquisition la société DAM se trouve en situation de position dominante sur le marché français de la production de kaolin pour céramique et que cette opération présente un risque d'affectation de la concurrence sur une partie substantielle du marché européen ;

Considérant que la société SOKA soutient, d'une part, que la vente à l'origine de la concentration constitue une entente à effet anticoncurrentiel prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et l'article 81 du traité CE (ex-art. 85) et, d'autre part, que l'opération, en tant que telle, traduit un abus de position dominante prohibé par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et l'article 82 du traité CE (ex-art. 86) ; que la société SOKA n'allègue, par ailleurs, l'existence d'aucune autre pratique qui serait distincte de l'opération d'acquisition elle-même ;

Considérant qu'aux termes de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée : « *le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* » ;

Sur l'application des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

Considérant que, sur le fondement des dispositions de l'article 40 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la société DAM a notifié, le 19 mars 1999, l'acquisition des sociétés Kaolin d'Armor et Kaolin de Beauvoir au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie ;

Considérant que, par lettre en date du 18 mai 1999, publiée au *Bulletin officiel* de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes en date du 27 juillet 1999, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a constaté que cette acquisition constituait une concentration et a informé l'entreprise notifiante qu'il avait décidé de ne pas saisir le Conseil et de ne pas soumettre l'opération à des conditions particulières ;

Considérant qu'il résulte d'un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 28 juin 1994 que « *les procédures prévues par le titre III relatif au contrôle des ententes et par le titre V relatif au contrôle des concentrations sont différentes et inconciliables entre elles... qu'il résulte de la combinaison des textes du titre III et de ceux du titre V que les opérations répondant à la définition de la concentration de l'article 39 du titre V sont exclues du champ de compétence du Conseil statuant au contentieux* » ; que la Cour de cassation (chambre commerciale, financière et économique) a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt en précisant : « *les parties litigieuses n'ayant pas fait état de pratiques illicites issues de ces accords pouvant faire l'objet, le cas échéant, d'une saisine distincte du Conseil de la concurrence sur le fondement des articles 7 et 8 de l'ordonnance, c'est à bon droit que la cour d'appel... a déclaré irrecevables devant le Conseil de la concurrence les saisines visant ces opérations de concentration économique* » (arrêt n° 1881 P du 26 novembre 1996) ;

Considérant que les pratiques faisant l'objet de la présente saisine ont été qualifiées de concentration économique par la lettre du ministre autorisant l'opération ; que, dès lors, le Conseil n'est pas compétent pour examiner cette saisine au regard des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur l'application des articles 81 et 82 du traité CE (ex-art. 85 et 86) :

Considérant que le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989, modifié par le règlement (CE) n° 1310/97 du Conseil du 30 juin 1997 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, est fondé, notamment, sur les dispositions de l'article 83 du traité CE (ex-art. 87) qui permettent au Conseil de la Communauté européenne d'adopter tous règlements ou directives utiles en vue de l'application des principes figurant aux articles 81 et 82 ; que ce règlement constitue un texte d'application des articles 81 et 82 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 22-1 du règlement : « *le présent règlement est seul applicable aux concentrations telles que définies à l'article 3, et les règlements (CEE) n° 17/62, (CEE) n° 1017/68, (CEE) n° 4056/86 et (CEE) n° 3975/87 ne sont pas applicables, sauf aux entreprises communes qui n'ont pas de dimension communautaire et qui ont pour objet ou pour effet la coordination du comportement concurrentiel d'entreprises qui restent indépendantes* » ;

Considérant que, selon les dispositions de son article 3, paragraphe 1, *b*, une opération de concentration est réalisée lorsque une ou plusieurs entreprises acquièrent directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de plusieurs autres entreprises ; que l'acquisition par la société DAM de 99 % du capital des sociétés Kaolin d'Armor et Kaolin de Beauvoir entraîne le contrôle direct de l'ensemble de ces deux entreprises et constitue une concentration au sens de ces dispositions ; que les dispositions du règlement (CEE) n° 4064/89 sont en conséquence applicables à l'opération soumise à l'examen du Conseil ;

Considérant que l'article 1^{er} du règlement précité fixe des seuils, exprimés en chiffre d'affaires, permettant de définir les opérations de concentration qui sont de dimension communautaire ; que son article 21-1 affirme la compétence exclusive de la Commission pour apprécier ces concentrations de dimension communautaire ; que les opérations de concentration qui n'atteignent pas les seuils définis à l'article 1^{er}, demeurent soumises aux législations nationales des Etats membres ; que tel est le cas de l'opération contestée par la société SOKA ;

Considérant que, s'agissant des concentrations de dimension communautaire, l'article 9 organise une procédure de renvoi, sur leur demande, aux autorités compétentes des Etats membres, des opérations qui peuvent entraver la concurrence sur leur marché national ; que l'article 21-3 ouvre la possibilité aux Etats membres de prendre les mesures appropriées pour assurer la protection d'intérêts légitimes autres que ceux qui sont pris en considération par le règlement ;

Considérant que, s'agissant des concentrations sans dimension communautaire, les dispositions de l'article 22-3 du règlement prévoient l'extension de la compétence de la Commission pour intervenir, à la demande d'un Etat membre, à l'égard de telles concentrations dans le cas où elles produisent une entrave significative à la concurrence sur le territoire de cet Etat membre et dans la mesure où elles affectent le commerce entre Etats membres ;

Considérant, ainsi, qu'aucune disposition n'attribue aux autorités des Etats membres spécialement chargées d'appliquer leur législation sur la concurrence de compétence pour examiner les opérations de concentration sur le fondement des articles 81 et 82 du traité CE et ce, alors même que ces opérations n'auraient pas de dimension communautaire ;

Considérant, dès lors, que le Conseil n'est pas compétent pour connaître de la présente saisine au regard des articles 81 et 82 du traité CE ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la saisine enregistrée sous le numéro F 1138 n'est pas recevable,

Décide :

Article unique

La saisine enregistrée sous le numéro F 1138 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Grignon Dumoulin, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, Mmes Marie-Chantal Boutard-Labarde, Elisabeth Flury-Herard et MM. Jean-Pierre Bidaud, Jacques Ripotot, Georges Robin, membres.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 77

Décision n° 99-D-70 du Conseil de la concurrence en date du 30 novembre 1999 relative à certaines pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires de skieurs accidentés

NOR : *ECOC0000098S*

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 10 mars 1998 sous le numéro F 1027, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports sanitaires terrestres en montagne ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société Elvia, l'association Orion ticket neige, la société Mondial Assistance France, la Société de prévoyance bancaire (SPB), la société Axa France Assurance, la SARL Ambulances fuxéennes et conjointement par le SNAM, le CNAS, la SARL Ambulances Pech, la SARL Samoëns ambulances, la SARL Savoie ambulances et les entreprises d'ambulances : Ambulances Lacroix, Ambulances 88, Belleville ambulances, Ambulances des neiges, Ambulances Perrolaz, Ambulances des portes du soleil, Alp'ambulance, Ambulances Pissard, Ambulances des Hauts-Forts, Ambulances vallée de Chamonix, Ambulances d'Avoriaz, Ambulances Blanc taxi du Haut-Jura, Trois Vallées ambulances et Vallée Blanche assistance, ainsi que par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants du CNAS, du SNAM, des sociétés Ambulances Pech, Samoëns ambulances, Savoie ambulances, Ambulances Lacroix, Ambulances 88, Belleville ambulances, Ambulances des neiges, Ambulances Perrolaz, Ambulances des portes du soleil, Alp'ambulances, Ambulances Pissard, Ambulances des Hauts-Forts, Ambulances vallée de Chamonix, Ambulances d'Avoriaz (Boccard-Baud), Ambulances Blanc, Trois Vallées ambulances, Vallée Blanche assistance, Mondial Assistance France, Axa France Assurance et SPB entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général adjoint,
Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Le secteur concerné

1. Les transports sanitaires terrestres

Les transports sanitaires terrestres sont régis par diverses dispositions législatives et réglementaires, et notamment par le décret n° 95-1093 du 5 octobre 1995 relatif à l'autorisation de mise en service de véhicules de transport sanitaires terrestres et par l'arrêté du même jour qui permet au préfet de limiter dans chaque département le nombre de véhicules agréés.

Les frais de transports sanitaires terrestres étaient, à l'époque des faits, pris en charge par la caisse de sécurité sociale d'affiliation du malade dans les conditions fixées par le code de la sécurité sociale, livre III, modifié par le décret n° 88-078 du 6 mai 1988, sur la base d'un prix maximum forfaitaire fixé par arrêté ministériel, pris en application de l'article L. 162-38 du code de sécurité sociale.

Les articles L. 322-5-1 et suivants de la loi de financement de la sécurité sociale pour 1997 (loi n° 96-1160 du 27 décembre 1996) ont donné une base légale au système conventionnel de remboursement. Les tarifs de la profession sont désormais fixés par voie d'annexe conventionnelle à l'arrêté interministériel du 1^{er} mars 1997 du ministère du travail et des affaires sociales et du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

2. Le cas particulier des transports sanitaires terrestres en montagne

Les professionnels distinguent deux catégories de transports sanitaires terrestres en montagne : le transport primaire du poste de secours, habituellement situé en bas des pistes de ski, vers le cabinet médical ou l'hôpital le plus proche et le transport secondaire qui désigne le transport du blessé vers un autre établissement de soins ou vers une destination de son choix (résidence de vacances, résidence principale).

Cette activité présente un caractère saisonnier qui implique un certain nombre de contraintes liées à la brièveté de la saison hivernale.

En ce qui concerne la prise en charge des frais engendrés, lorsque le skieur est couvert par un contrat d'assurance ou d'assistance, la compagnie prend en charge au minimum le coût des frais de recherche, de secours et de premier transport (transport primaire). La plupart des compagnies d'assurance ou d'assistance incluent également dans leurs prestations le transport secondaire. Lorsque le skieur n'est pas couvert par un contrat d'assurance ou d'assistance privé, le responsable du service « gestion du risque » à la caisse primaire d'assurance maladie de la Haute-Savoie précise que « d'une manière générale, les caisses primaires d'assurance maladie prennent en charge les transports des blessés en ambulance du pied des pistes au cabinet médical, dans le cadre des dispositions de l'article R. 322-10 et R. 322-10-2 ».

Organisation de la profession des ambulanciers de montagne

Le Syndicat national des ambulanciers de montagne (SNAM) a été créé le 11 février 1986. Son activité, interrompue peu après sa création, a été reprise en 1992. Le président du syndicat a indiqué qu'en 1997 cet organisme regroupait cent trente membres.

Créé en 1986 sous la forme d'une SARL, le « Centre national ambulances et services » (CNAS) a été transformé en une société anonyme en 1990. Cette société, qui emploie une dizaine de personnes en pleine saison, fait office d'interface entre les principales sociétés d'assurance assistance et les ambulanciers chargés du transport des accidentés.

Une convention tripartite est passée entre le CNAS, le SNAM et chacune des entreprises adhérentes au syndicat, valable pour une période de douze mois renouvelable.

Cette convention comporte en annexe une « charte des ambulanciers de montagne » dont l'objet est de définir les conditions que ces derniers s'engagent à respecter lors des transports des skieurs accidentés en montagne.

La rémunération du CNAS pour les transports primaires est de 30 F HT qui représentent

les frais de dossier à la charge des ambulanciers.

En contrepartie des prestations qu'il fournit aux ambulanciers, le SNAM rétrocède au CNAS un montant forfaitaire de 400 F sur la cotisation de 1 000 F payée par les entreprises adhérentes.

En outre, le CNAS prélève un pourcentage sur chaque facture de transport secondaire que les ambulanciers lui présentent aux fins de règlement.

B. - Les pratiques relevées

Les pratiques tarifaires

Ces pratiques résultent de la négociation d'un prix forfaitaire entre le SNAM et les compagnies d'assurance ou d'assistance pour le transport en ambulance de skieurs et de son application ainsi que de l'alignement sur ce forfait du prix facturé aux skieurs accidentés, non couverts par une assurance spécifique.

Deux gérants d'entreprises d'ambulances, MM. Pissard et Pech, responsables au sein du SNAM, ont reconnu (cf. procès-verbal du 6 février 1997) que *« ce qui a déclenché le renouveau de notre syndicat, c'est le système de remise à outrance et de marchandage qu'exerçaient les compagnies d'assurance à l'égard des ambulanciers pris individuellement »*. M. Blanc, membre du SNAM, a également reconnu au cours de ses déclarations que le syndicat avait décidé d'appliquer un prix forfaitaire, en accord avec les compagnies d'assurance ou d'assistance, supérieur à la base de remboursement des prestations par les caisses de sécurité sociale.

Par ailleurs, les différents responsables des compagnies d'assurance ou d'assistance font connaître leur accord pour adopter le tarif proposé par le SNAM, en ce qui concerne le remboursement des transports sanitaires des skieurs accidentés, bénéficiant d'un contrat spécifique : à un courrier du SNAM en date du 9 octobre 1996 rédigé comme suit : *« Afin d'avoir des tarifs identiques avec les autres compagnies d'assurance pour qui nous travaillons, nous nous permettons de vous proposer la grille suivante [...] »* l'UAP France a donné une réponse favorable par une lettre du 18 octobre 1996 : *« Dans sa construction, nous avons bien noté que votre proposition visait à avoir un tarif uniforme pour toutes les compagnies d'assurance ou d'assistance avec lesquelles vous travaillez pendant la saison d'hiver. Nous avons donc le plaisir de vous confirmer notre accord sur vos propositions. »* Les tarifs appliqués par les compagnies confirment l'unité tarifaire pratiquée.

L'application du forfait par les entreprises d'ambulances découle de la convention passée entre le CNAS, le SNAM et chacune des entreprises adhérentes : l'article 5 de cette convention stipule que *« l'entreprise contractante appliquera aux interventions qu'elle aura réalisées les tarifs convenus en accord avec le syndicat. Les prix sont fixés en fonction des tarifs réglementaires en vigueur minorés d'un pourcentage déterminé »*. L'article 6 précise en outre que *« les factures seront émises par l'entreprise contractante à l'ordre du CNAS et adressées à celui-ci, qui en sera seul débiteur »* et, s'agissant du paiement, l'article 7 indique que le *« CNAS s'engage à procéder au règlement des factures par chèque dès le paiement de celles-ci par les sociétés d'assistance concernées »*. L'article 11 prévoit l'application de la charte des ambulanciers de montagne. L'article 6 de cette charte dispose que *« l'entreprise signataire de cette charte appliquera aux interventions qu'elle aura réalisées les mêmes tarifs pour tous les détenteurs d'assurance ou d'assistance montagne/neige »*. Les dispositions de l'article 3 de la convention précisent que les clauses contractuelles de ces documents doivent être respectées par les parties sous peine d'exclusion.

Plusieurs gérants d'entreprises d'ambulances de montagne ont, au cours de l'instruction, déclaré avoir appliqué le forfait diffusé par le SNAM et approuvé la démarche de ce syndicat.

De même, ils ont reconnu, à l'exception des entreprises Vallée Blanche assistance, Ambulances 88 et Ambulances fuxéennes, avoir, sous l'impulsion du syndicat, aligné les prix

du transport des skieurs accidentés, couverts uniquement par la sécurité sociale, sur ceux négociés avec les compagnies d'assurance ou d'assistance.

Par lettre du 20 février 1996, la CPAM de Savoie a signalé à la DDCCRF de Chambéry que de nombreuses factures, dont elle a produit des photocopies, établies au nom d'assurés extérieurs au département, comportent dans la rubrique « non remboursable » un forfait « montagne », « piste » ou « station » d'un montant variable qui porte le montant total de la facturation à 380 F. Par ailleurs, la CPAM de Haute-Savoie a remis au cours de l'enquête un courrier qu'elle a adressé le 13 mars 1995 à la société Samoëns ambulances rappelant à cette société qu'elle ne respecte pas les tarifs fixés par arrêté ministériel : « *Vous facturez un forfait départemental au prix de 350 F, or le tarif fixé par arrêté est de 239,25 F* » ainsi que diverses factures établies par plusieurs ambulanciers et présentant les mêmes anomalies.

La répartition des transports sanitaires

Cette pratique résulte, d'une part, de la convention tripartite passée entre le CNAS qui, comme indiqué *supra*, intervient entre les sociétés d'assurance ou d'assistance, le SNAM et chacune des entreprises d'ambulances adhérentes et, d'autre part, des stipulations reprises dans la « *charte des ambulanciers de montagne* » annexée à cette convention.

L'article 3 de la charte prévoit que « *l'entreprise ambulancière ayant effectué une mission de premier secours pour un accidenté ou malade, devra être appelée pour réaliser ensuite le transport secondaire pour ce même patient. A défaut de secours initial, il sera fait appel en priorité, sur une zone géographique donnée, aux entreprises signataires de la charte. L'entreprise ambulancière s'interdit toute sous-traitance. En cas d'impossibilité d'effectuer la mission préalablement acceptée, l'entreprise ambulancière informe immédiatement le centre de traitement des appels* ».

L'article 4 de ce même document dispose que « *Ces priorités, premiers secours, transport secondaire et lieu géographique, ne peuvent s'effectuer que par l'intermédiaire d'un centre de traitement des appels. La bonne application de cette charte et la cohésion technique ne sont réalisables que si la régulation et la répartition des missions s'effectuent sur un site unique, quels que soient les produits d'assurance et d'assistance* ».

Par ailleurs, le président-directeur général du CNAS et le président du SNAM ont, dans leurs déclarations, affirmé la volonté du CNAS, dans un souci de rentabilité pour les entreprises d'ambulances, de réserver le transport secondaire des skieurs accidentés aux entreprises d'ambulances adhérentes au syndicat ayant effectué le transport primaire du patient.

Sur la base de ces constatations, les griefs suivants ont été notifiés :

- au SNAM, pour avoir élaboré un tarif et avoir participé à la concertation avec les compagnies d'assurance ou d'assistance pour l'application de ce même tarif, plus élevé que celui qui était négocié auparavant individuellement entre les compagnies d'assurance et chaque entreprise, pour avoir diffusé ce tarif auprès de ses adhérents ; pour avoir étendu l'application de ce forfait aux prestations remboursées par les caisses de sécurité sociale en donnant pour consigne à ses adhérents de facturer un supplément et avoir été ainsi à l'origine d'un comportement tarifaire concerté, et pour avoir adhéré au système de répartition du transport secondaire mis en place par le CNAS ;

- à chacune des compagnies d'assurance ou d'assistance : Mondial Assistance France, Elvia, UAP France, SPB et Orion ticket neige, pour s'être associée à l'entente organisée par le SNAM, en acceptant le tarif forfaitaire élaboré par celui-ci ;

- aux entreprises d'ambulances : Ambulances Pissard, SARL Trois Vallées ambulances, Ambulances Pech, Ambulances Blanc taxi du Haut-Jura, Ambulances vallée de Chamonix, Ambulances des Hauts-Forts, Samoëns ambulances, Belleville ambulances, Ambulance des neiges, Savoie ambulances, Ambulances Perollaz, Ambulances d'Avoriaz, Ambulances des

portes du soleil Gagneux, Alp'ambulance, Ambulances 73, Ambulances Lacroix, SARL Ambulances 88, Vallée Blanche assistance, Ambulances fuxéennes et AST ambulances, pour avoir participé aux pratiques d'entente tarifaire mises en œuvre par le SNAM et pour avoir adhéré au système de répartition du transport secondaire mis en place par le CNAS ;

– au CNAS, pour avoir inclus dans la convention passée avec le SNAM et chaque entreprise d'ambulances des dispositions organisant la répartition du marché du transport secondaire des skieurs accidentés entre les entreprises adhérentes, contribuant ainsi à exclure de ce marché les entreprises non adhérentes.

Ces pratiques ont eu pour objet et ont eu pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché des transports sanitaires de montagne ; elles sont constitutives d'une entente prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur l'existence d'un marché et la compétence du Conseil :

Considérant que le SNAM, le CNAS et quinze entreprises d'ambulances soutiennent que la tarification forfaitaire du transport primaire des skieurs accidentés relèverait de l'organisation du service public de secours en montagne qui, selon eux, fait partie des obligations de police administrative des maires ;

Mais considérant, de plus, que le marché du transport des skieurs accidentés des pistes aux centres de soins est caractérisé par le croisement d'une demande émanant des skieurs et d'une offre émanant des ambulanciers ; que, de surcroît, les prestations effectuées sont facturées aux bénéficiaires, qui en acquittent directement ou indirectement le montant, que cette activité constitue donc bien une activité de service au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que, par ailleurs, la société Mondial Assistance France observe que le skieur accidenté, n'ayant pas la possibilité de s'adresser à un autre ambulancier que celui qui a été appelé ou celui qui se trouve sur place, ne pouvant donc exercer aucun choix, en conclut qu'il n'existe pas de marché de transport primaire de skieurs accidentés ;

Mais considérant que, même en supposant que les conditions de transport sont toujours celles qui sont décrites, ce qui n'est pas démontré, l'existence d'une situation d'un monopole de fait de l'offreur - qui se rencontre dans de nombreuses activités économiques - n'a pour effet d'abolir le marché, ni de faire échec à l'application du droit de la concurrence ; que ces moyens doivent donc être écartés ;

Sur les pratiques constatées :

En ce qui concerne la fixation concertée des prix :

Considérant, en premier lieu, que l'article L. 411-1 du code du travail dispose que les « *syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts* » ; que, s'il est loisible à un syndicat professionnel de donner à ses membres des informations destinées à les renseigner d'une manière générale sur le fonctionnement d'un marché ou à les aider dans la gestion de leur entreprise, l'aide ainsi apportée ne doit pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre jeu de la concurrence à l'intérieur de la profession de quelque manière que ce soit ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'il n'est pas contesté que le SNAM, pour répondre aux doléances de ses adhérents qui se plaignaient de l'insuffisance de leurs recettes, a élaboré pour le transport primaire des skieurs accidentés un projet de tarif unique supérieur à la moyenne des tarifs de remboursement de la sécurité sociale, que ce projet a été proposé aux compagnies d'assurance et d'assistance Mondial Assistance France, Elvia, UAP France et à l'association Orion ticket neige, qui s'y sont associées et ont donné leur accord à l'application d'un tarif

unique ; qu'en particulier la société Mondial Assistance France a reconnu en séance qu'elle avait eu connaissance de ce que le tarif établi, qu'elle avait été la première à accepter, était un tarif unique qui avait été accepté par les autres compagnies d'assurance ou d'assistance ; que l'association Orion ticket neige a notamment signé un protocole le 29 novembre 1996 avec la société Ambulance Blanc taxi du Haut-Jura se référant explicitement, pour le remboursement des frais de transport sanitaire, « aux tarifs indiqués ci-dessous (accord du 25 octobre 1996 avec le Syndicat des ambulanciers de montagne) » ; que le CNAS a été associé à cette concertation ; que, à la suite de l'accord ainsi intervenu entre le SNAM, le CNAS et les compagnies d'assurance et d'assistance, une convention a été signée entre le SNAM, le CNAS et les ambulanciers membres du SNAM pour assurer l'application effective d'un tarif unique ; que cette convention prévoyait notamment des sanctions pour tout manquement au respect du tarif unique ; que ce tarif, initialement fixé à 350 F pour la saison 1994-1995, a été porté successivement à 380 F pour la saison 1995-1996 et à 400 F pour la saison 1996-1997 ; qu'il a été appliqué par les ambulanciers adhérents au SNAM aux skieurs ayant souscrit une assurance ou une convention d'assistance privée et a été étendu au transport de skieurs non couverts par un contrat privé et relevant du seul régime de la sécurité sociale ; que, en organisant une entente de prix, le SNAM est allé au-delà de la mission de défense des intérêts professionnels de ses membres ; que les pratiques auxquelles il a participé ont fait obstacle au jeu de la concurrence ; qu'il est établi que les entreprises Ambulances Pissard, SARL Trois Vallées ambulances, Ambulances Pech, Ambulances Blanc taxi du Haut-Jura, Ambulances Vallée de Chamonix, Ambulances des Hauts-Forts, Samoëns ambulances, Belleville ambulances, Ambulances des neiges, Savoie ambulances, Ambulances Perollaz, Ambulances d'Avoriaz, Ambulances des portes du soleil, Alp'ambulances, Ambulances 73, Ambulances Lacroix, SARL Ambulances 88, SARL Vallée Blanche assistance, Ambulances fuxéennes et AST ambulances ont adhéré à la convention et ont appliqué le tarif convenu et, que, à l'exception des sociétés Ambulances 88, Vallée Blanche assistance, Ambulances fuxéennes, elles l'ont également appliqué aux skieurs non couverts par un contrat d'assurance ou d'assistance privée ;

Considérant, en troisième lieu, que le CNAS, le SNAM et les ambulanciers susvisés prétendent que les pratiques dénoncées résultaient de la carence des collectivités locales dans l'organisation des secours en montagne qui relève de leur compétence et qu'elles contribuent à apporter aux skieurs un service nécessaire à la pratique du ski ;

Mais considérant que, si la prise en charge du transport primaire des skieurs accidentés par les ambulanciers apporte un élément de sécurité dans la pratique du ski, il n'est ni établi ni même allégué que l'instauration d'un prix unique par la profession était nécessaire pour atteindre cet objectif ; que le moyen doit être écarté ;

Considérant, en quatrième lieu, que, si le SNAM, le CNAS et les ambulanciers susvisés soutiennent que le tarif retenu n'a eu aucune incidence sur le niveau des prix et n'a conduit à aucune surfacturation, tout en produisant un décompte faisant ressortir à 5,56 F la moyenne pondérée des majorations du coût des transports primaires résultant de ce tarif, plusieurs factures figurant au dossier (cotes 205 et suivantes) comportent des « forfaits montagne non remboursés » de 130 ou 150 F ; que, si pour les skieurs protégés par un contrat d'assurance ou d'assistance, la hausse, en moyenne, a été faible, il ne peut être contesté qu'elle a été très sensible pour les skieurs ne bénéficiant pas du remboursement de la sécurité sociale ; que le SNAM, le CNAS et les ambulanciers susvisés, s'appuyant sur un rapport de la Cour des comptes dont ils citent de larges extraits, ne peuvent à la fois justifier les pratiques mises en œuvre par l'insuffisance de rentabilité des entreprises de la profession et leur souci de se procurer des recettes plus importantes et prétendre que ces pratiques n'auraient pas eu pour objet et pour effet d'augmenter les prix du transport sanitaire ; qu'en tout état de cause, l'instauration concertée d'un prix unique - quel que soit le niveau retenu - par une

organisation professionnelle et des entreprises exerçant leur activité sur le même marché, et a fortiori dans un secteur où il existe un *numerus clausus*, est en elle-même constitutive d'une pratique anticoncurrentielle ; qu'il est à cet égard indifférent que les tarifs pratiqués par les pompiers, dont, au demeurant, il n'est pas établi ni même prétendu qu'ils offrent les mêmes prestations, soient beaucoup plus élevés que les tarifs des ambulanciers ; que le moyen doit être écarté ;

Considérant, en cinquième lieu, que la société Axa France Assurance soutient que les titulaires du contrat Thema IARD et la FFS n'ont subi aucun dommage au titre des pratiques litigieuses, dès lors qu'elle n'a procédé à aucune hausse du tarif des primes en contrepartie de la hausse des tarifs de remboursement des ambulanciers ; que, par ailleurs, elle est étrangère à la surfacturation des assurés sociaux et que, s'abstenant d'exercer un recours contre les caisses d'assurances maladie pour les clients qu'elle indemnise, elle procure des économies à la sécurité sociale ;

Mais considérant que ces circonstances sont indifférentes à la qualification de la pratique de concertation ; qu'en outre, l'acceptation, par toutes les compagnies d'assurance et d'assistance garantissant les skieurs, d'un tarif unique, négocié avec le SNAM, était de nature à restreindre la concurrence entre les compagnies présentes sur le marché et à interdire à une compagnie d'assurance ou d'assistance, qui aurait souhaité entrer sur le marché, d'obtenir des tarifs de remboursement de transport sanitaire primaire moins élevés, de nature à diminuer ses coûts et à lui permettre de proposer des conditions d'assurance plus favorables pour les skieurs ; que ce moyen doit être écarté ;

En ce qui concerne la répartition des transports secondaires :

Considérant que le SNAM, le CNAS et les ambulanciers signalent, d'une part, que pour les entreprises Ambulances Pissard, Ambulances des neiges, Ambulances Lacroix, Trois vallées ambulances, Ambulances Belleville, le nombre de transports secondaires demandés est très sensiblement inférieur au nombre de transports primaires effectués (dans un rapport variant de 1 à 3 à 1 à 10) ; que, dans tous les cas, le service de transports secondaires effectué est inférieur ou très nettement inférieur au nombre de transports secondaires demandés ; qu'ils font valoir, d'autre part, qu'en attribuant le transport secondaire à l'exécutant du transport primaire, le CNAS ne fait en cela que tenir compte d'un état géographique de répartition des professionnels sur lequel il n'exerce aucune influence ; qu'il est donc naturel que l'ambulancier implanté sur un site sur lequel il a assuré un transport primaire par définition géographiquement limité (du bas de la piste au premier centre médical adapté) soit contacté pour assurer le transport secondaire qui se déroule sur ce qui, du fait du libre jeu de la concurrence, correspond à une zone privilégiée d'intervention ; qu'en réalité, le « *droit de suite* » n'est guère plus qu'un engagement de la part du CNAS auprès des ambulanciers de ce que son intervention n'aura pas pour effet de détourner artificiellement un client naturellement enclin à choisir pour le transport secondaire l'ambulancier qui a assuré le transport primaire ;

Mais, considérant qu'il est contradictoire, d'une part, d'observer que le nombre des transports secondaires effectués par une entreprise ne représente qu'une faible fraction des transports primaires qu'elle a réalisés et est sensiblement inférieur au nombre de transports secondaires qu'elle a demandés et, d'autre, de prétendre que le client est naturellement conduit à choisir pour le transport secondaire l'ambulancier qui a assuré le transport primaire ; qu'en deuxième lieu, si le « *droit de suite* » n'était que l'expression d'une rationalité économique, on comprendrait mal la nécessité de l'instituer dans une convention par des dispositions très contraignantes ; qu'en dernier lieu, cette rationalité est contredite par la déclaration de M. Luisy, président du conseil d'administration du CNAS : « *La répartition du transport primaire donnant lieu à un transport secondaire s'établit dans des proportions de 30 %. Ce pourcentage est respecté lorsque nous centralisons ces prestations. Mais lorsqu'une*

société d'assurance passe par son réseau, ce pourcentage tombe fortement. Ainsi, pour l'UAP, qui a repris pour cette saison 96-97 et la prochaine saison la partie assurance de la Carte Neige de la FFS, seuls 15 % des ambulanciers ayant effectué le transport primaire effectuent le transport secondaire » ; que le moyen doit être écarté ;

Considérant ainsi que les dispositions de l'article 5 de la convention signée par le CNAS, le SNAM et chaque entreprise, ainsi que de l'article 6 de la charte des ambulanciers de montagne, ont pour objet et pour effet de réserver les transports sanitaires secondaires aux entreprises adhérentes et de répartir ces transports entre elles en confiant le transport secondaire d'un accidenté à l'entreprise qui a réalisé le transport primaire, limitant ainsi l'accès au marché du transport secondaire des entreprises non adhérentes à la convention et limitant, par ailleurs, la concurrence entre les entreprises adhérentes ;

Considérant que les entreprises d'ambulances de montagne qui ont signé la convention tripartite ont ainsi adhéré au système de répartition des transports géré par le CNAS ;

Considérant que, s'il n'est pas exclu que ces pratiques aient pu contribuer à faciliter la gestion des entreprises d'ambulances et l'organisation des secours aux skieurs accidentés et que, de ce fait, elles aient pu apporter une contribution au progrès économique au sens des dispositions de l'article 10-2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il n'est ni établi ni même allégué qu'elles étaient indispensables pour atteindre cet objectif, ni qu'elles permettent le reversement aux utilisateurs d'une partie équitable du profit qui en résulte ; que les pratiques en cause, dès lors qu'elles limitent l'accès au marché et tendent à répartir celui-ci, sont prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur les suites à donner :

En ce qui concerne la Société de prévoyance bancaire :

Considérant qu'en revanche, il n'est pas établi que la Société de prévoyance bancaire, qui a donné son accord au tarif qui lui était proposé, ait eu connaissance que ce tarif avait été établi dans des conditions anticoncurrentielles ; qu'il n'est pas établi qu'elle ait enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'en conséquence, il y a lieu d'abandonner le grief qui lui a été notifié ;

En ce qui concerne la société Ambulances 73 :

Considérant que, suite à la mise en liquidation judiciaire de la société Ambulances 73, la clôture pour insuffisance d'actif est intervenue le 16 octobre 1998 ; que, dès lors, il n'y a pas lieu de prononcer de sanction à son égard ;

En ce qui concerne la société Ambulances Blanc taxi du Haut-Jura :

Considérant que, par jugement en date du 18 septembre 1998, le tribunal de commerce de Lons-le-Saunier a prononcé la résolution du plan de redressement de la société Ambulances Blanc taxi du Haut-Jura et l'ouverture de la liquidation judiciaire immédiate de la société ; que, compte tenu de cette situation, il n'y a pas lieu de prononcer de sanction à son égard ;

En ce qui concerne la société AST ambulances :

Considérant que, par jugement du tribunal de grande instance d'Albertville du 20 décembre 1996, la liquidation de la société AST ambulances a été ordonnée ; que, compte tenu de cette situation, il n'y a pas lieu de prononcer de sanction à son égard ;

En ce qui concerne l'entité désignée sous le nom de SARL les Trois Vallées :

Considérant que les documents concernant la SARL les Trois Vallées démontrent que cette entité fait aujourd'hui partie intégrante de la société Pech ambulances et n'a pas de personnalité morale ; qu'il y a donc lieu de prononcer une sanction unique pour les pratiques mises en œuvre par la société Pech ambulances et par la SARL les Trois Vallées ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 le Conseil de la concurrence peut « *infliger une sanction pécuniaire applicable soit*

immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est pour une entreprise de 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de dix millions de francs. Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou la publication qu'il désigne. Les frais sont supportés par la personne intéressée » ;

Considérant que le dommage causé à l'économie résulte des restrictions de la concurrence entre les entreprises d'ambulance, qui est issu de la fixation d'un prix unique pour le transport primaire, et du partage des marchés des transports sanitaires, dans une activité où l'existence d'un *numerus clausus* limite les conditions d'exercice de la concurrence ; qu'elle a également pour effet de limiter la concurrence entre les différentes compagnies d'assurance et d'assistance et de rendre plus difficile l'accès au marché des garanties aux skieurs pour de nouveaux offreurs ;

Considérant que la gravité des pratiques doit être appréciée en tenant compte du fait que les skieurs accidentés sont en position de faiblesse vis-à-vis des entreprises de transports sanitaires, tant au moment du transport primaire où ils peuvent difficilement exercer un choix que lors du transport secondaire ; qu'il convient de tenir compte également des coûts élevés des autres modes de transport de secours et de ce que la tarification mise en place est limitée aux transports primaires qui, par ailleurs, ne font l'objet d'aucune organisation de service public ;

Considérant que le SNAM est à l'origine de la mise en place et de la diffusion du tarif forfaitaire appliqué par les compagnies d'assurance et les entreprises d'ambulances, de son extension aux prestations remboursées par les caisses d'assurance sociale ; qu'il a également diffusé la consigne de facturer un supplément ; qu'il n'a pas répondu à la demande de communication de son chiffre d'affaires qui lui a été adressée par lettre recommandée ; que son président a déclaré par procès-verbal du 14 juin 1997 que le syndicat comptait 130 membres et que les cotisations s'élèvent à 1 000 F par membre et par an ; qu'il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 65 000 F ;

Considérant que le CNAS est à l'origine de la répartition, au moins partielle, du marché des transports secondaires et en assure l'application par le biais de clauses incluses dans la convention passée avec le SNAM et chaque entreprise d'ambulance ; que le chiffre d'affaires du CNAS s'est élevé à 5 922 471 F en 1998 ; qu'il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 35 000 F ;

Considérant que les quatre compagnies d'assurance ou d'assistance ci-après et l'association Orion ticket neige se sont associées à la pratique en cause en acceptant ou pratiquant le tarif forfaitaire élaboré par le syndicat ;

Considérant que la société Mondial Assistance France a été la première à signer la convention ; que son acceptation a été décisive pour la mise en œuvre d'un tarif forfaitaire ; que son chiffre d'affaires s'est élevé à 499 551 385 F en 1998 ; qu'il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 1 000 000 F ;

Considérant que la société Elvia a appliqué le tarif imposé par le SNAM, mais n'a pas adhéré au CNAS ; que son chiffre d'affaires s'est élevé à 285 063 967 F en 1998 ; qu'il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 100 000 F ;

Considérant que la société UAP France a été absorbée par la société Axa France Assurance et radiée du registre du commerce le 28 janvier 1999 ; que la société Axa France Assurance, qui vient aux droits de la société UAP France, soutient qu'elle n'exerce aucune activité dans le secteur de l'assurance et, qu'en conséquence, il ne peut lui être reproché les

agissements de la société UAP France ; que, cependant, la société Axa France Assurance, qui a assuré la continuité économique de la société UAP France, doit, conformément à la jurisprudence du Conseil de la concurrence, inspirée des principes de la jurisprudence communautaire, répondre des pratiques imputées à cette dernière ; que des courriers, en date du 9 octobre 1996 puis du 18 octobre 1996, ont été adressés au SNAM par M. Françoise, sur un papier à l'en-tête de « UAP France » ; que ces lettres établissent une concertation entre l'UAP France et le SNAM ; que la société Axa France Assurance a reconnu en séance sa responsabilité du fait des engagements de M. Françoise, agent commercial appartenant à l'époque des faits au groupe UAP ; qu'en conséquence, il importe peu que l'exécution de ces engagements ait été réalisée par une autre société du même groupe ; que la société Axa France Assurance, venant aux droits de la société UAP France, est une société holding ; que les produits d'exploitation, qui sont les revenus correspondant à l'objet social de la société, sont la base adéquate de calcul du montant maximum de la sanction prévu par l'article 13 précité ; que ces produits d'exploitation se sont élevés pour l'exercice 1998 à 1 198 025 243 F ; qu'il y a lieu d'infliger à la société Axa France Assurance, au titre des pratiques mises en œuvre par la société UAP France qui a donné explicitement son accord à la convention, une sanction pécuniaire de 2 000 000 F ;

Considérant que l'association Orion ticket neige n'est pas une entreprise d'assistance ou d'assurance ; qu'elle est liée par une convention à la société Elvia ; que son chiffre d'affaires s'est élevé à 1 192 657 F au cours de l'exercice clos le 30 juin 1999 ; qu'il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 2 000 F ;

Considérant qu'il est établi que les entreprises d'ambulances citées ci-après ont appliqué les consignes tarifaires diffusées par le SNAM, ainsi que leur extension aux prestations remboursées par les caisses de sécurité sociale et ont adhéré au système mis en place par le CNAS, conduisant l'entreprise ayant effectué le transport primaire à effectuer également le transport secondaire ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Ambulances Pissard s'étant élevé à 7 181 301 F en 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction de 17 500 F ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Ambulances Pech s'étant élevé à 4 631 692 F en 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction de 13 500 F pour les pratiques mises en œuvre par elle-même et son établissement sis à Brides-les-Bains ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Ambulances vallée de Chamonix s'étant élevé à 4 556 679 F en 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction de 11 000 F ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Ambulances des Hauts-Forts s'étant élevé à 3 583 219 F en 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction de 8 500 F ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Samoëns ambulances s'étant élevé à 1 112 138 F en 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction de 2 500 F ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Ambulance des neiges s'étant élevé à 447 654 F en 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction de 1 000 F ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Savoie ambulances s'étant élevé à 1 475 337 F en 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction de 3 500 F ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Ambulances Perollaz s'étant élevé à 5 519 283 F au cours du dernier exercice clos le 30 juin 1999, il y a lieu de lui infliger une sanction de 10 500 F ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société des Ambulances d'Avoriaz s'étant élevé à 600 086 F en 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction de 1 000 F ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Ambulances des portes du soleil s'étant élevé à 2 619 602 F en 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction de 6 500 F ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Alp'ambulance s'étant élevé à 2 524 151 F au cours de l'exercice clos le 30 juin 1998, il y a lieu de lui infliger une

sanction de 6 000 F ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Ambulances Lacroix s'étant élevé à 2 409 462 F au cours de l'exercice clos le 31 juillet 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction de 6 000 F ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Belleville ambulances s'étant élevé à 1 192 739 F en 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 2 500 F ;

Considérant qu'il n'a pas été établi que les sociétés Ambulances 88, Vallée Blanche et Ambulances fuxéennes aient appliqué les consignes diffusées par le SNAM relatives au système de surfacturation, mais qu'elles ont adhéré au système mis en place par le CNAS, conduisant l'entreprise ayant effectué le transport primaire à effectuer également le transport secondaire ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Ambulances 88 s'étant élevé à 1 852 913 F en 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 1 500 F ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Vallée blanche assistance s'étant élevé à 2 125 165 F en 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 2 500 F ;

Considérant que, le chiffre d'affaires de la société Ambulances fuxéennes s'étant élevé à 5 205 165 F en 1998, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 6 500 F ;

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé* » ; qu'il convient de prévenir la poursuite de telles pratiques en enjoignant, d'une part, au SNAM de ne plus élaborer ni diffuser de tarif fixant le montant des prestations de transport facturées par les entreprises d'ambulances et, d'autre part, au CNAS de supprimer du texte de la convention tripartite et de la charte des ambulanciers toutes les stipulations relatives à l'application d'un tarif d'intervention, ainsi que les clauses organisant la répartition du transport secondaire des skieurs accidentés et d'informer les adhérents de ces deux organisations des dispositions de la présente décision, dans un délai de deux mois à compter de sa notification ;

Considérant qu'il convient également d'informer les clients et les professionnels du secteur du ski du caractère illicite des pratiques susvisées en ordonnant la publication de la présente décision, aux frais du CNAS, du SNAM, de la société Mondial Assistance France, de la société Elvia, de la société Axa France assurance et de l'association Orion ticket neige dans *Ski Français*, journal diffusé à ses adhérents par la Fédération française de ski,

Décide :

Article 1^{er}

Il n'est pas établi que la Société de prévoyance bancaire ait enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Il est établi que le SNAM, le CNAS, les compagnies d'assurance Mondial Assistance France, Elvia, UAP France, l'association Orion ticket neige et les entreprises d'ambulances Ambulances Pissard, SARL les Trois Vallées, Pech ambulances, Ambulances Blanc taxi du Haut-Jura, Ambulances vallée de Chamonix, Ambulances des Hauts-Forts, Samoëns ambulances, Belleville ambulances Val-Thorens, Ambulance des neiges, Savoie ambulances, Ambulances Perollaz, Ambulances Boccard-Baud, Ambulances des portes du soleil Gagneux, Alp'ambulance, Ambulance 73, Ambulances Lacroix, SARL Ambulances 88, SARL Vallée Blanche assistance, Ambulances fuxéennes et AST ambulances ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 3

Il est enjoint, d'une part, au SNAM de ne plus élaborer ni diffuser de tarif fixant le montant des prestations de transport facturées par les entreprises d'ambulances et, d'autre part, au CNAS de supprimer du texte de la convention tripartite et de la charte des ambulanciers toutes les stipulations relatives à l'application d'un tarif d'intervention, ainsi que les clauses organisant la répartition du transport secondaire des skieurs accidentés et d'informer l'ensemble de leurs adhérents des dispositions de la présente décision, dans un délai de deux mois à compter de sa notification.

Article 4

Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

65 000 F au SNAM ;
35 000 F au CNAS ;
1 000 000 F à la société Mondial Assistance France ;
100 000 F à la société Elvia ;
2 000 000 F à la société Axa France Assurance pour les pratiques mises en œuvre par la société UAP France ;
2 000 F à l'association Orion ticket neige ;
17 500 F à la société Ambulances Pissard ;
13 500 F à la société Ambulances Pech ;
11 000 F à la société Ambulances vallée de Chamonix ;
8 500 F à la société Ambulances des Hauts-Forts ;
2 500 F à la société Samoëns ambulances ;
1 000 F à la société Ambulance des neiges ;
3 500 F à la société Savoie ambulances ;
10 500 F à la société Ambulances Perollaz ;
1 000 F à la société des Ambulances d'Avoriaz ;
6 500 F à la société Ambulances des portes du soleil ;
6 000 F à la société Alp'ambulances ;
6 000 F à la société Ambulances Lacroix ;
2 500 F à la société Belleville ambulances ;
1 500 F à la société Ambulances 88 ;
2 500 F à la société Vallée Blanche assistance ;
6 500 F à la société Ambulances fuxéennes.

Article 5

Dans un délai de trois mois, le SNAM et le CNAS, la société Mondial Assistance France, la société Elvia, la société Axa France Assurance et l'association Orion ticket neige feront publier, à frais communs et au prorata des sanctions prononcées, la présente décision dans *Ski Français*, journal diffusé à ses adhérents par la Fédération française de ski.

Délibéré, sur le rapport de Mme Bleys, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, Mmes Mader-Saussaye et Perrot, MM. Piot et Sloan, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

*Le vice-président,
présidant la séance,*

Pierre Cortesse

Annexe 78

Décision n° 99-D-71 du Conseil de la concurrence en date

du 1^{er} décembre 1999 relative à une saisine de la société Abaque Immobilier
NOR : ECOC0000013S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 20 avril 1998 sous le numéro F 1044, par laquelle la société Abaque Immobilier a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Parko, Bancko Diffusion et des anciens établissements Charonnieras ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et M. Michel Rozier, gérant de la société Abaque Immobilier, entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que la société Abaque Immobilier a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de linge de maison, qu'elle estime prohibées par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que la société Abaque Immobilier a signé un contrat de franchise pour la distribution du linge de maison sous l'enseigne « Atout Blanc », exploitée successivement par les sociétés Parko, Bancko Diffusion et des anciens établissements Chardonnières ; que, dans sa saisine, elle indique que les différentes sociétés lui adressaient des marchandises qu'elle n'avait pas commandées, que les stocks invendus étaient repris par le franchiseur avec une décote importante et que les marchandises étaient livrées, conditionnées, emballées et étiquetées avec l'indication du prix de vente à la clientèle ;

Considérant qu'aux termes de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* » ;

Considérant, d'une part, que la convention de « franchise », qui a été produite avec la saisine, ne comporte pas de clauses anticoncurrentielles ; que, d'autre part, l'excédent des livraisons effectuées par rapport aux commandes passées n'est pas en lui-même contraire aux dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'enfin, il n'est pas soutenu dans la saisine qu'il était impossible au franchisé de modifier les prix figurant sur les étiquettes lors de la livraison des marchandises ; qu'interrogé en séance sur ce dernier point, le représentant de la société Abaque n'a pas davantage fait état d'une telle impossibilité ;

Considérant que, dans ces conditions, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de déclarer la saisine de la société Abaque Immobilier irrecevable,

Décide :

Article unique

La saisine de la société Abaque Immobilier est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport de Mme Bleys, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Cortesse, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

**Décision n° 99-D-72 du Conseil de la concurrence en date
du 1^{er} décembre 1999 relative à une saisine de la société 3MCE**
NOR : ECOC0000014S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 25 mai 1999 sous le numéro F 1147, par laquelle la société 3MCE dont l'enseigne commerciale est « Quick » a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvres par la société Mac Donald's France ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et le représentant de la société 3MCE entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que la société 3MCE fait valoir que la société Mac Donald's France occupe une position dominante du fait « d'avantages exorbitants du droit commun » qu'elle a obtenus à la suite de la signature, d'une part, d'une convention avec la chambre de commerce et d'industrie Nice-Côte d'Azur, en date du 12 août 1997, l'autorisant à utiliser et à exploiter une partie de la voie publique pour son activité de restauration au volant et, d'autre part, d'une seconde convention signée le 24 avril 1998 avec la ville de Nice, représentée par son maire dûment habilité par la délibération du conseil municipal n° 1-6 en date du 1^{er} avril 1998 reçue en préfecture le 24 avril 1998 ; que, dans cette dernière convention, la ville de Nice, en premier lieu, approuve la convention de sous-concession passée par cette société avec la chambre de commerce et d'industrie Nice-Côte d'Azur, en deuxième lieu, donne son accord pour qu'une convention de sous-concession soit passée avec la société du parking de la promenade du Paillon en vue de permettre la sortie sur la voie publique de la piste desservant le « guichet auto banque » et, en troisième lieu, autorise la société Mac Donald's à occuper un local appartenant au domaine public de la ville, moyennant le paiement de redevances déterminées, cela afin d'exploiter un commerce de restauration rapide comportant un service de « restauration au volant » (*drive in*) ;

Considérant que par une décision en date du 18 octobre 1999, concernant l'aéroport de Paris, le Tribunal des Conflits a relevé que, *« si dans la mesure où elles effectuent des activités de production, de distribution ou de services, les personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire, les décisions par lesquelles ces personnes assument la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par les personnes publiques... »* ; qu'il a également précisé que *« les décisions qui se rattachent à la gestion du domaine public constituent l'usage de prérogatives de puissance publique »* ; que les conventions mises en cause par la société saisissante sont des actes de gestion du domaine public ; qu'ainsi, leur examen échappe à la compétence du Conseil de la concurrence ;

Considérant, par ailleurs, et indépendamment de l'appréciation de ces actes, que la partie saisissante ne soutient pas que la société Mac Donald's se serait livrée à des pratiques d'abus d'une position dominante mais fait valoir seulement que cette société aurait acquis ou renforcé une telle position à la suite des conventions litigieuses ; qu'à supposer même qu'une telle position soit établie, il est rappelé que la création ou le renforcement d'une position dominante ne sont pas en eux-mêmes prohibés, seul l'abus qui est en fait est contraire aux

dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que, par suite, les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de la compétence du Conseil ;

Considérant que, dans ces conditions, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de déclarer la saisine de la société 3MCE irrecevable,

Décide :

Article unique

La saisine de la société 3MCE est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport de Mme Bleys, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Cortesse, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 80

Décision n° 99-D-73 du Conseil de la concurrence en date du 1^{er} décembre 1999 relative à une saisine du cabinet Plichon, société civile professionnelle d'avocats

NOR : ECOC0000041S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 25 juin 1999 sous le numéro F 1149, par laquelle le cabinet Plichon, société civile professionnelle d'avocats, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Cofratel, qu'il estime anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la lettre enregistrée le 19 novembre 1999, par laquelle le cabinet Plichon, société civile professionnelle d'avocats, a déclaré retirer sa saisine ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que, par la lettre enregistrée le 19 novembre 1999, le cabinet Plichon, société civile professionnelle d'avocats, a déclaré retirer sa saisine ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil de se saisir d'office,

Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 1149 est classé.

Délibéré, sur le rapport de M. Lavergne, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 81

Décision n° 99-D-74 du Conseil de la concurrence en date du 1^{er} décembre 1999 relative à une demande d'avis du procureur de la République près le tribunal de grande instance de Tarbes

NOR : *ECOC0000042S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 31 mai 1996 sous le numéro A 263, par laquelle M. Saint-Macary, procureur de la République près le tribunal de grande instance de Tarbes, a saisi le Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article 26 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 au sujet de pratiques mises en œuvre par des entreprises à l'occasion de la passation de marchés publics par le syndicat départemental d'électricité des Hautes-Pyrénées ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant qu'aux termes de l'article 26 de l'ordonnance « le Conseil peut être consulté par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles 7, 8 et 10-1 et relevées dans les affaires dont elles sont saisies » ;

Considérant que, selon ces dispositions, seules les juridictions d'instruction ou de jugement sont habilitées à saisir le Conseil de la concurrence pour avis au sujet de pratiques anticoncurrentielles ; qu'il en résulte que le procureur de la République ne pouvait saisir le Conseil sur le fondement de l'article 26 de l'ordonnance ; que, par suite, sa saisine n'est pas recevable,

Décide :

Article unique

La demande enregistrée sous le numéro A 263 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Bourhis, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 82

Décision n° 99-D-75 du Conseil de la concurrence en date du 7 décembre 1999 relative à une saisine présentée par la société France Bus Publicité

NOR : *ECOC0000015S*

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 9 novembre 1998 sous le numéro F 1094 par laquelle la société France Bus Publicité a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la Société nationale des chemins de fer français et de sa filiale, la société France Rail Publicité, qu'elle estime anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la lettre de la société France Bus Publicité enregistrée le 11 octobre 1999 ;
Vu les autres pièces du dossier ;
Le rapporteur, le rapporteur général adjoint et le commissaire du Gouvernement entendus ;
Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général adjoint ;
Considérant que, par lettre susvisée du 11 octobre 1999, la société France Bus Publicité s'est désistée de sa saisine,
Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 1094 est classé.
Délibéré, sur le rapport oral de Mme Leymonerie, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Bargue, Mme Boutard Labarde, Mme Flüry-Herard, M. Nasse et M. Robin, membres.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 83

Décision n° 99-D-76 du Conseil de la concurrence en date du 7 décembre 1999 relative à des pratiques de la société Sofex sur le marché de l'organisation de salons dans l'est de la France

NOR : ECOC0000106S

Le Conseil de la concurrence (section II),
Vu la lettre enregistrée le 30 juillet 1996 sous le numéro F 895, par laquelle M^e Ducourtioux, avocat, au nom de M. Aymeric Werth, agent commercial, a saisi le Conseil de la concurrence des pratiques anticoncurrentielles auxquelles se livrerait la société Sofex pour se réserver l'organisation d'un salon d'art contemporain à Strasbourg ;
Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;
Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;
Vu les autres pièces du dossier ;
Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement entendus ;
Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général adjoint,
Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Les entreprises

1. La société Evans

Cette société, qui a été créée en 1991 sous la forme d'une EURL par M. Daniel Reyt, journaliste, et qui a été transformée en SARL en 1993 lors de l'acquisition par Mme Celotto de la moitié des parts, avait, à l'origine, pour activité principale la régie publicitaire. Au cours de l'année 1994, Mme Celotto, gérante, s'est progressivement consacrée au développement d'un salon d'art contemporain à Strasbourg et presque toute activité de régie a été abandonnée à partir de 1995. Un premier salon a été organisé sous le signe SIAC (Salon international d'art

contemporain) du 3 au 6 mars 1995 ; ce salon a été déficitaire de 1,4 million de francs. Un deuxième salon a été organisé du 1^{er} au 4 mars 1996 sous le nom « Art Strasbourg » ; il s'est aussi conclu par un déficit du même ordre. La société a déposé son bilan en avril 1996 et sa liquidation judiciaire a été prononcée le 24 juin 1996. Le passif total s'élevait à 3,8 MF. Pour la réalisation de ces deux éditions, la société Evans s'était assuré les services de deux conseillers artistiques, M. Lamaignère et Mme Bianquis, dite Paskine de Gignoux.

2. Le nom « Art Strasbourg »

Cette marque a été déposée par Mme Celotto, à titre personnel, le 20 février 1996. La propriété de cette marque lui est disputée par la société Anstett qui l'a créée et par la société SES qui aurait procédé au paiement de l'agence Anstett.

3. La société « Salons européens de Strasbourg » (SES)

Il s'agit d'une SARL créée le 15 mars 1995 dans laquelle Mme Celotto et M. Werth possédaient chacun un tiers des parts et dont l'objet était l'organisation de salons commerciaux. Cette société, qui a essentiellement organisé un salon intitulé « Euro Santé Nature » dont le déficit s'est élevé à 0,7 MF, a été déclarée en redressement judiciaire le 1^{er} avril 1996 par le TGI de Strasbourg, puis en liquidation judiciaire le 3 juin de la même année. Par jugement du même TGI du 10 mars 1997, l'interdiction de diriger, gérer, administrer ou contrôler toute entreprise commerciale ou artisanale et toute personne morale ayant une activité économique a été prononcée pour une durée de sept ans à l'encontre de Mme Celotto, gérante de ladite société, et de M. Werth, gérant de fait de la même société.

4. L'auteur de la saisine

M. Werth est, au moins à la date d'engagement de la présente procédure, agent commercial, régulièrement inscrit au registre du commerce. A la date des faits, il s'occupait activement de la promotion d'un salon d'art contemporain à Strasbourg comme conseiller de la société Evans. Il a exercé les fonctions de commissaire de la deuxième manifestation organisée par cette société en 1996 sous l'appellation « Art Strasbourg » et, après la mise en redressement puis en liquidation judiciaire de la société Evans, il s'est efforcé de mettre sur pied une solution de reprise de l'activité et de poursuite du projet.

5. La SAEML Strasbourg Développement

Cette société est une société anonyme d'économie mixte locale créée en janvier 1992 qui a pour objet « la gestion, l'animation et la coordination des activités liées à la promotion de Strasbourg et sa région sur les plans économique, culturel, touristique... ». Ses statuts imposent qu'elle soit détenue majoritairement par des collectivités locales (la ville de Strasbourg possède à elle seule plus de 70 % des parts). Le solde peut être détenu par divers partenaires économiques régionaux. Par convention passée avec la ville de Strasbourg, elle bénéficie du droit d'occupation du parc des expositions du Wacken. Elle détient 82,4 % de la société Sofex et 55,74 % de la société Palais de la musique et des congrès.

6. La Société des foires et expositions de Strasbourg (Sofex)

Cette société anonyme qui dépendait directement de la ville de Strasbourg est, depuis décembre 1992, détenue à hauteur de 82,4 % par la SAEML Strasbourg Développement et, pour le reste, par divers partenaires tels que la Chambre de commerce, Electricité de Strasbourg, etc. Elle s'est vu confier la gestion du parc du Wacken par la SAEML Strasbourg développement et possède aussi comme objet l'étude et la réalisation d'expositions. A la suite

de la réorganisation intervenue en 1992, elle a décidé d'engager une diversification cohérente de ses activités qui était rendue possible par l'obtention de la gestion directe du Wacken et qui a conduit à la mise en place d'une politique de commercialisation du parc, à une meilleure définition des grandes foires annuelles (foire de printemps, foire d'automne, foire européenne) et au lancement de nouveaux salons professionnels.

7. La société Exsaco

Il s'agit d'une SNC constituée en janvier 1992 ayant pour objet toutes les prestations techniques liées à la préparation, l'organisation et le suivi des foires-expositions, congrès, etc. Son capital appartient pour 46,75 % au palais de la musique et des congrès et pour 53,25 % à la société Sofex. Elle s'est vu confier par la société Sofex l'exclusivité pour les clients du Wacken des prestations liées aux fluides, eau et électricité, et à la sonorisation intérieure.

B. - Les différents projets de relance du salon d'art contemporain

Après le dépôt de bilan de la société Evans, pendant la phase de redressement judiciaire et après le prononcé de la liquidation judiciaire, plusieurs entrepreneurs se sont manifestés pour reprendre à leur compte l'idée d'un salon d'art contemporain que cette société n'avait pu réussir à imposer durablement.

Le bilan économique et social rédigé par l'administrateur judiciaire et daté du 13 juin 1996 fait état de trois offres de reprise dont deux, celle de la société « Exponentielle » à laquelle participait M. Werth et celle de M. Chanquier, étaient soumises à la condition d'obtenir de la société Sofex l'autorisation de louer un hall pour une exposition devant se tenir en 1997. La troisième offre de reprise émanait de la société Sofex. Toutefois, il s'est rapidement avéré qu'une opération de reprise était illusoire puisque la société débitrice n'avait plus aucune activité depuis mars 1996, plus aucun salarié et aucun actif négociable, si l'on excepte des panneaux évalués entre 200 et 400 000 F ; la marque déposée « Art Strasbourg » ne faisait même pas partie de l'actif de l'entreprise. Dans ces conditions, sans examiner plus avant les offres de reprise, l'administrateur a suggéré au tribunal la conversion en liquidation judiciaire.

Après le prononcé de la liquidation judiciaire, le 24 juin 1996, chacun des prétendants à l'organisation du salon d'art contemporain s'est efforcé de relancer son projet ; dès le début du mois de juillet 1996, la Sofex a entrepris la promotion d'un salon pour la période allant du 30 janvier au 3 février 1997 et s'est adjoint les services de M. Lamagnère et de Mme Bianquis, dite Paskine de Gignoux, dont on a indiqué plus haut qu'ils avaient précédemment prêté leur collaboration à la société Evans. M. Werth, de son côté, n'a pas poursuivi son projet avec la société « Exponentielle » et n'a pas immédiatement déposé en son nom propre de demande de location du Wacken ; il a essayé de rallier l'équipe du projet Sofex. Mais comme il n'a pu trouver de terrain d'entente avec la ville et la société Sofex, il s'est alors résolu à réserver par courrier en date du 11 septembre 1996 deux périodes possibles, fin avril-début mai 1997 ; quant à M. Chanquier, dès la fin du mois de juin 1996, il a effectué une réservation au même effet pour une date située en avril 1997. Dans les deux cas, la société Sofex a répondu positivement à ces demandes.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

(Sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur la définition du marché)

A. - Sur le refus allégué de la société Sofex de louer des locaux à ses concurrents

Considérant que M. Werth soutient que la société Sofex s'est refusée à louer le parc des expositions de Strasbourg à un organisateur de salon concurrent, soit au cours de la procédure

de redressement judiciaire de la société Evans, soit après le prononcé de la liquidation judiciaire de cette société ;

Considérant, toutefois, qu'aucune demande de location n'a été présentée à la société Sofex pendant la procédure de redressement judiciaire de la société Evans ; que, si deux candidats à la reprise de la société avaient conditionné leurs offres à l'obtention d'une location du parc du Wacken, il est constant que ces demandes indirectes de location n'ont pas été transmises à la société Sofex par l'administrateur judiciaire en charge du dossier ; que celui-ci a rapidement conclu que la liquidation judiciaire s'imposait et qu'il n'était pas utile de répondre aux demandes de location formulées dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire ; qu'au surplus rien ne s'opposait à ce que ces demandes soient à nouveau adressées directement à la société Sofex en dehors de toute procédure ;

Considérant qu'après le prononcé de la liquidation judiciaire, le 24 juin 1996, les prétendants à l'organisation du salon d'art contemporain se sont effectivement attachés à relancer leur projet d'organisation de salon ; que la société Sofex a retenu pour son propre projet la période allant du 30 janvier au 3 février 1997 ; qu'elle a en outre accordé à M. Chanquier la période qu'il demandait et qui se situait dans le courant du mois d'avril 1997 ; que M. Werth, de son côté, après avoir échoué dans sa tentative de rallier le projet Sofex, a reçu une réponse favorable à la demande qu'il avait formulée le 11 septembre 1996 et qui portait sur deux périodes possibles fin avril-début mai 1997 ; qu'il ne saurait donc être reproché à la société Sofex d'avoir refusé la location des locaux dont elle assurait la gestion ;

B. - Sur la pratique alléguée de tarifs excessifs par la société Sofex

Considérant que le saisissant reproche à la société Sofex de pratiquer des prix exorbitants qui mettent ses concurrents dans la situation soit de renoncer immédiatement à leur projet, soit de persévérer et d'accumuler des dettes qui tôt ou tard les conduiront à abandonner ; qu'il avance pour preuve que les prix de location pratiqués pour la deuxième édition du salon d'art contemporain en 1996 étaient en très forte augmentation par rapport aux prix pratiqués en 1995 ; que cette facturation excessive ne serait pas étrangère à la liquidation judiciaire prononcée à l'encontre de la société Evans dès le mois de juin 1996 ;

Considérant, toutefois, qu'il ressort des pièces du dossier que, si le coût de la location du hall s'établissait à 141 271 FF HT en 1995 et à 321 555 FF HT en 1996, la variation de prix enregistrée entre ces deux dates correspondait essentiellement à une variation des consommations (sept jours de montage des stands en 1996 contre trois en 1995), à la suppression de l'aide de la ville de Strasbourg (60 000 F TTC) et au non-renouvellement de la remise consentie la première année par la société Sofex (5 %) ; qu'en ce qui concerne le tarif de base, qui fait l'objet d'une révision annuelle, celui-ci n'augmentait que d'environ 10 % et qu'aucun élément ne permet de penser qu'il aurait été fixé à un niveau excessif ou appliqué de façon discriminatoire ; que, dans ces conditions, il ne résulte pas de l'instruction que la société Sofex aurait pratiqué des tarifs de location prohibitifs ou discriminatoires ;

C. - Sur les relations entre les sociétés Sofex et Exsaco

Considérant que la société Exsaco est une société en nom collectif qui a pour objet « *toutes prestations techniques liées à la préparation, l'organisation et le suivi des foires, expositions, congrès ou toutes autres manifestations publiques* » ; que la société Sofex en détient la majorité des parts, le solde appartenant à la société Palais de la musique et des congrès, elle-même filiale de la société anonyme d'économie mixte locale « Strasbourg développement » ; que cette dernière société détient, quant à elle, 82,4 % du capital de la société Sofex ; qu'ainsi, cette société et la société Exsaco, qui est sa filiale majoritaire appartiennent au même groupe ; que, dans les contrats par lesquels la société Sofex loue des

espaces dans le parc des expositions de Strasbourg, elle impose pour certaines prestations d'électricité et de sonorisation le choix de sa filiale Exsaco, seule habilitée à intervenir sur l'installation électrique du parc du Wacken ; qu'elle justifie cette position par les dispositions de l'article T 32 de l'arrêté du 18 novembre 1987 portant approbation des dispositions modifiant et complétant le règlement de sécurité contre les risques d'incendie dans les établissements recevant du public, selon lesquelles « *les installations électriques comprennent les installations fixes et semi-permanentes dont la réalisation, l'exploitation et l'entretien sont assurés par le propriétaire de l'établissement, sous sa responsabilité* » ; que M. Werth soutient que l'exclusivité consentie par la société Sofex à sa filiale, la société Exsaco, a en réalité pour seul objet d'évincer ou de dissuader les organisateurs de salons concurrents par le montant des prestations facturées par cette société ; qu'il fait valoir également que les tarifs pratiqués par la société Exsaco à l'égard d'organiseurs de salons sont supérieurs à ceux qu'elle facture à la société Sofex dans le cadre de l'activité d'organiseurs de salons de cette société ; qu'il souligne que les prix demandés par la société Exsaco auraient été multipliés par deux entre 1995 et 1996 (73 618 F HT en 1995 et 141 077 F HT en 1996) ;

Considérant, cependant, qu'il ressort de la comparaison des facturations 1995 et 1996 que ce sont moins les prix unitaires des prestations qui ont changé que leur quantité et que, par exemple, le nombre de branchements électriques 3kv est passé de 17 à 144, soit une facturation pour ce seul poste qui passe de 12 869 F à 111 744 F ; qu'en l'absence d'autres preuves ou indices, ni le caractère excessif ni le caractère discriminatoire du tarif pratiqué ne peuvent être regardés comme établis ;

Considérant que M. Werth soutient encore que la société Sofex retirerait un avantage important des prix élevés pratiqués par sa filiale Exsaco et que le rapatriement des bénéfices réalisés par cette dernière lui permettrait de prendre plus aisément que ses concurrents des risques sur le marché de l'organisation des salons ;

Mais considérant qu'il ressort de l'examen des pièces du dossier que les prix pratiqués par la société Sofex, organisateur de salons, sont très proches des prix que pratiquait la société Evans ; qu'il suit de là que l'allégation de la partie saisissante, qui, au demeurant, met plus l'accent sur la difficulté d'organiser un salon de ce type sans moyens financiers importants, voire sans soutien public, que sur des problèmes liés au fonctionnement concurrentiel de tel ou tel marché, ne saurait, en tout état de cause, prospérer ;

D. - Sur la pratique de la société Sofex consistant, pour lancer son propre salon, à s'adjoindre les services d'anciens collaborateurs de la société Evans et à copier la démarche commerciale de cette entreprise

Considérant, en premier lieu, qu'en ce qui concerne le recrutement d'anciens collaborateurs de la société Evans, il n'est pas contesté que ce recrutement a eu lieu après le dépôt de bilan de ladite société ; qu'il n'est nullement allégué que ce recrutement se serait effectué au détriment d'une autre offre faite par un concurrent ; qu'il est précisé, dans l'arrêt de la cour d'appel de Colmar du 13 décembre 1996 rendu sur une demande d'interdiction du Salon d'art contemporain organisé par la société Sofex, que M. Lamaignère et Mme Bianquis avaient travaillé pour la société Evans « sans devoir d'exclusivité » ; que, dès lors, ni directement ni indirectement le recrutement par la société Sofex d'anciens collaborateurs de la société Evans ne saurait être qualifié de pratique anticoncurrentielle de nature à affecter le fonctionnement du marché ;

Considérant, en second lieu, qu'il est reproché par la partie saisissante à la société Sofex d'avoir utilisé pour promouvoir son salon un fichier clients et des dossiers d'inscription identiques à ceux utilisés par la société Evans, ainsi que le savoir-faire transmis à la société Evans par M. Werth lors des éditions précédentes ; qu'en ce qui concerne les deux premiers éléments, il est constant qu'ils n'ont fait l'objet d'aucune évaluation à l'occasion de la

procédure de redressement judiciaire ; que le fichier clients peut être reconstitué aisément à partir d'annuaires ou de catalogues et que les formulaires d'inscription, qui comportent les mêmes mentions que ceux qui ont été utilisés lors des éditions antérieures, ne présentent pas une originalité telle que leur utilisation puisse conférer à l'organisateur de la manifestation un avantage substantiel sur ses concurrents ; qu'il en va de même du savoir-faire que M. Werth aurait transmis à la société Evans ; que, si l'ordonnance de référé du 5 septembre 1995 rejetant une demande de M. Werth, visant à interdire à la société Sofex tout acte tendant à l'organisation d'un salon d'art contemporain, dispose que ce rejet ne prive pas le demandeur « d'agir sur le fond pour actes parasitaires à l'encontre des défendeurs qui ont pu dans une certaine mesure reprendre à leur compte un concept et la mise en œuvre de deux salons d'art contemporain jusqu'alors inexistant à Strasbourg, et ainsi bénéficier d'un certain savoir-faire éventuellement monnayable », elle ne retient elle-même aucun élément permettant de fonder cette action ; que, de surcroît, il est établi par l'instruction que la valeur de ce savoir-faire est minime ; qu'ainsi aucun des éléments avancés par la partie saisissante ne permet de fonder sur ce point une qualification de pratique anticoncurrentielle au regard des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 20 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de décider qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure,

Décide :

Article unique

Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de M. Grandval, par Mme Hagelsteen, présidente,
Mmes Boutard-Labarde, Flüry-Herard, et MM. Bague, Nasse et Robin, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 84

Décision n° 99-D-77 du Conseil de la concurrence en date du 7 décembre 1999 relative à une saisine de la société Télésélection à l'encontre des sociétés M6, M6 Interactions et Téléshopping

NOR : ECOC0000043S

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 23 novembre 1995 sous le numéro F 817, par laquelle la société Télésélection a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés M6, M6 Interactions et Téléshopping ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus, le représentant de la société Télésélection ayant été régulièrement convoqué ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,
Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - **Le secteur**

Le téléachat

Le secteur concerné par les pratiques dénoncées par la société Télésélection est celui de la distribution de produits divers, ayant comme caractéristique d'avoir été présentés dans des émissions télévisées de téléachat. Le téléachat est défini par le décret n° 95-77 du 24 janvier 1995 comme « *une émission consacrée en tout ou partie à la présentation et à la promotion de biens ou de services offerts directement à la vente* ».

Lors de son apparition en France à la fin des années 80, plusieurs émissions de téléachat ont été créées sur les chaînes hertziennes puis ont rapidement disparu. En 1995, à l'époque des faits concernés par la présente décision, subsistaient une émission diffusée par TF1, intitulée « Télésopping », et une émission diffusée sur M6, intitulée « M6 Boutique ».

Pour la réalisation de son émission, M6, via sa filiale Interactions, était, en 1995, associée au groupe suédois Kinnevik, ainsi qu'à la société PBRK (Pierre Bellemare et Roland Kluger) et à Lyonnaise Communications. Leur filiale commune, la société Home Shopping Service (Kinnevik, 56 % ; PBRK, 13,5 % ; Lyonnaise Communications, 13,5 % ; M6 Interactions, 17 %), réalisait également une émission de téléachat diffusée sur la chaîne câblée Paris Première, à laquelle s'est ajoutée depuis une émission de téléachat diffusée sur la chaîne câblée Teva. De son côté, TF1 a créé une filiale, Télésopping, chargée de la réalisation de l'émission « Télésopping », dont la société PBRK détenait 15 % du capital en 1995. Aujourd'hui, M6 et TF1 contrôlent en totalité le capital de leur filiale spécialisée dans le téléachat.

Par ailleurs, en 1995, deux chaînes câblées étaient dédiées au téléachat. La première, « Club Téléachat », associait la société PBRK, le groupe Kinnevik, M6 et Lyonnaise Communications et a depuis été reprise par la société Home Shopping Service. La seconde, « Télé Achat », avait été lancée par la société Plaisance Films et le groupe Générale des Eaux. Elle a cessé d'émettre en 1997.

Plus récemment, plusieurs chaînes de téléachat ont été lancées sur les bouquets satellite par les grandes chaînes hertziennes. Canal Plus diffuse depuis 1996 « Spectacle », une chaîne d'informations culturelles et de téléachat de produits culturels, sur Canal Satellite. La chaîne « Club Téléachat » est émise en continu depuis 1998 sur TPS et la société Télésopping a créé la même année la chaîne « Shopping Avenue », diffusée également sur TPS.

Ces émissions proposent divers produits : électroménager, produits d'entretien et de décoration, bricolage, hifi-vidéo, ustensiles de cuisine, bijoux, produits alimentaires, etc. Il est possible de trouver certains de ces produits dans d'autres circuits de distribution, comme les grandes surfaces ou la vente par correspondance.

La distribution de ces produits est en outre assurée par un réseau de six boutiques exploitées directement par M6 sous l'enseigne « M6 Club », implantées dans les villes de Lille, Nancy, Bordeaux, Grenoble, Rennes et Lyon. Ces boutiques offrent à la vente des produits présentés dans l'émission de téléachat « M6 Boutique », avec le support de téléviseurs diffusant l'émission en continu. TF1 a également ouvert un réseau de boutiques sous l'enseigne « Télésopping » qui fonctionnent sur le même mode.

B. - **Les faits**

1. *Le réseau Télésélection et le contrat de distribution conclu avec la société Mediashop*

La SA Télésélection, créée par M. Jean-Roger Richard le 30 juin 1995, a racheté à la SA Financière Inforter, dont M. Richard était le P-DG, l'activité de distribution de produits « vus dans des émissions de téléachat » créée par celle-ci quelques mois auparavant, ainsi que la marque « Télésélection ». Début 1995, la société Financière Inforter avait constitué un réseau de boutiques offrant à la vente des produits vus dans des émissions de téléachat. Elle avait notamment diffusé dans l'ICF Commerce de janvier, magazine spécialisé dans la franchise, un dossier publicitaire vantant les avantages de la vente directe en magasin par rapport à la commande par téléphone au cours de l'émission de téléachat. Le réseau Télésélection reposait sur un contrat de concession et d'assistance par lequel la société Financière Inforter concédait à ces magasins le droit d'utiliser « le concept Télésélection » et de s'identifier par l'enseigne Télésélection. Elle-même était chargée d'assurer l'approvisionnement de ces magasins en produits « vus dans des émissions de téléachat » et négociait à cette fin avec les fournisseurs sélectionnés.

Le fournisseur à titre principal était Mediashop, une société de droit luxembourgeois, créée par le groupe suédois Kinnevik et la société PBRK (Pierre Bellemarre et Roland Kluger), pour la réalisation d'émissions de téléachat dans des pays non francophones, ainsi que l'achat et la vente des produits qui y sont présentés.

La société Financière Inforter avait signé le 27 janvier 1995 avec Mediashop un contrat de distribution qui concédait à celle-ci l'exclusivité de la vente des produits présentés dans l'émission « M6 Boutique », hormis dans les villes où existait une boutique « M6 Club ». De son côté, la société Financière Inforter s'engageait à s'approvisionner exclusivement auprès de la société Mediashop, ou de tout fournisseur désigné par elle, pour tous les produits figurant en annexe du contrat. Pour chaque produit sélectionné, il était prévu que la société Mediashop remette à Financière Inforter un master de la cassette vidéo du film de présentation du produit, que Financière Inforter était autorisée à reproduire pour satisfaire aux besoins des concessionnaires Télésélection. Selon M. Oudet, directeur général de la société Home Shopping Service, ce contrat a été passé avec Mediashop, et non avec Home Shopping Service, chargée de la commercialisation des produits proposés dans l'émission de téléachat « M6 Boutique », parce que les statuts de cette dernière ne lui permettaient pas de vendre à un réseau de distribution classique.

Le réseau Télésélection a connu, selon M. Richard, un développement rapide puisqu'à l'été 1995, huit magasins à l'enseigne Télésélection étaient ouverts et huit autres étaient en projet. Les produits distribués dans ces magasins étaient pour la plupart commandés à la société Mediashop ou aux fournisseurs indiqués par cette dernière. Selon M. Richard, la société Télésélection s'efforçait de développer des relations commerciales avec d'autres fournisseurs et avait approché TF1 afin de négocier un contrat lui permettant d'être approvisionnée en produits vus dans l'émission « Télésélection », similaire à celui relatif aux produits de l'émission « M6 Boutique ».

Selon les déclarations de M. Richard, des problèmes seraient rapidement apparus dans l'exécution du contrat de distribution passé avec la société Mediashop, les délais de livraison prévus n'ayant jamais été respectés. A partir de juillet 1995, les livraisons auraient été de plus en plus mal assurées et les relations avec la société Home Shopping Service se seraient dégradées. M. Richard assure qu'un responsable de la société Home Shopping Service lui aurait communiqué la liste des fournisseurs en lui conseillant de s'adresser directement à eux. Il soutient que beaucoup de ces fournisseurs ont cependant refusé de le livrer en objectant qu'il ne faisait pas partie du réseau M6.

La société Mediashop a ensuite dénoncé en septembre 1995 le contrat de distribution passé avec Télésélection. M. Oudet explique cette dénonciation par le fait que la gérante de la boutique M6 Club à Bordeaux a constaté que la boutique Télésélection de l'agglomération bordelaise diffusait en boucle sur des moniteurs vidéo, non seulement le film de présentation

du produit, fourni par la société Mediashop conformément au contrat, mais aussi des enregistrements de l'émission « M6 Boutique » diffusée sur M6, sur lesquels apparaissaient clairement les logos M6 et M6 Boutique et les animateurs de l'émission. Considérant que cette utilisation des émissions « M6 Boutique » était tout à fait contraire à l'esprit du contrat de distribution, la société Mediashop a rompu ses relations commerciales avec Télésélection et les sociétés Métropole Télévision M6 et M6 Interactions ont engagé des poursuites contre cette société.

2. Les actions en justice engagées par les sociétés Métropole Télévision M6 et M6 Interactions

Au cours du mois de septembre 1995, à la demande de M6 et de M6 Interactions, des huissiers se sont rendus dans sept magasins à l'enseigne Télésélection. Le 29 septembre 1995, une perquisition effectuée au siège de la société Télésélection, à la demande de M6 et de M6 Interaction, a permis à l'huissier de conclure que certaines cassettes vidéo diffusées dans ces boutiques contenaient des enregistrements de l'émission « M6 Boutique » et que les prix pratiqués par le réseau Télésélection étaient les mêmes que celui annoncé dans cette émission. M6 et M6 Interaction ont ensuite, le 19 octobre 1995, assigné la société Télésélection et les concessionnaires du réseau devant le tribunal de grande instance de Toulon pour contrefaçon de marque et concurrence déloyale et parasitaire. Ces sociétés constataient de plus que Télésélection dénigrait le téléachat dans la publicité destinée à recruter de nouveaux concessionnaires.

Par jugement du 4 novembre 1996, le président du tribunal de grande instance de Toulon, à la demande de la société Télésélection, a sursis à statuer en attendant la décision du Conseil de la concurrence.

Au vu des poursuites engagées par M6, les concessionnaires du réseau se sont retournés contre Télésélection en protestant que cette société leur avait assuré avoir le soutien de la chaîne de télévision. Ils ont refusé de payer les droits prévus par le contrat de concession, entraînant la cessation d'activité de la société Télésélection.

3. Le litige opposant la société Télésélection et la société Télishopping

Le 5 octobre 1995, la société Télishopping a assigné la société Financière Inforter devant le tribunal de grande instance de Nanterre en contrefaçon de marques et concurrence déloyale et parasitaire ; ayant ensuite appris que la société Financière Inforter avait cédé sa branche d'activité de développement de réseau de vente, elle a, les 13, 14, 15, 20 février et 1^{er} mars 1996, assigné la société Télésélection, avec d'autres entreprises, devant la même juridiction et aux mêmes fins que la société Financière Inforter ; la société Télésélection a demandé reconventionnellement l'allocation de dommages et intérêts pour procédure abusive ;

Le tribunal de grande instance de Nanterre a débouté les deux parties le 7 septembre 1998 : la société Télishopping, au motif que « celle-ci, à l'audience de plaidoiries, ne versait aux débats aucun dossier, aucune pièce à l'appui de ses prétentions », la société Télésélection, au motif qu'elle n'établissait pas que « la procédure aurait eu pour seul but de lui interdire d'exister sur le marché et qu'elle aurait subi un préjudice de 2 000 000 francs, que ce préjudice n'est démontré par aucun document, aucun moindre commencement de preuve ; que par ailleurs elle ne prouve pas que la procédure aurait été engagée de façon abusive et qu'il n'y a lieu à dommage et intérêts de ce chef ».

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Considérant que la société Télésélection, dans la saisine déposée devant le Conseil, conteste les accusations de contrefaçon de marque et de concurrence déloyale et parasitaire portées contre elle par les sociétés Télésourcing, M6 et M6 Interactions ; qu'elle soutient que les sociétés Télésourcing, M6 et M6 Interactions, qui détiennent le monopole des émissions de téléachat, ont abusé de leur position dominante sur le marché connexe de la vente de produits ayant fait l'objet d'une émission de téléachat en poursuivant la société Télésélection en justice et en interrompant leurs relations contractuelles avec elle ;

Considérant, cependant, que l'accès au juge est un droit fondamental ; que le fait pour une entreprise qui occuperait une position dominante d'intenter une action en justice ne saurait être qualifié de pratique anticoncurrentielle que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, lorsque l'action ne vise manifestement pas à faire valoir ce que l'entreprise peut légitimement considérer comme étant son droit et qu'elle est conçue dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer, par ce harcèlement, la concurrence ;

Considérant que les sociétés M6 et Télésourcing peuvent raisonnablement estimer être titulaires, sur les marques « M6 », « M6 Boutique » et « Télésourcing » qu'elles ont déposées à l'INPI, des droits qui leur sont conférés par l'article L. 713-2 du code de la propriété intellectuelle, et être fondées à les défendre devant les tribunaux compétents ; que, dès lors, et sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur le mérite des demandes de ces sociétés, dont l'appréciation relève du seul juge compétent, les actions en justice concernées ne sauraient être analysées comme des abus ; qu'il n'est donc pas nécessaire de rechercher si l'une ou l'autre de ces entreprises était, à l'époque des faits, en situation dominante sur un marché pertinent au regard de l'activité exercée par la société Télésélection ;

Considérant, par ailleurs, que le fait pour plusieurs entreprises d'agir en justice de concert contre une tierce entreprise ne pourrait également être qualifié de pratiques anticoncurrentielle que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles ; qu'en tout état de cause, il n'est pas établi que les actions en justice engagées, à quatorze jours d'intervalle, par M6 et M6 Interactions, d'une part, et par Télésourcing, d'autre part, aient fait l'objet d'une concertation, le simple parallélisme de comportement étant, en l'absence d'autres éléments, insuffisant pour établir l'existence d'une entente ; que ce parallélisme peut, en effet, résulter de prises de décisions identiques, mais indépendantes, d'entreprises réagissant dans le même contexte, en l'occurrence la mise en place du réseau de magasins Télé Sélection ;

Considérant, de même, qu'aucun élément du dossier ne permet de considérer que la dénonciation, également motivée par la défense du droit de la propriété intellectuelle, par la société Mediashop du contrat de distribution signé avec Télésélection le 27 janvier 1995 aurait eu un objet ou un effet concurrentiel ; qu'en conséquence, la rupture de ce contrat et l'arrêt des livraisons au réseau Télésélection qui en est résulté relèvent d'un litige commercial étranger au champ d'application du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les faits dénoncés ne peuvent être considérés comme des pratiques prohibées par le titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée et qu'il y a donc lieu de faire application des dispositions de l'article 20 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

Décide :

Article unique

Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de Mme Mouy, par Mme Hagelsteen, présidente, Mmes Boutard-Labarde, Flüry-Herard, MM. Lasserre, Nasse, Robin, membres.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 85

**Décision n° 99-D-78 du Conseil de la concurrence en date du 15 décembre 1999
relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de la porcelaine de Limoges**
NOR : ECOC0000063S

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre en date du 10 septembre 1993, enregistrée sous le numéro F 622, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées dans le secteur de la porcelaine de Limoges ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés Bernardaud, Haviland, Raynaud et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Bernardaud, Haviland et Raynaud entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés,

I. - CONSTATATIONS

A. - Le secteur concerné

1. Le produit

La porcelaine est un type de céramique qui se distingue de la faïence ou du grès par sa pâte compacte, imperméable et translucide. Elle est définie en France par le décret n° 78-141 du 8 février 1978 comme un « mélange de matières kaoliniques, argileuses, fondantes (notamment feldspathiques), siliceuses et dégraissantes, mis en forme avant cuisson par façonnage “en poudre”, en “pâte” ou en “barbotine” ». Le produit doit, en outre, présenter des caractéristiques de densité, de porosité et de translucidité fixées réglementairement.

La plus importante production française de porcelaine concerne les produits dits des « arts de la table », à savoir :

- les produits à usage du consommateur final, en porcelaine fine traditionnelle (services de table ou objets décoratifs et de fantaisie tels que vases, statuettes et miniatures) ;
- les produits destinés à l'hôtellerie et aux collectivités, qui obéissent à des caractéristiques techniques différentes.

Les deux principaux centres de production de la porcelaine française sont la région du Berry et la ville de Limoges. Les porcelainiers de Limoges produisent essentiellement de la porcelaine haut de gamme et de prestige, illustrée par les grandes marques Bernardaud, Haviland et Raynaud, tandis que les fabricants de porcelaine du Berry ont une production plus diversifiée. Le groupe Deshoulières est le plus connu des producteurs de cette région.

L'indication d'origine « Limoges » ne bénéficie pas de la reconnaissance et de la protection d'une appellation d'origine. Elle constitue toutefois une dénomination défendue par l'Union des fabricants de porcelaine de Limoges regroupant les marques de notoriété (dont Bernardaud, Haviland, Raynaud, Coquet, Jammes-Seignolle) et témoigne de la volonté des fabricants de différencier les produits en porcelaine de Limoges des autres catégories de porcelaine, notamment en en limitant strictement la provenance. Elle est, par ailleurs, considérée comme un indice de qualité par les consommateurs. Le tribunal de commerce de

Limoges a considéré dans un jugement de 1962, confirmé par la cour d'appel de Limoges, que seule méritait l'indication « Limoges » la porcelaine fabriquée et décorée à Limoges.

2. L'offre

En 1991, les fabricants de porcelaine française ont réalisé un chiffre d'affaires total de 1,240 milliard de francs. Depuis 1982, la production a connu une chute continue, passant de 16 000 tonnes à 10 900 tonnes en 1992, si l'on excepte la brève période de reprise de 1987 à 1990. En 1996, le chiffre d'affaires total s'est élevé à 1,104 milliard de francs. La part du chiffre d'affaires des fabricants de porcelaine de Limoges dans le chiffre d'affaires total de la porcelaine française tend à diminuer continuellement depuis 1987, au profit des porcelainiers du Berry (56 % en 1987, 55 % en 1992, 52,7 % en 1995 et 51,7 % en 1996).

Les producteurs

En 1992, une quarantaine d'entreprises se partagent la production de la porcelaine de Limoges ; il s'agit essentiellement de PME d'origine et à structure familiale orientées vers la fabrication de porcelaine fine de table, vendue par un réseau de points de vente spécialisés. Deux seulement de ces entreprises ont un effectif supérieur à 200 personnes (Bernardaud et Haviland) ; dix-huit entreprises ont moins de cinquante salariés. Ces entreprises ont réalisé en 1991 un chiffre d'affaires total de 675 millions de francs, dont 35 % par les sociétés de prestige Bernardaud, Haviland et Raynaud (respectivement 18, 11 et 5,6 %). Caractérisées par une masse salariale relativement importante et une taille réduite, les entreprises limougeautes doivent faire face à un certain nombre de handicaps. Situées sur le segment haut de gamme du marché de la porcelaine française, elles connaissent les difficultés afférentes aux secteurs du luxe, à savoir une demande plus orientée vers le rapport qualité-prix. Les porcelainiers de Limoges ne disposent pas de la surface financière nécessaire aux investissements dans le marketing et la recherche créative. Leurs principaux concurrents, Villeroy et Boch, Rosenthal, Hutschenreuther, Wedgwood ou Royal Doulton, sont de grosses sociétés, dont le chiffre d'affaires dépasse le milliard de francs et dont la production est diversifiée, allant du moyen de gamme au luxe, tandis que les porcelainiers de Limoges ont un chiffre d'affaires inférieur à 200 millions de francs et sont spécialisés dans les produits haut de gamme. Enfin, la demande des consommateurs évolue ; la part représentée par les services de table en porcelaine de Limoges dans les listes de mariage tend à diminuer au profit d'autres produits, tels la hi-fi ou l'ameublement et les voyages. En outre, les pièces sont de plus en plus vendues à l'unité et non plus par services entiers.

Les distributeurs

La porcelaine haut de gamme, dont fait partie la porcelaine de Limoges, est commercialisée par deux catégories de distributeurs :

- les artisans spécialisés, exploitant des magasins d'« arts de la table », qui, outre la porcelaine, vendent d'autres articles liés à la table, tels que des articles d'argenterie ou de cristallerie ;
- les grands magasins qui disposent de rayons spécialisés dans les arts de la table (Printemps, Galeries Lafayette, Nouvelles Galeries, Samaritaine).

3. Les marchés pertinents

Les produits en porcelaine de Limoges de marque Bernardaud, Raynaud et Haviland font partie du segment haut de gamme du secteur de la porcelaine.

Les fabricants de porcelaine de Limoges revendiquent pour leurs produits un

positionnement sur le segment de luxe du marché de la porcelaine, qu'ils justifient par l'organisation de réseaux de distributeurs agréés, par une politique de sélection rigoureuse des articles produits et, enfin, par la protection du nom de « Limoges », conçu comme un label de qualité.

Le recours à un nombre restreint de revendeurs spécialisés, liés aux fabricants par des contrats de distribution sélective, renforce, aux yeux des consommateurs, la notoriété et le prestige de trois marques citées et les place aux côtés des marques Villeroy et Boch, Rosenthal, Hutschenreuther, Wedgwood ou Royal Doulton.

Dans chaque agglomération, plusieurs distributeurs spécialisés dans les arts de la table où les grands magasins peuvent répondre à une demande potentielle de porcelaine de luxe, leur zone de chalandise pouvant s'étendre, au-delà de la ville où ils sont implantés, à l'ensemble du département. Chacun de ces marchés locaux peut être considéré comme un marché spécifique.

4. Les trois sociétés en cause

La société Bernardaud est une société anonyme dont le siège social est situé 27, rue Albert-Thomas, à Limoges. Il s'agit du premier fabricant de porcelaine de Limoges. Elle détient 60 % du capital de la Société ancienne manufacture royale implantée à Aix-sur-Vienne et exploite trois unités de production en Haute-Vienne, une direction commerciale ainsi qu'un magasin implantés rue de Paradis, à Paris (Bernardaud Diffusion). D'un effectif de 400 personnes en 1992, elle a réalisé en 1991 un chiffre d'affaires (HT) de 151,69 millions de francs, dont 45 % sur le marché intérieur et 55 % à l'exportation.

La société anonyme Manufacture moderne de porcelaine (RCS B 755 500 741) a acheté, le 30 décembre 1987, les éléments du fonds de commerce de la société Haviland manufacture de porcelaine, fondée en 1842. Cette société commercialisait deux marques, Haviland et Boyer, la première représentant 90 % du chiffre d'affaires de la société (103 345 000 F en 1990). Le 10 juillet 1994, soit postérieurement aux faits dénoncés, cette société a été absorbée par la SA Haviland (RCS 347 994 337), dont le siège social est situé rue Pierre-Lebon, ZI Nord, à Limoges. Elle réalise environ 50 % de son chiffre d'affaires à l'exportation.

La société anonyme A. Raynaud et C^{ie} fabrique de la porcelaine de haut de gamme depuis 1849. Son siège social est situé au 30, avenue Montjovis, à Limoges. Placée en redressement judiciaire par jugement du tribunal de commerce de Limoges du 24 juillet 1992, elle a bénéficié d'un plan de continuation par jugement du 18 décembre 1992 et est devenue, le 15 avril 1993, une société anonyme à directoire et conseil de surveillance. Elle a réalisé en 1991 un chiffre d'affaires de 47 348 000 F, dont 50 % à l'exportation. Son chiffre d'affaires a baissé en 1992 (34,5 millions) et en 1993 (28,8 millions) et ses résultats ont été déficitaires jusqu'en 1995 (- 3,2 millions de francs) ; depuis l'exercice 1996, la société dégage des bénéfices.

5. Les griefs notifiés

Ont été notifiés les griefs suivants :

A l'encontre de la société Bernardaud :

- d'avoir mis en place des contrats de distribution sélective contenant des clauses anticoncurrentielles, à savoir une clause se référant à la notion de « commerce traditionnel de produits de luxe », une clause imposant aux distributeurs de détenir un « stock suffisant pour répondre aux besoins des consommateurs » et une clause contraignant les distributeurs à s'acquitter d'un minimum d'achats lors de la première commande (grief n° 1) ;
- d'avoir mis en œuvre une police des tarifs, par la diffusion de tarifs « conseillés » dont le respect est contrôlé (grief n° 2) ;

- d’avoir résilié le contrat de distribution sélective de la société Pujol-Chaumet, à Toulouse (grief n° 3) ;
- d’avoir résilié le contrat de distribution sélective de la société Reynaud, à Toulouse (grief n° 4) ;
- d’avoir opposé un refus de vente à la société Regalo’s, à Pau (grief n° 5).

A l’encontre de la société Haviland :

- d’avoir mis en place des contrats de distribution sélective contenant des clauses anticoncurrentielles, à savoir une clause imposant la réalisation d’un chiffre d’affaires minimal pour garder la qualité de distributeur agréé et une clause soumettant à l’accord de Haviland les promotions publicitaires des distributeurs (grief n° 1) ;
- d’avoir refusé de contracter avec la société Pujol-Chaumet, à Toulouse (grief n° 2) ;
- d’avoir résilié le compte de la société Reynaud, à Toulouse (grief n° 3) ;
- d’avoir résilié le compte de la société Vog, à Toulouse (grief n° 4) ;
- d’avoir opposé un refus de vente à la société Reynaud, à Lyon (grief n° 5).

A l’encontre de la société Raynaud :

- d’avoir mis en place des contrats de distribution sélective contenant des clauses anticoncurrentielles, à savoir une clause se référant à la notion de « commerce traditionnel de produits de luxe », une clause imposant que le magasin soit situé directement sur une artère commerçante, une clause exigeant une vitrine sur rue, une clause imposant une surface minimum de vente, une clause imposant l’exposition de la totalité des vingt modèles leaders de la collection Raynaud, une clause interdisant aux distributeurs la revente des produits de marque Raynaud à tout grossiste, une clause imposant le respect des prix de vente fixés par le fabricant et une clause soumettant à l’accord de Haviland les promotions publicitaires des distributeurs (grief n° 1) ;
- d’avoir résilié le compte de la société Pujol-Chaumet, à Toulouse (grief n° 2).

Au stade du rapport écrit, ont été abandonnés le grief n° 2 à l’encontre de la société Bernardaud, la première branche du grief n° 1 et les griefs n° 2, 3 et 4 à l’encontre de la société Haviland et le grief n° 2 à l’encontre de la société Raynaud.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

A. - **Sur la prescription de la procédure**

Considérant que les sociétés Bernardaud, Haviland et Raynaud exposent que les faits soumis au Conseil sont prescrits, la saisine ministérielle ayant été enregistrée le 13 septembre 1993 et la notification de griefs subséquente ayant été effectuée le 9 janvier 1998 ; que les trois sociétés prétendent que le seul acte qui aurait été susceptible d’interrompre la prescription, à savoir le procès-verbal d’audition de M. Christophe Pujol, directeur général de la société Pujol-Chaumet, établi le 9 juillet 1996 par M. Thierry Bruand, rapporteur initialement désigné, serait irrégulier et, par conséquent, dépourvu d’effet interruptif sur le cours de la prescription ; qu’en effet, selon les sociétés mises en cause, la preuve que la personne entendue a été préalablement informée de la nature et du cadre juridique de l’enquête ne serait pas rapportée, ce qui entraînerait la nullité du procès-verbal d’audition ;

Considérant que le procès-verbal incriminé mentionne que le rapporteur agit « conformément aux dispositions des articles 45 et suivants de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986 » ; qu’il est daté et signé par le rapporteur et par M. Pujol ; qu’il ne porte ni la mention de l’objet de l’enquête ni l’indication que cet objet a été indiqué à l’intéressé ;

Considérant que, dans un arrêt du 2 mars 1999 (SA Seco-Desquenue), la cour d’appel, appréciant la valeur probatoire des mentions formelles des procès-verbaux produits, a énoncé que la seule utilisation, dans un procès-verbal de déclaration, de la « *formule préimprimée*,

telle que celle selon laquelle l'enquêteur "a indiqué à Monsieur X l'objet de l'enquête", ne permet pas (à elle seule) (...) de vérifier que les exigences légales et réglementaires ont été respectées, dès lors qu'elle ne mentionne pas d'une façon concrète l'objet et l'étendue de l'enquête » ; que la vérification du respect de ces exigences a pour objet de s'assurer que le recueil des preuves s'est déroulé dans des conditions loyales, de telle sorte que la personne auditionnée n'ait pu se méprendre sur la portée de ses déclarations et se trouver conduite à s'auto-incriminer ; que, dans un arrêt du 17 mars 1998 (syndicat des pharmaciens de l'Aveyron), la cour a, néanmoins, précisé que « la preuve du respect de l'obligation de loyauté peut être recherchée dans les énonciations du procès-verbal ou dans des éléments extrinsèques à celui-ci » ; qu'il y a donc lieu, en l'espèce, de vérifier si M. Pujol avait conscience de l'objet de son audition ; qu'il convient de rappeler qu'en sa qualité de directeur général de la société Pujol-Chaumet, M. Pujol est la principale victime, à Toulouse, des pratiques de résiliation des sociétés Bernardaud, Haviland et Raynaud ; qu'il ne pouvait ignorer que le rapporteur procédait à son audition dans le cadre d'investigations complémentaires concernant la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles par ces trois sociétés ; qu'il a, du reste, lui-même spontanément indiqué, lors de cette audition, qu'après la résiliation du contrat de distribution par la société Bernardaud, la reprise des livraisons avait été obtenue à la suite d'une ordonnance de référé ; que les sociétés Bernardaud, Haviland et Raynaud ne sont donc pas fondées à soutenir que le procès-verbal du 9 juillet 1996 aurait méconnu le principe du respect de l'obligation de loyauté ; qu'il convient, en conséquence, de dire que ce procès-verbal est régulier et qu'il a valablement interrompu la prescription ;

B. - Sur la validité des procès-verbaux d'enquête

Considérant que la société Bernardaud et la société Haviland exposent que la quasi-totalité des procès-verbaux sur lesquels s'appuie le rapporteur doit être écartée pour violation du principe de loyauté qui doit présider à la recherche des preuves ;

Considérant qu'il convient donc de vérifier si, conformément à la jurisprudence rappelée ci-dessus, l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves a bien été respectée dans chacune des auditions concernées, ce qui peut ressortir des énonciations des procès-verbaux eux-mêmes ou d'autres éléments extrinsèques à ceux-ci ;

Considérant que les procès-verbaux d'audition de M. Christian Morelle, directeur commercial de la Manufacture moderne de porcelaine, du 2 septembre 1992, de M. de Martimprey, directeur commercial de la société Raynaud, du 27 février 1992, de M. Pierre Bernardaud, président de la société Bernardaud, du 1^{er} avril 1992, et de M. Frédéric Bernardaud, directeur du marketing de la même société, du 19 juin 1992, ne comportent ni la mention de l'objet de l'enquête ni l'indication que celui-ci a été indiqué aux intéressés ; que, s'agissant des procès-verbaux d'audition de M. Morelle et de M. de Martimprey, le fait que ces deux personnes évoquent expressément le litige Pujol-Chaumet ne démontre pas qu'elles aient eu, préalablement à leur audition, connaissance de l'objet de l'enquête, leurs déclarations faisant apparaître qu'elles ont répondu à une interpellation de l'enquêteur sur ce point ; que, s'agissant de MM. Pierre et Frédéric Bernardaud, leurs déclarations ont largement débordé le champ de la résiliation du contrat de distribution de la société Pujol-Chaumet qui avait donné lieu à une ordonnance de référé en date du 15 janvier 1992 et qu'elles se sont étendues à la totalité de leur système de distribution sélective ; qu'ainsi, il n'a pas été satisfait à l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves ; que les sociétés Bernardaud, Haviland et Raynaud sont donc fondées à demander que les procès-verbaux dont il s'agit soient écartés des débats ;

Considérant, en revanche, que le procès-verbal d'audition de Mme Nadal du 15 mai 1992 ainsi que le procès-verbal d'audition de M. Georges Pujol du 7 mai 1992 sont réguliers, bien que ne contenant ni l'objet de l'enquête ni la mention de l'ordonnance de 1986 ; qu'en effet,

Mme Nadal s'est présentée spontanément aux services d'enquête pour se plaindre du refus de vente opposé par la société Bernardaud ; qu'elle ne pouvait donc, par hypothèse, se méprendre sur l'objet de l'enquête, étant elle-même à l'origine de celle-ci ; que, par ailleurs, le procès-verbal d'audition de M. Pujol du 7 mai 1992 fait suite à l'ordonnance de référé du 15 janvier 1992 qui, sur la demande de la société Pujol, a condamné la société Bernardaud à reprendre ses livraisons à ce distributeur ;

Considérant que les circonstances de rédaction des procès-verbaux d'audition de Mme Calamelli du 30 avril 1992, de M. Félix du 5 mai 1992 et de M. Apostolu du 24 avril 1992, bien que ne contenant pas l'objet de l'enquête ni la mention de l'ordonnance de 1986, démontrent qu'ils ont été établis loyalement ; qu'en effet, Mme Calamelli exploite, à Toulouse, le magasin Arty, M. Félix le magasin Félix et M. Apostolu, le magasin Espitalier Line ; que tous trois sont spécialisés dans les arts de la table et distribuent les principales marques de porcelaine de Limoges ; que, saisi par la société Pujol-Chaumet, le président du tribunal de grande instance de Toulouse avait, par ordonnance du 30 octobre 1991, commis un huissier pour se rendre dans ces trois magasins, aux fins de décrire les conditions dans lesquelles étaient présentés à la clientèle les produits Bernardaud ; que l'huissier a dressé un procès-verbal de constat de ses opérations, le 12 novembre 1991 ; qu'à chaque visite, il a fait part de sa mission au distributeur concerné et lui a signifié l'ordonnance en vertu de laquelle il agissait ; que les termes de cette ordonnance ne laissent aucun doute sur la comparaison que l'huissier devait établir entre le magasin Pujol-Chaumet, dont les pratiques de prix avaient motivé l'intervention des concurrents auprès du fournisseur tête de réseau, et les magasins des trois distributeurs ; qu'ainsi, interrogés en avril-mai 1992, ceux-ci ne pouvaient se méprendre sur l'objet de l'enquête ; que, dès lors, les procès-verbaux relatant leurs déclarations sont réguliers ;

C. - Sur les pratiques

1. Concernant la société Bernardaud

a) Le contrat de dépositaire agréé (grief n° 1)

Sur l'exception de chose jugée :

Considérant que la société Bernardaud soutient que les griefs relatifs au caractère anticoncurrentiel de certaines clauses du contrat de dépositaire agréé ne peuvent plus être soulevés, en raison de l'autorité de chose jugée qui s'attache au jugement du tribunal de commerce de Pau en date du 2 octobre 1996 ; que le tribunal de commerce, saisi par le ministre de l'économie d'un refus de vente opposé par la société Bernardaud à un distributeur de porcelaine de la ville de Pau, la société Regalo's, a jugé que la société Bernardaud s'était rendue coupable, à l'encontre de la société Regalo's, d'un refus de vente, en violation de l'article 36 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, et l'a condamnée à verser à cette société 40 000 F à titre de dommages et intérêts ; que cette juridiction a aussi été appelée à statuer sur la validité du mode de distribution sélective choisi au regard de l'article 7 de l'ordonnance ; que le jugement contient la disposition suivante : « la société Bernardaud devra mettre ses contrats commerciaux en conformité avec la réglementation en la matière et selon les observations qui lui ont été faites par le ministre de l'économie » ; que, de fait, les nouveaux accords de distribution sélective mis en place par la société Bernardaud depuis le mois de janvier 1993 ne contiennent plus les clauses incriminées ;

Considérant que le moyen soutient, en réalité, non pas que le Conseil, s'il entrait en voie de condamnation, méconnaîtrait l'autorité de la chose jugée par le tribunal mais qu'il se prononcerait alors sur des faits déjà jugés ; qu'il ne pourrait en être ainsi que si la demande était formée entre les mêmes parties, reposait sur le même fondement juridique et avait le même objet ; qu'en l'espèce il n'y a pas identité d'objet avec le litige dont a eu à connaître le tribunal de commerce de Pau ; qu'en effet le ministre de l'économie a poursuivi devant le

tribunal de commerce de Pau la nullité de plusieurs dispositions du contrat de distribution sélective, tandis que, devant le Conseil de la concurrence, il agit en vue de l'application de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que, de surcroît, le dispositif du jugement ne se prononce pas sur la validité du contrat au regard de l'article 7 ; que l'exception de chose jugée ne peut donc être ici invoquée ;

Sur les clauses incriminées :

Considérant que, dès lors qu'ils préservent le jeu d'une certaine concurrence sur le marché, les systèmes de distribution sélective sont conformes aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, si les critères de choix des revendeurs ont un caractère objectif et ne sont pas appliqués de façon discriminatoire, s'ils n'ont ni pour objet ni pour effet d'exclure une ou des formes déterminées de distribution qui seraient aptes à distribuer les produits en cause ou de créer des barrières artificielles à l'entrée sur le marché de la distribution des produits concernés et s'ils maintiennent la liberté commerciale des revendeurs quant aux prix pratiqués vis-à-vis des consommateurs ;

Considérant que les conditions d'agrément des distributeurs, exposées dans le préambule du contrat de distribution sélective proposé par la société Bernardaud à ses distributeurs et conçu en 1988, se réfèrent à la notion de « commerce traditionnel de produits de luxe », exercé soit « dans le cadre d'un magasin spécialisé dans les arts de la table », soit « dans le cadre d'un département spécialisé à l'intérieur d'un magasin » ; que cette notion de commerce traditionnel peut aboutir à exclure certaines formes modernes de distribution ; que, dès lors, la référence à un tel critère constitue une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'en vertu de l'article 2 du contrat de distribution le distributeur agréé s'engage, notamment, à détenir un stock suffisant pour répondre aux besoins des consommateurs et à entretenir un courant d'affaires minimum avec le fournisseur, « comme défini à l'annexe I » ; que cette annexe fixe le niveau de commande minimal pour une ouverture de compte à 40 000 F et le montant minimal annuel d'achats hors taxe à 25 000 F, lesdits montants variant en fonction de l'importance de l'agglomération concernée ;

Considérant que les obligations de constituer des stocks ou de s'acquitter d'un minimum d'achat lors de la première commande constituent des exigences qualitatives si elles contribuent à une meilleure distribution du produit concerné ;

Considérant qu'en l'espèce un distributeur qui souhaite entrer sur le réseau de distribution Bernardaud doit réaliser une immobilisation immédiate en stock d'un montant très nettement supérieur au montant du chiffre d'affaires minimum annuel exigé d'un distributeur déjà membre du réseau ; qu'ainsi, pour une ville de moins de 100 000 habitants, le fabricant exige une commande minimale de 40 000 F pour une ouverture de compte, alors que le montant annuel d'achats minimum imposé aux distributeurs agréés est de 25 000 F ; que, cependant, la différence entre ces deux obligations apparaît justifiée par la nécessité, pour les nouveaux distributeurs, de se procurer une gamme homogène de produits, alors que les distributeurs déjà en place auront simplement à compléter leur gamme chaque année ; qu'ainsi les obligations mises à la charge des nouveaux membres du réseau n'apparaissent pas excessives au regard des nécessités d'une bonne distribution du produit ; que l'obligation de détenir « *un stock suffisant pour répondre aux besoins des consommateurs* » ne saurait être isolée de la clause précédente et, dès lors, ne peut être taxée d'imprécision ; qu'enfin les clauses incriminées ont disparu dans la nouvelle rédaction des accords de distribution sélective mis en place par la société Bernardaud depuis le 1^{er} janvier 1993 ; qu'ainsi il n'y a pas lieu de retenir les deux dernières branches du grief n° 1 ;

b) Les pratiques dénoncées sur le marché toulousain
à l'encontre de la société Pujol-Chaumat (grief n° 3)

Considérant que, par lettre recommandée avec accusé de réception du 18 septembre 1991, la société Bernardaud a signifié à la société Pujol-Chaumet sa décision de résilier le contrat de dépositaire agréé qui la liait à ce détaillant : *« Suite aux différents rapports établis par notre inspecteur des ventes, nous regrettons de constater que vous ne remplissez plus les conditions prévues dans notre contrat pour être dépositaire agréé. En effet, nous avons remarqué que le standing de votre surface de vente et les autres produits que vous y présentez sont sans rapport avec l'image de luxe et de qualité des produits Bernardaud. Cette situation qui nous a déjà été signalée est très préjudiciable pour notre image de marque et peut gravement compromettre nos efforts de promotion commerciale sur la région. De plus, lors des passages de notre inspecteur, vous ne remplissez pas plusieurs des obligations prévues à l'article 2 du contrat de dépositaire. Conformément au contrat, nous vous informons que nous mettons fin à nos relations commerciales en résiliant celui-ci [...] »* ; qu'en vertu de l'article 2 du contrat auquel il était ainsi référé le distributeur agréé s'engage, notamment, à *« présenter les produits Bernardaud de la meilleure manière possible, en particulier par l'agencement d'une surface d'exposition apte à assurer la promotion des produits Bernardaud. Cette surface aura un minimum de 3 mètres de linéaire sur 2 mètres de hauteur et devra être réservée aux produits Bernardaud »*, à *« mettre en devanture l'enseigne [Bernardaud], à présenter dans ses vitrines une exposition permanente des produits Bernardaud qui devront être bien identifiés »*, à *« tenir un stock suffisant pour répondre aux besoins des consommateurs »* et enfin à *« entretenir un courant d'affaires minimum avec le fournisseur (comme défini à l'annexe I) »* ;

Considérant que la société Bernardaud soutient que le refus de poursuivre le contrat de dépositaire agréé de la société Pujol-Chaumet était fondé au regard des pratiques dépréciatrices de « discount » pratiquées par ce distributeur et conteste son caractère discriminatoire ; qu'elle fait valoir qu'en tout état de cause et quand bien même la pratique serait considérée comme discriminatoire au sens de l'article 36 de l'ordonnance de 1986, cette pratique ne saurait, à elle seule, constituer une action concertée, non démontrée en l'espèce ;

Mais considérant que les motifs évoqués par la société Bernardaud dans sa lettre du 18 septembre 1991 pour résilier le contrat de distributeur de la société Pujol-Chaumet, à savoir l'incompatibilité du standing de la surface de vente et des autres produits vendus avec l'image de luxe des produits Bernardaud, sont contredits par les observations de l'huissier Cottin désigné par ordonnance du président du tribunal de grande instance de Toulouse en date du 30 octobre 1991 ; qu'il ressort, en effet, du procès-verbal de constat du 12 novembre 1991 que les produits de marque Bernardaud bénéficiaient, sur les murs de la salle d'exposition des produits « Arts de la Table », au premier étage du local commercial de Pujol-Chaumet, de trois modules de présentation à trois étagères, chacun formant un ensemble de trois mètres de linéaires de longueur sur deux mètres de hauteur entièrement consacrés à ces produits et bien identifiés par une imposte en lettre noires, chaque article étant référencé sur étiquette ; que, dans une lettre du 27 septembre 1991 faisant suite à la notification de la résiliation du contrat, la société Pujol-Chaumet expliquait que si, lors de la visite de l'inspecteur de la société Bernardaud, il n'y avait, dans sa vitrine linéaire, que deux mètres des produits de cette maison, ceci était compensé par des présentations de tables mises avec les services de porcelaine de la marque et que, de toute manière, les trois mètres linéaires consacrés à Bernardaud avaient été ultérieurement remis en place ; que l'huissier constatait encore que divers autres produits de marque (Villeroy et Boch, Royal-Doulton, Minton, Coquet, Raynaud) disposaient à proximité de la même présentation ; que les produits Bernardaud étaient aussi présentés sur des tables d'exposition au centre de cette salle ; que l'huissier notait qu'aucune porcelaine ne figurait à l'intérieur des vitrines visibles de la voie publique ; qu'à l'exception de cette observation, le constat d'huissier ne faisait donc pas

ressortir de manquement aux obligations fixées à l'article 2 du contrat de distribution sélective ; qu'en outre, ce constat ne révélait pas de distorsions flagrantes entre les conditions de distribution de la porcelaine Bernardaud par la société Pujol-Chaumet et les conditions de distribution de ces produits par les sociétés Félix frères et Arty, ses deux concurrents directs sur le marché de Toulouse ; qu'en effet, le même jour, l'huissier constatait, dans le local commercial de la société Arty, que les modules de présentation Bernardaud ne formaient pas un ensemble de trois mètres linéaires ; qu'il relevait, par ailleurs, l'absence de tout présentoir ou module de présentation réservé à la marque Bernardaud dans le local commercial de la société Félix frères ;

Considérant, en réalité, qu'il ressort des auditions des principaux concurrents de la société Pujol-Chaumet sur le marché de Toulouse, les sociétés Arty, Félix et Espitalier Line, distributeurs des produits Bernardaud, que la politique de prix de la société Pujol-Chaumet les gênait et qu'ils sont intervenus auprès de la société Bernardaud pour lui demander d'y mettre un terme ; que Mme Calamelli, exploitant la société Arty, a ainsi exposé aux enquêteurs : *« Sur la place de Toulouse, nous sommes très gênés par les pratiques commerciales de la société Pujol-Chaumet. La politique de rabais suivie par cette société n'est pas adaptée à la diffusion des produits des arts de la table, produits de luxe qui doivent être distribués dans un cadre adéquat, ce qui implique des investissements importants. Avec la maison Félix, autre seul véritable spécialiste des arts de la table de Toulouse, nous avons des accords vis-à-vis des prix et des remises sur liste de mariage. Nos magasins sont des magasins exclusifs des arts de la table et nous ne pouvons pas nous rattraper sur la bijouterie et de pseudo-cadeaux, dont la valeur annoncée est souvent contestable. Nous sommes moins gênés par la société Cash Collectivités car elle est en étage et n'a pas de vitrines sur rue »* ; qu'elle a aussi reconnu avoir fait pression sur la société Bernardaud, afin que cette dernière mette un terme à cet état de fait : *« Compte tenu de ces pratiques et dans la mesure où nous ne voulions pas suivre cette politique de surenchère de rabais, nous avons fait part à nos fournisseurs de notre malaise. Nous leur avons précisé qu'il nous était difficile de mettre en avant leur marque dans la mesure où nos efforts de promotion profitaient à Pujol-Chaumet. Les fournisseurs ont essayé de réagir, principalement Bernardaud. J'estime que la réaction de Bernardaud a été commercialement saine »* ; que M. Félix, de la société Félix frères, a aussi reconnu être intervenu auprès de la société Bernardaud : *« Je n'approuve pas la politique de remises élevées et de publicité sur les remises conduites par ce détaillant. J'ai été amené à attirer l'attention de certains fournisseurs sur ces pratiques. Je pense que je suis intervenu auprès des sociétés Bernardaud et Raynaud. Je ne les ai pas menacés de boycott, mais j'ai souligné le caractère dévalorisant pour le prestige de la marque, et des arts de la table en général, de telles pratiques »* ; que M. Apostolu, président-directeur général de la Société toulousaine des arts de la table, a reconnu être intervenu auprès de M. Frédéric Bernardaud pour faire cesser le « discount permanent » de la société Pujol-Chaumet ; qu'il a établi lui-même une relation de cause à effet entre son intervention et le refus de vente opposé à Pujol-Chaumet : *« Pour ce qui concerne ma société, je suis intervenu personnellement auprès de M. Frédéric Bernardaud, afin de souligner le problème soulevé par la société Pujol-Chaumet. (...) nous lui avons demandé de faire cesser ces pratiques de cette société, ce discount permanent. Je pense que les autres distributeurs ont agi de même. C'est à ce moment là que Bernardaud a refusé la vente à Pujol-Chaumet. Bernardaud m'a fait savoir depuis qu'il était contraint par la justice de livrer ce point de vente. Nous n'aurions pas cessé les achats mais nous voulions mettre la pression sur ce fournisseur. Nous craignons beaucoup que ces faits se reproduisent pour les Cristalleries Saint-Louis. (...) Nous ne sommes pas gênés par Cash Collectivités qui ne s'adresse pas à la même clientèle. Quant aux Galeries Lafayette, la politique limitant les rabais à 5 % du prix conseil est très correcte »* ; que M. Georges Pujol résumait ainsi l'attitude de ses concurrents, sur la place de Toulouse : *« Certains fournisseurs*

ont prétexté par écrit l'insuffisance de l'environnement pour nous opposer des refus de vente. Le tribunal de grande instance a fait un sort à ces allégations. Mais oralement et par téléphone, ces mêmes fournisseurs m'ont déclaré que c'était l'importance de mes remises qui posait problème. Ils m'ont même invité à harmoniser ma politique de remise avec les autres détaillants de la place » ;

Considérant qu'il résulte donc de l'instruction que le non-respect des critères qualitatifs n'était pas le motif réel de résiliation du contrat de distribution sélective et que les véritables raisons de cette résiliation résidaient dans la politique commerciale de remise de prix de la société Pujol-Chaumet, et donc de non-respect des prix conseillés par le fournisseur ; que la résiliation du contrat témoigne de la volonté de la société Bernardaud de sélectionner ses revendeurs non pas en fonction de critères objectifs, de nature qualitative, mais de leur adhésion à une politique commerciale ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de limiter la concurrence par les prix entre les revendeurs ; que cette pratique discriminatoire de résiliation a eu pour objet et a eu pour effet de restreindre la concurrence entre les distributeurs sur le marché toulousain de la porcelaine, par l'éviction de la société Pujol-Chaumet de la distribution des produits Bernardaud du 18 septembre 1991 au 15 janvier 1992, date à laquelle la société Bernardaud s'est engagée à reprendre ses livraisons à la société Pujol-Chaumet ; qu'intervenue dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, elle tombe sous le coup des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance de 1986 prohibant les ententes anticoncurrentielles ;

c) Les pratiques dénoncées sur le marché toulousain
à l'encontre de la société Reynaud (grief n° 4)

Considérant que, par lettre recommandée avec accusé de réception du 14 novembre 1991, rédigée dans des termes identiques à ceux du courrier adressé le 18 septembre à la société Pujol, la société Bernardaud annonçait à la société Reynaud la rupture de leurs relations contractuelles pour non-respect des clauses du contrat de distributeur agréé : *« Suite aux différents rapports établis par notre inspecteur des ventes, nous regrettons de constater que vous ne remplissez plus les conditions prévues par notre contrat pour être dépositaire agréé (...) »* ; que, dans une lettre datée du 23 juin 1992, la société Bernardaud motivait cette résiliation par l'absence de vitrine sur rue, d'enseigne commerciale et d'entrée élégante de l'établissement Reynaud ;

Considérant que la société Bernardaud reprend ici les mêmes arguments que précédemment, le refus de poursuivre le contrat de distribution sélective avec la société Reynaud ayant été, selon elle, motivé par les pratiques dépréciatrices de ce distributeur et ne constituant pas, en tout état de cause, une entente ;

Mais considérant qu'ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus les constatations effectuées par l'huissier, le 12 novembre 1991, chez les principaux concurrents de la société Reynaud ont permis d'établir que la plupart de ces distributeurs ne respectaient ni la clause d'enseigne ni la clause de vitrine ; qu'en effet, ni la société Arty ni la société Félix ne disposaient d'enseigne Bernardaud sur la rue ; qu'il ressort de l'instruction que, bien qu'à un moindre titre que la société Pujol, la politique de prix de la société Reynaud se démarquait elle aussi de celle des autres distributeurs de la place par la pratique de remises importantes et la réalisation de promotions publicitaires ; que ses concurrents sont intervenus auprès de la société Bernardaud et d'autres fournisseurs pour y mettre un terme ; que les deux réalisations se sont succédé à un bref intervalle et que les deux courriers sont rédigés en termes identiques ; qu'en outre, les conditions objectives de distribution des produits Bernardaud par la société Reynaud, inchangées, voire améliorées par la réfection, en novembre 1990, du rayon des arts de la table de ce magasin, attestent bien que les véritables motifs de cette pratique discriminatoire

résident aussi dans la politique commerciale de la société Reynaud ; que la résiliation du contrat conclu avec cette dernière témoigne de la volonté de la société Bernardaud de sélectionner ses revendeurs non pas en fonction de critères objectifs, de nature qualitative, mais de leur adhésion à une politique commerciale ayant pour objet et pouvant avoir pour effet de limiter la concurrence par les prix entre les revendeurs ; qu'il convient, pour les mêmes raisons que celles exposées plus haut, de constater que cette pratique discriminatoire de résiliation a eu pour objet et a eu pour effet de restreindre la concurrence sur le marché toulousain de la distribution de la porcelaine et, qu'intervenue dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, elle tombe sous le coup des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance de 1986 prohibant les ententes anticoncurrentielles ;

d) Les incidents de distribution survenus sur le marché de Pau (grief n° 5)

Considérant que trois sociétés distribuent les produits de la société Bernardaud dans l'agglomération paloise, les sociétés Le Ster, Thierry et Moreau orfèvre ; que, le 4 mars 1992, le représentant de la société Bernardaud, M. Imbert, visitait le magasin Nadal, exploité par la SARL Regalo's, concurrent des trois sociétés citées plus haut, et lui proposait les gammes de produits des marques « Bernardaud » et « Ancienne manufacture royale », les deux marques du groupe ; qu'une commande portant sur des produits des deux marques était passée à l'occasion de cette visite ; que, par courrier du 11 mars 1992, la société Bernardaud adressait au distributeur le contrat de distribution sélective en double exemplaire en lui demandant de faire le retour des deux documents signés et portant le tampon de la société Regalo's ; que les deux exemplaires du contrat étaient renvoyés à la société Bernardaud le 18 mars 1992 par le distributeur ; que, le 24 mars 1992, le magasin Nadal ne recevait que la livraison partielle de sa commande du 4 mars, portant exclusivement sur les produits de la marque « Ancienne manufacture royale » ; que, par lettre circulaire du 8 avril 1992, la société Bernardaud annonçait au distributeur la sortie de nouveautés et joignait les références et tarifs de ces nouveaux produits ; qu'en réponse à une lettre recommandée du distributeur datée du 13 avril 1992 le sommant de lui livrer les produits de marque « Bernardaud », le fabricant lui adressait une lettre datée du 24 avril 1992, dans laquelle il exposait les motifs de son abstention : *« Avant toute ouverture d'un nouveau dépositaire agréé Bernardaud, notre travail est logiquement d'aller voir le client en question, de visiter son magasin, de lui présenter notre contrat, ses engagements et d'étudier la situation générale de son entreprise. C'est la même démarche que nous adoptons à chaque fois, et nous avons procédé ainsi avec votre établissement. Après ces différentes enquêtes, nous avons jugé que votre établissement, vu sa faible activité, le grand nombre de fournisseurs déjà présents, ne pourrait remplir les engagements prévus par le contrat Bernardaud. (...) Nous restons très attentifs à la situation de nos distributeurs ; si des changements importants devaient intervenir à Pau, et si votre établissement poursuit son développement dans de bonnes conditions, nous devrions finir par trouver un accord (...) »* ; que la société Bernardaud n'a jamais repris ses relations commerciales avec la SARL Regalo's et qu'elle a été condamnée par le tribunal de commerce de Pau à verser 40 000 F de dommages-intérêts à cette dernière ;

Considérant que la société Bernardaud expose que le refus de vente opposé par elle à la société Regalo's a déjà été jugé sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance par le tribunal de commerce de Pau et que l'autorité de chose jugée qui s'attache à cette décision s'oppose à ce que le Conseil statue une nouvelle fois sur ce grief ;

Mais considérant que le tribunal de commerce de Pau, se fondant, non pas sur les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, mais sur celles de l'article 36, et retenant que la société Bernardaud s'était rendue coupable d'une violation de ce dernier texte en se livrant à des pratiques discriminatoires et à un refus de vente à l'égard de la société Regalo's, a condamné la société Bernardaud à réparer le préjudice ainsi causé à

la société Regalo's par le versement de dommages-intérêts ; que la chose jugée par cette décision ne fait donc pas obstacle à l'application, distincte, dans la présente procédure des articles 7 et 13 de l'ordonnance ;

Considérant, sur le fond, que la société Bernardaud invoque l'absence d'éléments démontrant l'existence d'une action concertée à l'origine du refus de vente ;

Mais considérant qu'il résulte de l'instruction que la société Bernardaud a invoqué, pour justifier son refus de vente à la SARL Regalo's, des motifs non prévus dans les conditions d'agrément du contrat type de dépositaire agréé, à savoir la faible activité de l'entreprise et le grand nombre de fournisseurs déjà présents sur le marché de Pau ; que, par ailleurs, selon le résumé du litige présenté par Mme Nadal, gérante de la SARL Regalo's, lors de son audition par les services d'enquête le 15 mai 1992, le véritable motif du refus de livrer les marchandises, allégué par le fabricant en la personne de M. Imbert, était l'existence d'un concurrent consacrant un espace privilégié aux produits Bernardaud dans son magasin à l'enseigne Moreau orfèvre : « *Ce même jour (...), M. Imbert (...) nous fait part de la décision de M. Frédéric Bernardaud de ne pas nous livrer car un de nos confrères qui vient de refaire son magasin consacre à "Bernardaud" un espace de présentation privilégié* » ; que cette déclaration est corroborée par l'enquête réalisée auprès des principaux concurrents du magasin Nadal et de laquelle il ressort que la Société pyrénéenne des arts de la table (SPAT), exploitant l'enseigne Moreau orfèvre, a signé, le 1^{er} avril 1992, avec la société Bernardaud un contrat de coopération commerciale prévoyant, à l'intérieur du magasin, la création d'un « îlot Bernardaud » exclusivement consacré à l'exposition permanente des pièces Bernardaud, conclu pour une durée de cinq années, ainsi qu'un contrat de coopération promotionnelle et publicitaire pour l'année 1992 ; que la signature de ces deux contrats est intervenue le 1^{er} avril, soit peu après la visite de M. Imbert au magasin Nadal, le 4 mars, et précédait de quelques jours l'annonce orale du refus de livrer du 8 avril, confirmée par écrit le 24 avril 1992 ; que cette pratique de refus de livraison aboutissait à refuser au magasin Nadal l'entrée dans le réseau de distribution sélective de la société Bernardaud ; qu'il résulte des constatations précédentes que ce refus d'entrée n'était pas motivé par le non-respect de critères prévus par le contrat de dépositaire agréé ; qu'il s'ensuit que la société Bernardaud n'a pas, en l'espèce, sélectionné un revendeur par référence à des critères objectifs ; qu'une telle pratique, intervenue dans le cadre d'un réseau de distribution sélective, constitue une entente prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

2. Concernant la société Haviland

a) Le contrat de distribution sélective et les conditions générales de vente (grief n° 1) L'article 5.4

Considérant que l'article 5.4 du contrat de distribution sélective dispose que « *Il est rappelé que Haviland est une marque déposée et protégée en ce sens. De ce fait, la marque et la signature "Haviland" ne pourront être utilisées par le distributeur qu'après accord écrit et préalable de Haviland. Sont particulièrement concernés tous les documents administratifs, annonces, actions promotionnelles ou publicitaires dont se sert ou qu'utilise le distributeur* » ;

Considérant que la société Haviland soutient que la clause précitée ne constitue pas une entrave à la liberté commerciale des distributeurs ; qu'elle expose qu'une telle clause a déjà été reconnue valable par la Commission européenne dans sa décision du 24 juillet 1992 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE au système de distribution sélective des parfums Givenchy (92/428/CEE) et ajoute que cette clause n'aurait pas été appliquée ;

Considérant qu'il résulte des termes de la clause ci-dessus reproduite qu'est visée la protection de la marque Haviland et qu'il n'est pas démontré que, sous couvert de protection

de la marque, la clause ait été utilisée en réalité pour dissuader les distributeurs de faire porter leurs campagnes publicitaires sur les prix ; qu'ainsi, il n'est pas établi que cette clause soit prohibée par l'article 7 de l'ordonnance susvisée ;

b) Les pratiques dénoncées sur le marché lyonnais à l'encontre de la société Reynaud (grief n° 5)

Considérant que M. Pous, gérant de la SARL Reynaud, a exposé, le 23 juillet 1991, aux enquêteurs de la direction de la concurrence de Lyon, qu'au salon Bhijorka de janvier 1991, le représentant de la société Haviland lui avait fait connaître que la société Haviland ne désirait plus lui livrer les nouvelles collections : que, depuis lors, la société Reynaud ne pouvait plus qu'obtenir les réassortiments dans les produits de la gamme Haviland, à l'exclusion des nouveautés ; que, par lettres des 28 janvier 1991 et du 14 février 1991, il avait demandé des explications à la société Haviland qui lui avait répondu, le 29 mars 1991 seulement, en ces termes : « *En aucun cas, nous ne vous avons indiqué prendre la décision de ne plus vous livrer, mais simplement porté à votre attention le fait que l'évolution de la situation dans la ville aurait des conséquences sur votre activité. Le développement de notre marque chez votre confrère, la Maison Chatet, représente plus du double de votre chiffre d'affaires avec notre société, et les perspectives de développement dans un magasin parfaitement adapté à une bonne présentation de nos produits nous permettent d'espérer un développement encore plus important. Notre expérience en ce domaine nous amène à réfléchir sur les possibilités de développement de notre marque chez vous à un moment où nous faisons des efforts pour améliorer la présentation de nos produits. Nous pensons qu'il sera utile de faire un point de situation avec vous à l'issue du premier semestre et d'évaluer ainsi ensemble les possibilités de développement de notre marque dans votre affaire* » ;

Mais considérant que la société Haviland a adressé néanmoins à M. Pous trois chevalets avec les nouveaux décors de la société, dont elle lui avait annoncé l'envoi dans une lettre du 7 mars 1991 ; que M. Pous a reconnu avoir passé commande de trois produits parmi les nouveautés Haviland de 1991, fin avril 1991 ; qu'ainsi, il n'est pas établi que la société Haviland ait opposé à la SARL Reynaud un refus de vente constitutif d'une pratique anticoncurrentielle prohibée par l'article 7 ;

3. Concernant la société Raynaud

a) Le contrat de distribution sélective (grief n° 1)

Considérant que, dès lors qu'ils préservent le jeu d'une certaine concurrence sur le marché, les systèmes de distribution sélective sont conformes aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 si les critères de choix des revendeurs ont un caractère objectif et ne sont pas appliqués de façon discriminatoire, s'ils n'ont ni pour objet ni pour effet d'exclure une ou des formes déterminées de distribution qui seraient aptes à distribuer les produits en cause ou de créer des barrières artificielles à l'entrée sur le marché de la distribution des produits concernés et s'ils maintiennent la liberté commerciale des revendeurs quant aux prix pratiqués vis-à-vis des consommateurs ;

Considérant que le premier critère de sélection des lieux de vente, exposé dans le *a* du contrat de distribution sélective de la société Raynaud, se réfère à la notion de « commerce traditionnel de produits de luxe », ayant pour objet la distribution d'articles de forte notoriété dans les arts de la table ; que cette notion de commerce traditionnel peut aboutir à exclure certaines formes modernes de distribution ; que, dès lors, la référence à un tel critère constitue une pratique prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que les critères de sélection des lieux de vente, exposés dans le *b* du contrat

de distribution sélective, sont relatifs aux caractéristiques du magasin, qui doit satisfaire aux trois conditions cumulatives suivantes :

- être situé directement sur une artère commerçante ;
- disposer d'une vitrine sur rue d'au moins trois mètres de large ;
- avoir une surface de vente minimum de plus de cinquante mètres carrés ;

Considérant que le cinquième critère de sélection des lieux de vente, énoncé dans le e du contrat de distribution sélective, est relatif à l'obligation pour le commerçant d'« *exposer la totalité des 20 modèles leaders de la collection Raynaud sous forme de têtes de service (6 pièces minimum) par magasins* » ;

Considérant que l'exigence d'une surface de vente minimum n'apparaît pas injustifiée au regard des nécessités de la distribution adéquate de produits de luxe ; qu'il convient donc de rejeter cette branche du grief ; que les autres clauses, en revanche, ne sauraient être considérées comme des conditions nécessaires à la distribution adéquate des produits en cause et sont de nature à dissuader certaines formes de commerce d'y accéder ; qu'elles peuvent avoir pour effet de limiter ou de restreindre le jeu de la concurrence ; qu'elles sont, dès lors, prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant, par ailleurs, qu'en vertu de l'article III-5 du contrat de distribution sélective, le revendeur « *s'engage à soumettre à l'accord préalable de A. Raynaud et C^{ie} toute action publicitaire ou promotionnelle portant sur les produits ou la marque A. Raynaud et C^{ie}. Cette action ne pourra être entreprise qu'après l'accord écrit de A. Raynaud* » ;

Considérant que la société Raynaud expose qu'elle avait le droit d'exercer un contrôle sur les documents publicitaires diffusés par ses revendeurs pour faire respecter la notoriété de ses produits, conformément à la décision citée plus haut de la Commission européenne du 24 juillet 1992 (Givenchy) ;

Considérant qu'il résulte des termes de la clause qu'est visée la protection de la marque Raynaud et qu'il n'est pas démontré que, sous couvert de protection de la marque, cette clause ait été utilisée en réalité pour dissuader les distributeurs de faire porter leurs campagnes publicitaires sur les prix ; qu'ainsi, il y a lieu d'écarter ce grief ;

Considérant que l'article III-6 du contrat de distribution sélective dispose : « *Agissant conformément à sa fonction économique, le revendeur détaillant agréé concentre ses efforts commerciaux sur la vente au détail à l'utilisateur final. A ce titre, il doit respecter les conditions et les prix de vente au public conseillés sur les tarifs de vente conseillés en vigueur, il s'interdit, par ailleurs, la revente des produits A. Raynaud et C^{ie}, tant en France qu'à l'étranger, à tout groupement, grossiste ou magasin de détail et de ne pas pratiquer de remise supérieure à 10 % sans l'accord express de A. Raynaud et C^{ie}* » ; que la portée de cette clause est renforcée par un paragraphe intitulé « *IX. - Cessation des relations commerciales* », dans lequel il est précisé que les relations commerciales pourront être résiliées sur le champ si le revendeur n'a pas respecté cette interdiction ; qu'ainsi, l'article III-6 limite la liberté commerciale du revendeur, par la fixation de prix imposés et par l'interdiction générale de revendre les produits ;

Considérant que la société Raynaud expose que la preuve des pratiques de prix imposés et d'interdiction de vente n'est pas rapportée ;

Mais considérant que la fixation de clauses imposant expressément aux distributeurs le respect de prix de vente au public conseillés par le fabricant a pour objet et peut avoir pour effet d'inciter les distributeurs à s'aligner sur ces prix conseillés et ainsi de restreindre la concurrence par les prix entre les distributeurs de produits de marque Raynaud en situation de concurrence potentielle ; que cette clause est donc en elle-même prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant, enfin, que l'interdiction générale de revendre les produits de marque Raynaud est incompatible avec l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, en ce

qu'elle prive les distributeurs de la faculté d'accepter les commandes émanant spontanément d'utilisateurs situés en dehors de leur zone de chalandise et érige une protection territoriale absolue ;

*b) La menace de résiliation du contrat de distribution
sélective de la société Pujol-Chaumet à Toulouse (grief n° 2)*

Considérant qu'une fois le procès-verbal d'audition de M. de Martimprey retranché des débats pour les motifs indiqués ci-dessus, il ne resterait pas suffisamment d'éléments pour étayer le grief initialement retenu ; que c'est donc à bon droit que ce grief a été abandonné au stade du rapport écrit ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 10 millions de francs. Le Conseil peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne (...). Les frais sont supportés par la personne intéressée* » ;

Considérant que, si les sociétés Bernardaud et Raynaud ont, depuis les faits, modifié les contrats de distribution sélective examinés dans la présente affaire, les contrats actuellement en vigueur de la société Raynaud comportent encore une clause illicite ; qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en enjoignant à cette société de supprimer de ses contrats cette clause, qui réserve la commercialisation des porcelaines Raynaud aux « *commerces traditionnels de produits de luxe* » ;

Considérant que, dans l'appréciation du dommage à l'économie, il y a lieu de tenir compte du prestige des sociétés impliquées ainsi que de leur poids au sein des fabricants de porcelaine de Limoges ; que les pratiques retenues à leur encontre pouvaient avoir un effet d'entraînement sur les systèmes de distribution de la porcelaine de marques concurrentes ;

Mais considérant que les pratiques imputables à la société Bernardaud n'ont été mises en œuvre que pendant une courte période ; que les contrats ont ensuite été mis en conformité avec les exigences légales ; que la société Bernardaud a réalisé, au cours de l'exercice 1998, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors taxes de 189 millions de francs ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 50 000 francs ;

Considérant que, si les pratiques imputables à la société Raynaud ont conduit à limiter la liberté des distributeurs en matière de prix, elles n'ont été mises en œuvre que pendant une courte période, les contrats ayant ensuite été régularisés ; que, si la clause réservant la commercialisation des porcelaines Raynaud aux commerces traditionnels de produits de luxe a été mise en œuvre de façon permanente, sa gravité était moindre ;

Considérant que la société Raynaud a réalisé, au cours de l'exercice 1998, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors taxes de 47 millions de francs ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de

lui infliger une sanction pécuniaire de 10 000 francs,
Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que les sociétés Bernardaud et Raynaud ont enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Il est enjoint à la société Raynaud de modifier, dans ses accords de distribution sélective, la clause réservant la commercialisation des porcelaine Raynaud aux « commerces traditionnels de produits de luxe ».

Article 3

Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

50 000 F à la société Bernardaud ;

10 000 F à la société Raynaud.

Délibéré, sur le rapport de Mme Luc, par Mme Pasturel, vice-présidente, présidant la séance, Mmes Boutard-Labarde et Mader-Saussaye, M. Nasse, Mme Perrot et M. Ripotot, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando
*La vice-présidence
présidant la séance,*
Micheline Pasturel
Annexe 86

**Décision n° 99-D-79 du Conseil de la concurrence en date du 8 décembre 1999
relative à une saisine présentée par la société ICS France**
NOR : ECOC0000064S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 28 septembre 1999 sous le numéro F 1175, par laquelle la société ICS France a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de France Télécom, qu'elle estimait anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la lettre enregistrée le 25 octobre 1999 par laquelle la société ICS France déclare retirer sa saisine ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général adjoint ;

Considérant que, par lettre susvisée enregistrée le 25 octobre 1999, la société ICS France a déclaré retirer sa saisine ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil de se saisir d'office,

Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 1175 est classé.
Délibéré, sur le rapport oral de Mme Finidori, par Mme Hagelsteen, présidente,
Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 87

**Décision n° 99-D-80 du Conseil de la concurrence en date
du 14 décembre 1999 relative à une saisine présentée par la société JBI**
NOR : ECOC0000095S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 22 juillet 1998 sous le numéro F 1079, par laquelle la SARL JBI a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société le Laboratoire métallurgique dans le secteur des produits d'isolation anti-incendie par flochage ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et le représentant de société JBI entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général adjoint ;

Considérant que la société JBI, dont l'activité est la mise en place de produits isolants dans le secteur du bâtiment, soutient que la société le Laboratoire métallurgique aurait abusé d'une position dominante qu'elle aurait détenue sur le marché qu'elle définit comme étant celui des produits d'isolation - incendie par flochage, en refusant de lui vendre du produit Dossolan 3000 ; qu'ainsi la saisissante dénonce un comportement qui « *a pour but d'éliminer purement et simplement la société JBI, son concurrent, en lui opposant un refus de vente sur le produit Dossolan 3000, alors que le Laboratoire métallurgique est le seul fabricant de Dossolan 3000* » ; que la société JBI affirme également que le Laboratoire métallurgique serait « *régulièrement intervenu afin de tenter d'évincer la société JBI du marché, en exerçant des pressions sur d'autres intervenants afin d'aboutir à un boycott de la livraison par d'autres fournisseurs sur le produit Dossolan 3000* », et que le Syndicat national de l'isolation, en convoquant le gérant de la société JBI devant son bureau, aurait participé à ces pressions ;

Considérant que la société JBI soutient que, ce faisant, le Laboratoire métallurgique et le Syndicat national d'isolation (SNI) auraient mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles susceptibles de relever des dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 19 de l'ordonnance susvisée : « *Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* » ;

Considérant, d'une part, qu'à l'appui de ses allégations relatives à l'abus de position dominante dont se serait rendue coupable la société le Laboratoire métallurgique la société JBI se borne à fournir une télécopie qu'elle a adressée à la société le Laboratoire métallurgique le 8 janvier 1997, pour confirmer une commande de deux tonnes de Dossolan 3000 « à livrer à notre dépôt à Aurillac » et une télécopie qu'elle a envoyée, le 9 janvier 1997, au même destinataire, pour prendre « bonne note, suite à notre entretien

téléphonique de ce jour, de votre refus de nous livrer deux tonnes de Dossolan 3000 (commande du 8 janvier 1997 livraison Aurillac) sur l'ordre de M. Jean Daussan » ; que ces documents, qui émanent de la saisissante et qui ne contiennent aucune précision sur le prix de la marchandise commandée, le délai de livraison stipulé et l'adresse du dépôt d'Aurillac, ne sauraient suffire à établir l'existence d'un refus de vente constitutif d'un abus de position dominante ; qu'il ne peut davantage en être déduit que les parties auraient antérieurement entretenu des relations commerciales habituelles auxquelles il aurait été mis fin de manière abusive ; que le conseil de la société JBI n'a en outre pas contesté en séance qu'aucune autre commande d'isolant Dossolan 3000 n'avait été passée à la société le Laboratoire métallurgique par sa cliente, alors même qu'il déclare que celle-ci met en œuvre trente tonnes de ce produit par an, en se le procurant auprès d'autres applicateurs, dont l'identité n'est pas précisée, sauf en ce qui concerne la société Ruaud industries, auteur d'une facture adressée à la société JBI pour une livraison de 3 000 kg effectuée le 26 janvier 1998 ;

Considérant que, si la SARL JBI prétend être l'objet d'un boycott, elle ne fournit, à l'appui de cette allégation, aucun élément de nature à laisser penser que des contacts entre d'autres intervenants et la société le Laboratoire métallurgique seraient à l'origine des difficultés d'approvisionnement qu'elle allègue ;

Considérant, d'autre part, que la société saisissante produit une télécopie adressée par le Laboratoire métallurgique au maître d'œuvre du CHRU de Clermont-Ferrand, informant son destinataire qu'elle n'aurait jamais remis de Dossolan 3000 à la société JBI, qui affirme avoir utilisé cet isolant pour protéger les conduites du CHRU, et qu'en conséquence elle dégageait « *sa responsabilité de fabricant pour cette réalisation ainsi que pour toute autre prestation antérieure faite dans les mêmes conditions* » ; qu'elle fait état aussi de la convocation de son gérant devant le bureau du Syndicat national de l'isolation pour recueillir ses observations sur la contradiction apparente entre, d'une part, le fait qu'elle prétende mettre en œuvre du Dossolan 3000 et, d'autre part, le fait que la société le Laboratoire métallurgique, qui approvisionne directement les applicateurs, ne lui en avait jamais fourni ;

Mais considérant que les pratiques dénoncées ne vont pas au-delà des mesures de précaution qu'un fabricant est légitimement en droit de prendre pour s'assurer du bon emploi des matériaux qu'il fabrique et pour se prémunir contre les conséquences d'éventuelles informations mensongères des applicateurs ; que, par ailleurs, s'agissant de pratiques qui pouvaient porter atteinte à la réputation de la profession, il lui était loisible d'avoir recours à une organisation professionnelle ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la saisine enregistrée le 22 juillet 1998 n'est pas accompagnée d'éléments suffisamment probants ; qu'en outre, à la demande du rapporteur, M. Broussouloux, gérant de la SARL JBI, s'était engagé, le 1^{er} avril 1999, à fournir au Conseil diverses pièces utiles, destinées à étayer sa saisine, mais que, bien que le rapporteur ait renouvelé et complété sa demande, par une lettre recommandée avec accusé de réception en date du 11 mai 1999, puis, faute d'avoir obtenu une réponse, ait fixé, par une lettre recommandée avec accusé de réception du 8 juillet 1999, un délai de huit jours à la société JBI pour lui transmettre les documents demandés, ce n'est que par lettre du 22 juillet 1999 que le conseil de la société JBI a accusé réception de la correspondance du 8 juillet 1999, sans pour autant transmettre aucune des pièces demandées ;

Considérant qu'ainsi la partie saisissante n'apporte, à l'appui de ses allégations, aucun élément suffisamment probant de nature à établir l'existence de pratiques visées par les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que, par suite, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 19 de ladite ordonnance et de déclarer la saisine irrecevable,

Décide :

Article unique

La saisine enregistrée sous le numéro F 1079 est déclarée irrecevable.
Délibéré, sur le rapport oral de Mme Nguyen-Nied, par Mme Hagelsteen, présidente,
MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 88

**Décision n° 99-D-81 du Conseil de la concurrence en date
du 14 décembre 1999 relative à une saisine du docteur Izarn**
NOR : ECOC0000095S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),
Vu la lettre enregistrée le 24 juin 1999 sous le numéro F 1151, par laquelle le docteur
Izarn a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la Banque Transatlantique dans le
secteur de l'accès à Internet ;
Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix
et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son
application ;
Vu les autres pièces du dossier ;
Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement entendus,
le docteur Izarn ayant été régulièrement convoqué ;
Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général adjoint,
Adopte la décision fondée ci-dessous :
Considérant que, hormis le cas de saisine d'office, le Conseil de la concurrence ne peut
être saisi, par application des dispositions combinées du premier alinéa de l'article 11 et du
deuxième alinéa de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée, que par le
ministre chargé de l'économie, les entreprises, les collectivités territoriales, les organisations
professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agréées, les chambres
d'agriculture, les chambres de métier et les chambres de commerce et d'industrie ;
Considérant que cette liste a un caractère limitatif ; que, dès lors, le Conseil ne peut
connaître de demandes émanant de personnes ou d'organismes n'appartenant pas, à la date du
dépôt de la saisine, à l'une ou l'autre des catégories mentionnées dans cette énumération ;
Considérant que le docteur Izarn, chirurgien en retraite, a cessé toute activité
professionnelle et n'a donc pas qualité pour saisir le Conseil ; que sa saisine n'est donc pas
recevable,

Décide :

Article unique

La saisine enregistrée sous le numéro F 1151 est déclarée irrecevable.
Délibéré, sur le rapport de Mme Mouy, par Mme Hagelsteen, présidente, MM. Cortesse
et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 89

Décision n° 99-D-82 du Conseil de la concurrence en date

du 14 décembre 1999 relative à une saisine de la société Solumedic Orkyn'

NOR : *ECOC0000065S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 17 décembre 1991 sous le numéro F 463, par laquelle la société Solumedic Orkyn' a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques affectant le marché de la vente et de la location d'appareillages médicaux ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la lettre de la société Solumedic Orkyn' enregistrée le 15 novembre 1999 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général adjoint ;

Considérant que, par la lettre susvisée, la société Solumedic Orkyn' a déclaré retirer sa saisine ;

Considérant qu'il n'y a pas lieu pour le Conseil de se saisir d'office,

Décide :

Article unique

Le dossier enregistré sous le numéro F 463 est classé.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Végliis, par Mme Hagelsteen, présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 90

Décision n° 99-D-83 du Conseil de la concurrence en date du 14 décembre 1999 relative à une demande d'avis présentée par la Commission d'études des activités du CESI de Bourgogne

NOR : *ECOC0000066S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 20 octobre 1999 sous le numéro A 283, par laquelle la Commission d'étude des activités du CESI de Bourgogne a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence, d'une demande d'avis sur ses activités exercées au sein d'un établissement public de santé ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence, notamment son article 5, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Considérant qu'aux termes de l'article 5 de l'ordonnance susvisée, le Conseil de la

concurrence « *donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement, il peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge* » ;

Considérant que ces dispositions énumèrent limitativement les personnes et les organismes qui peuvent solliciter l'avis du Conseil de la concurrence ; que, par suite, le Conseil ne peut connaître de demandes d'avis émanant de personnes ou d'organismes n'appartenant pas à l'une ou l'autre des catégories mentionnées dans cette énumération ;

Considérant que le centre d'étude des systèmes d'information hospitaliers (CESIH) de Bourgogne est une structure régionale d'informatique hospitalière sans personnalité juridique, rattachée, en tant que service, au centre hospitalier universitaire de Dijon, établissement public de santé ; qu'il exerce notamment des activités de développement, de maintenance et d'exploitation de systèmes d'information dans les conditions prévues, notamment, par l'article L. 714-14 du code de la santé publique et précisées dans une circulaire du ministère de l'emploi et de la solidarité en date du 14 avril 1999 relative aux modalités d'intervention des structures régionales d'informatique hospitalière ; qu'il a créé une commission d'étude « *chargée de déterminer suivant quelles modalités les activités de cette structure pourront se poursuivre au sein du CHU de Dijon* » ; que la Commission d'études des activités du CESIH de Bourgogne n'appartient donc pas à l'une des catégories énumérées par l'article 5 précité, pas plus que le CESIH de Bourgogne lui-même dont la commission est une émanation, ou que le centre hospitalier universitaire de Dijon dont le CESIH est un service ; que, par suite, elle n'a pas qualité pour saisir le Conseil d'une demande d'avis et que sa demande doit être rejetée,

Décide :

Article unique

La demande d'avis enregistrée sous le numéro A 283 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Véglis, par Mme Hagelsteen, présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général adjoint,

Jacques Le Pape

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 91

Décision n° 99-D-84 du Conseil de la concurrence en date du 21 décembre 1999 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la vente au détail du charbon et du fioul domestique dans la région Nord - Pas-de-Calais

NOR : ECOC0000097S

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 31 janvier 1995 sous le numéro F 744, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence d'un dossier relatif à la situation de la concurrence sur le marché de la distribution du charbon et du fioul dans la région Nord - Pas-de-Calais ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix

et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés Etablissements Demonchaux, Charvet, Mory, Mullet, Tournaux-Crosne-Pottier, par le Syndicat des négociants détaillants en combustibles du Nord - Pas-de-Calais et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Etablissements Demonchaux, Charvet, Mory, Mullet, Tournaux-Crosne-Pottier et du Syndicat des négociants détaillants du Nord - Pas-de-Calais entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général adjoint, Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Le secteur de la distribution du charbon et du fioul domestique

1. La crise du marché charbonnier

Les statistiques de l'Observatoire de l'énergie montrent la part sans cesse décroissante du charbon domestique comme énergie de chauffage dans le secteur résidentiel et tertiaire en France. Ayant longtemps bénéficié d'un niveau de consommation plus élevé que la moyenne, du fait notamment de la pratique d'approvisionnement gratuit des mineurs, la région Nord - Pas-de-Calais connaît depuis quelques années une baisse sensible de la distribution du charbon domestique. Une grande partie des logements individuels utilisant encore le charbon est située dans les corons miniers. Ils appartiennent à la société Soginorpa, filiale des Charbonnages de France, qui développe une pratique systématique de modernisation de ces logements. Une lettre, adressée en 1996 par le président de la Société d'aménagement des communes minières au Syndicat des négociants détaillants du Nord, ne fait plus état que de 65 000 logements non équipés de chauffage central, soit une baisse de 35 % en cinq ans de ce type de logement. Depuis dix ans, la baisse des tonnages commercialisés est de l'ordre de 20 % par an.

La crise qui affecte essentiellement le marché du charbon domestique se traduit par un fort mouvement de restructuration marquée par la disparition rapide des petits distributeurs indépendants - il n'en reste plus en 1999 que 169 dans ces deux départements contre 1 630 en 1981 - et leur absorption dans des groupes liés souvent aux compagnies pétrolières.

2. L'organisation du secteur

Les négociants et détaillants en charbon et fioul domestique sont organisés en chambres syndicales : la Chambre syndicale des négociants détaillants en combustibles du Pas-de-Calais, dont le siège est à Saint-Omer, et le Syndicat des négociants détaillants en combustibles du Nord, dont le siège est à Lille. Ces organismes professionnels ont créé le Comité charbonnages intersyndical du Pas-de-Calais (COCIC), la Caisse d'amortissement du négoce chauffage fioul ainsi que le Comité intersyndical d'étude et de documentation pour l'utilisation du charbon (CEDUC). Longtemps ils ont eu pour rôle de diffuser, dans le cadre de leur mission d'information, les barèmes de marge acceptées par les pouvoirs publics et ont contribué à assurer jusqu'en 1986 l'encadrement des prix du fioul.

Compte tenu de la baisse de leurs effectifs, ces deux structures syndicales indépendantes ont fusionné, le 31 mars 1998, pour ne plus former qu'un seul syndicat : le Syndicat des négociants détaillants en combustibles du Nord - Pas-de-Calais.

B. - Les pratiques relevées

1. Les entreprises concernées

A côté de petites entreprises vouées exclusivement au commerce de détail qui sont de moins en moins nombreuses, les sociétés Demonchaux, Mory, Tournaux-Crosne-Pottier, Mullet exercent, à côté de leur activité de grossiste, une activité de détaillant. Le caractère pondéreux des produits transportés fait que le rayon d'action de la distribution au détail se situe en moyenne entre 10 et 30 km. En tant que grossistes, les entreprises couvrent les deux départements du Nord et du Pas-de-Calais mais disposent, comme Mory, Mullet ou Charvet et fils, d'agences locales dont le rayon d'action s'apparente à celui du distributeur moyen.

2. La concertation entre professionnels sur les barèmes de prix du charbon dans le Pas-de-Calais L'élaboration des barèmes anonymes

Des barèmes anonymes de prix ont été saisis, en particulier au siège des établissements Demonchaux et dans l'entreprise Lebrun, ou ont été remis par les entreprises dans le cadre de l'enquête sur les prix en 1994.

Ils sont tous identiques. Il s'agit de grilles de tarif indiquant, pour treize produits issus du charbon et en fonction du nombre de sacs fournis, le niveau des prix applicables pour trois mois dans la zone Béthune - Lens - Bruay au titre des périodes : octobre-décembre 1990 ; avril-mai-juin 1991 ; juillet-août-septembre 1991 ; octobre-novembre 1991 ; décembre 1991 ; 17 octobre 1994. Ils portent tous la même mention :

« Ces tarifs ont le mérite d'exister, s'ils sont appliqués tant mieux. »

Les mêmes tarifs pour la période octobre, novembre et décembre 1991 existent pour les zones : Arras, Bapaume, Avesne-le-Comte.

Ils sont complétés par des grilles récapitulant les tarifs à la tonne par zone pour toute une année, également saisis dans ces entreprises. Certaines de ces grilles sont vierges. D'autres sont rectifiées à la main. Les prix qui y sont indiqués ne correspondent pas toujours à ceux portés sur les barèmes anonymes de zone. A propos de ces grilles, M. Raymond Demonchaux a écrit à l'enquêteur dans une lettre du 10 janvier 1992 : *« Les calculs que j'ai établis l'ont été à la main et pour mon usage personnel, c'est-à-dire pour les établissements Demonchaux à Avion et Soléco à Lens, qui vous le savez est une filiale.*

Les calculs ont été remis aux négociants détaillants qui passaient des commandes et qui souhaitaient les connaître. Aucune liste de ces détaillants n'a été établie, mais il était fréquent que les clients posent des questions à ce sujet, comme vous avez pu vous en rendre compte par la lecture des nombreux documents que vous avez saisis. »

La surveillance des tarifs

Un confrère adresse, en juin 91, à M. Demonchaux deux télécopies indiquant les prix de l'antracite 20 relevés par téléphone chez plusieurs distributeurs, auxquelles sont jointes des copies de factures et des publicités. Sur la télécopie du 20 juin, on peut lire au sujet de l'entreprise Beaucamps : *« Beaucamps, 1 450 F après discussion s'aligne ! ».*

Sur la publicité des établissements Barbaut, qui propose le sac d'une qualité de charbon, le B 20, à 101 F, on peut lire la mention manuscrite « 108 B 20 », 108 F étant le prix fixé par le tarif de zone.

M. Raymond Demonchaux envoie, parallèlement, des tarifs de zone aux établissements Mullet et Barbaut et intervient aussi personnellement auprès de M. Alain Tournaux de la société Tournaux-Crosne-Pottier, à propos d'une facture des établissements Bernus : *« Mon cher Alain, je ne sais comment il calcule mais nous sommes bien em..... avec des prix comme ça. Mes amitiés. Raymond ».*

L'échange d'information sur les prix est éclairci par une note manuscrite attribuée à M. Serge Demonchaux, adressée à son frère Raymond : *« Raymond, Cordonnier demande que*

tu intervienes auprès de Vierens Lens, il vend ses A20, 1 250 F., dans le secteur de Marles. Il va de nouveau y avoir la bagarre sur Lens ».

De leur côté, ayant sollicité une intervention de M. Demonchaux auprès de concurrents, les établissements Lebrun lui adressent la note suivante ; *« du 10 avril 1991 au 30 septembre 1991, j'avais envoyé à plusieurs reprises des fax et n'ayant pas eu de nouvelles, je constate que tu n'as fait aucun effort pour remettre de l'ordre. Par conséquent, nous n'assisterons à aucune réunion. Il est sincèrement dommage que ceux qui respectent les prix en subissent les conséquences ».*

D'autres grossistes participent à cette surveillance des prix. Le directeur de l'agence Mory à Lomme, M. Handel, écrit le 31 mars à M. Demonchaux pour lui demander d'intervenir d'urgence auprès de M. Lebrun, à Marles, à cause de *« gros problèmes de prix sur le secteur ».*

Un autre collaborateur de la société Mory lui adresse une carte de visite ainsi libellée : *« Suite à notre entretien téléphonique du 19 juin ci-joint barème remis par SA Combustibles auprès du CE de Beuglin (céramique) et Houdain. Bon courage pour la continuation dans tes démarches pour le maintien des prix. Salutations dévouées et à bientôt. Le tarif aurait été remis le 7 juin au CE ».*

Des messages de M. Hermez, de l'agence Mullet à Calonne, adressés non seulement à sa société mère Mullet à Fleurbaix mais aussi à la société Mory, à M. Demonchaux et au responsable du Syndicat des négociants détaillants du Pas-de-Calais, font état des prix pratiqués par les établissements Lebrun et Morieux avec ce commentaire : *« Que faut-il faire ? Que faut-il penser ? Les promesses du lundi sont déjà envolées le mardi ».*

Enfin, un attaché commercial de la société Charvet et fils rend compte ainsi à M. Demonchaux de ses démarches : *« Ci-joint publicité plus exemple de factures servies par Duhautois. J'espère avoir convaincu Duhautois de se mettre au tarif ».*

L'application des tarifs par les entreprises

Pour 1991, le rapprochement entre le barème des prix des établissements Demonchaux et le barème anonyme fait apparaître que pour la période avril-mai-juin les prix sur la zone de Lens des deux produits charbonniers les plus couramment vendus, le A 20 et B 9, sont identiques dans deux cas sur trois.

Selon les informations recueillies en 1994, une bonne partie des distributeurs appliquent strictement le tarif de zone parmi lesquels les établissements Mullet, DCA distribution, Beaucamps. En revanche, les tarifs des établissements Demonchaux sont différents une fois sur deux.

3. La concertation sur les prix et les marges du charbon et du fioul dans le département du Nord

Les réunions pour la détermination des marges du fioul et du charbon

Dans les documents saisis auprès du Syndicat des négociants détaillants en combustible du Nord, figure le compte-rendu d'une réunion de la Commission « combustibles liquides » de cette organisation tenue en janvier 1989. La Commission, après avoir évoqué la concurrence *« des gens qui bradent totalement le marché »* et appelé *« à un peu plus de concertation entre grossistes et négociants pour en arriver à des prix de vente adéquats »*, propose : *« que l'ancienne grille établie en 1986 pour les marges minimum soit diffusée chez chaque négociant fiouliste ».*

Le mode d'emploi est précisé dans un bulletin d'information du Syndicat : *« pour utiliser la grille, il suffit d'ajouter votre prix d'achat HT rendu chez vous à la somme inscrite dans la colonne correspondante au palier de livraison ».* Cette somme est un coefficient

correspondant à la charge minimum d'exploitation par palier de livraison de fioul.

Pour le charbon, lors de la réunion de la Commission commercialisation en avril 1989, sont préconisées par le président du Syndicat, M. Duhot, des marges minimum pour la zone Lille-Roubaix de 500 F, marge été, et de 600 F, marge hiver.

La diffusion des grilles pour le calcul des tarifs

Devant le constat fait par le Syndicat aux termes duquel : « *Il ressort que les négociants sont contraints de diminuer leurs marges suite à la concurrence des grandes surfaces, d'une part, et des facteurs de marché au sein même parfois du commerce de détail* », son comité directeur décide en septembre 1991 de diffuser des grilles vierges de calcul des prix du charbon et du fioul auprès de l'ensemble de la profession. Par rapport à celles diffusées en 1989 pour le fioul, ces grilles ne comportent pas d'éléments chiffrés mais indiquent les éléments à prendre en compte pour le calcul des prix de vente, à savoir le prix d'achat, le prix de transport et la marge. Dans la colonne prévue pour le calcul de cette dernière, est portée la mention : « *à évaluer suffisamment* ». La diffusion de ces grilles est accompagnée d'une note ayant pour titre « *note importante* », dans laquelle on peut lire : « *Il a toujours été préférable de vendre moins pour gagner plus que de vendre plus et gagner moins* ».

La surveillance des prix

Le Syndicat met en place les moyens de lutter contre ce qu'il appelle « *les bradeurs de marché* ». Il menace d'abord, à partir du 15 octobre 1991, de porter toutes les pratiques allant dans ce sens à la connaissance immédiate de tous les négociants du département.

Il décide, d'autre part, de désigner des responsables de secteur pour surveiller la situation : « *Afin de centraliser les problèmes, des responsables de secteur sont désignés, ils auront pour charge d'assurer la liaison avec le secrétariat.* » De fait, le relevé des appels téléphoniques montre, qu'à la demande de ses adhérents, le Syndicat organise des réunions de secteur pour discuter des tarifs.

Sur la base de ces constatations, des griefs ont été notifiés par le rapporteur, le 29 décembre 1997, sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

1° A la Chambre syndicale des négociants détaillants en combustibles du Pas-de-Calais et à la société des Etablissements Demonchaux, pour avoir initié et coordonné des pratiques concertées sur différentes variétés de charbon ;

Les griefs ont été abandonnés par le rapporteur, au motif de l'insuffisance des preuves figurant au dossier, par rapport complémentaire du 15 septembre 1999 ;

2° Aux sociétés Mory et Mullet, grossistes détaillants, pour avoir participé à l'entente susvisée, notamment en veillant au respect des prix de détail ;

Les griefs ont été abandonnés par le rapporteur, au motif de l'insuffisance des preuves figurant au dossier, par rapport complémentaire du 15 septembre 1999 ;

3° A la société Charvet, grossiste détaillant, pour avoir participé à l'entente susvisée, notamment en veillant au respect des prix de détail ;

Les griefs ont été abandonnés par le rapporteur, au motif de l'incompétence du Conseil, par rapport du 17 mai 1999 ;

4° A la société Tournaux-Crosne-Pottier, grossiste détaillant, pour avoir participé à l'entente susvisée, notamment en veillant au respect des prix de détail ;

Les griefs ont été abandonnés par le rapporteur, au motif de l'insuffisance des preuves figurant au dossier, par rapport du 17 mai 1999 ;

5° Au Syndicat des négociants en combustibles du Nord, pour avoir élaboré et diffusé des grilles de marges ou de charges minimales pour le fioul, et des « tarifs de zone » pour le charbon, en surveillant le respect de ces tarifs par les détaillants.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la procédure :

En ce qui concerne la compétence du Conseil :

Considérant que la société Mullet fait valoir qu'elle n'exerce que de manière subsidiaire l'activité de vente au détail de charbon, que son activité essentielle est celle de grossiste et, qu'en conséquence, elle relève des dispositions prévues dans le traité de la CECA et doit donc être mise hors de cause ;

Mais considérant que l'article 80 du traité de la CECA soumet à la compétence de la Commission européenne : « *les entreprises... qui exercent habituellement une activité de distribution autre que la vente aux consommateurs domestiques* » ; que la société Mullet exerce, à côté de son activité de grossiste, une activité de vente au détail de charbon qui, nonobstant le fait qu'elle représente moins de 3 % de son chiffre d'affaires, reste une activité habituelle ; qu'en conséquence, c'est à juste titre que les pratiques en cause, impliquant son activité de détaillant, ont été qualifiées sur le fondement du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que ce moyen doit donc être écarté ;

Considérant, en revanche, que la société des Etablissements Charvet et fils, mise en cause pour l'intervention de son attaché commercial auprès d'un détaillant pour le convaincre de s'aligner sur le « tarif de la profession », n'a aucune activité de revendeur détaillant en charbon dans la région Nord - Pas-de-Calais ; que cette société, qui a une activité exclusive de grossiste, est uniquement soumise aux dispositions précitées du traité de la CECA et doit donc être mise hors de cause ;

En ce qui concerne la prescription :

Considérant que la société Mullet expose, d'une part, qu'elle n'a fait l'objet d'aucune intervention administrative telle que visite domiciliaire, d'autre part, que la lettre circulaire qu'elle a reçue de la DGCCRF, en date du 3 novembre 1993, n'est pas un acte interruptif de prescription ; qu'en outre, la désignation d'un rapporteur par le vice-président du Conseil étant irrégulière, la notification de griefs établie par ce rapporteur n'a pu interrompre la prescription à son égard ;

Mais considérant qu'aux termes de l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de trois ans s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction* » ; qu'en premier lieu, la lettre circulaire du 3 novembre 1993 relative à la distribution du charbon dans le département avait pour objet de préciser en particulier le rayon géographique des marchés en cause, l'évolution des tonnages de charbon vendus sur les trois derniers exercices et leur répartition entre les divers points de vente ; qu'en ayant pour objet de préciser des données économiques indispensables à l'enquête, dont l'objet a par ailleurs été clairement indiqué à toutes les entreprises, cette lettre répond aux exigences de l'article 27 précité ; qu'en second lieu, le fait qu'un rapporteur ait été désigné par un vice-président du Conseil ne rend pas cette nomination irrégulière au regard de l'article 1^{er} du décret du 29 décembre 1986 qui précise : « *le président du Conseil de la concurrence est suppléé, en cas d'absence ou d'empêchement, par un vice-président* » ; que la décision par laquelle le rapporteur a été désigné porte bien la mention que le président était empêché ; qu'au surplus, d'autres actes, tels les procès-verbaux de déclaration des entreprises établis en novembre 1994 et la saisine ministérielle de janvier 1995, ont interrompu la prescription à l'égard de la requérante ; que, par suite, le moyen tiré par la société Mullet de l'acquisition de la prescription doit être écarté ;

En ce qui concerne le dossier ouvert à consultation :

Considérant que la société Mory fait valoir que la demande d'enquête du ministre chargé de l'économie, en date du 6 septembre 1991, adressée au directeur régional de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ainsi que la requête déposée par celui-ci

auprès du président du tribunal de grande instance de Lille, en vue de l'autoriser à effectuer des opérations de visite et saisies au titre de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ne figurent pas au dossier, ce qui porterait atteinte aux droits de la défense ; que cette société critique également l'absence au dossier de la première demande d'enquête relative à des faits constatés en 1987, des rapports et procès-verbaux s'y rapportant, ainsi que des procès-verbaux de déclaration de M. Lebrun en date des 20 mai 1987 et 13 novembre 1990, enfin d'une lettre de la DRCCRF de Lille, en date du 18 novembre 1993, au COCIC ;

Mais considérant, en premier lieu, qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'impose à l'administration de justifier par la production de notes ou lettres internes les raisons pour lesquelles elle a décidé de procéder à une enquête au titre de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que dès lors, ainsi qu'en a décidé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 16 décembre 1994, la demande de mise en œuvre de la procédure de l'article 48 et ses annexes n'ont pas à être jointes au dossier du Conseil de la concurrence, lequel n'est pas compétent pour examiner le contenu de cette demande ; que, par suite, l'organisation matérielle de la communication des pièces relève d'une mesure d'administration de la justice qui échappe à sa compétence ; qu'enfin, les documents sur lesquels le juge s'est fondé pour autoriser les opérations de visite et de saisie sont expressément visés et analysés dans l'ordonnance du président du tribunal de grande instance de Lille ;

Considérant, en second lieu, que les documents de 1987 dont il est fait état se rapportant à une enquête menée par la DGCCRF suite à la plainte déposée par l'Union régionale des négociants détaillants en combustible du Nord contre l'entreprise Lebrun, soupçonnée de vente à perte ; que les résultats de cette enquête, comme les procès-verbaux de déclaration de M. Lebrun et la lettre au COCIC, n'ont pas été transmis au Conseil, ne figurent pas au dossier et n'ont donc pas fondé de grief ; qu'ainsi, la procédure n'est pas irrégulière ; qu'il appartient, en conséquence, aux entreprises mise en cause devant le Conseil de la concurrence qui estiment nécessaire l'obtention de documents ne figurant pas au dossier, de mettre en œuvre les procédures adéquates auprès des autorités administratives ou judiciaires concernées pour en obtenir la communication ;

En ce qui concerne la durée de la procédure :

Considérant, en premier lieu, que les sociétés Demonchaux, Mory et Mullet invoquent une atteinte aux droits de la défense, compte tenu d'une durée excessive de la procédure nuisible aux droits de la défense, qui résulterait, d'une part, du temps écoulé entre la consultation des faits en 1990-1991 et la production du rapport administratif d'enquête en décembre 1994, d'autre part, du délai ayant séparé la saisine du Conseil le 17 janvier 1995 et la signification de la notification de griefs le 29 décembre 1997 ;

Considérant, en deuxième lieu, que la société Mory soutient, d'une part, que les responsables de la société Mory dont les noms sont cités dans l'enquête ont presque tous quitté la société et que les dirigeants actuels, qui n'ont pas vécu l'affaire, ne sont pas en mesure d'assurer une défense efficace, d'autre part, que la durée de la procédure, en augmentant le chiffre d'affaires soumis à une éventuelle sanction, lui cause un grave préjudice ;

Considérant, en troisième lieu, que la société des établissements Demonchaux fait valoir que le grief notifié à son encontre repose en particulier sur des documents manuscrits saisis le 24 septembre 1991 au cours des opérations de visite ; que le décès de M. Raymond Demonchaux, intervenu le 4 août 1996, la prive de la possibilité de fournir des explications sur la signification de ces pièces manuscrites, ce qui viole l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

Mais considérant, en premier lieu, que les sociétés précitées ne démontrent pas concrètement en quoi, dans l'espèce, la déperdition de preuves qui serait due à l'écoulement

du temps leur porte préjudice ; que la cour d'appel de Paris a indiqué, dans un arrêt du 8 septembre 1998 : « *qu'à supposer le délai excessif... la sanction qui s'attache à la violation de l'obligation pour le Conseil de se prononcer dans un délai raisonnable... n'est pas l'annulation ou la réformation de la décision mais la réparation du préjudice résultant de la durée excessive du procès* » ; que le moyen doit être écarté ;

Considérant, en deuxième lieu, que le départ de la société Mory des personnes concernées par la procédure ne porte pas atteinte à sa défense, dès lors que la société Mory a pu produire leur témoignage ; que cette société ne démontre pas en quoi elle était dans l'impossibilité de recueillir des observations de leur part ; que la violation des droits de la défense n'est pas démontrée ;

Considérant, en troisième lieu, que l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement, et dans un délai raisonnable* » ; que M. Raymond Demonchaux s'est exprimé dans une déclaration du 21 novembre 1991 sur la nature des pièces saisies dans son entreprise ; qu'il a pu à nouveau s'expliquer dans des lettres du 10 janvier 1992 et du 6 janvier 1994 sur son rôle dans l'élaboration et la diffusion des tarifs ; que, postérieurement à son décès, la société des établissements Demonchaux a bénéficié des garanties suffisantes offertes par la procédure contradictoire ; que, par suite, ce moyen doit être écarté ;

En ce qui concerne la régularité des procès-verbaux :

Considérant, d'une part, que la société Mory conteste la validité des relevés des prix du charbon d'août et septembre 1988 effectués par téléphone auprès des distributeurs du Pas-de-Calais ;

Considérant qu'aucun élément du dossier ne permet d'établir que les personnes interrogées ont été informées de l'objet de l'enquête ; qu'en conséquence ces documents doivent être écartés du dossier ; que néanmoins leur retrait est sans incidence sur la procédure, les pratiques retenues étant postérieures à 1988 ;

Mais considérant, d'autre part, que les procès-verbaux de déclaration de M. Manchart, secrétaire général de la chambre syndicale départementale des négociants détaillants en combustibles du Pas-de-Calais en date du 28 octobre 1991, de M. Alain Tournaux, président-directeur général de la SA Tournaux-Crosne-Pottier en date du 28 novembre 1991, de Mme Madeleine Renard et de M. Bernard Renard, de la société SNC DCA, en date des 24 septembre et 15 octobre 1991, ne comportent ni le visa de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ni l'objet de l'enquête, ni mention de ce que cet objet aurait été indiqué aux intéressés ;

Considérant que la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 8 avril 1994, a jugé que les enquêteurs sont tenus de faire connaître clairement aux personnes interrogées l'objet de leur enquête ; qu'à défaut de mention de cet objet, et dans le silence des procès-verbaux sur ce point, il n'est pas possible de s'assurer que les personnes entendues ont été avisées que leurs déclarations concernaient d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles ;

Considérant, en l'espèce, que, à défaut de visa de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de mention que l'objet de cette procédure leur a été communiqué, Mme Renard, MM. Renard, Manchart et Tournaux ont pu se méprendre sur la portée de leurs déclarations ; que le respect de l'obligation de loyauté, qui doit présider à la recherche des preuves, ne peut se déduire simplement de la clarté ou de la précision de ces déclarations dès lors qu'il n'est pas établi que celles-ci ont été faites en pleine connaissance de cause ; que, dans ces conditions, les quatre procès-verbaux cités ci-avant, établis lors de l'enquête initiale, l'ont été de façon irrégulière et doivent être écartés de la procédure, ainsi que l'ensemble des documents communiqués et informations recueillies dans le cadre de ces auditions ;

Sur les pratiques relevées :

En ce qui concerne les pratiques dans le Pas-de-Calais :

Considérant qu'aucun grief n'est maintenu par le rapporteur en ce qui concerne les

pratiques constatées dans le département du Pas-de-Calais ;

Considérant que le commissaire du Gouvernement fait valoir cependant que les pièces saisies au siège de la société des Etablissements Demonchaux ainsi que les déclarations régulièrement recueillies de son président-directeur général, M. Raymond Demonchaux, révèlent la mise en œuvre d'un système de remontée des informations et de surveillance des prix, attesté notamment par une télécopie de la société Mory du 31 mai 1991, faisant état de gros problèmes sur les prix à Marles, et par une intervention de la société Mullet à propos de prix de détail sur le secteur d'Arras ; que des tarifs anonymes ont été adressés à cette dernière comme à d'autres détaillants par M. Demonchaux ; qu'il estime que ces éléments constituent un faisceau d'indices, précis et concordants, démontrant le rôle des Etablissements Demonchaux dans l'élaboration des tarifs de zone et leur diffusion aux autres opérateurs du marché, ainsi que la participation des sociétés Mory et Mullet à la collecte des informations et à la mise en circulation des tarifs de zone ; qu'enfin la responsabilité de ces sociétés lui apparaît d'autant plus engagée que les tarifs de zone diffusés sur le marché étaient encore en 1994 largement suivis par les détaillants ;

Considérant qu'il n'est pas contesté que la société des Etablissements Demonchaux a organisé des réunions de concertation entre professionnels dans le cadre du CEDUC, dont son président-directeur général, M. Raymond Demonchaux, était président, au cours desquelles les prix au détail du charbon étaient discutés ; que de nombreux barèmes et tarifs anonymes de zone - dont certains corrigés de manière manuscrite - ont été saisis dans cette entreprise ; que ces barèmes portent l'indication : « *ces tarifs ont le mérite d'exister, s'ils sont appliqués tant mieux* » ;

Mais considérant, en premier lieu, que la société des Etablissements Demonchaux, niant toute participation à l'élaboration des barèmes, fait valoir que les grilles vierges saisies dans l'entreprise étaient des documents à partir desquels la société élaborait ses propres tarifs, que les corrections manuscrites étaient le résultat de ce travail ; qu'une fois dactylographié le barème était communiqué au service informatique pour diffusion aux commerciaux de l'entreprise et aux clients qui le demandaient ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'aucun élément du dossier ne permet de connaître l'origine des barèmes anonymes ; que ces barèmes étaient reçus par des professionnels détaillants ; qu'ils ont été trouvés dans les Etablissements Demonchaux, mais qu'en l'absence de preuve qu'ils ont été dactylographiés sur une machine à écrire de l'entreprise leur seule présence dans les documents saisis au siège de cette société ne peut suffire à établir la participation de celle-ci à leur élaboration ;

Considérant, en troisième lieu, que la société des Etablissements Demonchaux conteste avoir mis en œuvre un système de surveillance des prix pratiqués par les détaillants et justifie les échanges d'information par le fait que ses clients revendeurs s'adressaient à elle, en sa qualité de grossiste, pour se plaindre des prix bas pratiqués par des concurrents et pour lui demander des remises supplémentaires ou de meilleurs prix d'achat ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'aucun élément du dossier ne permet d'établir que la société des Etablissements Demonchaux a diffusé des barèmes de zone et agi pour en assurer l'application ; qu'en l'espèce le tarif de zone que, selon le commissaire du Gouvernement, M. Demonchaux aurait adressé à la société Mullet ne correspond pas au barème anonyme ; qu'en particulier aucun des prix qui y figurent n'est identique à ceux du barème anonyme ; qu'il n'est pas exclu, dès lors, que ces pièces constituent, en fait, les tarifs propres de la société Demonchaux qu'elle adressait aux clients qui en faisaient la demande ;

Considérant, en cinquième lieu, que, si la société des Etablissements Demonchaux était informée des prix pratiqués par les détaillants et si de nombreux tarifs et factures lui étaient adressés, aucun fait précis ne peut être avancé prouvant qu'elle ait exercé des pressions effectives sur ces derniers, ni qu'elle faisait circuler les barèmes anonymes ni, enfin, qu'elle

les appliquait elle-même ; que les seules informations et demandes d'interventions reçues par elle ne permettent pas, dès lors, d'établir sa participation à leur élaboration et à leur application en concertation avec les professionnels du secteur ;

Considérant, en sixième lieu, que les remontées d'information apparaissant sous la forme d'un système d'échange d'informations sur les prix émanaient de détaillants, clients de la société des Etablissements Demonchaux dans son activité de grossiste, et qu'il ne peut être exclu que cette société ait cherché, simplement, à obtenir de ses fournisseurs une renégociation de ses conditions d'approvisionnement lui permettant de soutenir la concurrence des autres détaillants qui pratiquaient des prix plus bas ; qu'enfin la diffusion de prix au détail, qui sont publics et souvent affichés dans les entreprises, ne saurait, en elle-même, constituer une pratique anticoncurrentielle ;

Considérant, en septième lieu, que la participation à un système d'échange d'informations des sociétés Mory et Mullet n'est pas davantage établie par les documents transmis à M. Demonchaux au sujet des prix sur Arras et sur Marles ; qu'il a été démontré que le tarif demandé par la société Mullet n'était pas le tarif anonyme mais celui des prix des Etablissements Demonchaux ; qu'en conséquence la simple participation de ces entreprises à ces échanges d'informations sur les prix au détail du charbon ne peut être considérée comme constitutive d'une pratique anticoncurrentielle ;

Considérant qu'en l'absence d'autres éléments qui pourraient être versés au dossier il n'y a pas lieu à procéder à un complément d'instruction ;

En ce qui concerne l'entente sur le charbon et le fioul domestique dans le département du Nord :

Considérant que le Syndicat des négociants détaillants en combustible du Nord a élaboré, au cours de réunions organisées avec les professionnels, en 1989 et 1991, des grilles de marge pour le fioul et le charbon ; qu'il les a diffusées au sein de la profession ; qu'il a prôné leur utilisation systématique et organisé un système de surveillance de l'application de ses directives ;

Considérant que le Syndicat des négociants détaillants du Nord soutient que son action s'est inscrite dans le cadre normal de sa mission d'information et d'assistance à ses membres ; qu'il a adressé les grilles de marge à la demande pressante de ses adhérents ; que la preuve de leur incidence sur les prix du marché n'a pas été apportée ;

Mais considérant que, s'il entre dans les missions d'un syndicat professionnel de fournir à ses membres des informations destinées à les aider dans l'exercice de leur activité, celles-ci ne doivent pas, de quelque manière que ce soit, exercer d'influence, directe ou indirecte, sur le jeu de la concurrence à l'intérieur de la profession ; qu'en particulier les indications données ne sauraient avoir pour effet de détourner les entreprises d'une appréhension directe de leurs propres coûts qui leur permette de fixer individuellement leur prix ;

Considérant, en l'espèce, que le Syndicat des négociants en combustibles du Nord a outrepassé son objet statutaire en incitant ses adhérents à aligner leurs prix ; que, par l'élaboration et la diffusion de barèmes de marge, il a cherché à coordonner leur politique de prix et les a dissuadés de fixer ces prix de manière autonome ; que cette coordination, visant à définir des prix de vente uniformes, avait pour objet et a pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché du fioul et du charbon dans le département du Nord ; que de telles pratiques constituent une entente tarifaire prohibée par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

En ce qui concerne l'application de l'article 10-2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 :

Considérant que le Syndicat des négociants détaillants en combustibles du Nord prétend justifier la contribution au progrès économique des pratiques en cause, en soutenant qu'elles auraient permis la survie de petites entreprises qui assurent la pérennité de l'activité

économique locale et maintiennent un minimum de concurrence ;

Mais considérant que cet organisme professionnel ne démontre pas en quoi une hausse artificielle et concertée des prix, quand bien même elle permettrait aux entreprises les plus vulnérables et sans doute les moins productives de se maintenir en activité, serait de nature à améliorer la structure du marché et à garantir le libre exercice de la concurrence ; qu'en tout état de cause de telles pratiques ont pour objet de restreindre la concurrence pour les produits dont il s'agit et, loin de réserver aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, leur en font supporter toute la charge ; qu'elles ne satisfont pas, dès lors, aux conditions exigées par l'article 10-2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur l'imputabilité des pratiques :

Considérant que, le 31 mai 1998, la Chambre syndicale départementale des négociants détaillants en combustibles du Pas-de-Calais et le Syndicat des négociants détaillants en combustibles du Nord ont fusionné pour former une seule entité : le Syndicat des négociants détaillants en combustibles du Nord - Pas-de-Calais ; qu'en conséquence les pratiques constatées dans le Nord seront imputées à cette organisation en ce qu'elle assure la continuité économique et juridique des deux anciens syndicats ;

Sur les sanctions :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 « *le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours de l'exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum est de dix millions de francs...* » ;

Considérant que la gravité des pratiques en cause doit être appréciée au regard du fait que le Syndicat des négociants détaillants en combustibles du Nord - Pas-de-Calais n'ignorait pas le caractère illicite de ces pratiques ; qu'il en avait été averti tant que les services locaux de la DGCCRF que par sa propre fédération professionnelle ; que figurait d'ailleurs dans une note du Syndicat, diffusée en 1991, la mention : « *Il a toujours été préférable de vendre moins pour gagner plus que de vendre plus et gagner moins* » ;

Considérant que, s'agissant du dommage à l'économie, les produits distribués sur les marchés en cause sont des produits de première nécessité ; que, pour ce qui concerne le charbon, celui-ci est acheté par une population âgée et vulnérable ;

Considérant, en revanche, qu'il y a lieu de retenir que, si le Syndicat des négociants détaillants en combustibles du Nord a élaboré, diffusé et veillé à l'application de barèmes de marge pour la distribution du charbon et du fioul dans le département du Nord, deux barèmes seulement ont été diffusés, l'un en 1989, l'autre en 1991, celui-ci ne comportant plus de coefficient chiffré de marge ;

Considérant que le Syndicat des négociants détaillants en combustible du Nord - Pas-de-Calais, organisation professionnelle venant au lieu et place du Syndicat des négociants détaillants en combustibles du Nord, a enregistré en 1998 un montant de cotisations de 675 248 F, dont 316 423 F se rapportant au département du Nord ; qu'il y a lieu de prononcer à son encontre une sanction pécuniaire de 500 000 F,

Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que le Syndicat des négociants détaillants en combustibles du Nord - Pas-de-Calais, pour les pratiques constatées dans le département du Nord, a enfreint les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Il est infligé au Syndicat des négociants détaillants en combustibles du Nord - Pas-de-Calais une sanction pécuniaire de 500 000 F.

Délibéré, sur le rapport de M. Avignon, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, Mmes Mader-Saussaye, Perrot, MM. Bidaud, Lasserre, Piot, Rocca, Sloan, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

Le vice-président,

présidant la séance,

Pierre Cortesse

Annexe 92

Décision n° 99-D-85 du Conseil de la concurrence en date du 22 décembre 1999 relative à des pratiques de la société Télévision française 1 (TF 1) dans le secteur de la production, de l'édition et de la publicité des vidéogrammes

NOR : ECOC0000108S

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 31 mai 1996, par laquelle les sociétés Citel et Editions Montparnasse ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques menées par TF 1 dans le secteur des vidéogrammes et qu'elles estiment anticoncurrentielles ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la lettre enregistrée le 21 octobre 1998 par laquelle la société Citel a informé la présidente du Conseil qu'elle retirait sa saisine ;

Vu les observations présentées par les sociétés Editions Montparnasse et TF 1 ainsi que par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les observations présentées par la ministre de la culture ;

Vu l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) en date du 14 octobre 1996 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Editions Montparnasse et TF 1 entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général adjoint,

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Les caractéristiques du secteur

1. Les parties en présence

1.1. La société Télévision française 1 (TF 1)

Au 29 décembre 1995, le capital de la société anonyme Télévision française 1 (TF 1) (210 millions de francs) était détenu à concurrence de 46,8 % par des actionnaires agissant de concert (dont 39 % par la société Bouygues), le reste du capital étant détenu à 51,3 % par le

public et à 1,9 % par les salariés de l'entreprise. Le chiffre d'affaires consolidé de TF 1 s'est élevé à 10,7 milliards de francs en 1998.

La société TF 1 avait été autorisée, par décision en date du 16 avril 1987, à utiliser pour dix ans les fréquences qui lui étaient précédemment allouées en tant que société nationale de programme. Par décision du 17 septembre 1996, le CSA a reconduit pour une durée de cinq ans, hors appel à candidatures, l'autorisation donnée à TF 1 d'utiliser les fréquences hertziennes. Cette décision, postérieure aux faits examinés dans la présente décision, fixe, dans une convention, les nouvelles obligations de la chaîne, qui sont entrées en vigueur le 1^{er} janvier 1997. Ces obligations en matière d'acquisition d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles prévoient, notamment, pour les œuvres audiovisuelles que la société TF 1 *« s'engage à ce que les contrats qu'elle conclut en vue de l'acquisition de droits de diffusion accompagnée, le cas échéant, de part de coproduction, comportent un chiffrage de chaque droit acquis, individualisant chaque support de diffusion, le nombre de passages, leur durée de détention et les territoires concernés »*. Il est en outre prévu que *« La société s'engage à ce que les droits d'exploitation commerciale détenus notamment dans le cadre d'un mandat de distribution soient valorisés lorsqu'ils ne font pas l'objet d'un contrat spécifique. En l'absence de minimum garanti et si aucune vente n'a lieu dans les dix-huit mois à compter de la première diffusion sur l'antenne de la société, ces droits reviennent à leur titulaire, que ce soit la société ou le producteur délégué. »* (art. 32)

La société TF 1, qui dispose d'un droit spécial sur les fréquences qui lui sont allouées, se présente comme (rapport annuel pour l'année 1995) *« le premier investisseur dans la production française parmi les chaînes en clair »*. Ces investissements (minimum de 3 % du chiffre d'affaires publicitaire net) qui sont imposés par le cahier des charges de la chaîne sont réalisés par les sociétés : TF 1 Films Production, qui acquiert des parts dans la coproduction d'œuvres cinématographiques, lesquelles lui procurent des recettes sur les entrées en salle et les droits de diffusion destinés à TF 1, et ses filiales Protécrea et Banco Production, qui participent à la production d'œuvres audiovisuelles (fictions, magazines, documentaires, séries), Glem, qui produit des émissions de variétés, des spectacles musicaux ou des pièces de théâtre, et Les Studios 107, situés à Saint-Denis, qui commercialisent des prestations techniques et équipements auprès des producteurs d'émissions de divertissements (variétés, jeux...).

L'activité de production d'œuvres cinématographiques et audiovisuelles a contribué à hauteur de 141 millions de francs au chiffre d'affaires consolidé de TF 1 en 1995. En 1994, TF 1 Films Production a dépensé 182,3 millions de francs en coproduction et achats de droits de quinze films cinématographiques de long métrage. Ce chiffre s'est élevé à 189 millions de francs en 1995 (pour treize films). Les films coproduits par TF 1 Films Production ont attiré plus de 25 millions de spectateurs, soit 55 % du public des films français en 1995.

Les contrats de coproduction signés par TF 1 Films Production sont généralement des contrats types, qui prévoient notamment :

- le plan de financement du film avec le montant des droits de diffusion télévisée correspondants et, le cas échéant, le financement complémentaire ;
- le pourcentage de recettes que représentent la part producteur pour la projection en salle et la cession aux chaînes télévisées (hors première projection) ;
- s'agissant des *« droits dérivés et autres exploitations monde entier »*, il est prévu que le coproducteur prélève un pourcentage de toutes les recettes réalisées en France ou à l'étranger provenant des modes d'exploitation secondaires comme les vidéogrammes jusqu'à récupération de son apport production, puis 15 % au-delà.

Par « droits dérivés » on entend droits cédés par les auteurs pour l'exploitation de l'œuvre selon divers modes d'exploitation au sens large ainsi que sur tous éléments, comme jeux, jouets, gadgets, disques, cassettes sonores, livres, bandes dessinées... S'agissant des

œuvres audiovisuelles, les commandes de TF 1 se sont élevées à 953,33 millions de francs en 1995, dont 768,86 millions de francs d'œuvres de fiction.

Outre l'activité de production audiovisuelle, le groupe TF 1 comprend cinq pôles principaux qui sont :

a) *L'Antenne TF 1 (TF 1 SA) :*

La part d'audience de TF 1 s'est élevée respectivement à 39,2, 37,3 et 35,4 % en 1994, 1995 et 1996 contre 25,4, 23,8 et 24,2 % pour France 2, second diffuseur en termes d'audience. Les ressources de TF 1 SA proviennent en quasi totalité de la vente d'espaces publicitaires (contribution de 7,4 milliards de francs au chiffre d'affaires consolidé).

b) *La régie et les prestations publicitaires :*

Ces activités qui ont contribué en 1995, à hauteur de 7,3 milliards de francs, au chiffre d'affaires de TF 1 sont assurées par deux sociétés :

- TF 1 Publicité, qui commercialise auprès des annonceurs et des agences des espaces publicitaires qu'elle achète auprès de TF 1 et de LCI, dans le cadre de contrats de régie ;
- TF 1 Publicité Production, filiale de TF 1 Publicité, qui réalise, quant à elle, des bandes annonces pour l'antenne ainsi que des films publicitaires ou de parrainage d'émissions pour le compte d'annonceurs.

TF 1 étant une chaîne commerciale, ses ressources proviennent des ventes d'espaces publicitaires, lesquelles génèrent plus de 80 % du chiffre d'affaires consolidé du groupe.

c) *La commercialisation des droits audiovisuels (contribution de 143 millions de francs au chiffre d'affaires consolidé en 1995).*

d) *L'édition et la distribution (contribution de 1 milliard de francs au chiffre d'affaires consolidé en 1995).*

Quatre sociétés du groupe interviennent dans ce secteur d'activité :

- TF 1 Entreprises, qui a réalisé un chiffre d'affaires de 498 millions de francs en 1995 (+ 21 % par rapport à 1994), regroupe elle-même plusieurs activités qui sont :
 - l'édition et la distribution de cassettes vidéo sous la marque de TF 1 Vidéo ; selon TF 1 (rapport annuel pour 1995) : « *la politique éditoriale de TF 1 Vidéo s'articule autour, d'une part, de l'édition de grands films français et étrangers et, d'autre part de l'exploitation de produits hors films (sports, concerts, documentaires...). Sur ce dernier segment, TF 1 Vidéo est leader, avec une part de marché de 36 %* » ;
 - la télématique (Kiosques Minitel, téléphonique), l'édition électronique et l'exploitation des droits dérivés de produits diffusés à l'antenne ou dont TF 1 détient les licences (les marques « *Ushuaïa* » et « *Spirou* ») ;
 - La société Une Musique, spécialisée à l'origine dans l'édition musicale, s'est également développée dans l'édition phonographique et la production d'artistes français ;
 - Télé-shopping, qui a été la première société de télé-achat en France, diffuse ses émissions sur TF 1, développe son activité de vente par catalogues et commercialise en France et à l'étranger ses émissions de télé-achat ;
 - TF 1 Editions, quant à elle, publie des livres et des guides grand public.

e) *La diffusion (contribution de 383 millions de francs au chiffre d'affaires consolidé).*

En complément au programme généraliste de l'antenne, le groupe TF 1 a créé deux chaînes thématiques diffusées sur le câble et le satellite Eurosport et LCI ainsi qu'une chaîne de paiement à la séance. La chaîne a, par ailleurs, signé en 1995 une convention avec France Télévision, la CLT, M6 et la Lyonnaise des Eaux pour le lancement d'un bouquet numérique commun, Télévision par Satellite (TPS), concurrent de Canal Satellite détenu majoritairement par Canal Plus.

Les représentants de la société TF 1 ont déclaré (cf. procès-verbal d'audition du 2 septembre 1998) : « *TF 1 Entreprises et TF 1 Publicité sont totalement intégrées structurellement et commercialement au sein de la société TF 1 et ne disposent donc pas*

d'autonomie ». Il s'avère en effet que :

- le capital de la société Télévision française 1, société anonyme, présidée par M. Patrick Le Lay, est détenu à hauteur de 39,1 % par le groupe Bouygues, les actionnaires agissant de concert (Bouygues, Société Générale et le groupe Worms et Cie) détenant 43,1 % du capital ;
- le capital de la société TF 1 Entreprises, société anonyme, est détenu à hauteur de 99,99 % par la société Télévision française 1, le président-directeur général de TF 1 Entreprises étant également M. Patrick Le Lay ;
- le capital de la société TF 1 Publicité, société anonyme, est détenu à hauteur de 99,98 % par la société Télévision française 1, la présidence de cette société étant également assurée par M. Patrick Le Lay ;
- au moment des faits, M. Etienne Mougeotte était administrateur des trois sociétés susmentionnées et M. Jean-Louis Capra occupait les fonctions d'administrateur des sociétés TF 1 Publicité et TF 1 Entreprises, M. Morel, actionnaire de TF 1 Entreprises, étant également administrateur de TF 1 Publicité.

1.2. La société Editions Montparnasse

La société Editions Montparnasse exerce une activité d'édition de programmes télévisés dits « culturels » sur vidéogrammes (par exemple, les émissions : « *Des trains pas comme les autres* », « *Mémoires* ») et du cinéma dit « classique » (par exemple les films : « *Les Enfants du paradis* », « *De Nuremberg à Nuremberg* »). Ces deux activités représentent chacune environ 50 % de l'activité de la société. Cette société, dont 15 % du capital est détenu par la société Havas Images, filiale du groupe Vivendi, intervient également dans le secteur de la production de films par l'intermédiaire d'une filiale spécialisée, la société Montparnasse Production. Elle acquiert, à cet effet, les droits d'exploitation en vidéo des œuvres audiovisuelles pour différents territoires.

Selon son président, environ 60 % des ventes de la société Editions Montparnasse sont réalisées en grandes et moyennes surfaces par l'intermédiaire de la société Films Office Distribution, une filiale de la société Hachette, et environ 40 % en direct auprès des revendeurs.

2. Le secteur d'activité

- Le secteur amont : la production d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles et la gestion des droits d'exploitation de ces œuvres.

Aux termes de l'article L. 132-23 du code de la propriété intellectuelle, « *le producteur de l'œuvre audiovisuelle est la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre* ». Par ailleurs, l'article L. 132-24 du même code prévoit que le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle autres que l'auteur de la composition musicale avec ou sans paroles, emporte, sauf clause contraire et sans préjudice des droits reconnus à l'auteur par les dispositions des articles L. 113-3, L. 124-4, L. 122-7, L. 123-7, L. 131-2, L. 131-7, L. 132-4 et L. 132-7, « *cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle* ». Les contrats de production audiovisuelle doivent être constatés par écrit (art. L. 131-2 du code de la propriété intellectuelle).

Le décret n° 90-67 du 17 janvier 1990 fixe les principes généraux concernant la contribution des diffuseurs au développement de la production cinématographique et audiovisuelle et l'indépendance des producteurs à l'égard des diffuseurs.

Ce texte, modifié en 1992 et en 1995, prévoit que les chaînes publiques et les services de télévision autorisés à diffuser en clair par voie hertzienne terrestre doivent consacrer chaque

année au moins 3 % du chiffre d'affaires annuel net de l'exercice précédent à des dépenses contribuant au développement de la production d'œuvres cinématographiques d'expression originale française. Ces dépenses sont constituées par les sommes investies dans la production ou consacrées à l'achat de droits de diffusion exclusives sur le territoire français ainsi que sur les territoires étrangers pour des diffusions en langue française d'œuvres cinématographiques n'ayant pas encore reçu l'agrément d'investissement prévu à l'article 13 du décret n° 59-1512 du 30 décembre 1959 ou une autorisation délivrée par le directeur général du Centre national de la cinématographie (CNC).

Les investissements susmentionnés ne peuvent, aux termes du décret du 17 janvier 1990, être effectués que par une filiale des sociétés de diffusion, spécialisée exclusivement dans la production cinématographique. L'ensemble des sommes ne doit pas excéder la moitié du coût total de production. Par ailleurs, les contrats d'achat de droits de diffusion d'une œuvre déterminent un prix d'acquisition distinct pour chaque diffusion ou rediffusion de cette œuvre.

A ces obligations d'ordre réglementaire s'ajoute un engagement pris contractuellement par les chaînes auprès de la profession (bureau de liaison des industries cinématographiques, BLIC) : aux termes d'accords écrits, les chaînes de télévision nationales se sont en effet engagées à faire réaliser une certaine proportion de films par des producteurs dits « indépendants ».

En 1995, Canal + et TF 1 ont participé, respectivement, à la production de plus de 60 % et moins de 8 % des films (en nombre). En valeur, la participation de TF 1 s'élevait à 13,2 % contre 60 % pour Canal +.

Pour ce qui concerne les œuvres audiovisuelles, les sociétés télévisées ont le choix entre deux formules :

- soit consacrer chaque année au moins 15 % de leur chiffre d'affaires annuel net (sur la base de l'exercice précédent) à la commande d'œuvres d'expression originale française et diffuser au minimum 120 heures d'œuvres européennes ou françaises (choix opéré par TF 1) ;
- soit consacrer chaque année au moins 20 % de leur chiffre d'affaires annuel net (sur la base de l'exercice précédent) à la commande d'œuvres originaires de l'Union européenne et 15 % à la commande d'œuvres audiovisuelles d'expression originale française.

Les commandes d'œuvres audiovisuelles d'expression originale française ou originaires de l'Union européenne doivent, à concurrence d'au moins 10 % de leur chiffre d'affaires net (sur la base de l'exercice précédent), être passées auprès de producteurs indépendants de la société de télévision.

Une entreprise de production est considérée comme « indépendante » au sens de l'article 11 du décret dans les cas suivants :

- lorsque l'entreprise de télévision ne détient pas plus de 5 % de son capital ;
- lorsqu'un actionnaire ou un groupe d'actionnaires détenant plus de 5 % du capital de l'entreprise de télévision ne détient pas plus de 20 % du capital social de la société de production ;
- lorsque la société de production ne détient pas plus de 5 % du capital de l'entreprise de télévision ;
- une entreprise de production avec laquelle la société ou le service de télévision n'a pas de « *liens constituant entre eux une communauté d'intérêts durable* ».

Le décret n° 95-110 du 2 février 1995 relatif au soutien de l'Etat à l'industrie des programmes audiovisuels précise par ailleurs les conditions dans lesquelles les différentes aides sont accordées par l'Etat, pour l'investissement et la promotion des œuvres audiovisuelles. Celles-ci doivent notamment être financées par un apport initial minimum du producteur et du diffuseur, respectivement d'au moins 5 et 25 % du coût de l'œuvre.

Selon le CNC, les fictions sont les œuvres ayant représenté les plus gros investissements en 1995 (67,5 %), devant les documentaires (21 %) et les œuvres d'animation (8,8 %). Selon

la même source, l'investissement des diffuseurs de télévision a représenté près de 50 % des investissements totaux (1,98 milliard de francs pour un total de 4,074 milliards de francs). TF 1 a, en outre, participé, en 1995, à la production de 45,6 % des œuvres audiovisuelles de fiction sur le plan national, tandis que la part de France 2 deuxième diffuseur, s'élevait à 20 %.

France 3 est, en revanche, la chaîne qui a consacré le budget le plus important en production de documentaires en 1995 (129 MF contre 81 MF pour Arte, 33 MF et 34 MF respectivement pour Canal + et France 2 et seulement 19 MF pour TF 1).

Le cahier des charges de TF 1 annexé au décret n° 87-43 du 30 janvier 1987 prévoit, en son article 15, que la société peut recourir à ses moyens propres de production pour la réalisation des émissions d'information. Il lui est en revanche interdit de recourir à ces moyens pour la réalisation des œuvres de fiction. Pour la réalisation des autres émissions, TF 1 peut recourir à ses moyens propres de production dans la limite de 50 % du volume annuel de ces émissions. On lit, à ce sujet, dans le « *Bilan d'exécution du cahier des charges* » de TF 1 pour l'année 1995 : « (...) en 1995, TF 1 n'a utilisé ses moyens propres de production que dans le cadre de 2 % environ des émissions qu'elle a diffusées. »

On lit, par ailleurs, dans le rapport annuel de la société TF 1 pour 1995 : « *L'explosion des capacités de diffusion, provenant de l'utilisation des techniques numériques associées à la compression du signal, entraîne une très forte demande de programmes, donc l'émergence de nouveaux marchés pour le groupe. S'appuyant sur l'expertise acquise au travers de ses activités de diffuseur, de producteur et de distributeur, TF 1 entend se positionner comme un fournisseur de contenu au travers de deux filiales TF 1 International (société née de la fusion de Syalis DA et de CDA) et Légende Distribution. Ces filiales ont pour objet l'acquisition de droits audiovisuels pour leur commercialisation sur tous supports (TV, cinéma, vidéo...) et tous territoires, en partenariat avec les "majors" américaines pour l'exploitation des droits en Europe. Elles détiennent un portefeuille diversifié qui totalise plus de 8 000 heures de programmes.* »

- Les secteurs aval : l'édition vidéographique et la publicité télévisée des vidéogrammes :

– l'édition vidéographique :

Les films français ne représentaient que 6,6 % de la production de vidéogrammes en 1995, tandis que les films étrangers représentaient 36,4 %, les productions « Animation-enfants » 45,8 % et le « hors film » 11,1 % (source : syndicat de l'édition vidéo [SEV]).

Toutes les chaînes de télévision possèdent une filiale spécialisée dans l'édition de tels produits : TF 1 Entreprises pour TF 1, sous la marque TF 1 Vidéo, France Télévision distribution pour France 2 et France 3 (longs métrages), France 3 Vidéo, Arte Vidéo, M 6 Vidéo et PFC Vidéo pour Canal +. Le chiffre d'affaires réalisé par les éditeurs vidéo au cours des années 1995 et 1996 s'est élevé selon la même source respectivement à 3,5 et 3,6 milliards de francs.

Selon le SEV, en 1995, les quatre premiers éditeurs de vidéogrammes étaient respectivement Buena Vista Homes Entertainment France, filiale du groupe Disney (29,35 % de part), Gaumont Colombia Tristan Home Vidéo (10,91 %), Pathé Fox Canal + (PFC Vidéo : 12,85 %) et Warner Home Vidéo (groupe Time Warner : 8,13 %).

Les vidéocassettes sont commercialisées par des réseaux de distribution, qui les vendent ou les louent aux consommateurs finals, cette deuxième activité étant toutefois secondaire (de l'ordre de 10 % de l'activité). La vente et la location de cassettes vidéo ont généré, au stade du consommateur final, un chiffre d'affaires de l'ordre de 7 milliards de francs en 1996 ;

– la publicité télévisée des vidéogrammes :

Les parts des différentes chaînes dans le secteur de la publicité télévisée étaient les suivantes de 1993 à 1996 (source : Secodip).

Tableau I

	1993 (%)	1994 (%)	1995 (%)	1996 (%)
TF 1	55,8	54,3	52,4	51,6
France Espace	26,3	27,1	28,7	29,0
Canal +	3,0	2,8	2,6	2,4
La Cinquième	-	-	0,2	0,3
M 6	14,9	15,8	16,1	16,7
Total	100	100	100	100

Le tableau ci-après fait apparaître les investissements publicitaires des éditeurs de vidéogrammes en 1994, 1995 et 1996 recueillis par les différentes chaînes (source : Secodip).

Tableau II

INVESTISSEMENTS VIDÉO TÉLÉVISUELS EN MF HT	1994	1995	1996
TF 1	205	296	310
France 2	45	47	53
France 3	31	45	40
M 6	30	47	92
Canal +	11	13	22
Autres	2	8	16
Total	326	456	533

Il ressort de ces données que TF 1 a recueilli respectivement 62,8 %, 64,9 % et 58,1 % de la totalité des investissements publicitaires vidéo en 1994, 1995 et 1996 contre seulement 23,3 %, 30,5 % et 17,5 % pour France Télévision (France 2 et France 3), son suivant immédiat, et 9 à 17 % pour M 6.

Les investissements publicitaires plurimédia (en MF), pour les annonceurs vidéo apparaissent dans le tableau suivant (source : Secodip) :

Tableau III

INVESTISSEMENTS VIDÉO MULTIMÉDIA EN MF HT	1994	Répartition en %	1995	Répartition en %	1996	Répartition en %	Variations 1996/1994
Télévision	326	77	456	80	533	80	+ 63,5 %
Radio	44	10	56	10	87	13	+ 97,7 %
Presse	55	13	60	10	50	7	- 9,1 %
Total	425	100	572	100	670	100	+ 57,6 %

Les investissements publicitaires plurimédia (en MF), tous annonceurs confondus au cours de la même période, apparaissent dans le tableau suivant (source : Secodip).

Tableau IV

INVESTISSEMENTS PUBLICITAIRES MULTIMÉDIA EN MF HT	1994	Répartition en %	1995	Répartition en %	1996	Répartition en %	Variations 1996/1994
Télévision	18,8	39	21,1	40	22,6	41	+ 20,3 %
Radio	7,1	15	7,4	14	7,5	14	+ 6,5 %
Presse	22,5	46	24	46	25,1	45	+ 11,5 %
Total	48,4	100	52,5	100	55,2	100	+ 14,2 %

Le tableau reproduit ci-après, établi à partir des données fournies par la société TF 1, fait apparaître les prix unitaires (en KF) des espaces publicitaires à la télévision, dans la presse et à la radio ainsi que leur variation dans la période 1994 à 1996, tous annonceurs confondus, d'une part, et pour les seuls annonceurs vidéo, d'autre part (source : Tera Consultants, cité page 77 du rapport d'expertise du professeur Benzoni et page 8 du rapport complémentaire).

Tableau V
PRIX UNITAIRES DES ESPACES PUBLICITAIRES (EN KF)

TV PRESSE RADIO	Tous annonceurs	Annonces vidéo	Ecart (en %)	Tous annonceurs	Annonces vidéo	Ecart (en %)	Tous annonceurs	Annonces vidéo	Ecart (en %)
1									
2									
3									
4									
5									
6									
1994	51,64	38,2	- 26	41,94	47,8	+ 14	8,90	6,5	-
1995	55,09	33,4	- 40	45,27	53,5	+ 18	8,99	6,6	-
1996	58,63	33,2	- 43	47,48	53,9	+ 14	8,84	6,8	-
Variations 1996/1994	+ 13,5 %	- 13 %	Moy. 36,3	+ 13,2 %	+ 12,7 %	Moy. 15,3	- 0,7 %	+ 4,6 %	Moy. 24

B. - Les pratiques observées

1. La pratique de TF 1 relative à l'exploitation vidéographique des œuvres audiovisuelles

Les investissements consacrés par TF 1 à la commande d'œuvres audiovisuelles en 1994 et 1995 ont représenté respectivement un montant total de 905,5 millions de francs et 953,33 millions de francs, les œuvres de fiction ayant représenté à elles seules respectivement 695,72 et 768,86 millions de francs.

Cinquante-huit et cinquante-quatre œuvres de fiction ont respectivement été coproduites par TF 1 en 1994 et 1995. Neuf des dix contrats de coproduction versés au dossier par TF 1 prévoient que l'exploitation vidéo de l'œuvre en France sera assurée par TF 1 Entreprises, certains des contrats organisant d'ores et déjà les modalités de partage des recettes

d'exploitation vidéo. Cinq de ces contrats prévoient que l'exploitation de ces droits pourra être transférée au producteur délégué si TF 1 n'a pas exploité l'œuvre sous forme de vidéogrammes dans un délai d'un an. TF 1 a donné suite à l'exploitation vidéographique de l'œuvre coproduite dans cinq cas sur les dix examinés.

Cinq et trois œuvres d'animation ont respectivement été coproduites par TF 1 en 1994 et 1995. Les six contrats versés au dossier par TF 1 prévoient que l'exploitation des droits vidéo en France est attribuée à TF 1 Entreprises dès le contrat de coproduction. Dans un cas, il est prévu que, si TF 1 n'a pas donné suite à la proposition d'exploitation du vidéogramme dans un délai d'un an à compter de la diffusion du téléfilm, le contractant aura la possibilité d'exploiter ou de faire exploiter les droits, « *sous réserve du versement à TF 1 des recettes qui lui reviennent* ».

Treize et quatorze documentaires ont été respectivement coproduits par TF 1 en 1994 et en 1995. Treize des dix-sept contrats versés au dossier par TF 1 prévoient que l'exploitation des droits vidéo en France est attribuée à TF 1 Entreprises dès le contrat de coproduction. Dans un cas, il est prévu que, si TF 1 n'a pas donné suite à la proposition d'exploitation du vidéogramme dans un délai d'un an à compter de la diffusion du téléfilm, le contractant aura la possibilité d'exploiter ou de faire exploiter les droits, « *sous réserve du versement à TF 1 des recettes qui lui reviennent* ».

Lors de son audition au siège du Conseil, le directeur juridique de la société TF 1 a déclaré : « *Les contrats de coproduction versés au dossier par TF 1 sont des contrats usuellement en vigueur dans la profession. Ils sont donc représentatifs de la pratique courante.* » Par ailleurs, dans ses observations en réponse à la notification de griefs, la société TF 1 a également indiqué, au sujet de ses contrats de coproduction : « *ils ne diffèrent aucunement de ceux signés par les autres télédiffuseurs ou coproducteurs* ». Le président de l'Union syndicale de la production audiovisuelle (USPA) a déclaré, lors de son audition : « *Nous pensons que les chaînes abusent de leur situation. En effet, elles conditionnent la signature du contrat de commande à la cession concomitante de droits secondaires comme les droits vidéo.* »

La ministre de la culture a indiqué, dans ses observations en réponse au rapport : « *Les diffuseurs recourent de plus en plus à la technique des mandats de commercialisation au bénéfice d'une filiale.* »

2. La durée de l'exclusivité d'exploitation des vidéogrammes par la société TF 1

Les contrats de coproduction d'œuvres de fiction portant sur *Bleu Indigo* et *La Fontaine, les fables et la francophonie* fixent la durée de l'exclusivité d'exploitation à dix ans. Ces contrats ont été signés respectivement les 15 novembre 1994 et 13 juillet 1995, les contrats vidéo ayant été signés respectivement les 3 septembre 1996 et 13 décembre 1995.

Trois contrats de coproduction d'œuvres d'animation ont fait l'objet d'une exploitation vidéo. Il s'agit des contrats relatifs aux œuvres suivantes : « Carland Cross » (exclusivité de sept ans), « Les Exploits d'Arsène Lupin » (exclusivité de douze ans) et « Les Petites Sorcières » (en exclusivité de dix ans). Le contrat d'exploitation de droits vidéo relatif à l'œuvre « Dog Tracer » contient également une clause d'exclusivité d'une durée de dix ans.

Trois contrats de coproduction portant sur deux documentaires contiennent une clause d'exclusivité d'une durée supérieure à dix ans. Il s'agit des contrats relatifs à « Le bébé est un combat », qui prévoit une exclusivité de vingt-huit ans, et celui portant sur « Les Géants du XX^e », qui prévoit une exclusivité d'une durée de quinze ans.

3. Les pratiques publicitaires de la société TF 1 dans le secteur de l'édition vidéographique

Les conditions de vente des écrans publicitaires de TF 1 applicables en 1994 et en 1995 opéraient une distinction entre :

a) *Une campagne de publicité* « classique » : dans ce cas, l'annonceur pouvait décider de programmer une publicité selon un calendrier donné, sans tenir compte des avantages qui lui étaient offerts à certaines heures de programmation. L'annonceur pouvait, dans le cadre de ces campagnes et sous certaines conditions, bénéficier de différentes remises et d'un escompte pour paiement comptant.

Des « *majorations tarifaires* » (de 15 à 25 %) étaient par ailleurs prévues dans certaines circonstances, notamment en cas de présentation d'une marque d'un autre annonceur. Enfin, les conditions de vente prévoyaient également la possibilité pour l'annonceur de bénéficier d'une « *prime de centralisation* » lorsque la campagne était confiée à un mandataire. Les tranches horaires les plus onéreuses se situaient entre 20 heures et 22 heures ;

b) *Les publicités effectuées en « floating »* : dans ce cas, qui s'appliquait à des « vagues » de messages concernant un même produit, le message devait être diffusé, non pas à des heures programmées par l'annonceur, mais selon les disponibilités des écrans de TF 1. La programmation des messages, non garantie par TF 1, était communiquée à l'annonceur huit jours avant sa diffusion. Un abattement de 20 % était accordé par TF 1 sur le montant de ladite vague.

c) *Les publicités effectuées « au rendement »* : ce régime, qui s'appliquait uniquement au secteur « éditions musicales et vidéo », prévoyait que les campagnes étaient programmées en « floating time » huit jours avant la diffusion, à des horaires laissés au choix de TF 1 Publicité, sur une période donnée. TF 1 se réservait le droit de modifier la programmation.

La facturation de ces dernières campagnes, qui ne bénéficiaient pas des conditions commerciales « *espace classique* » en termes de programmation (cf. *a* ci-dessus), se faisait selon deux modalités : au forfait ou selon une redevance :

- facturation du forfait : TF 1 Publicité facturait mensuellement un forfait variant, en fonction du mois de diffusion, de 35 à 40 % de la valeur brute des messages publicitaires diffusés sur le mois : 35 % des mois de janvier à août et 40 % de septembre à décembre. Les conditions précisait qu'« *en tout état de cause, ce montant forfaitaire reste acquis à TF 1 Publicité* » ;

- facturation de la redevance : il était prévu que l'« *annonceur est redevable envers TF 1 Publicité, d'une redevance par unité vendue* ». A cette fin, le contrat stipulait le taux unitaire de la redevance, les modalités de décompte des unités vendues et les modalités pratiques de contrôle. TF 1 se réservait par ailleurs le droit de faire procéder à des contrôles des ventes par un cabinet d'experts de son choix. L'annonceur s'engageait à fournir tous les éléments indispensables au contrôle (notamment les déclarations servant de base aux règlements de la SACEM).

Lorsque les annonceurs du secteur « éditions musicales et vidéo » choisissaient la publicité « au rendement » et en « *floating* », TF 1 leur offrait une formule « mixte » dans laquelle le taux du forfait était porté à 60 % du prix du tarif, mais sans facturation de redevance. Les contrats relatifs à la publicité « au rendement » signés avec les annonceurs pour l'année 1995 indiquaient notamment :

- la valeur brute totale de la campagne de publicité au tarif plein de TF 1 Publicité ;
- la période et (ou) la date de démarrage de la campagne ;
- le taux de la redevance que devra payer l'annonceur (« *royalties* » sur vente) ;
- le montant du forfait versé à la fin de chaque mois de campagne, à titre d'« *avance sur royalties* » ;
- la durée de versement de la redevance (généralement de quatre à six mois).

Cependant, les relations commerciales entre TF 1 Publicité et TF 1 Entreprises sont régies par un accord cadre signé le 21 avril 1994, pour une durée d'un an renouvelable par

tacite reconduction, et qui déroge au régime général appliqué par TF 1 Publicité aux autres entreprises du secteur de la vidéographie. Aux termes de ce contrat, TF 1 Publicité s'engage (art. 1^{er}) à « effectuer les campagnes publicitaires demandées par TF 1 Entreprises au profit des vidéogrammes édités par elle, en floating time, c'est-à-dire à des horaires laissés au choix de TF 1 Publicité ». Il est stipulé, dans le même article, que « la valeur brute de chaque campagne sera définie dans le bon de commande ». Il est également indiqué (art. 4) : « Comme TF 1 Publicité, TF 1 Entreprises est une filiale du groupe TF 1. A ce titre, compte tenu qu'aucune démarche commerciale n'est nécessaire, et compte tenu de la non-existence d'un risque financier pour TF 1 Publicité, elle bénéficie de conditions tarifaires spécifiques. »

Il est enfin prévu que TF 1 Entreprise s'engage à accorder l'exclusivité de la publicité à TF 1 Publicité ou sur toute autre chaîne dont la régie publicitaire est assurée par TF 1 Publicité.

Le prix défini contractuellement comporte :

- un forfait de 10 % de l'« investissement rendement consenti et réellement programmé par TF 1 Publicité », ces 10 % étant considérés comme une « avance sur redevances » ;
- une redevance égale à 5 % du chiffre d'affaires de TF 1 Entreprises sur tous les exemplaires vendus en « circuit normal », ce circuit étant défini comme étant le réseau constitué de grossistes, de le FNAC, des hypermarchés et supermarchés et détaillants. Le calcul de la redevance est basé sur le prix de gros du catalogue de TF 1 Entreprises diminué des remises éventuelles accordées à la clientèle. Un abattement de 10 % peut être effectué par TF 1 Entreprises pour tenir compte des retours éventuels.

Les factures versées au dossier par la société TF 1 établissent que TF 1 Entreprises a pu bénéficier, à de nombreuses reprises, d'écrans publicitaires à des horaires bien situés dans la grille de programmation, aux conditions susdécrites. C'est ainsi que les 10, 11, 14 et 22 novembre 1995, TF 1 a diffusé, pour le compte de TF 1 Entreprises, des écrans publicitaires d'une valeur brute comprise en 226 800 F et 248 400 F chacun pour le lancement du vidéogramme « Les Inconnus », écrans facturés (facture cotée 2558) sur la base d'une rémunération au rendement avec versement forfaitaire de 10 %. De même, le 2 octobre 1995, TF 1 Entreprises a bénéficié d'un écran publicitaire (écran 2429) d'une valeur de 292 300 F pour son vidéogramme intitulé « Les Stars de l'OM » (facture cotée 2585). Le lancement du vidéogramme « Le Colonel Chabert » par TF 1 Entreprises a également donné lieu, à plusieurs reprises au cours du mois d'octobre 1995, à des publicités télévisées à des heures de grande écoute comme les 7 et 15 octobre à 20 h 30 (facture cotée 2581 : valeurs respectives de 245 000 F et de 338 800 F). Des écrans d'une valeur brute supérieure à 400 000 F ont été diffusés pour le compte de TF 1 Entreprises en janvier 1995 pour « La Méthode Montignac » (facture cotée 2808).

Les investissements des principaux investisseurs vidéo sur TF 1 au cours des exercices 1994 à 1996 sont les suivants (estimation théorique effectuée à partir de la valeur brute de la grille tarifaire de TF 1, source : société Secodip) :

Tableau VI

INVESTISSEMENTS PUBLICITAIRES TÉLÉVISUELS des principaux éditeurs vidéo en MF (HT) (estimation)	Totaux	Sur TF 1	Totaux	Sur TF 1	Totaux	Sur TF 1
1994						
1995						
1996						

TF 1 Entreprises	101	101	151,5	151,5	163,6	163,6
PFC Vidéo	49,6	36,4	48,6	30,6	61,9	38
Buena Vista	30,5	16,5	57,5	37,1	55,7	31,7
CIC Vidéo	20,5	11,4	28,4	12,9	42,2	21,3
Warner Home Vidéo	19,6	13,3	17	3,6	33,9	10,3
Gaumont CT	14,6	5,5	22,9	18,4	33,9	14,3
Polygram Groupe	13,4	9,8	32,4	22,5	26,9	13,8

Alors que le ratio chiffre d'affaires net facturé/chiffre d'affaires brut (estimé par la société Secodip à partir des grilles tarifaires de TF 1) n'a pas excédé 13 % en 1994 et 1995 pour TF 1 Entreprises, ce même ratio a varié généralement entre 35 et 80 % pour les annonceurs concurrents présents sur le marché de l'édition vidéographique, à l'exception d'un annonceur ayant bénéficié d'un taux plus favorable (10 %) en 1994 et de deux autres annonceurs en 1995 (10 et 12,92 %). On dénombre ainsi un ratio d'au moins 40 % pour respectivement seize et douze annonceurs en 1994 et en 1995 (rapport, tome I, pp. 44 et 45, tableaux I et II).

Le tableau suivant fait ressortir la valeur moyenne de l'écran publicitaire télévisuel de TF 1 Entreprises en francs hors taxes et celle des autres principaux annonceurs sur TF 1. Cette valeur moyenne, qui a été calculée à partir des estimations versées au dossier par la société Secodip, correspond au ratio suivant : chiffre d'affaires brut/nombre d'espaces publicitaires.

Tableau VII
Valeur moyenne de l'écran publicitaire TF 1
pour les principaux annonceurs vidéo (en KF)

	1994	1995	1996
TF 1 Entreprises	80,2	77,7	73,8
PFC Vidéo	55,5	83,4	56,1
Buena Vista	97,3	80,8	72,2
CIC Vidéo	52,9	44,5	43,7
Warner Home Vidéo	87,3	72,5	74,0
Gaumont CT	37,8	81,3	111,2
Polygram Groupe	32,1	46,6	55,5

Sur la base de ces constatations, et en application de l'article 21 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, il a été notifié à la société TF 1 un grief pour chacune des pratiques suivantes, sur le fondement des dispositions de l'article 7 ou du 1 de l'article 8 de ladite ordonnance :

- grief tiré de la violation des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance et relatif à la pratique consistant, de la part de TF 1, à réserver à sa filiale TF 1 Entreprises l'exclusivité de l'édition vidéographique des œuvres coproduites, au moment de la signature du contrat de coproduction ;
- grief tiré de la violation des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance et relatif à la durée de l'exclusivité d'exploitation des droits vidéographiques insérée dans des clauses figurant dans certains contrats signés par la société TF 1 Entreprises, filiale de la société TF 1 ;
- grief tiré de la violation des dispositions du 1 de l'article 8 de l'ordonnance sur la

pratique consistant, de la part de TF 1, via sa filiale TF 1 Publicité, à réserver, dans des conditions discriminatoires et d'opacité totale, un régime dérogatoire en matière de publicité télévisée à sa filiale TF 1 Entreprises.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur le retrait de saisine de la société Citel :

Considérant que, par la lettre en date du 21 octobre 1998, la société Citel a fait connaître au Conseil qu'elle retirait sa saisine ; qu'il y a lieu de prendre acte de ce retrait ;

Sur l'existence d'un marché spécifique des espaces publicitaires télévisés et de la position occupée par TF 1 sur ce marché :

Considérant qu'ainsi que l'avait indiqué le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 96-D-44 du 18 juin 1996 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la publicité, chaque média possède des qualités propres de nature à le rendre imparfaitement substituable à un autre média pour un annonceur désireux de procéder à une campagne publicitaire, soit que cet annonceur décide d'investir son budget sur un seul média, soit qu'au contraire il décide de le répartir entre différents médias pour moduler son message et diversifier ou élargir ses cibles ; qu'au cas d'espèce, la demande de publicité télévisée émane des éditeurs de vidéogrammes ;

Considérant que la société TF 1 soutient, d'une part, que le marché à prendre en considération est, non pas celui de la publicité télévisée, mais celui de la publicité tous médias et tous supports confondus et, d'autre part, que la demande à retenir est celle de l'ensemble des annonceurs et non celle des éditeurs de vidéogramme ; que cette entreprise verse au dossier les résultats d'une étude économétrique réalisée par le professeur Benzoni qui démontrerait, au vu des résultats des tests d'élasticités croisées effectués pour la période courant de 1993 à 1996, que les espaces publicitaires entre différents médias seraient substituables ;

Mais considérant en premier lieu, d'une part, que, si, d'une manière générale, « *le média télévision subit une concurrence de la part d'autres médias* », cette concurrence partielle ne suffit pas à établir en soi l'existence d'un seul et unique marché en raison notamment des caractéristiques propres à chaque média et des différences de prix existant entre les espaces publicitaires disponibles sur chacun des médias ; que, conformément à l'article 18 de la directive du Conseil européen du 3 octobre 1989, la durée de la publicité à la télévision est limitée ; que, dans sa décision n° 96-D-44 du 18 juin 1996 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la publicité, le Conseil de la concurrence avait d'ailleurs considéré que « *chaque média possède des qualités propres de nature à le rendre imparfaitement substituable aux autres médias* » ; que, d'autre part, l'offre d'espaces publicitaires à la télévision se caractérise par l'existence d'un régime dérogatoire réservé aux seuls éditeurs de vidéogrammes et de disques audio consistant en une rémunération proportionnelle aux ventes avec versement d'une somme garantie ; qu'ainsi, à la différence des autres prestataires de services, les éditeurs de disques vidéo et audio peuvent choisir entre les publicités « classiques », le système de « floating » et les publicités payées « au rendement » ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'alors que l'étude susmentionnée affirme qu'il existerait « *une très forte volatilité des préférences individuelles qui peuvent entraîner des révisions drastiques des comportements d'achat d'espaces publicitaires des annonceurs, indépendamment de l'évolution des offres en qualité et en prix des espaces publicitaires* », il apparaît, au contraire, que les investissements publicitaires multimédia effectués par les éditeurs de vidéogrammes ont progressé de plus de 57 % entre 1994 et 1996, alors que, dans le même temps, les investissements multimédia effectués par l'ensemble des annonceurs n'ont progressé que de 14,2 % ; qu'au cours de la même période, environ 80 % des investissements

publicitaires réalisés par les éditeurs vidéo l'ont été dans la télévision, alors que les investissements multimédia (radio, télévision, presse écrite) effectués par l'ensemble des annonceurs se sont répartis entre, notamment, la télévision (40 % environ), la presse écrite (46 % environ) et la radio (14 % environ) (cf. tableaux III et IV figurant au I.A ci-dessus) ; que ces éléments établissent une tendance générale dans les choix spécifiques effectués par les éditeurs vidéo en matière d'investissement publicitaire et contredisent l'affirmation susmentionnée en ce qu'elle remet en cause l'existence d'une telle spécificité ;

Considérant, en troisième lieu, qu'au cours de la période 1994-1996, les prix payés par les éditeurs vidéo pour l'achat d'espaces publicitaires étaient inférieurs, de 26 à 43 % pour la télévision et de 23 à 27 % pour la radio, à ceux payés par l'ensemble des annonceurs (tableau V figurant au I.A ci-dessus) ; que ces écarts de prix illustrent le régime de prix favorable accordé au secteur de l'édition, des vidéogrammes et des disques audio ; qu'à l'inverse, s'agissant de la presse écrite, les prix payés par les éditeurs vidéo sont en moyenne supérieurs de 14 à 18 % à ceux payés par l'ensemble des annonceurs, cet écart pouvant s'expliquer par le coût plus élevé des supports retenus par les annonceurs vidéo ;

Considérant, en quatrième lieu, que les données produites dans l'étude du professeur Benzoni ne constituent pas une base statistique suffisante pour en déduire des résultats probants ; que cette étude n'est d'ailleurs appuyée par aucun test économétrique de nature à établir la pertinence statistique de ses conclusions ; que cette étude présente des inexactitudes méthodologiques en ce qu'elle mesure les élasticités croisées entre les montants des investissements et les prix unitaires des espaces publicitaires, alors qu'il convenait d'étudier des élasticités croisées entre les volumes d'espaces publicitaires et leurs prix unitaires, en s'assurant au préalable que les évolutions contestées ne pourraient s'expliquer par aucun autre facteur ; qu'il n'y a donc pas lieu de retenir les conclusions tirées par TF 1 de cette étude ;

Considérant, en cinquième lieu, compte tenu de ce qui précède, que les chiffres produits par TF 1 (cf. tableaux III et V au I.A) décrivent des tendances générales du secteur de la publicité mais qu'il n'est pas non plus possible de tirer argument des évolutions respectives des prix et des volumes sur les différents marchés de la publicité ainsi généralement décrits pour considérer qu'il n'existerait qu'un marché de la publicité et non différents marchés selon le support concerné (télévision, presse, radio) ; que, par exemple, de 1994 à 1996 :

- une hausse des prix moyens unitaires de 36,3 % des espaces publicitaires à la télévision se compare à une augmentation des investissements de 63,5 % dans le même média alors que pour la publicité dans la presse, dont les prix n'augmentent que de 24,3%, les investissements, qui, si le marché était unique et les données pertinentes, devraient augmenter dans des proportions supérieures à celles de la télévision, diminuent de 9,1 % ;

- les prix moyens unitaires des espaces publicitaires à la télévision, toutes publicités confondues, ont augmenté de 13,5 % ; que, pour les publicités télévisées des éditeurs vidéo, ces prix ont baissé de 13 % ; qu'en revanche, au cours de la même période, on observe une évolution en sens inverse, bien que moins accentuée, pour la publicité radiophonique (respectivement - 0,7 % et + 4,6 %) ;

Considérant ainsi que, pour ce qui concerne la demande de publicité émanant des éditeurs de vidéogrammes, qui s'adresse pour environ 80 % à la télévision, il n'existe pas de substituabilité suffisante entre les espaces publicitaires offerts dans la presse, à la radio et à la télévision pour caractériser l'existence d'un seul marché ; qu'il existe donc un marché spécifique de l'espace publicitaire propre à chaque média, le marché à retenir dans la présente affaire étant celui constitué par le croisement de l'offre de publicité à la télévision qui recueille l'essentiel des investissements publicitaires et la demande correspondante émanant des éditeurs de vidéogrammes ; que, compte tenu de l'existence de barrières naturelles à l'entrée dans la télévision hertzienne, qui occupe une place prépondérante en France, ainsi que de l'importance de la langue et des préférences des consommateurs, ce marché revêt une

dimension nationale ;

Sur la place occupée par la société TF 1 sur le marché considéré de la publicité télévisée :

Considérant, ainsi que l'a souligné la Commission européenne dans sa décision RTL/Veronica/Endemol du 20 septembre 1995 (*JOCE L. 134/32* du 5 juin 1996), que « *la part d'audience (sur le marché de la radiodiffusion télévisuelle) a pour principal intérêt d'être le paramètre le plus important pour définir les positions de force sur le marché de la publicité télévisée* » ; que les parts d'audience de TF 1, de France 2 et de France 3 sur ce marché s'élevaient respectivement à 35,4 %, 24,2 % et 17,7 % en 1996 ; qu'il y a, par ailleurs, lieu de relever que le niveau des recettes publicitaires tirées par TF 1 de la vidéo n'est pas influencé par le fait que France 2 et France 3 disposent, comme le souligne la société TF 1, d'« *importants moyens matériels* » basés sur « *une faculté de négociation renforcée du fait du couplage des deux réseaux* », une « *faculté de diffusion renforcée par leur utilisation conjointe* », ainsi qu'une « *faculté de programmation plus large* » ; qu'il ressort des données recueillies par la société Secodip, non contestées par TF 1, que la place occupée par les différentes chaînes de télévision sur le marché de la publicité télévisée était la suivante, en 1996 : TF 1 : 51,6 %, France Espace (France 2-France 3) : 29,0 %, M 6 : 16,7 %, Canal + : 2,4 % et La Cinquième : 0,3 % ; que la société TF 1 a, en outre, recueilli respectivement 62,8 %, 64,9 % et 58,1 % de la totalité des investissements publicitaires des éditeurs de vidéogrammes en 1994, 1995 et 1996 contre seulement 23,3 %, 20,1 % et 17,5 % pour France Télévision (France 2 et France 3) et 9 à 17 % pour M 6 ; que le prix de l'insertion correspondant aux « *standards de campagnes publicitaires* » (cible ménagère de moins de 50 ans) s'élevait respectivement, selon la société *Tera Consultants*, à 148 148 F, 81 633 F et 38 835 F pour TF 1, France 2 et Canal + ;

Considérant qu'il ressort de l'ensemble de ces éléments que cette chaîne nationale peut s'affranchir de la pression de ses concurrents sur le marché de la publicité télévisée pour les vidéogrammes ; que l'autorisation d'utilisation des fréquences dont bénéficie la société TF 1 constitue au surplus un « *droit spécial* » au sens des dispositions de l'article 90 du traité de Rome ; qu'il s'ensuit que, sur le marché pertinent de la publicité télévisée des vidéogrammes, la société TF 1, qui disposait d'une part supérieure à 60 % en 1994-1995 et qui se trouve, en outre, être détentrice d'un droit spécial, se trouvait en situation de position dominante au cours de la période examinée par la présente saisine ;

Sur le marché de la gestion de droits d'œuvres audiovisuelles et sur la position occupée par TF 1 sur ce marché :

Considérant que le rapport annuel de la société TF 1 pour 1996 mentionne, au sujet de deux filiales spécialisées : « *(...) TF 1 entend se positionner comme un fournisseur de contenu au travers de deux filiales (...). Ces filiales ont pour objet l'acquisition de droits audiovisuels pour leur commercialisation sur tous supports (TV, cinéma, vidéo...) et tous territoires, en partenariat avec les "majors" américaines pour l'exploitation des droits en Europe. Elles détiennent un portefeuille diversifié qui totalise plus de 8 000 heures de programme* » ; que la constatation d'un croisement entre la demande de contenus émanant de chaînes de télévision ou d'autres supports et l'offre de détenteurs de droits audiovisuels, comme les filiales spécialisées de TF 1 et de Canal +, suffit à attester de l'existence d'un marché de la gestion des droits d'œuvres audiovisuelles distinct de celui de la production d'œuvres audiovisuelles et de celui des droits d'œuvres cinématographiques d'expression française ; qu'il n'est pas établi, notamment au vu des parts de marché de TF 1 et de France Télévision, estimées respectivement à 37 % et 36 %, que la société TF 1 se trouvait en situation de position dominante sur ce marché, au moment des faits examinés par le Conseil de la concurrence ;

Sur le marché de l'édition des vidéogrammes :

Considérant que l'existence d'un marché constitué par le croisement de l'offre d'édition

de vidéogrammes et de la demande correspondante émanant des producteurs de films n'est pas contestée par les parties ; que, sur ce marché, interviennent principalement, soit des filiales de chaînes de télévision, soit des éditeurs indépendants ou encore des filiales des « majors » américaines ; qu'au moment des faits, la part de la société TF 1 sur le marché considéré était inférieure à 10 % ;

Sur les pratiques :

Au sujet de la pratique consistant, pour TF 1, à se réserver l'exploitation vidéographique des œuvres audiovisuelles lors de la signature du contrat de coproduction :

Considérant que le financement d'une œuvre audiovisuelle est généralement assuré par le producteur délégué, qui se trouve être à l'origine du projet, par une ou plusieurs chaînes de télévision, par d'autres producteurs ou entreprises tierces associés au projet ainsi que, le cas échéant, par une participation du Centre national de la cinématographie (CNC) et les « préventes » de l'œuvre dans différents pays ; qu'en contrepartie de leur participation financière au financement d'œuvres audiovisuelles, les chaînes de télévision obtiennent un droit de diffusion limité dans le temps et correspondant à la « part antenne » de la chaîne ; qu'en outre, les revenus tirés de la commercialisation des droits de diffusion de l'œuvre sur différents supports (ondes hertziennes, satellites de télécommunications, câblo-distribution...) dans un certain nombre de pays énumérés dans le contrat de coproduction sont répartis entre les coproducteurs au prorata de leurs apports respectifs ;

Considérant que, lorsqu'ils participent au financement d'une œuvre audiovisuelle, les diffuseurs introduisent, dans les contrats de coproduction, une clause prévoyant que l'édition et la distribution des vidéogrammes seront réservées à une de leurs filiales, pour une durée généralement fixée à cinq ans et parfois davantage ; que la société TF 1 a reconnu, lors de son audition : « *Les contrats de coproduction versés au dossier par TF 1 sont des contrats usuellement en vigueur dans la profession. Ils sont donc représentatifs de la pratique courante* » ; que la présidente du Syndicat des producteurs indépendants (SPI) a, quant à elle, déclaré « *il s'agit d'une pratique générale de la part des chaînes hertziennes avec des pressions plus ou moins fortes selon leur puissance. Les chaînes concurrentes de TF 1 se livrent à ces pratiques mais avec moins de virulence* » ;

Considérant que la société TF 1 déclare que le grief qui lui est notifié « *méconnaît l'objet et la nature même du contrat de coproduction audiovisuelle* », que l'exigence d'une négociation séparée de l'exploitation des droits vidéographiques équivaudrait à une « *double remise en question* » du droit de propriété et du droit d'auteur ;

Mais considérant, en premier lieu, que, comme l'a indiqué le tribunal de première instance des communautés européennes (arrêt du 10 juillet 1991, *BBC et BBC Enterprises Limited*), s'il est certain que l'exercice du droit exclusif de reproduction de l'œuvre protégée ne représente pas, en soi, un caractère abusif, il en va différemment lorsqu'il apparaît, au vu des circonstances propres à chaque cas d'espèce, que les conditions et modalités d'exercice du droit exclusif de reproduction de l'œuvre protégée poursuivent, en réalité, un but manifestement contraire aux objectifs du traité ; que l'engagement des coproducteurs de confier l'édition de l'œuvre, sous forme de vidéogrammes, à une filiale de la société TF 1 est pris au moment même où la décision est arrêtée de la produire et de la financer, soit bien avant sa réalisation ; qu'à défaut de désignation de l'entreprise chargée de l'exploitation de l'œuvre sous forme de vidéogrammes, il demeure loisible aux coproducteurs de l'œuvre audiovisuelle de prévoir, dès la conclusion du contrat de coproduction, la possibilité ou non d'exploiter les droits acquis sous d'autres formes que sa diffusion télévisuelle, y compris sous la forme de vidéogrammes ; que la société TF 1 a d'ailleurs reconnu, dans ses observations en réponse aux griefs, « *que l'œuvre audiovisuelle soit exploitée sous forme de vidéogrammes par le groupe TF 1 ou par une autre entreprise, dès lors qu'elle est exploitée, TF 1 percevra sur cette exploitation, comme le ou les autres coproducteurs, sa quote-part correspondante de*

recettes telle que prévue à l'accord » ; qu'en outre, les contrats de coproduction de TF 1 versés au dossier prévoient généralement que l'exploitation des droits sous forme de vidéogrammes fera l'objet d'un « contrat séparé », lequel est fréquemment signé plusieurs mois après ; que, contrairement à ce que soutient la société TF 1 dans ses observations écrites, la remise en cause de la pratique mise en œuvre couramment par ce diffuseur ne revient donc ni à « interdire aux coproducteurs de convenir des modalités d'exploitation de l'œuvre à venir » ni à imposer au propriétaire d'une œuvre de « concéder une licence obligatoire à des tiers » ; qu'au contraire, c'est la pratique relevée qui, comme le souligne la ministre de la culture dans ses observations écrites, a « pour effet de restreindre dès l'origine du projet de production, la liberté des producteurs dans l'exploitation future des œuvres » ;

Considérant, en deuxième lieu, que, dans certains cas, le contrat de coproduction est conclu avant même que le producteur délégué ait acquis les droits d'exploitation auprès de l'auteur ; que, par ailleurs, la société TF 1 a reconnu, lors de son audition, qu'elle n'avait acquis les droits vidéo que de 33 œuvres audiovisuelles sur 85 coproduites en 1994, soit 38,8 % et que de 23 œuvres audiovisuelles sur 78 coproduites en 1995, soit 29,48 % ; que la société TF 1 a en outre admis n'avoir effectivement procédé à l'exploitation vidéographique que de 10 œuvres sur les 33 dont les droits avaient été acquis en 1994 et que de 8 œuvres sur les 23 dont les droits avaient été acquis en 1995 ; que la thèse selon laquelle la réservation des droits de reproduction sur vidéogrammes à une filiale de la société TF 1, au moment de la signature du contrat de coproduction, serait justifiée pour des raisons juridiques ou économiques et ne serait que la conséquence nécessaire et légitime des droits d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle détenue par le producteur se trouve donc dénuée de fondement ;

Considérant, en troisième lieu, que si, selon TF 1, la clause prévoyant la faculté pour le coproducteur, tiers à TF 1, de récupérer automatiquement lesdits droits vidéo en cas de non exploitation de ceux-ci par TF 1 à l'issue d'un délai de douze mois en général figurait déjà dans « la moitié environ » des contrats de coproduction d'œuvres pour lesquelles elle avait acquis les droits vidéo en 1994 et 1995, ce diffuseur a reconnu que cette clause n'avait été introduite de manière systématique « dans l'ensemble des contrats de coproduction engageant TF 1 » que depuis 1996 ;

Considérant, en quatrième lieu, que certains contrats de coproduction conclus par la société TF 1 prévoient des durées d'exclusivité de dix ans et plus pour l'exploitation vidéographique de l'œuvre, voire de quinze à vingt-huit ans pour certains documentaires ; que cette durée, qui déroge à l'usage courant, lequel varie selon TF 1 de cinq à sept ans, renforce le caractère protecteur de l'exclusivité exigée par la société TF 1 ;

Considérant qu'en subordonnant par le moyen de clauses types insérées dans les contrats son engagement de financer les œuvres audiovisuelles à l'acceptation du producteur délégué de confier, dès la signature du contrat de coproduction, l'édition de l'œuvre sous forme de vidéogrammes à titre exclusif à une de ses filiales, la société TF 1, qui, tenue de consacrer une part de son budget au financement d'œuvres audiovisuelles, joue ainsi un rôle déterminant dans la production de ces œuvres et qui, par ailleurs, occupe la première place en termes d'audience et de revenus publicitaires parmi les chaînes de télévision hertzienne, met en œuvre une pratique qui a pour objet et peut avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval de l'édition vidéographique ; que le producteur, qui se trouve à l'origine du projet, contraint d'adhérer aux clauses du contrat lors de la mise en place du plan de financement du film, ne reçoit alors aucune assurance de la part de la chaîne quant à l'exploitation effective de l'œuvre sous forme de vidéogrammes, et peut se trouver ainsi privé de la possibilité de faire jouer la concurrence entre éditeurs concurrents de la filiale de la société TF 1, qui seront empêchés d'accéder au marché considéré ; que cette pratique, qui a pour objet et peut avoir pour effet, à la fois de limiter l'accès au marché de l'édition des vidéogrammes et d'en limiter la production et les débouchés, se trouve prohibée par les

dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Au sujet des conditions tarifaires consenties par TF1 Publicité à une autre filiale du groupe TF 1 Entreprises, pour ce qui concerne la publicité télévisée :

Considérant que les éditeurs de vidéogrammes désireux de promouvoir leurs produits sur les écrans de TF 1 peuvent abriter entre une campagne de publicité classique, des publicités réalisées en « *floating time* », c'est-à-dire des publicités dont la programmation est laissée au choix de TF 1 en fonction de la disponibilité des écrans publicitaires, ou effectuer de la publicité « *au rendement* », selon un régime spécifique réservé au secteur « *éditions musicales et vidéo* » ; que, dans ce dernier cas, la rémunération de la régie publicitaire de TF 1 comprend, d'une part, une redevance fixée, selon la période, de 35 à 40 % de la valeur brute des écrans, laquelle demeure acquise à TF 1, et, d'autre part, un pourcentage sur le montant des ventes de vidéogrammes fixé de manière contractuelle ; que les annonceurs concernés peuvent également opter pour une campagne « mixte » associant la publicité « *au rendement* » et en « *floating* », auquel cas, la rémunération de TF 1 Publicité est basée sur un forfait fixé à 60 % de la valeur brute des écrans publicitaires sans facturation de redevance ; qu'en 1994 et 1995, le choix des éditeurs de vidéogrammes et de musique entre les différentes options s'est porté majoritairement sur les publicités « *au rendement* » (45 %) et en « *floating* » (39 %), la publicité « *classique* » ne recueillant que 9 % de la demande concernée ;

Considérant que les relations commerciales entre TF 1 Publicité et sa filiale TF 1 Entreprises sont régies par un accord signé le 21 avril 1994 ; qu'aux termes de ce contrat, TF 1 Publicité s'engage à « *effectuer les campagnes publicitaires demandées par TF 1 Entreprises au profit des vidéogrammes édités par elle, en "floating time", c'est-à-dire à des horaires laissés au choix de TF 1 Publicité* » ; que le contrat précise en outre : « *Comme TF 1 Publicité, TF 1 Entreprises est une filiale du groupe TF 1. A ce titre, compte tenu qu'aucune démarche commerciale n'est nécessaire, et compte tenu de la non existence d'un risque financier pour TF 1 Publicité, elle bénéficie de conditions tarifaires spécifiques* » ; que le prix défini contractuellement comporte, d'une part, un forfait de 10 % de l'« *investissement rendement consenti et réellement programmé par TF 1 Publicité* », ces 10 % étant considérés comme une « *avance sur redevances* », et, d'autre part, une redevance égale à 5 % du chiffre d'affaires de TF 1 Entreprises sur tous les exemplaires vendus dans le circuit commercial constitué par les grossistes, la FNAC, les hypermarchés et supermarchés ainsi que les détaillants ;

Considérant qu'en 1994/1995 la valeur brute des écrans publicitaires de TF 1 était fixée selon une « grille » faisant apparaître la valeur de chaque écran, laquelle variait en fonction de l'heure de programmation, du jour et de la semaine ; que cette valeur dépendait en outre de la durée, le montant brut étant déterminé à partir d'un « indice tarifaire » appliqué au tarif de base qui correspondait à une durée de trente secondes ; qu'ainsi, en 1995, la valeur brute d'un écran de huit secondes, un lundi soir à vingt heures trente, se calculait par application d'un coefficient de 0,41 à la valeur (base 100) fixée dans la « grille tarifaire » de TF 1 Publicité, à savoir 370 000 F HT, alors que la valeur d'un écran de même durée, le même jour à sept heures, se calculait par application du même coefficient sur la valeur de 3 000 F HT fixée dans la « grille tarifaire » ; qu'ainsi, le gain théorique réalisé par les annonceurs effectuant des publicités « *au rendement* » dépendait donc, indépendamment des royalties, à la fois, du montant du forfait versé à TF 1 Publicité et du moment auquel était diffusée la publicité, ce gain théorique ayant tendance à croître, plus le forfait était bas, et plus la valeur des écrans était élevée ; qu'ainsi, lors de la publicité d'une durée de quinze secondes, effectuée le 8 décembre 1995 à douze heures trente, le montant du forfait payé par TF 1 Entreprises s'est élevé à 10 % de 37 800 F, soit 3 780 F alors que, pour des concurrents désireux d'acheter le même écran, le montant du forfait non récupérable se serait élevé au minimum à 35 % de 37 800 F, soit 13 230 F ;

Considérant qu'il ressort des éléments versés au dossier par TF 1 (cotes 502 à 508) que, si les facturations de dépenses publicitaires effectuées à TF 1 Entreprises par TF 1 représentent, en 1994 et 1995, environ 12 % de la valeur théorique des espaces publicitaires concernés, telle qu'estimée par la société Secodip à partir du tarif brut de TF 1, ce ratio varie généralement de 35 % à 70 % pour les autres annonceurs et est donc moins favorable à ces derniers ; que, si, par décision n° 87-26 du 4 avril 1987 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) désignant le groupe cessionnaire de 50 % du capital de la Société nationale de programme Télévision française 1 et portant autorisation d'utilisation de fréquences à la société Télévision française 1, cette entreprise a été autorisée à utiliser les fréquences hertziennes qui lui étaient précédemment assignées en tant que société nationale de programme pour une durée de dix ans, cette exclusivité ne saurait légitimer l'usage de ces fréquences, par la société cessionnaire, à des fins publicitaires, dans des conditions d'opacité totale et discriminatoires au profit de ses seules filiales ; que d'ailleurs, la décision susmentionnée prévoyait, en son article 37, que la société TF 1 « *respectera la transparence des tarifs publicitaires* » ;

Considérant que la société TF 1, qui admet que « *TF 1 Entreprises bénéficie au sein de son groupe de conditions préférentielles* », relève le caractère « *idiosyncratique* » des relations unissant TF 1 à sa filiale et déclare qu'« *une extension de tels contrats à des entreprises tierces indépendantes ne peut être envisagée* » ; que la société en cause souligne « *la faible qualité des écrans vendus qui échoient à TF 1 Entreprises* », et leur caractère « *résiduel* » dès lors qu'ils sont mis à disposition de cette société sans garantie de programmation et correspondent à des invendus ; que cette entreprise en déduit que le contrat en cause permet l'« *optimisation de l'utilisation des capacités* » sans produire d'éviction des clients externes, qui peuvent accéder au service offert ; que les écrans invendus, qui selon TF 1, ne sont pas sur le marché, seraient « *perdus s'ils n'étaient pas utilisés* » ;

Mais considérant que les éléments chiffrés versés au dossier établissent que la valeur moyenne annuelle des écrans publicitaires de la société TF 1 Entreprises calculée à partir des tarifs bruts de la société TF 1 Publicité excédait généralement, en 1994, 1995 et 1996, celles de ses principaux concurrents sur le marché de l'édition vidéographique ; qu'ainsi, en 1996, la valeur moyenne de l'écran publicitaire de TF 1 Entreprises s'est élevée à 73 810 F HT alors que celles des sociétés PFC Vidéo, Buena Vista Home Vidéo et CIC Vidéo, deuxième, troisième et quatrième annonceurs vidéo sur les écrans de TF 1, se sont élevées respectivement à 56 075 F, 72 248 F et 43 663 F ; que, de même, la valeur moyenne des écrans publicitaires des sociétés CIC Vidéo, Warner Home Vidéo et Polygram Groupe s'est élevée respectivement à 44 496 F, 72 460 F et 46 644 F en 1995 alors que la valeur moyenne des écrans de TF 1 Entreprises s'élevait à 77 654 F ; qu'enfin, la valeur moyenne des écrans publicitaires de PFC Vidéo, CIC Vidéo et Gaumont CT s'est élevée respectivement à 55 465 F, 52 879 F et 37 836 F, en 1994, alors que la valeur moyenne des écrans de TF 1 Entreprises s'élevait à 80 215 F (cf. tableau VII en I.B. 3) ; que, par ailleurs, les conditions commerciales de TF 1 Publicité dénommées « *messages publicitaires, espace classique, secteur éditions musicales et vidéo* », qui concernent les clients extérieurs au groupe TF 1, prévoient que, si la programmation des écrans publicitaires commercialisés en « *floating* » et « *au rendement* » est communiquée à l'annonceur ou à son mandataire huit jours avant la diffusion, cette programmation « *tributaire des disponibilités de planning de TF 1 Publicité ne saurait être garantie* », TF 1 Publicité se réservant le « *droit de la modifier si besoin est* » (cf. Rapport annexe 22, p. 840 et s.) ; que, dès lors, d'une part, que la société TF 1 Publicité s'arroge le droit de modifier à l'égard de tous ses clients unilatéralement l'heure et la date de programmation des écrans et, d'autre part, que les concurrents de TF 1 Entreprises n'ont pas accès au planning de TF 1 Publicité, la société TF 1 ne peut valablement soutenir que les écrans utilisés par la sa filiale TF 1 Entreprises, qui bénéficie d'un régime de prix dérogatoire

et non transparent par rapport aux conditions générales de TF 1 Publicité, seraient des écrans « *résiduels* » sans valeur marchande, dans la mesure où ils correspondraient à des invendus et se trouveraient, de ce fait « *hors marché* » ; que la société TF 1 a d'ailleurs déclaré en séance que cette situation particulière qui serait, selon elle, faite à TF 1 Entreprises, ne résulte d'aucune convention écrite mais seulement d'usages qu'elle n'a pas autrement établis ; que les factures de TF 1 Publicité figurant au dossier démontrent au contraire que la société TF 1 Entreprises a pu bénéficier, dans de nombreux cas, d'écrans publicitaires de valeur relativement élevée, car étant bien situés dans la grille de TF 1, à des conditions préférentielles refusées aux entreprises concurrentes de TF 1 Entreprises ; qu'ainsi, pour le lancement de sa cassette « Les Inconnus », TF 1 Entreprises a bénéficié, les 10, 11, 14 et 22 novembre 1995, d'écrans publicitaires d'une valeur brute comprise entre 226 800 F et 248 400 FF, à des conditions tarifaires privilégiées ; qu'il n'est nullement établi que, si ces écrans publicitaires avaient été proposés à des entreprises tierces à un prix identique voire légèrement supérieur à celui accordé à TF 1 Entreprises, ces écrans auraient été refusés et seraient demeurés disponibles pour TF 1 Entreprises, tenue d'acquitter un forfait rendement limité à 10 % du tarif de base, au lieu de 35 à 40 % pour ses concurrents ; qu'il est en effet possible pour TF 1 de proposer les écrans publicitaires demeurant disponibles à un coût moindre pour les annonceurs, comme le démontrent les « *modulations tarifaires* » auxquelles elle procède parfois, en augmentant ou en abaissant le prix brut des écrans, en fonction des aléas de la programmation et de l'intérêt des annonceurs pour cette programmation ;

Considérant que la société TF 1 déclare que « *l'intérêt du groupe explique et légitime* » l'utilisation des écrans, que les avantages consentis comportent des contreparties réelles et ne provoquent pas un « *quelconque effet d'exclusion ou d'éviction* » des sociétés concurrentes de TF 1 Entreprises ;

Considérant, comme l'avait indiqué le Conseil de la concurrence dans sa décision n° 98-D-61 du 6 octobre 1998 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du traitement des ordures ménagères en Ile-de-France, qu'un tarif préférentiel accordé par un groupe se trouvant en situation de position dominante à une de ses filiales ne peut être admis au regard du droit de la concurrence que si ce groupe est en mesure d'apporter des éléments de nature à justifier l'existence de contreparties réelles ; qu'au cas d'espèce, les conditions commerciales spécifiques de TF 1 Publicité dénommées « *messages publicitaires, espace classique* » (cf. annexe 22 précitée) prévoient que TF 1 Publicité peut, si les circonstances le justifient « *exiger d'un client le règlement préalable par chèque de tout ordre de publicité* », avant toute diffusion ; que le représentant de TF 1 a admis en séance que les seules règles applicables aux publicités « au rendement » sont les conditions figurant en annexe aux conditions générales de vente, règles aux termes desquelles la programmation de ces campagnes « *tributaires des disponibilités de TF 1 Publicité, ne saurait être garantie* », TF 1 Publicité se réservant le droit « *si besoin est* » de la modifier ; que, de la même manière, la société TF 1 stipule, dans ses conditions de vente, qu'elle ne pourra pas être tenue pour responsable de la non diffusion de publicités liée à un mauvais fonctionnement des émetteurs ; que, pour ce qui concerne les publicités dites « au rendement » réservées au secteur « *éditions musicales et vidéo* », les conditions de vente prévoient le versement mensuel d'un acompte de 35 à 40 % calculé sur la valeur brute des messages publicitaires diffusés sur le mois, lequel acompte « *reste acquis à TF 1 Publicité* », quel que soit l'impact de la publicité sur le niveau des ventes ; que, par ailleurs, à défaut de paiement dans le délai fixé des sommes dues au titre de la redevance, TF 1 Publicité se réserve le droit de refuser à l'annonceur le bénéfice du régime de la publicité au rendement ; qu'ainsi le risque commercial pris par TF 1 Publicité demeure limité ; qu'il n'est enfin ni établi ni allégué par la société TF 1 que la commercialisation de la majorité des écrans publicitaires auprès d'entreprises extérieures au groupe TF 1 nécessiterait une démarche commerciale spécifique,

eu égard à la notoriété de la chaîne TF 1 ; que la preuve de l'existence de contreparties à la tarification spécifique accordée par TF 1 à sa filiale TF 1 Entreprises n'est donc pas apportée ;

Considérant en outre que l'étude du professeur Benzoni, *Analyse économique du marché des espaces publicitaires*, souligne que les entreprises auront sans doute tendance à faire du « mimétisme » dans leur stratégie publicitaire aussi bien en termes de niveau de dépenses (budget) qu'en termes de structure des dépenses (allocation entre médias et support) ; que, comme l'a souligné la Cour de justice des communautés européennes (CJCE, France c/Commission, 19 mars 1991), un système de concurrence non faussée ne peut être garanti que si l'égalité de chances entre les différents opérateurs économiques est assurée ; que le fait, de la part d'une entreprise bénéficiaire d'une autorisation d'utiliser des fréquences hertziennes pour l'émission des programmes télévisés et se trouvant en position dominante sur le marché de la publicité télévisée des vidéogrammes, d'accorder des conditions de vente non transparentes et discriminatoires à sa filiale spécialisée dans l'édition de vidéogrammes fausse le jeu de la concurrence dans la mesure où la pratique en cause donne un avantage injustifié à la filiale concernée et peut avoir pour effet de limiter l'accès au marché de la publicité par des entreprises concurrentes ; qu'il est ainsi établi que la société TF 1, qui a une position dominante sur le marché de la publicité télévisée des vidéogrammes, a traité de façon discriminatoire les annonceurs selon qu'ils appartenaient ou non à son groupe ; qu'ainsi, en accordant un régime spécifique à TF 1 Entreprises pour l'utilisation de ses écrans publicitaires dans les conditions susrappelées, la société TF 1 a abusé de la position dominante qu'elle détenait sur le marché de la publicité télévisée pour les vidéogrammes ; que cette pratique est prohibée par le 1 de l'article 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que les pratiques mises en œuvre par la société TF 1 consistant, d'une part, à réserver à ses filiales l'exclusivité de l'exploitation, sous forme de vidéogrammes, des œuvres audiovisuelles qu'elle coproduit, pour une durée excédant souvent la durée usuelle, et, d'autre part, à réserver à sa filiale TF 1 Entreprises des conditions tarifaires privilégiées injustifiées, pour ce qui concerne la publicité télévisée des vidéogrammes, ont pu avoir pour effet de limiter l'accès au marché de l'édition de vidéogrammes des éditeurs indépendants ; que chacune de ces pratiques, prohibées par le titre III de l'ordonnance, a, en outre, pu, compte tenu de leur effet cumulatif et de la place occupée par la société TF 1 dans la diffusion hertzienne et dans la publicité télévisée, renforcer artificiellement le cloisonnement du marché au détriment des éditeurs indépendants ;

Sur les suites à donner :

Considérant qu'aux termes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos (...). Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication de sa décision dans les journaux ou publications qu'il désigne, l'affichage dans les lieux qu'il indique (...). Les frais sont supportés par la personne intéressée » ;

Considérant que, ainsi qu'il a été démontré au I.A.1.1 b, les sociétés TF 1 Entreprises et TF 1 Publicité sont totalement intégrées structurellement et commercialement au sein de la société TF 1 et ne disposent d'aucune autonomie ;

Considérant que, pour apprécier la gravité des pratiques mises en œuvre, il y a lieu de relever, d'une part, que la société TF 1 est tenue par la réglementation et les obligations

figurant à son cahier des charges de consacrer un certain pourcentage de son chiffre d'affaires à la commande d'œuvres audiovisuelles originales et, d'autre part, que cette société dispose d'un droit spécial sur les fréquences qui lui sont allouées en contrepartie notamment de l'obligation de « respecter la transparence des tarifs publicitaires » ; que c'est en s'appuyant sur la première obligation qu'elle a développé la pratique consistant à réserver exclusivement à une de ses filiales l'exploitation vidéographique d'œuvres audiovisuelles qu'elle coproduit ; que c'est en méconnaissance du second engagement qu'elle a réservé, par l'intermédiaire de TF 1 Publicité, des conditions tarifaires privilégiées aux vidéogrammes produits par son groupe ;

Considérant que, pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de tenir compte de la durée des pratiques relatives à la reproduction des œuvres sur vidéogrammes ainsi qu'à la publicité télévisée de ces mêmes œuvres ; qu'en outre, il convient également de prendre en compte le fait que la pratique mise en œuvre par TF 1 lors de la signature des contrats de coproduction a pu avoir pour effet, compte tenu de la possibilité que se réservait cette entreprise de n'éditer que les œuvres recueillant les meilleures audiences, de limiter les possibilités de financement de certains producteurs en les empêchant de financer en partie leurs œuvres audiovisuelles par les ressources tirées de la reproduction sur vidéogrammes de ces œuvres ; qu'enfin cette pratique, la durée des options d'exclusivité imposées aux producteurs indépendants, ainsi que les conditions tarifaires avantageuses consenties par TF 1 Publicité à TF 1 Entreprises pour la publicité des vidéogrammes ont pu contribuer à limiter l'accès du marché de l'édition vidéo aux éditeurs de vidéogrammes concurrents de TF 1 Entreprises, et donc à restreindre l'offre disponible dans ce secteur ;

Considérant que TF 1 a réalisé en France, au cours de l'exercice 1998, un chiffre d'affaires hors taxes de 7 623 367 134 F ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels, tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui enjoindre de cesser de réserver à ses filiales l'exclusivité de l'exploitation des œuvres audiovisuelles coproduites sous forme de vidéogrammes lors de la signature de ses contrats de coproduction et de cesser de réserver à TF 1 Entreprises un régime spécifique en matière de publicité télévisée de vidéogrammes ; qu'il y a par ailleurs lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 10 millions de francs,

Décide :

Article 1^{er}

Il est établi que la société Télévision française 1 a enfreint les dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Article 2

Il est enjoint à la société Télévision française 1, d'une part, de supprimer, dans ses contrats de coproduction audiovisuelle, la clause réservant à une de ses filiales l'exclusivité des droits de reproduction sur vidéogrammes et, d'autre part, de cesser de réserver à TF 1 Entreprises un régime spécifique en matière de publicité télévisée de vidéogrammes.

Article 3

Une sanction pécuniaire de 10 millions de francs est infligée à la société Télévision française 1.

Article 4

Il est pris acte du retrait par la société Citel de sa saisine.
Délibéré, sur le rapport de M. Bourhis, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Bidault, Mme Flüry-Herard, M. Ripotot, M. Robin et M. Sloan, membres.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 93

**Décision n° 99-MC-01 du Conseil de la concurrence en date du 12 janvier 1999
relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société
NC NumériCâble
NOR : ECOC9910035S**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),
Vu la lettre enregistrée le 18 novembre 1998 sous les numéros F 1098 et M 230, par laquelle la société NC NumériCâble a saisi le Conseil de la concurrence de faits susceptibles d'entrer dans le champ d'application de l'article 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, concernant la situation de la concurrence dans le secteur du transport de signal audiovisuel par câble, et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;
Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;
Vu les observations présentées par la société France Télécom, par la société NC NumériCâble et par le commissaire du Gouvernement ;
Vu l'avis adopté le 6 janvier 1999 par l'Autorité de régulation des télécommunications, à la demande du Conseil, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et des télécommunications ;
Vu l'avis adopté le 6 janvier 1999 par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, à la demande du Conseil, en application de l'article 16 du décret n° 86-1309 susvisé ;
Vu les autres pièces du dossier ;
Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société NC NumériCâble et de la société France Télécom entendus ;
Considérant que, par lettre en date du 17 novembre 1998, la société NC NumériCâble, qui exploite 44 réseaux de télédiffusion par câble, dont 26 lui appartiennent en propre et 18 appartiennent à France Télécom, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de France Télécom dont elle allègue qu'elles sont prohibées par les dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de l'article 86 du traité de Rome ; qu'elle a assorti sa saisine d'une demande de mesures conservatoires ;
Considérant que la société NC NumériCâble a été créée en 1984 sous la dénomination Compagnie générale de vidéocommunications-Compagnie générale des eaux (CGV-CGE) ; que jusqu'au 1^{er} novembre 1997, date à laquelle la société Canal Plus a acquis la totalité de son capital, elle était filiale à 90 % de la Compagnie générale des eaux, le reste de son capital étant détenu par la Société générale ; que sa dénomination sociale a été modifiée en mars 1998 pour devenir NC NumériCâble ; qu'en septembre 1998 la société luxembourgeoise Exante a acquis 37 % du capital de NC NumériCâble ;
Considérant que la propriété des réseaux de télédiffusion par câble construits par l'Etat entre 1982 et 1986 dans le cadre du plan câble a été transférée à France Télécom par la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications ; qu'à partir de 1986 les communes et groupements de communes, qui

avaient l'initiative de l'établissement d'un réseau sur leur territoire, ont obtenu le droit de choisir le constructeur et l'exploitant, en faisant appel, le cas échéant, à des sociétés de capitaux privés ; que de nouveaux sites ont alors été équipés ;

Considérant que, selon l'association des villes pour le câble et le multimédia, il existait, au 30 septembre 1998, 454 sites câblés, desservant 1 325 communes ; que le nombre total de prises installées s'élevait à 7 077 415 et que 2 513 716 foyers étaient abonnés à l'un des services du câble ; que 44 de ces sites avaient été construits dans le cadre du plan câble et totalisaient 61 % des prises installées et 53 % des abonnés ;

Considérant que, si France Télécom assure l'exploitation technique de l'ensemble des réseaux du plan câble, les communes ou les groupements de communes sur lesquels sont installés ces réseaux confient l'exploitation commerciale de leur réseau câblé à un opérateur, après autorisation du Conseil supérieur de l'audiovisuel ; que, dans les faits, trois opérateurs assurent l'exploitation commerciale des réseaux du plan câble : France Télécom Câble qui exploite 18 sites, comprenant 31 % des prises installées et 38 % des abonnés, Lyonnaise Câble qui exploite huit sites, comprenant 31,5 % des prises installées et 30,5 % des abonnés, NC NumériCâble qui exploite 18 sites, comprenant 37,5 % des prises installées et 31,5 % des abonnés ; que les exploitants commerciaux de ces réseaux versent une redevance à France Télécom ;

Considérant qu'outre l'exploitation de 18 sites du plan câble, la société NC NumériCâble exploite 26 autres sites qui lui appartiennent ; qu'en 1997, le chiffre d'affaires de NC NumériCâble s'est élevé à 740 MF dont 70 % provenaient de l'exploitation des 18 sites du plan câble et 30 % provenaient de l'exploitation des 26 sites lui appartenant ;

Considérant que les conventions d'établissement et d'exploitation du réseau de vidéocommunication conclues en 1986 et 1987 pour 25 ans entre l'Etat, les communes ou groupements de communes concernés et la Compagnie générale de vidéocommunications fixaient le mode de calcul de la redevance qui devait être versée à l'Etat et, ultérieurement, à France Télécom ; que ce mode de calcul a été révisé à plusieurs reprises par l'accord-cadre du 19 mars 1990, par celui du 29 mai 1992, par le protocole d'accord du 15 octobre 1990 et son avenant daté du 28 août 1997 ; qu'il était prévu que les conditions tarifaires fixées dans ce protocole modifié n'étaient valables que jusqu'au 31 décembre 1998 et seraient renégociées avant cette date ; que, dans ces conventions, accords ou protocoles, le montant de la redevance était fixé en fonction du nombre de prises installées et raccordables sur le site mais également en tenant compte du taux de pénétration effectif ou anticipé du câble, c'est-à-dire du nombre d'abonnements ;

Considérant que, dans une lettre en date du 30 juillet 1998, France Télécom a indiqué à NC NumériCâble, premièrement, que le protocole tarifaire en vigueur sur l'ensemble des réseaux câblés de France Télécom arrivait à échéance le 31 décembre 1998, deuxièmement, qu'aux termes de ce protocole, et en particulier de son article 5, France Télécom et NC NumériCâble devaient se rapprocher afin de négocier les dispositions tarifaires nouvelles devant être mises en application à compter du 1^{er} janvier 1999, troisièmement, qu'elle souhaitait adopter une nouvelle approche dans la détermination de la redevance ; que, dans cette lettre, France Télécom a proposé une nouvelle formule de calcul ; que cette formule comprend, d'une part, un montant pour l'usage du réseau de 1 700 F par prise raccordable multiplié par le pourcentage d'utilisation en MHz augmenté d'un coefficient de 1,1 pour couvrir les frais généraux et, d'autre part, une rémunération pour couvrir les frais de maintenance, soit 6 F par mois et par prise raccordable ; que cette formule est donc indépendante du taux de pénétration de NC NumériCâble sur les sites appartenant à France Télécom qu'elle exploite commercialement, c'est-à-dire du nombre effectif d'abonnés au câble sur ces sites ; que France Télécom indique, dans sa lettre du 30 juillet 1998, que « *ce dispositif s'inspire du raisonnement qui a guidé l'Autorité de régulation des*

télécommunications dans l'instruction de la décision n° 97-210 du 10 juillet 1997 rendue à votre demande, ainsi que des décisions n^{os} 98-526 et 98-527 du 19 juin 1998, et qu'il nous paraît logique de prendre comme référence dans le cas présent » ;

Considérant que, selon l'annexe 4 des observations complémentaires déposées par NC NumériCâble, l'application de la formule de calcul proposée en juillet 1998 par France Télécom ferait passer la redevance, rapportée au nombre d'abonnés, à 77 F par mois pour la période 1999-2011, alors que ce montant n'aurait été que de 31 F avec le mode de calcul en vigueur jusqu'au 31 décembre 1998 et prévu dans l'accord du 28 août 1997, et que le montant global de la redevance due par NC NumériCâble à France Télécom en 1999 passerait ainsi de 148 MF à 373 MF ; que, toujours selon l'annexe 4 des observations complémentaires déposées par NC NumériCâble, le montant total de la redevance due sur l'ensemble de la période restant à courir dans le contrat en cours, soit 1999-2011, serait de 4 846,31 MF au lieu de 1 961,92 MF avec les conditions tarifaires précédentes ; qu'enfin, dans l'hypothèse d'un prix d'abonnement au câble constant, la redevance due en moyenne sur la période 1999-2011 représenterait une charge correspondant à 52,16 % du chiffre d'affaires par abonné au lieu de 20,71 % actuellement ;

Considérant que les négociations se sont poursuivies entre France Télécom et NC NumériCâble, postérieurement à l'envoi de la lettre du 30 juillet 1998, jusqu'au 29 septembre 1998, date à laquelle NC NumériCâble indique que *« compte tenu de la proposition inacceptable de France Télécom réitérée au cours de la réunion du 22 septembre 1998 se traduisant par une augmentation brutale de 150 % de la redevance (elle) a été contrainte (...) d'entériner la rupture des négociations »* ; que, postérieurement, dans une lettre en date du 8 décembre 1998, France Télécom s'est déclarée : *« conscient(e) de l'impact d'une évolution trop brutale pour (NC NumériCâble) de la redevance proposée dans (son) courrier du 30 juillet dernier »* et a proposé une nouvelle formule ; que, selon NC NumériCâble, cette nouvelle proposition ramène la redevance due en 1999 à 271,8 MF, soit une augmentation de 94 % par rapport à la redevance calculée avec les dispositions tarifaires en vigueur en 1998, mais augmente le montant de la redevance due sur l'ensemble des années restant à courir en vertu du contrat par rapport à la proposition de France Télécom en date du 30 juillet 1998, la faisant passer de 4 846,31 MF à 5 177,19 MF ; que France Télécom a, par ailleurs, indiqué dans sa lettre du 8 décembre 1998, que *« dans l'hypothèse où la négociation actuelle n'aboutirait pas et tant que les procédures prévues par les accords n'auront pas débouché sur une décision de justice ou arbitrale définitive, France Télécom facturera à votre société les redevances prévues par les accords de 1992 auxquelles s'ajouteront les minima de perception qui redeviennent exigibles »* ; que, pour NC NumériCâble, qui conteste la conformité aux engagements contractuels en vigueur de ce retour aux conditions tarifaires de 1992, l'application de ces conditions tarifaires se traduirait par une hausse d'environ 70 % de la redevance facturée en 1999 par rapport à ce que serait la redevance déterminée selon le mode de calcul appliqué en 1998 ; que France Télécom indique que la première mensualité de la redevance ainsi calculée sera facturée à NC NumériCâble à la fin du mois de janvier 1999 ;

Considérant que NC NumériCâble fait valoir dans sa lettre de saisine, que le service rémunéré par la redevance est celui de la mise à disposition d'une prestation de transport de signal de radiodiffusion sonore et de télévision depuis la sortie de la tête de réseau vers les divers points de branchement ; qu'ainsi chaque réseau câblé constitue un marché géographique pertinent sur lequel France Télécom dispose d'une position dominante ; qu'en outre, sur chacun de ces sites, le réseau câblé appartenant à France Télécom constitue une infrastructure essentielle pour l'acheminement des signaux vidéo sur les sites du plan câble dont elle est l'opérateur commercial ; qu'elle soutient également que le montant de la redevance *« imposé »* par France Télécom pour l'accès à cette infrastructure essentielle était abusivement élevé, avant même l'augmentation proposée pour 1999, comme en témoignerait,

d'une part, le fait « *qu'aucun des opérateurs "plan câble" n'a pu, à ce jour, réaliser des bénéfices* », d'autre part, le fait que « *la comparaison avec les prix pratiqués par l'autre grand opérateur historique européen (Deutsche Telekom), qui assure le transport du signal pour des câblo-opérateurs, montre un grand déséquilibre de traitement par rapport aux situations étrangères* », enfin, que « *la redevance exigée par France Télécom ne serait pas proportionnée aux coûts que l'on pourrait attendre d'un opérateur raisonnablement efficace dans sa situation* » ; qu'elle estime également que « *l'importance de l'augmentation de cette redevance que France Télécom veut imposer constitue un autre abus* » ; qu'elle fait valoir, enfin, que la pratique tarifaire de France Télécom serait discriminatoire en indiquant que « *les informations dont (elle) dispose lui laissent penser que France Télécom lui impose une redevance qui est déjà, à ce jour, plus élevée que celle acquittée par Lyonnaise Câble et par France Télécom Câble* » ; qu'au total, pour NC NumériCâble, l'ensemble des pratiques qu'elle dénonce constituent des abus de position dominante prohibés par les dispositions des articles 86 du traité de Rome et 8, paragraphes 1 et 2, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que NC NumériCâble a joint à sa saisine au fond une demande de mesures conservatoires ; qu'elle souligne que sa situation serait « *d'ores et déjà intenable* », ayant accumulé depuis une dizaine d'années plus de 3,5 milliards de francs de pertes ; que, selon l'annexe 6 des observations complémentaires déposées par NC NumériCâble, ces pertes s'établissaient en 1997 à 281 MF pour 740 MF de chiffre d'affaires ; qu'elle a dû mettre en œuvre un plan de restructuration depuis le 1^{er} janvier 1998 ayant pour objectif le retour à un résultat net positif en trois ans, grâce, d'une part, à une politique commerciale et de marketing forte comprenant un élargissement de l'offre de programmes à 70 chaînes, une baisse des prix de vente, un développement de ses équipes commerciales et, d'autre part, à une restructuration de ses dépenses et à la mise en œuvre d'un plan social réduisant les effectifs de 40 % ; que, dans ces circonstances, elle se verra contrainte soit de supporter une augmentation de ses charges d'exploitation de 225 MF par an, augmentation qui compromettrait, définitivement, et à très court terme, sa viabilité, ses comptes prévisionnels faisant, dans ce cas, apparaître pour 1999 une perte d'exploitation de 350 MF pour un chiffre d'affaires de 867 MF, selon l'annexe 6 des observations complémentaires déposées par NC NumériCâble, soit de cesser son activité sur l'ensemble des sites concernés si France Télécom interrompait sa prestation de transport du signal ; que, compte tenu de l'atteinte grave et immédiate à ses intérêts qu'elle invoque, NC NumériCâble demande au Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'enjoindre à France Télécom « *de poursuivre les conventions en cours avec NC NumériCâble aux conditions tarifaires actuelles, et ce jusqu'à ce que le Conseil de la concurrence statue au fond* » ;

Sur la saisine du Conseil de la concurrence et sa compétence :

Considérant que la société France Télécom souligne que la société NC NumériCâble a rompu unilatéralement toute discussion et n'a pas cherché à faire jouer les mécanismes contractuels prévus en cas de désaccord entre les parties ; qu'elle fait valoir à cet égard que, dans le cadre du protocole n° 2 de 1996, il convient d'appliquer, en cas de litige entre les parties, les dispositions de l'article 13 du protocole n° 1 de 1992 qui prévoit de recourir à un collège d'experts, lequel doit statuer dans un délai d'un mois à compter de sa constitution ; qu'elle soutient, par ailleurs, que les pratiques qui lui sont reprochées relèvent d'un simple litige commercial et n'entrent pas dans le champ de compétence du Conseil de la concurrence ;

Mais considérant que, si les litiges nés entre deux sociétés dans le cadre de relations contractuelles relèvent de la compétence du juge du contrat, ou éventuellement d'un tribunal arbitral lorsque le contrat contient une clause compromissoire conforme aux dispositions des articles 1442 et 1443 du nouveau code de procédure civile, le Conseil de la concurrence est néanmoins compétent pour examiner les pratiques révélées à l'occasion de ces litiges dès lors

qu'elles pourraient être de nature à porter atteinte au fonctionnement du marché ; que les dispositions de l'article 13 du protocole n° 1 de 1992 prévoyant une procédure d'arbitrage ne font donc pas obstacle à la possibilité pour NC NumériCâble de saisir le Conseil de pratiques visées par les dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que le Conseil est donc valablement saisi et compétent pour examiner si les pratiques de France Télécom dénoncées par la société NC NumériCâble sont susceptibles de constituer des infractions à l'article 8 de l'ordonnance susmentionnée et à l'article 86 du traité de Rome ;

Sur la saisine au fond :

Considérant que France Télécom fait valoir qu'elle ne détient pas une position dominante sur les marchés de l'accès aux infrastructures de transport de signaux audiovisuels par câble ; qu'en effet, il résulterait du contexte contractuel des relations entre France Télécom et les opérateurs de réseaux câblés que France Télécom n'a pas le choix des opérateurs qui exploitent commercialement les réseaux qu'elle possède ; qu'elle est liée avec ces opérateurs pour une période de 25 ans ; qu'elle n'aurait aucune latitude pour leur imposer quoi que ce soit dès lors, d'une part, qu'elle ne pourrait interrompre sa prestation et, d'autre part, que le prix de sa prestation, en cas de désaccord, est fixé selon une procédure prévue au contrat ;

Considérant, en outre, que France Télécom fait valoir que NC NumériCâble ferait une application totalement erronée de la « théorie des facilités essentielles » telle que développée par les autorités françaises et communautaires ; qu'en effet, d'une part, France Télécom ne concurrence nullement NC NumériCâble sur le marché, la première étant le propriétaire du réseau, la seconde l'exploitant commercial choisi par un concédant qui est la collectivité locale et que, d'autre part, il existe des alternatives pour les opérateurs de câble tant parce que d'autres modes de diffusion des images existent que parce que, depuis la loi du 30 septembre 1986, rien n'interdit en droit français, à un ou plusieurs câblo-opérateurs de construire leur propre réseau et de l'exploiter ;

Mais considérant, en premier lieu, que pour chaque site géographique du plan câble exploité par NC NumériCâble, il n'existe, à l'heure actuelle, qu'un seul réseau câblé sur lequel NC NumériCâble peut faire transporter ses programmes audiovisuels, réseau dont France Télécom est le propriétaire et l'exploitant technique ; que, sur chacun des sites concernés, la construction et l'exploitation du réseau câblé ont fait l'objet d'un contrat signé entre la commune ou le groupement de communes, l'exploitant et France Télécom ; que ces contrats prévoient que NC NumériCâble assurera l'exploitation commerciale du réseau et que France Télécom établira « *les liaisons spécialisées pour la transmission d'images télévisuelles qui seront demandées par la Société entre les établissements de certains usagers et la tête de réseau* » ; que, pour honorer ces contrats, NC NumériCâble doit nécessairement obtenir une prestation de transport de signaux audiovisuel sur le réseau câblé, prestation que France Télécom est, dans l'état actuel de l'équipement des sites en cause, seule en mesure de fournir ;

Considérant, en deuxième lieu, que la circonstance que France Télécom n'ait pu choisir l'opérateur commercial des réseaux du plan câble n'a pas à être prise en considération pour déterminer si elle dispose d'une position dominante sur le marché du transport des signaux audiovisuels de chaque site du plan câble dès lors qu'elle est, dans les faits, la seule entreprise susceptible de répondre à la demande de prestation de l'opérateur commercial de chacun des sites concernés ;

Considérant, en troisième lieu, que la circonstance que France Télécom ne serait pas concurrente de NC NumériCâble sur le marché de l'exploitation commerciale des sites concernés n'a pas à être prise en considération pour déterminer si l'accès à l'infrastructure possédée par France Télécom sur ces sites est essentiel pour que NC NumériCâble puisse les exploiter ; que, d'autre part, les contrats signés portent sur la diffusion de programmes audiovisuels sur des réseaux câblés et non par voie hertzienne ou par satellite ; que, d'autre

part, il apparaît que la construction sur un même site géographique d'un deuxième réseau câblé ne pourrait pas être rentabilisée en l'état actuel du marché, France Télécom ne contestant d'ailleurs pas le caractère déficitaire de l'exploitation des réseaux câblés déjà existants ; qu'ainsi, il ne peut être exclu que NC NumériCâble ne disposant d'aucune autre solution que d'utiliser les réseaux de France Télécom pour l'exploitation de ces sites, ces infrastructures revêtent pour elle le caractère d'une facilité essentielle ;

Considérant, au surplus, que France Télécom Câble, dont France Télécom détient 99,3 % du capital par l'intermédiaire de la Cogecom, elle-même filiale à 100 % de France Télécom, est concurrente de NC NumériCâble sur le marché de l'exploitation commerciale des réseaux sur lequel les demandeurs sont les collectivités locales et les offreurs les exploitants et les câblo-opérateurs ; que si NC NumériCâble se retirait de ce marché, France Télécom Câble pourrait, comme d'autres câblo-opérateurs ou exploitants, se porter candidate à la reprise de l'exploitation des réseaux du plan câble actuellement exploités par NC NumériCâble ; qu'il n'est donc pas exclu que France Télécom Câble puisse être en concurrence avec NC NumériCâble ; qu'en outre, avec l'offre récente de services d'accès en ligne Internet sur l'un des réseaux qu'elle exploite, NC NumériCâble est en concurrence avec France Télécom sur le marché des services d'accès en ligne sur lesquels France Télécom dispose d'une position dominante au plan national ;

Considérant, en quatrième lieu, que l'article 239 des conventions d'établissements signées pour chaque réseau entre l'Etat, les collectivités territoriales et la Compagnie générale de vidéocommunications (devenue depuis NC NumériCâble) en 1986 et 1987 stipule que « *en cas de défaut de paiement des redevances définies au titre IV, les Télécommunications peuvent suspendre la mise à disposition de la société des capacités de transport et de distribution des signaux de radiotélévision par câble* » ; que France Télécom soutient cependant qu'une telle coupure serait impossible car contraire à l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi qu'à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme qui garantissent le droit à la réception des informations ou des idées ; que, de plus, la loi du 2 juillet 1966, modifiée par la loi du 29 décembre 1990, institue un « droit au câble » ;

Mais considérant, d'une part, qu'il appartient au seul juge compétent d'apprécier, au regard des dispositions susmentionnées, la licéité d'une coupure du signal par France Télécom ; que, d'autre part, si la loi du 2 juillet 1966 modifiée par la loi du 29 décembre 1990 prévoit que « *le propriétaire d'un immeuble ne peut, nonobstant toute convention contraire, même antérieurement conclue, s'opposer, sans motif sérieux et légitime, à l'installation, à l'entretien ou au remplacement, aux frais d'un ou plusieurs locataires ou occupants de bonne foi, d'une antenne extérieure réceptrice de radiodiffusion. Il ne peut, dans les mêmes conditions, s'opposer au raccordement d'un locataire ou occupant de bonne foi à un réseau distribuant par câble des services de radiodiffusion sonore ou de télévision* », cette disposition s'adresse aux propriétaires d'immeubles d'habitation, et non aux propriétaires des réseaux câblés construits dans le cadre du plan câble ; qu'enfin, et en tout état de cause, la coupure du signal pour NC NumériCâble n'impliquerait pas nécessairement que les téléspectateurs seraient privés de l'accès au câble dès lors que ce signal serait rétabli au profit d'un concurrent qui reprendrait l'exploitation commerciale du réseau, suite à la défaillance de NC NumériCâble ; que, dès lors, la mise en œuvre, en cas de défaut de paiement de NC NumériCâble, des dispositions de l'article 29 des conventions d'établissement signées pour chaque réseau entre l'Etat, les collectivités territoriales et la Compagnie générale de vidéocommunications (devenue depuis NC NumériCâble) en 1986 et 1987, ne peut être exclue ;

Considérant, en dernier lieu, que la volonté d'une entreprise d'améliorer la rentabilité des actifs inscrits à son bilan ne présente pas en soi un caractère anticoncurrentiel ; qu'il ne peut,

cependant, être exclu, sous réserve d'une instruction au fond, que l'ampleur et la brutalité de la hausse de la redevance demandée pour 1999 à NC NumériCâble, alors même que cette entreprise est dans une situation financière difficile, constituent, au cas d'espèce, un abus de la position dominante que détiendrait France Télécom sur le marché de l'acheminement des signaux sur les réseaux du plan câble, ou de la situation dépendance dans laquelle elle tiendrait NC NumériCâble, abus ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'éliminer cette dernière entreprise des marchés de l'exploitation commerciale des réseaux du plan câble et de restreindre le jeu de la concurrence potentielle sur les marchés de la téléphonie fixe et de l'accès à Internet, sur lesquels France Télécom détient une position dominante au plan national ; qu'il ne peut donc être exclu que France Télécom ait mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions des articles 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, et 86 du traité de Rome ;

Sur la demande de mesures conservatoires :

Considérant qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, des mesures conservatoires « *ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* » ; que les mesures susceptibles d'être prises à ce titre « *doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* », que la mise en œuvre de ce texte suppose la constatation de faits constitutifs de troubles illicites auxquels il conviendrait de mettre fin sans tarder ou susceptibles de causer un préjudice imminent et certain au secteur concerné, aux entreprises victimes des pratiques ou encore aux consommateurs, préjudice qu'il faudrait alors prévenir, dans l'attente d'une décision au fond ;

Considérant que le déficit courant de la société NC NumériCâble cumulé sur les années 1995, 1996 et 1997 a atteint 1 196 millions de francs ; que l'exploitation des réseaux du plan câble a généré, en 1997, 69,5 % de son chiffre d'affaires ; que le montant dû au titre de la redevance a représenté, en 1998, environ 26 % du chiffre d'affaires dégagé par cette activité ; que la hausse de la redevance proposé par France Télécom dans son courrier du 30 juillet 1998 porterait, selon les estimations NC NumériCâble non contestées par France Télécom, que ce soit dans ses observations ou en séance, le montant dû à ce titre à environ 61 % du chiffre d'affaires prévisionnel de NC NumériCâble pour cette société en 1999, soit 373 MF au lieu des 148 MF qui aurait été dus par NC NumériCâble si les conditions tarifaires en vigueur jusqu'au 31 décembre 1998 étaient appliquées ; qu'à défaut d'accord France Télécom a indiqué sa volonté de facturer à NC NumériCâble, en vertu des accords de 1992 dont NC NumériCâble conteste qu'ils soient applicables, une hausse de redevance d'environ 70 % en 1999 ; que la première mensualité de la redevance ainsi calculée sera facturée à NC NumériCâble par France Télécom à la fin du mois de janvier 1999 ;

Considérant que les hausses des charges fixes que France Télécom entend imposer d'un seul coup à NC NumériCâble sont d'une ampleur telle qu'elles constituent une modification substantielle des conditions d'exploitation de cette entreprise et sont manifestement de nature à mettre en péril son existence ; qu'en outre une suspension du signal en cas de non-paiement de la redevance porterait immédiatement une atteinte grave aux intérêts commerciaux de l'entreprise plaignante ;

Considérant qu'au vu de ce qui précède il y a lieu d'enjoindre à France Télécom, jusqu'à ce que le Conseil ait statué au fond, de ne pas mettre en œuvre les dispositions de l'article 29 des conventions d'établissement conclues en 1986 et 1987, dès lors que NC NumériCâble lui versera mensuellement une provision égale au montant de la redevance mensuelle qui serait due si cette redevance était déterminée selon le même mode de calcul que celui utilisé en 1998,

Décide :

Article unique

Il est enjoint à la société France Télécom, jusqu'à ce que le Conseil ait statué au fond, de ne pas mettre en œuvre les dispositions de l'article 29 des conventions d'établissement conclues en 1986 et 1987 avec la Compagnie générale de vidéo-communications devenue depuis NC NumériCâble, dès lors que NC NumériCâble lui versera mensuellement une provision égale au montant de la redevance mensuelle qui serait due si cette redevance était déterminée selon le même mode de calcul que celui utilisé en 1998.

Délibéré, sur le rapport de Mme Mouy, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général suppléant,

Jean-Claude Facchin

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 94

**Décision n° 99-MC-02 du Conseil de la concurrence en date du 27 janvier 1999
relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Planète Câble**
NOR : ECOC9910055S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu les lettres enregistrées les 30 novembre et 10 décembre 1998 sous les numéros F 1102 et M 232 par lesquelles la société Planète Câble a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société France Télécom Câble dans le secteur de la diffusion de programmes audiovisuels qu'elle estime anticoncurrentielles et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société France Télécom Câble, par la société Planète Câble et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu l'avis adopté le 12 janvier 1999 par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, à la demande du Conseil de la concurrence, en application de l'article 16 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 susvisé ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Planète Câble et de la société France Télécom Câble entendus ;

Sur la saisine au fond :

Considérant qu'en vertu de l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication « l'exploitation des réseaux (...) est autorisée par le Conseil supérieur de l'audiovisuel sur proposition des communes ou groupements de communes dans les conditions définies par décret en Conseil d'Etat » ; que les exploitants de réseaux câblés (câblo-opérateurs) diffusent les programmes proposés par des fournisseurs de services télévisés, appelés « éditeurs de programme », avec lesquels ils ont conclu des contrats de diffusion ; que ces derniers mettent leurs chaînes à la disposition des câblo-opérateurs, moyennant le paiement d'une redevance ; que seuls les câblo-opérateurs sont en contact direct avec les consommateurs auxquels ils présentent des offres plus ou moins groupées de programmes et divers services ; qu'ils sont rémunérés par le paiement d'un abonnement ; que, selon l'article 1^{er} du décret du 1^{er} septembre 1992, « le Conseil supérieur de l'audiovisuel statue sur les demandes d'autorisation d'exploitation d'un réseau dans les deux mois qui

suivent la réception de la proposition des communes (...), accompagnée de l'ensemble des pièces nécessaires à son examen » ; que la décision d'autorisation précise, notamment, la composition du « plan de services », c'est-à-dire essentiellement les services télévisés (chaînes) proposés par le câblo-opérateur ; que toute modification du « plan de services » (nombre, dénomination et nature des services distribués sur le réseau) demandée par le câblo-opérateur doit d'abord être acceptée par la commune concédante puis autorisée dans les mêmes formes par le Conseil supérieur de l'audiovisuel ; que le non-respect de cette procédure est passible des sanctions pénales prévues à l'article 78-1 de la loi du 30 septembre 1986 ;

Considérant que les principaux exploitants du câble sont les sociétés France Télécom Câble, Lyonnaise Câble et NC Numéricâble ; que la société France Télécom Câble est le premier câblo-opérateur français, avec 28,5 % des abonnés au câble ; qu'elle exploite les réseaux câblés par l'intermédiaire de vingt filiales régionales ;

Considérant que la société Planète Câble, créée en 1990, est une filiale à 100 % de la société Multithématiques, elle-même détenue à parts égales (30,16 % chacune) par Canal + , Havas Images et Tele Communications International Inc. (TINTA) ; que cette société édite une des chaînes historiques du câble, la chaîne Planète, spécialisée dans la diffusion de documentaires ; qu'à la fin de 1997 elle comptait 2 260 000 abonnés, dont 1 480 000 abonnés aux réseaux câblés ;

Considérant que la société Atlantique Télé Câble SNC, devenue France Télécom Câble Atlantique, filiale de France Télécom Câble pour la région Atlantique, a conclu, le 27 mars 1991, un contrat de diffusion avec la société Planète Câble, pour une durée de 58 mois, pour la diffusion de la chaîne Planète ; que les filiales de France Télécom Câble, exploitant les réseaux d'Angers, de Tours, des Yvelines, de Rennes, de l'Essonne, de la Côte d'Opale et de l'Est ont signé avec la société Planète Câble des contrats identiques ; que, conformément à l'article 2 du contrat, France Télécom Câble Atlantique a dénoncé le contrat de diffusion de Planète pour la région Atlantique par lettre recommandée du 15 juin 1995, avec effet au 31 décembre 1995 ; que, depuis lors, d'accord entre parties, le contrat est devenu un contrat à durée indéterminée, son exécution s'étant poursuivie ; que la société France Télécom Câble diffuse la chaîne Planète de la société Planète Câble sur les réseaux qu'elle exploite, moyennant le versement d'une redevance mensuelle de 5,15 F par abonné ;

Considérant que, dès le mois de mars 1998, des discussions sur l'assiette et le montant des redevances se sont engagées entre la société France Télécom Câble et la société Planète Câble ; que, dans une lettre du 29 avril 1998, France Télécom Câble a annoncé à l'éditeur de programmes sa décision de modifier son offre commerciale et lui a proposé la diffusion de sa chaîne sur une option analogique (« Câble Satellite 1 »), doublée en numérique (« Câble Satellite 2 »), alors que la chaîne était auparavant diffusée sur le service de base analogique ; que, dans le même courrier, le câblo-opérateur demandait à la société Planète Câble de lui soumettre ses propositions tarifaires ; que la société France Télécom Câble a notifié à la société Planète Câble, par courrier du 1^{er} juillet 1998, sa décision de cesser la diffusion de la chaîne dans ses services de base analogiques, sur le réseau Bayonne-Anglet-Biarritz, à compter du 1^{er} octobre 1998 ; que, depuis le 6 octobre 1998, la chaîne Planète n'est plus diffusée sur ce réseau et a été remplacée sans délai par la chaîne Odyssée ; que, par lettre du 14 mai 1998, la société France Télécom Câble a notifié à la société Planète Câble sa décision de ne pas renouveler au-delà du 31 décembre 1998 le contrat que France Télécom Câble Toulon avait conclu avec elle ; que la même lettre a été envoyée, le 16 septembre 1998, dans les réseaux d'Angers, de Tours, des Yvelines, de Rennes, de l'Essonne, de la Côte d'Opale et de l'Est, avec effet au 31 mars 1999 ; que cette lettre type contient la mention suivante : « Nous sommes prêts à examiner les termes d'un nouveau contrat en fonction des propositions tarifaires que vous pourrez nous faire, tenant compte de l'évolution de notre offre

commerciale telle qu'elle vous a été exposée dans notre lettre du 29 avril dernier » ; que, depuis lors, aucun nouvel échange de correspondance ne semble avoir eu lieu entre les parties ;

Considérant que la société Planète Câble fait valoir que la société France Télécom Câble et ses filiales, disposant, sur chacun des réseaux énumérés ci-dessus, d'un monopole de diffusion de la chaîne Planète, ont abusé de leur position dominante ou ont abusé de la situation de dépendance économique de la chaîne, d'une part, en excluant la chaîne Planète de leur plan de services du réseau Bayonne-Anglet-Biarritz au profit de la chaîne Odyssée, filiale de TF 1, d'autre part, en dénonçant les contrats de diffusion de la chaîne Planète sur les autres réseaux ;

Considérant que, sur chacun des sites concernés, l'exploitation du réseau câblé est concédée en exclusivité à la société France Télécom Câble ; qu'ainsi, sur chaque site, la chaîne Planète ne peut être diffusée que si l'exploitant du réseau, France Télécom Câble, l'inscrit sur son plan de services ; qu'il ne peut être exclu, à ce stade de l'instruction, que l'on identifie des marchés locaux sur lesquels la société France Télécom Câble serait dans une situation de position dominante ou que la chaîne Planète s'avère être dans une situation de dépendance économique à l'égard de la société France Télécom Câble ; qu'en effet, il n'est pas démontré, en l'état du dossier, que la réception par voie satellitaire ou par câble sur le mode numérique constitue, pour les téléspectateurs, un moyen alternatif à la réception de la chaîne par câble en mode analogique ;

Considérant que la société France Télécom Câble soutient qu'elle a résilié les contrats de diffusion de la chaîne dans le respect du droit des contrats et que le remplacement de la chaîne Planète par la chaîne Odyssée, dont la redevance mensuelle par l'abonné s'élève seulement à 2,50 F contre 5,15 F pour Planète, ne saurait être qualifié d'anticoncurrentiel ;

Considérant qu'en soi la volonté de la société France Télécom Câble, qui a enregistré, en 1997, un déficit d'exploitation de 162 millions de francs, de diminuer ses charges de programmation, équivalentes à 30 % de son chiffre d'affaires, ne saurait présenter un caractère anticoncurrentiel ; qu'en vertu du principe de prohibition des engagements perpétuels, la faculté de résiliation unilatérale est de droit dans les conventions à durée indéterminée, sous réserve de l'abus de droit qui peut être fait de cette faculté et dans le respect de l'ordonnance de 1986 ; qu'au regard du droit des contrats, la résiliation de la convention conclue entre la société France Télécom Câble Atlantique et la société Planète Câble semble être intervenue dans des conditions normales ; que le non renouvellement des contrats de diffusion de la chaîne sur les autres réseaux exploités par France Télécom Câble, qui paraît conforme aux stipulations contractuelles, ne peut être, à lui seul, constitutif d'abus ; qu'il n'y a, enfin, pas de droits acquis, pour une chaîne, à être diffusée sur un réseau câblé quel que soit l'état du marché et à obtenir le renouvellement de ses contrats de diffusion aux conditions initialement conclues ;

Considérant, cependant, que, dès juin 1998, et alors même que les discussions étaient encore en cours entre les parties, la chaîne Planète ne figurait plus dans la brochure publicitaire du câble éditée par la société France Télécom Câble Atlantique, qu'il s'agisse de son offre analogique ou de son offre numérique ; que le retrait de la chaîne du réseau Bayonne-Anglet-Biarritz a été total, contrairement à ce qu'allègue France Télécom Câble, et qu'il est intervenu après un préavis de trois mois, tandis que le préavis respecté par France Télécom Câble pour dénoncer les contrats de diffusion sur les autres réseaux a été de six mois ;

Considérant qu'ainsi que le Conseil supérieur de l'audiovisuel le reconnaît lui-même, « la suppression le 6 octobre 1998 de Planète du plan de service (...) s'est opérée sans l'accord du Conseil » ; que le conseil de district semble, par ailleurs, s'être opposé à cette modification du plan de services, ainsi qu'il ressort du procès-verbal de séance du 18 décembre 1998 ; que

la société France Télécom Câble n'en a pas moins procédé au retrait de la chaîne Planète de l'offre de service de base analogique qu'elle propose sur le réseau Bayonne-Anglet-Biarritz ;

Considérant que les discussions sur la rémunération de la société Planète Câble portaient tant sur l'assiette que sur le montant des redevances ; que les termes de la négociation tarifaire ne peuvent, en l'état du dossier, être clairement indentifiés, la société Planète Câble semblant n'avoir pas disposé des informations suffisantes pour formuler une proposition, notamment en ce qui concerne le calendrier de mise en place de la nouvelle politique commerciale de France Télécom Câble et la composition des bouquets ; qu'il convient, en effet, de préciser que l'assiette des redevances varie selon que la chaîne est diffusée sur le service de base analogique dont bénéficient tous les abonnés au câble ou qu'elle est diffusée sur un service à option auquel les abonnés souscrivent en fonction de la composition du bouquet ; qu'il ressort, en outre, de certaines pièces du dossier, et, notamment, de courriers échangés entre France Télécom Câble et la chaîne Festival, que le montant des redevances varie selon l'emplacement de la chaîne dans l'offre commerciale du câblo-opérateur ; qu'ainsi la chaîne Festival est diffusée sur les réseaux câblés exploités par France Télécom Câble à l'unité pour une redevance mensuelle par abonné de 10 F, dans des modules de trois à six chaînes pour une redevance de 4,50 F, et, enfin, dans un bouquet généraliste pour une redevance de 3,28 F ; que la société Planète Câble ne paraît pas avoir été mise en mesure de proposer une telle modulation de sa politique tarifaire ;

Considérant, par ailleurs, qu'aucune raison technique ne semble s'opposer à l'offre conjointe d'Odyssée et de Planète dans le bouquet analogique de France Télécom Câble ; que la diffusion en mode numérique de Planète offerte par France Télécom Câble dans un courrier du 21 octobre 1998 ne peut compenser son retrait du bouquet analogique, en raison du petit nombre d'abonnés au numérique ;

Considérant, enfin, que sur le réseau câblé de Bayonne-Anglet-Biarritz la chaîne Planète a été remplacée sans délai par la chaîne Odyssée qui est éditée par la Société d'exploitation de documentaires, détenue à près de 100 % par TF 1, partenaire de France Télécom dans le bouquet satellitaire TPS ; que, dans le réseau câblé de Metz, la chaîne Canal J a été remplacée par la chaîne Télétoon, filiale de TPS ; que les accords notifiés le 21 octobre 1996 à la Commission européenne par TPS, afin d'obtenir une attestation négative sur le fondement de l'article 85 du traité de Rome, contiennent une clause aux termes de laquelle « les câblodistributeurs actionnaires de TPS s'engagent à intégrer de manière prioritaire sur leurs réseaux les programmes et les services repris dans l'offre TPS » ; que le Conseil supérieur de l'audiovisuel indique que cette clause n'a jamais été appliquée ; qu'elle a été levée par avenant signé le 2 avril 1998 par les actionnaires de TPS ; qu'il n'est cependant pas exclu que les pratiques incriminées aient pour objet d'éliminer définitivement la chaîne Planète de la diffusion câblée au profit de la chaîne Odyssée, dont France Télécom Câble a décidé, dès octobre 1997, d'expérimenter la diffusion sur son service de base analogique, avant même d'engager les discussions tarifaires avec Planète ; qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas démontré que l'éviction de la chaîne Planète du réseau Bayonne-Anglet-Biarritz au profit de la chaîne Odyssée soit seulement motivée par la concurrence par les mérites ; qu'en effet, le fait que les redevances demandées par la chaîne Planète (5,15 F par abonné) soient plus élevées que celles de la chaîne Odyssée (3 F) ne suffit pas à établir l'absence de discrimination entre les deux chaînes, leurs mérites respectifs devant aussi s'apprécier en tenant compte de la qualité des prestations proposées ; que, si la chaîne Planète peut être considérée comme d'un coût élevé au regard des nouvelles chaînes satellitaires, elle l'est cependant moins par exemple que la chaîne LCI, filiale de TF 1, dont la programmation n'est pas remise en question par France Télécom Câble, malgré l'importance de la redevance due à cette chaîne, qui s'élève, depuis sa création, à 6 F ;

Considérant qu'en outre l'arrêt de la diffusion de la chaîne Planète sur le réseau

Bayonne-Anglet-Biarritz, rapprochée de la dénonciation simultanée, par France Télécom Câble, des contrats de diffusion de Planète dans les autres réseaux qu'elle exploite, pourrait être interprété comme une menace de « déréférencement » général et être utilisé comme un moyen de pression sur la société Planète Câble pour qu'elle baisse sensiblement ses tarifs ;

Considérant qu'il ne peut être exclu, à ce stade de la procédure, que le remplacement de la chaîne Planète par la chaîne Odyssée et la dénonciation simultanée des contrats de diffusion de Planète soient constitutifs de pratiques prohibées par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur la demande de mesures conservatoires :

Considérant qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 des mesures conservatoires « ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante » ; que les mesures susceptibles d'être prises à ce titre « doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence » ;

Considérant que la société Planète Câble demande au Conseil d'ordonner, à compter de la décision à intervenir et dans l'attente d'une décision au fond, la reprise de la diffusion de la chaîne Planète sur le réseau câblé Bayonne-Anglet-Biarritz en mode analogique, dans le programme de base de France Télécom Câble Atlantique, aux conditions de diffusion en vigueur jusqu'au 30 septembre 1998, sous astreinte de 100 000 F par jour de retard ; qu'elle demande, en outre, au Conseil de faire injonction à la société France Télécom Câble et à ses filiales de continuer l'exécution des contrats de diffusion de la chaîne Planète dénoncés les 16 et 17 septembre 1998 aux conditions en vigueur au jour de la dénonciation et la poursuite de la diffusion de la chaîne sur les réseaux câblés concernés aux conditions en cours, sous la même astreinte de 100 000 F par jour de retard ;

Considérant que, selon la partie saisissante, l'atteinte aux intérêts de la société Planète Câble est d'une particulière gravité, puisque l'arrêt de diffusion de la chaîne dans les réseaux visés par la saisine se traduirait par la perte, au niveau national, de 303 735 abonnés du groupe France Télécom Câble, perte évaluée à 18 millions de francs de redevances ;

Mais considérant que la diffusion de la chaîne n'est, à l'heure actuelle, interrompue que sur le réseau Bayonne-Anglet-Biarritz, qui ne représente que 0,4 % des abonnés de la chaîne ; que sur les autres réseaux, selon les déclarations en séance de la société France Télécom Câble, la diffusion ne sera interrompue qu'en cas d'échec des négociations commerciales entre les parties ; que l'exploitation des réseaux câblés de Toulon et de l'Essonne a été cédée, depuis les faits, par France Télécom Câble et que la diffusion de la chaîne Planète sur ces réseaux n'a pas été interrompue ; que les atteintes à l'économie, au secteur, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise résultant des pratiques dénoncées ne revêtent donc pas un caractère de gravité et d'immédiateté de nature à justifier l'adoption de mesures d'urgence ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la demande de mesures conservatoires présentée par la société Planète Câble ne peut qu'être rejetée,

Décide :

Article unique

La demande de mesures conservatoires enregistrées sous le numéro M 232 est rejetée.
Délibéré, sur le rapport de Mme Luc, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général suppléant,

Jean-Claude Facchin

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

**Décision n° 99-MC-03 du 16 février 1999 relative à une saisine
et à une demande de mesures conservatoires présentée par la SARL Reims Bio**
NOR : *ECOC9910050S*

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 4 décembre 1998 sous les numéros F 1104 et M 233 par laquelle la SARL Reims Bio a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques qu'elle estime anticoncurrentielles, mises en œuvre par le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine, et demande le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine, et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général suppléant, le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants de l'Agence française du sang entendus conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance précitée, les représentants de la SARL Reims Bio entendus, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine, ayant été régulièrement convoqué ;

Sur la saisine au fond :

Considérant que la SARL Reims Bio expose qu'elle a développé à Reims depuis le 7 mai 1998, date de sa création, une activité d'élaboration et de vente de produits sanguins traités pour la fabrication de réactifs à usage industriel ; que pour l'exercice de cette activité elle s'approvisionne en matière première et produits sanguins à usage non thérapeutique principalement auprès du Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine ; que, pour ce faire, elle a conclu successivement avec cet organisme, le 7 mai 1998 et le 2 octobre 1998, deux conventions de cession de matières premières d'origine sanguine destinées exclusivement à la préparation de réactifs pour la recherche et le diagnostic, que ces deux conventions couvraient la période allant jusqu'au 31 décembre 1998 et étaient renouvelables d'année en année par tacite reconduction ; que, cependant, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a brutalement cessé, à une exception près, d'honorer ses commandes à partir du 9 novembre 1998, la plaçant dans une situation extrêmement délicate vis-à-vis de ses clients ; qu'en revanche, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a livré directement des produits d'origine sanguine à au moins un de ses clients, à savoir la société Sanofi Diagnostics Pasteur ;

Considérant que la SARL Reims Bio soutient qu'en cessant ainsi de l'approvisionner le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a commis un refus de vente et abusé de l'état de dépendance économique dans lequel elle se trouve à l'égard de celui-ci, dès lors qu'elle ne dispose d'aucune solution équivalente et, cherchant à l'évincer du marché, a violé le 2 de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'elle allègue, en outre, qu'en livrant directement l'un de ses clients, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne s'est rendu coupable d'actes de concurrence déloyale ; qu'elle précise, enfin, que le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, auquel peut être imputé un comportement dilatoire, est, depuis quelques semaines, dirigé par M. Jean-Jacques Huart lequel était également gérant de l'EURL Diagast qui occupe une position prééminente dans le secteur de l'immuno-hématologie et dont l'activité est directement concurrente de celle exercée par la SARL Reims Bio ; qu'elle demande, en conséquence, au Conseil de sanctionner les infractions aux dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

commises par le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne ; que la SARL Reims Bio, qui a saisi parallèlement le tribunal de commerce de Reims et le tribunal administratif de Châlons-en-Champagne, demande, en outre, au Conseil de prendre des mesures conservatoires sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance précitée ;

En ce qui concerne la compétence du Conseil :

Considérant que le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie soutient que le Conseil de la concurrence ne serait pas compétent au motif que la décision du 23 octobre 1998, par laquelle l'Agence française du sang, établissement public administratif, a refusé d'approuver les conventions de cession du 7 mai et du 2 octobre 1998, revêt le caractère d'un acte unilatéral pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique relevant de la compétence de la juridiction administrative, que le refus opposé par le directeur de l'établissement de transfusion sanguine de livrer les produits prévus aux contrats constitue la conséquence directe et nécessaire de la décision du président de l'agence et que cette décision s'analyse donc comme une décision non détachable de l'acte pris par l'autorité de tutelle ;

Mais considérant, d'une part, qu'en vertu de l'article L. 668-1 du code de la santé publique, les établissements de transfusion sanguine exercent une mission de santé publique dans le cadre du service public de la transfusion sanguine et peuvent, en outre, être autorisés à exercer d'autres activités de santé, notamment des activités de soins et de laboratoire d'analyse de biologie médicale, conformément aux règles applicables à ces activités ; qu'au cas particulier, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine compétent pour les départements de l'Aube, de la Marne, des Ardennes et de la Haute-Marne, a été autorisé par décision du président de l'Agence française du sang en date du 7 juillet 1995 à exercer des activités annexes relevant de la santé publique et, notamment, la préparation de produits sanguins à usage de réactifs ;

Considérant, d'autre part, que, pour l'exercice de l'ensemble de leurs activités, relevant ou non du service public de la transfusion sanguine, les établissements de transfusion sanguine sont placés par application de l'article L. 667-5 du code de la santé publique sous la tutelle de l'Agence française du sang, établissement public administratif, lui-même placé sous la tutelle du ministre de la santé ; qu'en particulier certaines décisions des conseils d'administration des établissements de transfusion sanguine qui, tel le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, sont constitués sous forme de groupement d'intérêt public, ne prennent effet qu'à compter de leur approbation par l'Agence française du sang, en vertu des articles 13 et 14 de la convention type des établissements de transfusion sanguine constitués sous forme de groupements d'intérêt public annexée au décret n° 94-65 du 10 mai 1994 ; qu'il en va notamment ainsi pour les décisions relatives aux conventions de cession de matière première et de produits sanguins, à des fins non thérapeutiques, à des établissements à but lucratif ;

Considérant, enfin, que les produits sanguins à usage non thérapeutique ou à usage de réactifs, à la différence des produits sanguins à usage thérapeutique, c'est-à-dire destinés à être transfusés aux patients, peuvent faire l'objet d'une commercialisation, selon des tarifs librement fixés entre les parties, par les établissements de transfusion sanguine agréés à cet effet et par les importateurs bénéficiant d'une autorisation ministérielle ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'activité annexe de vente de matière première et de produits sanguins à usage non thérapeutique exercée par le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine, est au nombre des activités de production et de service qui entrent dans le champ d'application de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que les circonstances que cette activité soit exercée par un organisme à but non lucratif et fasse l'objet d'une réglementation ne la fait pas échapper à l'application de cette ordonnance ; qu'en conséquence, alors même que les décisions prises par l'Agence française du sang, dans le cadre des pouvoirs de tutelle précités

sur les établissements de transfusion sanguine, revêtent un caractère administratif dont l'appréciation de la légalité ne relève que de la juridiction administrative, le Conseil est compétent pour apprécier, au regard des dispositions du titre III de cette ordonnance, les pratiques qui ont consisté pour le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne à cesser ses livraisons à la SARL Reims Bio ; qu'en conséquence, le Conseil n'est pas davantage obligé de surseoir à statuer dans l'attente des décisions de la juridiction administrative ;

En ce qui concerne les pratiques dénoncées :

Considérant, premièrement, que le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a vendu à la SARL Reims Bio des matières premières et produits sanguins destinés à la fabrication de réactifs du 7 mai au 9 novembre 1998 ; que la SARL Reims Bio indique que ces livraisons représentaient 90 % de ses approvisionnements ; que le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a rompu brutalement ses livraisons à compter de cette dernière date, hormis seize poches de plasma prélevées sur héparatine de lithium ; que, dans un courrier du 23 octobre 1998, le président de l'Agence française du sang a rappelé au Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne que les conventions de cession de produits sanguins à usage non thérapeutique *« sont soumises à l'approbation de l'Agence conformément aux dispositions prévues à l'article 14 de l'annexe II du décret n° 94-365 du 10 mai 1994 »*, a précisé que *« les conventions qui portent sur l'année 1998, sont, en tout état de cause, en cours d'exécution et ne pourront dès lors recevoir l'approbation de l'agence »* et a ajouté *« comme vous le savez, l'approbation de l'agence constitue un préalable à l'exécution des conventions qui doivent avoir une durée d'un an »* ; que cette décision a été communiquée à la SARL Reims Bio dans le courant du mois de décembre dans le cadre de la procédure engagée par cette dernière devant le tribunal de commerce ayant abouti à l'ordonnance de référé du 18 décembre 1998 par laquelle le président de la juridiction consulaire a ordonné au Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne *« de reprendre immédiatement la livraison de tous les produits visés dans la convention du 2 octobre 1998, et ce sous astreinte de dix mille francs (10 000) par jour à compter de la signification de la présente ordonnance, sous réserve d'une décision contraire de l'Agence française du sang notifiée à la société Reims Bio »* ; que, le 22 décembre 1998, l'Agence française du sang a écrit à la SARL Reims Bio en lui précisant : *« En application de l'ordonnance de référé rendue à votre demande contre le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne les 15 et 18 décembre dernier par le tribunal de commerce de Reims, j'ai l'honneur de vous notifier par la présente, copie de la lettre du 23 octobre 1998 par laquelle je refuse d'approuver la convention liant votre société à l'ETS. Cette notification suspend l'exécution de l'ordonnance de référé susvisée. »* ;

Considérant, deuxièmement, qu'il ressort des pièces du dossier que le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a livré du 7 mai au 9 novembre 1998 de la matière première et des produits sanguins à la SARL Reims Bio, alors même que l'Agence française du sang lui avait notifié, par courrier du 16 juillet 1998, que la première convention, signée le 7 mai 1998, ne pourrait faire l'objet d'une approbation ; que, de même, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a livré, à partir du mois de novembre 1998, divers produits à la société Sanofi Diagnostics Pasteur, se substituant ainsi à la SARL Reims Bio, alors que, comme l'a indiqué en séance le président de l'Agence française du sang, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne n'avait signé aucune convention avec la société Sanofi Diagnostics Pasteur ; qu'en outre le Groupement d'intérêt public a communiqué tardivement à la SARL Reims Bio les raisons pour lesquelles il avait arrêté ses livraisons ainsi que la décision de l'Agence française du sang, comme le montre la chronologie rappelée ci-dessus, laissant la SARL Reims Bio dans l'incertitude ; qu'il n'a engagé aucune démarche auprès de l'Agence française du sang en vue de régulariser ses rapports contractuels avec la SARL Reims Bio, alors qu'il ne pouvait ignorer les difficultés dans lesquelles se trouvait cette dernière à la suite de l'arrêt des livraisons ;

Considérant, troisièmement, que le président de l'Agence française du sang, entendu par le Conseil en application de l'article 25 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, a présenté les conditions qui sont exigées par l'agence avant toute approbation des conventions de cession conclues entre les établissements de transfusion sanguine et des entreprises, en indiquant que les critères utilisés n'étaient pas formalisés dans un document public ; que ces critères sont relatifs à la garantie d'utilisation des produits par le seul cocontractant, au respect des principes éthiques, à la gratuité des dons, à la réalisation des tests de dépistage et à la traçabilité des produits qui font l'objet de la convention ; que l'agence vérifie également que les quantités cédées ne remettent pas en cause les besoins des patients en matière de transfusion ;

Considérant, quatrième, que le président de l'agence a expliqué qu'en vertu du décret du 10 mai 1994 précité et des conventions types annexées à ce texte, il n'est pas tenu de motiver sa décision et que le destinataire de la décision de l'Agence française du sang est l'établissement de transfusion sanguine et non l'organisme à but lucratif bénéficiant des cessions ; que, toutefois, en cas de demande écrite de la part du cocontractant de l'établissement de transfusion sanguine, l'agence est disposée à expliquer les raisons qui l'ont conduite à refuser d'approuver la délibération du conseil d'administration du Groupement d'intérêt public autorisant la signature de la convention ; qu'il a reconnu que la société Sanofi Diagnostics Pasteur avait été livrée directement par le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, hors convention, mais pour des quantités limitées destinées à répondre à l'urgence qui résultait de l'impossibilité pour la SARL Reims Bio de poursuivre ses livraisons ;

Considérant, cinquième, que les pratiques dénoncées émanent d'un opérateur, le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, qui détient dans la région Champagne-Ardenne, en vertu de la législation en vigueur, le monopole de la collecte des produits sanguins et qui se trouve, de ce fait, à la fois en position de fournisseur de matière première et de produits sanguins utilisés à des fins non thérapeutiques et en position de concurrence, au moins potentielle, vis-à-vis des opérateurs fabriquant des réactifs d'origine sanguine, en vertu de la possibilité qui lui a été consentie par la décision du 7 juillet 1995 du président de l'Agence française du sang d'exercer ce type d'activité, conformément à l'article L. 668-1 du code de la santé publique ; qu'en outre, il ressort des pièces du dossier que M. Jean-Jacques Huart, directeur du Groupement d'intérêt public de Nord - Pas-de-Calais, établissement de transfusion sanguine, nommé directeur par intérim du Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne le 7 octobre 1998 par l'Agence française du sang, a exercé jusqu'à cette date les fonctions de gérant de l'EURL Diagast installée à Loos (Nord), société dont l'unique actionnaire est l'Association pour l'essor de la transfusion sanguine dans la région du Nord, elle-même membre du groupement d'intérêt public de Nord - Pas-de-Calais ; que l'EURL Diagast, laquelle est approvisionnée par le Groupement d'intérêt public de Nord - Pas-de-Calais, se trouve en situation de concurrence avec la SARL Reims Bio pour une partie au moins de ses activités ;

Considérant par suite que, contrairement à ce que soutient le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne dans ses écrits, la seule circonstance que les délibérations du conseil d'administration du Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne ayant autorisé la signature des conventions de cession du 7 mai et le 2 octobre 1998 n'aient pas été approuvées par l'Agence française du sang, comme le prévoit la réglementation applicable, ne saurait suffire à faire obstacle par elle-même à une qualification des pratiques dénoncées qui ont consisté à interrompre les livraisons à la SARL Reims Bio ; que, dès lors, en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, il ne peut être exclu que ces pratiques puissent entrer dans le champ d'application du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur la demande de mesures conservatoires :

Considérant qu'accessoirement à sa saisine au fond la SARL Reims Bio demande au Conseil de la concurrence « *vu l'urgence et l'atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise ... d'enjoindre au Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne, établissement de transfusion sanguine, de reprendre immédiatement la livraison à la SARL Reims Bio des produits à usage non thérapeutique visée dans les conventions du 7 mai et 2 octobre 1998* » ; que cette demande doit être regardée comme une demande de mesures conservatoires présentée sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 des mesures conservatoires « *ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur concerné, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* » ;

Considérant que la SARL Reims Bio a juridiquement la possibilité de s'approvisionner en produits sanguins à usage non thérapeutique auprès d'autres établissements de transfusion sanguine ou de recourir à des importations ; qu'en pratique, toutefois, selon les déclarations mêmes du président de l'Agence française du sang, les quantités de produits susceptibles d'être fournies par les autres établissements de transfusion sanguine sont limitées en fonction du nombre des donneurs réservés à ce type de prélèvements et de la difficulté de réaffecter à un usage non thérapeutique des quantités significatives de dons initialement destinés à la transfusion sans mettre en péril l'équilibre du système transfusionnel ; que, s'agissant des importations, M. Leroux, gérant de la SARL Reims Bio, a précisé que les seuls fournisseurs possibles se trouveraient en Amérique du Nord et que ces importations sont soumises à la nécessité d'obtenir une autorisation ministérielle conditionnée par des exigences en matière de garanties sanitaires ; que, par ailleurs, les produits fournis par le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne présentent des caractéristiques particulières liées au profil des donneurs et à un faible risque virologique, caractéristiques qui sont exigées par les clients de la SARL Reims Bio ; qu'il convient encore de relever que les achats de la SARL Reims Bio auprès du Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne représentaient, en 1998, 90 % de ses approvisionnements ; que, dans ces conditions, la SARL Reims Bio ne dispose pas, dans un délai raisonnable, de solution équivalente ;

Considérant, par ailleurs, qu'il résulte également des pièces versées au dossier que le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne a d'ores et déjà livré, dès le mois de novembre 1998, la société Sanofi Diagnostics Pasteur en lieu et place de la SARL Reims Bio qui se trouve, ainsi, en situation de perdre des clients par suite de l'impossibilité de les approvisionner ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que, bien qu'elle ait réalisé un bénéfice de 225 160 F en 1998 et disposait au 31 décembre 1998 d'une trésorerie de 410 784 F, la SARL Reims Bio est menacée dans son existence par l'arrêt des livraisons du Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne ;

Considérant que le courrier adressé le 23 octobre 1998 par l'Agence française du sang à la société Reims Bio, par lequel elle indique que « *les conventions qui portent sur l'année 1998 sont, en tout état de cause, en cours d'exécution et ne pourront dès lors recevoir l'approbation de l'agence* » ne concerne que les conventions de cession relatives à l'année 1998 ; que, par ailleurs, le président de l'Agence française du sang a déclaré en séance que, s'il était saisi d'un nouveau projet de convention entre le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne et la SARL Reims Bio, présentant les garanties techniques et éthiques énumérées précédemment, il ne formulerait aucune objection à son approbation ; qu'il a précisé, en outre, que les dossiers de ce type font l'objet d'un examen rapide n'excédant pas

deux mois ;

Considérant que, dans ces conditions, il y a lieu d'enjoindre au Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne de reprendre les livraisons de matières premières et produits sanguins destinés à la fabrication de réactifs au profit de la SARL Reims Bio, sous réserve de l'approbation par l'Agence française du sang de la délibération par laquelle le conseil d'administration du Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne aura décidé la signature d'une convention de cession avec cette société applicable pour l'année 1999 ; qu'il y a lieu, en outre, d'inviter le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne à rendre compte au Conseil de la concurrence, dans le délai d'un mois suivant la notification de la présente décision, des conditions dans lesquelles la présente injonction aura été exécutée,

Décide :

Article 1^{er}

Il est enjoint au Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne de reprendre les livraisons à la SARL Reims Bio de matière première et de produits sanguins destinés à la fabrication de réactifs, sous réserve de l'approbation par l'Agence française du sang de la délibération par laquelle le conseil d'administration du Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne aura décidé la signature d'une convention avec ladite société applicable pour l'année 1999.

Article 2

Le Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne rendra compte au Conseil de la concurrence dans le délai d'un mois suivant la notification de la présente décision des conditions dans lesquelles la présente injonction aura été exécutée.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Bresse, par M. Cortesse, vice-président, présidant la séance, MM. Callu, Lasserre, Marleix, Rocca Sloan et Thiolon, membres.

Le rapporteur général suppléant,

Marie-Hélène Mathonnière

Le vice-président,

présidant la séance,

Pierre Cortesse

Annexe 96

Décision n° 99-MC-04 du Conseil de la concurrence en date du 10 mars 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par l'Association française des opérateurs privés de télécommunications et par l'Association des opérateurs de services de télécommunications

NOR : *ECOC9910114S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 15 janvier 1999 sous les numéros F 1114 et M 235, par laquelle l'Association française des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT) et l'Association des opérateurs de services de télécommunications (AOST) ont saisi le Conseil de la concurrence de certaines pratiques de la société France Télécom qu'elles estiment anticoncurrentielles et ont sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son

application ;

Vu les observations présentées par la société France Télécom, par l'AFOPT et par l'AOST ;

Vu l'avis n° 99-145 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications le 12 février 1999, à la demande du Conseil, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et des télécommunications ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société France Télécom, de l'AFOPT et de l'AOST entendus ;

Après en avoir délibéré hors de la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Sur la saisine au fond :

Considérant que l'AFOPT, association régie par la loi de 1901 qui regroupe les entreprises Société française de radiotéléphonie (SFR), Bouygues Télécom, Société française de transmission de données par radio (TDR), Infomobile, Société réunionnaise du radiotéléphone, Colt télécommunications France, Cégétel Entreprises et 9 Télécom, et l'AOST, association régie par la loi de 1901 qui regroupe 9 Telecom Entreprises, BT France, Cégétel entreprises, Esprit Telecom, Facicom international, Siris, AT&T, Cable & Wireless, Completel, Eurotunnel Telecom, RSL Com Viatel et Worldcom, ont, par lettre du 15 janvier 1999, saisi le Conseil de la concurrence de l'opération commerciale lancée par France Télécom le 15 janvier 1999, offrant à tout nouveau souscripteur de forfaits Ola ou Loft, commercialisés par France Télécom Mobiles, six mois d'abonnement gratuit à l'option « Primaliste Longue Distance », commercialisée par France Télécom sur ses abonnements de téléphonie fixe ; qu'elles soutiennent que cette opération commerciale serait contraire aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de l'article 86 du traité de Rome puisque France Télécom abuserait ainsi de sa position dominante sur le marché de la téléphonie fixe en vue de fidéliser ses abonnés au service téléphonique fixe et de gagner massivement de nouveaux abonnés à son service téléphonique mobile ;

Considérant que, le 15 janvier dernier, France Télécom a lancé une offre tarifaire promotionnelle valable jusqu'au 30 avril prochain, dans le cadre de laquelle la souscription d'un abonnement Ola ou Loft du service mobile Itinériss de France Télécom Mobiles donne droit à un abonnement gratuit de six mois à l'option tarifaire du service de téléphonie fixe de France Télécom, dénommée « Primaliste Longue Distance » ; que cette option, commercialisée au prix de 15 F par mois, consiste dans l'octroi d'une réduction de 20 % sur le prix des communications de voisinage, nationales et internationales, au départ de la ligne fixe de l'abonné, à destination des six correspondants représentant chaque bimestre le plus fort trafic ; que si la personne qui souscrit un abonnement Ola ou Loft est déjà abonnée à une option tarifaire non cumulable avec Primaliste Longue Distance, elle peut offrir les six mois d'abonnement gratuit à cette option à la personne de son choix ;

Considérant que France Télécom a soumis, le 5 août 1998, la décision n° 98123 E, relative à l'option tarifaire Primaliste Longue Distance, à l'homologation du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du secrétaire d'Etat à l'industrie en se fondant sur les dispositions de l'article 17 de son cahier des charges, approuvé par le décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996 ; que cette décision tarifaire a fait l'objet d'un avis défavorable de l'Autorité de régulation des télécommunications, le 16 septembre 1998 ; qu'elle a été homologuée tacitement, le 16 octobre 1998 ;

Considérant que, par lettre du 19 novembre 1998, France Télécom a annoncé la mise en place de cette promotion tarifaire aux autres opérateurs de téléphonie mobile et leur a proposé la possibilité d'offrir à leurs propres clients six mois d'abonnement gratuit à l'option tarifaire Primaliste Longue Distance ; que les clients de SFR et de Bouygues Télécom intéressés par cette offre auraient été invités à adresser une demande à une plate-forme gérée par un

prestataire externe, qui l'aurait transmise aux agences France Télécom ; que le coût de cette plate-forme aurait été partagé entre France Télécom Mobiles, SFR et Bouygues Télécom ; que les six mois d'abonnement gratuit à Primaliste Longue Distance auraient été facturés à SFR et à Bouygues Télécom pour ce qui concerne leurs abonnés respectifs ;

Considérant que SFR a décliné cette offre, au motif qu'il n'était pas dans son intérêt de participer à une opération dont l'effet serait de fidéliser les abonnés de France Télécom et qu'il n'avait pas été associé aux phases préparatoires du projet ; que Bouygues Télécom a également refusé en soutenant que l'opération commerciale comportait de sérieux risques de restriction de la concurrence ;

Considérant que les parties saisissantes font valoir que l'opération commerciale décrite ci-dessus constitue une tentative d'ériger une barrière à l'entrée sur le marché de la téléphonie fixe longue distance afin de restreindre le jeu de la concurrence sur ce marché sur lequel il a été mis fin au monopole de France Télécom depuis le 1^{er} janvier 1998 ; qu'elles rapprochent cette pratique des nombreux obstacles que France Télécom aurait opposés à ses nouveaux concurrents, notamment en multipliant les options tarifaires ; qu'elles font, de plus, valoir qu'il est impossible à un concurrent sur le marché de la téléphonie mobile d'offrir une offre similaire, compte tenu, d'une part, de l'importance de la part de marché de France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe, et, d'autre part, de la convergence d'intérêts qui existe naturellement entre France Télécom et France Télécom Mobiles, qui appartiennent à la même entité juridique ; qu'elles prétendent que, sur le marché de la téléphonie mobile, le jeu de la concurrence est déjà faussé par la commercialisation par France Télécom Mobiles d'une grande partie des abonnements à Itinériss par l'intermédiaire des agences de France Télécom, situation qui s'analyserait selon elles comme l'exploitation par France Télécom de sa position dominante sur le marché de la téléphonie fixe dans le but de capter une part importante du marché de la téléphonie mobile ;

Considérant que l'offre en cause concerne, d'une part, les services de téléphonie mobile avec les abonnements Ola ou Loft d'Itinériss et, d'autre part, les services de téléphonie fixe longue distance avec l'option tarifaire « Primaliste Longue Distance » ; que le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion, dans ses avis n° 97-A-19 du 24 septembre 1997 et n° 98-A-19 du 25 novembre 1998, de distinguer ces deux marchés, en considérant que « *même s'il est envisageable à terme qu'une plus grande diffusion de la téléphonie mobile conduise à un système unique de télécommunications englobant différents marchés aujourd'hui distincts, il n'est pas possible, dans la situation actuelle, de considérer qu'il existe un seul et unique marché. En effet, même si le marché de la téléphonie mobile a connu au cours de l'année écoulée une croissance importante (...) la plupart des utilisateurs n'ont pas pour pratique de résilier leur abonnement au réseau de téléphonie fixe au profit d'un abonnement pour la téléphonie mobile. De plus, la différence de prix sensible qui subsiste entre un abonnement et des communications sur réseau fixe et sur réseau mobile est un élément qui contribue à distinguer deux marchés* » ;

Considérant que la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 portant réglementation des télécommunications a mis fin au monopole de France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe en ouvrant ce marché à la concurrence à compter du 1^{er} janvier 1998 ; qu'à la date du 1^{er} février 1999, 54 opérateurs avaient obtenu une licence délivrée en application des articles L. 33-1 ou L. 34-1 du code des postes et télécommunications permettant d'établir et d'exploiter des réseaux de téléphonie fixe (art. L. 33-1) et de fournir des services de téléphonie fixe (art. L. 34-1) ; que cependant, compte tenu des difficultés d'accès à la boucle locale, France Télécom demeure de fait en situation de quasi-monopole sur les communications locales ; que l'effort de pénétration du marché par les nouveaux opérateurs s'est donc porté sur les communications dites « longue distance », par opposition aux communications locales, mais qu'un abonné au téléphone ayant choisi un nouvel opérateur

pour l'acheminement de ses communications longue distance doit rester abonné à France Télécom pour l'acheminement de ses communications locales ; qu'au terme d'un an d'ouverture du marché, la pénétration de celui-ci par les nouveaux opérateurs reste faible, France Télécom ayant estimé, en décembre 1998, sa part de marché à 94,9 % pour la téléphonie fixe longue distance ;

Considérant que le marché de la téléphonie mobile représentait 11 210 100 abonnés au 30 décembre 1998 ; qu'à cette date, trois opérateurs se partageaient ce marché : France Télécom Mobiles avec 49,5 % du marché, SFR avec 37,9 % et Bouygues Télécom avec 12,5 % ; que l'importance des parts de marché détenues par France Télécom, d'une part, et par SFR, d'autre part, rend difficile pour l'un d'eux, du fait de sa seule position sur ce marché, de s'abstraire de la concurrence de l'autre ; que ce marché, en forte croissance, est animé par une vive concurrence qui se traduit par de brusques variations, dans un sens ou dans l'autre, des parts de marché détenues par les trois opérateurs de téléphonie mobile ; qu'à ce stade de la procédure il n'est pas établi que France Télécom occupe une position dominante sur le marché de la téléphonie mobile ;

Considérant que dans son avis n° 99-145 l'ART souligne que l'une des évolutions actuelles sur le marché des télécommunications est caractérisée par l'apparition de nouvelles offres dites de convergence fixe-mobile, qui associent de plus en plus étroitement les services fixes et mobiles proposés par les opérateurs, comme, par exemple, la possibilité pour l'abonné de recevoir une facture unique pour ses communications fixes et mobiles ou l'offre d'un numéro unique en remplacement de ses deux numéros fixe et mobile ou encore l'attribution d'une messagerie vocale unique ;

Considérant qu'il n'est pas établi que l'offre promotionnelle associant six mois d'abonnement gratuit à l'option tarifaire Primaliste Longue Distance à toute nouvelle souscription d'un abonnement aux forfaits Ola et Loft puisse s'analyser comme un service combinant l'utilisation du téléphone fixe et du téléphone mobile ou soit justifiée par des considérations techniques ; qu'il ne peut être exclu en conséquence qu'il s'agisse d'une offre tarifaire purement commerciale, qui lierait artificiellement deux services offerts sur deux marchés voisins mais distincts ;

Considérant que, antérieurement au lancement de cette opération commerciale, France Télécom proposait déjà aux abonnés de ses services de téléphonie fixe une option tarifaire dénommée « Primaliste » qui permettait, pour un supplément de 15 F TTC par mois, de bénéficier d'une réduction de 20 % sur le coût des appels vers les six numéros les plus utilisés et qui était valable pour les communications locales, de voisinage, nationales et internationales ; qu'en excluant les communications locales de la nouvelle option tarifaire Primaliste Longue Distance offerte gratuitement pendant six mois pour toute souscription d'un abonnement à un forfait Loft ou Ola d'Itinériss, il n'est pas exclu que France Télécom ait limité cette promotion tarifaire à ce qui serait nécessaire pour concurrencer les offres comparables des nouveaux opérateurs de téléphonie fixe ;

Considérant que la part de marché de France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe longue distance est telle qu'il est probable qu'un nouvel abonné à un forfait Ola ou Loft d'Itinériss soit déjà abonné aux services de téléphonie fixe longue distance de France Télécom ; que, dans ces conditions, l'offre tarifaire dénoncée par les parties saisissantes apparaît d'autant plus attractive que ce nouvel abonné n'a pas à changer d'opérateur pour en bénéficier ; que cette offre tarifaire permettrait donc à France Télécom de s'appuyer sur sa position sur le marché de la téléphonie fixe pour promouvoir ses ventes de forfaits mobile Ola et Loft ;

Considérant que France Télécom soutient dans ses observations que l'offre commerciale concernée constitue une réponse particulièrement mesurée à une offre similaire offerte pendant une grande partie de l'année 1998 par Cégétel aux abonnés SFR ; qu'elle produit des

dépliants montrant que SFR proposait à tous ses abonnés quatre mois d'abonnement gratuit au « 7 » de Cégétel et quatre heures de communication gratuites en France métropolitaine ; qu'elle fait également état du lancement, fin 1998, d'une seconde offre de Cégétel, proposant aux nouveaux abonnés SFR des tarifs spéciaux sur des forfaits de communications sur le « 7 » ; qu'elle prétend que la saisine de l'AFOPT et de l'AOST doit être analysée comme une action pilotée par Cégétel et visant à lui interdire d'exploiter les possibilités offertes par la convergence fixe-mobile ;

Mais considérant qu'il résulte d'une jurisprudence constante (CJCE, affaire c 18/88, 13 décembre 1991 et Akzo, 3 juillet 1991 ; cour d'appel de Paris, Labinal/Mors, 1^{re} chambre, section concurrence, 19 mai 1993 ; Conseil de la concurrence, France Télécom et ODA, décision n° 96-D-10 du 20 février 1996 et Lilly France, décision n° 96-D-12 du 5 mars 1996) que si une entreprise disposant d'une position dominante et confrontée à l'arrivée d'un concurrent est en droit de défendre ou de développer sa part de marché, encore doit-elle demeurer dans les limites d'un comportement compétitif normal et d'une concurrence légitime ; que le fait pour l'entreprise disposant d'une telle position de tenter de limiter l'accès du marché sur lequel elle est en position dominante, ou d'un autre marché, en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites revêt un caractère abusif ;

Considérant, par suite, qu'il n'est pas exclu, en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, que la proposition de France Télécom consistant à offrir six mois d'abonnement gratuit à l'option tarifaire Primaliste Longue Distance à tout souscripteur d'un forfait Ola ou Loft d'Itinériss puisse constituer une remise de couplage et être contraire aux dispositions de l'article 8 de l'ordonnance de 1986, ainsi qu'à celles de l'article 86 du traité de Rome, dès lors qu'un abus de position dominante de l'opérateur historique sur le marché de la téléphonie fixe et sur le marché de la téléphonie mobile pourrait être de nature à affecter le commerce entre Etats membres compte tenu de la concurrence potentielle d'opérateurs originaires d'autres pays de la Communauté ;

Sur la demande de mesures conservatoires :

Considérant que les parties saisissantes ont, sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, présenté une demande de mesures conservatoires tendant à ce que « le Conseil prononce la suspension de l'offre de France Télécom jusqu'à ce qu'il ait statué sur le fond » ; que l'urgence est, selon elles, commandée par le fait que l'offre incriminée est lancée depuis le 15 janvier et qu'il convient de faire cesser le dommage grave et immédiat que constitueraient les milliers d'abonnements aux forfaits Ola et Loft qui seraient souscrits chaque jour dans les conditions abusives qu'elles dénoncent ; que ce nouvel obstacle à l'émergence d'offres alternatives à celle de France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe serait imposé aux nouveaux opérateurs à un moment particulièrement délicat puisque, un an après l'ouverture du marché, les entreprises concernées sont redevables envers leurs investisseurs d'un premier bilan de leurs tentatives de pénétration du marché ; qu'elles soutiennent encore que, sur le marché de la téléphonie mobile, une atteinte grave et immédiate serait portée aux concurrents de France Télécom compte tenu du caractère stratégique que revêtirait l'acquisition d'un nouvel abonné, captif pour au moins douze mois et qui resterait généralement fidèle à l'opérateur ainsi choisi ; qu'elles invoquent la situation déjà difficile de Bouygues Télécom, qui a terminé l'exercice 1997 avec une perte de plus de 1,2 milliard de francs et a annoncé 2 milliards de francs de pertes pour 1998 ; qu'elles dénoncent enfin l'avantage concurrentiel important que conférerait à France Télécom, dans la perspective d'une convergence téléphone fixe/téléphone mobile, le fichier croisé abonnés fixes/abonnés mobiles que cette opération commerciale permettra de constituer, alors que ce type de données serait impossible à collecter pour les autres opérateurs ;

Considérant qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 des

mesures conservatoires « *ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur concerné, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* » ;

Considérant en premier lieu que l'offre concernée a été lancée le 15 janvier 1999 et doit prendre fin le 30 avril 1999 et qu'il s'agit donc d'une opération limitée dans le temps ; que le lancement de cette opération n'a été accompagné d'aucune campagne de publicité dans les médias ; que France Télécom assure que le bénéfice de l'option n'est acquis qu'aux acquéreurs de mobiles qui renvoient le coupon correspondant ; que les premiers résultats présentés au Conseil par France Télécom font apparaître que seuls 4,4 % des nouveaux abonnés à Loft et Ola ont, au 15 février 1999, renvoyé le coupon indiquant leur numéro de téléphone fixe dans le but de bénéficier de l'offre Primaliste Longue Distance ; que, si, les délais de retour du coupon expirant le 15 mai 1999, la proportion de bénéficiaires est susceptible d'être plus élevée, le premier résultat constaté montre que l'attractivité de l'offre est restée très en deçà des estimations avancées par les auteurs de la saisine ;

Considérant en second lieu que, si, selon les documents produits en séance, la part relative des ventes de mobiles de France Télécom a enregistré une progression d'un peu plus de deux points entre janvier et février 1999 après une baisse de plus de sept points entre avril et décembre 1998, ce constat est limité à un mois et l'évolution n'est pas d'une ampleur telle qu'elle puisse être considérée comme le signe certain d'un retournement durable ; qu'en tout état de cause l'impact de l'offre promotionnelle sur les ventes de forfaits de téléphones mobiles ne peut être isolé, en l'absence d'autres éléments d'analyse, des autres facteurs explicatifs de l'évolution des ventes de mobiles ;

Considérant enfin que les résultats négatifs dont fait état Bouygues Télécom pour 1997 et 1998 concernent des exercices antérieurs au lancement de l'offre promotionnelle qui fait l'objet de la saisine et ne peuvent être imputés à cette offre ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les éléments produits au dossier ne démontrent pas une atteinte grave et immédiate au secteur intéressé ni aux entreprises concurrentes de France Télécom sur les marchés du téléphone fixe et du téléphone mobile ;

Considérant, au surplus, que les représentants de France Télécom se sont engagés en séance à ne pas prolonger ou renouveler l'offre promotionnelle en cause et à ne pas amplifier la publicité qui est actuellement faite ;

Considérant, par suite, que la demande de mesures conservatoires présentée par l'AFOPT et par l'AOST doit être rejetée,

Décide :

Article unique

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 235 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Mouy, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 97

**Décision n° 99-MC-05 du Conseil de la concurrence en date du 23 juin 1999
relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Planète Câble
NOR : ECOC9910274S**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu les lettres enregistrées les 30 novembre et 10 décembre 1998 sous le numéro F 1102 par lesquelles la société Planète Câble a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société France Télécom Câble dans le secteur de la diffusion de programmes audiovisuels qu'elle estime anticoncurrentielles ;

Vu la lettre enregistrée le 5 mai 1999 sous le numéro M 238 par laquelle la société Planète Câble a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu la décision du Conseil de la concurrence n° 99-MC-02 du 27 janvier 1999 ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société France Télécom Câble, par la société Planète Câble et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu l'avis adopté le 15 juin 1999 par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, à la demande du Conseil, en application de l'article 16 du décret n° 86-1309 susvisé ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Planète Câble et de la société France Télécom Câble entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que la société France Télécom Câble et ses filiales régionales ont résilié les contrats de diffusion de la chaîne Planète, conclus avec la société Planète Câble, sur les réseaux de Bayonne-Anglet-Biarritz, Toulon, Angers, Tours, les Yvelines, Rennes, l'Essonne, la Côte d'Opale et l'Est, avec effet au 31 mars 1999 pour la plupart d'entre eux ; que, depuis le 6 octobre 1998, la chaîne Planète n'est plus diffusée en mode analogique sur le réseau Bayonne-Anglet-Biarritz et a été remplacée sans délai dans les services de base analogiques de France Télécom Câble par la chaîne Odyssée ; que, saisi de ces pratiques par la société Planète Câble, le Conseil de la concurrence a, dans une décision n° 99-MC-02 du 27 janvier 1999, d'une part, décidé qu'il ne pouvait être exclu, *« à ce stade de la procédure, que le remplacement de la chaîne Planète par la chaîne Odyssée et la dénonciation simultanée des contrats de diffusion de Planète soient constitutifs de pratiques prohibées par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 »* et, d'autre part, rejeté la demande de mesures conservatoires présentée accessoirement à la saisine au fond, aux motifs que *« la diffusion de la chaîne n'était (...) interrompue que sur le réseau Bayonne-Anglet-Biarritz, qui ne représente que 0,4 % des abonnés de la chaîne ; que sur les autres réseaux (...), la diffusion ne (serait) interrompue qu'en cas d'échec des négociations commerciales entre les parties (...) ; que les atteintes à l'économie, au secteur, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise résultant des pratiques dénoncées ne revêt(aient) donc pas un caractère de gravité et d'immédiateté de nature à justifier l'adoption de mesures d'urgence »* ;

Considérant que, selon les dispositions de l'article 12 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986, *« la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article 12 de l'ordonnance ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée »* ;

Considérant qu'alléguant un préjudice nouveau depuis la saisine initiale, consistant dans l'arrêt de la diffusion de la chaîne Planète sur les réseaux d'Angers, Rennes, Tours et Dunkerque, la société Planète Câble présente une nouvelle demande de mesures conservatoires et demande au Conseil d'ordonner, à compter de la décision à intervenir et dans l'attente d'une décision au fond, la reprise de la diffusion de la chaîne Planète sur les réseaux câblés de Bayonne-Anglet-Biarritz, Angers, Rennes, Tours et Dunkerque en mode analogique, dans les programmes de base des filiales de France Télécom Câble et aux

conditions de redevance proposées par la société Planète Câble dans sa dernière offre, à savoir 4,70 F HT par abonné recevant la chaîne Planète en mode analogique et 0 F par abonné recevant la chaîne en mode numérique ; qu'elle demande, en outre, au Conseil, concernant les autres réseaux, de faire injonction à la société France Télécom Câble et à ses filiales de continuer, dans l'attente d'une décision au fond, la diffusion de la chaîne Planète aux conditions de redevance proposées par la société Planète Câble dans sa dernière offre, à savoir 4,70 F HT par abonné recevant la chaîne Planète en mode analogique et 0 F par abonné recevant la chaîne en mode numérique ;

Considérant que cette seconde demande de mesures conservatoires est présentée accessoirement à la saisine initiale n° F 1102 ; qu'elle trouve son origine dans les conséquences des pratiques dénoncées dans cette saisine initiale ; qu'ainsi, cette demande réunit les conditions de recevabilité exigées par l'article 12 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 susvisé ;

Considérant qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, des mesures conservatoires « ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante » ; que les mesures susceptibles d'être prises à ce titre « doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence » ;

Considérant que, selon la partie saisissante, l'atteinte aux intérêts de la société Planète Câble serait d'une particulière gravité, puisque l'arrêt de la diffusion de la chaîne sur les réseaux de Bayonne-Anglet-Biarritz, Angers, Rennes, Tours et Dunkerque se traduit par la perte de 52 970 abonnés, soit 18 % des abonnés de la chaîne dans les réseaux de France Télécom Câble, représentant une baisse du chiffre d'affaires de la société de 3 millions de francs ; que l'arrêt total de la diffusion de la chaîne sur les autres réseaux exploités par la société France Télécom Câble se traduirait, au niveau national, par la perte de 303 735 abonnés, occasionnant une perte de 18 millions de francs de redevances ; qu'en outre, la baisse du taux de la redevance que la société France Télécom Câble entend imposer à la société Planète Câble serait d'une ampleur telle qu'elle constituerait une modification substantielle des conditions d'exploitation de cette entreprise et pourrait mettre son existence en péril ; qu'enfin, le caractère d'immédiateté du préjudice encouru résulterait du vide juridique dans lequel la chaîne est placée, à la suite de la résiliation des contrats de diffusion de la chaîne dans les réseaux de Bayonne-Anglet-Biarritz, de Toulon, d'Angers, de Tours, des Yvelines, de Rennes, de l'Essonne, de la Côte d'Opale et de l'Est ; que la rapidité avec laquelle en quelques mois, depuis la saisine du Conseil au fond, la société France Télécom Câble a évincé la chaîne Planète de quatre réseaux supplémentaires laisserait, selon la partie saisissante, présager l'extension de cette procédure à tous les réseaux ; qu'au surplus, la société Planète Câble se trouverait dans l'obligation soit d'accepter la proposition de France Télécom Câble d'une redevance de 3 F par mois et par abonné, soit de renoncer à diffuser ses programmes en mode analogique sur les réseaux de cette société ; qu'ainsi, seule l'application de mesures conservatoires pourrait empêcher la société France Télécom Câble de poursuivre le remplacement progressif de la chaîne Planète par la chaîne Odyssée ; qu'au surplus, ce remplacement mettrait la société Planète Câble, compte tenu de ses pertes, dans l'impossibilité de continuer sa politique de financement de production de programmes nouveaux ; que c'est ainsi l'économie du secteur de la production de documentaires qui serait atteinte ;

Considérant que la société France Télécom Câble expose, pour sa part, que l'arrêt de diffusion de la chaîne sur les réseaux de Bayonne-Anglet-Biarritz, Tours, Rennes, Dunkerque et Nantes ne représente, pour la société Planète Câble, qu'un manque à gagner insuffisant pour caractériser une situation de danger grave et immédiat ; que le préjudice imminent allégué par la société Planète Câble, à savoir son éviction prochaine de tous les réseaux

exploités par France Télécom Câble ou l'imposition par France Télécom Câble d'une redevance mensuelle de 3 F par abonné, ne serait qu'hypothétique ; qu'enfin les mesures sollicitées par la société Planète Câble ne sont pas au nombre de celles prévues par l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'ainsi que le souligne le Conseil supérieur de l'audiovisuel dans son avis du 15 juin 1999, le chiffre d'affaires de la société Planète Câble a progressé en 1998 de 31 %, passant de 117,8 millions de francs en 1997 à 154,89 millions de francs ; que, pendant la même période, le nombre de ses abonnés est passé de 2,260 millions à 2,693 millions, soit une augmentation de 19,15 %, la réception directe par satellite connaissant une progression importante de plus de 44,89 % par rapport à 1997 ; qu'aucun élément n'est produit qui démontrerait que le résultat négatif enregistré par la société au titre de l'année 1998, de 1,118 million de francs contre un bénéfice évalué à 4,451 millions de francs en 1997, serait imputable au comportement de la société France Télécom Câble ; que l'interruption de la diffusion en mode analogique de la chaîne Planète sur les réseaux de Bayonne-Anglet-Biarritz, Angers, Rennes, Tours et Dunkerque affecte 2,3 % du nombre total des abonnés de la chaîne au niveau national ; que la perte de chiffre d'affaires subie en conséquence par la société s'élèverait à 3 millions de francs ; que la constatation d'un manque à gagner ou d'une réduction du bénéfice d'une société est, en tout état de cause, insuffisante pour caractériser à elle seule une situation de danger grave et immédiat ; qu'il convient donc d'évaluer les conséquences des mesures envisagées par France Télécom Câble sur les perspectives commerciales de la société Planète Câble ainsi que sur l'économie du secteur ;

Considérant, d'abord, que si la société France Télécom Câble a annoncé, dans une lettre du 5 mars 1999, sa décision d'interrompre la diffusion de la chaîne Planète en mode analogique sur les réseaux d'Angers, Rennes, Tours et Dunkerque, elle a, dans le même courrier, annoncé son intention de maintenir la diffusion de la chaîne au-delà du 31 mars 1999 sur les réseaux de Toulon, Evry et Massy, sur le réseau de l'Est et sur le réseau de Saint-Quentin-en-Yvelines ; que les négociations tarifaires engagées entre les parties depuis mars 1999 ont abouti, en l'état du dossier, à ce que la société Planète Câble propose, par lettre du 12 mars 1999, de réduire l'assiette de la redevance aux seuls abonnés recevant effectivement la chaîne Planète, de percevoir une redevance de 4,70 F par mois et par abonné pour les abonnés en mode analogique, d'assurer la gratuité totale pour les abonnés, en mode numérique, d'appliquer ces mesures rétroactivement sur l'année 1998 et, enfin, d'étendre ces dispositions à la société Canal Jimmy, filiale, comme Planète Câble, de la société Multithématiques ; que ces propositions seraient applicables sur l'ensemble des sites exploités par France Télécom Câble pour une durée de deux ou trois ans à compter du 1^{er} janvier 1999 ; que, dans une lettre du 29 mars 1999, le câblo-opérateur propose, pour les réseaux où Planète continuera d'être diffusée, la réduction de la redevance mensuelle à un prix moyen de 3 F par abonné sur l'ensemble du parc analogique et numérique ; que, dans le même courrier, il demande que la réflexion soit étendue aux chaînes Canal Jimmy et Télé Monte-Carlo ; que, par lettre du 6 avril 1999, il expose qu'il est prêt à consentir « un nouvel effort dans le but de permettre la poursuite des négociations » et que la redevance ne devrait pas dépasser la somme de 4 F par abonné percevant la chaîne en mode analogique, soit un prix moyen d'environ 3 F par abonné si l'on prend en compte l'application rétroactive de la révision tarifaire sur l'année 1998 ainsi que les abonnés en mode numérique ; qu'ainsi, à la date de la présente saisine, les négociations entre les parties se poursuivaient ;

Considérant, ensuite, que le représentant de la société Lyonnaise Câble, gestionnaire de réseaux câblés qui assure notamment la diffusion des émissions de la chaîne Planète, entendu par le Conseil en application de l'article 25, alinéa 2, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, a déclaré en séance que les contrats de diffusion que sa société avait passés avec Planète Câble ne venaient à échéance qu'en 2003 ; qu'ainsi le risque, pour la société Planète Câble, d'une

révision immédiate des tarifs que lui consentent les autres câblo-opérateurs, à la suite d'une acceptation par elle des conditions de France Télécom Câble, n'est pas avéré ; que les atteintes à l'intérêt de l'entreprise résultant des pratiques dénoncées ne revêtent pas dans ces conditions un caractère de gravité et d'immédiateté ;

Considérant, enfin, que l'apparition sur le câble de nouvelles chaînes, même si elles ont des liens financiers avec des câblo-opérateurs, est, en elle-même, de nature à favoriser la concurrence ; que les risques allégués d'atteinte au secteur de la production des documentaires ne sont qu'hypothétiques et ne sont pas appuyés d'éléments probants ; qu'ainsi le comportement de France Télécom ne constitue pas une atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur ; qu'il n'est pas davantage démontré que les consommateurs aient été ou seraient gravement lésés par le remplacement, sur certains réseaux, de la chaîne Planète Câble par la chaîne Odyssée ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la demande de mesures conservatoires présentée par la société Planète Câble ne peut qu'être rejetée,

Décide :

Article unique

La demande de mesures conservatoires enregistrées sous le numéro M 238 est rejetée.
Délibéré, sur le rapport de Mme Luc, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 98

Décision n° 99-MC-06 du Conseil de la concurrence en date du 23 juin 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Grolier Interactive Europe/Online Groupe

NOR : ECOC9910290S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 26 mai 1999 sous les numéros F 1143 et M 239, par laquelle la société Grolier Interactive Europe/Online Groupe a saisi le Conseil de la concurrence de certaines pratiques de la société France Télécom qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par les sociétés France Télécom et Grolier Interactive Europe/Online Groupe ;

Vu l'avis n° 99-493 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications le 11 juin 1999, à la demande du Conseil, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés France Télécom et France Télécom Interactive et Grolier Interactive Europe/Online Groupe entendus ;

Les représentants de l'Association des fournisseurs d'accès (AFA) entendus conformément à l'article 25 de l'ordonnance précitée ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Sur la procédure :

Considérant que le Conseil de la concurrence a informé l'Association des fournisseurs d'accès (AFA) qu'elle souhaitait l'entendre en application de l'article 25 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que cette association a désigné à cet effet deux représentants ; que France Télécom conteste la présence parmi eux d'une personne employée par l'une des entreprises fournisseurs d'accès à Internet concurrente de la filiale de France Télécom qui pratique cette activité ;

Mais considérant qu'il appartient à l'AFA de désigner celui ou ceux de ses représentants qu'elle estimait qualifiés pour répondre aux questions du Conseil ; que, dès lors qu'il n'a été contesté ni que la personne en cause était employée par une société adhérente de l'association ni qu'elle était désignée mandatée pour représenter cette dernière, le moyen doit être écarté ;

Sur la saisine au fond :

Considérant que la société Grolier Interactive Europe/Online Groupe (Grolier Interactive), fournisseur d'accès à Internet, a saisi le Conseil de la concurrence par lettre du 26 mai 1999 des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom et ses filiales, les sociétés France Télécom Interactive et Transpac, dans le cadre de l'expérimentation de la technologie de l'ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line) ; qu'elle soutient que les conditions de la mise en œuvre de cette nouvelle technologie, en privilégiant le service d'accès Internet Wanadoo, service mis en œuvre par France Télécom Interactive, seraient contraires aux dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et, qu'en « *retardant considérablement l'accès aux informations et tests relatifs aux technologies xDSL* », France Télécom aurait violé les dispositions de l'article 8 de cette ordonnance ;

Considérant que la technologie ADSL, technique d'accès à Internet à « *bande passante large* », est obtenue par numérisation des lignes téléphoniques de cuivre, au moyen de « *filtres électroniques* » ; que cette technique permet d'offrir un accès à haut débit, multimédia, tout en laissant disponible la ligne téléphonique ainsi traitée pour recevoir et donner des appels ; qu'elle permet, en outre, d'offrir à l'abonné une connexion permanente et illimitée en durée ; que l'utilisateur du service Internet par ADSL doit recourir à deux types de prestations, d'une part, une connexion par ADSL et, d'autre part, un accès à Internet selon la technique ADSL ;

Considérant que l'adoption de cette technique par les fournisseurs d'accès à Internet (FAI), qui souhaitent offrir ce service, leur impose de modifier leurs équipements et les procédures de connexion à leurs serveurs en créant notamment des contenus valorisant les transmissions à haut débit, de renégocier leurs conventions avec les transporteurs de données nationaux (Transpac) et internationaux, d'adapter leur offre commerciale et de tester toutes les configurations des abonnés en vue de prévenir les difficultés techniques ;

Considérant que la société France Télécom a débuté en 1998 les tests techniques et l'expérimentation de la technologie d'ADSL sur quatre sites (Noisy-le-Grand, Rennes, Le Mans et Nice) ; que ces expérimentations, qui n'ont pas une configuration multiopérateurs Internet (ISP), ont des architectures techniques différentes, la dernière étant la plus proche de celle qui sera commercialisée ; que ces expérimentations, qui se termineront respectivement le 15 septembre et le 31 décembre 1999, portent au total sur 1 190 abonnés, à la fois résidentiels et professionnels ;

Considérant que France Télécom a soumis à l'homologation ministérielle, conformément aux dispositions de l'article 17 de son cahier des charges, approuvé par le décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996, la décision tarifaire n° 99-077 E relative à la création des services Netissimo, qui constitue son offre commerciale de connexion rapide à Internet au moyen de la technologie ADSL ; que cette décision tarifaire est en cours d'instruction pour avis par

l'Autorité de régulation des télécommunications avant l'homologation ministérielle ;

Considérant que la décision tarifaire n° 99-077 E ouvre le service Netissimo de connexion rapide à Internet sur la zone géographique constituée des six premiers arrondissements de Paris et de trois communes du département des Hauts-de-Seine (Issy-les-Moulineaux, Neuilly-sur-Seine et Vanves) ; que France Télécom envisage de déployer le service, au cours de l'année 1999, sur les vingt arrondissements de Paris, sur Lyon, Lille et Strasbourg, ainsi que sur neuf communes au moins du département des Hauts-de-Seine et sur trois communes au moins du département de la Seine-Saint-Denis ; qu'à terme, le service devrait être disponible fin 2001 dans 250 villes en France ;

Considérant que cette offre comporte, « *sous réserve de faisabilité technique* », deux catégories de propositions : Netissimo 1, destiné plus particulièrement à la clientèle des résidentiels et des petits professionnels, et Netissimo 2, destiné aux professionnels et aux entreprises ; que l'offre Netissimo 1 est ouverte à tout abonné raccordé à la plaque concernée ; qu'elle permet à l'abonné d'accéder au service pour un prix de 775 F, comprenant l'installation du filtre et du modem (qui est par ailleurs loué ou vendu), la fourniture d'un kit Netissimo et la vérification du bon fonctionnement de la connexion ADSL ; qu'elle propose, pour un abonnement mensuel de 265 F, une connexion permanente et illimitée en durée à 500 kbits/s en voie descendante et 128 kbits/s en voie remontante ; que l'offre Netissimo 2 permet, pour un prix d'accès au service de 1 193,94 F et un prix mensuel d'abonnement de 844,20 F une connexion permanente et illimitée en durée à 1 Mbits/s en voie descendante et 256 kbits/s en voie remontante ; que France Télécom propose parallèlement aux opérateurs de réseaux et aux fournisseurs de services le service « *Turbo-IP* », qui assure la collecte locale du trafic Netissimo issu d'une plaque ADSL, plaque qui définit la zone d'accès au service jusqu'au site d'un fournisseur de service IP situé à l'intérieur de la plaque ; qu'à cet effet, quatre plaques géographiques ont été constituées dans un premier temps, trois pour les arrondissements parisiens et une pour le département des Hauts-de-Seine ;

Considérant qu'il résulte des statistiques tenues par l'Association française des fournisseurs d'accès (AFA), dont les membres représentent, selon elle, plus de 80 % de la fourniture d'accès à Internet, que le nombre d'abonnés à Internet est de 1,5 million en avril 1999 (nombre multiplié par dix depuis 1996) et que le nombre d'heures de connexion est de 12,9 millions par mois (nombre multiplié par vingt et un depuis 1996) ; que l'ART estime, dans l'avis qu'elle a rendu à la demande du Conseil le 11 juin 1999, que le montant annuel de la recette d'accès à Internet (hors offre d'accès sans abonnement) est de l'ordre de 1,6 milliard de francs pour les communications, montant multiplié par 4,5 depuis 1997, et de 1,3 milliard de francs pour les abonnements aux fournisseurs d'accès à Internet (FAI), montant multiplié par 3,8 depuis 1997 ; que la durée moyenne de connexion des « *internauts* » a plus que doublé de 1996 à 1999 et que 4 % à 6 % d'entre eux, qui représentent entre 18 % à 25 % en volume et en valeur de l'accès à Internet, se connectent au service plus de 20 heures par mois ; que 75 % des abonnés à Internet se trouvent dans des communes de plus de 100 000 habitants, 40 % en région parisienne et 36 % dans l'agglomération parisienne ; que les accès à haut débit pourraient représenter entre 5 à 7 % des abonnés en l'an 2000 et entre 15 et 30 % en 2003 et engendreraient respectivement 500 à 900 millions de francs et 3 à 6 milliards de francs de chiffre d'affaires ;

Considérant que l'offre d'accès d'un abonné à Internet s'appuie sur des prestations techniques distinctes, l'acheminement de la communication sur le réseau local auquel est raccordé l'utilisateur final, l'acheminement de cette communication jusqu'au serveur du fournisseur de service Internet sur un réseau national de transport de données et, enfin, l'accès au service Internet par le fournisseur de service qui assure la gestion de l'abonné ; que, pour l'acheminement de la communication de l'abonné sur la boucle locale, la liaison est effectuée principalement par le réseau public, mais aussi, dans certains cas, par quelques réseaux

locaux, principalement les réseaux câblés (qui permettent des accès à haut débit) et quelques boucles locales alternatives sur une partie limitée du territoire ; qu'il existe plus de 200 FAI, dont moins de dix disposent d'une clientèle répartie sur l'ensemble du territoire national ; que les six principaux FAI nationaux destinés au grand public sont Wanadoo (France Télécom Interactive) (44,2 %), AOL-Compuserve (24 %), Club Internet de la société Grolier Interactive (18,2 %), Infonie (9,7 %), World-on-Line (1,7 %) et Lyonnaise Câble (1 %) ;

Considérant qu'en l'espèce, France Télécom a procédé, à partir du 15 février 1998, à des expérimentations dans une configuration technique comportant un seul FAI, en utilisant les services de sa filiale FTI pour l'accès à Internet ; que France Télécom a commercialisé à titre expérimental sur quatre sites un service d'accès à Internet à haut débit en associant sa filiale FTI à ces expérimentations destinées à 1 400 abonnés potentiels ; que ces offres expérimentales se composent pour l'utilisateur final, d'une part, d'un service dénommé *Netissimo* de fourniture par France Télécom d'une ligne ADSL, de transport de données et d'accès à Internet et, d'autre part, de la fourniture par la société FTI du service Internet *Wanadoo* ;

Considérant que la société Grolier Interactive soutient, d'une part, que, compte tenu de l'importance de la nouvelle technologie ADSL pour les acteurs du secteur, France Télécom a sciemment privilégié un FAI, France Télécom Interactive, en ne procédant pas à un appel à candidature pour sélectionner plusieurs FAI, afin de leur permettre de participer aux tests et ce dès 1997 ; qu'elle soutient, d'autre part, que France Télécom a adopté une attitude dilatoire à son encontre au cours des années 1998 et 1999 ; qu'elle fait valoir, enfin, que France Télécom lui a porté préjudice en proposant aux utilisateurs d'Internet retenus pour l'expérimentation une offre forfaitaire unique englobant la prestation d'accès à Internet et la fourniture d'une prestation de télécommunications ; qu'elle fait valoir, enfin, que France Télécom a fait bénéficier Wanadoo, service d'accès à Internet de France Télécom Interactive, de conditions publicitaires exclusives en lui permettant d'associer sa marque à l'ADSL et en l'autorisant à commercialiser cette offre dans les agences de France Télécom ;

Considérant, en premier lieu, que le groupe France Télécom intervient à plusieurs stades de la fourniture d'accès à Internet ; qu'au niveau de la boucle locale, dans son avis n° 99-493 du 11 juin 1999, l'ART a estimé que « *France Télécom détient, avec son réseau téléphonique, un quasi-monopole de l'accès aux clients finals* » ; que France Télécom est le principal fournisseur des opérateurs en transport de données et des FAI par ses lignes louées et que sa filiale Transpac assure la connexion de la plupart des FAI disposant d'un numéro non géographique, accessibles par les clients au tarif d'une communication locale, dont Grolier Interactive ; qu'en ce qui concerne l'accès à Internet, le rapport annuel de France Télécom pour 1998 précise que « *la croissance de Wanadoo était l'une des priorités de l'entreprise pour 1998 (...) Wanadoo est devenu le leader français des fournisseurs d'accès (...) Pour favoriser son essor et celui d'Internet, France Télécom développe de nouvelles offres d'accès sur différents types de réseaux* » ;

Considérant, en second lieu, que si la décision tarifaire n° 99-077 E du 21 avril 1999 ne vise qu'une prestation de connexion à Internet, les offres expérimentales de France Télécom, qui se composent d'un service de connexion de technique ADSL Internet et de la fourniture de l'accès à Internet, lient explicitement les deux types de prestations ;

Considérant que la société France Télécom fait valoir que les expérimentations portaient exclusivement sur le service de connexion ADSL à ses abonnés de la boucle locale analogique et sur un service de raccordement ADSL aux FAI, permettant à ces derniers d'accéder au trafic des abonnés ADSL de la boucle locale ; qu'ainsi, ces expérimentations n'auraient « *aucunement pour objet de permettre au FAI associé techniquement à l'expérimentation (...) de tester auprès des abonnés testeurs son offre d'accès Internet par ADSL* » ; qu'elle soutient que l'offre soumise à l'homologation le 21 avril 1999, dont

l'architecture technique est différente de celle des expérimentations, ne pourra « être lancée commercialement par France Télécom qu'à l'issue de la procédure d'homologation dont France Télécom ne maîtrise pas le calendrier » ; qu'en tout état de cause, l'offre de France Télécom Interactive ne pouvait pas être lancée à la date fixée le 30 juin 1999 car l'offre de services ADSL ne sera opérationnelle au plan technique qu'après la « recette » des équipements ADSL, opération qui doit être achevée le 15 juillet prochain, et que la société Grolier Interactive a eu connaissance de ces informations ; qu'enfin les deux prestations complémentaires, l'une de connexion ADSL par France Télécom et l'autre d'accès à Internet par France Télécom Interactive, seront commercialisées séparément ;

Mais considérant, en premier lieu, que l'expérimentation « Internet rapide par ADSL » sur cinq communes dépendant de la direction régionale de France Télécom de Bagnolet, qui a fait l'objet de la décision tarifaire n° 97-218 E du 10 février 1998 mentionne que le prix d'abonnement par mois « comprend l'accès avec un nombre d'heures illimité à Internet, l'accès au service de base de FTI et l'allocation d'une adresse IP dynamique » ; que cette décision transmise au ministre intéressé pour information a donné lieu à une réponse de sa part le 16 février 1998 par laquelle il indiquait, qu'en cas de généralisation, « la nouvelle offre devra permettre aux clients de la technologie ADSL de choisir leur fournisseur d'accès à Internet » ; qu'il n'est pas exclu que l'expérimentation sur quatre sites pendant plus d'un an de cette technique nouvelle ait pu permettre à FTI d'acquérir des informations techniques et commerciales dont ne disposent pas ses concurrents ;

Considérant, en second lieu, que si les deux prestations de connexion ADSL, d'une part, et d'accès à Internet, d'autre part, seront commercialisées séparément, les agences de France Télécom, également chargées par ailleurs de commercialiser les services de téléphonie classique, pourront offrir simultanément ces deux prestations ; qu'en outre, la prestation de connexion ADSL n'est offerte que « sous réserve de faisabilité technique » sur les zones de couverture ; que la prestation Netissimo, même si France Télécom envisage de commercialiser le service dans le cadre de ventes indirectes, nécessite donc l'intervention chez l'utilisateur d'un technicien de France Télécom pour l'installation d'un filtre et d'un modem ADSL ; que, par ailleurs, la fourniture de la connexion ADSL au client final doit nécessairement se combiner avec la connexion à un FAI pour laquelle France Télécom propose un service Turbo IP qui comporte, selon l'ART, des prestations liées d'accès aux lignes ADSL, de transport de données et certains services d'Internet ; qu'ainsi, il n'est pas exclu que la position dominante dont bénéficie France Télécom sur l'accès à la boucle locale lui permette de favoriser le choix, par le consommateur désireux de recourir à la technique ADSL, du service d'accès à Internet Wanadoo proposé par sa filiale FTI ;

Considérant qu'il résulte de ces éléments qu'en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, il ne peut être exclu que la mise en œuvre de l'offre tarifaire dénoncée à la suite de l'expérimentation réalisée par France Télécom avec le concours de sa filiale France Télécom Interactive soit de nature à fausser le jeu de la concurrence entre France Télécom Interactive et les autres FAI et constitue une pratique prohibée par les dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur les demandes de mesures conservatoires :

Considérant que la société Grolier Interactive fait valoir qu'à la date du lancement commercial de l'ADSL par France Télécom, France Télécom Interactive sera en mesure d'offrir le système ADSL à travers l'offre « Wanadoo Netissimo », devenue « Wanadoo ADSL », tandis qu'à compter de cette même date, la société Grolier Interactive ou les autres concurrents éventuellement intéressés pourront seulement commencer des tests sur le système ADSL ; que les FAI concurrents de FTI ne pourront donc, pendant un certain temps, offrir à leurs abonnés que l'accès classique d'acheminement de la communication de l'abonné, système 40 à 70 fois moins performant que le système ADSL ; qu'il résulterait de cette

« *stratégie d'éviction* » que les utilisateurs finaux n'auront pas d'autre alternative que de résilier leur abonnement et de souscrire un abonnement *Wanadoo ADSL* pour bénéficier de la nouvelle technologie ; qu'enfin, la société Grolier Interactive ne sera en mesure de débiter ses propres tests qu'au minimum quatre mois après avoir eu accès aux tests expérimentaux fournis par France Télécom, alors qu'une enquête conduite par FTI auprès d'abonnés sélectionnés pour l'expérimentation de Noisy a montré que 72 % d'entre eux ont résilié leur ancien abonnement à Internet, bien qu'il ne s'agisse que d'un service temporaire ;

Considérant que la société Grolier Interactive demande en conséquence au Conseil d'enjoindre à France Télécom, sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance :

- en premier lieu, de mettre immédiatement à sa disposition la totalité des éléments techniques, résultats de tests, informations qui ont été fournies ou obtenues par la société France Télécom Interactive aux cours des expérimentations portant sur l'ADSL et qui sont nécessaires à la mise en place par Grolier Interactive d'une offre d'accès rapide à Internet par ADSL ;

- en deuxième lieu, d'organiser une expérimentation transparente et non discriminatoire de l'ADSL à tout FAI en faisant la demande, en suspendant pour une période de six mois toute commercialisation conjointe de *Netissimo* et *Wanadoo*, en transmettant immédiatement les informations techniques nécessaires à la mise en place de l'ADSL et en définissant en commun un protocole de test, tout en ouvrant une période de tests pour tous les FAI par ville équipée en ADSL ;

- en troisième lieu, de suspendre la mise sur le marché de toute offre équivalente utilisant une technologie de type xDSL pour une durée d'au moins six mois ;

- en quatrième lieu, de prolonger éventuellement cette durée si Grolier Interactive établit qu'elle n'a pas obtenu de France Télécom les informations qui lui sont nécessaires ou n'a pu, en dépit de ses efforts, mettre à niveau ses équipements ;

- en cinquième lieu, pour toute expérimentation technologique portant sur une nouvelle technologie ou affectant les marchés de la fourniture d'accès, de faire un appel à candidature dans des conditions de concurrence loyale auprès de tous les FAI intéressés ;

- en sixième lieu, de suspendre toute offre ou démarche de commercialisation conjointe de services associant une offre xDSL avec une offre de fourniture d'accès Internet, cette injonction devant également être adressée à FTI ;

- en septième lieu, d'accepter la commercialisation en agences des offres de fourniture d'accès de Grolier Interactive dans des conditions non discriminatoires et loyales, notamment en diffusant par écrit à toutes les agences de France Télécom une circulaire leur imposant de respecter une stricte impartialité dans la présentation des produits concurrents et en supprimant tout mécanisme d'incitation financière du personnel commercial de France Télécom qui favoriserait la vente des offres de France Télécom Interactive ;

Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 12 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, « *la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article 12 de l'ordonnance ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée* » ;

Considérant que la société Grolier Interactive a saisi le Conseil de « *pratiques mises en œuvre par France Télécom et sa filiale France Télécom Interactive dans le cadre de l'expérimentation de l'ADSL* » ; que, par suite, les demandes tendant, d'une part, à « *ordonner la suspension de la mise sur le marché de tout offre équivalente utilisant une technologie de type xDSL à destination des particuliers* » et, d'autre part, à « *ordonner à France Télécom pour toute expérimentation technologique portant sur une nouvelle technologie ou affectant les marchés de la fourniture d'accès, de faire un appel à candidature dans des conditions de concurrence loyale auprès de tous les fournisseurs d'accès Internet intéressés* » ne se

rapportent pas à la saisine au fond adressée au Conseil par Grolier Interactive et ne sont pas recevables ;

Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, des mesures conservatoires « *ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* » ; que les mesures susceptibles d'être prises à ce titre « *doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* » ; que la mise en œuvre de ce texte suppose la constatation de faits constitutifs de troubles illicites auxquels il conviendrait de mettre fin sans tarder ou susceptibles de causer un préjudice imminent et certain au secteur concerné, aux entreprises victimes des pratiques ou encore aux consommateurs, préjudice qu'il faudrait alors prévenir, dans l'attente d'une décision au fond ;

Considérant que France Télécom indique, dans ses écritures, que « *son offre de services IP/ADSL ne sera opérationnelle au plan technique, qu'après la recette des équipements ADSL effectuée, c'est-à-dire en principe le 15 juillet prochain* » ; qu'elle mentionne également qu'elle « *communiquera à Grolier Interactive, comme à tous les FAI qui pourraient en faire la demande, une fois les équipements ADSL recettés, c'est-à-dire en principe le 15 juillet prochain, la totalité des spécifications techniques définitives de son offre de services IP/ADSL* » ; qu'elle ajoute enfin que « *les informations complètes et détaillées sur l'offre de services IP/ADSL de France Télécom déjà fournies à Grolier Interactive ou qui lui seront communiquées dès la recette des équipements ADSL effectuée constituent les informations nécessaires et suffisantes à la mise en place de son offre d'accès Internet par ADSL* » ; que, ce faisant, France Télécom ne conteste pas que Grolier Interactive ne disposera de toutes les informations techniques concernant son offre de services qu'à la date du 15 juillet 1999 ;

Considérant qu'il est admis par France Télécom qu'une fois en possession des informations techniques concernant son offre IP/ADSL, les FAI devront, avant de lancer leur offre commerciale, procéder à des tests ; que cette société ajoute d'ailleurs que, dès lors que son offre de services IP/ADSL n'était pas encore qualifiée, « *et, a fortiori, recettée* », il n'était pas possible « *de procéder utilement aux tests des FAI* » ; que, si elle conteste l'échéancier suggéré par la société Grolier Interactive pour les étapes préparatoires au lancement de son offre commerciale et indique, sans être utilement contredite, que « *le délai de six mois invoqué repose sur un échelonnement dans le temps d'étapes qui pourraient être menées parallèlement* », elle suggère à l'annexe 5 de ses écritures qu'entre le moment de la présentation des informations techniques par Transpac, leur analyse par Grolier Interactive et l'ouverture commerciale du service par cette dernière, un délai de quinze semaines est nécessaire ;

Considérant, enfin, que France Télécom soutient que « *France Télécom Interactive n'envisage de lancer son service d'accès Internet par ADSL qu'en septembre prochain au plus tôt* » ; qu'en séance, France Télécom a admis que le service serait effectivement commercialisé dans le courant du mois de septembre ; qu'elle fait par ailleurs remarquer que l'offre de France Télécom Interactive, « *comme celle de tout FAI, devra, avant de pouvoir être commercialisée, être testée techniquement sur les équipements de l'architecture ADSL commandés par France Télécom une fois ces équipements recettés* » ;

Mais considérant que si, comme le soutient France Télécom, France Télécom Interactive se trouvait dans la même situation que les autres FAI, dont Grolier Interactive, il résulterait des propres calculs de France Télécom que l'offre d'accès à Internet par ADSL ne pourrait être lancée commercialement avant la dernière semaine du mois d'octobre, date correspondant à la combinaison d'une date de « *recette* » des équipements par France Télécom fixée au 15 juillet 1999 et du délai de quinze semaines nécessaire pour effectuer les tests une fois la totalité des spécifications techniques connues par les FAI ; que, dans ces conditions,

l'annonce d'un lancement de l'offre d'accès à Internet par ADSL de France Télécom Interactive dès septembre 1999 pourrait impliquer que cette filiale de France Télécom a eu la possibilité de préparer cette offre dans des conditions discriminatoires par rapport à celles qui sont faites à ses concurrents et lui donnerait alors la possibilité de prendre une avance décisive sur ceux-ci ;

Considérant, par ailleurs, que France Télécom soutient que, dans la mesure où son offre de services IP/ADSL « *ne sera disponible (sous réserve de sa validation) que dans quelques arrondissements parisiens* », « *l'offre d'accès Internet par ADSL de France Télécom Interactive, dans l'hypothèse où elle serait commercialisée quelques semaines avant celle de Grolier Interactive ne concernerait donc potentiellement qu'un nombre très limité d'Internautes sur le marché de l'Internet, d'ailleurs d'autant plus limité en l'espèce qu'un service d'accès à haut débit est déjà disponible à Paris par le câble et que ce service est commercialisé à prix particulièrement attractif (offre de Cybercâble à partir de 199 F par mois pour une durée de connexion illimitée)* » ;

Mais considérant que l'ART indique dans son avis rendu à la demande du Conseil le 11 juin 1999 que « *le développement commercial des services d'accès à Internet par le câble reste aujourd'hui embryonnaire* », le nombre d'abonnés à un tel service étant de 22 000 au 1^{er} mars 1999, dont environ 4 000 sur les réseaux exploités commercialement par France Télécom Câble, même si elle constate une forte progression du nombre d'abonnés à Internet par le câble ; qu'elle estime que l'on peut attendre de l'introduction d'offres ADSL trois effets sur la demande, un effet de substitution, notamment des très grands consommateurs et de ceux qui exigent une excellente qualité de service, un effet d'image, dans un secteur où l'innovation technologique est un facteur de différenciation important et, enfin, un effet de croissance globale du secteur encore difficile à évaluer ;

Considérant qu'il suit de là que les pratiques dénoncées, qui consistent à octroyer à France Télécom Interactive un avantage lui permettant de prendre une avance décisive sur ses concurrents dans la proposition d'une offre d'accès à Internet par ADSL, revêtent un caractère de gravité et d'immédiateté de nature à porter atteinte au secteur intéressé qui justifie le prononcé de mesures d'urgence propres à faire disparaître le trouble grave qu'elles provoquent : que, si France Télécom soutient que ces pratiques ne seraient qu'éventuelles dès lors que la mise en œuvre de son offre de services est subordonnée à l'instruction menée par l'ART et à la décision d'homologation ministérielle, les enjeux en cause, ainsi que l'importance décisive dans le secteur concerné des délais dans lesquels une innovation est mise sur le marché, justifient le prononcé d'une mesure conservatoire dès lors qu'il n'a pas été contesté par France Télécom elle-même que l'offre d'accès à Internet par ADSL proposée par France Télécom Interactive devait faire l'objet d'un lancement dès septembre 1999 ;

Considérant que, si le projet de France Télécom consiste à introduire sur le marché une offre innovante constituant un progrès pour le consommateur, les risques que le jeu de la concurrence soit durablement faussé sur le marché des services d'accès à Internet justifient une mesure de suspension de l'offre de France Télécom Interactive jusqu'à la date à laquelle, selon les dires de France Télécom elle-même, les autres FAI seront en mesure de proposer une offre d'accès à leur service Internet par la technique ADSL, soit pendant un délai qui, compte tenu des intentions exprimées par FT et FTI, ne retardera la commercialisation réelle du service que de six à huit semaines au plus ; que, par suite, il y a lieu d'enjoindre à la société France Télécom Interactive de suspendre la commercialisation de toute offre d'accès rapide à Internet par la technique ADSL pendant une période de quinze semaines suivant la « *recette* » des équipements, c'est-à-dire en principe le 15 juillet 1999, date à laquelle la société France Télécom s'est engagée à communiquer à tous les FAI qui lui en feraient la demande les informations qui leur sont nécessaires pour mettre en place leur offre d'accès à Internet par ADSL ; que cette suspension sera interrompue si un FAI autre que la société

France Télécom Interactive commercialise une offre d'accès à Internet par ADSL avant l'expiration de ce délai : qu'il n'y pas lieu, en revanche, de prévoir à ce stade de la procédure une prolongation de la durée de cette suspension au cas où France Télécom n'aurait pas transmis toutes les informations nécessaires ;

En ce qui concerne les autres demandes de la société Grolier Interactive :

Considérant, d'une part, que la société France Télécom s'est engagée à communiquer à Grolier Interactive, comme à tous les FAI qui pourraient en faire la demande, une fois les équipements ADSL « *recettés* », c'est-à-dire en principe le 15 juillet 1999, la totalité des spécifications techniques définitives de son offre de services IP/ADSL ; qu'un certain nombre d'informations sur les conditions techniques de cette offre a déjà été transmis à Grolier Interactive dans le cadre de réunions tenues les 31 mars, 25 mai et 7 juin 1999 ; qu'il résulte également des observations produites par la société France Télécom que celle-ci mettra à la disposition des FAI des accès ADSL pour expérimentation et qu'une période de test est prévue ; que, par suite, les demandes de Grolier Interactive tendant, d'une part, à la mise à disposition immédiate « *de la totalité des éléments techniques, résultats de tests, informations qui ont déjà été fournies à France Télécom Interactive, ou obtenus au cours des expérimentations avec cette dernière* » et, d'autre part, à la transmission immédiate « *des informations techniques nécessaires à la mise en place de l'ADSL* », ainsi qu'à l'ouverture « *d'une période de tests pour tous les fournisseurs d'accès Internet par ville équipée en ADSL* » sont sans objet ;

Considérant, d'autre part, que France Télécom a précisé que l'offre de France Télécom Interactive « *Wanadoo ADSL* » sera commercialisée séparément du service Netissimo proposé par France Télécom et pourra être proposée ailleurs que dans le réseau des agences de France Télécom ; que, par suite, la demande de la société Grolier Interactive tendant à enjoindre à France Télécom et à France Télécom Interactive de suspendre toute offre ou démarche de commercialisation conjointe de services associant une offre xDSL avec une offre de fourniture d'accès Internet est également sans objet : qu'enfin, la demande de la société Grolier Interactive tendant à ordonner à France Télécom d'accepter la commercialisation en agences des offres de fourniture d'accès de Grolier Interactive dans des conditions non discriminatoires et loyales n'est pas recevable dès lors qu'elle n'est pas strictement limitée à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence,

Décide :

Article unique

Il est enjoint à la société France Télécom Interactive de suspendre la commercialisation de toute offre d'accès rapide à Internet par la technique ADSL pendant une période de quinze semaines suivant la « *recette* » des équipements, date à partir de laquelle la société France Télécom s'est engagée à communiquer à tous les FAI qui lui en feraient la demande les informations qui leur sont nécessaires à la mise en place de leur offre d'accès à Internet par ADSL. Cette suspension sera interrompue si un FAI autre que la société France Télécom Interactive commercialise une offre d'accès à Internet par ADSL avant l'expiration de ce délai.

Délibéré, sur le rapport de M. Bernard Lavergne, par Mme Hagelsteen, présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 99

Décision n° 99-MC-07 du Conseil de la concurrence en date du 13 octobre 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Scan Coupon concernant des pratiques mises en œuvre sur le marché du traitement des bons de réduction

NOR : *ECOC9910337S*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 27 juillet 1999 sous les numéros F 1160 et M 243 par laquelle la société Scan Coupon a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques, qu'elle estime anticoncurrentielles, mises en œuvre par les sociétés Financière Sogec Marketing et Sogec Gestion sur le marché du traitement des bons de réduction et demande le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société Scan Coupon, la société Financière Sogec Marketing, la société Sogec Gestion et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Scan Coupon, de la société Financière Sogec Marketing, de la société Sogec Gestion entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Sur la saisine au fond :

Considérant que la société Scan Coupon expose qu'elle a développé depuis sa création en 1996 une activité de traitement automatisé des coupons publicitaires de réduction et que cette activité consiste à traiter les coupons de réduction qui sont émis par des fabricants de produits de marques de grande consommation et qui sont mis à la disposition des consommateurs soit par incorporation à l'emballage du produit, soit par distribution sur les lieux de vente ou dans les boîtes aux lettres ; que, pour ce traitement, la société Scan Coupon a mis au point un logiciel valable pour l'ensemble des opérations de la chaîne de traitement des coupons, lequel s'appuie sur la norme EAN 13 qui a été définie par l'Association internationale pour la numérotation des articles, logiciel qui permet un contrôle immédiat de la validité des bons de réduction lors du passage en caisse, un transfert par voie télématique au centre de traitement des données en fin de journée, le remboursement du magasin par virement bancaire dans un délai de 72 heures et la mise à disposition de l'annonceur de statistiques dans un délai de 24 heures ; qu'elle ajoute que le développement de ses activités est contrarié par le comportement du groupe Sogec qui a mis en place un système qu'il a sécurisé tant en amont vis-à-vis des annonceurs qu'en aval vis-à-vis des distributeurs et qui lui assure une exclusivité quasi absolue de la gestion des coupons de réduction émis sur le marché national ; qu'elle demande, en conséquence, au Conseil de sanctionner les infractions aux dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et 81 et 82 du traité des Communautés européennes commises par les sociétés du groupe Sogec, à savoir la société Financière Sogec Marketing et la société Sogec Gestion, sa filiale ; qu'elle demande, en outre, au Conseil de prendre des mesures conservatoires sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance précitée ;

Considérant, en premier lieu, que dans un avis du 5 avril 1979 concernant le secteur du traitement des coupons publicitaires de réduction, la Commission de la concurrence a indiqué que : « *le traitement des coupons publicitaires de réduction comprend l'ensemble des opérations de tri, d'envoi aux fabricants et de contrôle qui incombent aux détaillants ou aux*

grossistes ainsi que celles de réception, de comptage, de remboursement et de contrôle qui incombent aux fabricants émetteurs de coupons » et a considéré qu'il existait un marché du traitement des coupons publicitaires de réduction ; qu'en l'état de l'instruction, il n'apparaît pas, malgré certaines évolutions technologiques, que cette définition du marché pertinent doive être remise en cause ;

Considérant, en deuxième lieu, que la société Sogec Gestion a indiqué que 1 173 fabricants et enseignes adhèrent à sa banque de coupons et qu'elle traite annuellement environ 251 millions de bons de réduction ; que ces chiffres représenteraient l'essentiel des bons à traiter à l'exception des bons émis directement par certaines enseignes de distribution pour leurs propres marques ; qu'ainsi, la société Sogec Gestion, du fait notamment de son antériorité, détiendrait un quasi-monopole du traitement des coupons publicitaires de réduction, ce qui n'est d'ailleurs pas sérieusement contesté ; que, dans ces conditions, il ne peut être exclu à ce stade de l'instruction que la société Sogec Gestion occupe une position dominante sur le marché précédemment défini ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il résulte d'une jurisprudence constante (CJCE, affaire C 18/88 13 décembre 1991 Régie des télégraphes et téléphones et C 62/86 Akzo, 3 juillet 1991 ; cour d'appel de Paris, Labinal/Mors ; Conseil de la concurrence, France Télécom et ODA, décision n° 96-D-10 du 20 février 1996, et Lilly France, décision n° 96-D-12 du 5 mars 1996) que si une entreprise, disposant d'une position dominante et confrontée à l'arrivée d'un concurrent, est en droit de défendre et de développer sa part de marché, elle n'en doit pas moins demeurer dans les limites d'un comportement compétitif normal ; que le fait, pour cette entreprise, de tenter de limiter l'accès du marché sur lequel elle est en position dominante, ou d'un autre marché, en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites, revêt un caractère abusif ;

Considérant, en quatrième lieu, que le contrat type d'adhésion à la banque de coupons Sogec Gestion précise en son article 1^{er} que l'annonceur « ... *confie en exclusivité, pour la durée de ce contrat, à la Banque de Coupons Sogec Gestion la gestion de l'ensemble des coupons de réduction émis...* » ; que seule une minorité d'annonceurs aurait passé avec la société Sogec Gestion des contrats ne comportant pas cette clause d'exclusivité ; qu'en outre, malgré plusieurs demandes expresses formulées en 1998 et 1999 par des annonceurs, la société Sogec Gestion a toujours refusé de supprimer l'exclusivité contenue dans la clause précitée, empêchant ainsi les annonceurs liés par ce contrat de faire appel en parallèle à un autre prestataire de services, y compris pour des opérations ponctuelles ; que le maintien d'une clause d'exclusivité aussi rigoureuse n'apparaît nécessaire au bon fonctionnement des opérations de traitement des coupons publicitaires de réduction ni d'un point de vue technique, ni d'un point de vue commercial, ainsi qu'en attestent les demandes d'avenants présentées par plusieurs fabricants ; qu'en outre, si la durée du contrat type proposé par la société Sogec Gestion n'est que d'une année, il est prévu un renouvellement par tacite reconduction ; que, dans les faits, les contrats conclus ont été régulièrement reconduits ; que, faute d'une offre concurrente suffisamment développée, un fournisseur qui refuserait le renouvellement de son contrat aurait sans doute des difficultés à trouver une alternative pour le traitement de l'ensemble de ses coupons ; qu'enfin, la circonstance que ce contrat serait conforme aux termes de l'article 1984 du code civil ne saurait suffire à empêcher une qualification au regard de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et, éventuellement, de l'article 7 du même texte ;

Considérant, en cinquième lieu, qu'à l'occasion d'opérations ponctuelles destinées à tester le logiciel développé par la société Scan Coupon dans trois magasins à l'enseigne Casino, la société Sogec Gestion, malgré les consignes des annonceurs associés à cette opération, s'est refusée à envoyer à la société Scan Coupon les coupons que celle-ci devait traiter, alors même que Scan Coupon lui offrait le service équivalent, et s'est contentée de les

réexpédier aux distributeurs, ce qui a eu pour effet de désorganiser le traitement incombant à la société Scan Coupon ; qu'en outre, ainsi qu'il résulte d'un courrier du mois de février 1999 émanant de la société Sogec Gestion, cette société a cherché à dissuader les distributeurs de procéder à une opération de tri préalable des coupons ; que ces comportements, dont il n'est pas démontré au vu des seuls courriers produits qu'ils aient été dictés par les distributeurs, ont pu constituer un obstacle à la bonne exécution de son contrat par la société Scan Coupon ;

Considérant, en sixième lieu, que la société Sogec Gestion, qui s'apprête à diffuser un nouveau logiciel de traitement des coupons publicitaires de réduction, propose, à cette occasion, aux distributeurs d'effectuer gratuitement sur leurs installations les aménagements informatiques nécessaires et d'utiliser gratuitement ce logiciel, ainsi qu'il ressort du document publicitaire intitulé « *Lecture automatique des coupons de réduction par vos scanners TPV* » ; que cette offre comporte de ce fait un avantage financier non négligeable ;

Considérant, enfin, que les circonstances, à les supposer établies, que la société Scan Coupon ait mis en œuvre des procédés commerciaux déloyaux du même type que ceux condamnés par la cour d'appel de Versailles le 16 octobre 1998, ait embauché deux anciens cadres de la société Sogec Gestion au mépris de clauses de non-concurrence et ait cherché à racheter cette société en vue de constituer un opérateur en situation de monopole sont sans incidence sur la qualification des pratiques dénoncées dans la présente saisine ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'au stade actuel de la procédure et sous réserve de l'instruction de l'affaire au fond, il ne peut être exclu que l'ensemble des pratiques analysées ci-dessus, dès lors notamment qu'elles émanent d'un opérateur, la société Sogec Gestion, susceptible de détenir d'une position dominante sur le marché du traitement des coupons de réduction, soient constitutives d'un abus de cette position au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'en outre, il ne peut être exclu que les contrats d'adhésion avec clause d'exclusivité conclus par la société Sogec Gestion avec ses clients puissent constituer des ententes prohibées au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que la société Financière Sogec Marketing, société mère de la société Sogec Gestion, demande sa mise hors de cause ; que, toutefois, ni les pièces figurant au dossier, ni les débats en séance n'ont permis d'établir de façon certaine que cette société ne serait pas également impliquée dans les pratiques dénoncées et qu'en particulier elle ne serait plus titulaire d'aucun contrat de traitement de coupons de réduction depuis la création de la société Sogec Gestion ; qu'à ce stade de la procédure, il ne peut donc être fait droit à la demande de la société Financière Sogec Marketing ;

Sur la demande de mesures conservatoires :

Considérant qu'accessoirement à sa saisine au fond, la société Scan Coupon demande au Conseil de la concurrence, par application de l'article 12 de l'ordonnance susvisée :

« – d'enjoindre à Sogec de suspendre l'application de la clause d'exclusivité insérée dans les contrats d'adhésion, de ne plus à l'avenir proposer de contrats revêtus d'une telle clause et de ne plus subordonner la fourniture de ses services à un engagement d'exclusivité ;

« – d'enjoindre à Sogec d'informer par courrier l'ensemble de ses adhérents et des distributeurs de la suspension de l'exclusivité en joignant en annexe une copie de la décision du Conseil ;

« – d'enjoindre à Sogec de cesser d'intervenir auprès des annonceurs et des distributeurs pour entraver l'activité de Scan Coupon et de renvoyer ou de mettre à disposition de Scan Coupon tous les bons gérés par cette dernière ».

Considérant qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, des mesures conservatoires « ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur concerné, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la

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

Considérant que la société Scan Coupon fait valoir « *qu'elle subit actuellement des pertes de cinq à six millions de francs par an* » ; qu'il ressort des bilans produits que les déficits ont été, en réalité, de 574 373 F pour l'exercice clos en 1996, de 1 038 842 F pour l'exercice clos en 1997 et de 4 629 661 F pour l'exercice clos en 1998 ; qu'en outre, la société disposait encore au 31 décembre 1998 de capitaux propres à hauteur de 6 288 632 F ; que, si la société fait état d'un déficit prévisionnel de 8,2 millions de francs au titre de l'année 1999, ce chiffre n'est corroboré par aucune donnée précise alors même que la société envisage de réaliser un chiffre d'affaires de 3,6 millions de francs, c'est-à-dire en forte hausse par rapport à 1998 ; qu'il n'a pas été démontré que les pertes subies seraient entièrement imputables aux pratiques invoquées ; qu'ainsi, la société Scan Coupon n'établit pas l'atteinte grave à ses intérêts ;

Mais considérant qu'ainsi qu'il a été indiqué précédemment, la société Sogec Gestion dispose depuis plusieurs années d'une situation de quasi-monopole sur le marché du traitement des coupons publicitaires de réduction ; que cette société a conclu avec la presque totalité des fabricants intéressés par le couponnage des contrats d'exclusivité valant pour l'ensemble de leurs produits ; que la société Sogec Gestion a informé les annonceurs souhaitant mettre fin à la clause d'exclusivité qu'elle s'opposait à cette demande, ne leur laissant ainsi d'autre solution qu'une rupture totale des relations contractuelles ; que le maintien de la clause d'exclusivité dans les contrats, liant les fabricants à Sogec, fait obstacle à l'ouverture du marché à de nouveaux entrants ; que les effets de cette clause s'ajoutent à ceux de la clause de tacite reconduction qui constitue une forte incitation pour les clients de Sogec à poursuivre l'intégralité de leurs relations contractuelles avec elle ;

Considérant qu'actuellement seuls quelques fabricants et des distributeurs, pour le traitement des coupons de leurs propres marques ou encore pour faire réaliser les opérations de tri leur incombant, commencent à recourir à d'autres prestataires de services tels Scan Coupon ou NCH ; que, dans l'hypothèse où Scan Coupon ne parviendrait pas à se maintenir sur le marché, cet échec pourrait être de nature à décourager, compte tenu du caractère notoire, attesté notamment par des articles de presse, de la très forte position détenue par la Sogec, tant les concurrents potentiels d'entrer sur le marché que les utilisateurs de recourir à des concurrents ;

Considérant, en outre, que la société Sogec Gestion s'apprête à diffuser gratuitement auprès des distributeurs un nouveau logiciel destiné à faciliter le passage en caisse de bons de réduction au moment même où Scan Coupon, afin d'entrer sur le marché du traitement des coupons de réduction, tente de commercialiser son propre produit permettant, ainsi qu'il a été dit précédemment, un contrôle instantané des bons lors du passage en caisse, un remboursement accéléré du distributeur et une fourniture rapide de données statistiques aux annonceurs ;

Considérant que, dans ces conditions, la persistance des pratiques de la société Sogec Gestion est de nature à porter une atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur intéressé ;

Considérant qu'au vu de ce qui précède, il y a lieu, dans l'attente de la décision du Conseil sur la saisine au fond, d'enjoindre à la société Sogec Gestion, société du groupe Sogec intervenant directement sur le marché du traitement des coupons publicitaires de réduction ainsi qu'à la société Financière Sogec Marketing, dans l'hypothèse où elle demeurerait titulaire de certains contrats :

- de suspendre immédiatement l'application de la clause d'exclusivité insérée à l'article I des contrats d'adhésion à leurs banques de coupons ;
- de ne plus proposer de contrats comportant une telle clause ;

– d’informer, par courrier et dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision, tous les clients relevant de leur activité de traitement de coupons de réduction de la suspension de l’application de la clause d’exclusivité et de l’injonction qui leur a été délivrée de ne plus proposer des contrats comportant une telle clause, en joignant en annexe une copie de la décision du Conseil ;

Considérant qu’en revanche, il n’apparaît pas nécessaire de faire droit à la demande de Scan Coupon tendant à enjoindre à la société Sogec Gestion et à la société Financière Sogec Marketing de cesser d’intervenir auprès des annonceurs et des distributeurs pour entraver l’activité de Scan Coupon et de renvoyer ou de mettre à disposition de Scan Coupon tous les bons gérés par cette dernière,

Décide :

Article unique

Il est enjoint à la société Sogec Gestion et à la société Financière Sogec Marketing, dans l’attente d’une décision au fond :

- de suspendre immédiatement l’application de la clause d’exclusivité insérée à l’article I des contrats d’adhésion à leurs banques de coupons ;
- de ne plus proposer de contrats comportant une telle clause ;
- d’informer, par courrier, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision, tous les clients relevant de leur activité de traitement de bons de réduction de la suspension de l’application de la clause d’exclusivité et de l’injonction qui leur a été délivrée de ne plus proposer de contrats comportant une telle clause, en joignant en annexe une copie de la décision du Conseil.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Bresse, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 100

Décision n° 99-MC-08 du Conseil de la concurrence en date du 7 décembre 1999 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par l’organisation professionnelle Ténor

NOR : ECOC0000067S

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 29 octobre 1999 sous les numéros F 1178 et M 245, par laquelle l’association professionnelle Ténor a saisi le Conseil de la concurrence de certaines pratiques de la société France Télécom qu’elle estime anticoncurrentielles et a sollicité en outre le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l’ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par l’association professionnelle Ténor, la société France Télécom et le commissaire du Gouvernement ;

Vu l’avis n° 99-1010 adopté par l’Autorité de régulation des télécommunications le 19 novembre 1999, à la demande du Conseil, sur le fondement des dispositions de l’article

L. 36-10 du code des postes et télécommunications ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de l'association professionnelle Ténor et de la société France Télécom entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Considérant que l'organisation professionnelle Ténor, association régie par la loi de 1901 composée de plus de 120 membres, a pour mission « *l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels et commerciaux de ses membres* » ; qu'elle comporte en son sein une Commission cartes téléphoniques de dix-huit membres ; que l'association a saisi le 29 octobre 1999 le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société France Télécom qui tenterait d'évincer ses concurrents sur le « *marché français des services de téléphonie fixe prépayés* », sur lequel elle serait en position dominante avec une part de marché de plus de 90 % ; que ces pratiques résulteraient des tarifs pratiqués par France Télécom pour ses télécartes, qui, par comparaison avec les coûts supportés par les concurrents offrant des services de carte à code, révéleraient des effets de ciseau tarifaire ; qu'en effet, les cartes à code supportent notamment, à compter du 1^{er} novembre 1999 et au titre des coûts d'interconnexion, une majoration de 25 centimes par minute destinée à rémunérer l'usage des publiphones ; que cette majoration ne s'applique pas aux télécartes ;

Considérant que les cartes téléphoniques sont matérialisées sous la forme d'un support physique figurant une carte personnelle dont le format est en général celui défini par la norme internationale ISO/CEI 7810 : 1995, intitulée « *carte d'identification-caractéristiques physiques* » ; que ces cartes, qui répondent à un besoin de mobilité des utilisateurs, permettent d'accéder à un service de téléphonie vocale à partir de tout terminal à touches, y compris ceux des cabines téléphoniques ; que, si le développement de la téléphonie mobile nuit en partie au potentiel de développement de ces cartes, elles constituent également un service qui permet de s'abstraire des contraintes de la téléphonie fixe ; que les cartes téléphoniques prépayées, qui offrent un crédit de communications préachetées, se distinguent des cartes postpayées, liées à un abonnement résidentiel ou parfois à des cartes de crédit ou de paiement, qui permettent à l'utilisateur de bénéficier de tarifs identiques à ceux obtenus depuis le poste de sa résidence ;

Considérant qu'il existe deux types de cartes téléphoniques prépayées, les cartes techniques, dites cartes à puces, et les cartes universelles non techniques, encore appelées carte à code ; que les premières, les télécartes, fonctionnent à partir des seules cabines téléphoniques, sur la base d'une technologie propriétaire de France Télécom, et intègrent un dispositif permettant à l'utilisateur de connaître le montant des unités téléphoniques restantes, alors que les secondes, qui sont utilisables à partir de tout terminal à touches, comportent, d'une part, un numéro d'accès gratuit à la plate-forme technique du fournisseur de services (de type 0800 PQMCDU ou 3BPQ) et, d'autre part, un code d'identification, d'une dizaine de chiffres au moins, que l'utilisateur doit composer pour accéder au service ; que les cartes prépayées à usage universel permettent, contrairement à la télécarte liée au réseau de publiphones, de fournir un service indépendant du réseau fixe d'accès et se sont développées à l'origine pour satisfaire trois catégories de clients : les communautés étrangères résidant en France à la recherche de tarifs préférentiels, les touristes nationaux ou étrangers pour lesquels ces cartes ont l'avantage de la simplicité d'utilisation et les foyers à revenus moyens et modestes, ainsi que les jeunes, qui n'ont pas à souscrire d'engagement préalable et peuvent ainsi maîtriser leur consommation ;

Considérant qu'en 1998, selon une étude réalisée en 1999 par la société Cesmo annexée à la saisine, 10,5 millions de cartes téléphoniques prépayées (à codes) ont été vendues en France soit une progression de 480 % par rapport à 1997 ; que cette même année 1998 France Télécom a vendu 105 millions de télécartes contre 115 millions en 1997 ; qu'il existe une

trentaine de fournisseurs de cartes prépayées et que les principaux fournisseurs de cartes universelles sont la société Intercall qui, en 1998, a distribué 4,1 millions de cartes, soit 39,2 % de l'ensemble, RSL Com (1,2 million de cartes, soit 11,5 %), Kertel (0,7 million de cartes, soit 6,7 %), Omnicom, First Telecom, Kast Telecom et Kosmos ; que France Télécom a lancé, en juillet 1998, la carte universelle « *Le Ticket de Téléphone* » ; que le chiffre d'affaires réalisé en 1998 par les cartes téléphoniques prépayées se serait élevé à 6 milliards de francs en 1998, soit 6 % du secteur de la téléphonie fixe, dont 604,12 millions de francs, pour un volume de 383,5 millions de minutes consommées, pour les cartes universelles ;

Considérant que l'offre de cartes prépayées universelles provient de trois types d'acteurs : les exploitants de réseaux ouverts au public au titre de l'article L. 33-1 du code des postes et télécommunications, qui disposent d'un réseau téléphonique longue distance détenu en propre et ont accès aux tarifs d'interconnexion de France Télécom pour la collecte et la terminaison des appels sur le réseau, les fournisseurs de service téléphonique au public au titre de l'article L. 34-1, disposant non d'un réseau propre, mais seulement d'infrastructures de commutation, qui ont également accès aux tarifs d'interconnexion de France Télécom, et les fournisseurs de services au titre de l'article L. 34-2, qui n'utilisent qu'une plate-forme (ou centre serveur) pour offrir le service, achètent des minutes de télécommunications en gros auprès d'opérateurs tiers et ne bénéficient pas des tarifs inscrits au catalogue d'interconnexion de France Télécom ;

Considérant que les cartes prépayées universelles peuvent être utilisées, exclusivement pour les télécartes, et concurremment avec les postes fixes pour les cartes à code, à partir des 170 000 publiphones de France Télécom répartis sur le territoire français et des 30 000 pointphones adaptés ; que, depuis la loi du 26 juillet 1996, la desserte du territoire en cabines téléphoniques installées sur le domaine public n'est plus réservée à France Télécom, mais est soumise à l'autorisation du ministre chargé des télécommunications au titre des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications et au respect d'un cahier des charges ; que, par ailleurs, l'article L. 33-3 précise que « *les cabines téléphoniques en dehors de la voie publique* » sont établies librement ; que la desserte du territoire en cabines téléphoniques constitue une des obligations de France Télécom en tant qu'opérateur de service universel, au titre de l'article L. 35-1 ; que le cahier des charges de France Télécom approuvé par le décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996 dispose, dans son article 5, « *Publiphonie. France Télécom met à la disposition du public des installations dénommées Publiphones, permettant sur le domaine public d'accéder sans restriction au service téléphonique. La couverture du territoire doit être suffisante pour répondre aux besoins de la population (...)* » ; que l'article R. 20-35 du code des postes et télécommunications dispose que le coût net de cette obligation, qui constitue une composante du service universel, donne lieu à compensation ;

Considérant que le catalogue d'interconnexion 1999 de France Télécom précise pour les exploitants de réseaux ouverts au public et les fournisseurs de service téléphonique au titre des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et télécommunications : « *Les services spéciaux gratuits pour l'appelant sont accessibles au départ des Publiphones de France Télécom. A compter du 1^{er} mars 1999, une majoration pour rémunérer l'usage du réseau des Publiphones sera appliquée. Son montant sera approuvé par l'Autorité de régulation des télécommunications* » ; que l'ART, dans sa décision n° 99-463 du 6 juin 1999 approuvant les modifications apportées au catalogue d'interconnexion de France Télécom pour 1999 relatives à l'application d'une majoration pour rémunérer l'usage du réseau de publiphones, déclare s'être assurée que le niveau de la majoration, de 25 centimes par minute, respectait le principe d'orientation vers les coûts ; que, en effet, cette majoration « *permet une contribution équitable de tous les opérateurs utilisant les cabines publiques de France Télécom au recouvrement des coûts induits par ces Publiphones (coût d'entretien de la ligne, du poste*

téléphonique et de l'habitable). Certains coûts ont toutefois été exclus de l'évaluation : les coûts correspondant aux fonctionnalités des postes non utilisés par les opérateurs de carte et les coûts prévisionnels 1999 de la composante "desserte du territoire en cabines publiques" du service universel » ; que l'ART a constaté, par ailleurs, que « l'application de cette augmentation à compter du 1^{er} novembre 1999 permet aux opérateurs interconnectés de connaître le montant de cette majoration plusieurs mois à l'avance et d'adapter, sur le plan commercial et technique, leurs offres en conséquence » ;

Sur la saisine du Conseil de la concurrence et sur sa compétence :

Considérant que la société France Télécom soutient que l'association Ténor n'aurait pas qualité pour saisir le Conseil de la concurrence, car sa saisine fait suite à une décision du conseil d'administration de l'organisation du 30 juin 1999 qui soumettait cette saisine à l'approbation du président de l'organisation et que l'accord « *formel et préalable* » du président de l'association n'aurait pas été obtenu ;

Mais considérant que le compte rendu du conseil d'administration du 30 juin 1999 précise : « *Surtaxe des cabines téléphoniques par France Télécom : la Commission cartes téléphoniques et son bureau demandent au conseil d'administration de décider d'autoriser la Commission à mener une action contentieuse : saisine du Conseil de la concurrence, éventuelle action auprès du Conseil d'Etat, au nom de Ténor, contre France Télécom. Les administrateurs sont d'accord à l'unanimité. Sous réserve cependant que le président de Ténor soit averti de cette décision et donne son approbation* » ; qu'il résulte d'une lettre du président de l'association adressée au président de France Télécom le 10 août 1999, annexée à la saisine, lettre demandant à ce dernier de rapporter la majoration de 0,25 francs par minute appliquée aux services spéciaux gratuits pour l'appelant accessibles au départ des Publiphones de France Télécom, qu'à défaut de cette mesure « *nous serions dans l'obligation de conclure à un refus de votre part, et de saisir les autorités compétentes* » ; que, par ailleurs, une lettre du 16 septembre 1999 du président de l'association au président de la Commission cartes téléphoniques de l'organisation, communiquée par l'association Ténor, mentionne : « *A la suite de nos discussions et de la décision de la Commission cartes de mener une action devant le Conseil de la concurrence concernant le dossier de la surtaxe "Cabines téléphoniques", je vous confirme bien volontiers mon accord pour qu'une telle action soit menée* » ; qu'ainsi, le moyen n'est pas fondé ;

Considérant que la société France Télécom fait valoir que la saisine de l'association Ténor constituerait un détournement de procédure, dans la mesure où l'organisation demande au Conseil de remettre en cause la décision n° 99-463 de l'ART du 9 juin 1999 qu'elle a envisagé, puis finalement renoncé à attaquer, alors que la situation créée par l'augmentation en cause résulte « *en fait directement de cette décision* » et que l'ART « *a précisément examiné et rejeté l'éventualité d'un quelconque effet de ciseau tarifaire à cet égard* » ;

Mais considérant, en premier lieu, que, si l'homologation d'un tarif constitue une décision de nature administrative susceptible de recours devant la juridiction administrative, elle n'a pas pour effet de conférer aux décisions prises par une personne de droit privé, dans ses relations avec ses clients dans un secteur concurrentiel, le caractère d'acte d'administratif ; qu'il est constant, en second lieu, que les pratiques en cause portent sur le comportement autonome de la société France Télécom à qui l'association Ténor reproche de ne pas s'imputer des coûts comparables dans la commercialisation de ses propres cartes prépayées à puce, les télécartes ; que, ainsi, le Conseil est compétent pour connaître des pratiques dénoncées ;

Sur les pratiques dénoncées :

Considérant que France Télécom conteste la définition du marché pertinent décrite par l'association Ténor comme « *le marché français des services de téléphonie fixe prépayés* », qui regrouperait les cartes prépayées à puce, comme la télécarte, et les cartes prépayées à code

et exclurait les services postpayés et les services de téléphonie prépayés mobiles, alors que l'étude Cesmo d'avril 1999 évoque « *le marché français des cartes prépayées universelles* » et que la société Intercall se définit comme « *le premier opérateur français sur le marché des cartes téléphoniques prépayées non techniques* », ce qui montrerait que les cartes à puce (télécartes) et les cartes à code n'appartiennent pas au même marché ; que, de plus, les télécartes ne peuvent être utilisées qu'à partir du réseau de Publiphones de France Télécom, alors que les cartes à code sont accessibles à partir des postes fixes à touches, résidentiels et cabines téléphoniques, ce que ne permettent pas les télécartes ; que la société Intercall souligne, dans son prospectus préliminaire visé par la COB pour son introduction au nouveau marché de la Bourse de Paris le 26 mars 1999, que la carte prépayée non technique permettrait d'obtenir une économie de 30 à 75 % pour l'utilisateur pour les appels de la France vers l'étranger et de 40 % pour les appels nationaux, dans la mesure où le destinataire est distant de plus de 50 kilomètres, rappelant que cette « *tarification avantageuse* » est due au fait que France Télécom « *doit intégrer dans le prix du service Télécarte des coûts liés aux cartes à puce (plus chères que les cartes non techniques) et au parc de cabines* » ; qu'il convient enfin d'inclure dans le marché pertinent les services de téléphonie mobile ;

Mais considérant que si les télécartes fonctionnent à partir des seules cabines téléphoniques de France Télécom, les cartes à code permettent d'accéder gratuitement aux services d'un opérateur téléphonique à partir de tout équipement terminal à touches, parmi lesquels ceux installés dans les cabines publiques ; que l'ensemble des services téléphoniques prépayés sont accessibles au moyen d'une carte, que cette dernière dispose d'une puce électronique ou d'un code ; que, si ces services sont principalement en concurrence pour les communications de longue distance, nationales et internationales, les cartes à code permettent néanmoins d'acheminer des communications locales ; que l'ART précise, dans l'avis qu'elle a rendu à la demande du Conseil le 19 novembre 1999, que « *le développement des cartes prépayées universelles semble exercer une pression concurrentielle non négligeable sur les Télécartes* », notamment en ce qui concerne les offres de téléphonie longue distance grand public ; qu'ainsi, pour certains usages, les cartes à code semblent au moins partiellement substituables aux cartes à puce par les utilisateurs ; qu'en revanche, les services liés à des cartes postpayées, associées à la gestion d'un compte téléphonique ou bancaire, et ceux de cartes prépayées de la téléphonie mobile, qui nécessitent la possession d'un terminal mobile et présentent des différences de prix importantes avec les services fixes, ne paraissent pas substituables aux précédents ; que, de plus, la société France Télécom est la seule à disposer d'un parc de 170 000 publiphones et de 30 000 pointphones établis sur l'ensemble du territoire français et que l'utilisation des cartes à code se ferait depuis ces équipements dans une proportion comprise entre près de 22 % et près de 50 % ; que, par ailleurs, le nombre de télécartes vendues par France Télécom s'est élevé à 105 millions en 1998, contre 10,5 millions de cartes à code distribuées par ses concurrents ; qu'ainsi, en l'état actuel de l'instruction, il n'est pas exclu que les pratiques dénoncées se déroulent sur le marché des services de téléphones fixes prépayés sur lequel France Télécom pourrait détenir une position dominante ;

Considérant que l'association Ténor produit à l'appui de sa saisine deux tableaux intitulés « *Effet de ciseau tarifaire* », l'un portant sur la « *situation avant la majoration* » et l'autre sur la « *situation après la majoration* » ; que les calculs portés sur ces tableaux sont effectués sur la base d'appels d'une durée de six minutes ; que les « *effets de ciseau tarifaire* » sont obtenus, en distinguant les communications locales et de « *longue distance* » et les périodes « *heures pleines* » et « *heures creuses* », par comparaison entre, d'une part, le prix de vente au détail de la télécarte 120, de la télécarte 50 et du ticket de téléphone de France Télécom et, d'autre part, les coûts d'un appel national pour un opérateur concurrent à partir d'une cabine téléphonique, en francs par minute ; que ces derniers coûts seraient fondés sur

les coûts d'interconnexion 1999 de France Télécom, la durée d'un appel entrant efficace étant majorée d'un coefficient de 1,5 pour inclure les secondes inefficaces consacrées à la numérotation, à l'entrée des codes, à l'attente du décroché de l'appelé et aux échecs ; qu'il est tenu compte d'une « *marge brute de l'opérateur* » de 12 % et d'une marge de distribution de 30 % ; qu'il ressort de ces tableaux qu'il existerait un effet de ciseau tarifaire dès avant la majoration pour les communications locales, ainsi que pour les communications « *longue distance* » vis-à-vis de la carte à code « *le ticket de téléphone* » de France Télécom ; qu'après la majoration, l'effet de ciseau tarifaire couvrirait l'ensemble des situations, à l'exception des communications « *longue distance* » en « *heures pleines* » par rapport à la télécarte 50 ;

Considérant que la société France Télécom fait valoir que l'ART, selon les « *tests de squeeze* » qu'elle a effectués, a exclu l'existence d'effets de ciseau tarifaire sur le trafic longue distance national et international ; que, pour environ 90 % des usages des cartes prépayées à code, la majoration de 25 centimes par minute n'a aucune incidence sur la compétitivité et l'attractivité de ces cartes ; que la pratique d'éviction dénoncée reposerait exclusivement sur un test de ciseau construit à partir des seuls coûts de la société Intercall et qu'il comporterait de graves inexactitudes ; que, d'ailleurs, le président de la société Kertel aurait admis, dans un article du *Journal du Dimanche* du 7 mars 1999, une majoration de 15 centimes ; que la carte à code « *le ticket de téléphone* » de France Télécom, qui est soumise à la même tarification que la télécarte 120, supporte également une majoration lorsqu'elle est utilisée à partir de publiphones ; enfin, que les fournisseurs de cartes à code, comme Kertel ou Intercall, « *disposent de réseaux (de distribution) particulièrement puissants et diversifiés* » ;

Mais considérant que le test fourni par l'ART, qui s'appuie sur une consultation réalisée auprès des principaux fournisseurs de cartes lors de l'instruction de son dossier « *Majoration Publiphonie* », se fonde sur des hypothèses différentes que celles de l'association Ténor ; que le test de l'ART est réalisé par rapport à la télécarte 120 de France Télécom, en distinguant les opérateurs de télécommunications au titre de l'article L. 33-1 et de l'article 34-1 du code des postes et télécommunications ; qu'il prend en compte l'offre d'un rabais de 10 % (par rapport à un rabais estimé à 8,4 % dans le test de Ténor) par rapport à cette télécarte, hypothèse jugée pénalisante à l'égard de France Télécom, pour une part de trafic réalisé à 40 % en heures pleines ; qu'elle adopte une loi de distribution des appels par rapport à une durée moyenne de trois minutes, afin de lisser les effets liés aux paliers de tarification ; que le test s'applique aux communications longue distance et internationales, pour des volumes identiques, le trafic international se décomposant en 30 % à destination du Maghreb, 20 % vers l'Allemagne et le Royaume-Uni et 10 % vers le Sénégal, la Belgique et les Etats-Unis ; que la part de trafic local dans le trafic national s'élève à 19 % ; que l'ART fonde son estimation sur des coûts de réseau différents de ceux de Ténor qui semblerait ne pas prendre en compte l'intégralité des coûts supportés par les opérateurs ; que la commission de distribution moyenne généralement fixée par les opérateurs est estimée à 20 % par l'ART, alors que Ténor propose 30 % ;

Considérant, d'une part, que l'ART déclare appuyer son calcul sur la consultation des principaux opérateurs (L. 33-1 et L. 34-1), Cégétel, First Telecom, Intercall, Kertel et Omnicom, alors que le nombre des offreurs de cartes paraît plus important ; que, d'autre part, les calculs d'effet de ciseau effectués dépendent d'hypothèses particulières qui influent fortement sur les résultats du test ; qu'à cet égard, une lettre de la société Intercall adressée à France Télécom le 21 juillet 1999 produite par la société France Télécom en annexe de ses observations, contient la prise en compte de certaines hypothèses différentes de celles figurant dans la saisine de l'association Ténor, qui aboutissent néanmoins à l'existence d'un effet de ciseau tarifaire ; que, par ailleurs, les représentants de l'association Ténor ont indiqué en séance que, si l'ART a pu estimer qu'en aucun des cas analysés la marge brute finale était négative, il faudrait aussi rajouter aux coûts qu'elle a pris en compte les redevances au titre

des autorisations délivrées, les frais de fabrication et de publicité des cartes, ainsi que des frais généraux ;

Considérant ainsi que l'existence d'effets de ciseau tarifaires de nature à empêcher les concurrents de France Télécom de pénétrer et de se maintenir sur le marché des services de téléphones fixes n'est pas exclue ;

Considérant que, si cette situation pourrait, en principe, résulter non d'un comportement anticoncurrentiel de France Télécom mais de la moindre efficacité de ses concurrents, par exemple en matière de distribution des produits, il n'a pas été démontré, en l'état de l'instruction, que la majoration de 0,25 F par minute destinée à l'usage des publiphones correspondrait au coût d'usage réel de ces équipements ni que les tarifs des communications passées avec des télécartes incluaient le coût d'usage des publiphones ; qu'il suit de là qu'en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, il ne peut être totalement exclu que la mise en œuvre de la majoration tarifaire dénoncée puisse entrer dans le champ d'application des dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur la demande de mesures conservatoires :

Considérant que l'organisation professionnelle Ténor fait valoir qu'en maintenant les tarifs de détail de ses télécartes inférieurs aux coûts imposés à ses concurrents, France Télécom porterait une atteinte grave et immédiate à l'économie du secteur intéressé et, par voie de conséquence, à l'intérêt des consommateurs « *en rendant non compétitives les offres de ses concurrents sur un certain nombre de destinations (le local et le longue distance national), les privant ainsi d'une partie significative de leur attrait commercial* » ; qu'il existerait une « *extrême volatilité du comportement du consommateur* », qui augmenterait les risques « *d'effets graves et irrémédiables* », alors que « *dans un marché très dynamique, les clients perdus ne pourront que très difficilement être regagnés* » ;

Considérant que l'association Ténor demande en conséquence au Conseil d'enjoindre, en premier lieu, à France Télécom, sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance, de mettre fin aux effets de ciseau tarifaire résultant des tarifs de détail des services téléphoniques prépayés télécarte 50 et télécarte 120 par tout moyen approprié, soit par une augmentation des tarifs de détail de ces services ou une diminution, à prix de vente inchangé, du nombre d'unités téléphoniques proposées, soit, par une injonction faite à France Télécom de s'abstenir de maintenir ou de renouveler auprès de l'ART sa demande d'instauration d'une majoration pour les appels gratuits pour l'appelant à partir des cabines téléphoniques dans le cadre des discussions relatives au catalogue d'interconnexion 2000 de France Télécom ; que l'organisation Ténor demande, en second lieu, au Conseil d'interdire à la société France Télécom d'imputer à ses concurrents dans sa communication vis-à-vis du public, par quelque moyen que ce soit, les mesures imposées par lui ;

Considérant qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, des mesures conservatoires « *ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* » ; que les mesures susceptibles d'être prises à ce titre « *doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* » ; que la mise en œuvre de ce texte suppose la constatation de faits constitutifs de troubles illicites auxquels il conviendrait de mettre fin sans tarder ou susceptibles de causer un préjudice imminent et certain au secteur concerné, aux entreprises victimes des pratiques ou encore aux consommateurs, préjudice qu'il faudrait alors prévenir, dans l'attente d'une décision au fond ;

Considérant que la société France Télécom soutient, dans ses écritures, que « *comme l'a relevé l'ART, le tarif des Télécartes ne produit aucune espèce d'effet de ciseau sur les usages des cartes prépayées universelles pour les appels longue distance national et international, seuls pertinents* » ; que la demande de l'association Ténor portant sur l'augmentation des

tarifs de détail des télécartes serait irrecevable car cette augmentation est subordonnée à l'autorisation des ministres compétents et que l'ART a expressément indiqué à France Télécom, le 21 mai 1999, que « *cette offre sera reconduite dans le catalogue d'interconnexion de l'année 2000* » ; enfin, que la demande d'interdire à France Télécom d'imputer à ses concurrents, dans sa communication vis-à-vis du public, les mesures que pourrait lui imposer le Conseil n'est pas de la nature de celles qui sont visées à l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant qu'à l'appui de sa demande de mesures conservatoires, l'association Ténor produit deux tableaux destinés à démontrer l'apparition d'un « *Effet de ciseau tarifaire* », après la mise en place de la majoration de 0,25 F par minute ;

Mais considérant que lesdits tableaux reposent sur des hypothèses qui, à ce stade, n'ont pu être vérifiées ; qu'à supposer qu'ils reflètent la situation réelle, il n'en résulterait pas que des émetteurs de cartes prépayées seraient dans l'impossibilité de conserver une activité rentable sur certaines destinations, notamment à l'international ; qu'aucune donnée n'a été fournie de nature à démontrer qu'un nombre significatif d'opérateurs risquent d'être exclus du marché ; que l'argument de l'association Ténor tiré de « *l'extrême volatilité du comportement du consommateur* », loin d'établir la réalité d'un risque d'atteinte grave au secteur, tend à prouver que les parts de marché éventuellement gagnées par France Télécom pourraient être reperdues ultérieurement ; que, dans ces conditions, la partie saisissante n'apporte pas d'éléments suffisants pour établir que les pratiques dénoncées porteraient une atteinte grave et immédiate à l'économie, au secteur intéressé et à l'intérêt des consommateurs ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la demande de mesures conservatoires présentée par l'association Ténor ne peut qu'être rejetée,

Décide :

Article unique

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 245 est rejetée.
Délibéré, sur le rapport de M. Lavergne, par Mme Hagelsteen, présidente,
Mmes Boutard-Labarde, Flüry-Herard, MM. Lasserre, Nasse et Robin, membres.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 101

Décision n° 99-MC-09 du Conseil de la concurrence en date du 15 décembre 1999 relative

à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Energie de Bigorre
NOR : ECOC0000068S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 27 octobre 1998 sous les numéros F 1092 et M 227, par laquelle la société à responsabilité limitée Energie de Bigorre a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par l'établissement public Electricité de France (ci-après EDF), qu'elle estime anticoncurrentielles, et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la décision n° 99-D-02 du 12 janvier 1999 ;
Vu l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 14 septembre 1999 ;
Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement et les sociétés Energie de Bigorre et EDF ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement, les sociétés Energie de Bigorre et EDF entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général adjoint ;

Considérant que par un arrêt du 14 septembre 1999 auquel il est expressément référé pour l'énoncé des faits et de la procédure antérieure, la cour d'appel de Paris a annulé la décision n° 99-D-02 du 12 janvier 1999, déclaré recevable la saisine de la société Energie de Bigorre et renvoyé l'affaire pour instruction devant le Conseil afin que celui-ci apprécie si les conditions nécessaires à la prise de mesures conservatoires sont réunies ;

Considérant qu'au soutien de sa décision, la cour retient, d'une part, que la société Energie de Bigorre est en droit de prétendre au bénéfice d'un contrat d'achat adapté pour permettre la rémunération effective des capitaux engagés pour l'exploitation de la centrale thermique à gaz de Tournay et, d'autre part, qu'il n'est pas établi que la signature du contrat type dit « contrat dispatchable pour les diesels de pointe » satisfait à cette condition, notamment au regard du fait que les coûts d'une centrale fonctionnant au gaz sont supérieurs à ceux d'une centrale fonctionnant au fuel ; qu'elle en déduit que, dans ces circonstances, il ne peut être exclu que les pratiques reprochées à EDF soient constitutives d'un abus de la position dominante que l'établissement public occupe sur le marché de l'électricité et que, dès lors, il ne saurait être retenu que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de la compétence du Conseil ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ;

Considérant qu'il résulte des documents comptables produits par Energie de Bigorre que le résultat courant avant impôt de l'entreprise, largement positif à l'issue de la première année d'exploitation, est devenu déficitaire au cours de l'exercice 1996-1997 ; que ce déficit, qui était égal à 219 000 francs la première année, est passé à 612 000 francs en 1997-1998, pour atteindre 2 235 000 francs lors du dernier exercice clos 1998-1999 ; que, s'il n'est pas contesté que ce résultat soit en partie imputable à un arrêt momentané de la centrale pour cause de travaux, Energie de Bigorre soutient que, si cette circonstance n'avait pas eu lieu, les pratiques tarifaires d'EDF auraient conduit à un déficit de l'ordre de 850 000 francs ; qu'en outre, il résulte des courriers versés aux débats qu'en raison de l'arrêt prolongé de l'activité de la centrale thermique découlant du présent litige, la société GSO, filiale de Gaz de France et fournisseur exclusif d'Energie de Bigorre, a décidé de démanteler le poste de livraison du gaz à la centrale ; que, de surcroît, EDF a récemment appliqué à la société Energie de Bigorre les pénalités contractuelles prévues dès lors que cette société a été dans l'incapacité de répondre aux appels d'énergie qui lui étaient adressés ; que, toutefois, en séance, EDF a reconnu que cette imputation de pénalités provenait d'une erreur administrative qui allait être rectifiée ;

Considérant que les pratiques dénoncées portent une atteinte grave et immédiate aux intérêts de la société Energie de Bigorre ; qu'elles trouvent leur origine dans la baisse progressive des tarifs d'achat engagée dès 1997 à l'égard des producteurs autonomes d'énergie de pointe, dans la mesure où cette baisse n'a pas été accompagnée de la part d'EDF à l'égard d'Energie de Bigorre, des adaptations contractuelles permettant de maintenir la rentabilité des installations de la centrale de Tournay à laquelle elle pouvait légitimement prétendre ;

Considérant, à cet égard, qu'en séance, EDF a indiqué avoir appris récemment que le contrat liant GSO et Energie de Bigorre prévoyait le versement d'une prime fixe, laquelle n'est pas exigée par d'autres fournisseurs de gaz et constitue l'un des obstacles à la rentabilité de l'installation ; qu'EDF a reconnu ne pas avoir tenu compte de ce facteur dans les

propositions déjà faites à Energie de Bigorre, qui, dès lors, ne pouvaient permettre d'atteindre l'objectif recherché ; qu'elle s'est toutefois déclarée prête à faire de nouvelles propositions intégrant cet élément ;

Considérant qu'en vertu de l'article 12 de l'ordonnance susvisée, les mesures conservatoires peuvent comporter une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur ; que la société Energie de Bigorre et le commissaire du Gouvernement s'en sont remis au Conseil pour le prononcé de la mesure adéquate ;

Considérant que, dans son arrêt, la cour d'appel a énoncé que « *la société Energie de Bigorre est en droit de prétendre au bénéfice d'un contrat conclu selon les conditions prévues dans le contrat d'entreprise* » ; que ce contrat prévoit que : « les relations d'EDF avec les producteurs indépendants s'établissent sur la base de contrats d'achat dans la durée, basée sur les coûts de développement évités au système d'électricité. Des contrats types seront approuvés par les pouvoirs publics dans les meilleurs délais. Les producteurs indépendants ayant réalisé, avant le début du présent contrat, un investissement dont la rentabilité se trouverait compromise du fait de l'évolution des tarifs d'achat qui diminuent, comme les tarifs de vente, se verront proposer dès que possible un contrat d'achat du type défini précédemment, adapté pour permettre une rémunération satisfaisante des capitaux engagés » ;

Considérant que dans les circonstances de l'espèce, et afin de permettre à Energie de Bigorre de revenir à l'état antérieur aux pratiques d'EDF qu'elle dénonce, il y a lieu d'enjoindre à EDF de proposer à la société Energie de Bigorre le versement, jusqu'à l'intervention de la décision au fond, d'une compensation permettant à cette dernière de retrouver, à fonctionnement inchangé et compte tenu de l'évolution des tarifs, une rémunération équivalente à celle initialement prévue au contrat,

Décide :

Article unique

Dans l'attente d'une décision au fond, il est enjoint à Electricité de France de proposer à la société Energie de Bigorre, dans un délai de quinze jours à compter de la notification de la présente décision, la modification de l'actuel contrat d'achat liant les parties, en vue d'y inclure un dispositif de compensation de la baisse des tarifs d'achat d'électricité qui permette à Energie de Bigorre, compte tenu de l'évolution de ces tarifs et à fonctionnement inchangé, de retrouver des conditions de rémunération équivalentes à celles initialement prévues au contrat.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Rocheteau-Weber, par Mme Hagelsteen, présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 102

Décision n° 99-MC-10 du Conseil de la concurrence en date du 16 décembre 1999 relative à une demande de mesures conservatoires de la société Agence Alp Azur concernant des pratiques mises en œuvre sur le marché des tickets et forfaits d'accès aux remontées mécaniques de la station de Pra-Loup

NOR : ECOC0000069S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 3 novembre 1999 sous les numéros F 1179 et M 246, par laquelle la société Agence Alp Azur a saisi le Conseil de la concurrence des pratiques de la société Transmontagne qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité le prononcé, à l'encontre de cette dernière, de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société Transmontagne et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, la société Agence Alp Azur, la société Transmontagne et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Après en avoir délibéré hors de la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Sur la recevabilité de la saisine au fond :

Considérant que la société Agence Alp Azur fait valoir, à l'appui de la saisine, qu'elle exerce légalement l'activité d'agence de voyage spécialisée dans les séjours touristiques à destination de la station de Pra-Loup (*commune d'Uvernet-Fours, département des Hautes-Alpes*), activité par laquelle elle a obtenu une licence d'agent de voyages par décision préfectorale datée du 25 avril 1995 ; qu'en effet, elle a repris, à la suite d'une fusion absorption effectuée le 15 janvier 1996, les activités d'agent de voyages exercées jusqu'à cette date par la société Agence Alp Azur Voyages, ce qu'elle était en droit de faire en sa qualité d'agent immobilier en vertu des dispositions de l'article 12 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 fixant les conditions d'exercice des activités relatives à l'organisation et à la vente de voyages et de séjours ; qu'elle n'a, localement, qu'un seul concurrent, à savoir la société Eurêka Tours ; qu'elle précise que, pour pouvoir proposer à sa clientèle de tour-opérateurs la prestation la plus demandée qui comprend le séjour dans la station de Pra-Loup combiné à un forfait de remontées mécaniques, elle est dans l'obligation d'entretenir des relations commerciales étroites avec la société exploitant, sur le domaine skiable de Pra-Loup, les diverses installations de remontées mécaniques, l'essentiel de l'activité touristique de la station concernant la pratique du ski alpin ;

Considérant que la société Agence Alp Azur soutient que la société Transmontagne, gestionnaire unique du réseau des remontées mécaniques de la station de Pra-Loup en vertu d'une convention de sous-traitance signée avec la société d'économie mixte « Ubaye Développement », elle-même délégataire du syndicat mixte d'aménagement de Pra-Loup, a, depuis 1995, refusé, en dépit de multiples demandes, de lui communiquer ses barèmes de prix et les conditions générales et particulières de vente qu'elle accorde aux tours opérateurs, et notamment aux tours opérateurs pour étudiants et aux tours opérateurs étrangers ; qu'en outre, la société Agence Alp Azur fait valoir qu'elle est l'objet d'un traitement discriminatoire, notamment en matière de délais de paiement, de la part de la société Transmontagne ; que la société Agence Alp Azur soutient que la société Transmontagne serait en position dominante sur le marché des accès aux installations de remontées mécaniques de la station de Pra-Loup et aurait en conséquence une influence déterminante sur le marché des ventes de séjours touristiques sur cette même station ; qu'ainsi, indépendamment de leur éventuelle qualification au regard des dispositions de l'article 33, alinéa 1, de l'ordonnance, les pratiques relevées, « *visant à éliminer purement et simplement la requérante du marché des remontées mécaniques et capter sa clientèle* », seraient constitutives des infractions définies par l'article 8 de l'ordonnance susvisée du 1^{er} décembre 1986 et devraient donc faire l'objet des sanctions prévues à l'article 13 de la même ordonnance ;

Considérant, en premier lieu, que, conformément aux dispositions de l'article 47 de la loi n° 85-30 du 9 janvier 1985 relative au développement et à la protection de la montagne,

l'exploitation des installations de remontées mécaniques, définition qui regroupe l'ensemble des appareils de transport public par chemin de fer funiculaire ou à crémaillère, par téléphérique, par téléskis ou par tout autre engin utilisant des câbles porteurs ou tracteurs destinés à un usage sportif ou touristique, est un service public industriel et commercial qui peut être assuré par une entreprise ayant passé à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente ; que l'exploitation en question constitue, au sens de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, une activité de prestation de services assujettie au respect de l'ensemble des dispositions de l'ordonnance précitée ;

Considérant, en deuxième lieu, que, compte tenu des dispositions législatives applicables et de la qualité de sous-concessionnaire de la société Transmontagne, celle-ci semble être la seule à pouvoir offrir l'accès au système de remontées mécaniques de la station de Pra-Loup ; que, sous réserve de ce que pourrait faire apparaître le développement de l'instruction, il semble qu'il n'existe pas de substitut à l'accès aux remontées mécaniques pour les consommateurs qui ont décidé de séjourner à Pra-Loup afin d'y pratiquer le ski ; que, de même, il semble que la société Agence Alp Azur, dont l'activité d'agence est orientée presque exclusivement sur cette station, doive, pour proposer aux tours opérateurs la commercialisation de forfaits attractifs, inclure dans ces forfaits une prestation de remontées mécaniques ; qu'ainsi, il ne peut être exclu ni que la société Transmontagne détienne une position dominante sur le marché des remontées mécaniques de la station de Pra-Loup ni que la société Agence Alp Azur soit en situation de dépendance économique à l'égard de la société Transmontagne pour la conception et la commercialisation de forfaits de séjours et remontées pour cette station ;

Considérant, en troisième lieu, que la lecture du dossier, et notamment des deux lettres en date du 14 août 1997 relatives aux réductions accordées aux agents de voyages implantés en région parisienne, suggère que la société Transmontagne a refusé de communiquer à la société Agence Alp Azur l'ensemble des conditions de vente qu'elle applique à ses clients, notamment ceux ayant la qualité de tour-opérateur, ainsi que le récapitulatif des différentes remises de tarifs qu'elle peut consentir ou des critères qu'elle utilise pour accorder des rabais à ces catégories de clientèle ; qu'en outre, il ne peut être exclu, au vu des pièces du dossier, que l'opacité tarifaire évoquée ci-dessus ne se soit combinée avec des pratiques discriminatoires au détriment de la société Agence Alp Azur ; qu'en effet, d'une part, certains éléments du dossier, et en particulier les annexes 4 et 59 de la saisine, suggèrent que la société Transmontagne, qui avait, en 1997, refusé de communiquer directement à la société Agence Alp Azur les tarifs de remontées consentis aux tours opérateurs et agents de voyages avait, en revanche, communiqué ces informations à son concurrent, la société Eurêka Tours, laquelle lui avait demandé en 1996 les conditions consenties pour les trois saisons 1996/1997, 1997/1998 et 1998/1999 pour le tour-opérateur Air Tour ; que, d'autre part, il semble, sous réserve d'une instruction au fond, que la société Transmontagne a accordé, en 1996 et 1997, des réductions sur ses tarifs publics de remontées mécaniques à l'hôtel « *Les Bergers* » ou à l'hôtel « *La Lauzetane* » ; que ces réductions étaient de l'ordre de quarante pour cent ou consistaient en une réduction tarifaire de l'ordre de vingt pour cent assortie de l'octroi de forfaits gratuits et d'un délai de règlement de trente jours, valable durant les saisons 1996/1997, 1997/1998 et 1998/1999 pour les touristes ayant eu recours à la société Air Tour alors que les réductions tarifaires octroyées à la société Agence Alp Azur ne dépassaient pas, pour la même période, un maximum de quinze pour cent ;

Considérant, dès lors, qu'il ne peut être exclu que les pratiques dénoncées par la société Agence Alp Azur précitée puissent avoir pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché des séjours touristiques et celui de l'accès aux remontées mécaniques de la station de Pra-Loup et soient prohibées par les dispositions des articles 7 ou 8 de l'ordonnance ; que la saisine est donc recevable ;

Sur la demande de mesures conservatoires :

Considérant qu'accessoirement à sa saisine la société Agence Alp Azur demande au Conseil de la concurrence, par application de l'article 12 de l'ordonnance susvisée :

« - qu'il ordonne à la société Transmontagne la communication des tarifs et conditions générales et particulières de vente et de mise à disposition de forfaits applicables aux professionnels soumis à la loi du 13 juillet 1992 pour la saison 1999-2000. »

Considérant qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : *« Le Conseil de la concurrence peut, après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées par le ministre chargé de l'économie, par les personnes mentionnées au deuxième alinéa de l'article 5 ou par les entreprises. Ces mesures ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante. Elles peuvent comporter la suspension de la pratique concernée ainsi qu'une injonction aux parties de revenir à l'état antérieur. Elles doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence... » ;*

Considérant qu'en novembre 1995 les sociétés Agence Alp Azur, agent immobilier, et Alp Azur Voyage, agence de voyages, ont fusionné et pris la dénomination Agence Alp Azur ; qu'en raison de ses activités immobilières le chiffre d'affaires de la société Agence Alp Azur est passé, entre 1997 et 1999, de 1,685 MF à 1,903 MF alors que son résultat net comptable est resté positif ; qu'ainsi, il n'est pas avéré que la société Agence Alp Azur soit dans une situation nécessitant l'adoption de mesures d'urgence ;

Mais considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la société Agence Alp Azur et la société Eurêka Tours sont les deux seuls agents de voyages au sens de la loi n° 75-267 du 11 juillet 1975 installés sur le site de Pra-Loup ; qu'il n'est pas sérieusement contesté que, pour pouvoir établir des propositions de séjours touristiques *« tout compris »*, c'est-à-dire incluant des forfaits de remontées mécaniques, commercialisables par les tours opérateurs, chacun des deux agents de voyages installés sur la station doit avoir communication des conditions générales et particulières susceptibles d'être consenties par Transmontagne aux tours opérateurs ; que, de plus, les tours opérateurs, étant des intermédiaires, ont intérêt, à faire jouer la concurrence entre agents de voyages localisés dans la même station et à commercialiser les formules les plus attractives pour les clients ; que, dans ces conditions, l'opacité tarifaire opposée par Transmontagne à la société Agence Alp Azur quant aux conditions générales et particulières consenties vis-à-vis des tours opérateurs français et étrangers pour les remontées mécaniques est de nature à porter une atteinte grave et immédiate au fonctionnement du secteur des agents de voyages sur la station de Pra-Loup et à l'intérêt des consommateurs en empêchant, dans les faits, l'une des deux seules agences de voyages de la station de bâtir des offres compétitives en ce qui concerne la prestation touristique la plus demandée, c'est-à-dire le forfait séjour + remontées mécaniques ; que, d'ailleurs, la société Agence Alp Azur a fait valoir, sans être contredite, que son activité de vente de forfaits de remontées mécaniques, qui avait représenté 570 843 F pour la saison 1991-1992, n'a représenté que 241 539 F pour la saison 1994-1995, durant laquelle les pratiques dénoncées auraient commencé et que ce chiffre d'affaires est devenu quasi-nul pour les trois dernières saisons ;

Considérant que, dans ces conditions, il y a lieu d'enjoindre, à titre de mesures conservatoires, à la société Transmontagne de communiquer à la société Agence Alp Azur ses tarifs et conditions générales et particulières de vente et de mise à disposition des forfaits applicables au titre de la saison 1999-2000 sur la station de Pra-Loup, tels qu'ils sont proposés aux professionnels du tourisme, qu'ils soient nationaux ou étrangers,

Décide :

Article unique

Il est enjoint à la société Transmontagne, dans l'attente d'une décision au fond, de communiquer à la société Agence Alp Azur, dans un délai de quinze jours à compter de la notification de la présente décision, ses tarifs et conditions générales et particulières de vente et de mise à disposition des forfaits applicables au titre de la saison 1999-2000 pour la station de Pra-Loup tant aux tours opérateurs étrangers qu'aux professionnels soumis à la loi du 13 juillet 1992.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Lenoir, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
Le vice-président,
présidant la séance,
Frédéric Jenny
Annexe 103

Décision n° 99-MC-11 du Conseil de la concurrence en date du 21 décembre 1999 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société AOL Compuserve France et Cegetel

NOR : ECOC0000123S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 16 novembre 1999 sous les numéros F 1182 et M 248, par laquelle les sociétés AOL Compuserve France et Cegetel ont saisi le Conseil de la concurrence de certaines pratiques de la société France Télécom qu'elles estiment anticoncurrentielles et ont sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société France Télécom et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu l'avis n° 99-1080 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications le 17 décembre 1999, à la demande du Conseil, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et des télécommunications ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés AOL Compuserve France, Cegetel et France Télécom entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général :

Sur la saisine au fond :

Considérant que France Télécom Interactive a lancé le 1^{er} novembre 1999 une offre d'accès à Internet nommée « Les Intégrales », qui possède la particularité de regrouper la fourniture d'accès à Internet et un forfait d'heures de communication téléphoniques, soit 3 heures de télécommunications pour 39 francs (TTC) par mois, 10 heures pour 99 francs ou 18 heures pour 159 francs ; que cette offre comprend l'accès à Internet et les communications téléphoniques quelle que soit l'heure d'appel (heures creuses ou heures pleines), l'accès à tous les services de France Télécom en matière d'Internet (service « Wanadoo »), cinq adresses électroniques (e-mails), quinze Mo d'espace pour l'hébergement d'un site personnel, une assistance téléphonique 7 jours sur 7 (hors coût des communications téléphoniques) et l'accès par Numéris sans supplément ; que l'heure supplémentaire est facturée 18 francs ;

que, pour toute souscription avant le 31 décembre 1999, les heures des forfaits 10 heures ou 18 heures sont doublées pendant six mois, portant ainsi les tarifs à 20 heures pour 99 francs et à 36 heures pour 159 francs ;

Considérant que les sociétés AOL Compuserve France (AOL) et Cegetel soutiennent que, en proposant aux utilisateurs d'Internet une offre tarifaire regroupant l'accès à Internet et les communications téléphoniques concernées, France Télécom abuse de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la boucle locale et sur celui du transport de données, pour développer la position de sa filiale France Télécom Interactive (FTI) sur le marché aval de la fourniture d'accès à Internet ; que cette offre constituerait, selon les sociétés saisissantes, une remise couplée, incitant les utilisateurs d'Internet, dans leur grande majorité clients de France Télécom pour les communications téléphoniques, à choisir France Télécom comme fournisseur d'accès à Internet, pour pouvoir bénéficier de prix attractifs sur les communications téléphoniques associées ; que Cegetel et AOL soutiennent de plus que les prix de l'offre « Les Intégrales » seraient prédateurs ; qu'elles affirment en outre que les concurrents de France Télécom sur le marché de la fourniture d'accès à Internet ne seraient pas en mesure de faire une offre similaire dans des conditions économiquement acceptables, compte tenu du caractère abusivement élevé des tarifs d'interconnexion fixés par France Télécom pour l'accès à son réseau local ;

Considérant que l'accès d'un abonné à Internet s'appuie sur trois prestations techniques distinctes, l'acheminement de la communication de l'abonné jusqu'à un point d'entrée d'un réseau de transport de données ou réseau de transport IP (segment 1), le transport de données entre le réseau local et le fournisseur d'accès à Internet (FAI) (segment 2) et l'accès au réseau Internet vers la FAI (segment 3) ; que les marchés de l'accès à Internet des particuliers se distinguent de ceux de l'accès des entreprises par les services proposés et les capacités requises ; que l'offre « Les Intégrales » de France Télécom s'adressant au grand public, seuls les marchés de l'accès au grand public sont ici concernés ;

Considérant que, si des boucles locales ont été mises en place par des opérateurs dans les principales zones d'activités économiques (La Défense, la Bourse...), ces boucles sont toutefois réservées aux services destinés aux entreprises ; que l'accès à Internet par les réseaux câblés reste une solution très marginale, qui permet certes un accès à haut débit mais à un prix beaucoup plus élevé que celui de l'accès par le réseau téléphonique commuté, à débit plus faible ; que l'accès par la technologie ADSL, qui offre également un haut débit, n'est pour le moment proposé qu'à titre expérimental et à des tarifs beaucoup plus élevés que l'accès par le réseau téléphonique commuté standard ; qu'en conséquence, la boucle locale du réseau téléphonique commuté de France Télécom reste à ce jour le point de passage quasi obligé pour l'accès à Internet du grand public ; que l'ART a estimé dans son avis n° 99-1080 du 14 décembre 1999 que France Télécom se trouvait encore actuellement en situation de quasi monopole sur la boucle locale ;

Considérant que le tarif de base des communications locales est de 0,28 franc (TTC) par minute en heures pleines (de 8 heures à 19 heures du lundi au vendredi) et de 0,14 franc (TTC) par minute en heures creuses (autres plages horaires et tout le week-end) ; que les trois premières minutes sont dans tous les cas facturées au tarif indivisible de 0,74 franc (TTC) ; que ce tarif se révélant trop élevé pour l'accès à Internet qui se caractérise par des durées de communication très longues, France Télécom a élaboré plusieurs options tarifaires réservées aux communications téléphoniques d'accès à Internet qui visent toutes à réduire le coût des télécommunications pour les internautes ; que l'option « Primaliste Internet » permet ainsi de réduire le prix des communications de 50 % par rapport au tarif « heures creuses » pour 10 francs (TTC) par mois si la connexion est établie entre 22 heures et 8 heures ; que l'option « Forfait Internet » permet de disposer de 40 heures de communications par bimestre pour 100 francs par mois, pour des connexions établies après

20 heures, le week-end et le mercredi après 14 heures ; que l'option « Numéris Itoo » offre 40 % de réduction sur le tarif « heures creuses » après 19 heures et le week-end ;

Considérant que Transpac, filiale de France Télécom, assure la connexion de la plupart des FAI disposant d'un numéro non géographique accessible au prix d'une communication locale ; que l'augmentation de 24 % du chiffre d'affaires de Transpac en 1998 est due pour une part importante à la croissance du trafic Internet ; que, si d'autres opérateurs proposent des services équivalents (Cegetel/Télécom Développement, Siris, ISDnet, MCI Worlcom), France Télécom est le principal fournisseur de l'ensemble des opérateurs de transports de données IP et des FAI par ses lignes louées, peu de réseaux ayant été développés à ce jour par d'autres opérateurs ;

Considérant que, sur le marché de la fourniture d'accès à Internet, le nombre d'abonnés est passé de 150 000 en septembre 1996 à 1 950 000 en octobre 1999 ; que le nombre d'heures de connexion a atteint 17 millions par mois à la même date ; que le chiffre d'affaires des FAI est estimé par l'ART à 1 300 millions de francs pour 1999 ; que les principaux FAI sont : France Télécom Interactive (FTI) avec la marque Wanadoo, AOL, filiale de Cegetel, avec les marques AOL et Compuserve, Grolier Interactive, avec la marque Club Internet ; que France Télécom soutient que l'arrivée sur le marché des fournisseurs d'accès gratuit a eu un impact important sur la répartition du marché depuis la décision rendue le 23 juin 1999 par le Conseil de la concurrence, qui établissait que Wanadoo représentait 44,2 % du marché, AOL/Compuserve, 24 %, Club Internet, 18,2 %, et Infonie, 9,7 %, et que la part de marché de Wanadoo serait redescendue à 35 %, que AOL/Compuserve et Club Internet seraient ex aequo avec 14,3 % de pénétration et que les deux fournisseurs d'accès gratuits Libertysurf et Free.fr auraient en quelques mois atteint les 4^e et 5^e positions avec respectivement 5,9 % et 5,3 % de part de marché ;

Considérant que l'intensité de la concurrence que se livrent les principaux FAI apparaît également dans la diversification des offres tarifaires et dans la baisse générale des prix ; que, depuis le début de l'année, le prix des abonnements « classiques », pour lesquels l'utilisateur souscrit un abonnement auprès d'un FAI et doit payer en plus les communications téléphoniques locales correspondantes, selon la durée de la connexion et les plages horaires concernées, a beaucoup baissé ; que sont apparues d'abord des offres d'abonnements gratuites, dans lesquelles l'utilisateur ne paie plus d'abonnement au FAI, mais continue à supporter le coût des communications locales, puis des offres d'abonnement « tout en un », intégrant abonnement au FAI et communications téléphoniques locales nécessaires à la connexion, les deux nouvelles formules se traduisant par une baisse considérable des prix ; que, précédant l'offre « Les Intégrales » de France Télécom Interactive, disponible depuis le 1^{er} novembre dernier, étaient apparues sur le marché, d'une part, une offre de Grolier Interactive (Club Internet), en association avec Kertel et MCI, offrant pour 20 francs TTC par mois plus un abonnement à 77 F TTC par mois, soit 97 F TTC par mois, 20 heures de communication Internet, quelle que soit la plage horaire, et, d'autre part, une offre d'Infonie, en association avec Siris, proposant un accès illimité à Internet et 20 heures de communications téléphoniques dédiées à Internet pour un forfait de 99 F TTC par mois ; que AOL propose depuis le 15 décembre dernier des forfaits « Sénérity », offrant 10 heures de communications pour 95 F TTC par mois ou 20 heures de communications pour 115 F TTC par mois, ces durées étant, à titre promotionnel, doublées pour toute souscription avant le 31 mars 2000 ;

Considérant que France Télécom et FTI constituent, en termes de services d'accès à Internet, une seule et même entité du point de vue de la prise de décisions stratégiques et marketing ; que France Télécom se présente comme la « Net Compagnie » ; que le président de FTI est également le directeur de la division « Multimédia » de la branche « grand public » de France Télécom ; que les services Wanadoo sont distribués par les agences commerciales

de France Télécom ; que la publicité est signée France Télécom sans aucune référence à FTI ; que c'est la position de l'ensemble du groupe France Télécom sur les marchés concernés qui doit en conséquence être prise en compte ; que le groupe France Télécom détient une position dominante sur le marché des communications téléphoniques locales et du transport de données IP qui le met potentiellement en mesure d'influencer de façon très significative les données techniques et commerciales qui prévalent sur le marché de la fourniture d'accès à Internet sur lequel il se situe déjà au premier rang ;

Considérant que dans son avis 99-289 rendu le 21 mai 1999 et concernant l'option tarifaire « Forfait Internet » de France Télécom, l'ART a déclaré que le lancement d'offres à prix réduits pour les communications Internet par France Télécom devait s'accompagner de la fourniture par l'opérateur public d'un service d'interconnexion indirecte afin de sauvegarder un développement concurrentiel de l'accès à Internet ; qu'elle a estimé dans ses orientations et appels à commentaires du 31 mai 1999, relatifs à l'accès à Internet par le réseau téléphonique, que ce service d'interconnexion indirecte rendrait possibles des offres de forfaits qui pourraient ainsi concurrencer les forfaits que proposerait France Télécom en permettant aux opérateurs interconnectés de fournir un service entièrement facturé par eux-mêmes ; qu'en attendant l'inscription de ce service au catalogue d'interconnexion pour 2000, l'ART a demandé à France Télécom d'étendre aux communications à destination des numéros non géographiques d'accès à Internet l'offre d'interconnexion indirecte applicable au service téléphonique, figurant à la page 32 du catalogue d'interconnexion 1999, dont le tarif moyen (simple transit) était de 10,2 centimes HT par minute ;

Considérant que c'est sur la base de ces tarifs que AOL et Cegetel aboutissent, compte tenu du profil de consommation moyen des internautes concernés, à un coût d'interconnexion indirecte de 9,93 centimes HT par minute, soit 143 F TTC pour un opérateur souhaitant inscrire dans son offre 20 heures de communications locales, et dénoncent l'effet de ciseau dont seraient victimes les concurrents de FTI sur le marché de la fourniture d'accès à Internet, du fait du niveau de ce tarif, d'une part, et de la baisse des prix de détail sur ce marché, d'autre part ;

Considérant que, dans ses observations, France Télécom fait valoir qu'en proposant cette offre d'interconnexion à partir de l'été 1999, elle n'a fait que suivre l'avis de l'ART du 31 mai 1999 et que, de plus, c'est grâce à la mise en place de cette offre d'interconnexion indirecte que les concurrents de France Télécom, comme Club Internet et Infonie, ont pu proposer aux utilisateurs des offres « tout en un » à partir de l'automne 1999 ;

Considérant que les plaignantes attirent également l'attention du Conseil sur le fait que le catalogue proposé par France Télécom et négocié avec l'ART pour l'an 2000 prévoit, pour l'interconnexion du trafic Internet, une surtaxe par rapport aux tarifs d'interconnexion pour le trafic téléphonique « voix », qui aggraverait encore la situation qu'ils dénoncent en 1999 ;

Considérant cependant que l'ART a fait part du fait que le catalogue d'interconnexion 2000 de France Télécom proposerait de nouveaux tarifs pour le trafic Internet, de 7,87 centimes par minute, en baisse par rapport au tarif appliqué en 1999 ; qu'elle assure que ces tarifs sont orientés vers les coûts ; que, de plus, le niveau de ces tarifs ressort de la compétence de l'ART, soit au titre de l'approbation du catalogue d'interconnexion, imposé à France Télécom du fait de sa désignation en tant qu'opérateur exerçant une influence significative sur le marché au sens de l'article L. 36-7-7° du code des postes et télécommunications, soit au titre de règlements des différends relatifs aux conventions d'interconnexion ; que les décisions de l'ART peuvent faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris ;

Considérant que les plaignantes font valoir que, selon l'avis tarifaire n° 99-289 rendu le 21 mai 1999 par l'ART et concernant le tarif « forfait Internet » de France Télécom, les coûts marginaux de France Télécom pour 20 heures d'acheminement de données sur la boucle

locale sont à eux seuls proches de 100 F ; qu'elles en déduisent que les prix de l'offre promotionnelle valable jusqu'au 31 décembre sur les forfaits « Les Intégrales » sont inférieurs aux coûts marginaux de fourniture du service et sont donc prédateurs ;

Considérant que, en ce qui concerne les coûts supportés pour la fourniture de ce service, FTI a souscrit à une offre spéciale d'interconnexion lancée par France Télécom il y a quelques mois, l'offre 0860 88 MC DU de collecte IP du trafic régional, dont le coût moyen est estimé par l'ART à 16,2 centimes en moyenne en 1999, compte tenu du profil de consommation de la clientèle cible des Intégrales (répartition entre heures creuses et heures pleines) ; qu'en 2000, la baisse des tarifs d'interconnexion du catalogue 2000 devrait être répercutée sur le prix de cette offre, qui devrait donc être ramené à 13,77 centimes ; que les coûts d'interconnexion sont des coûts variables et que les coûts variables moyens peuvent donc, au minimum, être évalués à 16,2 centimes par minute en 1999 et 13,77 centimes en 2000 ;

Considérant que, selon l'avis de l'ART, ce coût variable minimum pour 2000 n'est plus couvert lorsque la consommation effective des forfaits dépasse 11 heures pour le forfait 10 heures en promotion et 16 heures pour le forfait 18 heures en promotion ; que cette seule circonstance ne suffit pas à établir que France Télécom pratiquerait des prix prédateurs dans le but d'éliminer ses concurrents du marché concerné mais peut en constituer un indice ; qu'en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, il ne peut donc être exclu que la mise en œuvre de l'offre tarifaire dénoncée constitue une pratique prohibée par les dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur la demande de mesures conservatoires :

Considérant que Cegetel et AOL soutiennent que les pratiques qu'elles dénoncent portent une atteinte grave et immédiate à la concurrence sur le marché de l'accès Internet ; que l'urgence est, selon elles, justifiée par le fait que l'offre de France Télécom est lancée depuis le 1^{er} novembre dernier et tombe dans la période des fêtes de fin d'année, la plus propice aux achats de ce type ; qu'elles assurent que l'offre promotionnelle de France Télécom devrait rencontrer un grand succès et produire ses effets d'éviction vis-à-vis des autres fournisseurs d'accès à Internet jusqu'à la fin du mois de juin 2000, consolidant ainsi les gains de parts de marché de Wanadoo ;

Considérant qu'en conséquence, elles demandent au Conseil de la concurrence :

– en premier lieu, d'enjoindre à France Télécom de proposer aux opérateurs un tarif d'interconnexion indirecte leur permettant de proposer des offres concurrentes dans des conditions économiques acceptables ;

– en second lieu, d'enjoindre à France Télécom de suspendre la réduction tarifaire abusive qu'elle réalise à titre promotionnel sur l'offre « Les Intégrales » jusqu'au 31 décembre 1999 ;

qu'elles précisent qu'elles ne demandent pas au Conseil de suspendre l'offre « Les Intégrales » en tant que telle ;

Considérant qu'aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, des mesures conservatoires « ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante » ; que les mesures susceptibles d'être prises à ce titre « doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence » ;

Considérant que, selon AOL et Cegetel, leur concurrent Club Internet aurait gagné 40 000 à 50 000 abonnés depuis septembre grâce à son offre « tout en un », qui lui a permis de contrer les effets des offres d'accès gratuites ; que Club Internet aurait reconnu que le succès rencontré par son « Forfait transparence » a été tel que les infrastructures de transport de données IP établies avec ses partenaires Kertel et MCI WorldCom se sont avérées sous-dimensionnées ; que les sociétés saisissantes se basent sur ce précédent pour prédire que l'offre « Les Intégrales » aura un grand succès ;

Considérant que France Télécom soutient que le succès de sa propre offre ne sera pas tel qu'il lui permette de conquérir des parts de marché significatives puisqu'il est soumis à la concurrence d'offres comparables ; qu'elle relève, de plus, que Télécom Développement, filiale du groupe Cegetel spécialisée dans le transport de données, se félicitait le 3 décembre dernier de ses bons résultats, qu'elle attribuait à la forte croissance du trafic Internet ; qu'elle y voit la preuve que son offre « Les Intégrales » n'a pas nui aux concurrents de Transpac ; qu'elle fait valoir que le nombre des nouveaux abonnés Wanadoo s'est élevé au mois de novembre à 88 422 nouveaux clients soit un niveau comparable à celui des mois précédant le lancement de l'offre (85 861 en octobre et 81 461 en septembre), les abonnés au forfait « Les Intégrales » représentant 32 % de l'ensemble ; qu'elle soutient en outre que les ventes du mois de décembre ne devraient pas dépasser 100 000 nouveaux abonnements, toutes formules confondues, soit beaucoup moins que ce qui était espéré pour les fêtes de fin d'année, la perspective du « bug de l'an 2000 » incitant les clients potentiels à reporter leur achat ;

Considérant qu'il n'est pas soutenu que la présence sur le marché du fournisseur d'accès Internet AOL France, filiale de deux grands groupes disposant de ressources financières importantes (AOL et Cegetel), soit menacée à court terme ;

Considérant qu'il résulte des débats qui ont eu lieu devant le Conseil que, pendant la mise en œuvre de la campagne promotionnelle litigieuse, qui s'achève le 31 décembre 1999, 1 100 clients par jour adhèrent à l'offre « Les Intégrales » ; que ce chiffre doit être mis en regard des 1,9 million d'internautes déjà abonnés auprès d'un fournisseur d'accès ; que le marché de la fourniture d'accès à Internet se caractérise par la présence, outre la filiale de France Télécom, de filiales de groupes importants telle AOL France, qui appartient au groupe Vivendi et compte parmi son actionnariat le groupe américain AOL, numéro 1 mondial d'Internet, et Grolier Interactive, qui est une société du groupe Lagardère, très présent sur les différents marchés des médias ; que, depuis le début de l'année, on constate sur ce marché l'entrée de nouveaux opérateurs, la diversification des offres tarifaires aux utilisateurs, en particulier avec les offres d'accès gratuit, et une tendance générale à la baisse des prix ; que France Télécom fournit les résultats d'une enquête publiée par Netvalue le 19 novembre dernier, montrant que sa part de marché serait tombée de 44,2 % en juin 1999 à 35 % fin octobre 1999 ; que les autres principaux fournisseurs d'accès, AOL Compuserve et Club Internet, auraient également perdu des parts de marché, et que les nouveaux entrants, proposant un accès gratuit, auraient conquis depuis le début de l'année plus de 10 % du marché ; que, compte tenu de la vivacité de la concurrence sur ce marché et du lancement simultané d'offres d'intérêt comparable pour les utilisateurs, les éléments produits au dossier ne démontrent pas que l'offre promotionnelle sur le forfait « Les Intégrales », limitée au 31 décembre 1999, a un impact tel qu'elle porte une atteinte grave et immédiate au secteur ou à l'intérêt des consommateurs ;

Considérant, par suite, que la demande de mesures conservatoires présentée par les sociétés AOL et Cegetel doit être rejetée,

Décide :

Article unique

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 248 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport de Mme Mouy, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Jenny, vice-présidents.

La secrétaire de séance,

Sylvie Grando

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Décision n° 99-MC-12 du Conseil de la concurrence en date du 23 décembre 1999
relative
à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Bouygues Télécom
NOR : ECOC0000124S

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 14 décembre 1999 sous les numéros F 1189 et M 251, par laquelle la société Bouygues Télécom a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques, qu'elle estime anticoncurrentielles, mises en œuvre par la société France Télécom sur le marché de la téléphonie mobile ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société France Télécom ;

Vu les avis n° 99-399 et n° 99-1155 adoptés par l'Autorité de régulation des télécommunications le 12 mai 1999 et le 22 décembre 1999, à la demande du Conseil, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Bouygues Télécom et France Télécom entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général ;

Sur la saisine au fond :

Considérant que la société France Télécom commercialise des coffrets de marque « OLA », contenant un téléphone portable, un numéro d'appel déjà attribué, un formulaire d'abonnement et une carte à puce « SIM » (subscriber identity module) introduite dans l'appareil pour activer l'abonnement à son réseau de téléphonie mobile ; que, dans le cadre de cette formule de commercialisation, la société France Télécom, à l'instar des autres opérateurs de téléphonie mobile, subordonne l'octroi aux consommateurs d'une réduction importante du prix du téléphone portable à la souscription d'un abonnement ;

Considérant que la société Bouygues Télécom expose que, dans le cadre d'une promotion portant sur les coffrets de marque « OLA », proposée du 11 novembre 1999 au 16 janvier 2000, la société France Télécom offre gratuitement des téléphones portables de dernière génération et facture à 1 F les frais de mise en service de certains modèles ; que la société France Télécom offre également 2 000 secondes de communication gratuite par mois pendant douze mois, pour toute souscription entre le 17 novembre 1999 et le 16 janvier 2000 d'un abonnement à l'un des forfaits « OLA » ou « LOFT » d'Itinériss ; que la société France Télécom a doublé pour le mois de décembre 1999 la rémunération perçue par les distributeurs pour chaque vente de coffret de marque « OLA », celle-ci passant de 400 F HT à 800 F HT ;

Considérant que la société Bouygues Télécom explique que ces deux promotions sont cumulables entre elles et qu'elles font l'objet d'une très large publicité ; qu'elles sont mises en œuvre à une période de l'année pendant laquelle les ventes de forfait et de téléphones portables sont les plus fortes ; que, selon les prévisions de l'Institut de l'audiovisuel et des télécommunications en Europe, trois à quatre millions de téléphones portables devraient être vendus entre le mois de novembre 1999 et le mois de janvier 2000 ;

Considérant que la société Bouygues Télécom fait valoir que la société France Télécom est en situation de position dominante tant sur le marché de la téléphonie mobile que sur celui de la téléphonie fixe ; que la promotion portant sur les coffrets de marque « OLA », entre le 11 novembre 1999 et le 16 janvier 2000, ne permet pas à la société France Télécom de couvrir ses coûts moyens variables pendant la durée contractuelle d'une année imposée à l'abonné à

un forfait « OLA » ; qu'une pratique de prix prédateurs serait ainsi caractérisée ; que la société Bouygues Télécom soutient encore que, dans le dessein de la marginaliser, voire de l'éliminer, sur le marché de la téléphonie mobile, la société France Télécom met en œuvre des promotions commerciales agressives en corrélation directe avec l'évolution, au dessus d'un seuil de 20 %, de ses parts de marché instantanées ; que ce comportement, indépendamment même du caractère prédateur des prix proposés, constitue une politique commerciale abusive destinée à empêcher l'accès des tiers au marché ; que l'ensemble de ces pratiques constitueraient des abus de position dominante prohibés par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 susvisée et par l'article 82 du traité de Rome ;

Considérant que la société France Télécom demande au Conseil de la concurrence de déclarer irrecevable la saisine au fond ; qu'elle conteste détenir une position dominante sur le marché de la téléphonie mobile, en relevant qu'elle n'est pas en situation de s'abstraire de la concurrence des autres entreprises présentes sur ce marché ; qu'elle observe, d'une part, que sa propre part de marché est passée de 70 % au début de l'année 1996 à moins de 49 % à la fin de l'année 1999 tandis que celle de la société Bouygues Télécom a régulièrement augmenté, passant de 12,2 % au 31 décembre 1998 à 15,2 % au 30 novembre 1999 et, d'autre part, que le marché de la téléphonie mobile se caractérise par la prolifération d'offres et de formules promotionnelles les plus diverses ;

Mais considérant, en premier lieu, que le Conseil de la concurrence, dans ses avis n° 97-A-19 du 24 septembre 1997 et n° 98-A-19 du 24 novembre 1998, a distingué le marché de la téléphonie fixe du marché de la téléphonie mobile ; que, si la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 portant réglementation a mis fin au monopole de France Télécom sur le marché de la téléphonie fixe en ouvrant ce marché à la concurrence à compter du 1^{er} janvier 1998, la société France Télécom demeure de fait, compte tenu des difficultés d'accès à la boucle locale, en situation de quasi monopole sur les communications locales et occupe une part de marché supérieure à 90 % sur le marché de la téléphonie fixe longue distance ; que le marché de la téléphonie mobile, représentant 18 041 300 abonnés au 30 novembre 1999, est partagé entre trois opérateurs : la société France Télécom, qui occupe la première place avec une part de marché de 48,9 %, la société SFR, qui occupe la deuxième place avec une part de marché de 35,9 %, et la société Bouygues, qui occupe la troisième place avec une part de marché de 15,2 % ; que la société France Télécom est susceptible de bénéficier sur le marché de la téléphonie mobile d'un certain nombre d'avantages tirés de sa position sur le ou les marchés de la téléphonie fixe ; qu'à ce stade de la procédure il n'est pas exclu que la société France Télécom occupe une position dominante sur le ou les marchés de la téléphonie fixe ; qu'une position dominante sur le marché de la téléphonie mobile n'est pas établie à ce stade de l'instruction mais ne peut être totalement exclue ;

Considérant, en second lieu, que, pour aboutir à la conclusion que la promotion proposée par la société France Télécom entre le 11 novembre 1999 et le 16 janvier 2000 est prédatrice pendant la durée contractuelle de douze mois imposée à l'abonné, la société Bouygues Télécom utilise un modèle de mesure d'évaluation des dépenses et des recettes associées à la fourniture de services de téléphonie mobile lui permettant d'établir que le prix forfaitaire pratiqué est, dans certaines hypothèses de consommation, inférieur au coût incrémental de long terme de France Télécom ;

Considérant qu'en retenant certaines hypothèses relatives à la consommation des abonnés, aux tarifs des appels entrant ou sortant sur le réseau, aux tarifs d'interconnexions, aux coûts d'acquisition des abonnés, aux frais de facturation et de fidélisation des clients, au coût du capital, le modèle utilisé par la société Bouygues Télécom fait apparaître que la promotion proposée par la société France Télécom entre le 11 novembre 1999 et le 16 janvier 2000 ne dégage pas de marge brute sur coûts moyens variables positive avant douze mois ; en outre, il ressort des données produites par la société Bouygues Télécom que la promotion

proposée ne dégage pas de marge sur coûts moyens totaux positive avant deux ans ou, selon une autre hypothèse, avant deux ans et six mois ; que, à ce stade de la procédure, il n'est pas exclu que, selon la période devant être prise en considération pour procéder à la comparaison des coûts et des revenus, l'offre de la société France Télécom présente un caractère prédateur traduisant un comportement d'éviction de la société France Télécom à l'égard de ses concurrents présents sur le marché de la téléphonie mobile ;

Considérant que, si la mise en œuvre des promotions commerciales ne présente pas, en soi, un caractère anticoncurrentiel et s'il est de jurisprudence constante (CJCE Akzo, 3 juillet 1991 ; CA Paris, Labinal/Mors, 1^{re} ch., 19 mai 1993 ; Cons. conc., France Télécom et ODA, déc. n° 96-D-10 du 20 février 1996 ; Cons. conc., Lilly France, déc. n° 96-D-12 du 5 mars 1996) qu'une entreprise, même disposant d'une position dominante, est en droit de défendre ou de développer sa part de marché, encore doit-elle demeurer dans les limites d'un comportement loyal et légitime ; que le fait pour l'entreprise disposant d'une telle position de tenter de limiter l'accès du marché sur lequel elle est en position dominante, ou d'un autre marché, en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites revêt un caractère abusif ;

Considérant ainsi que, en l'état et sous réserve de l'instruction au fond, il ne peut être exclu que certains des comportements de la société France Télécom dénoncés par la société Bouygues Télécom entrent dans le champ d'application de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et, en cas d'affectation du commerce entre Etats membres de la Communauté européenne, de l'article 82 du traité de Rome ;

Sur la demande de mesures conservatoires :

Considérant qu'accessoirement à la saisine au fond la société Bouygues Télécom demande à titre conservatoire, sur le fondement de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, que soient prises les mesures suivantes :

« - *mettre fin à la mesure de doublement de la rémunération des distributeurs pour chaque vente de produit de France Télécom et ordonner le retour au niveau de commission antérieur, soit un montant de 400 F HT ;*

« - *suspendre l'offre prédatrice et commercialement abusive "OLA 3" de France Télécom jusqu'à la décision au fond [que votre Conseil rendra dans cette affaire] ;*

« - *interdire à France Télécom de procéder pendant cette période de suspension à toute promotion, publicité et commercialisation du service "ITINERIS" ou "OLA" dans les conditions des offres "OLA 3" ou d'offres équivalentes ».*

Considérant que, aux termes de l'article 12 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, des mesures conservatoires « *ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante* » ; que les mesures susceptibles d'être prises à ce titre « *doivent rester strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence* » ;

Considérant que la société Bouygues Télécom fait valoir que les pratiques qu'elle dénonce portent une atteinte grave et immédiate au secteur concerné en aggravant un déséquilibre de la concurrence existant déjà en faveur de la société France Télécom, en contribuant à la destruction de valeur sur le marché français de la téléphonie mobile et en affaiblissant de manière irréversible la situation de la concurrence ; que ces pratiques risquent de la marginaliser sur le marché alors qu'elle se trouve déjà dans une position fragile et qu'elle a réalisé des pertes de 2 585 059 000 francs en 1998, auxquelles vont s'ajouter des pertes prévisionnelles de 3 500 000 000 de francs en 1999 ; que la promotion de la société France Télécom intervient à l'occasion des fêtes de fin d'année, période pendant laquelle, selon les prévisions de l'Institut de l'audiovisuel et des télécommunications en Europe, trois à quatre millions de téléphones portables devraient être vendus entre le mois de novembre 1999 et le mois de janvier 2000 ; que les pratiques dénoncées ont ainsi déjà fait chuter sa part de

marché brute de 21,4 % pour octobre 1999 à 19,8 % pour novembre 1999 ;

Mais considérant, en premier lieu, qu'eu égard aux chiffres des ventes espérées pour la fin de l'année 1999 l'ensemble des opérateurs de téléphonie mobile ont mis en œuvre des promotions commerciales de grande ampleur portant soit sur le prix de vente des téléphones portables, soit sur les forfaits, soit sur les services offerts, soit sur l'ensemble de ces éléments ; qu'ainsi la société Bouygues Télécom a lancé à compter du 7 novembre 1999 le forfait « Ultymo Millénium » permettant de téléphoner le week-end sans condition de durée ; que la société France Télécom a lancé son offre « OLA » le 11 novembre 1999 ; que la société SFR a lancé le 1^{er} décembre 1999 un forfait permettant de téléphoner le week-end et les soirs de la semaine sans condition de durée ; que des téléphones portables sont fréquemment offerts dans le cadre de ces promotions ; que le prix du téléphone portable lui-même n'est qu'un élément parmi d'autres de l'attractivité de ces promotions ; que la société Bouygues Télécom n'établit pas en quoi l'offre de la société France Télécom se distinguerait de celles de ses concurrents dans des conditions telles qu'elles seraient susceptibles d'entraîner une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur concerné ou à l'intérêt des consommateurs, ni que la rémunération des distributeurs pour chaque vente de coffret de marque « OLA » pour le mois de décembre 1999 ne serait pas d'un montant sensiblement comparable à celle versée, sous des modalités différentes, par les autres opérateurs de téléphonie mobile ;

Considérant, en deuxième lieu, que le secteur de la téléphonie mobile connaît une très forte croissance en France depuis quelques années, le nombre d'abonnés étant passé de 803 900 au 31 décembre 1994 à 11 210 100 au 31 décembre 1998 et à 18 041 300 au 30 novembre 1999, soit un taux de pénétration de la téléphonie mobile en France de 1,3 % au 31 décembre 1994, de 19,2 % au 31 décembre 1998 et de 30 % au 30 novembre 1999 ; que les perspectives de croissance du secteur en France demeurent très importantes par rapport à certains pays européens qui connaissent un taux de pénétration de près de 65 % ; que la société Bouygues Télécom n'établit pas en quoi les promotions offertes par la société France Télécom pour la période de la fin de l'année 1999, limitées à une période de deux mois, entraîneraient une atteinte grave et immédiate à l'économie générale ou au secteur ;

Considérant, en troisième lieu, que, selon le rapport annuel d'activité de l'Autorité de régulation des télécommunications pour 1998, la société Bouygues Télécom a sensiblement accru sa part de marché qui est passée de 8,7 % à fin décembre 1997 à 12,5 % à fin décembre 1998 à mesure que sa couverture géographique progressait ; qu'au 30 novembre 1999 sa part de marché s'élève à 15,2 %, correspondant à une croissance nette sur les six derniers mois de 51 % ; qu'elle a connu en novembre 1999 une croissance nette de 7,4 % contre 4,8 % pour SFR et 5,4 % pour France Télécom ; que la société Bouygues Télécom a atteint dès le 30 novembre 1999 ses objectifs commerciaux fixés pour la fin de l'année 1999 ; que les résultats financiers négatifs dont fait état la société Bouygues Télécom pour l'année 1998 concernent un exercice antérieur ; que les résultats financiers prévisionnels pour l'année 1999 n'apparaissent pas directement liés au lancement de la promotion faisant l'objet de la présente demande ; que l'impact de cette offre promotionnelle ne peut être isolé comme seul facteur d'explication de ces mauvais résultats ; que l'affirmation en séance de la société Bouygues Télécom, selon laquelle sa survie serait menacée en deçà d'un seuil de 25 % à 30 % de parts de marché, n'est justifiée par aucun élément d'ordre juridique ou économique ;

Considérant, par suite, qu'en l'absence d'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, il n'y a pas lieu au prononcé de mesures conservatoires,

Décide :

Article unique

La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M251 est rejetée.
Délibéré, sur le rapport oral de M. Grignon Dumoulin, par Mme Hagelsteen, présidente,
M. Jenny, vice-président, et M. Nasse, membre.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 105

Décision n° 99-PB-01 du Conseil de la concurrence en date du 21 décembre 1999 relative à une saisine présentée par le Syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement

NOR : ECOC0000107S

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 25 octobre 1999 sous le numéro P 13, par laquelle le Syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement a saisi le Conseil de la concurrence d'une offre présentée par la Société de distribution d'eau intercommunale (SDEI) à l'occasion d'un appel d'offres lancé par la commune de Sainte-Colombe (Rhône) pour la délégation du service public de l'assainissement, offre qu'il considère comme constituant un prix anormalement bas et, en conséquence, a saisi le Conseil sur la base de l'article 10-1 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement et le représentant du Syndicat des exploitants indépendants des réseaux d'eau et d'assainissement entendus ;

Après en avoir délibéré hors la présence du rapporteur et du rapporteur général adjoint ;

Considérant que la commune de Sainte-Colombe (Rhône) a lancé un appel à candidatures le 10 juin 1998 en vue de la délégation du service public de l'assainissement sous forme d'affermage, la date limite de remise des candidatures étant fixée au 6 juillet 1998 ; que deux propositions sont parvenues à la commune, l'une de la SDEI pour un montant de 119 800 F HT, l'autre de la société Cholton pour un montant de 131 000 F HT, soit un écart de 8,5 % entre les deux offres ; que, par délibération en date du 16 décembre 1998, le conseil municipal a retenu la proposition de la SDEI ;

Considérant que la partie saisissante soutient que la SDEI a proposé un prix abusivement bas et que cette pratique est contraire aux dispositions de l'article 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que l'article 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prohibe les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement basses par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits ;

Considérant qu'aux termes de l'article 19 de l'ordonnance sus-visée le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence ou ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ;

Considérant qu'en passant un marché en vue de l'attribution de l'affermage de l'assainissement le conseil municipal de Saint-Colombe est intervenu pour subdéléguer une mission de service public déléguée aux communes et pour satisfaire les besoins des habitants de la commune et non ses propres besoins ; qu'il s'ensuit que la commune de Sainte-Colombe n'est pas un consommateur au sens de l'article 10-1 susvisé ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article 19 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et de déclarer la saisine irrecevable,

Décide :

Article unique

La saisine enregistrée sous le numéro P 13 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Komiha, par M. Cortesse, vice-président, président la séance, Mmes Mader-Saussaye et Perrot, MM. Bidaud, Lasserre, Piot, Rocca et Sloan, membres.

La secrétaire de séance,
Sylvie Grando
Le vice-président,
président la séance
Pierre Cortesse
Annexe 106

Avis n° 98-A-12 du 27 octobre 1998 concernant un projet de décret en Conseil d'Etat modifiant le décret n° 83-13 du 10 janvier 1983 portant application des dispositions de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif aux groupements et ententes de programmation

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 7 septembre 1998 sous le numéro A 252, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, d'une demande d'avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat modifiant le décret n° 83-13 du 10 janvier 1983 portant application des dispositions de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif aux groupements et ententes de programmation ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et notamment son article 90 ;

Vu la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 modifiée, d'orientation du commerce et de l'artisanat et notamment ses articles 36-1 et suivants ;

Vu le décret n° 83-13 du 10 janvier 1983 portant application des dispositions de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif aux groupements et ententes de programmation ;

Vu le décret n° 83-36 du 9 février 1983 portant application des dispositions de l'article 92 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif au médiateur du cinéma ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre du 7 septembre 1998, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a

saisi le Conseil de la concurrence pour avis, sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'un projet de décret en Conseil d'Etat modifiant le décret n° 83-13 du 10 janvier 1983 portant application des dispositions de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relatif aux groupements et ententes de programmation.

I. - LE CONTEXTE JURIDIQUE ET ÉCONOMIQUE DANS LEQUEL S'INSCRIT LE PROJET DE DÉCRET

A. - **Le secteur de la diffusion cinématographique**

1. *Les différents opérateurs*

Le processus qui va de la conception d'un film à sa vision par les spectateurs met en relation plusieurs catégories d'opérateurs :

1. Les producteurs : ils sont concessionnaires des droits patrimoniaux des auteurs tels que définis à l'article L. 122-1 du code de la propriété littéraire et artistique (droit de reproduction et droit de représentation). Ils engagent les acteurs et les techniciens et supportent la responsabilité financière du projet jusqu'à sa sortie en salle ;

2. Les distributeurs : ce sont des intermédiaires entre les producteurs auxquels ils sont généralement liés par un mandat et soit les exploitants de salles de cinéma, soit les programmeurs. Ils se substituent en effet au producteur qui leur cède ses droits de commercialisation du film pour une durée déterminée (de 3 à 7 ans en règle générale) et sur un territoire déterminé. Ils prennent en charge le marketing du film et organisent à leurs frais la campagne publicitaire de lancement du film. Ils procèdent également au tirage des copies des films. Les distributeurs concèdent leurs droits de représentation aux exploitants de salles et négocient avec ces derniers la durée et le taux de location du film selon un plan de diffusion. Ils sont rémunérés sur la recette de la salle.

En 1997, 428 entreprises étaient titulaires d'une autorisation professionnelle pour exercer une activité de distribution. Les sociétés de distribution ont réalisé au cours de cette même année 2,108 milliards de francs de recettes dont 88 % ont été générés par les dix premiers distributeurs.

L'activité de distribution se répartit entre quatre grands types d'entreprises :

- les sociétés de distribution intégrées : il s'agit des groupes Gaumont et UGC, présents à la fois dans la production, la distribution et l'exploitation par l'entremise de sociétés filiales ou affiliées, ainsi que de la société Pathé, présente dans les secteurs de l'exploitation et de la distribution par l'intermédiaire de la société AMLF ;

- les sociétés de distribution indépendantes diffusant des films à l'échelon national telles que Pyramide, Metropolitan, Les Films du Losange, Lazennec Diffusion, ARP ; ces sociétés distribuent souvent des films « d'auteur » français et européens ;

- les sociétés de distribution dites d'art et d'essai : elles concourent au pluralisme indispensable pour permettre la distribution de films à audience limitée. Quatre distributeurs d'art et d'essai sont classés parmi les vingt premiers distributeurs en France (Bac Films, MK2 Diffusion, Rezo Films et Diaphana Distribution) ;

- enfin, les grandes compagnies américaines de cinéma telles que UIP, Warner, Columbia, parfois liées aux grands groupes français. Ainsi, après avoir été longtemps codistribuée par Gaumont, la Fox a conclu un accord avec UGC. De son côté, la société Gaumont a créé avec Walt Disney la société Gaumont / Buena Vista International chargée de distribuer les films des deux compagnies. Cette nouvelle organisation est leader sur le marché de la distribution.

3. Les programmeurs : la programmation d'une salle est assurée en principe par l'exploitant de cette salle ou un de ses salariés. La multiplicité des films ne permet cependant pas à tous les exploitants d'exercer directement cette fonction. Dans un certain nombre de cas, les exploitants confient la programmation de leurs salles à des ententes ou des groupements de

programmation.

Les programmeurs cherchent à maximiser l'utilisation et les recettes des salles qu'ils programment en obtenant pour ces salles les meilleurs films au cours des meilleures périodes. Ils sont rémunérés pour leurs services par les salles qui leur rétrocèdent une partie de leurs recettes (en moyenne 2 à 4 %).

On appelle entente de programmation le regroupement de salles au sein d'une structure, par adhésion à une convention. L'une des salles de l'entente est désignée comme « salle pilote » et négocie la distribution du film avec le distributeur au nom de l'entente.

Le groupement de programmation est une structure juridique spécialement créée (société commerciale ou GIE) pour assurer la programmation des salles adhérentes au groupement de programmation.

On dénombre sept groupements nationaux de programmation (Gaumont, UGC, Pathé, Glozel, GPCI, SAGEC, Soredic) et une trentaine de groupements ou ententes à l'échelon régional ou local. Les groupements nationaux de programmation programment 33,7 % du parc national des salles dont plus de 15 % de salles ne leur appartenant pas.

Ces groupements et ententes détiennent donc une part importante du marché de la diffusion cinématographique, notamment en ce qui concerne les trois circuits Gaumont, UGC et Pathé, et sont ainsi en mesure d'exercer une influence déterminante sur l'accès des films aux salles et sur les conditions dans lesquelles les salles peuvent accéder aux films.

C'est pour éviter un tel risque que les dispositions de l'article 90 de la loi du 28 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle ont interdit les ententes et groupements entre deux ou plusieurs entreprises d'exploitation d'importance nationale et ont soumis ces ententes ou groupements à un agrément préalable délivré par le directeur du Centre national de la cinématographie. Cet agrément est subordonné « au respect du libre jeu de la concurrence et de la plus large diffusion des œuvres conforme à l'intérêt général ». A cet effet, les groupements et ententes doivent prendre des engagements destinés à garantir les objectifs de libre concurrence et de pluralisme de la diffusion.

4. Les exploitants de salles : Sur le parc de 4655 salles en 1997, les salles privées sont au nombre d'environ 3350. Certaines salles sont détenues par des exploitants dits « indépendants » qui assurent leur propre programmation de films, d'autres appartiennent à un groupe intégré (UGC – Pathé – Gaumont) ou sont affiliées à un groupement ou à une entente de programmation.

A côté des salles privées, on trouve également des salles municipales dont la gestion peut être assurée par la commune en régie directe ou être confiée à une association ou à un exploitant privé sous forme de location gérance ou de concession de jouissance. La municipalité peut dresser un cahier des charges afin de favoriser la diffusion de certains types de films ou la promotion d'une politique d'animation spécifique. On dénombre environ 1 300 salles municipales en France, soit plus du quart du parc total des salles (4 655 salles en 1997). Elles attirent 15 % de la clientèle.

Un certain nombre de salles privées ou municipales sont classées salles d'art et d'essai. Ce sont des salles qui diffusent des œuvres présentant certaines caractéristiques : films possédant d'incontestables qualités artistiques, films novateurs, films appartenant à des cinématographies peu diffusées en France, films de reprises présentant un intérêt cinéphilique ou historique. Lorsqu'il s'agit de films étrangers, ils doivent être présentés en version originale. Le classement d'une salle est prononcé par le directeur général du Centre national de la cinématographie après avis de la commission du cinéma d'art et d'essai. Il est subordonné à la diffusion d'une certaine proportion de films d'art et d'essai au cours de l'année (le taux variant de 35 % pour les villes de moins de 30 000 habitants, à 75 % pour Paris). Les salles classées bénéficient de subventions. En 1997, on comptait 778 salles d'art et d'essai, soit 17 % du parc, dont un tiers ont un statut municipal et près d'un tiers sont

rattachées à un groupement ou à une entente de programmation national ou régional. Les salles d'art et d'essai sont essentiellement implantées en milieu urbain (43 % d'entre elles sont situées dans des agglomérations de plus de 200 000 habitants). Elles représentent 25 % de la fréquentation totale.

Depuis le début des années soixante, la diffusion de films cinématographiques effectuée sous certaines conditions par les chaînes de télévision a transformé progressivement les conditions d'exploitation des salles de cinéma.

Au début des années soixante-dix, une baisse de fréquentation des salles a entraîné une première crise endiguée par la création « des multisalles » qui ont permis d'accroître de façon conséquente le nombre de films offerts au public et aux exploitants de limiter leurs coûts fixes (caisse unique, cabine unique...) tout en leur procurant une grande souplesse de programmation et ainsi d'améliorer le rendement du fauteuil installé.

L'exploitation cinématographique a connu une seconde crise au milieu des années 80, liée à l'apparition de la vidéo et aggravée par l'inconfort technique de nombreuses salles, souvent trop petites pour accueillir un public nombreux les jours d'affluence, avec une qualité médiocre de son et d'image, et par les difficultés d'accès aux cinémas situés en centre ville liées à une insuffisance des parcs de stationnement.

Pour remédier à ces inconvénients, les exploitants ont conçu une nouvelle génération de salles : les multiplexes. Ce sont des unités de grande taille comprenant au moins un millier de places et huit salles comportant des écrans géants et des fauteuils disposés en gradin, bénéficiant d'une acoustique haut de gamme et de grands halls d'accueil. Les multiplexes sont associés à un certain nombre de services tels que le parking gratuit, des espaces multimédia et de restauration. Le coût de tels équipements varie entre 30 et 180 millions de francs : pour être rentables, ils doivent être implantés dans des zones à forte densité de population, généralement supérieure à 100 000 habitants.

Conformément aux dispositions de l'article 1^{er} de la loi du 27 décembre 1973 modifiée, en dernier lieu, par la loi du 2 juillet 1998, la création des multiplexes est soumise à la commission départementale d'équipement cinématographique, compétente pour délivrer une autorisation pour les projets ayant, notamment, pour objet la création ou l'extension d'un ensemble de salles de spectacles cinématographiques comportant plus de 1 000 places. Au 1^{er} semestre 1998, on en dénombrait 39 dont dix appartiennent à Pathé, neuf à UGC, neuf à Gaumont, sept à CGR, deux à Bert, un à Lemoine et un à Fridemann.

Les premiers multiplexes sont apparus en France en 1993. Ils ont entraîné une reprise de la fréquentation cinématographique. En 1997, on a enregistré 148 millions d'entrées contre 116 millions en 1992 soit une augmentation de 27,6 %. A la fin de l'année 1997, les 34 multiplexes en activité représentaient : 442 écrans soit 9,5 % du parc, 93 335 fauteuils soit 9,6 % du nombre total des fauteuils et ils réalisaient 25,64 millions d'entrées soit 17,3 % du nombre des entrées enregistrées au cours de la même année.

2. La typologie des films diffusés

En 1997, sur les 4 181 longs métrages qui ont été diffusés sur les écrans français, les 394 films projetés en première exclusivité ont réalisé plus de 85 % des entrées de l'année.

Au cours de la même année, les dix premiers films ayant réalisé le plus d'entrées ont représenté à eux seuls 28,5 % des entrées, les vingt premiers films 42,5 % des entrées et les trente premiers films 52,8 %. Quinze de ces trente films sont d'origine américaine, douze sont totalement ou partiellement français et trois sont d'origine britannique.

Au cours de la même année, 17 films ont réalisé plus de 2 millions d'entrées, ce qui représente 38,8 % des entrées annuelles, dont quatre films français et dix films américains ; 41 films ont été vus par plus d'un million de spectateurs, soit 61,3 % des entrées, dont 12 films français et 25 films américains ; 69 films ont réalisé plus de 500 000 entrées, soit 75,8 %

des entrées, dont 20 films français et 43 films américains ; enfin, 163 films ont réalisé plus de 100 000 entrées, ce qui représente au total 91,9 % des entrées, dont 62 films français et 81 films américains.

Ainsi, les films américains ont attiré 53,8 % de la clientèle, contre 34,5 % pour les films français et 8,3 % pour les autres films européens.

Selon le Centre national de la cinématographie, en 1997, 44,3 % des séances ont été consacrées aux films européens. Ce taux n'est que de 40,5 % en moyenne dans les multiplexes, soit un écart de 3,6 points par rapport à la moyenne nationale. La signification de ces chiffres doit toutefois être relativisée. Alors que, jusqu'en 1994-1995, les films d'auteurs ont eu des difficultés d'accès aux salles, les films de cette catégorie bénéficient depuis quelques années d'un engouement du public et, pour certains d'entre eux, sont devenus des films porteurs diffusés dans les grands complexes. On assiste à un renversement de tendance et les exploitants indépendants « art et essai » spécialisés dans la programmation de cette catégorie de films éprouvent des difficultés à y accéder. En revanche, ce sont surtout les œuvres cinématographiques de recherche qui continuent à souffrir d'une difficulté d'accès aux salles et notamment aux multiplexes, qui ne consacrent que 3,1 % de leurs séances à ces films, contre 4,1 % en moyenne.

B. - La réglementation applicable

Si la distribution des films constitue sans conteste une activité commerciale, elle s'inscrit aussi dans le cadre d'une politique culturelle qui cherche à garantir la diversité des œuvres proposées au public. C'est pour préserver cet objectif et éviter que le libre jeu de la concurrence dans le secteur de la diffusion cinématographique soit entravé par des opérateurs occupant une position dominante sur ce marché que le législateur a limité la concentration des entreprises cinématographiques et a encadré le fonctionnement des ententes ou groupements de programmation en ajoutant les dispositions de l'article 90 dans la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

Aux termes de ces dispositions : « Tout groupement ou entente entre entreprises de spectacles cinématographiques destiné à assurer la programmation des œuvres cinématographiques en salles est soumis à agrément préalable délivré par le directeur du Centre national de la cinématographie.

L'agrément ne peut être accordé qu'à des groupements ou ententes qui ne font pas obstacle au libre jeu de la concurrence et à la plus large diffusion des œuvres conforme à l'intérêt général et qui contribuent à la diversification de l'investissement dans la production cinématographique.

Les conditions de délivrance et de retrait de l'agrément sont fixées par décret en Conseil d'Etat qui précise notamment les clauses obligatoires des contrats de programmation et en particulier « les conditions de fixation de la redevance de programmation... ».

Les conditions et les modalités d'attribution de cette autorisation ont été précisées par le décret n° 83-13 du 10 janvier 1983.

Composé de dix-sept articles, ce décret prévoit notamment que l'agrément ne peut être accordé aux groupements ou ententes de programmation qu'à la condition qu'ils n'aient contracté entre eux, ni directement, ni indirectement, aucun accord de nature à lier leur programmation à tout autre groupement ou entente (article 7).

Il précise également que l'agrément est subordonné aux engagements pris par les groupements ou les ententes de programmation pour assurer la plus large diffusion des œuvres conforme à l'intérêt général et qu'il est notamment tenu compte des engagements pris pour permettre l'accès des films à des salles tierces connues pour la qualité de leur programmation et de leur animation (article 8). Concourent, notamment, à l'intérêt général la diffusion des films français et européens, celle de films de distributeurs indépendants et celle des films d'art

et d'essai.

Enfin, ce texte dispose que le Comité consultatif de la diffusion cinématographique institué auprès du directeur général du Centre national de la cinématographie (article 14) est saisi pour avis, avant la délivrance de l'agrément, pour apprécier la situation des ententes et des groupements de programmation afin de s'assurer qu'ils n'occupent pas une position dominante faisant obstacle au libre jeu de la concurrence et à la plus large diffusion des œuvres cinématographiques conforme à l'intérêt général. Le Comité apprécie, notamment, la position dominante de ces groupements ou ententes dans le cadre du territoire national, régional et local (article 15).

En cas de violation des règles fixées par le décret soit par un groupement de programmation, soit par l'entreprise pilote d'une entente, soit par une entreprise membre d'un groupement ou d'une entente, soit par une entreprise de distribution, le directeur général du Centre national de la cinématographie peut prononcer les sanctions prévues à l'article 13 du code de l'industrie cinématographique et le retrait de l'agrément (article 16). Ces sanctions peuvent aller jusqu'à la fermeture temporaire de l'entreprise qui a commis l'infraction.

Les engagements prévus à l'article 8 du décret portent tant sur la programmation par les groupements ou ententes des salles qui ne leur appartiennent pas que sur celle de leurs propres salles. Ils sont définis entre les groupements ou ententes et le Centre national de la cinématographie. Leur contenu est variable. Ils concernent toujours la distribution de films européens de distributeurs indépendants des groupements de programmation. Le nombre de films, le nombre d'écrans affectés à ces films et la durée de la programmation varient selon les groupements et selon l'implantation géographique des salles programmées (Paris – banlieue parisienne – province). Par ailleurs, le Comité consultatif a très souvent invité les groupements à prendre un engagement général vis-à-vis des exploitants indépendants de façon à leur conserver un droit d'accès aux films inédits européens dans la mesure où ces films correspondaient à leur programmation habituelle.

Ces engagements visent donc d'une part à favoriser la diversité des œuvres proposées et notamment à favoriser la diffusion des œuvres européennes face aux films américains et, d'autre part, à protéger les distributeurs indépendants en leur donnant accès aux salles des circuits.

Autre intervenant chargé de veiller au respect du jeu de la concurrence, le Médiateur du cinéma est une autorité administrative indépendante, créée par la loi du 29 juillet 1982, chargée de veiller, en matière de programmation des salles, au respect d'une concurrence loyale. En cas de désaccord entre un exploitant et un distributeur, il peut être saisi par une des parties ou par toute organisation professionnelle ou syndicale et par le directeur du Centre national de la cinématographie. Chargé de mettre en œuvre une conciliation, le Médiateur du cinéma dispose, le cas échéant, d'un pouvoir d'injonction.

II. - LE PROJET DE DÉCRET SOU MIS AU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

A. - **La présentation du projet**

1. *L'article 90, alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1982 modifiée par la loi du 13 décembre 1985*

Jusqu'en 1985, le régime des engagements ne concernait que les groupements et ententes de programmation. En 1985, le législateur, à la suite d'un amendement sénatorial, a décidé d'étendre ces engagements à certains exploitants.

C'est ainsi qu'aux termes du 4^e alinéa de l'article 92 de la loi du 29 juillet 1982 susvisée tels qu'ils résultent de la modification issue de l'article 16 de la loi du 13 décembre 1985 :
« Les entreprises de spectacle cinématographique qui assurent directement et uniquement la programmation de salles dont elles sont propriétaires du fonds de commerce, sont tenues de

souscrire des engagements semblables à ceux auxquels est subordonné l'agrément accordé aux groupements et ententes de programmation, lorsque leur activité est susceptible de faire obstacle au libre jeu de la concurrence et à la plus large diffusion des œuvres, en raison du nombre de salles qu'elles exploitent ou de leur importance nationale. Les critères de détermination des entreprises et les modalités de souscription des engagements visés par le présent alinéa sont fixés par décret en Conseil d'Etat ».

Ces dispositions nouvelles n'ont cependant pas trouvé à s'appliquer immédiatement. En effet, les seuls exploitants susceptibles d'entrer dans le champ de la loi du fait du nombre de salles qu'ils exploitaient ou de leur importance nationale étaient les trois sociétés intégrées (Gaumont – Pathé – UGC). Or, elles souscrivaient déjà des engagements pour leurs salles et les salles qu'elles programmaient en qualité de groupement de programmation.

Ce n'est qu'avec l'apparition des multiplexes et eu égard à l'importance qu'ils prenaient au niveau local, régional et bientôt national, que ces dispositions sont devenues d'actualité. Les exploitants de ces complexes se trouvent en effet parfois, dans une aire géographique, en situation de monopole ou de quasi monopole, ce qui pourrait être préjudiciable à la diversité de la programmation.

Par ailleurs, il est apparu que le nombre de salles programmées par les groupements de programmation nationale était en constante diminution. En 1997, Gaumont ne programmait plus que sept salles en sus de ses propres salles, UGC 67 salles et Pathé 108 salles, ce qui ne représente au total que 3,9 % du parc national des salles. Or, ces grands groupements pourraient renoncer à programmer des salles tierces si les engagements qui leur sont imposés étaient trop contraignants, d'autant plus que les exploitants des multiplexes ne faisant pas partie d'une entente de programmation et qui sont leurs concurrents directs n'y seraient pas soumis.

Enfin, si jusqu'en 1994-1995 les films d'art et d'essai avaient des difficultés d'accès aux salles, un certain nombre d'entre eux bénéficient aujourd'hui d'une large audience auprès du public et sont devenus des films porteurs auxquels les exploitants indépendants « art et essai », qui traditionnellement les programmaient, ont du mal à accéder.

Il a paru dès lors nécessaire, pour protéger la diversité de la programmation et la multiplicité de l'offre en matière d'exploitation ainsi que pour mettre un terme aux disparités juridiques qui existent entre les groupements ou ententes de programmation et les exploitants en situation de quasi monopole, de soumettre ces derniers aux engagements mentionnés par les dispositions de l'article 90, alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1982 modifiée.

C'est dans ces conditions qu'a été élaboré le projet de décret modifiant le décret du 10 janvier 1983 et portant application des dispositions de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982.

2. Le contenu du décret

Le projet de décret en cause modifie et complète le décret n° 83-13 du 10 janvier 1983.

En premier lieu, il insère dans le décret du 10 janvier 1983 un article 15 *bis* pris en application des dispositions précitées du 4^e alinéa de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982 modifiée par la loi du 13 décembre 1985.

Cet article 15 *bis* fixe les critères permettant de déterminer les entreprises qui, bien que ne programmant pas de salles tierces, seront tenues de souscrire des engagements semblables à ceux auxquels est subordonné l'agrément accordé aux groupements ou ententes de programmation. Il détermine également les modalités de souscription des engagements.

Aux termes de cet article : « Toute entreprise de spectacles cinématographiques ou tout groupe d'entreprises ayant en commun un associé ou un actionnaire majoritaire, qui assurent directement et uniquement la programmation de salles dont ils sont propriétaires et qui, dans une zone de chalandise comportant une agglomération de plus de 100 000 habitants,

détiennent un parc de salles qui leur assure 25 % du nombre des entrées ou du montant des recettes sont tenus de souscrire, en application du 4^e alinéa de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982 susvisée, des engagements conformes à ceux visés au 2^e alinéa de l'article 8 ci-dessus dans le cas où leur activité est susceptible de faire obstacle au libre jeu de la concurrence et à la plus grande diffusion des œuvres.

Dans le cas de l'agglomération parisienne, par dérogation aux dispositions précédentes, le pourcentage du nombre d'entrées et du montant des recettes est fixé à 15 % et apprécié soit dans Paris intra-muros soit dans l'agglomération parisienne hors Paris. Les engagements sont souscrits sur l'ensemble de ces deux zones... « .

L'article 90 alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1982 ne prévoyait pas le cas des groupes d'entreprises ayant un associé ou un actionnaire majoritaire. Les rédacteurs du projet de décret ont voulu inclure dans les entreprises soumises à l'obligation de souscrire des engagements le cas d'un groupe comprenant plusieurs entreprises propriétaires chacune de ses salles et qui à elles seules ne rempliraient pas les conditions de seuil minimum pour être soumises auxdits engagements, mais qui, du fait d'une politique de groupe renforcée par la présence d'un actionnaire ou d'un associé majoritaire, pourrait être regardé comme une entreprise unique visée par le texte de loi.

En revanche, les salles programmées par les groupements de programmation, qu'elles leur appartiennent ou non, sont donc exclues du champ d'application de cet article puisqu'elles sont déjà soumises aux engagements au titre des groupements et ententes de programmation.

Selon les rédacteurs du projet, le seuil de 100 000 habitants a été retenu parce que, d'une part, une agglomération de dimension inférieure ne constituerait pas un marché significatif et que, d'autre part, pour des raisons de rentabilité, il n'existe pas pour l'instant de multiplexes implantés dans des agglomérations de plus petite taille.

Quant au seuil de 25 % des entrées ou des recettes, il a été fixé par référence aux dispositions de l'article 38 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 pour apprécier l'existence d'une position dominante sur le marché de l'exploitation cinématographique. Ce seuil a été abaissé à 15 % à Paris et dans l'agglomération parisienne, car les deux opérateurs les plus importants n'y assurent guère plus de 15 % du nombre des entrées ou du montant des recettes (UGC et Gaumont à Paris et UGC et Pathé en banlieue parisienne) et que le maintien du seuil à 25 % en région parisienne aurait fait échapper aux dispositions du texte les principaux opérateurs sur le marché cinématographique le plus important.

Par ailleurs, la notion de zone de chalandise étant difficile à délimiter en région parisienne en raison du caractère attractif de Paris, le texte oblige les exploitants à souscrire les engagements sur l'ensemble de l'agglomération parisienne.

Il n'y a toutefois pas d'automaticité entre le fait que les entreprises ou groupes d'entreprises remplissent les conditions de seuil susvisées et l'obligation de souscrire des engagements. En effet, seules les entreprises dont l'activité est susceptible de faire obstacle au libre jeu de la concurrence et à la plus grande diffusion des œuvres sont soumises à cette obligation, cette deuxième condition relevant de l'appréciation du directeur général du Centre national de la cinématographie après avis du Comité consultatif de la diffusion cinématographique.

Les engagements que devront souscrire les entreprises devront être conformes à ceux visés au II du nouvel article 8 du décret du 10 janvier 1983 à savoir qu'ils devront « permettre d'assurer la plus large diffusion des œuvres conformes à l'intérêt général, notamment par des salles tierces connues pour la qualité de leur programmation ».

Comme dans le système antérieur, ces engagements seront déterminés entre l'exploitant et le Centre national de la cinématographie en vue d'atteindre les objectifs ci-dessus énoncés. Ils devraient permettre de favoriser la diffusion de films européens, de protéger les

distributeurs indépendants en leur donnant une possibilité d'accès aux grandes salles et de préserver le réseau des exploitants des salles d'art et essai.

Les engagements seront proposés par les exploitants pour les deux années à venir et devront être agréés par le directeur général du Centre national de la cinématographie après avis du Comité consultatif de la diffusion cinématographique. A défaut d'accord, les engagements seront établis par Centre national de la cinématographie après avis du même Comité.

En cas de non-respect des dispositions du décret, le directeur général du Centre national de la cinématographie pourra prononcer à l'encontre des entreprises visées à l'article 15 *bis* les sanctions prévues à l'article 13 du code de la cinématographie.

En second lieu, les nouvelles dispositions réglementaires limitent le champ d'application de l'agrément et des engagements de programmation auxquels sont soumis les groupements et ententes de programmation.

Sous l'empire des anciennes dispositions, tous les groupements et ententes devaient être agréés et souscrire des engagements pour pouvoir programmer des salles ne leur appartenant pas. Désormais, seront seuls tenus de souscrire des engagements les groupements et ententes de programmation qui programment des œuvres cinématographiques dans une zone de chalandise comportant une agglomération de plus de 100 000 habitants dans laquelle ils programment un parc de salles qui leur assure 25 % du nombre des entrées ou du montant des recettes ou 15 % dans le cas de Paris et de l'agglomération parisienne.

Le projet de décret a donc pour objectif d'harmoniser la situation des groupements et ententes de programmation et celle des exploitants soumis aux dispositions nouvelles.

Enfin, le projet de décret prévoit que les engagements seront communiqués au Médiateur du cinéma dès leur entrée en vigueur et que ce dernier pourra être saisi de toute situation relative à leur mise en œuvre.

B. - Les incidences du projet au regard du droit de la concurrence

Seules ont fait l'objet d'un examen les dispositions susceptibles d'avoir une incidence au regard du droit de la concurrence.

Avant d'examiner les dispositions du projet de décret, il convient de remarquer à titre liminaire que le projet soumis à l'examen du Conseil s'inscrit dans un régime législatif et réglementaire qui encadre fortement l'activité des différents opérateurs en poursuivant un double objectif : préserver le meilleur accès possible des exploitants aux salles et favoriser la plus large diffusion des œuvres cinématographiques.

1. Sur le seuil de 100 000 habitants

En application des dispositions des articles 8 et 15 *bis* modifiés par le projet de décret, ne seront soumis aux nouvelles dispositions et susceptibles de souscrire des engagements que les entreprises ou groupements et ententes de programmation qui assurent un certain pourcentage de recettes ou d'entrées dans une zone de chalandise comportant une agglomération de plus de 100 000 habitants.

Le Conseil observe que le projet de texte vise à soumettre à des engagements de programmation tout opérateur qui, détenant un pouvoir de marché, pourrait l'utiliser dans un sens contraire aux objectifs fixés par la loi du 29 juillet 1982, c'est-à-dire le « libre jeu de la concurrence et la plus large diffusion des œuvres ».

S'agissant des ententes et des groupements de programmation, le Conseil constate qu'à la différence d'un exploitant isolé, la puissance d'un groupement ou d'une entente de programmation résulte tant de l'ensemble de son parc de salles que de la position de telle ou telle salle située dans une zone de chalandise déterminée. En conséquence, il n'y a pas lieu de

limiter la possibilité de soumettre à des engagements les seuls exploitants, membres d'un groupement ou d'une entente de programmation, présents dans une zone de chalandise comportant plus de 100 000 habitants, dès lors qu'un comportement limitant la concurrence peut être développé par un exploitant appartenant à un tel groupement ou entente quelle que soit la taille de l'agglomération dans laquelle il se situe.

Au demeurant, le Conseil observe que, dans les faits, compte tenu de la dimension des groupements et des ententes de programmation, ceux-ci programment tous au moins une salle qui leur assure 25 % du nombre des entrées ou des recettes et qui est installée dans une zone de chalandise comportant une agglomération de plus de 100 000 habitants ; ainsi, malgré la nouvelle formulation de l'article 8 modifié, tous les groupements ou ententes seront, comme auparavant, tenus de souscrire des engagements. Par suite, le Conseil préconise de conserver l'ancien système applicable en l'espèce et qui soumet tous les groupements ou ententes à la souscription d'engagements sans référence à un seuil de population ou à un pourcentage du nombre des entrées ou du montant des recettes.

S'agissant des exploitants individuels, il convient de relever qu'en fixant un seuil de population minimale dans la zone de chalandise pour rendre « éligible » un opérateur présent dans cette zone, le texte ne permet pas de répondre à toutes les situations qu'il vise. En effet, le pouvoir détenu par un opérateur sur un marché est indépendant des critères tenant à la taille de l'agglomération incluse dans la zone. Ainsi, dans une zone de moindre importance du point de vue démographique, il peut exister un opérateur prééminent dont les comportements pourront être de nature à restreindre la concurrence. Une référence à un seuil quantitatif de population n'apparaît donc pas appropriée pour régler les situations dans laquelle la concurrence sur le marché pourrait être menacée.

En conséquence, le Conseil suggère de supprimer toute référence quantitative au nombre d'habitants, de façon à ce que tous les opérateurs réalisant 25 % du nombre des entrées ou des recettes dans leur zone de chalandise ou 15 % à Paris et en agglomération parisienne puissent être « éligibles », voire soumis à l'obligation de souscrire des engagements, si, comme le prévoit le texte de l'article 15 *bis*, leur activité pourrait faire obstacle au libre jeu de la concurrence et à la plus grande diffusion des œuvres. Le Conseil fait également valoir que d'autres critères cumulatifs ou alternatifs en valeur absolue tels que le nombre de fauteuils dans la zone ou un montant de chiffre d'affaires pourraient être introduits, de façon à ce que le système des engagements mis en place ne concerne, conformément aux dispositions législatives du 4^e alinéa de l'article 90 de la loi du 29 juillet 1982, que les entreprises susceptibles, par leur taille ou leur importance nationale, d'avoir une influence sur le marché de la diffusion cinématographique.

2. Sur la notion de groupe d'entreprises

En vertu de l'article 15 *bis* modifié par le projet de décret, sont tenus de souscrire des engagements toute entreprise de spectacles cinématographiques ou tout groupe d'entreprises ayant en commun un associé ou un actionnaire majoritaire.

La formulation ainsi retenue permet à certains groupes d'entreprises d'échapper à l'obligation de souscrire des engagements. En effet, un certain nombre d'entreprises cinématographiques sont détenues par des structures dont les membres se sont répartis les établissements de cinéma concernés en constituant pour chacun de ceux-ci une société propriétaire du fonds et dont chaque membre est associé ou actionnaire. Il suffirait qu'un de ces membres ne soit majoritaire que dans une ou plusieurs des sociétés mais non dans toutes pour écarter l'application de l'article 15 *bis*.

Il paraît cependant excessif de préconiser l'extension de l'article 15 *bis* aux groupes d'entreprises ayant en commun un associé ou un actionnaire non majoritaire.

Le Conseil estime, en revanche, que le texte pourrait utilement viser, outre la présence

dans chaque entreprise du groupe d'un associé ou actionnaire majoritaire commun, l'existence d'un dirigeant commun, dès lors que l'accès à de telles fonctions n'est pas juridiquement lié à la détention de la majorité des parts ou actions de la société.

3. Sur les engagements

Les engagements peuvent être soit proposés par l'entreprise, soit, en cas de désaccord, imposés par le Centre national de la cinématographie. Pour répondre à une préoccupation générale d'information des opérateurs sur les marchés concernés, le Conseil estime qu'il serait souhaitable de prévoir que les engagements seront rendus publics.

Délibéré, sur le rapport de M. Yves Marino, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Cortesse, vice-président, MM. Robin, Sloan et Urbain, membres.

Le rapporteur général,
Marie Picard
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 107

Avis n° 99-A-01 du 5 janvier 1999 portant sur l'option tarifaire « Abonnement modéré » de France Télécom

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 3 décembre 1998 sous le numéro A 262 par laquelle le ministre des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 portant sur l'option tarifaire « Abonnement modéré » de France Télécom ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence modifiée, notamment son article 5, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu le code des postes et télécommunications ;

Vu la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications ;

Vu l'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 23 décembre 1998, sollicité par le Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants des sociétés France Télécom et Cegetel entendus conformément à l'article 25 de l'ordonnance précitée,

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre du 3 décembre 1998, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'une demande d'avis relative à l'option tarifaire « Abonnement modéré » de France Télécom.

Cette option tarifaire a déjà été soumise pour avis au Conseil de la concurrence en décembre 1996. Dans son avis n° 96-A-18 du 31 décembre 1996, le Conseil avait indiqué que « *les éléments en la possession du Conseil à ce stade sont insuffisants pour émettre une opinion définitive sur cette option* ». En vue d'éclairer les pouvoirs publics sur l'opportunité de reconduire l'homologation de l'option « Abonnement modéré », le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie demande au Conseil d'apprécier une nouvelle fois cette option au regard des règles applicables en matière de concurrence.

Le présent avis décrira le marché concerné et le contenu de l'option tarifaire

« Abonnement modéré », puis établira un bilan de ce dispositif (I), pour procéder ensuite à son analyse au regard des règles de concurrence (II).

I. - Le marché concerné : les services téléphoniques fixes destinés aux abonnés résidentiels

Dans son avis n° 97-A-19 du 24 septembre 1997, le Conseil a considéré qu'il existait un marché de la téléphonie mobile distinct de celui de la téléphonie entre points fixes dans la mesure où, comme l'a indiqué la Commission européenne dans sa directive n° 90/388/CEE, on constate très peu d'interchangeabilité entre la radiotéléphonie mobile et la téléphonie fixe, l'utilisateur qui s'abonne à la téléphonie mobile ne résiliant pas l'abonnement fixe principal. En outre, il existe une différence importante dans le prix de l'abonnement et des télécommunications téléphoniques sur réseau fixe ou mobile.

Le marché de la téléphonie fixe était exploité en monopole par France Télécom jusqu'au 1^{er} janvier 1998. Depuis lors, ce marché s'est ouvert à la concurrence, mais l'émergence de nouveaux opérateurs est encore modeste. France Télécom demeure ainsi l'opérateur dominant, en particulier pour les liaisons locales.

Sur le marché de la téléphonie entre points fixes, il existe deux segments distincts : le marché des abonnés professionnels et le marché des abonnés résidentiels qui font l'objet d'offres de services et de tarifs distincts.

L'« Abonnement modéré » est une option tarifaire de France Télécom, pour la téléphonie entre points fixes, destinée aux abonnés résidentiels.

A. - L'option tarifaire « Abonnement modéré »

En décembre 1996, France Télécom a élaboré, dans la perspective de l'ouverture à la concurrence des services téléphoniques fixes urbains et interurbains à compter du 1^{er} janvier 1998, une nouvelle politique tarifaire, applicable à compter du 1^{er} mars 1997, qui a pour objet de rapprocher les montants de l'abonnement et de certains tarifs téléphoniques de leurs coûts réels.

Le 1^{er} mars 1997, l'abonnement principal pour les clients résidentiels a connu une augmentation de 29 % et a été fixé à 68 F TTC par mois. Dans le même temps, le prix des appels nationaux et internationaux a baissé respectivement de 17,5 et 20 %.

Ces mesures ont été accompagnées d'offres de services différenciés, applicables à la même date, destinées à mieux répondre aux besoins des clients.

En ce qui concerne les abonnements, France Télécom a mis en place, d'une part, un abonnement majoré avec des prix de communications moins élevés pour les abonnés qui téléphonent beaucoup, dénommé « Ecoplan local », et, d'autre part, un abonnement moins cher avec des communications plus élevées pour ceux qui téléphonent peu. Cette dernière option est dénommée « Abonnement modéré ».

France Télécom a fixé le prix mensuel de cet abonnement à 34 F (TTC) pour la France métropolitaine et à 30,87 F (TTC) pour la Guadeloupe, la Martinique et la Réunion, soit une réduction de 50 % par rapport au prix de l'abonnement principal. En contrepartie de la baisse du montant de l'abonnement, le prix de l'unité « télécom » (0,74 F [TTC] au 1^{er} mars 1997) est doublé pour les consommations comprises entre 0 et 184 unités par bimestre. Le surcoût de l'unité s'applique à tout le trafic téléphonique émis à partir de la ligne abonnée, à l'exception des communications à destination des numéros à tarification spéciale (audiotel, numéro azur, télex, etc.) et des mobiles. Au-delà de 184 unités de consommation par bimestre, l'unité supplémentaire est facturée au tarif normal. Depuis le 1^{er} septembre 1997, date du passage à la tarification à la seconde, le nombre de communications entraînant le doublement de leur prix est exprimé en francs hors taxes. Ainsi, lorsque les communications consommées

par l'abonné de la France métropolitaine, de la Guadeloupe et de la Martinique, au cours du bimestre, sont comprises entre 0 et 113,16 F (HT), le prix des communications est doublé. Ces valeurs correspondent à celles des unités antérieures.

Cet abonnement s'applique exclusivement à une seule ligne analogique individualisée desservant un même site pour un même titulaire. En outre, il ne donne pas accès à un autre opérateur, aux cartes France Télécom, aux options tarifaires, ni à l'inscription aux pages jaunes. Selon France Télécom, l'« Abonnement modéré » a été mis en place pour limiter l'incidence de la revalorisation du prix de l'abonnement principal pour les faibles consommateurs.

Il convient de relever qu'un autre tarif réduit d'abonnement pour les clients résidentiels effectuant peu de communications existait préalablement à l'« Abonnement modéré ». Ce tarif dénommé « Faible consommation » a été instauré en 1994 par France Télécom, au moment du passage du prix de l'abonnement principal pour les clients résidentiels fondé sur le nombre d'abonnés par agglomération : moins de 50 000 abonnés, 28 F (TTC) ; plus de 50 000 abonnés, 33 F (TTC) et Paris 39 F (TTC) à un prix unique de l'abonnement de 45 F (TTC). Cette nouvelle tarification de l'abonnement avait entraîné une majoration de 13 à 38 % selon la zone de résidence de l'abonné. Le tarif d'abonnement « Faible consommation » était alors entré en application pour limiter l'impact de cette hausse pour les consommateurs les plus vulnérables.

Depuis le 1^{er} mars 1997, le prix mensuel d'un abonnement principal pour une ligne individualisée à faible consommation est de 28,47 F (TTC) en France métropolitaine pour une consommation de une à dix unités par bimestre (7,40 F [TTC]). De dix à 26 unités, le prix de l'abonnement est majoré de 2,33 F (TTC) par unité supplémentaire consommée. Enfin, en l'absence de consommation d'unités, et pour toute consommation par bimestre supérieure à 26 unités, le prix de base, c'est-à-dire 68 F (TTC), s'applique à l'abonnement principal. La présentation du calcul du prix de l'abonnement a également été modifiée en octobre 1997 pour tenir compte de la tarification à la seconde. Les valeurs en vigueur au 1^{er} mars 1997 ont cependant été reconduites. Cette formule tarifaire s'applique automatiquement à tout abonné ayant un abonnement principal pour une ligne individualisée pour laquelle France Télécom constate une faible consommation pendant le bimestre écoulé, sans aucune autre condition.

B. - L'homologation tarifaire de l'« Abonnement modéré »

L'article 17 du cahier des charges de France Télécom prévoit notamment que *« les tarifs du service universel et les services pour lesquels il n'existe pas de concurrents sur le marché sont soumis aux ministres chargés des télécommunications et de l'économie ainsi qu'à l'Autorité de régulation des télécommunications »*.

Conformément à l'article 17 précité, France Télécom a demandé l'homologation de cet abonnement, qui lui a été accordée temporairement par les ministres chargés des télécommunications et de l'économie, conjointement avec l'abonnement à tarif réduit « Faible consommation », jusqu'au 1^{er} juillet 1998, dans l'attente de la mise en œuvre du tarif social prévu par l'article L. 35-1, alinéa 1, du code des postes et télécommunications modifié par la loi du 26 juillet 1996 relative à la réglementation des télécommunications, qui dispose que : *« Il (le service universel) est fourni dans des conditions tarifaires et techniques prenant en compte les difficultés spécifiques rencontrées dans l'accès aux services téléphoniques par certaines catégories de personnes en raison notamment de leur niveau de revenu ou de leur handicap (...) »*.

En mai 1998, France Télécom a sollicité, d'une part, une prolongation de l'homologation de l'abonnement « Faible consommation » jusqu'à la mise en place de l'abonnement social et, d'autre part, une homologation définitive de l'« Abonnement modéré », en présentant cette formule comme une option commerciale de France Télécom.

Le 10 juillet 1998, l'homologation des tarifs de l'« Abonnement modéré » et de l'abonnement « Faible consommation » a été prolongée jusqu'à la fin décembre 1998, en raison de la poursuite de l'étude du décret sur les tarifs sociaux. L'Autorité de régulation des télécommunications (ART) consultée sur cette demande d'homologation a rendu, le 2 juillet 1998, un avis favorable pour l'abonnement « Faible consommation », au motif que cette formule tarifaire ne fait pas obstacle à la sélection d'un autre opérateur pour les communications longue distance, mais défavorable pour l'« Abonnement modéré ». L'ART a, en effet, relevé que, dans la mesure où ce dernier abonnement est une initiative commerciale de France Télécom, l'impossibilité de la sélection du transporteur ne se justifie pas.

C. - Les utilisateurs de l'« Abonnement modéré »

Lors de la mise sur le marché de l'« Abonnement modéré », France Télécom avait estimé à 3 millions, sur les 24,5 millions d'abonnés résidentiels à la téléphonie fixe vocale, le nombre d'abonnés susceptibles d'être intéressés par cette option. La cible visée était principalement des utilisateurs qui téléphonent peu souvent (moins de 92 unités de télécommunications par bimestre) et reçoivent principalement des appels, notamment des personnes âgées pour lesquelles le téléphone représente une sécurité familiale, ainsi que les propriétaires de résidence secondaire.

Selon les données fournies par France Télécom, au 30 septembre 1998, 356 400 abonnés avaient choisi l'option « Abonnement modéré », option qui doit faire l'objet d'une demande de renouvellement chaque année. Il peut être relevé qu'au mois de septembre, pour la première fois, un solde négatif a été enregistré pour cet abonnement, le nombre de résiliations (+ 9 200) étant supérieur au nombre de souscriptions (7 938 en septembre).

France Télécom a fait réaliser par la société OBEA, en novembre 1998, une étude sur le profil des clients de l'« Abonnement modéré ». Il ressort de celle-ci que ces derniers sont :

- pour 43 % des retraités, 13 % des étudiants, 12 % des employés, 10 % des cadres supérieurs et des chefs d'entreprise ;
- 60 % auraient un revenu inférieur à 6 000 F par mois, dont 15 % moins de 3 000 F, mais cette donnée doit être relativisée car 50 % des personnes interrogées n'ont pas répondu à cette question.

Selon l'étude OBEA, l'abonnement est souscrit à 91 % pour la résidence principale qui ne comporte qu'une ligne téléphonique, 9 % pour une résidence secondaire.

Les deux raisons principales qui ont motivé la prise de cette option sont : la faible fréquence d'utilisation du téléphone (69 %) et la volonté de faire des économies (58 %). 50 % des abonnés sont uniquement ou essentiellement en réception d'appels.

Les abonnés paraissent satisfaits à 84 % de cette formule, estimant que l'abonnement leur a permis de faire des économies et qu'il est avantageux pour ceux qui téléphonent peu. En ce qui concerne les insatisfaits (16 %), les raisons avancées du mécontentement sont : une facture sans changement ou plus élevée et l'absence de cumul avec d'autres options tarifaires.

Pour qu'un abonnement modéré soit attractif pour le client, il faut que sa facture bimestrielle soit inférieure à 204,47 F (TTC) (2 x 34 F d'abonnement et 136,47 F de communications, correspondant à l'économie réalisée sur l'abonnement, soit 68 F x 2). La facture moyenne de l'ensemble des clients résidentiels est de 432 F (TTC) par bimestre (2 x 68 F d'abonnement et 2 x 148 F de communications), les communications locales représentant 71 % de celle-ci. Il ressort des données fournies par France Télécom que la facture moyenne des lignes « Abonnement modéré » (montant des consommations doublé, abonnement compris) est de 185 F (TTC) par bimestre dont 70 % en communications locales. Pour 4 % des abonnés, cette formule tarifaire aurait entraîné un surcoût. L'étude OBEA révèle, pour sa part, que 70 % des abonnés ayant retenu cette option ont une facture

bimestrielle inférieure à 200 F (TTC). Cette formule d'abonnement ne présente donc pas d'intérêt pour près de 30 % des abonnés.

II. - LES INCIDENCES SUR LE FONCTIONNEMENT DE LA CONCURRENCE DE L'« ABONNEMENT MODÉRÉ »

A. – L'existence d'une saisine contentieuse devant la Commission européenne

Le 3 février 1997, la société Cegetel a déposé une plainte contre l'Etat français, au titre de l'article 90 du traité de Rome, et contre France Télécom, au titre de l'article 86 du texte précité. Cette plainte porte sur trois aspects de la politique tarifaire de France Télécom, dont « l'Abonnement modéré ».

A ce jour, la Commission n'a pas engagé de procédure. Par ailleurs, aucune disposition du règlement n° 17/62 du 6 février 1962 de la Commission ne prévoit que les autorités nationales de concurrence, saisies d'une demande d'avis portant sur des pratiques identiques à celles qui ont fait l'objet d'un dépôt de plainte devant la Commission, doivent surseoir à l'examen de cette demande d'avis dans l'attente de la décision au fond de cette autorité.

B. - Analyse au regard du droit de la concurrence de l'« Abonnement modéré »

L'option tarifaire « Abonnement modéré » a déjà été soumise pour avis au Conseil de la concurrence par le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur le 26 décembre 1996. Dans son avis n° 96-A-18 du 31 décembre 1996, le Conseil avait relevé que :

« Si la possibilité d'une option "Abonnement modéré" ne présente pas en soi un caractère anticoncurrentiel, il résulte que, selon la formule proposée, les abonnés ayant choisi cette option ne pourront la combiner avec le choix d'un transporteur concurrent de France Télécom. L'exclusivité ainsi donnée à France Télécom pour l'acheminement des communications est susceptible de limiter l'accès des concurrents de l'opérateur historique aux abonnés ayant souscrit cette option et est, par voie de conséquence, de nature à limiter la concurrence entre opérateurs. (...).

« (...) Si l'on ne peut exclure que la restriction de concurrence introduite par l'exclusivité d'acheminement des communications par l'opérateur historique dominant dans le cadre de l'option "Abonnement modéré" puisse être justifiée par le souci de réduire le coût des services de téléphonie vocale pour certaines catégories sociales, faibles utilisatrices de ces services, les éléments en la possession de Conseil sont à ce stade insuffisants pour émettre une opinion définitive sur cette option. »

Le Conseil avait alors proposé que l'« Abonnement modéré » soit homologué temporairement, pour une période allant jusqu'au 31 décembre 1997, et que fasse l'objet d'un réexamen de sa part la question de l'incidence sur la concurrence de ce dispositif tarifaire au cours du dernier trimestre de l'année 1997, à la lumière des informations recueillies. L'homologation temporaire accordée à France Télécom a été reconduite jusqu'à la fin 1998.

Au regard des observations formulées par le Conseil dans son avis précité, il apparaît nécessaire de vérifier, tout d'abord, si la restriction de concurrence introduite par l'exclusivité d'acheminement des communications par France Télécom dans le cadre de l'option « Abonnement modéré » est justifiée par la volonté de l'opérateur historique de réduire le coût des services de téléphonie vocale pour certaines catégories sociales, c'est-à-dire si cette formule tarifaire a vocation à remplir la fonction des tarifs sociaux prévue par l'article L. 35-1 du code des télécommunications dans l'attente de l'élaboration du décret d'application de ce texte.

Le Conseil observe à cet égard, en premier lieu, que le bénéfice de l'« Abonnement modéré » tel que décrit précédemment (cf. I, A) ne prévoit aucune condition de revenus ou de handicap particulier pour pouvoir en bénéficier. Tout abonné peut donc en faire la demande. Selon l'étude réalisée par la société OBEA pour France Télécom, 15 % seulement des bénéficiaires de l'« Abonnement modéré » interrogés auraient des revenus inférieurs à 3 000 F par mois. Par ailleurs, sur les 356 400 abonnés résidentiels ayant opté pour cette tarification, près de 30 % n'ont pas constaté de diminution de leur facture téléphonique à la suite de la souscription de cet abonnement.

Il convient de noter, en second lieu, qu'antérieurement à la mise en œuvre de cette option tarifaire il existait un prix réduit d'abonnement, lié à la faible consommation et appliqué automatiquement par France Télécom, sans exclusivité de transporteur, à tout abonné ayant réalisé un nombre de communications inférieur à un certain seuil par bimestre. Ce dispositif toujours en vigueur bénéficie à environ un million de personnes par bimestre.

Enfin, l'examen des différentes demandes d'homologation de l'« Abonnement modéré » faites par France Télécom auprès des autorités compétentes a permis de constater que ces demandes sont systématiquement proposées avec l'abonnement réduit pour « Faible consommation », lequel est présenté par l'opérateur dominant comme assurant actuellement la fonction d'abonnement social. France Télécom précise, en outre, dans ses demandes d'homologation, que l'abonnement « Faible consommation » sera supprimé dès l'entrée en vigueur de l'« Abonnement social ». En revanche, l'« Abonnement modéré » est présenté aujourd'hui par France Télécom comme une offre commerciale qui serait maintenue après la mise en place de l'« Abonnement social ».

Ces éléments mettent en évidence que la restriction de concurrence introduite par l'exclusivité d'acheminement des communications par l'opérateur historique dominant dans le cadre de l'option « Abonnement modéré » ne peut être justifiée par le souci de réduire le coût des services de téléphonie vocale pour certaines catégories sociales, faibles utilisatrices de ces services, dès lors qu'en fait les catégories sociales auxquelles appartiennent les utilisateurs ayant souscrit cet abonnement n'apparaissent pas particulièrement défavorisées ; de plus, 30 % des abonnés à cette option n'ont pas obtenu de diminution de leur facture. Par ailleurs, le service universel des télécommunications pour les personnes les plus défavorisées est actuellement assuré par l'abonnement « Faible consommation ».

France Télécom justifie la clause lui réservant l'exclusivité d'acheminement des communications par le risque que l'« Abonnement modéré », prévu pour répondre aux besoins de consommateurs passant un nombre réduit de communications, soit détourné de son objet par des abonnés qui opteraient pour cette formule afin de faire transiter leurs appels longue distance par un opérateur concurrent de France Télécom offrant pour ce trafic des prix moins élevés que l'opérateur de la boucle locale. Le prix réduit de l'abonnement ne serait alors plus compensé par les recettes issues du trafic téléphonique acheminé par ses soins. France Télécom a en outre indiqué lors de l'instruction que cette option tarifaire serait abandonnée si la clause d'exclusivité devait être retirée.

L'argument ainsi invoqué par France Télécom, selon lequel en l'absence de clause d'exclusivité les opérateurs concurrents bénéficieraient d'un détournement du trafic longue distance de certains abonnés, ce qui détruirait l'équilibre tarifaire de la formule, ne paraît pas pouvoir justifier la clause d'exclusivité ainsi que ses effets anticoncurrentiels. Le Conseil observe, en effet, à supposer même que cette crainte soit en tout ou partie justifiée, que, dès lors que France Télécom situe l'offre tarifaire « Abonnement modéré » dans une perspective de diversification de ses options tarifaires fondée sur le couple « tarif abonnement/tarifs des communications », une telle offre doit être soumise au risque commercial, ainsi que l'a d'ailleurs relevé l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) dans son avis du 23 décembre 1998. En effet, sur un marché de la téléphonie vocale ouvert, l'opérateur

historique ne peut être autorisé à entraver le libre fonctionnement du marché en élevant des barrières artificielles à l'entrée par le biais de clauses d'exclusivité. Par ailleurs, France Télécom, en tant qu'opérateur détenant une influence significative sur le marché pertinent du secteur des télécommunications, doit, d'une part, fournir l'interconnexion dans des conditions non discriminatoires, en application de l'article D 99-12 du code des télécommunications, d'autre part, et comme le relève également l'ART dans l'avis précité, au minimum faire figurer dans ses catalogues d'interconnexion, en application de l'article D 99-16 (4^e tiret) du même code « *les modalités de mise en œuvre de la sélection du transporteur permettant d'assurer l'égalité d'accès* ». En conséquence, le blocage de la sélection du transporteur n'apparaît pas justifié.

En indiquant que l'option tarifaire « Abonnement modéré » serait interrompue en l'absence de la clause d'exclusivité, France Télécom reconnaît qu'elle entend se réserver une clientèle intéressée, d'une part, par un abonnement réduit toute l'année et, d'autre part, par une utilisation ponctuelle du téléphone, notamment pour des communications longue distance, c'est-à-dire une cible qui englobe la clientèle des résidences secondaires. Cette dernière représente aujourd'hui près de 10 % des « Abonnements modérés ».

Or, ce détournement de la clientèle intéressée par des communications longue distance et un abonnement à tarif réduit correspond à la cible du seul concurrent de France Télécom sur les communications longue distance destinées aux abonnés résidentiels, la société Cegetel, et notamment à son offre multilignes. Cet opérateur propose, en effet, pour les abonnés résidentiels un abonnement de 10 F par mois pour les communications longue distance, pour quatre lignes maximum, à deux adresses distinctes, offre assortie de remises sur les consommations et d'une facturation unique, alors même que France Télécom n'offre pas ce dernier service. Cette offre vise directement les propriétaires d'une résidence secondaire, qui représentent environ 18 % des utilisateurs de téléphone, soit une estimation de quatre millions de propriétés et donc de lignes potentielles. L'« Abonnement modéré », fondé sur le couplage d'un abonnement réduit et d'une clause d'exclusivité d'acheminement des communications par France Télécom, rend, dès lors, non attractive l'offre multilignes de Cegetel, puisque l'abonné qui souhaite bénéficier de ce dernier service est obligé, en raison de la clause d'exclusivité de l'« Abonnement modéré », de prendre, en plus de l'abonnement de Cegetel, un abonnement normal de France Télécom au tarif de 68 F (TTC) par mois.

Au total, sur un marché de la téléphonie vocale ouvert à la concurrence, sur lequel l'opérateur historique est encore en quasi-monopole sur les liaisons locales et très largement dominant sur les liaisons longue distance, l'option tarifaire « Abonnement modéré », dès lors qu'elle comporte une clause par laquelle France Télécom se réserve l'exclusivité d'acheminement des communications des abonnés ayant souscrit cette option, exclusivité d'acheminement qui n'a pas de justification technique, aurait pour conséquence de restreindre artificiellement la concurrence entre les opérateurs et serait contraire aux dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

En revanche, le Conseil ne serait pas hostile à la reconduction de l'option tarifaire « Abonnement modéré », dès lors que cette option ne comporterait pas de clause interdisant la sélection du transporteur.

Délibéré, sur le rapport de Mme Annick Biolley-Coornaert, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents.

Le rapporteur général,
Marie Picard
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 108

Avis n° 99-A-02 du Conseil de la concurrence en date du 20 janvier 1999

relatif à l'acquisition de la société Vicarb par la société Alfa Laval Holding AB
NOR : ECOC9910332V

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 13 octobre 1998 sous le numéro A 257 par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à l'acquisition de la société Vicarb par la société Alfa Laval Holding AB ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence, notamment son titre V, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société Alfa Laval et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants des sociétés Climespace, Barriquand Echangeurs et Dalkia entendus, conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance précitée, les représentants de la société Alfa Laval Holding AB entendus,

Adopte l'avis fondé sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - L'opération notifiée

Aux termes de l'accord signé le 20 mai 1998 par Alfa Laval Holding AB et MM. Lucien Fayolle et Gérard Fayolle, la société Alfa Laval Holding AB acquiert la totalité des actions détenues par Elgema Holding SA, la famille Fayolle et M. Chandu Patel dans les sociétés constituant le groupe Vicarb.

La réalisation de cette opération notifiée au ministre chargé de l'économie est soumise à la condition de l'accord des autorités compétentes en matière de concurrence. Il est également prévu qu'elle sera précédée du détachement de la branche ingénierie du groupe Vicarb.

B. - Les entreprises parties à l'opération

1. La société Alfa Laval Holding AB

Société de droit suédois appartenant au groupe Tetra Laval, issu du rapprochement des groupes Tetra Pak et Alfa Laval, la société Alfa Laval Holding AB est la maison mère du sous-groupe Alfa Laval constitué d'environ 110 sociétés présentes dans 48 pays. Les activités de ce dernier sont regroupées en trois pôles principaux : la séparation (séparateurs et décanteurs centrifuges, système de nettoyage d'huile, filtres disques et nettoyeur de pâte à papier), le transfert des fluides (pompes, soupapes, installation de tuyauterie, compteurs) et l'équipement thermique. Alfa Laval, qui employait en 1997 13 500 personnes, a réalisé la même année un chiffre d'affaires mondial consolidé de 11,2 milliards de francs.

La division thermique (Alfa Laval Thermal) produit des équipements thermiques et fournit des services dans le domaine de la récupération de chaleur, du refroidissement, de la condensation et de l'évaporation. Elle employait en 1997 3 400 personnes dans le monde et a réalisé la même année un chiffre d'affaires mondial consolidé de 2,8 milliards de francs. Elle possède des unités de production en Suède, au Royaume-Uni, en France, en Italie, aux Etats-Unis, au Brésil, en Russie, en Inde, au Japon et en Chine.

En France, le groupe Alfa Laval est constitué principalement de la société Alfa Laval France, société par actions simplifiée, et de ses filiales, les sociétés Alfa Laval SNC, Alfa Laval Spiral SNC et Sharples Stokes. L'ensemble de ces sociétés a réalisé en 1997, en

France, 500 millions de chiffre d'affaires dont 120 millions dans le domaine thermique. Les deux principales activités en France d'Alfa Laval Thermal sont la fabrication et la distribution d'échangeurs thermiques et la fourniture de services après-vente. Ces activités sont effectuées par Alfa Laval SAS, située aux Clayes-sous-Bois, dans les Yvelines, pour les activités thermiques générales, par Alfa Laval Spiral SNC, qui fabrique et commercialise des échangeurs thermiques à spirales dans son usine de Nevers et qui exporte 90 % de sa production dans le monde entier, et par Sharples Stokes SA, qui fabrique des pièces détachées pour échangeurs thermiques et assure l'entretien et la réparation de ces pièces.

2. La société Vicarb

Société à capitaux familiaux dont le siège est situé près de Grenoble, Vicarb a été créée en 1948 par M. Lucien Fayolle. Elle produit des échangeurs thermiques, des unités thermiques ainsi que d'autres matériels thermiques. Elle s'est développée aux Etats-Unis et au Canada par le rachat de la société Nixon Plate Coils Ltd. Elle a également créé des filiales dans plusieurs pays, notamment l'Espagne, la Suisse, l'Allemagne, la Roumanie, la Hongrie, la Chine et Singapour.

En France, le groupe Vicarb est constitué de la société Vicarb SA qui fabrique et vend différents types d'échangeurs thermiques ainsi que du groupe Uranus, racheté en 1996, qui fabrique et distribue des unités thermiques destinées au chauffage de l'eau.

En 1997, le groupe Vicarb a réalisé un chiffre d'affaires mondial consolidé de 470 millions de francs et un chiffre d'affaires en France de 315 millions de francs dont 90 millions pour les seuls échangeurs thermiques. A l'exception de l'année 1993, les exercices des dernières années ont tous été déficitaires.

C. - Le secteur des échangeurs thermiques

1. Les produits

Les échangeurs thermiques sont des appareils qui permettent d'échanger de la chaleur entre deux fluides sans produire par eux-mêmes ni chaleur ni froid. Le principe mis en œuvre est simple, puisqu'il s'agit de mettre en contact un fluide chaud et un fluide froid afin qu'ils se trouvent à la même température. Au cours du processus, un des fluides pourra changer de phase (condensation, évaporation). Ils peuvent être intégrés dans des équipements destinés aussi bien au refroidissement qu'au réchauffement.

Utilisés depuis plus d'un siècle dans l'industrie agro-alimentaire, les échangeurs thermiques ont maintenant de nombreuses applications, majoritairement dans l'industrie, mais également dans l'habitat (notamment le conditionnement d'air, la réfrigération et le chauffage urbain) ou dans les transports (conditionnement d'air, réfrigération et refroidissement des moteurs).

Il existe une grande variété de produits de tailles et de performances différentes qui se différencient principalement par leurs fonctions, leurs conditions d'utilisation, les technologies ou les matériaux employés, ainsi que par leurs prix.

1.1. Les différentes fonctions d'un échangeur thermique

Les échangeurs thermiques peuvent remplir plusieurs fonctions suivant la nature des fluides concernés par l'échange.

Lorsqu'il n'y a pas changement de phase, les échangeurs thermiques peuvent remplir trois fonctions. Ils permettent, en effet, des échanges de chaleur entre deux liquides, entre deux gaz ou entre un gaz et un liquide.

En cas de transfert de chaleur accompagné de changement de phase, les échangeurs thermiques peuvent assurer une fonction d'évaporation ou de condensation.

1.2. Les conditions d'utilisation

Il s'agit essentiellement de la température, de la pression et de la résistance à la corrosion. Les échangeurs thermiques peuvent couvrir actuellement une plage de pressions comprise entre 0 et 800 bars et une plage de températures entre - 50 et + 400 degrés. Toutefois, en majorité les échangeurs thermiques présents sur le marché sont utilisés dans des conditions de pression et de température variant respectivement entre 1 et 40 bars et - 50 et + 400 degrés. Les conditions d'utilisation des échangeurs entraînent une adaptation précise de l'appareil aux besoins de l'acheteur et revêtent donc une grande importance.

1.3. Les prix

Le prix d'un échangeur thermique varie de façon considérable suivant les différentes technologies mais également à l'intérieur d'une même technologie en fonction des besoins particuliers d'un acheteur. Selon la société d'études Frost et Sullivan, le prix des échangeurs thermiques varie entre 300 dollars et 50 millions de dollars.

1.4. Les différentes technologies

Pour résoudre ses problèmes d'échanges thermiques, l'utilisateur se trouve devant une grande variété de produits, dont les principales catégories sont les échangeurs tubulaires et les échangeurs à plaques. Dans son étude sur le marché européen des échangeurs thermiques, la société Frost et Sullivan en recense quant à elle huit : les échangeurs tubulaires à calandre, les autres échangeurs tubulaires, les échangeurs à plaques et calandre, les autres échangeurs à plaques, les aéroréfrigérants, les tours de refroidissement, les récupérateurs de chaleur et les autres équipements de récupération de chaleur.

a) Les échangeurs tubulaires :

L'échangeur tubulaire à calandre, le plus communément utilisé dans l'industrie, est formé d'une calandre de forme cylindrique contenant des tubes parallèles à l'axe de la calandre dans lesquels passe un des deux fluides. Il existe de nombreux autres types d'échangeurs tubulaires tels que les échangeurs coaxiaux et les échangeurs à double tube. Ils sont surtout utilisés dans les échanges entre deux liquides.

Les échangeurs tubulaires représentent encore près de la moitié des échangeurs thermiques vendus en France et en Europe ; leur part relative est cependant en lent déclin. Ils présentent un certain nombre d'avantages : en particulier ils sont faciles à fabriquer, relativement bon marché, de maintenance aisée et surtout ils peuvent être utilisés à des pressions élevées et à de fortes températures. En revanche, leurs performances sont plutôt limitées et ils sont encombrants.

b) Les échangeurs à plaques :

De création plus récente que les échangeurs tubulaires, les échangeurs à plaques ont subi depuis leur création, il y a environ 60 ans, des améliorations substantielles. Ils sont formés par l'empilement d'un ensemble de plaques métalliques embouties, au travers desquelles s'effectue le transfert de chaleur entre deux fluides.

Cette technologie apparaît particulièrement adaptée à la circulation des liquides alimentaires. Aussi, les principaux débouchés sont-ils, d'après le bureau d'études Bipe Conseil, les industries agro-alimentaires (35 %), la chimie (30 %), le génie climatique (20 %) et le froid industriel (5 %).

S'ils ne peuvent pas être utilisés pour les températures élevées et les fortes pressions, les échangeurs à plaques bénéficient d'avantages tenant notamment à leur meilleur rendement et à leur compacité.

Plusieurs technologies sont en concurrence. La principale, et la plus ancienne, est celle des échangeurs à plaques avec joints. Un joint par plaque assure l'étanchéité de l'échangeur

ainsi que la répartition des fluides dans les canaux formés par deux plaques. Ces échangeurs ne peuvent être utilisés que pour des pressions maximales de 30 bars et des températures maximales de 200 degrés.

D'autres technologies plus récentes permettent de remédier aux inconvénients de l'existence de joints, comme les échangeurs à plaques soudées. Les échangeurs à plaques soudées sont adaptés à l'utilisation en présence de fluides encrassants corrosifs, chauds sous pression, présentant des débits très différents de part et d'autre de la surface d'échange.

Il existe d'autres échangeurs à plaques dont la diffusion est moins importante tels que les échangeurs à spirales et les échangeurs à plaques brasées. Les échangeurs à plaques brasées sont formés de plaques embouties, mais sans joints, qui forment ainsi un appareil compact et résistant à hautes pressions. Ils sont plus particulièrement utilisés en chauffage, réfrigération et récupération d'énergie. Les échangeurs à spirales, grâce à la forme des canaux qui obligent les liquides à adopter un mouvement permettant d'évacuer les particules avec le fluide, sont particulièrement adaptés au traitement des liquides chargés.

c) Les autres échangeurs :

La société Bipe Conseil, dans son étude sur les biens d'équipements associés à l'utilisation rationnelle de l'énergie, distingue une catégorie particulière d'échangeurs à ailettes, tandis que, dans d'autres études comme celle de la société Frost et Sullivan, ces matériels sont répartis entre les échangeurs tubulaires et les échangeurs à plaques.

On distingue les échangeurs tubes à ailettes, dont les principaux sont les aéroréfrigérants, aérocondenseurs échangeurs tubulaires à ailettes, utilisés pour refroidir un liquide ou condenser une vapeur en utilisant un courant d'air, et les tours de refroidissement qui refroidissent l'eau utilisée dans les centrales thermiques, des échangeurs à batterie de tubes à ailettes, utilisés pour la réfrigération et le conditionnement de l'air avec de l'eau. Ces produits sont plus particulièrement utilisés dans les échanges entre un gaz et un liquide. Ils peuvent être vendus séparément mais le plus souvent ils font partie d'un ensemble (matériel frigorifique, climatisation, pompes à chaleur, ventilation).

Parmi les échangeurs thermiques, il convient également de noter les tours de refroidissement, notamment utilisées dans les centrales thermiques, qui ne comportent pas de séparation entre les fluides mais mettent directement en contact l'eau chaude et l'air froid.

2. *L'innovation*

Dans l'ensemble, le secteur des échangeurs thermiques est un secteur mature dont les principales technologies sont maintenant bien maîtrisées, notamment dans le domaine des échangeurs tubulaires et des échangeurs à plaques et joints. Les développements portent surtout sur des améliorations de détail comme les joints ou les fixations.

Toutefois, certains échangeurs sont couverts par des brevets, plus particulièrement les échangeurs à plaques soudées comme le Compabloc de Vicarb ou l'Alfa Rex d'Alfa Laval. La recherche, matérialisée par des dépôts de brevets, porte surtout sur l'utilisation de nouveaux matériaux ainsi que sur les conditions d'amenée des fluides. Les matériaux les plus utilisés dans les échangeurs sont les aciers inoxydables et le titane, mais d'autres matériaux sont également employés et font l'objet de recherches, notamment pour limiter l'effet des phénomènes de corrosion, comme le graphite, la céramique et les plastiques. L'objectif est d'améliorer la résistance des échangeurs afin de les rendre plus fiables lorsqu'ils sont utilisés dans des cycles thermiques. Un autre axe de recherche vise à diminuer l'encombrement des échangeurs. Réduire l'encombrement des échangeurs thermiques implique une augmentation de leurs performances. En particulier, les échangeurs à plaques se sont développés grâce à leur compacité et à leur grande performance et font l'objet de nombreux efforts d'amélioration portant notamment sur la conception des cannelures des plaques pour améliorer les échanges.

Un autre problème à résoudre est celui des hautes températures, plus particulièrement dans la sidérurgie, la verrerie et certains domaines de la pétrochimie pour des températures dépassant 900 degrés. Dans ce domaine, la recherche s'oriente vers des matériaux comme les céramiques, mais les applications sont encore rares.

L'innovation technologique apparaît donc comme un élément important de l'efficacité des échangeurs thermiques et par conséquent de la compétitivité des constructeurs.

Compte tenu de ses implications en matière d'économies d'énergie, le secteur des échangeurs thermiques bénéficie du soutien de l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie (ADEME), notamment par l'intermédiaire du Groupement de recherche sur les échangeurs thermiques (GRETH), créé en collaboration avec le Commissariat à l'énergie atomique (CEA).

3. Le service après-vente

Le service après-vente des échangeurs thermiques est constitué à raison de 80 % de fournitures de pièces de remplacement et de 20 % de services d'entretien. Si certaines pièces, notamment le bâti ou le corps, peuvent avoir une durée de vie égale à celle de l'ensemble du produit, d'autres, comme les joints en élastomère, peuvent avoir une durée de vie bien moindre.

L'utilisation dans des conditions difficiles, notamment au contact de substances corrosives, peut réduire la durée de vie des plaques à 5 ou 10 ans pour une durée de vie moyenne de l'échangeur d'environ 20 ans.

En ce qui concerne la réparation, les travaux les plus complexes dans des conditions difficiles sont généralement réalisés par le fournisseur. Quant aux travaux pour les appareils utilisés dans des procédés simples, ils peuvent être réalisés par tout intervenant connaissant les appareils de pression.

Enfin, suivant les modalités d'utilisation, un nettoyage périodique peut être nécessaire. Il peut s'agir soit d'un nettoyage mécanique entraînant le démontage de l'ensemble de l'appareil, soit d'un nettoyage chimique.

4. La structure de l'offre

D'après les parties notifiantes, la situation du secteur des échangeurs thermiques, en excluant le service après-vente, se présente comme suit en France :

SOCIÉTÉS 1995 1996 1997	Millions de francs	Pourcentage	Millions de francs	Pourcentage	Millions de francs	Pourcentage
Alfa Laval (1)						
Vicarb (1)						
Carbone Lorraine	32	1,7	34	1,7	35	1,7
CIAT	55	2,9	57	2,9	59	2,9
GEA Ergé- Spirale	55	2,9	57	2,9	51	2,5
Barriquand	46	2,4	47	2,4	49	2,4

ASET	47	2,4	43	2,2	43	2,1
APV Baker	35	1,8	37	1,9	25	1,2
SWEP	36	1,9	40	2	44	2,2
Schmidt-RDC	14	0,7	19	1	21	1
KAPP	5	0,3	8	0,4	11	0,5
Autres	1 449	75,3	1 481	74,6	1 540	75,2
Total marché	1 926	100	1 983	100	2 048	100

Il n'existe pas de données détaillant pour chaque catégorie d'échangeurs thermiques les parts détenues par chaque société.

La société Bipe Conseil, dans son tableau de bord des biens d'équipement associés à l'utilisation rationnelle de l'énergie, évalue le marché français des échangeurs thermiques comme suit (en millions de francs) :

	1995	1996	1997	1998
Production	3 120	3 250	3 552	3 765
Importation	520	540	600	671
Exportation	1 520	1 620	1 830	1 995
Consommation	2 120	2 170	2 322	2 441

Elle distingue trois catégories principales d'échangeurs, les échangeurs tubulaires qui représentent 56 % de l'ensemble, les échangeurs à ailettes 27 %, les échangeurs à plaques 16 % et les « autres » 1 %.

L'offre d'échangeurs à plaques, qui représente 16 % de la production d'échangeurs thermiques, s'élèverait donc à 568 millions de francs en 1997 et à 602 millions de francs en 1998.

La société Frost et Sullivan, dans son étude sur le marché européen des échangeurs de chaleur (European Heat Exchanger Market Report 1997), évalue le chiffre d'affaires réalisé en France dans le secteur des échangeurs de chaleur tubulaires et à plaques à 397,7 millions de dollars en 1996 et à 410,8 millions de dollars en 1997, soit pour cette dernière année environ 2 310 millions de francs.

Elle propose, toutefois, une segmentation différente de celle proposée par Bipe Conseil, où la catégorie des échangeurs à ailettes, en particulier, n'apparaît pas et est répartie entre les autres échangeurs tubulaires et les autres échangeurs à plaques.

Les données concernant les échangeurs tubulaires et à plaques sont les suivantes :

TYPES D'ÉCHANGEURS	CHIFFRES D'AFFAIRES 1996 en millions de dollars	CHIFFRES D'AFFAIRES 1997 en millions de dollars	CHIFFRES D'AFFAIRES 1997 en millions de francs au cours de 1 \$ = 5,63 F
Tubes et calandre	230,8	238,2	1 341
Autres tubulaires	48,2	50	281
Plaques et calandre	76,5	79,4	447
Autres à plaques	42,2	43,2	243
Total plaques	118,7	122,6	690

Total	397,7	410,8	2 312

D'après les chiffres fournis par les parties notifiantes et en retenant les données globales de l'étude de Frost et Sullivan, la situation peut être résumée, en ce qui concerne la place détenue sur le marché des échangeurs à plaques par les groupes Alfa Laval et Vicarb, comme suit.

Chiffres en millions de francs 1995.

	ALFA LAVAL (1)	VICARB (1)	ALFA LAVAL + Vicarb (1)	VENTES TOTALES	PART DE MARCHÉ Alfa Laval + Vicarb (1)
A plaques et bâti				413	
Autres à plaques				232	
Total plaques				645	
Equipements connexes				Non disponible	
Total secteur				2 164	

Chiffres en millions de francs 1996.

	ALFA LAVAL (1)	VICARB (1)	ALFA LAVAL + Vicarb (1)	VENTES TOTALES	POURCENTAGE Alfa Laval + Vicarb Ventes totales (1)
A plaques et bâti				428	
Autres à plaques				236	
Total plaques				664	
Equipements connexes				Non disponible	
Total secteur				2 228	

Chiffres en millions de francs 1997.

	ALFA LAVAL (1)	VICARB (1)	ALFA LAVAL + Vicarb (1)	VENTES TOTALES	POURCENTAGE Alfa Laval + Vicarb Ventes totales (1)
A plaques et bâti				445	
Autres à plaques				242	
Total plaques				687	
Equipements connexes				Non disponible	
Total secteur				2 301	

L'offre d'échangeurs thermiques est constituée, si l'on considère l'ensemble du secteur, d'un grand nombre d'entreprises de tailles différentes. Toutefois, seules quelques entreprises de stature internationale disposent d'une gamme étendue de produits leur permettant de proposer plusieurs solutions aux utilisateurs. Les autres

sociétés cherchent plutôt à se spécialiser dans une catégorie particulière d'échangeurs.

En dehors des échangeurs tubulaires qui sont proposés par de nombreux opérateurs chaudronniers, l'offre apparaît, en partie, segmentée entre des sociétés qui ont développé chacune une technologie particulière.

a) Les sociétés intégrées :

Ces sociétés appartiennent à des groupes qui exercent leurs activités au niveau mondial et fournissent des équipements industriels pouvant utiliser des échangeurs thermiques. Les groupes présents en France sont, outre Alfa Laval partie à l'opération, un américain, Tranter, présent par sa filiale suédoise Swep, un allemand, GEA, et un anglais, APV.

Appartenant au groupe Dover corporation, groupe industriel diversifié qui a réalisé en 1997 un chiffre d'affaires de 4,5 milliards de dollars, le groupe Tranter, spécialisé dans la technologie des échangeurs thermiques, dispose de deux divisions aux Etats-Unis et d'une filiale en Europe, la société Swep international AB. Cette dernière, créée en 1983 et spécialisée dans la fabrication des échangeurs à plaques, a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 100 millions de dollars et employait à la même époque 400 personnes.

Le groupe APV, spécialisé dans l'ingénierie, produit également des échangeurs thermiques ainsi que des pompes et des valves. Il a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires consolidé de 772 millions de livres dont 200 millions ont été réalisés par la division produit. Il dispose de sites de production d'échangeurs thermiques au Danemark, aux Etats-Unis et en Chine.

Le groupe allemand GEA, présent dans le monde entier dans la fabrication d'équipements industriels, notamment l'énergie, le traitement de l'air, la réfrigération ou l'équipement des laiteries, a réalisé en 1997 un chiffre d'affaires de 4,7 milliards de deutschemarks. Il fabrique et distribue différents types d'échangeurs thermiques, tels que des tours de refroidissement, des échangeurs à tubes à ailettes ainsi que des échangeurs à spirales et des échangeurs à plaques, par l'intermédiaire de plusieurs filiales dont trois sont situées en France, GEA Ergé Spirale, Soramat SA et Batignolles Technologies Thermiques SA. Les échangeurs à spirales et à plaques sont fabriqués par une filiale allemande GEA Ecoflex GMBH.

b) Les sociétés spécialisées :

Frost et Sullivan ont recensé en Europe 70 sociétés actives dans le secteur des échangeurs thermiques, dont une quarantaine sont essentiellement actives dans le secteur des échangeurs tubulaires. Compte tenu du poids de ces équipements, ces sociétés ont plutôt un rayonnement national. Toutefois, plusieurs sociétés allemandes comme Funke ou italiennes comme Belleli, Villa et Bonaldi et FBM Hudson, sont présentes en France auxquelles il convient d'ajouter des sociétés françaises comme CIAT, Aset et Fouré Lagadec, Pecquet Tesson, Delas Weir (groupe GEC Alsthom) ou Niro appartenant au groupe GEA. Un nombre non négligeable de chaudronniers de taille plus réduite sont également en mesure de fournir des échangeurs thermiques. Au total, l'offre apparaît atomisée en ce qui concerne les échangeurs tubulaires, aucune société n'ayant une part de marché supérieure à 10 % dans ce secteur globalement en déclin, sur lequel les sociétés Alfa Laval et Vicarb sont peu présentes.

Pour les autres types d'échangeurs mettant en œuvre une recherche et un savoir-faire plus développé, le nombre d'entreprises vendant un type particulier d'échangeurs est plus réduit.

Pour les échangeurs à plaques et joints, sont présentes en France les sociétés Alfa Laval, Vicarb, APV France, GEA, Barriquand qui distribue également des produits de Swep, CIAT.

Pour les échangeurs à plaques soudées, sont présentes Vicarb, Barriquand, Kapp France, Thermi Consult.

Pour les échangeurs à spirales, sont présentes Alfa Laval, GEA.

Pour les échangeurs à plaques brasées, sont présentes Alfa Laval, Vicarb et Swep.

Pour les échangeurs en graphite, sont présentes les sociétés Carbone Lorraine, Alfa Laval et SGL, filiale de Hoescht, qui a racheté cette activité à la société Vicarb.

Pour les autres catégories d'échangeurs thermiques, l'offre apparaît limitée. Les aéroréfrigérants à tubes à ailettes, les aérocondensateurs ou les réfrigérants thermiques sont le domaine de deux groupes, GEA (notamment ses filiales Ergé Spirale et BTT) et le groupe belge Hamon (société Spiro Gills). Les sociétés Alfa Laval et Vicarb ne fabriquent pas ces matériels.

5. La demande

Elle émane de nombreux secteurs de l'industrie, principalement la chimie, les industries agroalimentaires et le génie climatique, qui assurent à elles trois plus de la moitié des débouchés, mais d'autres secteurs sont également utilisateurs, comme la fabrication du papier, le textile ou la sidérurgie et l'ingénierie, pour laquelle les échangeurs constituent des éléments intégrés aux équipements installés. Elle émane enfin de distributeurs-installateurs qui peuvent également assurer le montage des échangeurs thermiques.

Pour les applications industrielles, les échangeurs thermiques sont principalement intégrés dans un processus de production ou, en dehors de ce processus, sont utilisés pour récupérer de l'énergie ou comme conditionnement de l'air. Ils peuvent également être utilisés comme composants inclus dans une machine.

Les besoins des différents acheteurs sont divers et varient en fonction, notamment, de leur importance et du secteur concerné.

Si l'on excepte les petits utilisateurs, qui peuvent se satisfaire des produits standard et peuvent s'adresser à des distributeurs, la plupart des commandes requièrent généralement une collaboration entre les bureaux d'étude des utilisateurs et ceux des fabricants.

Les utilisateurs procèdent généralement par consultation des fournisseurs. Si dans certains cas ils ont une préférence marquée pour un certain type d'échangeur thermique, le plus souvent ils ne proposent qu'un cahier des charges spécifiant notamment les fluides et les températures concernés, les pressions ainsi que les conditions de construction.

En règle générale, les utilisateurs importants ont recours pour leurs procédés industriels à une gamme étendue d'échangeurs thermiques de types différents adaptés chacun à un usage spécifique. C'est ce qui ressort majoritairement des réponses au questionnaire qui leur a été adressé.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la nature de l'opération :

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 39 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1996 : « *La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui entraîne transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante* » ;

Considérant que l'acquisition par la société Alfa Laval Holding AB de l'ensemble des actions des sociétés constituant le groupe Vicarb lui permet d'exercer une influence déterminante sur ces sociétés ; qu'ainsi, cette opération constitue un projet de concentration au sens des dispositions de l'article 39 précité ;

Sur les seuils et les marchés de référence :

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 38 de l'ordonnance du

1^{er} décembre 1986, une opération de concentration ne peut être soumise à l'avis du Conseil de la concurrence que : « *Lorsque les entreprises qui sont parties à l'acte ou qui en sont l'objet ou qui leur sont économiquement liées ont soit réalisé ensemble plus de 25 % des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services substituables ou sur une partie substantielle d'un tel marché, soit totalisé un chiffre d'affaires hors taxe de plus de sept milliards de francs, à condition que deux au moins des entreprises parties à la concentration aient réalisé un chiffre d'affaires d'au moins deux milliards de francs* » ;

Considérant que le chiffre d'affaires total réalisé en France, en 1997, par les entreprises appartenant au groupe Alfa Laval, s'est élevé à 500 millions de francs ; que celui réalisé par les entreprises du groupe Vicarb s'est élevé à 315 millions de francs ; qu'ainsi, la condition fixée à l'article 38 de l'ordonnance susvisée relative au montant du chiffre d'affaires des entreprises concernées n'est pas remplie ; qu'il importe donc de rechercher si le seuil en valeur relative fixée par ce même texte est atteint ;

Considérant que les groupes Alfa Laval et Vicarb ont pour activité commune la fabrication, la distribution et le service après-vente de différents types d'échangeurs thermiques ;

Considérant que les parties à la concentration considèrent : « *Qu'en ce qui concerne les utilisateurs finaux, la plupart des types d'échangeurs thermiques paraissent largement substituables* » ; qu'elles reconnaissent, toutefois, qu'il convient d'exclure du marché pertinent certains types d'échangeurs comme les tours de refroidissement, équipements destinés aux centrales thermiques, plus volumineux et plus chers que les autres échangeurs thermiques, les condenseurs, équipements qui utilisent de l'air et n'assurent pas la double fonction d'échange et de récupération de chaleur, ainsi que les récupérateurs de chaleur, équipements marginaux plus complémentaires que concurrents des échangeurs ; qu'en conséquence, elles estiment que le marché du premier équipement concerné comprend : « *Les échangeurs multitubulaires, les échangeurs à plaques, les échangeurs à spirales, les échangeurs à surface raclée et les autres échangeurs thermiques présentant des fonctions et des capacités similaires* » ;

Considérant qu'une partie des utilisateurs estime que l'on peut, dans certains cas, remplacer une catégorie d'échangeurs par une autre ; qu'en particulier, la société Saipol considère que : « *Dans le cas où nous devrions changer nos installations actuelles, nous changerions certains échangeurs à plaques et joints par des échangeurs à plaques soudées ou par des échangeurs tubulaires* » ; que pour la société IMF ; « *On peut remplacer un échangeur existant par un échangeur d'un autre type ; ce n'est que rarement effectué car cela nécessite une modification du tuyautage* » ; que la société Rhône-Poulenc déclare : « *On peut remplacer un échangeur à plaques ou spiralé par un échangeur multitubulaire si l'implantation le permet. On peut remplacer un échangeur à plaques par un spiralé ou inversement* » ; que la société Grande Paroisse observe : « *En cas de changement théoriquement (d'un point de vue échange thermique) il est possible d'utiliser un autre type pour certains échangeurs. Néanmoins, le type d'échangeur en place (tubulaire) a démontré sa fiabilité, et en cas de problème des possibilités de réparation existent. Dans ce contexte, en ayant la sécurité pour objectif, l'intérêt d'un changement de type d'échangeur reste à démontrer* » ;

Considérant que plusieurs fabricants ou distributeurs sont d'un avis similaire ; qu'en particulier la société Barriquand soutient que : « *Les différents types d'échangeurs à plaques et joints, à plaques soudées, tubulaires ont d'une manière générale, des domaines d'activités bien distincts. Il existe cependant de nombreux cas d'applications pour lesquels plusieurs types d'échangeurs peuvent être utilisés* » ; que, selon la société GEA : « *Le marché à prendre en considération est déterminé par les applications techniques, les domaines*

d'utilisation des différents types d'échangeurs de chaleur pouvant se recouper, dans ce cas. c'est en général le prix qui a un rôle décisif. Les critères secondaires de décision sont l'encombrement et les caractéristiques d'entretien » ; que ce point de vue est également soutenu par les études de marché ; qu'ainsi, Bipe Conseil, dans son tableau de bord des biens d'équipement associés à l'utilisation rationnelle de l'énergie, déclare : « Dans le domaine des basses pressions, l'échangeur à plaques et l'échangeur tubulaire sont en concurrence directe » ; que l'étude de Frost et Sullivan sur le marché européen des échangeurs thermiques précise : « The brazed plate heat exchanger which competes with the shell and tube heat exchanger » ;

Considérant, toutefois, qu'une majorité d'utilisateurs estime qu'ils ne pourraient pas remplacer les échangeurs dont ils disposent actuellement par des échangeurs d'un autre type ; qu'en particulier, pour la société Cerestar, qui utilise la plupart des types d'échangeurs thermiques : « Chaque type d'échangeurs correspond à des besoins ou des contraintes particulières » même si : « Il est parfois possible d'envisager le remplacement d'échangeurs tubulaires par des échangeurs à plaques » ; que la société Climespace, spécialisée dans l'installation de réseau urbain de climatisation, qui utilise également les échangeurs dont elle dispose pour « Des raisons d'encombrement » ; que la société Socram affirme quant à elle que : « Les échangeurs thermiques sont utilisés sur nos installations dans des conditions spécifiques et très difficilement substituables dans leur technologie pour des raisons d'encombrement et d'accessibilité » ; que pour la société Akzo Nobel : « Les échangeurs à plaques sont d'un encombrement réduit et de performances élevées, nos locaux n'acceptent pas d'autres types d'échangeurs » ; que la société Modo Paper considère que : « Chaque type d'échangeurs a des applications particulières, il est difficile de les remplacer l'un par l'autre. Sauf peut-être les tubulaires dans certains cas » ; que la société Exxon Chemical estime : « Les types d'échangeurs sont en principe déterminés pour des raisons de procédé et d'optimum d'échange thermique » ; que la société Celia remarque : « En cas de changement d'échangeurs nous utiliserions le même type d'échangeurs. En effet, leur choix est dicté par la nature et la viscosité du produit à traiter ou la température de traitement » ; que pour Hervé Thermique : « Les échangeurs à plaques ne peuvent pas être remplacés par des échangeurs tubulaires ou autres du fait du faible pincement entre les deux fluides considérés » ; que la société Raytheon considère que : « Seul le type multitubulaire est accepté en raison des conditions de calcul pression et température. De plus la nécessité de pouvoir nettoyer l'appareil est très importante » ; qu'Electricité de France, qui n'utilise que des échangeurs à plaques, précise : « La conception des installations impose pour des critères technico-économiques de conserver ce type d'échangeurs. Les répercussions d'un changement de type d'échangeurs imposeraient une politique de changement de matériel sur l'ensemble du parc » ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en dépit de l'élément commun que constitue leur fonction d'échange de chaleur entre plusieurs fluides, les différents échangeurs thermiques présentent des caractéristiques distinctes et des conditions d'utilisation différentes qui ne les rendent, du point de vue de l'utilisateur, que partiellement substituables ; qu'en particulier, si les échangeurs multitubulaires peuvent en principe être utilisés, dans la plupart des cas, notamment à des pressions et des températures élevées, ils ne sont pas susceptibles de répondre de manière satisfaisante aux besoins de certaines industries utilisatrices, compte tenu notamment de leur caractère volumineux et de leur faible rendement ; qu'en revanche, par exemple, les échangeurs à plaques et joints ne sont pas en mesure de répondre aux besoins des industries utilisatrices dont les échanges de chaleur se font à haute température, à des fortes pressions ou entre des liquides corrosifs ; que, par ailleurs, de nombreux utilisateurs mettent en avant la compacité comme élément de différenciation des échangeurs à plaques ; qu'en conséquence, il convient de retenir un marché des échangeurs à plaques, distinct de celui des

échangeurs tubulaires ;

Considérant que, sur le marché des échangeurs à plaques, les parties à la concentration estiment que le groupe Alfa Laval détient une part de 19,5 % et le groupe Vicarb une part de 9,8 %, soit ensemble une part de 29,3 % ;

Considérant, en tout état de cause, que l'opération de concentration est contrôlable par le Conseil de la concurrence au regard de l'article 38 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur les effets de l'opération sur la concurrence :

Considérant que l'opération de concentration se traduira par la disparition d'un intervenant important sur le marché national des échangeurs thermiques à plaques ; qu'en outre, en rachetant la société Vicarb, la société Alfa Laval va également élargir sa gamme de produits ; qu'en effet, la société Alfa Laval produit essentiellement des échangeurs à plaques et joints qui ne sont pas utilisables pour des températures et des pressions élevées ; que l'opération lui permettra d'ajouter à son portefeuille des échangeurs susceptibles d'être utilisés dans de telles conditions, notamment le Compabloc fabriqué par Vicarb, échangeur à plaques soudées venant s'ajouter aux échangeurs brasés qu'elle produit déjà ;

Considérant toutefois que le commissaire du Gouvernement considère que, si cette opération est bien contrôlable, la part de marché de 29,3 % « *n'est pas exacte* » ; que ce chiffre serait obtenu par l'intégration d'une partie des échangeurs à ailettes dans le marché des échangeurs à plaques ; que ces produits, en ce qu'ils ont une fonction particulière, ne seraient pas substituables aux autres échangeurs à plaques ; qu'enfin, l'inclusion des échangeurs à spirales dans le marché des plaques serait « *très discutable* » ; qu'en conséquence, il ne conviendrait pas de retenir le montant global de 687 millions de francs pour le marché en cause, chiffre calculé à partir de l'étude de Frost et Sullivan sur le marché européen des échangeurs thermiques, mais celui de 370 millions de francs proposé par Bipe Conseil ; que la prise en compte de cette étude aboutirait à une part de marché « *d'au moins 54 % en France* » ;

Mais considérant que, dans son étude générale sur les biens d'équipement associés à l'utilisation rationnelle de l'énergie précitée, la société Bipe Conseil évalue, en se plaçant du côté de l'offre, sur ce qu'elle appelle un segment des échangeurs à plaques, la part des groupes Alfa Laval et Vicarb à 47 % ; que cette étude ne définit pas un marché au sens du droit de la concurrence, mais la part d'Alfa Laval dans la production nationale d'échangeurs ; qu'elle a seulement distingué au sein du « *marché des échangeurs thermiques* », seul marché qu'elle reconnaît en tant que tel, trois catégories principales d'échangeurs, différenciées par leurs caractéristiques techniques ; que la catégorie des échangeurs à ailettes qu'elle retient est répartie par l'étude Frost et Sullivan, qui fait autorité dans la profession, entre les autres échangeurs tubulaires et les autres échangeurs à plaques ; que les échangeurs à plaques et à ailettes, s'ils sont plus particulièrement utilisés dans des applications cryogéniques, ne diffèrent pas des autres échangeurs à plaques, notamment soudées ou brasées, en termes de performance ou de compacité ; qu'il en est de même des échangeurs à spirales, également classés par Frost et Sullivan dans la catégorie des « *autres échangeurs à plaques* » ; qu'en conséquence, ces produits doivent être inclus dans le marché pertinent des échangeurs à plaques ;

Considérant, en premier lieu, que, sur le marché national, les autres fournisseurs actuels sont principalement les groupes multinationaux GEA, Swep et APV, d'importance comparable au groupe Alfa Laval et qui disposent d'une large gamme de produits de nature à satisfaire l'ensemble des besoins des utilisateurs ; que les sociétés GEA et APV sont en outre directement concurrentes d'Alfa Laval sur les marchés connexes de l'installation d'équipements industriels ; que d'autres sociétés de plus faible taille sont également présentes sur le marché des échangeurs à plaques, comme la société Barriquand qui a développé le premier échangeur à plaques soudées sous le nom de « *Platulaire* » ; que cette société est

également ensemblier d'échangeurs à plaques et joints alors qu'une société appartenant au même groupe qu'elle, la société Aset, fabrique des échangeurs tubulaires ; que la société Kapp France créée en 1993 dispose également d'une gamme étendue d'échangeurs ; qu'elle est, en particulier détentrice d'un brevet d'échangeurs à plaques soudées (Heatex) ; qu'elle distribue, en outre, des échangeurs à spirales et les échangeurs fabriqués par la société portugaise Arsopi, licenciée de la société Isaka, important producteur japonais d'échangeurs thermiques à plaques ; que d'autres sociétés, comme la société CIAT, important fabricant d'échangeurs tubulaires, ou la société allemande API Schmidt-Bretten, proposent également soit directement, soit par l'intermédiaire de distributeurs, des échangeurs à plaques, qu'en outre, plusieurs sociétés européennes, allemandes, comme Funke, Balcke Durr, Ernest Fisher et Ingenieur Buro Weber, ou italiennes, comme Cipriani, sont en mesure de fournir de tels échangeurs ;

Considérant, en second lieu, que dans son étude concernant les échangeurs thermiques, la société Bipe Conseil relève, alors même que les échangeurs thermiques tubulaires sont beaucoup plus volumineux et donc plus difficiles à transporter que les échangeurs à plaques, pour l'ensemble du secteur des échangeurs thermiques, que la part des importations était en 1997 de 26 % de la consommation et celles des exportations de 51 % de la production ; qu'elle constate également que : *« De plus en plus d'acteurs sont présents sur le segment des échangeurs à plaques et notamment des importateurs : japonais (Isaka), portugais (Arsopi) mais également suédois, allemands et italiens. Pour cette raison, les nouveaux acteurs français vont plutôt se positionner sur le tubulaire car de plus en plus d'acteurs sont présents sur les échangeurs à plaques »* ;

Considérant, enfin, qu'une majorité des utilisateurs interrogés ont répondu que l'opération ne modifiera pas la situation de la concurrence en ce qui les concerne ; qu'en tout état de cause il existait d'autres fournisseurs que les parties à la concentration ;

Considérant que le commissaire du Gouvernement estime que le fait que l'opération de concentration intervienne sur un marché sur lequel *« les fabricants doivent innover en permanence »* entraînera un renforcement de la position d'Alfa Laval ;

Considérant, à titre liminaire, qu'à supposer que la circonstance que le rachat d'un produit couvert par un brevet sur un marché où l'innovation est permanente soit de nature à renforcer la puissance du marché de l'acquéreur, il conviendrait, en outre, qu'il soit établi que les conditions de la concurrence en sont affectées sur le marché sur lequel opèrent les parties à la concentration ;

Considérant, en premier lieu, que le secteur des échangeurs thermiques est un secteur parvenu à maturité sur lequel les échangeurs à plaques viennent remplacer progressivement les échangeurs tubulaires utilisés depuis une centaine d'années ; qu'en conséquence les technologies de base et la plupart des adaptations ou aménagements sont dans le domaine public ; qu'en particulier les échangeurs à plaques et joints sont, de par leur conception, simples et font appel à des techniques couramment utilisées que l'on peut également trouver en dehors des fabricants d'échangeurs, par exemple pour les moules d'emboutissage chez les fabricants de pièces détachées pour automobiles et chez les spécialistes du caoutchouc pour la fabrication des joints ;

Considérant en deuxième lieu qu'entre 1977 et 1996 la société Alfa Laval a déposé 76 brevets concernant les échangeurs thermiques sur un total de 2 508, soit 3 % seulement de l'ensemble des brevets déposés dans ce domaine ; que la société Vicarb n'en a déposé que cinq, soit 0,2 % du nombre total de brevets déposés ; qu'en conséquence l'opération ne renforcera que de manière marginale les droits de propriété industrielle détenus par Alfa Laval ;

Considérant en troisième lieu qu'aucun élément n'établit que les brevets détenus par la société Vicarb et rachetés par la société Alfa Laval, notamment ceux concernant l'échangeur

Compabloc du type à plaques soudées, soient indispensables aux utilisateurs ou qu'ils satisfassent des besoins qui ne pourraient pas l'être avec d'autres produits ; qu'il existe d'autres types d'échangeurs qui répondent aux impératifs de compacité, de lutte contre la corrosion, d'encrassement ou d'amélioration des rendements, avantages généralement associés aux échangeurs à plaques soudées ; qu'en particulier l'échangeur à plaques brasées est présenté par Alfa Laval dans ses descriptifs comme répondant à un besoin en échangeur compact fonctionnant à haute pression et à haute température ; qu'il est précisé que cet échangeur est largement utilisé en chauffage, réfrigération et récupération d'énergie pour des échanges entre deux liquides, entre de la vapeur et un liquide, ainsi qu'entre un gaz et un liquide ; que ce point de vue est corroboré par les études publiées par la société Frost et Sullivan, qui relève, notamment, le développement important de l'utilisation des échangeurs à plaques brasées ces dernières années ; que, dans l'étude sur les échangeurs thermiques, enjeux, marchés, technologies et politique d'innovation, publiée par les Editions européennes thermiques et industrie, et qui fait la synthèse des travaux engagés en 1986 et actualisés en 1991 à l'initiative de l'Agence française pour la maîtrise de l'énergie, il est précisé : « *La nouvelle génération des échangeurs à plaques soudées, ainsi que les échangeurs à plaques brasées, apparue sur le marché au début des années 80, constitue un progrès. Ils permettent d'atteindre des températures et des pressions plus élevées* » ; que la même étude souligne que les échangeurs à plaques peuvent également, lorsqu'il n'y a pas de problèmes d'espace, être utilisés dans les mêmes conditions de température et de pression ; qu'en outre il existe d'autres fournisseurs d'échangeurs à plaques soudées présents en France, tels que la société Barriquand, qui a mis au point le premier échangeur de ce type appelé « Platulaire », la société Swep, la société Kapp France, la société Thermi-Consult ainsi que la société Schmidt-Bretten ;

Considérant, enfin, que le fait qu'une société comme la société Barriquand, qui ne dispose que d'un nombre très faible de personnes affectées à la recherche développement, détienne une part du marché national significative et soit en mesure d'exporter, ainsi que l'a indiqué son président en séance, 60 % de sa production, montre que la recherche développement peut être effectuée par des entreprises de taille modeste et ne constitue pas une barrière à l'entrée sur le marché des échangeurs à plaques ;

Considérant que le commissaire du Gouvernement estime que la puissance d'achat du nouveau groupe pourrait lui permettre d'obtenir des conditions d'achat des matières premières plus favorables que celles que peuvent obtenir les entreprises françaises de taille moindre ;

Mais considérant, ainsi qu'il a été indiqué en séance par le conseil des sociétés Alfa Laval et Vicarb, que les achats totaux annuels de matières premières des deux groupes sur les marchés secondaires ne représentent que des quantités marginales, 0,012 % pour l'acier au carbone, 0,14 % pour l'acier inoxydable, 0,19 % pour les alliages de nickel et 3,52 % pour le titane ; qu'en tout état de cause la part du groupe Vicarb dans ces achats de matières premières n'est respectivement que de 0,002 %, 0,023 %, 0,042 % et 0,27 % ; qu'il ne peut donc être valablement soutenu que le nouveau groupe disposera d'un pouvoir qui lui permettrait d'obtenir des conditions préférentielles ; qu'ainsi l'opération de concentration ne modifiera pas la puissance d'achat du groupe Alfa Laval ;

Considérant que la part du marché du service après-vente que les parties assureront ensemble après l'opération est estimée à environ 27,5 % ; que cette activité qui consiste à fournir des pièces détachées et à assurer la maintenance des échangeurs peut être réalisée, outre par le fournisseur du premier équipement, par des sociétés de service ; que ces sociétés peuvent également se procurer des pièces détachées auprès d'autres fabricants que le fournisseur du premier équipement, en particulier en ce qui concerne les joints ; que la part du service après-vente est faible pour les échangeurs à plaques soudées ; qu'en outre certaines activités d'entretien peuvent être réalisées par l'utilisateur lui-même ; qu'en conséquence il

existe une grande diversité de sociétés en mesure d'assurer la fourniture de pièces détachées, notamment des joints, et les services de réparation et d'entretien ;

Considérant qu'au vu de l'ensemble des constatations qui précèdent il apparaît que la concentration résultant de la prise de contrôle des sociétés constituant le groupe Vicarb par la société Alfa Laval Holding AB n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés ;

Considérant, au surplus, que la société Alfa Laval a déclaré qu'elle envisageait de renforcer le pôle de Vicarb situé à Fontanil près de Grenoble, en réalisant les investissements nécessaires à l'augmentation de la capacité de production des échangeurs à plaques soudées de Vicarb, dont [...] % (1) de la production serait destinée à l'exportation, ainsi qu'au renforcement de la recherche et développement sur les échangeurs à plaques soudées ; qu'elle envisage également de concentrer sur le site grenoblois de Vicarb la fabrication d'échangeurs thermiques de petites dimensions, la fabrication et la fourniture d'échangeurs à plaques de tailles moyenne et grande destinés à l'Europe du Sud ainsi que l'approvisionnement en pièces de rechange pour l'ensemble de l'Europe ; que, même si le groupe Vicarb est déjà largement présent au niveau international, le fait pour cette société d'être intégrée dans un groupe disposant des moyens de développer des productions destinées en grande partie à être exportées peut effectivement lui permettre d'élargir sa clientèle et ainsi d'améliorer sa compétitivité au regard de la concurrence internationale ; qu'enfin, selon les utilisateurs des échangeurs thermiques, l'opération de concentration qui conduira à un renforcement et à une meilleure répartition des services commerciaux du nouveau groupe sera de nature à améliorer la qualité des services offerts par ces deux fournisseurs ; qu'ainsi cette opération apporte aussi une contribution au progrès économique,

Est d'avis :

Que la concentration résultant de la prise de contrôle des sociétés constituant le groupe Vicarb par la société Alfa Laval Holding AB n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés.

Délibéré, sur le rapport de M. Jacques Poyer, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, Mme Boutard-Labarde, MM. Rocca, Sloan, Thiolon et Urbain, membres.

*Le rapporteur général
suppléant,
Marie-Hélène Mathonnière
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen*

(1) Les informations relevant du « secret des affaires » ont été occultées en application de l'article 28 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986, modifié par le décret n° 95-916 du 9 août 1995, avant-dernier alinéa.

Annexe 109

**Avis n° 99-A-03 du Conseil de la concurrence en date du 26 janvier 1999
relatif à l'acquisition de la société Proteg par la société Securitas AB**
NOR : ECOC9910047V

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 13 octobre 1998 sous le numéro A 256 par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis à l'acquisition de la société Proteg par la société Securitas AB ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence, et notamment son titre V, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société Securitas AB, la société Proteg et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants de la société Ardial et de la société En Toute Sécurité entendus conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance précitée, le représentant de la société Securitas AB et de la société Proteg entendus,

Adopte l'avis fondé sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Les entreprises parties à l'opération

1. La société Securitas AB

La société Securitas AB est une société de droit suédois spécialisée dans la surveillance par agent et la vente et la maintenance de systèmes de sécurité. Elle est principalement présente en Suède et dans les pays de l'Europe du Nord. Depuis quelques années, elle a également développé ses activités au Royaume-Uni, en Espagne, au Portugal et en Allemagne. La société Securitas AB emploie environ 40 000 personnes et son chiffre d'affaires consolidé s'est élevé à près de 8 milliards de francs en 1997. Elle occupe la première place en Europe dans son domaine d'activité.

La société Securitas AB est présente en France, principalement par l'intermédiaire d'une filiale à 99 %, la société Protectas. La société Protectas assure les services administratifs de plusieurs sociétés dont elle détient, directement ou indirectement, 99,90 % du capital. Ces sociétés, qui constituent ensemble le groupe Protectas, sont spécialisées dans différents secteurs de la sécurité :

- les sociétés Protectas SDC, Protectas SDC Est, Protectas SDC Est-Télésurveillance, OPDS et SGI Surveillance assurent des prestations de sécurité ;
- la société Sodiatec a pour objet l'aménagement de dispositifs de sécurité et de protection ;
- la société E 3 Réalisations a pour objet l'installation et la maintenance de systèmes d'alarme ;
- la société Sega assure des prestations d'hôtes d'accueil ;
- la société ACSP a pour objet la formation à la sécurité ;
- la société Transeuropéenne de Participation gère les participations du groupe Kessler (Protectas SDC Est et Protectas SDC Est-Surveillance).

Le groupe Protectas emploie environ 5 800 personnes et a réalisé en France un chiffre d'affaires consolidé de 719,821 millions de francs en 1997. La surveillance par agent constitue son activité principale avec un chiffre d'affaires de 671 millions de francs représentant environ 93 % de son chiffre d'affaires total. Le groupe Protectas offre également des prestations de sécurité électronique : détection intrusion, contrôle d'accès, vidéosurveillance et télésurveillance. Ces activités ont généré en 1997 un chiffre d'affaires de 48 millions de francs.

Le groupe Protectas possède cinq stations de télésurveillance et un réseau de quarante agences réparties sur l'ensemble du territoire national.

La société Domen, autre filiale de la société Securitas AB, est spécialisée dans la télésurveillance. En 1997, cette société a réalisé un chiffre d'affaires de 57 millions de francs.

2. La société Proteg

La société Proteg est une société de droit français, qui a pour activité la surveillance par agent, la fabrication, la vente et la maintenance de systèmes de sécurité. Le capital de la société Proteg est détenu à 79,89 % par la société Finnecco (holding financière de droit français), à 12,49 % par la Compagnie générale de chauffe (CGC), à 4,07 % par le président-directeur général de Proteg, à 2,82 % par des actionnaires individuels et à 0,73 % en autocontrôle.

La société Proteg contrôle de nombreuses filiales spécialisées dans divers métiers de la sécurité. Le groupe Proteg est principalement implanté en France, mais également en Espagne, en Suisse, au Maroc et en Tunisie. Le groupe Proteg emploie environ 15 100 personnes et a réalisé en France un chiffre d'affaires d'environ 2,348 milliards de francs en 1997. Le groupe possède un réseau de cent agences implantées sur l'ensemble du territoire national.

Le groupe Proteg exerce des activités dans plusieurs domaines de la sécurité :

- la surveillance par agent constitue la principale activité du groupe Proteg et a représenté un chiffre d'affaires de 1,485 milliard de francs en 1997, correspondant à environ 63 % de son chiffre d'affaires total ;
- le groupe Proteg assure la conception, l'installation et la maintenance de systèmes de protection électronique contre la malveillance : détection d'intrusion, contrôle d'accès, vidéosurveillance. Cette activité a généré un chiffre d'affaires de 241 millions de francs en 1997, soit environ 10,2 % de son chiffre d'affaires total ;
- le groupe Proteg offre également des services dans le domaine de la télésurveillance. Cette activité a généré un chiffre d'affaires de 170 millions de francs en 1997, représentant environ 7,2 % de son chiffre d'affaires total. Le groupe Proteg possède un réseau de treize centrales de télésurveillance auquel sont raccordés 50 000 sites ;
- le groupe Proteg est présent de manière plus marginale dans le secteur du transport de valeurs. Cette activité a représenté en 1997 un chiffre d'affaires de 84 millions de francs, soit environ 3,5 % de son chiffre d'affaires total.

Aux termes d'un accord signé le 23 décembre 1998, le groupe Proteg a cédé ses activités de protection contre l'incendie (fourniture et entretien des extincteurs mobiles, systèmes électroniques de détection d'incendie, systèmes d'extinction fixes) au groupe britannique Williams. Ces activités représentaient en 1997 un chiffre d'affaires de 368 millions de francs.

B. - Le secteur d'activité

Le domaine de la sécurité concerne l'ensemble des moyens, humains ou techniques, mis en œuvre pour, d'une part, prévenir les risques matériels et physiques auxquels sont exposés les entreprises ou les particuliers et, d'autre part, réagir en cas d'incident. Ce domaine recouvre des secteurs d'activité extrêmement nombreux. Les professionnels identifient habituellement vingt-deux secteurs spécifiques dans ce domaine : alarme, audit, contrôle d'accès, contrôle technique - sécurité industrielle, enquête privée, équipements blindés, équipements de transports de fonds, équipements de télésurveillance, études de marché, surveillance par agent, ingénierie, logistique bancaire, traitement des valeurs, lutte contre la démarque inconnue, protection de l'homme au travail, protection rapprochée, télésurveillance, transports de fonds, vidéosurveillance. Un même impératif fait converger ces diverses activités du domaine de la sécurité : couvrir des risques aussi différents que les vols, les sabotages, les sinistres (dégâts des eaux, incendie), les destructions de l'appareil informatique, les risques de pollution de l'environnement, d'intrusion, d'espionnage industriel, etc. Une même entreprise peut intervenir sur plusieurs créneaux de la sécurité.

En valeur, l'ensemble de ces activités a représenté un chiffre d'affaires de 56,325 milliards de francs en 1996.

Le groupe Proteg et le groupe Protectas sont tous deux présents dans le secteur de la

surveillance par agent, dans le secteur de la télésurveillance et dans le secteur de l'électronique de lutte contre la malveillance. Le groupe Proteg est également présent dans le secteur du transport de fonds.

*1. - Les différents créneaux de la sécurité
concernés par l'opération
La surveillance par agent*

La surveillance par agent, ou gardiennage, recouvre des activités très diversifiées. Les prestations de gardiennage traditionnel sont le gardiennage sur points fixes (présence sur un site d'agents de sécurité pour effectuer différentes missions) et les rondes de jour ou de nuit. Les prestations de gardiennage spécialisé sont nombreuses : accueil et filtrage aux accès, surveillance sur stations de travail (vidéosurveillance), contrôle des bagages, contrôle des personnes (stades, spectacles, lutte contre la démarque inconnue). Le chiffre d'affaires du secteur est estimé à la somme de 7,462 milliards de francs pour l'année 1997. Il stagne depuis l'année 1990 où il s'élevait à la somme de 7,3 milliards de francs. La demande émane exclusivement d'entreprises.

La concurrence sur ce marché s'exerce principalement par les prix. Il existe peu de normes et la réglementation est peu contraignante. Depuis quelques années, la guerre des prix et les exigences plus grandes des clients ont conduit les sociétés de surveillance par agent à s'engager dans une course à la taille critique et le secteur a connu un vaste mouvement de concentration lié à des objectifs de productivité et de couverture nationale. Les cinq premières entreprises ont réalisé presque 40 % du chiffre d'affaires de la profession en 1997. Parallèlement, les entreprises spécialistes de la surveillance par agent amorcent une diversification dans la télésurveillance et l'alarme ou d'autres services (nettoyage, maintenance).

Le groupe Proteg est « leader » des entreprises présentes dans ce secteur et a réalisé un chiffre d'affaires de 1,485 milliard de francs en 1997. Le groupe Protectas occupe la seconde place avec un chiffre d'affaires dans ce secteur de 671 millions de francs en 1997. La troisième place est occupée par la société ACDS qui a réalisé un chiffre d'affaires de 259 millions de francs. La société Securitas Atlantique (société de droit suisse, sans rapport avec la société homonyme Securitas de droit suédois partie à l'opération), avec un chiffre d'affaires de 222 millions de francs en 1997, occupe la quatrième place devant le groupe Euroguard/Safeti (207,9 millions de francs).

La télésurveillance

La télésurveillance peut être définie comme la surveillance d'un site à distance par l'intermédiaire d'une station centrale de télésurveillance, à l'écoute 24 heures sur 24 d'informations transmises par le réseau téléphonique ou par un autre réseau de communication. La télésurveillance nécessite l'installation préalable d'un système de sécurité électronique auquel sera adjoint un transmetteur relié à une station centrale. La télésurveillance ne fait pas forcément appel à des systèmes de caméras qui fonctionnent en circuit fermé. Lorsque l'information transmise révèle l'existence d'une situation anormale, plusieurs attitudes peuvent être adoptées : prévenir des correspondants, procéder à un appel sur le site concerné pour alerter des personnes présentes, procéder à une écoute ou à une visualisation à distance, envoyer un agent d'intervention pour valider le bien-fondé de l'alarme et/ou prendre les mesures correctives nécessaires. Le recours à une intervention humaine par l'envoi d'un agent d'intervention qui va traiter l'alarme est proche des prestations de ronde et est généralement assuré par des sociétés de surveillance par agent. Le coût approximatif d'une centrale de télésurveillance varie entre 500 000 F pour une centrale

non agréée par les sociétés d'assurances et 2,5 millions de francs pour une centrale agréée. Techniquement, une centrale de télésurveillance peut être raccordée à un site se trouvant sur n'importe quelle partie du territoire national. Chaque centrale est reliée à un nombre de sites variant entre 1 000 et 50 000.

La demande de services de télésurveillance émane principalement de professionnels mais aussi de particuliers. Depuis quelques années, les services de télésurveillance à des fins domestiques se développent fortement et représentent actuellement entre 25 et 30 % de ce secteur.

Le chiffre d'affaires du secteur est estimé à 2,28 milliards de francs en 1997. Le secteur a connu une croissance très importante depuis quelques années. En 1991, ce chiffre d'affaires était de 1,060 milliard de francs. Ce secteur est également très concentré : les cinq premières entreprises réalisent plus de 70 % du chiffre d'affaires. Le groupe américain Tyco, avec ses filiales CIPE, ADT et Cedi Sécurité, occupe la première place avec un chiffre d'affaires de 1,0404 milliard de francs en 1997, soit plus de 45 % du chiffre d'affaires du secteur devant la société CET (295 millions), la société Proteg (170 millions de francs), la société Protectas et la société Domen, filiale directe de la société Securitas AB (95 millions de francs) et la société Scutum (52 millions de francs) pour l'année 1997.

L'électronique destinée à la lutte contre la malveillance

Les systèmes de sécurité électroniques assurent des fonctions diverses telles que le contrôle d'accès, l'alarme, la détection d'intrusion, la vidéosurveillance. En 1997, ce secteur a représenté globalement un chiffre d'affaires de 8,482 milliards de francs contre 5,327 milliards de francs en 1991. Le groupe Protec occupe la cinquième place de ce secteur avec un chiffre d'affaires de 241 millions de francs réalisé en France et 38 millions de francs réalisé à l'exportation pour l'année 1997. Les quatre premières sociétés du secteur sont les sociétés Legrand, Fichet, Altral et Cedi Sécurité avec respectivement 430 millions de francs, 348 millions de francs, 327 millions de francs et 312 millions de francs de chiffre d'affaires.

Le transport de fonds

Le secteur du transport de fonds a réalisé un chiffre d'affaires de 1,6789 milliard de francs en 1996. Il s'agit d'une activité très marginale pour le groupe Proteg : 84 millions de francs en 1997.

2. Le cadre juridique

Les activités de surveillance, de gardiennage, de transport de fonds, de protection des personnes sont réglementées par la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983. L'article 1^{er} de cette loi précise, d'une part, que toute entreprise qui exerce sous une forme quelconque une activité qui consiste à fournir aux personnes physiques ou morales, de façon permanente, exceptionnelle ou discontinue, des services ayant pour objet la sécurité de biens meubles ou immeubles ainsi que celle des personnes liées directement ou indirectement à la sécurité de ces biens est considérée comme une entreprise de surveillance et de gardiennage et, d'autre part, que toute entreprise qui exerce une activité consistant à assurer le convoyage et la sécurité des transports de fonds, de bijoux ou de métaux précieux, ainsi que de tout document permettant d'effectuer un paiement, est considérée comme une entreprise de transport de fonds.

Les entreprises de surveillance, de gardiennage et de transport de fonds ne doivent exercer que des activités définies à l'article 1^{er} de la loi ci-dessus mentionnée et ne peuvent fournir des prestations de service qui ne seraient pas liées à la sécurité et au transport (art. 3).

Les dirigeants, de fait ou de droit, des entreprises exerçant ces activités ou les personnes

les exerçant à titre individuel et les employés de ces entreprises ne doivent pas avoir fait l'objet de sanctions disciplinaires ou de condamnations à une peine d'emprisonnement correctionnelle ou à une peine criminelle pour agissement contraires à l'honneur, à la probité ou aux bonnes mœurs ou pour atteinte à la sécurité des personnes et des biens (art. 5 et 6). Les dirigeants de ces entreprises ou les personnes exerçant ces activités à titre individuel doivent, en outre, être de nationalité française ou ressortissants d'un Etat membre des Communautés européennes et ne pas être faillis non réhabilités ou avoir été frappés d'une autre sanction en application du titre II de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes (titre VI de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises).

L'exercice de ces activités est soumis à un régime d'autorisation administrative destiné à permettre à l'autorité administrative compétente de s'assurer que sont remplies les conditions prévues aux articles 5 et 6 de la loi du 12 juillet 1983. La demande d'autorisation est déposée à la préfecture du département où l'entreprise est inscrite au registre du commerce. Ce régime s'applique également aux services des entreprises qui disposent d'un service interne chargé d'une activité de surveillance, de gardiennage, de transports de fonds ou de protection de personnes (art. 11). La loi est complétée par un décret du 26 septembre 1986 relatif à l'autorisation administrative et au recrutement des personnels des entreprises de surveillance et de gardiennage, de transport de fonds et de protection de personnes et par un décret du 10 octobre 1986 relatif à l'utilisation des matériels, documents, uniformes et insignes des entreprises de surveillance et de gardiennage, transport de fonds et protection de personnes.

Il convient de préciser qu'un accord professionnel en date du 18 octobre 1995, étendu par arrêté ministériel du 29 avril 1996, prévoit que l'entreprise qui détient un nouveau marché (entreprise entrante), public ou privé, doit, selon des modalités prévues à la convention, proposer à l'entreprise qui assurait antérieurement les prestations faisant l'objet de ce nouveau marché (entreprise sortante) de reprendre au minimum 75 % du personnel bénéficiant de contrats à durée indéterminée et totalisant six mois d'ancienneté sur le ou les sites concernés. L'entreprise « sortante » peut toutefois conserver tout ou partie de son personnel en vue de l'affecter à d'autres marchés. La reprise du personnel des services internes du client n'est pas régie par cet accord, qui s'applique néanmoins lorsque l'entreprise cliente met fin au marché pour reprendre à son compte le service de sécurité.

Les activités de télésurveillance, quant à elles, ne font pas l'objet d'une réglementation spécifique. Un décret du 26 novembre 1996 organise une procédure particulière d'appel des services de police ou de gendarmerie. Les dispositions de ce décret prévoient que les entreprises ou services internes d'entreprises visés par la loi n° 83-629 du 12 juillet 1983 qui exercent des activités de surveillance à distance doivent, pour appeler les services de police et de gendarmerie, utiliser un numéro téléphonique mis à leur disposition par ces services et se conformer à un cahier des charges. Ces entreprises et services utilisateurs d'un numéro téléphonique réservé supportent une contribution forfaitaire aux frais d'installation ainsi qu'une redevance annuelle.

Le cadre juridique de la vidéosurveillance est défini par l'article 10 de la loi du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité. Les dispositions de cet article prévoient que l'installation des dispositifs de vidéosurveillance sur la voie publique ou dans les lieux ouverts au public et particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol est soumise à une autorisation préfectorale préalable délivrée après avis d'une commission départementale présidée par un magistrat du siège ou un magistrat honoraire. Les systèmes de vidéosurveillance liés à un fichier nominatif relèvent, quant à eux, de la compétence de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

C. - L'opération

Aux termes d'un accord signé entre les parties au mois d'août 1998, la société Finecco et la Compagnie générale de chauffe, qui détenaient respectivement 79,89 % et 12,49 % du capital de la société Proteg, se sont engagées à céder leurs participations à la société Securitas AB. Cette opération a été réalisée le 23 octobre 1998.

II. - SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

Sur la nature de l'opération :

Considérant qu'aux termes de l'article 39 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « *la concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs entreprises une influence déterminante* » ;

Considérant que l'acquisition par la société Securitas AB de la quasi-totalité des actions de la société Proteg lui permet d'exercer une influence déterminante sur cette société ; qu'ainsi, cette opération constitue une concentration au sens des dispositions de l'article 39 précité ;

Sur les seuils et les marchés de référence :

En ce qui concerne la délimitation des marchés concernés par l'opération :

Considérant que la société Proteg et la société Protectas, filiale française de la société Securitas AB, proposent toutes deux, directement ou par l'intermédiaire de leurs filiales, des services de surveillance par agent, des services de télésurveillance ainsi que des équipements électroniques de lutte contre la malveillance (systèmes de détection d'intrusion, de contrôle d'accès, de vidéosurveillance...) ; que ces différents moyens visent à assurer la protection des immeubles, et plus particulièrement les locaux industriels et commerciaux, contre l'intrusion, le vol et la malveillance ;

Considérant que la société Proteg propose également, par l'intermédiaire de sa filiale Proteg Est, des services de transport de fonds ; que ces services ne répondent pas aux mêmes besoins que la surveillance par agent, la télésurveillance et les équipements électroniques de lutte contre la malveillance ; qu'ils ne sauraient, dès lors, appartenir au même marché ;

Considérant que, dans son dossier de notification, la société Securitas AB soutient que les services de surveillance par agent et de sécurité électronique (télésurveillance, équipements électroniques de lutte contre la malveillance) relèvent d'un même marché ; qu'elle fait valoir que « *les différents moyens électroniques de protection, en particulier les systèmes d'alarme reliés à une station de télésurveillance, d'une part, et les services de surveillance par agent, d'autre part, sont techniquement susceptibles de répondre en tout ou partie aux mêmes besoins des utilisateurs (qui sont exclusivement des professionnels)* », que « *les moyens électroniques peuvent, en fonction de la spécificité des activités et des sites, constituer un mode de protection à part entière susceptible de remplacer la surveillance par agent* », qu'il en est notamment ainsi « *lorsque les besoins des utilisateurs n'exigent pas une intervention immédiate et instantanée* », que « *la télésurveillance est, dans ces situations, susceptible de répondre aux mêmes besoins et de la même manière que les services de surveillance par agent* », que « *dans d'autres situations, qui exigent une réaction immédiate, les systèmes de sécurité électronique et notamment la télésurveillance peuvent, sans se substituer totalement à la surveillance par agent, permettre de diminuer très nettement (50 % environ) les besoins en agents des utilisateurs* », que « *le développement relativement récent des techniques de télésurveillance et l'amélioration constante de ces techniques (plus grande facilité des systèmes et des réseaux) ont modifié le comportement de l'offre et de la demande de la surveillance par agent* » ; qu'à titre d'exemple, la société Securitas AB fournit une liste

d'entreprises ayant décidé de recourir à des moyens de sécurité électronique et plus particulièrement de la télésurveillance, pour remplacer, totalement ou partiellement, la surveillance par agent ;

Mais considérant, en premier lieu, que la télésurveillance se distingue de la surveillance par agent par le fait que la prestation de surveillance est assurée non pas sur le site à protéger mais à distance, par l'intermédiaire d'une centrale de télésurveillance ; que, depuis une centrale de télésurveillance, un même agent peut suivre un grand nombre de sites (environ 150 à 500 sites lorsqu'il s'agit d'établissements industriels à hauts risques, environ 1 000 sites lorsqu'il s'agit de PME et de commerces, environ 1 500 sites lorsqu'il s'agit de particuliers) ; qu'il en résulte que le prix d'une prestation de télésurveillance est très inférieur aux prix d'une prestation de surveillance par agent : qu'ainsi, selon les informations fournies par la société notifiante, le prix moyen d'un service de télésurveillance destiné aux entreprises est d'environ 800 F hors taxes par mois, alors qu'une prestation de surveillance par agent est facturée plus de 80 F hors taxes de l'heure, hors majoration pour jours fériés ;

Considérant, en deuxième lieu, que les modalités de gestion des informations reçues par une centrale de télésurveillance ne s'accompagnent pas nécessairement d'une intervention sur le site concerné ; que ces modalités sont diverses et définies avec le client ; que les entreprises de télésurveillance, lorsqu'elles reçoivent un signal témoignant d'une situation anormale sur un site donné, se contentent parfois d'appeler un correspondant désigné par leur client afin que celui-ci procède aux vérifications nécessaires : que, lorsque le contrat de télésurveillance prévoit une intervention directe sur le site, celle-ci consiste simplement à vérifier que le signal reçu n'est pas dû à une fausse alerte et, dans le cas où un acte de malveillance a été effectivement commis, à prévenir les forces de police ou de gendarmerie ; qu'au cours de l'instruction les représentants des entreprises parties à l'opération ont précisé qu'aucun délai d'intervention maximum n'était contractuellement prévu en cas d'appel aux services d'un agent d'intervention, les assureurs refusant de garantir les entreprises de télésurveillance contre les recours éventuels de leurs clients en cas de retard ; qu'en pratique les entreprises s'efforcent néanmoins d'intervenir dans un délai de trente minutes après le déclenchement de l'alarme ;

Considérant, en troisième lieu, que ce délai d'intervention, auquel s'ajoute nécessairement celui des forces de l'ordre, présente des inconvénients plus ou moins graves selon la nature de l'incident ayant déclenché l'alerte et selon le contexte dans lequel elle intervient ; que, par exemple, certaines entreprises (banques, bijouteries, fourreurs, etc.), compte tenu de l'ampleur des risques qu'elles encourent dans l'exercice de leur activité, mettent en œuvre de puissants moyens de sécurité passive destinés à prévenir et à empêcher les actes de malveillance ; que ces moyens, très divers, retardent la réalisation des actes de malveillance et augmentent d'autant le délai d'intervention utile ; qu'ainsi la télésurveillance est fréquemment utilisée par ces entreprises dans la mesure où leurs locaux disposent habituellement de ces « retardateurs » (terme utilisé dans le domaine de la sécurité pour qualifier les dispositifs de sécurité passive retardant le vol des biens concernés tels que les coffres-forts, les portes blindées, etc.) et où le délai d'intervention précité ne constitue pas un réel problème ; qu'en revanche, lorsque les sites à protéger ne disposent pas de tels « retardateurs », parce qu'ils sont trop vastes, que la valeur des biens à protéger ne justifie pas de tels investissements ou que le nombre et la diversité des équipements ou des marchandises qu'ils abritent est trop important (sites industriels, entrepôts...), un délai d'intervention trop long peut être incompatible avec l'objectif de sécurité recherché ;

Considérant, en conséquence, que le critère de la rapidité de l'intervention humaine permet de distinguer nettement les prestations de surveillance par agent des prestations de télésurveillance ; que, si presque 70 % des entreprises utilisatrices de services de sécurité interrogées au cours de l'instruction ont indiqué qu'elles envisageaient de remplacer des

agents de surveillance par de la télésurveillance, 87,5 % des entreprises ayant répondu en ce sens ont précisé qu'elles n'y procéderaient que partiellement ; qu'en outre, parmi les six entreprises citées par la société Securitas AB comme ayant remplacé la surveillance par agent par de la télésurveillance, une seule a supprimé en totalité les prestations de surveillance par agent, et ce sur quelques sites ; que les cinq autres entreprises ont, selon les propres termes de la société notifiante, adopté une formule « *combinant des moyens de sécurité électronique/télésurveillance et les prestations de patrouilles mobiles* » ;

Considérant que les dépenses réalisées par les utilisateurs de services de télésurveillance ont augmenté rapidement au cours de ces dernières années ; que les dépenses des utilisateurs de services externes de surveillance par agent ont diminué d'environ 5 % en valeur depuis 1991 ; que, selon la société notifiante, cette baisse serait principalement due à « *la vive concurrence par les prix* » exercée par des entreprises de surveillance par agent de taille modeste, la politique de baisse des prix « *initiée par ces entreprises* » s'étant, par la suite, « *généralisée et amplifiée sous la pression des acheteurs* » ; qu'au cours de cette période la télésurveillance a profité de l'augmentation de la demande globale de services de sécurité, notamment parce qu'elle a permis de répondre à des besoins que le coût élevé de la surveillance par agent ne permettait pas de satisfaire ; qu'en revanche il n'y a pas eu de transfert significatif de la demande de surveillance par agent au profit de la télésurveillance, alors même que l'importance de l'écart de prix entre ces deux types de prestations aurait dû, si elles étaient pleinement substituables, inciter les utilisateurs à délaisser les services de surveillance par agent et à se tourner vers la télésurveillance ; que cet élément confirme que, pour les demandeurs, la télésurveillance n'est que partiellement substituable à la surveillance par agent ;

Considérant, par ailleurs, que, si les équipements électroniques de lutte contre la malveillance ont également pour objet d'assurer la surveillance des locaux et si certains de ces matériels (systèmes de détection intrusion) peuvent, le cas échéant, être raccordés à une centrale de télésurveillance, ces équipements une fois installés ne s'accompagnent d'aucune intervention humaine ; que les professionnels du secteur s'accordent à considérer que lesdits équipements sont plus complémentaires que concurrents de la surveillance par agent et de la télésurveillance ; qu'il ressort des réponses apportées par les entreprises utilisatrices de moyens de sécurité que toutes celles qui utilisent de tels équipements recourent parallèlement à des services de surveillance par agent et/ou de télésurveillance ; qu'en conséquence l'électronique de lutte contre la malveillance doit être regardée comme constituant un marché distinct de la surveillance par agent et de la télésurveillance ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la présente concentration affecte trois marchés : celui de la surveillance par agent, celui de la télésurveillance et celui de l'électronique de lutte contre la malveillance ;

En ce qui concerne les seuils de références :

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 38 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 une opération de concentration ne peut être soumise à l'avis du Conseil de la concurrence que « *lorsque les entreprises qui sont parties à l'acte ou qui en sont l'objet ou qui leur sont économiquement liées ont soit réalisé ensemble plus de 25 % des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services substituables ou sur une partie substantielle d'un tel marché, soit totalisé un chiffre d'affaires hors taxes de plus de sept milliards de francs, à condition que deux au moins des entreprises parties à la concentration aient réalisé un chiffre d'affaires d'au moins deux milliards de francs* » ; que, par ailleurs, l'article 27 du décret du 29 décembre 1986 précise que : « *le chiffre d'affaires pris en compte à l'article 38 de l'ordonnance est celui réalisé sur le marché national par les entreprises concernées et s'entend de la différence entre le chiffre d'affaires global hors taxes de chacune de ces entreprises et la valeur comptabilisée de leurs exportations directes ou par*

mandataire vers l'étranger » ;

Considérant qu'en 1997, dernière année pour laquelle le Conseil dispose de données complètes, les groupes Proteg et Protectas détenaient respectivement 19,9 % et 9 % du marché de la surveillance par agent ; que le nouvel ensemble issu de la présente opération détient près de 29 % dudit marché ; qu'en conséquence l'opération est contrôlable par le Conseil de la concurrence au regard de l'article 38 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur les effets de l'opération sur la concurrence :

En ce qui concerne le marché de la surveillance par agent :

Considérant qu'à l'issue de la présente opération la société Securitas AB contrôle les deux principaux intervenants sur ce marché, le groupe Proteg et le groupe Protectas, respectivement en première et deuxième position ; que le nouvel ensemble détient environ 29 % dudit marché, ce qui lui confère une position plus de huit fois supérieure au second intervenant, la société ACDS, qui détient une part de marché d'environ 3,5 %, que la part de marché du dixième intervenant, la société Hyperservice, n'est que d'environ 1,5 % ; que le reste du marché est réparti entre un grand nombre de petites et moyennes entreprises implantées localement ou régionalement et qui n'opèrent que dans des zones géographiques limitées ;

Considérant que le nouveau groupe dispose d'un réseau d'environ 140 agences réparties sur le territoire national, lui conférant une couverture géographique supérieure à celle de ses principaux concurrents ; que cette situation permet au nouveau groupe à la fois de répondre à des demandes locales et de négocier des contrats au plan national ; qu'en effet, un certain nombre de clients importants procèdent par référencement national (présélection) de leurs fournisseurs de prestations de sécurité ; que la couverture géographique du nouvel ensemble peut lui conférer un avantage non négligeable aux yeux des clients dont les sites à protéger sont dispersés dans plusieurs régions ;

Mais considérant, en premier lieu, que l'activité de surveillance par agent est essentiellement une activité de main-d'œuvre ; qu'ainsi que l'a souligné la société Ardial au cours de l'instruction, « *aux frais généraux près des entreprises, l'heure de main-d'œuvre représente l'intégralité du service rendu* » ; que, selon une estimation du syndicat national des entreprises de sécurité, les salaires, charges sociales, congés payés et autres charges liées à l'emploi des personnels de surveillance (indemnités de panier, frais de déplacement...) représentent en moyenne plus de 85 % du prix de revient d'une prestation de surveillance par agent ; que la structure de ces coûts est identique pour toutes les entreprises du secteur ; que la prépondérance de la part de la main-d'œuvre dans les coûts des entreprises de surveillance limite les possibilités d'économies d'échelle ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'à la différence d'autres secteurs de l'économie, comme la distribution de produits ou de services à destination des consommateurs, la commercialisation de services de surveillance par agent n'implique pas nécessairement de disposer d'un réseau d'agences implantées à proximité des clients ; que les services proposés sont très spécialisés et, compte tenu de leur coût, concernent exclusivement des entreprises ; que les entreprises de surveillance par agent peuvent ainsi mettre en œuvre des modes de distribution qui ne reposent pas sur un réseau d'agences, par exemple le démarchage ou la réponse aux appels d'offres publics ou privés ; que, de la même manière, les politiques de communication des entreprises de surveillance reposent principalement sur les salons et la presse professionnels ou sur les relations nouées avec les responsables de la sécurité des entreprises clientes ;

Considérant, en troisième lieu, que, selon les professionnels du secteur entendus au cours de l'instruction, le marché de la surveillance par agent a atteint sa maturité et est donc essentiellement un marché de renouvellement ; qu'il ressort en effet de l'instruction que la majorité des contrats porte sur des sites qui faisaient déjà l'objet d'une surveillance, soit dans

un cadre interne, soit dans le cadre d'un contrat antérieurement conclu avec une autre entreprise de surveillance par agent ; qu'un accord professionnel en date du 18 octobre 1995, étendu par arrêté ministériel du 29 avril 1996, prévoit qu'une entreprise qui obtient un marché (public ou privé) doit, selon des modalités prévues à la convention, proposer à l'entreprise qui assurait antérieurement les prestations faisant l'objet de ce nouveau marché de reprendre au minimum 75 % du personnel bénéficiant de contrats à durée indéterminée et totalisant six mois d'ancienneté sur le ou les sites concernés ; que les dispositions de cet accord, qui ne s'appliquent pas à la reprise du personnel des services internes du client, permettent aux entreprises de surveillance par agent qui ne disposent pas d'agence dans une zone géographique donnée de néanmoins fournir sans difficultés des prestations dans cette zone ; qu'il en résulte qu'une entreprise disposant d'une forte position locale ne saurait pour autant s'abstraire de la concurrence ; qu'elle le pourrait d'autant moins que la surveillance par agent est une activité de main-d'œuvre qui ne nécessite pas d'investissements importants et qui est soumise à une réglementation peu contraignante ; que les opérateurs du secteur entendus au cours de l'instruction ont souligné la fluidité de ce marché ;

Considérant, enfin, que le fait qu'une entreprise de surveillance par agent ait été référencée au niveau national par une entreprise cliente ne signifie pas qu'elle sera retenue pour l'ensemble des sites de cette entreprise ; qu'il résulte de l'instruction que les entreprises qui procèdent à un tel référencement retiennent généralement plusieurs opérateurs et laissent à leurs responsables locaux le soin de choisir parmi ces différents opérateurs ; que, dans certains cas, ce référencement n'est fourni qu'à titre indicatif, les responsables locaux des entreprises clientes conservant la possibilité de s'adresser à des fournisseurs de leur choix ; que l'ensemble des opérateurs s'accorde à reconnaître une grande fluidité dans l'accès et la sortie du marché ;

En ce qui concerne le marché de la télésurveillance :

Considérant que le groupe Proteg détient environ 7,5 % de ce marché ; que le groupe Protectas et la société Domen, autre filiale de la société Securitas AB, détiennent ensemble une part d'environ 4 % ; que la part de marché du nouvel ensemble, soit environ 11,5 %, demeure très inférieure à celle du premier intervenant, le groupe américain Tyco, qui, à lui seul, détient 45 % dudit marché ;

Considérant que l'activité de télésurveillance repose sur la transmission à distance d'informations recueillies par l'intermédiaire d'un système électronique de sécurité implanté sur un site ; que, techniquement, une centrale de télésurveillance peut, par l'intermédiaire du réseau téléphonique ou d'un autre réseau de télécommunication, couvrir l'ensemble du territoire national ; qu'ainsi, 50 % des entreprises exerçant une activité de télésurveillance qui ont répondu au questionnaire des rapporteurs ont précisé qu'elles étaient à même de couvrir l'ensemble du territoire national avec leur propre centrale ; qu'il n'existe donc pas de contrainte géographique particulière pour l'exercice de cette activité ;

Considérant que la combinaison de prestations d'interventions par agent et de prestations de télésurveillance pose la question de l'implantation géographique des équipes d'intervention sur le territoire national ; qu'en effet, le traitement d'une alarme par l'envoi d'un agent d'intervention implique une proximité avec le site faisant l'objet d'une télésurveillance ; que les entreprises de télésurveillance qui exercent également une activité de surveillance par agent et disposent d'équipes d'intervention réparties sur l'ensemble du territoire national peuvent bénéficier d'un avantage concurrentiel par rapport aux entreprises moins bien implantées ; que, toutefois, cet avantage doit être relativisé dans la mesure où ces dernières ont la possibilité de recourir à la sous-traitance ; qu'ainsi, 65 % des entreprises exerçant principalement une activité de télésurveillance interrogées au cours de l'instruction ont précisé qu'elles avaient recours à la sous-traitance pour les interventions locales ;

Considérant, au surplus, qu'il n'existe pas de barrières réglementaires ou technologiques

à l'entrée sur ce marché ; que les coûts d'entrée y sont peu élevés ; qu'en effet, le prix d'une centrale de télésurveillance agréée par les compagnies d'assurances est d'environ 2,5 millions de francs ; qu'à titre d'exemple, une clientèle d'environ 900 abonnés, composée pour un tiers de clients à hauts risques, pour un tiers de petites et moyennes entreprises et pour un tiers de particuliers, permet d'assurer l'équilibre d'exploitation d'une entreprise ayant acquis une telle centrale ;

En ce qui concerne le marché de l'électronique de lutte contre la malveillance :

Considérant que le nouveau groupe détient environ 3 % de ce marché ; que le groupe Tyco qui, par l'intermédiaire de ses filiales Cedi Sécurité et ADT, est le premier intervenant sur ce marché, détient une part de près de 6 % ; que, sur ledit marché, sont également présents de grands groupes d'électronique qui distribuent les équipements qu'ils fabriquent ;

En ce qui concerne les différents facteurs susceptibles de renforcer la puissance de marché du nouveau groupe :

Considérant que la lettre de saisine appelle l'attention du Conseil de la concurrence sur le fait que « *les groupes Proteg et Protectas seront les seuls à proposer l'ensemble des prestations de sécurité et quasiment les seuls à disposer des certifications (ISO 9002) nécessaires pour répondre aux appels d'offres européens et à posséder la capacité financière pour investir en recherche-développement et en publicité* » ;

S'agissant de l'étendue de l'offre du nouveau groupe :

Considérant que le nouvel ensemble dispose d'une offre élargie comprenant des services de surveillance par agent, de télésurveillance, d'électronique de lutte contre la malveillance et de transport de fonds ; que l'étendue de cette offre lui permet de répondre à la demande des entreprises ayant une pluralité de besoins en matière de sécurité ; qu'il a notamment la possibilité de négocier avec des grandes entreprises des contrats portant sur la totalité de leurs besoins ; que les entreprises ayant répondu au questionnaire adressé par les rapporteurs s'accordent à considérer que le fait d'intervenir sur l'ensemble des créneaux de la sécurité constitue, vis-à-vis de la concurrence, un avantage significatif, voire déterminant ;

Mais considérant que d'autres groupes sont également à même de fournir une gamme étendue de services ; que tel est le cas notamment des groupes Sicli, Brink's, Tyco et Ardial ; qu'il ressort par ailleurs de l'instruction que, si les clients importants tendent à présélectionner les entreprises de sécurité sur cette base, ils s'efforcent ensuite de répartir leurs besoins entre plusieurs opérateurs ; que, selon la société Securitas AB, les contrats dits « combinés », qui recouvrent l'ensemble des services offerts à la clientèle, sont peu nombreux ; qu'ainsi, la société Proteg n'aurait conclu que 37 contrats « combinés » et seuls 12 de ces contrats s'étendraient à la protection incendie ; que ces 37 contrats représenteraient environ 40 millions de francs par an, soit environ 1,7 % du chiffre d'affaires annuel de ladite société ;

Considérant, en outre, que les entreprises qui sont déjà présentes sur un ou plusieurs des marchés précités, voire sur des marchés voisins ou connexes comme le travail intérimaire ou le transport de fonds, peuvent élargir leur offre dès lors qu'il n'existe de barrières à l'entrée sur aucun de ces marchés ;

S'agissant de la certification ISO 9002 :

Considérant que la norme ISO 9002 est une norme internationale d'assurance qualité délivrée par un organisme de certification accrédité ; qu'il s'agit d'une norme générique, indépendante de tout secteur industriel ou économique particulier ; qu'elle ne se substitue donc pas aux exigences techniques propres au produit ou au service concerné ; que, pour répondre aux conditions de cette norme, les entreprises doivent notamment « *établir, consigner par écrit et entretenir un système qualité en tant que moyen pour assurer que le produit est conforme aux exigences spécifiées* » ; que, pour les entreprises, le coût d'une certification ISO 9002 est généralement compris entre 30 000 et 100 000 F ; que le délai moyen d'obtention d'une telle certification est d'environ deux ans ;

Considérant que le fait pour une entreprise de bénéficier de la certification ISO 9002 peut lui conférer un avantage non négligeable dès lors qu'une telle certification est perçue par la clientèle comme une garantie supplémentaire de qualité ; que certains acheteurs publics tendent en effet à présélectionner les candidats sur cette base ;

Mais considérant, en premier lieu, que les sociétés Proteg et Protectas bénéficiaient de la certification ISO 9002 antérieurement à la présente concentration ; que cet élément est donc sans rapport avec cette opération ;

Considérant, en second lieu, que lesdites sociétés ne sont pas les seuls opérateurs à bénéficier de cette certification ; qu'en effet, une vingtaine d'entreprises de sécurité sont d'ores et déjà certifiées ISO 9002 et six autres sont en cours de certification ;

S'agissant de la capacité d'investissement du nouvel ensemble :

Considérant que les sociétés Protectas et Proteg peuvent bénéficier du soutien financier de leur société mère, la société Securitas AB, et disposent de possibilités d'investissement supérieures à celles de la plupart des entreprises du secteur ;

Mais considérant que ces deux sociétés ne sont pas les seules à être adossées à des groupes puissants ; que tel est le cas notamment des sociétés Nomos, CIPE et Cedi Sécurité, qui sont des filiales du groupe américain Tyco, de la société Sicli, filiale du groupe britannique Williams, et de la société Cerberus Guinard, filiale du groupe allemand Siemens ;

Considérant, en outre, que la recherche-développement et la publicité ne requièrent pas de moyens importants sur les marchés de la surveillance par agent et de la télésurveillance ; qu'ainsi, la société Protectas ne consacre aucun budget à la recherche-développement ; que le budget consacré par la société Proteg à la recherche-développement ne concerne pas les marchés précités ; que les dépenses de communication se limitent généralement à des participations aux manifestations professionnelles ainsi qu'à des opérations de publicité hors médias (envoi de documentation et de courriers publicitaires adaptés aux différents clients potentiels, objets publicitaires...) ; qu'ainsi, les sociétés Protectas et Proteg ne consacrent respectivement que 1,15 million de francs et 9,96 millions de francs à leur budget annuel de communication, montants correspondant à environ 0,2 % et 0,4 % de leurs chiffres d'affaires consolidés ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la présente opération n'est de nature à porter atteinte à la concurrence ni sur le marché de la surveillance par agent, ni sur le marché de la télésurveillance, ni sur celui de l'électronique de lutte contre la malveillance,

Est d'avis :

Que la concentration résultant de l'acquisition de la société Proteg par la société Securitas AB n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés.

Délibéré, sur le rapport de MM. Savinien Grignon Dumoulin et Thierry Jallet, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, MM. Bon, Callu, Gicquel, Marleix, Pichon, Rocca, Sloan et Thiolon, membres.

Le rapporteur général suppléant,

Jean-Claude Facchin

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 110

Avis n° 99-A-04 du Conseil de la concurrence en date du 27 janvier 1999 relatif à un projet de décret en Conseil d'Etat concernant l'organisation de la profession de transporteur routier de marchandises

NOR : ECOC9910304V

Le Conseil de la concurrence,

Vu la lettre enregistrée le 9 novembre 1998 sous le numéro A 261, par laquelle le ministre en charge de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, d'une demande d'avis sur un projet de décret modifiant le décret du 14 mars 1986 relatif au transport de marchandises ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1243 modifié pris pour son application ;

Vu la directive n° 96-26 du Conseil des Communautés européennes du 29 avril 1996 modifiée ;

Vu la loi d'orientation des transports intérieurs n° 82-1153 du 30 décembre 1982 modifiée ;

Vu le décret n° 86-567 du 14 mars 1986 modifié relatif aux transports de marchandises ;

Vu l'avis de la Commission européenne du 23 décembre 1998 ;

Vu l'avis du Conseil national des transports du 9 septembre 1998 ;

Le rapporteur, le rapporteur général suppléant et le commissaire du Gouvernement entendus,

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre enregistrée le 9 novembre 1998 sous le numéro A 261, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a transmis au Conseil de la concurrence, en application de l'article 6 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, un projet de décret modifiant le décret n° 86-567 du 14 mars 1986 relatif au transport routier de marchandises.

La modification de l'article 36 de la loi du 30 décembre 1982, dite « Loti », par la loi n° 98-69 du 6 février 1998, dite « loi Gayssot », a mis fin au régime de l'autorisation de transport. La libéralisation du secteur s'accompagne de la mise en place d'un régime de licence et de copies conformes et prévoit que toutes les entreprises de transport routier de marchandises, quels que soient le poids maximum autorisé (ci-après PMA) des véhicules à quatre roues utilisés et le trafic effectué, national ou intracommunautaire, devront posséder une licence conforme aux exigences nationales et communautaires. La loi maintient l'exigence d'une triple condition, d'honorabilité, de capacité financière et professionnelle pour accéder à la profession de transporteur routier de marchandises et poursuivre son activité. L'article 2 de la « loi Gayssot » précise, par ailleurs, *« qu'un décret en Conseil d'Etat, pris après avis du Conseil national des transports, fixe les modalités d'application du présent article en tenant compte notamment des spécificités de chaque type de transport »*.

L'application de ces dispositions implique la modification du décret du 14 mars 1986, modifié par les décrets n° 92-609 du 3 juillet 1992 et n° 97-1018 du 6 novembre 1997, qui transpose en droit national la directive du Conseil des Communautés du 12 novembre 1974 concernant l'accès à la profession de transporteur de marchandises par route et qui subordonne cet accès à la réalisation de trois conditions cumulatives.

Les deux premières conditions, capacité professionnelle et honorabilité, s'appliquent à la personne exerçant la direction permanente et effective de l'entreprise de transport. La condition de capacité financière concerne l'entreprise.

A. - La réforme du dispositif régissant l'accès au marché du transport routier de marchandises

1. Le régime actuel

Au niveau communautaire

Dans le cadre du processus d'harmonisation de la politique commune des transports, le Conseil des Communautés européennes a publié plusieurs directives concernant l'accès à la

profession de transporteur de marchandises, dont celle du 29 avril 1996. Cette dernière synthétise les dispositions ayant trait à ce sujet et abroge la directive du 12 novembre 1974. Elle a été elle-même modifiée par la directive 98/76/CE du Conseil en date du 1^{er} octobre 1998 qui doit être transposée par les Etats membres avant le 1^{er} octobre 1999.

Les dispositions de la directive du 29 avril 1996 ne s'appliquent pas aux entreprises exerçant la profession de transporteurs de marchandises par route, dès lors qu'elles n'utilisent que des véhicules dont « *le poids total en charge autorisé ne dépasse pas 3,5 tonnes* ». Elle prévoit toutefois que : « (...) *Les Etats membres peuvent abaisser lesdits seuils pour la totalité ou pour une partie des catégories de transports* ».

S'agissant de la condition de capacité financière imposée aux entreprises européennes pour exercer la profession de transporteur routier de marchandises, la directive du Conseil du 1^{er} octobre 1998 prévoit, au 3 de son article 3, que : « *L'entreprise doit disposer d'un capital et de réserves d'une valeur au moins égale à 9 000 euros pour un seul véhicule utilisé et à 5 000 euros pour chaque véhicule supplémentaire.* »

Au niveau national

Aux termes du décret du 14 mars 1986, dans sa rédaction issue du décret du 6 novembre 1997, les véhicules pris en compte pour la détermination du montant de capacité financière exigible sont uniquement ceux qui ont un PMA supérieur à 3,5 tonnes, qu'ils soient possédés en pleine propriété, faisant l'objet de contrats de crédit-bail ou soient pris en location avec ou sans conducteur. L'entreprise doit disposer d'un capital et de réserves d'un montant total au moins égal à 100 000 F pour le premier véhicule, 50 000 F pour le second véhicule, 21 000 F pour chacun des véhicules suivants, la moitié de ce montant pouvant être représenté par une caution. Le texte contient par ailleurs des dispositions transitoires pour les entreprises créées avant l'entrée en vigueur du nouveau régime.

Le décret précité dispose également que les dirigeants des entreprises exploitant des véhicules de plus de 3,5 tonnes de PMA doivent satisfaire à une obligation de capacité professionnelle consistant en l'obtention d'une « *attestation de capacité professionnelle* » délivrée au niveau régional par le préfet.

2. Le projet de décret soumis au Conseil de la concurrence

Le dispositif envisagé

En ce qui concerne l'honorabilité des personnes exerçant la profession de transporteur routier de marchandises, sa définition n'est pas modifiée par le projet de décret. Mais toutes les entreprises de transport routier de marchandises sont dorénavant concernées, cette obligation étant étendue aussi aux entreprises utilisant exclusivement des véhicules de moins de 3,5 tonnes de PMA.

En ce qui concerne la condition de capacité financière, le texte abaisse le niveau minimal des actifs nets exigés pour les entreprises exploitant des véhicules d'un PMA supérieur à 3,5 tonnes. Par ailleurs il étend la condition de capacité financière aux entreprises exploitant des véhicules d'un PMA inférieur à 3,5 tonnes.

La condition de capacité financière de l'entreprise de transport routier de marchandises serait réalisée dès lors que « *l'entreprise de transport public routier de marchandises ou de location de véhicules industriels avec conducteur destinés au transport de marchandises dispose de capitaux propres et de réserves ou de cautions d'un montant total au moins égal à 6 000 F pour chaque véhicule n'excédant pas 3,5 tonnes de poids maximum autorisé et, pour les véhicules excédant cette limite, 60 000 F pour le premier véhicule, 33 000 F pour chacun des véhicules suivants. Toutefois, le montant des cautions ne peut excéder la moitié du*

montant de la capacité financière exigible. Dans les départements d'outre-mer, ces montants sont fixés respectivement à 4 000 F, 40 000 F et 20 000 F. Dans le cas où l'entreprise n'est pas constituée sous forme de société à capitaux, les biens propres de la personne physique inscrite au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers sont pris en compte pour l'évaluation de sa capacité financière. Les véhicules pris en compte pour la détermination du montant de la capacité financière exigible sont ceux possédés en pleine propriété, ou ceux qui font l'objet de contrats de crédit-bail, ou qui sont pris en location, avec ou sans conducteur. Les véhicules donnés en location sans conducteur ne sont pas pris en compte pour la détermination du montant de la capacité financière exigible des entreprises. Les modalités d'application du présent article sont fixées par arrêté conjoint du ministre chargé des transports et du ministre chargé de l'économie ».

Quant aux conditions de capacité professionnelle, elles ne sont pas modifiées pour des chefs d'entreprise utilisant des véhicules excédant 3,5 tonnes de PMA. En revanche, le texte impose aux entreprises disposant de véhicules de moins de 3,5 tonnes de PMA, non pas d'obtenir une « attestation » de capacité mais de pouvoir « justifier » d'une capacité professionnelle à l'issue d'un stage suivi avec succès : l'article 4 du projet dispose en effet, qu'« *il est satisfait à la condition de capacité professionnelle lorsque la personne visée au deuxième alinéa du I de l'article 2 est titulaire d'une attestation de capacité professionnelle ou, lorsque l'entreprise utilise exclusivement des véhicules n'excédant pas 3,5 tonnes de poids maximum autorisé, d'un justificatif de capacité professionnelle* ».

Sur l'ensemble de ces dispositions le Conseil national des transports, saisi pour avis du projet de décret par le directeur des transports terrestres, a émis un avis favorable le 9 septembre 1998, sous réserve de quelques modifications : « *Le Conseil prend acte avec intérêt de l'alignement des montants de capitaux propres, de réserves ou de caution bancaire sur les montants prévus par la directive (...). Plusieurs membres du Conseil ont cependant regretté que n'aient pas été retenues les valeurs plus élevées pour le premier et le deuxième véhicule de chaque entreprise inscrite dans le décret du 6 novembre 1997* » (...), le Conseil « *n'est pas hostile à ce que le montant de la garantie financière prévu par les entreprises disposant des véhicules de moins de 3,5 tonnes soit réduit de 7 500 à 6 000 F par véhicule* ». Interrogée, également pour avis, la Commission des Communautés européennes a accueilli favorablement le dispositif envisagé au regard des principes de concurrence appliqués au niveau européen.

L'origine et les buts de la réforme

Le projet de décret présenté au Conseil s'inscrit directement dans le cadre de la « réforme » du transport routier de marchandises engagée depuis le début des années 1990 au plan national et constitue un volet des mesures sociales et économiques prises ces dernières années afin de mener à bien la déréglementation économique du secteur amorcée en 1986, en application des directives européennes visant à l'harmonisation de la réglementation des transports.

S'agissant des objectifs poursuivis et des effets attendus de cette réforme, l'étude d'impact, effectuée par le ministère chargé des transports, indique que : « (...) *L'abaissement au « premier kilo » de marchandises transportées du seuil d'accès à la profession des entreprises de transports routiers, en soumettant tous les chefs d'entreprise, quelles que soient les caractéristiques du parc de véhicules employé, aux conditions d'accès à la profession, participera à l'amélioration générale du niveau de la profession, notamment par une meilleure qualification des chefs d'entreprise et un assainissement de leur situation financière (...) au plan général, l'assainissement du secteur [...] contribuera à une meilleure santé financière des entreprises dont l'activité pourra s'exercer dans des conditions de concurrence équilibrée ; il devrait en résulter un raffermissement des prix du transport, et par*

voie de conséquence, une consolidation du tissu socioprofessionnel et une situation économique favorable au développement de l'emploi au sein du secteur (...) le texte proposé rassemble et présente de façon cohérente l'ensemble des règles applicables au transport routier qui doivent être connues de toutes les entreprises de transport : accès à la profession, accès au marché, documents devant se trouver à bord du véhicule, sanctions administratives et pénales ».

B. - Le secteur du transport routier de marchandises

Le transport routier de marchandises est une branche importante de l'économie nationale, notamment par ses effectifs (276 438 personnes) et par son chiffre d'affaires (145 369 millions de francs).

D'après l'« Enquête annuelle d'entreprise » du ministère en charge des transports, relative aux entreprises de transport pour 1996, le nombre total d'entreprises et les effectifs du secteur sont en progression pour la période allant de 1994 à 1996.

La structure du marché de l'offre (données pour 1996) est caractérisée par un nombre élevé de très petites entreprises (moins de cinq salariés), 29 366, soit 77 % du total, et par un petit nombre de grandes entreprises (+ de 200 salariés), 83, soit 0,2 % du total.

En revanche l'offre est beaucoup plus concentrée puisque les entreprises de plus de 20 salariés, qui ne représentent que 7,5 % du nombre total des entreprises, représentent 65 % en chiffre d'affaires alors que les très petites entreprises (77 % du total) ne réalisent que 14,5 % du chiffre d'affaires.

Ces dernières exploitent plus de la moitié des véhicules de moins de 3,5 tonnes de PMA (54 %).

Ce sont ces très petites entreprises dites « de transport léger » qui sont plus particulièrement concernées par le dispositif envisagé.

C. - Les incidences du projet de décret au regard des principes de concurrence

1. Les effets des mesures envisagées à l'égard des entreprises utilisant des véhicules dont le tonnage maximum autorisé est supérieur à 3,5 tonnes

Sur ce point, le Conseil ne peut qu'approuver la baisse du montant de capacité financière imposée aux entreprises qui, en soi, est de nature à favoriser l'accès au marché du transport routier de marchandises et l'exercice de cette profession. Par ailleurs, il y a lieu de relever que le projet de décret soumis au Conseil aligne les montants de capacité financières exigés sur les montants retenus par la récente directive du Conseil des Communautés européennes du 1^{er} octobre 1998.

2. Les effets des mesures envisagées à l'égard des entreprises utilisant des véhicules dont le tonnage maximum autorisé est inférieur à 3,5 tonnes

Si, pour des motifs d'intérêt général, le législateur peut envisager de restreindre l'accès à un marché et les conditions d'exercice d'une profession, ces dispositions peuvent avoir un effet restrictif de concurrence dans la mesure où elles constituent une barrière à l'entrée du marché pour de nouvelles entreprises et peuvent rendre plus difficile le maintien sur ce marché des entreprises déjà existantes. Dès lors, il convient d'apprécier si ces dispositions n'affectent pas la concurrence dans une mesure excédant ce qui est nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général poursuivis.

En l'espèce, la loi du 6 février 1998 impose à toutes les entreprises de transport routier de marchandises, disposant de véhicules d'au moins quatre roues, d'être inscrites au registre des transporteurs et des loueurs. En application du décret du 14 mars 1986, cette inscription

est subordonnée à la réalisation d'une triple condition d'honorabilité, de capacité financière et professionnelle, déjà existante pour les entreprises utilisant des véhicules de 3,5 tonnes de PMA et étendue par le projet de décret aux entreprises possédant des véhicules dont le poids maximal autorisé est inférieur à 3,5 tonnes.

Sur la condition de capacité financière

Il convient, en premier lieu, d'observer que les entreprises de moins de cinq salariés, soit 77 % des entreprises du secteur, exploitent plus de la moitié des véhicules de moins de 3,5 tonnes de PMA. Par conséquent, le dispositif retenu concernera particulièrement les plus petites entreprises, notamment celles qui n'exploitent qu'un seul véhicule et qui sont généralement constituées sous forme d'entreprises individuelles.

Il convient donc de rechercher si l'exigence d'un montant minimum de capitaux propres pourrait avoir pour effet de faire obstacle au maintien ou à l'entrée d'entreprises sur le marché.

Le Conseil observe que, compte tenu de la valeur d'acquisition d'un véhicule de transports, même usagé, et des autres investissements indispensables, le montant exigé, soit 6 000 F - dont de surcroît la moitié peut être représentée par une caution -, est inférieur aux capitaux propres dont une entreprise doit disposer pour exercer son activité, que, s'il ne peut être exclu que certaines entreprises ne disposent pas ou ne disposent plus d'un minimum de 6 000 F de capitaux propres, ces entreprises ne présentent plus de garanties et de solvabilité acceptables. Ainsi ce montant ne paraît pas disproportionné au regard des objectifs d'assainissement de la profession poursuivis par le Gouvernement.

Par ailleurs, il ressort de l'instruction et des explications données en séance par le représentant du ministère chargé des transports que le montant d'actifs nets retenu de 6 000 F par véhicule n'est pas de nature à empêcher sensiblement l'accès et le développement des entreprises concernées sur le marché du transport routier de marchandises, en raison de son faible montant et du fait qu'il peut faire l'objet à hauteur de 50 % d'une caution non bancaire. L'extension, aux entreprises de moins de 3,5 tonnes de PMA, de l'obligation de remplir certaines conditions financières pour être inscrites au registre des transporteurs et loueurs n'est donc pas de nature à restreindre la concurrence.

Au surplus, consultée sur ce projet de décret, la Commission européenne n'a pas émis d'objections relatives à la fixation d'un tel montant.

Sur la condition de capacité professionnelle

La justification de la capacité professionnelle exigée des chefs d'entreprise est moins rigoureuse pour ceux qui exploitent des véhicules d'un PMA inférieur à 3,5 tonnes que pour ceux qui exploitent des véhicules d'un PMA supérieur à 3,5 tonnes.

Sans se prononcer sur l'étendue et le niveau des compétences requises, le Conseil observe qu'ils sont exigés uniformément de tous les chefs d'entreprise exploitant la même catégorie de véhicules et qu'en conséquence cette disposition n'est donc pas de nature à créer une quelconque discrimination entre elles.

Dans ces conditions, le Conseil estime que les restrictions envisagées par le projet de décret ne sont pas de nature à porter atteinte au libre exercice de la concurrence au-delà de ce qui est nécessaire à la réalisation des objectifs d'intérêt général définis par la loi.

Délibéré, sur le rapport de Mme Eloy, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

Le rapporteur général suppléant,
Jean-Claude Facchin
La présidente,

Avis n° 99-A-05 du Conseil de la concurrence en date du 17 février 1999 concernant un projet de décret en Conseil d'Etat relatif aux conventions entre le Comité économique du médicament et les entreprises exploitant des médicaments, à l'inscription des médicaments sur les listes prévues à l'articles L. 162-17 du code de la santé publique, à la fixation de leurs prix et modifiant le code de la sécurité sociale (deuxième partie : Décrets en Conseil d'Etat)

NOR : *ECOC9910316V*

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 15 janvier 1999 sous le numéro A 264, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 6 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, d'une demande d'avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat relatif aux conventions entre le Comité économique du médicament et les entreprises exploitant des médicaments, à l'inscription des médicaments sur les listes prévues à l'article L. 162-17 du code de la santé publique, à la fixation de leurs prix et modifiant la partie réglementaire du code de la sécurité sociale ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu la directive n° 89/105/CEE du 21 décembre 1988 concernant la transparence des mesures régissant la fixation des prix des médicaments à usage humain et leur inclusion dans le champ d'application des systèmes nationaux d'assurance maladie ;

Vu le code de la sécurité sociale, et notamment les articles L. 162-16 à L. 162-18, L. 162-38 et R. 163-2 à R. 163-12 ;

Vu le code de la santé publique, et notamment son article L. 618 ;

Vu le décret n° 97-1275 du 29 décembre 1997 relatif à la composition et au fonctionnement du Comité économique du médicament ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus,
Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Le projet de décret soumis au Conseil de la concurrence a été pris en application des dispositions des articles L. 162-16-1, L. 162-17-3 et L. 162-17-4 du code de la sécurité sociale tels qu'ils résultent de la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 relative au financement de la sécurité sociale pour 1999. Il prévoit notamment les modalités d'application du nouveau mécanisme de fixation du prix des médicaments remboursables qui sera désormais négocié par convention entre les entreprises pharmaceutiques et le Comité économique du médicament.

I. - LE CONTEXTE JURIDIQUE ET ÉCONOMIQUE

La commercialisation en France des spécialités remboursables par les caisses d'assurance maladie de la sécurité sociale est soumise à un régime légal et réglementaire extrêmement précis en ce qui concerne leur mise sur le marché, leur inscription comme spécialités remboursables ainsi que la fixation de leur prix. Les produits non remboursables et ceux destinés à l'hôpital bénéficient en revanche du régime de liberté des prix.

Une spécialité pharmaceutique est un médicament préparé à l'avance, présenté sous un conditionnement particulier et caractérisé par une dénomination spéciale (art. L. 511-1 du code de la santé publique). La notion de médicament, elle-même définie à l'article L. 511 du

code de la santé publique, s'applique à tout produit possédant des vertus curatives ou préventives à l'égard de certaines maladies. Les spécialités pharmaceutiques doivent être distinguées d'un certain nombre de produits définis à l'article L. 511-1 précité comme, par exemple, les préparations magistrales, vaccins, allergogènes ou médicaments homéopathiques. Elles n'incluent pas non plus les dispositifs médicaux tels que les appareillages ou les prothèses.

A. - La réglementation actuelle applicable à la procédure d'inscription et de fixation des prix des spécialités remboursables

Le secteur des spécialités pharmaceutiques n'est soumis à aucune réglementation européenne précise. Toutefois, eu égard à la diversité des systèmes de santé existant dans les différents pays membres de l'Union européenne, un effort d'harmonisation a été mené qui a abouti à plusieurs directives du Conseil :

- La directive du 20 mai 1975 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives aux spécialités pharmaceutiques (75/319/CEE) ;
- la directive du 22 décembre 1986 portant rapprochement des mesures nationales relatives à la mise sur le marché des médicaments de haute technologie, notamment ceux issus de la biotechnologie (87/22/CEE) ;
- la directive du 21 décembre 1988 concernant la transparence des mesures régissant la fixation des prix des médicaments à usage humain et leur inclusion dans le champ d'application des systèmes nationaux d'assurance maladie (89/105/CEE). Le projet de décret soumis au Conseil reprend d'ailleurs un certain nombre de dispositions de cette directive dite « transparence ».

1. Les procédures d'autorisation de mise sur le marché et d'inscription sur la liste des spécialités remboursables L'autorisation de mise sur le marché

L'article L. 601 du code de la santé publique prévoit que « *toute spécialité pharmaceutique ou tout autre médicament fabriqué industriellement ainsi que tout générateur, trousse ou précurseur qui ne fait pas l'objet d'une autorisation de mise sur le marché délivrée par la Communauté européenne... doit faire l'objet avant sa commercialisation ou sa distribution à titre gratuit... d'une autorisation de mise sur le marché délivrée par l'Agence du médicament.* »

L'autorisation est délivrée pour une durée de cinq ans renouvelable.

Pour bénéficier de cette autorisation, le fabricant doit justifier, d'une part, qu'il a fait procéder à la vérification de l'innocuité du produit dans des conditions normales d'emploi, de son intérêt thérapeutique, et à son analyse qualitative et quantitative et, d'autre part, qu'il dispose effectivement d'une méthode de fabrication et de procédés de contrôle de nature à garantir la qualité du produit au stade de la fabrication en série.

Les modes de prescription et de délivrance du médicament sont déterminés par l'autorisation de mise sur le marché qui n'est qu'une autorisation d'utilisation. Elle intervient après une évaluation scientifique et ne concerne pas les éléments de caractère économique tels que le prix et les conditions de la vente d'une spécialité pharmaceutique.

L'inscription sur la liste des spécialités remboursables

L'article L. 162-17 du code de la sécurité sociale prévoit que « *Les médicaments spécialisés, mentionnés à l'article L. 601 du code de la santé publique, ne peuvent être pris en charge ou donner lieu à remboursement par les Caisses d'assurance maladie que s'ils figurent sur une liste établie dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. La liste*

précise les seules indications thérapeutiques ouvrant droit à la prise en charge ou au remboursement du médicament. »

L'article L. 601 susvisé concerne, notamment, toute spécialité pharmaceutique.

En l'absence d'une décision concernant l'inscription sur la liste des médicaments remboursables aux assurés sociaux et la détermination de son prix de vente au public, une spécialité pharmaceutique ne peut être mise sur le marché qu'à titre non remboursable.

Les modalités de mise en œuvre de la procédure d'inscription sur la liste des médicaments remboursables sont prévues par les articles R. 163-1 à R. 163-7-1 du code de la sécurité sociale. L'article R. 163-2 précise, notamment, que la liste des médicaments remboursables est établie par arrêté conjoint du ministre de la santé et du ministre chargé de la sécurité sociale.

Toute inscription doit être précédée par un avis de la Commission de la transparence (art. R. 163-8 à R. 163-12 du même code).

L'avis de la Commission de la transparence porte, notamment, sur les documents destinés à donner une information sur les coûts comparés des médicaments à même visée thérapeutique et sur l'intérêt des produits pour lesquels l'inscription ou son renouvellement est sollicitée au regard des produits existants de la classe thérapeutique de référence. Il revêt un caractère scientifique.

La commission mesure le progrès médical apporté par une spécialité pharmaceutique par rapport aux traitements connus et, notamment, l'amélioration du service rendu au malade, pour laquelle elle attribue une note.

L'avis est pris à la majorité et doit être motivé.

L'arrêté du ministre chargé de la santé publique et du ministre chargé de la sécurité sociale mentionne les indications thérapeutiques retenues par la Commission de la transparence. Toute nouvelle indication thérapeutique nécessite un nouvel avis de la commission. Seuls peuvent bénéficier d'une inscription sur la liste des médicaments remboursables ceux pour lesquels il est démontré qu'ils apportent soit une amélioration du service médical rendu en termes d'efficacité thérapeutique, soit une économie dans le coût du traitement médicamenteux.

La demande d'inscription est présentée par le titulaire de l'autorisation de mise sur le marché.

L'inscription est prononcée pour une durée de trois ans renouvelable et un médicament ne remplissant plus les conditions exigées peut être rayé de la liste.

L'arrêté d'inscription précise le prix de vente au public. Toute modification ultérieure de prix ne peut intervenir qu'après accord du ministre chargé de la santé et du ministre chargé de la sécurité sociale. En l'absence d'accord, le produit est rayé de la liste (art. R. 163-6 du code de la sécurité sociale).

2. Le régime actuel de fixation des prix applicables aux spécialités remboursables

La fixation réglementaire du prix

En vertu des dispositions de l'article L. 162-38 du code de la sécurité sociale, ce sont les ministres chargés de l'économie, de la santé et de la sécurité sociale qui fixent, par arrêté, les prix et les marges des produits et les prix des prestations de services pris en charge par les régimes dérogatoires de sécurité sociale. Cet arrêté est pris conjointement à l'arrêté d'inscription sur la liste des médicaments remboursables.

Selon les dispositions susvisées, la fixation du prix tient compte de l'évolution des charges, des revenus et du volume d'activité des praticiens ou entreprises concernés. Par ailleurs, l'arrêté du 4 août 1987 modifié, pris en application de l'article L. 162-38, précise le délai de fixation du prix limite d'un produit nouveau, les modalités de modification des prix limites des produits déjà existants et les éléments de calcul du prix public, dont le taux limite

de marge brute hors taxe du grossiste répartiteur et du pharmacien d'officine par rapport au prix fabricant hors taxe.

L'évolution vers une logique contractuelle

La régulation du prix des médicaments remboursables a considérablement évolué avec l'intervention d'un accord-cadre conclu le 25 janvier 1994 entre l'Etat et le syndicat national de l'industrie pharmaceutique. En effet, en vue de maîtriser l'évolution globale des dépenses d'assurance maladie, on a substitué au régime de fixation autoritaire des prix par l'administration une logique contractuelle. Les prix sont toujours fixés par arrêté ministériel, mais sur proposition du Comité économique du médicament dans le cadre de conventions globales et pluriannuelles conclues entre le comité et les laboratoires pharmaceutiques.

Ces conventions fixent, en fonction d'un objectif national d'évolution des dépenses d'assurance maladie relatives au médicament, déterminé entre l'Etat et les caisses nationales d'assurance maladie, des objectifs de vente et de promotion des produits d'un laboratoire. S'ils sont respectés, ces objectifs peuvent conduire à des hausses de prix. Dans le cas contraire, le Comité du médicament, composé de représentants de différentes administrations (directions de la sécurité sociale, de santé, de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, des stratégies industrielles) et des organismes nationaux d'assurance maladie, peut baisser le prix du médicament de façon autoritaire.

L'accord-cadre précise que le prix d'une spécialité pharmaceutique admise au remboursement aux assurés sociaux est principalement fonction de l'amélioration du service médical rendu au malade, telle qu'elle est appréciée par la Commission de la transparence, dont les avis sont désormais rendus publics. Le Comité économique du médicament porte une appréciation sur les avantages économiques du produit, par rapport aux traitements existants, et son prix fabricant hors taxe (PFHT). Pour passer du PFHT au prix de vente au public, il faut ajouter les marges de distribution et la taxe sur la valeur ajoutée.

L'accord-cadre a donc permis la mise en œuvre d'un embryon de système conventionnel dans lequel l'Etat négocie avec les entreprises les prix des produits. Ceux-ci continuent toutefois à être fixés par arrêté conjoint du ministre de la santé et du ministre de la sécurité sociale et demeurent couplés à la décision d'inscription du médicament.

Ce sont les articles L. 162-16-1, L. 162-17-3 et L. 162-17-4 du code de la sécurité sociale, modifiés par la loi du 23 décembre 1998, qui ont posé les bases légales de ce système conventionnel et entériné la création du Comité économique du médicament. Les modalités de l'accord-cadre et les conventions signées sur son fondement demeurent cependant en vigueur jusqu'à l'intervention du décret en Conseil d'Etat pris pour l'application des articles précités.

B. - Le secteur économique du médicament remboursable

Le secteur des médicaments remboursables est un secteur économique dynamique. C'est également un des derniers grands secteurs industriels en France où les prix sont régulés par les pouvoirs publics compte tenu du fait, d'une part, qu'il concerne des produits liés à la santé publique et, d'autre part, du caractère largement socialisé de la dépense de santé par l'intervention des régimes obligatoires de sécurité sociale qui prennent en charge tout ou partie du coût des médicaments.

Les caractéristiques du secteur

En premier lieu, le médicament est un bien de consommation particulier puisque le consommateur (le patient) se distingue du payeur (l'assurance maladie) et de l'ordonnateur de la consommation (le médecin). Ainsi, la consommation du médicament n'est pas fonction du prix du produit, dans la mesure où il est très souvent remboursé intégralement par le jeu

combiné de l'assurance maladie, qui prend en charge en moyenne 72 % de son coût, et des assurances complémentaires auxquelles adhèrent 83 % des Français, mais de son effet thérapeutique.

En second lieu, le choix du produit n'est pas le fait du consommateur mais du prescripteur, lequel ne connaît en moyenne qu'une centaine de médicaments, ceux d'usage le plus courant et ceux pour lesquels il a été démarché le plus récemment par les entreprises pharmaceutiques, d'où l'importance des actions de promotion de ces entreprises dans le volume de consommation d'un produit spécifique.

Enfin, il convient de remarquer que, nonobstant le nombre important de produits disponibles sur le marché du médicament remboursable (3 600 produits), un laboratoire ne commercialise qu'environ dix médicaments et que plus du tiers de son chiffre d'affaires est réalisé par la vente d'un seul produit appelé « produit phare ». Il s'agit en général de produits innovants, protégés par des brevets et qui bénéficient de prix élevés justifiés par l'apport thérapeutique qu'ils procurent. Ces produits phares qui, en raison de leur caractère innovant, sont peu concurrencés par des équivalents thérapeutiques, permettent à l'entreprise pharmaceutique d'amortir ses frais de recherches. Cette situation peut toutefois fragiliser l'entreprise, notamment dans le cas de l'introduction sur le marché d'un autre produit plus efficace. Par ailleurs, si un produit nouveau est protégé par un brevet pendant une durée de vingt ans, sa phase de commercialisation sous brevet est inférieure à dix ans, les dix premières années suivant le dépôt du brevet étant consacrées aux phases de recherche, de test de développement du médicament et aux procédures administratives (autorisation de mise sur le marché, transparence, prix). Une fois le brevet expiré, le produit (princeps) peut être copié par des médicaments dits « génériques ».

Le poids économique du secteur

Le secteur du médicament remboursable est un secteur dynamique qui a généré un chiffre d'affaires, hors exportation, de 72,4 milliards de francs en 1997. Le secteur pharmaceutique français figure au troisième rang mondial et présente un solde commercial largement excédentaire de 13,4 milliards. Les bénéfices de l'industrie pharmaceutique en France se sont élevés à 6,7 % du chiffre d'affaires après impôt.

L'industrie pharmaceutique est relativement peu concentrée, tant en France qu'au niveau mondial, du fait de la grande variété des techniques et des marchés. On dénombrait, en 1997, 310 entreprises juridiquement distinctes en France employant 85 500 salariés. La plupart de ces entreprises ne détiennent qu'une faible part de marché inférieure à 0,25 %, soit 9,5 % de la part totale du marché. En revanche, seules quatorze entreprises ont une part de marché supérieure à 2 % et représentent à elles seules 46,8 % du marché total.

Le principal groupe pharmaceutique français est le groupe Rhône-Poulenc Rorer qui détient 9,63 % de part de marché français. Il ne se situe cependant qu'au 17^e rang mondial.

Pour rester compétitives, les entreprises pharmaceutiques doivent en permanence être innovantes. En France, elles consacrent 14,2 % de leur chiffre d'affaires au budget recherche et développement contre 19,9 % aux Etats-Unis, 17,1 % au Royaume-Uni, ou 8,1 % au Japon. Le coût de la recherche est donc particulièrement important pour un laboratoire. Le nombre de médicaments nouveaux découverts reste cependant relativement faible. Entre 1975 et 1994, 1 048 nouveaux médicaments ont été mis sur le marché, dont 108 ont été découverts en France.

La consommation de médicaments est importante en France. Avec un taux de progression de 9,1 % en moyenne annuelle de 1980 à 1996, elle s'élevait en 1996 à 2 216 F par an et par habitant. Cette situation a été favorisée par le prix relativement faible des médicaments en France et le nombre de médicaments donnant lieu à prise en charge par l'assurance maladie. Selon le syndicat national des industries pharmaceutiques, en 1997,

66,6 % des spécialités étaient sur la liste des substances vénéneuses (I, II, stupéfiants), dont 65,3 % étaient remboursables et 33,3 % étaient hors liste, dont 25,7 % remboursables. L'inscription d'un médicament sur la liste en cause implique obligatoirement une prescription médicale pour sa délivrance.

II. - LE PROJET DE DÉCRET SOU MIS AU CONSEIL DE LA CONCURRENCE

Le projet de décret soumis à l'examen du Conseil de la concurrence a été pris en application des articles L. 162-16-1 et L. 162-17-4 du code de la sécurité sociale, introduits par la loi n° 98-1194 du 23 décembre 1998 de financement de la sécurité sociale pour 1999.

En vertu de l'article L. 162-16-1 susvisé :

« Le prix de vente au public de chacun des médicaments mentionnés au premier alinéa de l'article L. 162-17 est fixé par convention entre l'entreprise exploitant le médicament et le comité économique du médicament conformément à l'article L. 162-17-4 ou, à défaut par arrêté des ministres chargés de la sécurité sociale, de la santé et de l'économie, après avis du comité. La fixation de ce prix tient compte principalement de l'amélioration du service médical rendu apportée par le médicament, des prix des médicaments à même visée thérapeutique, des volumes de vente prévus ou constatés ainsi que des conditions prévisibles et réelles d'utilisation du médicament. »

« Ce prix comprend les marges prévues par l'arrêté interministériel mentionné à l'article L. 162-38 ainsi que les taxes en vigueur... »

L'article L. 162-17-4 du même code prévoit en outre :

« En application des orientations qu'il reçoit annuellement des ministres compétents, le Comité économique du médicament peut conclure avec des entreprises ou groupes d'entreprises des conventions d'une durée maximum de quatre années relatives à un ou à des médicaments visés au premier alinéa de l'article L. 162-17. Ces conventions déterminent les relations entre le comité et chaque entreprise, et notamment :

« 1° Le prix de ces médicaments et, le cas échéant, l'évolution de ces prix, notamment en fonction des volumes de ventes ;

« 2° Le cas échéant, les remises prévues en application de l'article L. 162-18 ;

« 3° Les engagements de l'entreprise visant à la maîtrise de sa politique de promotion permettant d'assurer le bon usage du médicament ainsi que le respect des volumes de vente précités ;

« 4° Les modalités de participation de l'entreprise à la mise en œuvre des orientations ministérielles précitées ;

« 5° Les dispositions conventionnelles applicables en cas de non-respect des engagements mentionnés au 3° et au 4°.

« Lorsque les orientations reçues par le comité ne sont pas compatibles avec les conventions précédemment conclues, lorsque l'évolution des dépenses de médicaments n'est manifestement pas compatible avec le respect de l'objectif national des dépenses d'assurances maladie ou en cas d'évolution significative des données scientifiques et épidémiologiques prises en compte pour la conclusion des conventions, le comité demande à l'entreprise concernée de conclure un avenant permettant d'adapter la convention à cette situation. En cas de refus de l'entreprise, le comité peut résilier la convention ou certaines de ses dispositions. Dans ce cas, le comité peut proposer aux ministres chargés de la sécurité sociale, de la santé et de l'économie de fixer le prix de ces médicaments par arrêté, en application de l'article L. 162-16-1.

« Lorsqu'une mesure d'interdiction de publicité a été prononcée par l'Agence du médicament dans les conditions prévues à l'article L. 551-6 du code de la santé publique, le Comité économique du médicament peut demander à l'entreprise concernée, dans le délai

d'un mois à compter de la date de publication de la décision d'interdiction au Journal officiel, la modification des prix des médicaments fixés par convention faisant l'objet de l'interdiction de publicité ou le versement, en application de l'article L. 162-18, de remises sur le chiffre d'affaires de ces médicaments. Si l'avenant correspondant n'a pas été signé dans un délai de deux mois à compter de la même date, le comité peut résilier la convention ; ces prix sont fixés par arrêté des ministres chargés de la sécurité sociale, de la santé et de l'économie, après avis du comité. Cette modification des prix ne peut entraîner une dépense supplémentaire pour l'assurance maladie.

« Lorsque la mesure d'interdiction de publicité mentionnée à l'alinéa précédent porte sur un médicament dont le prix est fixé par arrêté, le Comité économique du médicament peut, dans le délai d'un mois à compter de la date de publication de la décision d'interdiction au Journal officiel, proposer à l'entreprise concernée de conclure une convention modifiant les prix des médicaments faisant l'objet de l'interdiction de publicité ou prévoyant, en application de l'article L. 162-18, le versement de remises sur le chiffre d'affaires de ces médicaments. A défaut de conclusion d'une telle convention dans un délai de deux mois à compter de la même date, ces prix sont modifiés par arrêté des ministres chargés de la sécurité sociale, de la santé et de l'économie, après avis du comité. Cette modification des prix ne peut entraîner une dépense supplémentaire pour l'assurance maladie... »

Les articles L. 162-16-1 et L. 162-17-4 précités renvoient pour leurs modalités d'application à un décret en Conseil d'Etat qui fait l'objet de la présente saisine.

Ce projet a pour objet, d'une part, d'adapter les procédures et les délais d'inscription sur la liste des médicaments remboursables prévue à l'article L. 162-17 et de fixation des prix des médicaments et, d'autre part, de prévoir les conditions dans lesquelles les conventions seront conclues, révisées ou résiliées entre le Comité économique du médicament et les entreprises pharmaceutiques.

A. - La présentation du projet de décret

Le projet en cause s'inscrit dans la politique de maîtrise des dépenses de santé, puisque les conventions prennent en compte un effet prix/volume.

En application des dispositions de l'article L. 162-16-1 du code de la sécurité sociale, le prix des médicaments remboursables sera désormais fixé par convention et, à titre exceptionnel, par voie réglementaire.

La procédure conventionnelle constitue donc la voie de droit commun, le recours à des arrêtés n'intervenant plus qu'à titre subsidiaire, à défaut d'accord conventionnel. Ce principe est rappelé dans le projet de décret tant en ce qui concerne la fixation initiale du prix (art. R. 162-20 et R. 163-7) que sa modification (art. R. 163-9).

Ces conventions seront conclues entre les entreprises ou groupes d'entreprises exploitant le médicament et le Comité économique du médicament pour une durée maximum de quatre ans. Les entreprises ou groupes d'entreprises s'entendent des titulaires de l'autorisation de mise sur le marché ou de l'entreprise qui exploite le médicament si le titulaire de l'autorisation n'assure pas l'exploitation (art. R. 163-6).

Le dispositif mis en place concernera donc tous les médicaments inscrits sur la liste prévue à l'article L. 162-17 du code de la sécurité sociale, c'est-à-dire les médicaments dits de ville, à vignette, commercialisés en France, quelle que soit l'origine du produit, française ou étrangère.

L'entreprise qui souhaitera que son médicament soit inscrit sur cette liste devra proposer concomitamment la fixation du prix de ce médicament. Cette proposition sera adressée au Comité économique du médicament accompagnée d'un dossier comportant toutes les informations nécessaires à la négociation de la convention et à la fixation du prix du médicament en application de l'article L. 162-16-1 (art. R. 163-6-II).

Les conventions auront, notamment, pour objet de déterminer le prix des médicaments et son évolution en fonction des volumes de vente, les engagements de l'entreprise visant à la maîtrise de sa politique de promotion permettant d'assurer le bon usage du médicament ainsi que le respect des volumes de vente précités, les modalités de participation de l'entreprise à la mise en œuvre des orientations ministérielles, les dispositions conventionnelles applicables en cas de non-respect des engagements précités, les conditions de renouvellement, de révision et de résiliation des conventions ainsi que le taux, les conditions et la durée du versement de la remise conventionnelle (art. L. 162-17-4). La remise, lorsqu'elle est prévue par la convention, consistera pour le laboratoire à verser une ristourne aux caisses d'assurances maladie en cas de dépassement du volume de ventes d'un produit défini dans la convention.

En application des articles L. 162-17-4 et R. 162-20-1, ces conventions pourront porter sur un ou plusieurs des médicaments exploités par l'entreprise.

Les éléments à prendre en compte pour la fixation du prix

Le projet de décret ne comporte pas de dispositions relatives aux éléments à prendre en compte pour fixer le prix des médicaments remboursables par convention ou, à défaut, par arrêté interministériel. Il renvoie à l'article L. 162-16-1 du code de la sécurité sociale (art. R.162-20 et R. 163-6-II). Aux termes de l'article L. 162-16-1 : « *La fixation de ce prix tient compte principalement de l'amélioration du service médical rendu apportée par le médicament, des prix des médicaments à même visée thérapeutique, des volumes de vente prévus ou constatés ainsi que des conditions prévisibles et réelles d'utilisation du médicament. Ce prix comprend les marges prévues à l'arrêté interministériel mentionné à l'article L. 162-38 ainsi que les taxes en vigueur.* »

L'amélioration du service médical rendu est définie en fonction de l'avis donné par la Commission de transparence lors de la procédure d'inscription du médicament sur la liste des médicaments remboursables. Quant aux marges, ce sont celles des grossistes répartisseurs et des pharmaciens telles qu'elles ressortent de l'arrêté du 4 août 1987 modifié.

La convention peut également prévoir l'évolution du prix de vente (art. R. 162-20-4).

Les délais dans lesquels la décision relative au prix doit intervenir

Les décisions relatives à l'inscription du médicament sur la liste des médicaments remboursables et à la fixation des prix par convention ou, à défaut, par arrêté devront être prises dans un délai de 180 jours à compter de la réception de la demande par le ministre chargé de la sécurité sociale (article R. 163-7-1), conformément aux dispositions de la directive du Conseil des communautés européennes 89/105/CEE du 21 décembre 1988 dite directive transparence.

Ces délais pourront toutefois être suspendus jusqu'à réception des informations complémentaires demandées si les éléments d'appréciation communiqués par le demandeur sont insuffisants (art. R. 163-7-II).

La publication de la décision

Pour être opposables, les prix devront être publiés ; à défaut, le médicament ne pourra pas être mis sur le marché des spécialités remboursables. Le projet prévoit à cet effet que les décisions relatives à la fixation du prix, qu'il soit fixé conventionnellement ou par arrêté, feront l'objet d'une publication au *Journal officiel* dans le même délai de 180 jours que celui dans lequel ces décisions doivent intervenir.

La modification du prix

Le prix de vente pourra être modifié à tout moment à la demande de l'entreprise ou du Comité économique du médicament ou des ministres chargés de la sécurité sociale, de la santé et de l'économie selon une procédure décrite à l'article R. 163-9. La modification du prix donnera lieu à la conclusion d'un avenant à la convention (art. R. 162-20-3 [4^o]). La décision relative à la modification du prix ainsi que sa publication au *Journal officiel* devront intervenir dans un délai de 90 jours à compter de la réception de la demande par le Comité économique du médicament. Ce délai pourra toutefois être prorogé une fois de 60 jours si le nombre de demandes de modification de prix est exceptionnellement élevé (art. R. 163-9-II). Il pourra également être suspendu si les éléments fournis par l'entreprise sont insuffisants.

Si aucune décision n'est notifiée au demandeur avant l'expiration des délais précités, la modification du prix sera tacitement accordée.

Le renouvellement, la modification et la résiliation des conventions

Les conventions seront signées par un délai maximum de quatre ans. Les conditions du renouvellement des conventions seront envisagées dans chacune des conventions (art. R. 162-220-2).

Elles pourront être modifiées par avenant à la demande de l'entreprise ou du Comité économique du médicament, notamment dans quatre hypothèses : inscription d'un nouveau médicament exploité par l'entreprise sur la liste des médicaments remboursables ; non-renouvellement de cette inscription ; transfert de l'autorisation de mise sur le marché ou de l'exploitation d'un médicament visé par la convention à une autre entreprise ; modification des données prises en compte pour la fixation du prix des médicaments (art. R. 162-20-3).

Les conventions pourront être résiliées par chacune des parties conformément aux conditions qui seront prévues dans ces conventions ou à l'initiative du seul Comité économique du médicament lorsque l'entreprise refusera de conclure un avenant dans les quatre cas suivants : pour mettre en œuvre des orientations ministérielles qui ne sont pas compatibles avec les clauses de la convention ; lorsque l'évolution des dépenses de médicaments est incompatible avec le respect de l'objectif national de dépenses d'assurance maladie ; dans le cas d'une évolution significative des données scientifiques et épidémiologiques qui ont été prises en compte pour fixer le prix des médicaments ; lorsque le comité a proposé une modification du prix des médicaments ou le versement d'une remise sur le chiffre d'affaires de ces médicaments à la suite d'une mesure d'interdiction de publicité prononcée par l'Agence du médicament (art. R. 162-20-6). En cas de résiliation, les prix des médicaments seront fixés par arrêté interministériel.

Le présent projet consacre donc un système conventionnel qui a pour objectif la maîtrise de l'évolution des dépenses de santé tout en prenant en compte les données économiques de l'entreprise (coût de production, de la recherche, qualité et intérêt thérapeutique du produit). Dans la mesure où le secteur en cause obéit à des règles économiques particulières qui dérogent presque entièrement à la loi traditionnelle de l'offre et de la demande, le régime contractuel instauré par le projet de décret devra permettre aux pouvoirs publics d'exercer un contrôle sur les dépenses de santé à la fois par un contrôle du volume des ventes et une négociation du prix des médicaments en fonction de ce volume. A cet effet, il est prévu que le Comité économique du médicament exercera un suivi pluriannuel des dépenses de médicaments pour vérifier si leur évolution est compatible avec le respect de l'objectif national des dépenses d'assurance maladie (art. R. 162-20-5).

Il s'agit donc de substituer à l'ancien système et même aux accords existants des conventions plus larges, définissant les relations des entreprises pharmaceutiques avec les pouvoirs publics en les engageant sur des objectifs précis notamment en matière de volume des ventes et de dépenses de promotion.

B. - Les incidences du projet au regard du droit de la concurrence

Le projet de décret soumis à l'appréciation du Conseil de la concurrence, qui a notamment pour objet de définir les règles relatives à la négociation des prix des médicaments remboursables et des délais dans lesquels ces négociations devront intervenir, précise, par renvoi à une disposition législative explicite, les éléments à prendre en compte pour déterminer le prix des médicaments et les délais dans lesquels les décisions relatives à ces prix devront être publiées et seront donc opposables. Le projet a été rédigé de façon à garantir aux entreprises pharmaceutiques la plus grande transparence possible des règles applicables et un égal accès au marché.

Le Conseil rappelle, toutefois, l'importance d'une normalisation du dossier de demande de fixation du prix des médicaments, de façon à assurer une complète égalité de traitement entre les différentes entreprises pharmaceutiques.

Dans ces conditions et sous cette réserve, le Conseil de la concurrence constate que le projet qui lui est soumis ne comporte aucune disposition de nature à porter atteinte au libre jeu de la concurrence.

Délibéré, sur le rapport de M. Yves Marino, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Cortesse, vice-présidents.

Le rapporteur général suppléant,
Jean-Claude Facchin
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 112

Avis n° 99-A-06 du Conseil de la concurrence en date du 16 février 1999 relatif à une demande d'avis de la Fédération française des pétroliers indépendants sur l'application de la loi du 31 décembre 1992 portant réforme du secteur pétrolier

NOR : ECOC9910305V

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 3 mars 1998, par laquelle la Fédération française des pétroliers indépendants a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis portant sur l'application de la loi n° 92-1443 du 31 décembre 1992 portant réforme du secteur pétrolier ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants de la Fédération française des pétroliers indépendants, de l'Union des importateurs indépendants pétroliers et de l'Union française de l'industrie pétrolière entendus, conformément aux dispositions de l'article 25, alinéa 2, de l'ordonnance précitée,

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre du 3 mars 1998, la Fédération française des pétroliers indépendants (FFPI) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, « *sur le bilan, au regard du droit de la concurrence, des cinq années d'application de la loi du 31 décembre 1992, ainsi que de ses décrets d'application portant réforme du régime pétrolier* ».

L'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dispose que le Conseil de la concurrence peut donner son avis sur toute question de concurrence à la demande d'organisations limitativement énumérées, notamment « *les organisations professionnelles et*

syndicales (...), en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge ».

La FFPI représente les intérêts de quinze négociants indépendants autorisés à importer et à mettre à la consommation des produits pétroliers.

La demande d'avis porte sur le système de constitution des stocks stratégiques de produits pétroliers, lequel est régi par la loi n° 92-1443 du 31 décembre 1992 portant réforme du régime pétrolier, le décret n° 93-131 du 29 janvier 1993 relatif à l'obligation de constituer et de conserver des stocks stratégiques de pétrole brut et de produits pétroliers, et le décret n° 93-132 du 29 janvier 1993 portant création du comité professionnel des stocks stratégiques pétroliers.

Critiquant le principe d'un dispositif unique applicable à deux types d'opérateurs que sont les raffineurs, d'une part, et les distributeurs de produits pétroliers indépendants, d'autre part, la FFPI interroge en premier lieu le Conseil sur *« les pratiques engendrées par l'application des textes réglementaires régissant les stocks stratégiques »* qui seraient *« susceptibles d'avoir pour effet un déséquilibre concurrentiel contribuant à l'affaiblissement des pétroliers indépendants »*. En second lieu, la FFPI fait valoir que les dispositions réglementaires régissant l'obligation de stockage ont favorisé le développement de pratiques anticoncurrentielles et demande au Conseil s'il n'estime pas que ces pratiques *« constituent l'effet induit de la mise en œuvre des textes régissant les mises à disposition »*. Au total, la FFPI demande au Conseil s'il ne serait pas *« opportun de promouvoir un réaménagement des dispositions réglementaires afin de rétablir l'équilibre entre les deux catégories d'intervenants »*.

Avant d'analyser le fonctionnement du système de constitution des stocks stratégiques de produits pétroliers au regard des règles de concurrence, il convient de décrire son régime juridique. Au préalable, il est nécessaire de présenter les marchés susceptibles d'être affectés par le dispositif de stockage stratégique en cause.

A. - Le secteur des produits pétroliers

1. Les offreur de produits pétroliers

La saisine oppose deux types d'opérateurs sur le marché français des produits pétroliers :

- les raffineurs distributeurs, sociétés intégrées de raffinage et de distribution ;
- les importateurs distributeurs, moyennes ou petites entreprises indépendantes des raffineurs.

En réalité, et comme l'avait relevé le Conseil dans son avis n° 95-A-11 du 20 juin 1995 relatif au projet d'acquisition, par la société Total Raffinage Distribution, de la participation détenue par des sociétés du groupe Bolloré Technologies dans le capital de la société Dépôts Pétroliers de Fos, le secteur des produits pétroliers comporte désormais trois types d'intervenants que sont :

- les compagnies pétrolières et leurs sociétés filiales de distribution ;
- les indépendants regroupés dans la FFPI ;
- les sociétés constituées par la grande distribution pour réaliser leur approvisionnement en produits pétroliers destinés à la consommation automobile et regroupées, pour la plupart, au sein de l'Union des importateurs indépendants pétroliers (UIP) après avoir été membres de la FFPI.

Ainsi que l'avait encore relevé l'avis précité, *« les compagnies pétrolières sont présentes à trois stades de la distribution : elles vendent à des grossistes les produits qui sortent de leurs raffineries, elles agissent comme grossistes lorsqu'elles vendent ces produits à des détaillants et sont enfin détaillants lorsqu'elles sont propriétaires de la station-service (carburants) ou du camion (fioul) qui délivre le produit au consommateur final. Elles se trouvent ainsi concurrencer directement les négociants et revendeurs indépendants. Pour la distribution au détail des carburants, les compagnies pétrolières disposent de réseaux de*

stations-service.

« Chacun de ces réseaux est composé de stations qui sont la propriété des compagnies pétrolières (réseau officiel) et d'autres qui portent la marque de la compagnie mais sont la propriété d'exploitants liés par un contrat d'approvisionnement exclusif (réseau organique) ». Ces constatations demeurent valables.

En ce qui concerne les négociants indépendants, le Conseil avait indiqué dans le même avis que cette catégorie regroupait des importateurs grossistes qui ont souvent une activité de stockiste, des grossistes et des détaillants, ces derniers pouvant être clients des grossistes ou des raffineurs et sont spécialisés soit dans la distribution des carburants, soit dans celle du fioul domestique. Le Conseil avait observé que cette catégorie d'opérateurs avait diminué en nombre et importance de façon considérable par suite du rachat de pétroliers indépendants par les raffineurs, du regroupement d'indépendants et de l'importance croissante des groupes de la grande distribution dans la vente des carburants. Cette évolution s'est poursuivie depuis lors. A titre d'exemple, la FFPI comptait quinze membres au moment de la saisine. L'un d'entre eux a, entre-temps, été absorbé par le plus important opérateur indépendant que constitue la société Bolloré Energies.

Pour la grande distribution, le Conseil avait relevé que les groupes de ce secteur avaient, à partir du début des années 1980, constitué des centrales d'achat afin de garantir l'approvisionnement de leurs stations en s'affranchissant, au moins partiellement, de la dépendance à l'égard des compagnies pétrolières. Alors que le Conseil observait, en 1995, que ces centrales d'achat s'approvisionnaient notamment sur le marché international, il doit être souligné qu'aujourd'hui, et compte tenu de la faiblesse des prix sur le marché intérieur, la grande distribution se fournit essentiellement auprès des raffineurs français. Cinq sociétés de la grande distribution se sont regroupées dans l'UIP : Carfuel (Carrefour), Distriservices (Promodès-GMB), Dyn (Casino), Petrovex (Auchan), Pétrole Dérivés (Intermarché). Les centres Leclerc ont en propre une filiale d'approvisionnement en produits pétroliers, la société Siplec, qui n'est pas affiliée à l'UIP.

2. L'industrie du raffinage en France et les conditions de stockage des produits pétroliers

a) Une industrie du raffinage en restructuration

Il existait treize raffineries en France au 31 décembre 1997 dont la capacité de raffinage à la même date s'élevait à 93 millions de tonnes. Près de 89 millions de tonnes de pétrole brut ont été traitées en 1997 par l'industrie française du raffinage. La production nette (hors autoconsommation des raffineries) s'est élevée à 84,6 millions de tonnes de produits finis, dont 21 % de carburants auto, 8% de carburéacteurs, 41 % de gasole/fioul domestique et 11 % de fiouls lourds. La production est excédentaire par rapport à la capacité d'absorption du marché intérieur (de 3 millions de tonnes). Il existe également un déséquilibre entre la nature des produits et les besoins du marché, les raffineries françaises produisant trop d'essence et pas assez de gazole, 10 % des besoins dans ce produit devant être couverts par des importations. L'ensemble de l'industrie européenne de raffinage disposant de capacités excédentaires (720 millions de tonnes pour 650 millions de tonnes de consommation) et, pour partie, inadaptées à l'évolution des normes en matière d'environnement, des fermetures de sites sont envisagées au plan européen (de dix à quinze sur 95 sites européens).

Six compagnies pétrolières disposent de capacités de raffinage sur le territoire français : BP France, Elf Antar France, Esso SAF, Mobil Oil Français, Société des pétroles Shell, Total Raffinage Distribution. Le secteur est affecté au niveau mondial par des fusions et des alliances, qui concernent certaines des compagnies françaises ou installées en France (alliance européenne entre BP et Mobil, fusion entre BP et Amoco, alliance européenne entre Shell et Texaco, enfin projet de fusion entre Total et le groupe belge Pétrofina, qui ferait du nouvel

opérateur le quatrième mondial en termes de capacités de raffinage et le cinquième en termes de ventes de produits).

b) Des sites de stockage dont le nombre diminue

La capacité globale de stockage en produits pétroliers s'élevait, au 31 décembre 1997, à 49,2 millions de mètres cubes, dont 71 % dits de raffinage (22,2 millions de mètres cubes dans les raffineries et 12,8 millions de mètres cubes dans des dépôts annexes) et 29 % dits de distribution (regroupant les dépôts civils actifs d'une capacité égale ou supérieure à 400 mètres cubes stockant des carburants et fiouls, des produits spéciaux, lubrifiants et bitumes, à l'exclusion des gaz liquéfiés). Au total, les stockages de distribution représentent 358 dépôts (contre 435 en 1993). Il existe 134 dépôts destinés au stockage des différentes sortes d'essence représentant une capacité de 3,7 millions de mètres cubes et 209 destinés au stockage du gazole et du fioul domestique, représentant une capacité de 8,6 millions de mètres cubes. La tendance est à la diminution des capacités de stockage, à la suite de la fermeture de certains dépôts.

D'après l'industrie pétrolière, le coût moyen à l'investissement d'un dépôt de 50 000 mètres cubes s'élèverait à 70 000 kF et à 14 000 kF pour un dépôt de 10 000 mètres cubes, les frais de fonctionnement du premier étant évalués, sur la base de quinze rotations par an, à un coût au mètre cube allant de 15 à 18 F.

*3. La consommation de produits pétroliers en France et les caractéristiques du marché des carburants
et du marché du fioul domestique*

La consommation française de produits pétroliers s'est élevée à 86,3 millions de tonnes en 1997, soit une quasi-stabilité par rapport à 1996 (contre 77,5 millions de tonnes en 1987 et plus de 100 millions de tonnes avant 1980). Les carburants (essence, gazole) représentent 44 % de la consommation. Les combustibles (fiouls domestiques et lourds, butane, propane) utilisés pour le chauffage industriel et domestique constituent plus de 29 % des débouchés sur le marché français. Les dérivés pétrochimiques fournissant des matières premières pour l'industrie chimique comptent pour 12,1 %. Les lubrifiants et les bitumes représentent 4,3 % du marché.

a) Le marché des carburants

La consommation de carburants routiers s'est élevée à 47,6 millions de mètres cubes en 1997, soit une progression de 1,6 % par rapport à 1996, dont 19,033 millions de mètres cubes, soit 40 % pour les carburants auto et 28,583 millions de mètres cubes, soit 60 % pour le gazole, ce carburant étant utilisé à hauteur de 39 % des quantités consommées par des voitures particulières et des taxis à moteur Diesel. Depuis 1988, point culminant de la demande, la baisse de la consommation des carburants auto se poursuit à un taux qui se situe entre - 2 à - 6 % par an, l'année 1997 étant marquée par un ralentissement de la baisse. L'augmentation de la consommation des carburants sans plomb se poursuit (+ 6 %), ceux-ci représentant désormais 61 % du total des carburants vendus. Le gazole continue à progresser également (+ 4,67 % en 1997).

Les données ci-dessous permettent de dégager les grands traits des modes de distribution de ces produits :

Au stade de la distribution de gros

Le tableau ci-dessous indique la répartition en pourcentage des ventes totales effectuées en 1997 par les opérateurs agréés :

	CARBURANTS auto	GAZOLE	CARBURANTS auto et gazole
Négociants revendeurs	5,5	17,8	12,9
Consommateurs livrés en vrac	1,1	15,2	9,5
Réseau de distribution	93,4	67,0	77,6
Source : DHYCA (1).			

Il y a lieu de préciser que les consommateurs livrés en vrac comprennent essentiellement des sociétés de transport ou de grands complexes industriels possédant des flottes importantes de véhicules. Les ventes les plus importantes sont donc réalisées dans le réseau de distribution constitué à partir des stations-service. Ces chiffres font apparaître que les négociants revendeurs indépendants sont de moins en moins présents dans le marché des carburants auto, ce que confirme le tableau suivant, lequel donne les parts de marché de gros en 1997 par catégorie d'opérateurs pétroliers :

ENTREPOSITAIRES agréés	CARBURANTS auto	GAZOLE	CARBURANTS auto et gazole
Filiales des grandes surfaces	39,5	24,0	30,2
Raffineurs et leurs filiales	55,8	65,7	61,9
Autres opérateurs	4,7	10,3	7,9
Source : CFDP (2).			

Les grandes surfaces ont progressé en 1997 de 2,7 points sur l'ensemble des ventes de supercarburants, et spécialement dans le sans plomb 95. Il convient de souligner que ces chiffres ne représentent que les ventes réalisées par les filiales pétrolières des grandes surfaces et non par l'ensemble de la grande distribution, dont une partie est alimentée directement par les raffineurs et leurs filiales ou encore par des négociants indépendants.

Au stade du consommateur final (marché au détail)

Les deux évolutions dont le Conseil avait relevé l'existence lors de ses précédents avis concernant le secteur pétrolier, à savoir la diminution des points de vente, d'une part, et l'importance de la place des sociétés de commerce de grande surface dans la distribution des carburants, d'autre part, continuent de faire sentir leurs effets.

La diminution du nombre de points de vente se poursuit. Le réseau de distribution comptait, au 31 décembre 1997, 17 500 points de vente (contre 31 500 en 1987 et 17 970 en 1996), soit une baisse de 44 % en dix ans. 9 700 sont détenus par les raffineurs (ou leurs filiales), qu'il s'agisse du réseau officiel ou du réseau organique, soit 55 % des unités existantes, 4 400 appartiennent aux grandes et moyennes surfaces (contre 2 600 en 1987), soit 25 % des unités existantes, 2 500 sont tenus par des pompistes indépendants (14 % au total) et 1 100 par des entrepositaires agréés indépendants (6 %).

Le tableau ci-dessous indique la répartition en pourcentage des ventes aux consommateurs finals, à l'exclusion de celles réalisées par les négociants indépendants qui ne sont pas connues :

EN POURCENTAGE des ventes totales en acquitté	CARBURANTS auto	GAZOLE	CARBURANTS auto et gazole

Consommateurs livrés en vrac	1,1	15,2	9,5
Réseau de distribution	93,4	67,0	77,6
Ensemble	94,5	82,2	87,1
Source : DHYCA.			

Le tableau ci-dessous donne les parts de marché en pourcentage des différents opérateurs en 1997 :

EN POURCENTAGE des ventes totales aux consommateurs finals (hors négociants revendeurs)	CARBURANTS auto	GAZOLE	CARBURANTS auto et gazole
Grandes surfaces (1)	50,3	35,7	42,1
Raffineurs (2)	45,4	49,1	47,4
Autres opérateurs	4,3	15,2	10,5
Ensemble	100,0	100,0	100,0
(1) Y compris les 209 points de vente des raffineurs rattachés à des magasins à grandes surfaces. (2) Non compris les 209 points de vente des raffineurs rattachés à des magasins à grandes surfaces. Source : DHYCA.			

Ce tableau fait apparaître que la part des volumes distribués par la grande distribution va bien au-delà de celle qu'elle représente en nombre de points de vente.

Le tableau ci-dessous, qui indique la répartition des ventes des différents types de produits dans le réseau de distribution en 1997, fait apparaître que les grandes surfaces sont plus présentes dans les carburants auto que dans le gazole et que la situation inverse prévaut pour les autres opérateurs, les raffineurs réalisant une part à peu près semblable pour les deux types de produits :

EN POURCENTAGE des ventes dans le réseau de distribution	CARBURANTS auto	GAZOLE	CARBURANTS auto et gazole
Grandes surfaces (1)	51,0	43,3	47,1
Réseau à la marque des raffineurs (2)	45,4	51,3	48,4
Autres points de vente	3,6	5,4	4,5
(1) Y compris les 209 points de vente des raffineurs rattachés à des magasins à grandes surfaces. (2) Non compris les 209 points de vente des raffineurs rattachés à des magasins à grandes surfaces. Source : DHYCA.			

Il résulte des études menées par la direction des matières premières et des hydrocarbures que la marge de distribution, c'est-à-dire la différence entre les prix hors taxes au consommateur en France et les prix sur le marché de Rotterdam, incluant les frais de mise en place et le coût des stocks de réserve, s'est élevée en moyenne en 1997 à 31 F/hl pour le super plombé, 43 F/hl pour le super sans plomb et à 95,42 F/hl pour le gazole.

b) Le marché du fioul domestique

Les ventes de fioul domestique se sont élevées à 19,79 millions de mètres cubes en 1997, soit une baisse de 3,2 % par rapport à l'année précédente, essentiellement en raison des conditions climatiques. Le chauffage domestique représente 52,3 % des quantités vendues, devant l'industrie (19,2 %) et l'agriculture (12 %), s'agissant des principales utilisations. Les négociants revendeurs (qui servent directement les consommateurs) ont approvisionné 48,3 % du marché contre 49,8 % pour les entrepositaires agréés, soit par l'intermédiaire de leur réseau (31,8 %), soit par l'intermédiaire de leurs filiales (18 %). Parmi les entrepositaires agréés, les raffineurs et leurs filiales réalisent 79,1 % des ventes, les 20,9 % restants étant le fait des pétroliers indépendants. Les grandes surfaces, qui commencent à être présentes sur ce marché, représentent environ 2 % des approvisionnements contre 1,1 % l'année précédente.

Pour ce produit, les pétroliers indépendants se sont approvisionnés, en 1997, à 83,2 % auprès des raffineurs, à 11,1 % à l'importation, à 2,7 % auprès de traders, et à hauteur de 3 % auprès de divers fournisseurs. Les achats aux raffineurs sont en progression en 1997 au détriment des autres sources, étant précisé que ce sont les filiales des grandes surfaces et les filiales des raffineurs qui s'adressent à ces derniers alors que les autres entrepositaires agréés indépendants ont eu davantage recours aux importations (près du quart de leurs achats).

La marge de distribution définie ci-dessus a été évaluée, en 1997, à 53 F/hl pour le fioul domestique et à 74 F/t pour le fioul lourd.

B. - Le régime juridique des stocks stratégiques

1. L'obligation de stockage stratégique et son champ d'application

a) Une obligation ancienne rénovée dans le cadre de la libéralisation du secteur pétrolier

Instituée d'abord par une loi du 10 janvier 1925, l'obligation de stock stratégique a été ensuite organisée par la loi du 30 mars 1928, laquelle a mis en œuvre le système dit de « monopole d'Etat délégué » présidant, jusqu'à la loi du 31 décembre 1992 précitée, au fonctionnement du marché pétrolier français. Ce système assujettissait les sociétés autorisées à importer du pétrole et titulaires à cet effet d'autorisations administratives dites A10 (valables dix ans) à une obligation de raffinage en France, d'une part, et obligeait les sociétés de distribution en gros de produits pétroliers raffinés, titulaires d'une autorisation dite A5, à s'approvisionner pour 80 % de leurs besoins par des contrats d'une durée de cinq ans passés avec des raffineurs français et à détenir en permanence un stock de produits au moins égal au quart de leurs ventes annuelles sur le marché intérieur, d'autre part.

La FFPI expose que, pendant longtemps et en contrepartie des contrats de fourniture de longue durée conclus auprès d'eux, les raffineurs français ont mis gratuitement à la disposition des sociétés indépendantes des stocks permettant à ces dernières d'assurer leur obligation de stockage. La succession des chocs et contre-chocs pétroliers, associée à des transformations structurelles dans la pratique du négoce de produits pétroliers, a modifié les conditions financières de l'exercice des activités pétrolières et bouleversé l'équilibre et les rapports existants entre les différents types d'intervenants.

L'un des signes de cette évolution a été la création, sous la pression des opérateurs indépendants, le 1^{er} juin 1988, de la Société anonyme de gestion des stocks de sécurité (SAGESS), chargée de détenir 50 % de l'obligation de stockage stratégique moyennant le versement d'une redevance. Il s'agissait alors, ainsi que le relève le rapport Bouvet élaboré dans la perspective de la réforme du secteur pétrolier français, de « *soulager les opérateurs du risque que représente la valeur au bilan des stocks* ». Cette société, dotée d'un statut particulier, regroupe dans son actionnariat tous les opérateurs pétroliers, la répartition du capital étant effectuée en fonction du niveau de l'obligation de stock stratégique (les actions

ne pouvant être cédées qu'avec l'autorisation des ministres chargés des hydrocarbures, de l'économie et du budget), et bénéficie d'un statut fiscal dérogatoire défini par l'article 1655 *quater* du code général des impôts.

La loi n° 92-1443 du 31 décembre 1992 portant réforme du régime pétrolier, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1993, met fin, dans son article 1^{er}, au régime du monopole délégué en disposant que : « *Sous réserve du respect des dispositions de la présente loi, la réception en provenance de l'étranger et l'expédition, à destination de celui-ci, le traitement, le transport, le stockage et la distribution de pétrole brut et des produits pétroliers s'effectuent librement.* »

Cette libéralisation du secteur s'est effectuée dans la continuité du mouvement amorcé dans les années antérieures avec, en 1982, la suppression des quotas d'importation, en 1985, la liberté d'établissement des réseaux de distribution, en 1986, la liberté d'approvisionnement auprès de raffineries étrangères et, de 1985 à 1987, la libéralisation progressive des prix à la distribution. Par ailleurs, la réalisation du marché intérieur au 1^{er} janvier 1993 imposait à la France de modifier le régime juridique de ce secteur.

Néanmoins, et conformément aux engagements de la France tant au plan international (adhésion à l'Agence internationale de l'énergie le 28 juillet 1992, imposant à la France la détention de quatre-vingt-dix jours d'importations nettes) qu'au plan européen (mise en œuvre de la directive 68/114/CEE du Conseil imposant aux pays membres de maintenir des stocks de produits pétroliers à un niveau équivalent au moins à soixante-cinq jours de la consommation intérieure pendant l'année civile, portée en 1972 par la directive 72/425/CEE du Conseil à quatre-vingt-dix jours), lui imposant au total de conserver des stocks de produits pétroliers représentant 26 % des quantités de produits mis à la consommation pendant les douze mois précédents, soit quatre-vingt-quinze jours de consommation intérieure, le nouveau régime juridique du secteur pétrolier maintient une obligation de stockage, qui a été mise à la charge des opérateurs.

Celle-ci est définie par l'article 2 de la loi n° 92-1443 du 31 décembre 1992, qui dispose que : « *Toute personne qui réalise, en France métropolitaine, une opération entraînant l'exigibilité des taxes intérieures de consommation sur un produit pétrolier figurant sur la liste annexée à la présente loi ou livre à l'avitaillement des aéronefs un produit pétrolier figurant sur cette liste est tenue de contribuer à la constitution et à la conservation de stocks stratégiques.*

« *Toute personne qui met à la consommation ou livre à l'avitaillement des aéronefs, dans un département d'outre-mer, un produit pétrolier figurant sur la liste annexée à la présente loi est tenue de contribuer à la constitution et à la conservation de stocks stratégiques dans ce département.*

« *Un décret fixe le volume des stocks stratégiques que chaque opérateur est tenu de constituer et conserver pendant douze mois en proportion des quantités de produits faisant l'objet des opérations mentionnées aux deux alinéas précédents. Cette proportion est calculée de telle sorte que la France dispose en permanence de stocks stratégiques équivalant au quart des quantités nettes de pétrole brut et de produits pétroliers importées ou introduites l'année civile précédente.* »

b) Les produits et les volumes concernés

Les produits figurant sur la liste prévue à l'article 2 précité sont les essences auto et les essences avion, le gazole, le fioul domestique, le pétrole lampant, le carburateur, le fioul lourd et, en outre, en Guyane et dans le département de la Réunion, le gaz de pétrole liquéfié.

En application d'un arrêté du 15 mars 1993, ces produits sont répartis dans les quatre catégories suivantes : les essences auto et essences avion, le gazole, le fioul domestique et le pétrole lampant autre que carburateur, les carburateurs, les fiouls lourds.

L'arrêté précise qu'il ne peut être opéré de compensation entre les catégories de produits,

celle-ci n'étant permise qu'entre produits de la même catégorie.

Les opérations entraînant la naissance de l'obligation de stockage sont celles appelées « mise à la consommation », qui déclenchent l'exigibilité de la taxe intérieure sur les produits pétroliers.

Le décret n° 93-131 du 29 janvier 1993 relatif à l'obligation de constituer et de conserver des stocks stratégiques de pétrole brut et de produits pétroliers fixe, dans son article 1^{er}, les quantités de produits pétroliers qui font l'objet de l'obligation de stockage. Ce volume est fixé à 27 % des quantités ayant fait l'objet des opérations mentionnées aux deux premiers alinéas de l'article 2 de la loi susvisée (mise à la consommation ou ravitaillement des aéronefs).

L'article 3 du décret précise la nature des produits sur lesquels porte l'obligation de stockage et offre des possibilités de substitution.

La règle qui vise à ce que soient stockés et donc disponibles des produits tels que ceux mis sur le marché est la suivante : « *Les stocks stratégiques correspondant aux obligations mises à la charge des opérateurs pétroliers doivent être constitués de produits appartenant aux mêmes catégories, définies par chacun des tirets de l'annexe à la loi du 31 décembre susvisée, que les produits qui font l'objet des opérations mentionnées aux deux premiers alinéas de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1992 susvisée, à concurrence :*

« – d'au moins 56 % des obligations totales de stockage concernant l'ensemble des produits figurant sur l'annexe de ladite loi, à l'exception du fioul lourd ;

« – d'au moins 46 % des obligations totales de stockage concernant le fioul lourd. »

La dérogation est fixée en ces termes : « *Au-delà du stock minimum défini au I ci-dessus, les opérateurs pétroliers peuvent être autorisés à substituer aux produits concernés, et après application du coefficient d'équivalence, du pétrole brut ou certains produits intermédiaires de raffinage dont ils disposent, selon le cas, sur le territoire de la métropole ou sur celui du département d'outre-mer, soit directement, soit à la suite d'une mise à disposition mentionnée à l'article 4 ci-dessous.* » Le coefficient d'équivalence, fixé par l'arrêté du 15 mars 1993 modifié précité, est de 0,8 %, le pourcentage maximum de substitution étant fixé par le même arrêté à 42 % pour les produits des trois premières catégories et à 52 % pour les produits de la catégorie fiouls lourds.

2. Les conditions de mise en œuvre de l'obligation de stockage

Il convient de relever que la directive communautaire laisse aux pays membres le choix du système permettant la constitution de stocks stratégiques.

La France a retenu un système mixte faisant appel à la fois aux opérateurs et à un organisme parapublic, fondé néanmoins sur le principe d'une obligation identique pour tous les types d'opérateurs mais dont les modalités d'exécution peuvent varier.

a) Des conditions différenciées en fonction du statut de l'entreprise soumise à l'obligation

En fonction de son statut, l'entreprise soumise à l'obligation de stockage dispose de différentes possibilités pour exécuter son obligation.

En effet, l'article 4 de la loi définit les conditions dans lesquelles les opérateurs exécutent leurs obligations, en distinguant entre ceux dotés du statut d'entrepôt agréé et les autres. Les premiers doivent constituer et conserver les stocks stratégiques, pour une part déterminée par décret, directement ou sous leur responsabilité par l'intermédiaire d'un ou plusieurs entrepositaires agréés et, pour l'autre part, sous forme de versement direct à un comité professionnel, le Comité professionnel des stocks stratégiques pétroliers (CPSSP), d'une rémunération. Les seconds s'acquittent de la totalité de leur obligation par le versement au CPSSP d'une rémunération.

Il existe, pour les opérateurs du secteur pétrolier, trois statuts fiscaux résultant d'une loi du 17 juillet 1992 : celui des entrepositaires agréés, lesquels sont habilités à produire, détenir, expédier et recevoir les produits pétroliers en suspension de droits et de taxes, celui des opérateurs enregistrés ou non enregistrés qui ne sont habilités qu'à recevoir sur le territoire français des produits pétroliers en provenance d'autres Etats membres de la Communauté européenne en suspension de droits et taxes, ces derniers étant exigibles dès réception du produit, celui des autres opérateurs qui, sans habilitation particulière, introduisent sur le territoire national des produits pétroliers pour lesquels les taxes ont déjà été acquittées dans un autre pays de la Communauté et qui doivent acquitter à nouveau en France les taxes afférentes aux produits pétroliers avec possibilité de remboursement de celles payées dans le pays d'expédition. Les membres de la FFPI, comme les raffineurs distributeurs ou les filiales spécialisées de la grande distribution, ont le statut d'entrepositaire agréé. Dans ces conditions, il leur appartient d'exécuter l'obligation à laquelle ils sont tenus en partie par la constitution de stocks physiques et en partie par le versement d'une cotisation au CPSSP.

L'article 2 du décret n° 93-131 du 29 janvier 1993 précité fixe la part que les entrepositaires agréés doivent constituer et conserver directement ou par l'intermédiaire d'autres dépositaires agréés conformément à l'article 4 de la loi précitée : celle-ci s'élève à 50 % de leur obligation totale de stockage, ramenée à 46 % à compter du 1^{er} janvier 1993. Depuis le 1^{er} janvier 1994, les opérateurs agréés peuvent opter entre cette proportion de 46 % et la proportion de 40 % ramenée à 30 % à compter du 1^{er} janvier 1995 et à 20 % à compter du 1^{er} janvier 1996. Ainsi le décret a-t-il prévu une monétisation progressive d'une part très significative de l'obligation de stockage.

*b) La possibilité des mises à disposition pour les opérateurs tenus
à la constitution de stocks physiques*

L'article 4 du décret prévoit la possibilité pour un opérateur pétrolier doté du statut d'entrepositaire agréé de satisfaire à son obligation de stockage en ayant recours à une quantité de pétrole brut ou de produits pétroliers mise à la disposition par leur propriétaire. Cette mise à disposition doit faire l'objet d'un accord préalable. Le propriétaire des stocks doit s'engager à suppléer aux obligations de l'opérateur pétrolier pour les quantités qu'il met à sa disposition.

Cette possibilité de recourir à d'autres opérateurs pour des mises à disposition de produits, avec la monétisation de l'obligation, est une des caractéristiques essentielles, et contestée, du système de stockage stratégique.

*c) L'obligation de détenir des dépôts répondant
à certaines normes pour la constitution des stocks stratégiques*

L'article 5 du décret n° 93-131 du 29 janvier 1993 prévoit que les installations recevant des stocks stratégiques doivent être préalablement agréées par le ministre chargé des hydrocarbures. En application de l'article 11 de l'arrêté du 15 mars 1993, ces dépôts doivent avoir une capacité d'au moins 400 mètres cubes pour les produits des trois premières catégories, d'au moins 1 000 mètres cubes pour les produits de la catégorie IV, et disposer des moyens d'expédition et de réexpédition jugés nécessaires pour les besoins de la défense et en vue de permettre une mise en place des produits conforme aux intérêts de l'économie générale du pays. Ils ne doivent pas pouvoir être assimilés à des établissements de distribution au détail. L'agrément prévu par le décret prend en compte la localisation des dépôts, la nature des produits stockés et le taux de rotation des dépôts.

*3. Une obligation confiée pour partie à un organisme professionnel où dominant les grandes
sociétés pétrolières,*

ayant recours lui-même aux services d'une société constituée à l'origine par la volonté des indépendants

Aux termes de l'article 3 de la loi, « la constitution et la conservation, directement ou par l'intermédiaire de prestataires de services, de stocks stratégiques de pétrole brut et de produits pétroliers prévus par la présente loi, à l'exclusion de ceux mentionnés au a du I et au a du III de l'article 4, sont assurés par un comité régi par la loi n° 78-654 du 22 juin 1978 concernant les comités professionnels de développement économique ».

Ce comité, le CPSSP, a été créé par le décret n° 93-132 du 29 janvier 1993, qui en règle la mission et le fonctionnement. Le CPSSP a pour mission de constituer et de conserver des stocks de produits pétroliers pour le compte des opérateurs qui lui versent en contrepartie une rémunération proportionnelle aux quantités dont il assure le stockage.

Cette rémunération est déterminée, aux termes de l'article 3 de la loi précitée, par le conseil d'administration du comité et « *correspond pour chaque redevable, aux coûts de constitution et de conservation pendant un an des stocks stratégiques pris en charge* ».

a) Composition et fonctionnement du CPSSP

Aux termes de l'article 2 du décret précité, le CPSSP est administré par un conseil d'administration de treize membres dont neuf sont nommés sur proposition des organisations professionnelles représentatives des opérateurs soumis à l'obligation de constituer des stocks stratégiques, parmi lesquels six membres sur proposition de l'Union française de l'industrie pétrolière (laquelle représente les raffineurs), deux membres sur proposition de la Fédération française des pétroliers indépendants, un membre sur proposition du Comité national de la distribution pétrolière, deux membres nommés en raison de leur compétence et deux membres nommés sur proposition des ministres chargés respectivement de l'économie et du budget. Ce mandat est de trois ans renouvelable.

Le directeur des hydrocarbures exerce auprès du comité les fonctions de commissaire du Gouvernement.

b) Attributions

Le CPSSP fixe :

- les règles selon lesquelles est déterminée la rémunération des services rendus par le comité en matière d'obligation de stockage aux opérateurs qui s'en acquittent par son intermédiaire ;
- les règles de rémunération des services rendus au comité par les prestataires de services par lesquels il peut assurer la constitution et la conservation des stocks stratégiques ;
- la composition et les conditions de cession de ces stocks.

Il établit le plan de localisation des stocks stratégiques placés sous son autorité.

c) La mise en œuvre de l'obligation de stockage par le CPSSP entraîne nécessairement des mises à disposition de produits par les raffineurs, d'une part, et s'appuie sur la SAGESS, d'autre part

Le décret n° 93-132 du 29 janvier 1993 portant création du CPSSP fixe, dans son article 9, les conditions dans lesquelles le CPSSP remplit l'obligation de stockage mise à sa charge. Celles-ci sont les mêmes que celles offertes aux opérateurs pétroliers auxquels il se substitue. Il ne peut cependant, en ce qui le concerne, opérer de substitution de produits qu'en utilisant du pétrole brut. Outre cette première réserve, la latitude dont semble disposer le CPSSP pour mettre en œuvre ses attributions doit être pondérée par la contrainte qui lui est imposée d'accueillir les mises à disposition qui lui sont proposées par certains opérateurs. En

effet, pour l'exécution de son obligation, le CPSSP « *accepte en priorité les mises à disposition de produits pétroliers qui lui sont proposées par les opérateurs agréés... et qui font réaliser au maximum 54 % de leur obligation de stockage stratégique par son intermédiaire* ». Ces mises à disposition « *doivent faire l'objet de contrats entre le comité professionnel et les opérateurs pétroliers concernés. Les opérateurs pétroliers ayant conclu de tels contrats avec le comité professionnel ne peuvent en reprendre la disposition que dans la limite de 10 % de leur obligation de stockage stratégique chaque année avec un préavis de six mois. Les augmentations de mises à disposition par un opérateur pétrolier se font dans les mêmes conditions, après accord du conseil d'administration du comité professionnel pris à la majorité des trois cinquièmes de ses membres présents ou représentés* ».

Par ailleurs, le CPSSP peut recourir à des mises à disposition d'appoint dont il a l'initiative.

Les opérateurs susceptibles d'offrir ces mises à disposition sont ceux disposant naturellement de stocks physiques élevés pour les besoins de leur activité principale, c'est-à-dire les raffineurs.

Ces mises à disposition sont rémunérées dans des conditions fixées en annexe du règlement intérieur du CPSSP, lesquelles prévoient la prise en compte des trois éléments suivants : rémunération de l'immobilisation financière due au produit, rémunération de l'entretien de la qualité du stock, rémunération des frais et charges de stockage et d'exploitation par référence aux tarifs proposés par des sociétés de stockage représentatives.

Enfin, pour constituer et conserver les stocks dont il a la charge, il peut recourir aux services de la SAGESS. En effet, aux termes de l'article 2 de son statut, la SAGESS a pour objet :

« – *de réaliser la mission de constituer et de conserver des stocks stratégiques de pétrole brut et de produits pétroliers pour couvrir les besoins exprimés par l'organisme créé par le décret n° 93-132 sous le nom de Comité professionnel des stocks stratégiques pétroliers (...) dans le cadre d'une convention passée avec le CPSSP et approuvée par arrêté conjoint du ministre chargé des hydrocarbures et du ministre chargé du budget en date du 26 mars 1993 (...)*

« – *d'effectuer, pour le compte du CPSSP et en son nom, la gestion de l'obligation de stocks stratégiques qui incombe au CPSSP* ».

La convention prévue dans le statut de la SAGESS, en date du 25 mars 1993, prévoit notamment que :

- le CPSSP s'engage, pour accomplir sa mission, à utiliser la totalité des stocks de produits pétroliers appartenant à la SAGESS, celle-ci s'engageant à réserver ses stocks en totalité au CPSSP et à n'en modifier le volume qu'en fonction des instructions données par le CPSSP ;

- la mise à disposition des stocks de la SAGESS au CPSSP se fait moyennant une rémunération facturée au CPSSP, chaque mois, sur chaque tonne de produits pétroliers mise à sa disposition. Le calcul de cette rémunération est défini en annexe de la convention et comprend, d'une part, un poste dit de charges réelles (frais d'entreposage des stocks propres, frais de contrôle et d'analyse des stocks propres, assurances et cautions en douane, pertes sur produits, rotation des produits, coût de substitution en cas de changement de spécification [teneur des produits], frais généraux réels ainsi qu'un poste de charges calculées [frais financiers]). La SAGESS finance, pour sa part, les achats de stocks par recours à des emprunts ;

- en ce qui concerne l'achat de produits pétroliers, la convention prévoit que la SAGESS procédera par appel d'offres ;

- en ce qui concerne la vente des produits pétroliers, la convention rappelle qu'en

application de l'article 1655 *quater* du code général des impôts, la SAGESS ne peut procéder à la vente à un prix inférieur à ses coûts d'acquisition, le CPSSP devant prendre toute mesure pour que la SAGESS perçoive au moins le prix d'inventaire des stocks cédés ;

- le CPSSP donne mandat à la SAGESS d'effectuer en son nom et pour son compte la gestion de l'obligation stratégique incombant au CPSSP, ce qui comprend notamment l'identification des opérateurs pétroliers soumis à l'obligation de stockage, le calcul des montants des redevances des opérateurs, la gestion des contrats de couverture et de mise à disposition, le calcul mensuel de l'obligation et l'organisation de la couverture par les stocks propres et le recours aux mises à disposition.

4. Un dispositif de contrôle « croisé » entre l'administration et le CPSSP

Il appartient aux opérateurs d'adresser, chaque mois, au ministre chargé des hydrocarbures ainsi qu'au CPSSP une déclaration comportant, notamment, les éléments nécessaires au calcul de leur obligation pour le mois.

En application de l'article 12 de la loi, le contrôle du niveau des stocks et des modalités de leur constitution et de leur conservation est effectué par des agents du service des douanes et des agents assermentés désignés par le ministre chargé des hydrocarbures, qui disposent à cet effet d'un droit d'accès dans les locaux professionnels des établissements où sont conservés les stocks stratégiques. En cas d'infraction, le ministre chargé des hydrocarbures peut ordonner le paiement, en proportion des quantités manquantes, d'une amende égale au plus à quatre fois le montant de la redevance perçu par les services des douanes au profit du CPSSP.

Le système français de conservation de stocks pétroliers est donc un système complexe compte tenu notamment de la coexistence de deux modes de stockage, l'un centralisé et l'autre décentralisé, ainsi que du fait de l'existence, en ce qui concerne la part centralisée du stockage, de deux organismes, le CPSSP et la SAGESS, là où d'autres pays disposent d'un système unique et d'une seule institution.

C. - Le fonctionnement du dispositif relatif à l'obligation de constitution et de conservation de stocks stratégiques au regard des règles de concurrence

1. Les critiques formulées par la FFPI

La FFPI expose que le caractère industriel de l'activité des raffineurs distributeurs, lesquels appartiennent à de grandes sociétés multinationales produisant du pétrole brut, le raffinant et vendant leur production, les oblige à détenir des stocks importants de pétrole brut, de produits intermédiaires et de produits finis dans leurs raffineries et dépôt annexes, et qu'en outre une partie des ventes, effectuée avant la mise à la consommation (vente sous douane), ne génère pas l'obligation de constitution de stocks stratégiques. Elle indique que les indépendants, moyennes ou petites entreprises familiales et souvent régionales, dont l'activité consiste à acheter des produits finis aux raffineurs ou à en importer et à les revendre aux consommateurs, n'ont besoin que d'un volume minimal de stocks, inférieur à leur obligation de stockage stratégique. Elle rappelle que ces derniers sont en concurrence sur le marché avec les raffineurs, qui sont aussi leur fournisseurs.

En premier lieu, la FFPI analyse le fonctionnement du dispositif relatif à l'obligation de stockage stratégique de la façon suivante :

- elle observe que les mises à disposition effectuées par les raffineurs sont rénumérées par leurs bénéficiaires, c'est-à-dire les pétroliers indépendants et par le CPSSP ;
- elle soutient que les raffineurs peuvent consentir des mises à disposition gratuites à leurs filiales ;
- elle fait valoir que la possibilité de substituer, pour la constitution des stocks

stratégiques, au moins pour partie du pétrole brut aux autres produits mis à la consommation, avantage les raffineurs, qui disposent nécessairement de ce type de produit pour l'exercice de leur activité, et en déduit que le coût de l'obligation de stockage est nul pour ces opérateurs ;

- elle considère que « *les pétroliers indépendants rémunèrent ainsi le stock-outil des raffineurs qui sont à la fois leurs fournisseurs et leurs concurrents* » ;

- elle estime que les rémunérations des mises à disposition couvrent des charges incombant normalement à un industriel, qu'il y ait ou non mise à disposition, et qui sont incluses dans les prix de cession, et que ce système permet ainsi une double rémunération accentuant le déséquilibre entre les deux catégories d'opérateurs, dans la mesure où les mises à disposition pratiquées par les raffineurs sont « prélevées » sur le stock-outil et non gelées ;

- elle évalue, par suite, le stock réellement disponible des compagnies pétrolières à 400 000 tonnes, soit deux jours seulement de mise à la consommation nationale ;

- elle chiffre à plus de 25 F par tonne l'avantage concurrentiel dont disposeraient les raffineurs du fait des conditions d'application de l'obligation de stockage ;

- elle considère que cette situation contribue à l'accélération de la disparition des pétroliers indépendants.

En second lieu, la FFPI estime que le recours aux mises à disposition induit des comportements susceptibles d'entraver le jeu normal de la concurrence :

- en constituant pour les raffineurs un moyen de pression sur les opérateurs qui subordonnerait les mises à disposition à la signature de contrats d'achat de produits pétroliers ;

- en forçant les pétroliers indépendants, pour échapper à la pression des raffineurs, à augmenter la prise en charge de leur obligation de stockage par le CPSSP, plus onéreuse pour eux que le recours aux mises à disposition ;

- en incitant le CPSSP à revendre des stocks y compris à perte pour augmenter les mises à disposition des raffineurs au profit du CPSSP.

Dès lors qu'il est avéré, conformément à ce qu'indique la FFPI, que les indépendants (que ce soient ceux regroupés au sein de la FFPI ou ceux appartenant à l'UIP) sont à la fois les clients et les concurrents des compagnies pétrolières, la question de l'incidence sur le fonctionnement de la concurrence du système de constitution des stocks stratégiques pétroliers se trouve posée. En dépit de l'évolution constatée de la situation des différents opérateurs de la distribution des produits pétroliers depuis une dizaine d'années, cette question est posée dans les mêmes termes pour les membres de l'UIP et de la FFPI, les membres de l'UIP formulant les mêmes critiques à l'encontre de la mise en œuvre du système de stockage stratégique que la FFPI.

2. L'évaluation du système au niveau communautaire

Dans le cadre d'une étude portant sur l'examen des différents systèmes de stockage obligatoire des produits pétroliers mis en place au sein de l'Union européenne et réalisée en juin 1997, le principe de l'obligation uniforme de stockage de 90 jours est critiqué, au motif qu'il « *impose une contrainte excessive à certaines entreprises* », alors que les stocks d'exploitation minimums normaux sont très variables d'un opérateur à l'autre. Cette critique avait déjà été formulée en 1988 à l'occasion d'une enquête ayant donné lieu à un rapport sur la situation et l'évolution des stocks de réserve dans les Etats membres de la Communauté, dans lequel il était relevé que « *la source de la discrimination entre les deux types d'opérateurs-raffineurs et distributeurs indépendants réside en ce qu'une même obligation - 90 jours de stock - frappe deux catégories d'agents économiques ayant des caractéristiques techniques très contrastées* ». Le rapport se fondait, à cet égard, sur l'importance du stock-outil dont disposent les raffineurs pour les besoins de leur activité comparé à celui, réduit à quelques jours, nécessaire à l'activité exercée par les distributeurs indépendants. Le rapport

relevait aussi que la structure financière de ces derniers comporte moins d'immobilisations en capital que celle des raffineurs, s'agissant d'un métier principalement commercial, à marges brutes relativement faibles.

3. *La nouvelle directive européenne 98-93 relative à l'obligation de stockage*

Elle a été adoptée le 14 décembre 1998 (JOCE du 31 décembre 1998). L'exposé des motifs de la proposition de directive fait état de la « *transparence des modalités de stockage et du renforcement de l'égalité des chances sur le marché intérieur du pétrole* ». Faisant écho aux analyses menées au niveau européen par la Fédération européenne des indépendants, le projet indiquait que « *certaines opérateurs se plaignent de n'être pas traités sur un pied d'égalité avec leurs concurrents, les inégalités pouvant résulter de :*

« a) *L'application disproportionnée de l'obligation de stockage aux divers types d'opérateurs sur le marché ;*

« b) *La répartition disproportionnée des coûts de stockage entre ceux à qui s'applique l'obligation de maintenir des stocks de sécurité ;*

« c) *L'utilisation partielle des stocks opérationnels de l'industrie comme stocks "mis à disposition", certains opérateurs ont pu procéder de la sorte et d'autres non en raison de leurs structures et de leurs activités différentes ;*

« d) *L'application de conditions déloyales aux importateurs et aux distributeurs afin de profiter d'un stockage de type "mis à disposition" assuré par les raffineurs nationaux en leur imposant, par exemple, de signer des contrats d'achat à long terme avec ces derniers ».*

D'autres documents élaborés dans le cadre de la préparation de la directive abordent la question de l'éventuelle confusion entre une partie du stock opérationnel des opérateurs et des stocks stratégiques, qui soulève deux types de difficultés, l'une sur la réalité des stocks de sécurité effectivement disponibles en cas de crise, l'autre sur le calcul des coûts de constitution des stocks de sécurité, dont le manque de transparence rendrait ardue leur répartition égale et objective entre les opérateurs.

Pour certains, aucun élément de la réglementation, ni internationale, ni communautaire, n'impose une différenciation entre ces différents types de stocks. En ce qui concerne spécifiquement la France, il n'existe pas non plus de prescription exigeant cette différenciation, étant observé que l'Etat dispose, au travers de la loi n° 74-908 du 29 octobre 1974 relative aux économies d'énergie, des moyens juridiques lui permettant de prendre des mesures contraignantes en vue de remédier à une pénurie énergétique localisée ou d'intervenir en matière de déstockage de pétrole brut et de produits raffinés, l'autorisant donc à recourir aux stocks opérationnels des raffineries si nécessaire. L'article 11 de la loi du 31 décembre 1992 lui confère, en outre, la faculté de suspendre les exportations de produits pétroliers dans certaines circonstances. Pour d'autres, en revanche, cette confusion est de nature à affaiblir la sécurité d'approvisionnement en produits pétroliers.

Les questions soulevées par la FFPI ont donc été analysées au niveau européen puisqu'elles se posent également dans d'autres pays qui ont choisi de faire porter au moins une partie de l'obligation directement sur les opérateurs.

Au total, la directive n° 98/93 du 14 décembre 1998 consacre à cette question un considérant ainsi rédigé : « *Considérant qu'il convient de veiller à la transparence des modalités de stockage, de manière à assurer une répartition équitable et non discriminatoire des charges liées à l'obligation de stockage ; que, partant, les Etats membres peuvent mettre à la disposition des parties intéressées relatives au coût de stockage* », et les nouvelles prescriptions en la matière de la directive n° 68/414 du 20 décembre 1968 du Conseil modifiée résultant de son article 3 sont désormais les suivantes : « *Les Etats membres veillent à appliquer des conditions équitables et non discriminatoires dans leurs dispositions en matière de stockage.*

« Les coûts résultant du stockage prescrit à l'article 1^{er} doivent apparaître de manière transparente. A cet égard, les Etats membres peuvent adopter des mesures pour obtenir des informations appropriées concernant les coûts du stockage prescrit à l'article 1^{er} et pour mettre ces informations à la disposition des parties intéressées. »

4. L'état actuel des stocks stratégiques en France

L'obligation de stockage porte actuellement sur quatre-vingt-quinze jours de mise à la consommation, soit 26 % de la consommation annuelle. Ces quatre-vingt-quinze jours de stocks sont assurés comme suit : vingt jours de stocks physiques des opérateurs, cinquante jours de stocks assurés par le CPSSP, vingt-cinq jours de mise à disposition.

Le tableau ci-après indique, au 1^{er} décembre 1998, l'état des stocks des différents opérateurs pétroliers ainsi que du CPSSP et de la SAGESS.

(EN MILLIERS DE TONNES). - DÉCEMBRE 1998	Stocks (au 1 ^{er} décembre 1998)	Obligations	Part dévolue au Comité	MAD faites au Comité (*)	MAD faites par les raffineurs aux indépendants ou grandes surfaces
Raffineurs et filiales	12 240	12 400	6 700 (54 %)	4 540	
Grandes surfaces	405	2 900	2 320 (80 %)	0	200
Indépendants	405	1 280	715 (56 %) (**)	15	255
SAGESS	5 180				
Totaux (hors EDF)	18 230	16 580	9 735	4 555	455
(*) Mises à disposition.					
(**) Compte tenu de la part prise en charge à 100 % par le CPSSP pour les opérateurs non agréés.					

Ce tableau fait apparaître que, parmi les entrepositaires agréés, les grandes surfaces ont choisi de passer au maximum de leur possibilité, soit 80 %, la part de leur obligation de stockage pouvant être confiée au CPSSP, les autres indépendants, à l'exception de deux d'entre eux passés également à 80 %, ayant choisi de recourir au CPSSP à hauteur de 54 %, soit le seuil minimal fixé par la loi. Il en résulte également que sur 4,555 millions de tonnes de produits pétroliers mis à disposition du CPSSP, 4,540 millions, soit plus de 90 %, sont le fait des raffineurs et de leurs filiales.

Les données disponibles jusqu'au 31 décembre 1997 permettent de dessiner les évolutions qui se sont produites depuis l'entrée en vigueur du dispositif résultant de la loi du 31 décembre 1992. Entre ces deux dates, les mises à la consommation ont augmenté de 3,16 %. Les stocks de la SAGESS ont largement progressé dans le même temps puisque cette hausse s'est élevée à 64,48 %, tendance qui s'est poursuivie en 1998. Le coût du système a diminué puisqu'évalué à 173 F la tonne en 1993, il se serait élevé à 113 F en 1997.

La période récente, depuis 1997, est marquée par la diminution des mises à disposition consenties par les raffineurs. Ainsi, celles-ci sont passées de 1 250 ktonnes à 450 ktonnes en un an, à cause du choix des grandes surfaces de faire assurer à hauteur de 80 % leur obligation

par le CPSSP.

En ce qui concerne la distinction entre stocks opérationnels et stocks stratégiques, l'actualisation des données fournies sur ce point par la FFPI, à partir de chiffres fournis par le CPSSP, aboutit à des chiffres supérieurs à l'évaluation faite par la FFPI quant à l'état réel des stocks détenus par les raffineurs. Les chiffres de la FFPI sont par ailleurs agrégés (toutes catégories de produits confondues) et ne prennent pas en compte, selon les services de la DHYCA, d'autres stocks (par exemple ceux dans des dépôts annexes ou ceux dans les stations-service), lesquels font partie du stock-outil.

5. Analyse du Conseil

En premier lieu, le Conseil observe que la saisine critique de fait certains des aspects du système de constitution des stocks stratégiques de produits pétroliers tel qu'il résulte d'un ensemble de dispositions législatives et réglementaires qui n'avaient d'ailleurs pas été soumises à son examen au moment de leur adoption et, principalement, l'uniformité de l'obligation, quelle que soit la nature de l'activité exercée, ainsi que la possibilité pour certains opérateurs de consentir des mises à disposition de produits pétroliers tant à d'autres opérateurs qui sont leurs concurrents sur les marchés aval, qu'à l'organisme central de stockage que constitue le CPSSP.

Le Conseil souligne qu'il ne lui appartient pas de porter une appréciation sur les choix du législateur et du Gouvernement en faveur d'un système de stockage comportant une partie mise à la charge d'un organisme centralisé et une partie laissée à la charge des opérateurs, tous ayant les mêmes obligations, et qui, selon l'exposé des motifs de la loi, prend en compte des impératifs industriels de nature à assurer : « *le maintien d'un raffinage compétitif sur le territoire national* » et « *le développement de l'activité internationale des compagnies françaises* ». En outre, dans ce domaine, le législateur et le Gouvernement poursuivent un objectif de sécurité d'approvisionnement en matière de produits pétroliers en cas de crise, lequel peut conduire à des choix techniques qui ne tiennent pas nécessairement compte de tous les aspects concurrentiels du fonctionnement des marchés en cause.

Le Conseil a fait porter son analyse sur les effets potentiels de l'uniformité de l'obligation et de la procédure de mise à disposition sur le fonctionnement de la concurrence sur les marchés concernés.

Le Conseil relève, d'abord, qu'il n'y a pas, au niveau européen, de modèle unique de système de stockage stratégique, compte tenu de la latitude laissée par l'Union européenne à ses membres en la matière, en raison de la diversité des structures industrielles et de distribution des produits pétroliers dans les différents pays. Ainsi existe-t-il différentes modalités (stocks d'Etat, stocks détenus par des agences en tout ou partie, stocks relevant de la seule responsabilité des opérateurs, avec une charge équivalente ou différenciée selon les opérateurs) : l'objectif de sécurité d'approvisionnement recherché par le système de stockage stratégique peut donc être atteint de plusieurs manières. Le Conseil remarque que l'analyse, menée au niveau communautaire, sur les éventuelles distortions de concurrence pouvant résulter de tel ou tel système n'a pas conduit à restreindre la latitude laissée aux Etats membres pour mettre en œuvre l'obligation de stockage stratégique. En revanche, la nouvelle directive introduit la faculté pour les Etats membres de mettre à la disposition des parties intéressées des informations relatives aux coûts de stockage et les invite à veiller « *à la transparence des modalités de stockage, de manière à assurer une répartition équitable et non discriminatoire des charges liées à l'obligation de stockage* ».

Le Conseil remarque ensuite que l'essentiel des critiques de la FFPI, rejointe en cela par l'analyse de différents experts exposée au 3 B et 3 C du présent avis, repose sur la confusion qui existerait pour partie entre le stock-outil des opérateurs et les stocks stratégiques. Cette confusion serait de nature - compte tenu des deux caractéristiques du système français de

constitution de stocks stratégiques, que sont l'uniformité des obligations imposées aux opérateurs, d'une part, et la possibilité pour certains d'entre eux de mettre à la disposition des autres des stocks de produits, d'autre part - à produire différents effets, que la FFPI analyse comme générateurs d'une distorsion de concurrence.

Tout d'abord, le niveau de ce stock-outil étant très différent en fonction de la nature de l'activité des opérateurs (raffineurs d'un côté, distributeurs importateurs de l'autre), la charge, en théorie égale, résultant de l'obligation de constituer des stocks stratégiques pèserait de manière inégale selon la catégorie d'opérateurs concernés. Dans un cas, en effet, celui des raffineurs, cette charge se confondrait, au moins en partie, avec celle résultant de la constitution des stocks nécessaires à l'activité professionnelle et ne générerait donc pas de coûts supplémentaires, dans l'autre, celui des distributeurs, elle se traduirait bien par un coût spécifique de nature à les rendre moins compétitifs sur les marchés aval de distribution des produits pétroliers sur lesquels ils sont en concurrence avec les raffineurs ou leurs filiales.

Ensuite, et par le même effet d'indifférenciation entre stocks opérationnels et stocks stratégiques, la réglementation de l'obligation de stockage telle qu'elle est appliquée procurerait aux raffineurs qui effectuent des mises à disposition une rémunération de tout ou partie de leurs stocks-outil à la charge des distributeurs indépendants, de nature à conférer aux premiers un avantage artificiel de compétitivité au détriment de ces derniers.

Enfin, ce phénomène serait accentué par la possibilité offerte aux opérateurs de remplir leur obligation, au moins pour partie, en substituant du pétrole brut aux autres produits devant être stockés, possibilité qui ne pourrait profiter en pratique qu'aux seuls raffineurs.

Le Conseil n'a pas été en mesure de déterminer l'ampleur éventuelle du recouvrement entre les stocks-outils et les stocks stratégiques des raffineurs, en raison de la forte variation notamment intra-annuelle des stocks et de la difficulté de déterminer avec une précision acceptable le niveau incompressible du stock-outil.

D'une part, les indications fournies par les distributeurs indépendants, qui conduisent pour les trois premiers mois de 1997 à une quasi égalité des deux catégories de stocks (les stocks réels seraient à peine supérieurs aux stocks exigés), sont très éloignées des données de l'administration pour les premiers mois de 1998 qui font état selon les mois de quatorze à dix-huit jours d'excédent des stocks réels sur les stocks exigés.

D'autre part, le rapport Bouvet de mars 1992 fait état pour ce qui concerne les raffineries allemandes - dont il n'y a pas lieu de penser qu'elles ont des caractéristiques techniques différentes des raffineries françaises - d'un stock-outil d'environ quinze jours de consommation, alors que d'autres sources retiennent des chiffres allant de trente jours à « plusieurs dizaines de jours » (rapport Roux Stoffaës), et que les niveaux les plus fréquemment avancés sont de l'ordre de quarante à quarante-cinq jours, sans qu'il soit précisé si ces chiffres expriment les besoins techniques minimaux des industries ou reflètent une moyenne des situations observées, et comprennent éventuellement les stocks-outils des filiales de distribution des raffineurs évalués couramment à dix ou quinze jours de consommation.

Le Conseil relève qu'il s'agit d'une question récurrente et qui, analysée par les experts au regard des conséquences en matière de sécurité d'approvisionnement, ainsi qu'il résulte des constatations effectuées au 3 C du présent avis, reçoit des réponses nuancées. Il observe que, sous réserve de l'efficacité des contrôles évoqués au 2 D du présent avis, le respect par les opérateurs des obligations en matière de stocks stratégiques n'est pas contesté, mais qu'il est vraisemblable qu'une partie au moins du stock-outil se trouve *de facto* incluse dans le stock stratégique des raffineurs et/ou dans celui qui est constitué sous la forme de mises à disposition au profit d'autres opérateurs ou du CPSSP.

Dans le premier cas, du point de vue des effets potentiels sur le fonctionnement de la concurrence d'un tel recouvrement entre les deux catégories de stocks, à supposer qu'il existe au moins partiellement, il convient tout d'abord d'observer qu'en raison de la spécificité de

leurs activités, les raffineurs et les distributeurs détiennent des niveaux de stocks très dissemblables. Pour s'en tenir aux évaluations le plus fréquemment avancées, le niveau des stocks « normaux » serait de quarante à quarante-cinq jours pour les premiers et de dix à quinze jours pour les seconds. Dès lors, si l'indifférenciation entre ces deux catégories est possible (or la loi ne l'exclut pas) ou si elle existe, l'obligation uniforme de stockage stratégique ne représente pas en pratique la même charge pour les différents types d'opérateurs. En effet, si cette hypothèse est vérifiée, les raffineurs sont exonérés d'une partie de la charge supplémentaire induite par l'obligation de stockage stratégique, dès lors qu'ils peuvent s'acquitter partiellement de cette obligation par l'affectation de tout ou partie de leur stock-outil, alors que les distributeurs indépendants, qui ne disposent que d'un stock-outil beaucoup plus limité, ne peuvent bénéficier des mêmes facilités. Ainsi, dans l'hypothèse où la totalité des stocks-outils pourrait être admise en représentation de stocks stratégiques, l'obligation effective de disposer de quatre-vingt-quinze jours de stocks imposée uniformément aux raffineurs et aux distributeurs se traduirait, en retenant l'évolution ci-dessus, par une charge supplémentaire de cinquante à cinquante-cinq jours de stocks pour les premiers et de quatre-vingts à quatre-vingt-cinq jours pour les seconds, soit une différence de trente à trente-cinq jours.

Dans le second cas, le principe des mises à disposition, qu'elles soient effectuées directement entre opérateurs et rémunérées directement par eux ou par l'intermédiaire du CPSSP et rémunérées par lui mais financées par les redevances des opérateurs, résulte de la loi du 31 décembre 1992. L'existence de cette possibilité peut être de nature à faciliter le maintien des petits opérateurs sur le marché, dans la mesure où le coût de ces mises à disposition peut éventuellement être inférieur, en raison des économies d'échelle réalisées par les opérateurs disposant de grosses capacités de stockage et qui en mettent une partie à disposition d'autres opérateurs, à celui qui résulterait de l'obligation pour les petits opérateurs de constituer et d'entretenir des capacités de stockage supérieures à celles résultant des strictes nécessités de leur activité commerciale. Ce principe n'est donc pas en soi de nature à fausser la concurrence sur les marchés concernés. En pratique, la diminution du nombre des petits dépôts semble conforter cette analyse. Le principe de la rémunération des mises à disposition, s'agissant d'un service rendu, lequel a un coût, n'est pas non plus critiquable au regard des règles de concurrence.

Cependant, si la confusion entre stocks-outils et stocks stratégiques était avérée, la rémunération par les indépendants des mises à disposition pourrait conduire à mettre à leur charge, indirectement, le financement d'une partie des stocks-outils des raffineurs. Dans cette hypothèse, s'il est peu vraisemblable que cette circonstance ait une incidence sur la formation des prix sur le marché des produits pétroliers gouvernée par les cotations internationales et donc sur celle des prix auxquels les indépendants s'approvisionnent et, en tout état de cause, les distributeurs indépendants doivent supporter la charge financière résultant de leurs obligations en matière de stocks stratégiques, il n'en demeure pas moins que l'avantage relatif qui résulterait pour les raffineurs d'une confusion des stocks subsisterait.

A cette inégalité de fait s'ajoute la disparité de taille et de puissance financière des deux catégories d'intervenants, qui a pour effet de rendre proportionnellement beaucoup plus lourde et risquée la charge de constitution des stocks stratégiques impliquant la construction ou l'acquisition de capacités de stockage pour les distributeurs indépendants, qui ne disposent en général que de fonds propres modestes en comparaison des raffineurs et d'une faible capacité d'endettement pour réaliser des investissements.

Ces observations ne tiennent pas compte du coût relatif des stocks, indépendamment des stocks stratégiques, pour les différents opérateurs. Elles ne répondent ni à la question du coût, pour les raffineurs, de la détention de stocks très supérieurs à ceux des distributeurs, ni à celle des surcoûts relatifs qu'ils entraîneraient, notamment en raison du montant des

immobilisations qu'ils représentent, du traitement fiscal des fluctuations des cours du brut et des produits pétroliers et de leur incidence sur les résultats des sociétés.

Sur l'affectation potentielle de la concurrence au stade de la distribution, il convient de distinguer différentes hypothèses, en fonction de l'organisation par les raffineurs de leur propre circuit de distribution et du statut fiscal de leurs filiales. Dans l'hypothèse où les sociétés de raffinage exerceraient directement une activité de distribution, ces mises à disposition seraient de nature à fausser la concurrence sur les marchés aval des carburants et du fioul domestique dans la mesure où elles font supporter des charges supplémentaires aux indépendants par rapport aux raffineurs.

Lorsque les raffineurs distribuent leurs produits par l'intermédiaire de filiales, ce qui semble le cas général, ces filiales, qui ont le statut d'entrepôt agréé, sont soumises aux mêmes obligations de stockage que les opérateurs indépendants également entrepositaires agréés. En revanche, lorsque les filiales vendent « à l'acquitté », l'obligation de stockage pèse sur les raffineurs. A prix hors taxe égal, ces dernières sont avantagées par rapport aux indépendants du fait de l'absence d'obligation de stockage pesant sur elles. Par ailleurs, dans l'hypothèse où les filiales soumises à l'obligation de stockage obtiendraient de leurs sociétés mères des mises à disposition à des conditions plus favorables que celles consenties aux opérateurs indépendants, une telle situation pourrait être de nature à fausser la concurrence sur les marchés aval des carburants et du fioul domestique dans la mesure où elle conduirait à faire supporter des charges supplémentaires aux indépendants par rapport aux filiales des raffineurs. Une telle pratique pourrait relever d'un examen contentieux.

En ce qui concerne la faculté de substituer du pétrole brut aux autres produits pétroliers, le Conseil estime que, dans l'hypothèse d'une confusion entre stock-outil et stocks stratégiques, elle favorise les opérateurs qui se trouvent dans la nécessité d'en détenir pour les besoins de leur activité, c'est-à-dire les raffineurs. Dans la mesure où le stockage de pétrole brut au lieu et place des autres produits présente en lui-même des avantages spécifiques, même en prenant en considération le coefficient de réfaction (0,8) appliqué pour tenir compte de la quantité de pétrole brut nécessaire pour obtenir un « cocktail » de produits raffinés, il s'agit d'un produit moins cher que les produits raffinés, qui « vieillit » moins mal que ceux-ci, et qui n'est pas susceptible d'être atteint par les modifications des spécifications affectant par exemple la composition des carburants et est moins sensible aux variations de la demande finale. Ces avantages sont de nature à réduire le coût total du stockage des produits pétroliers et les risques financiers qui lui sont attachés ; *a contrario*, l'arrêté du 7 avril 1997 qui limite la possibilité pour le CPSSP de recourir au pétrole brut pour la couverture de son obligation est de nature à alourdir les contraintes pesant sur cet organisme et par conséquent le montant de la redevance facturée aux opérateurs.

Le Conseil rappelle que la directive n° 98-93 du 14 décembre 1998 précitée incite les Etats membres à répondre à la demande de transparence des opérateurs sur les coûts de stockage. Il estime que les opérateurs français disposent à cet égard d'éléments de référence avec les coûts de stockage de la SAGESS qui sont connus au travers des comptes de cette société et de ceux du CPSSP. La mise en œuvre de ce volet de la directive est de nature à répondre en partie aux interrogations des opérateurs indépendants sur la réalité des charges pesant sur les raffineurs.

Le Conseil observe encore que la saisine soumet aussi à son appréciation des pratiques résultant de l'application des textes en vigueur, qualifiées d'anticoncurrentielles et abusives. Il rappelle que, consulté en application des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il n'a pas à qualifier les pratiques, objet de la demande d'avis, sur le fondement des articles 7 et 8 de ladite ordonnance ou des articles 85 et 86 du traité de Rome, une telle qualification relevant de ses attributions contentieuses, et qu'il ne peut dès lors que se borner à des observations générales relatives aux problèmes de principe soulevés dans la

saisine.

Ainsi, sur le lien allégué, dans les relations contractuelles, entre la fourniture de produits pétroliers et les mises à disposition de ces mêmes produits en vue de satisfaire à l'obligation de stockage stratégique, le Conseil relève que les indépendants, depuis la libéralisation des importations, ont la possibilité de se fournir à l'étranger et qu'ils le font d'ailleurs de façon plus importante que les autres opérateurs comme le montrent les données reproduites au 1 (C, b) du présent avis relatif à l'approvisionnement des indépendants en matière de fioul domestique. De plus, les indépendants ne sont pas obligés de recourir aux mises à disposition pour assurer leurs obligations de stockage stratégique et peuvent soit constituer leurs propres stocks, soit augmenter à hauteur de 80 % la part de leur obligation assurée par le CPSSP. En ce qui concerne la faculté de porter à 80 % l'obligation de constitution et de conservation de stocks de produits pétroliers pour le compte des opérateurs qui a été confiée au CPSSP en vue d'améliorer la liberté commerciale des distributeurs indépendants mais dont la mise en œuvre serait plus onéreuse pour les opérateurs que le recours aux mises à disposition directes, le Conseil observe que cette faculté a été offerte par la loi aux opérateurs précisément pour leur permettre de limiter la constitution de stocks détenus en propre et le recours aux mises à disposition directes. De même, les opérateurs qui réclament la montée en charge des stocks propres de la SAGESS qui est en cours de réalisation pour limiter le recours aux mises à disposition ne peuvent ignorer que cette stratégie peut éventuellement présenter, en contrepartie d'une plus grande liberté, un coût plus important que le recours aux mises à disposition assurées par les raffineurs.

Quant à l'incitation faite au CPSSP de revendre à perte des stocks SAGESS en vue d'augmenter les mises à disposition, le Conseil relève, d'abord, que le dispositif permettant les mises à disposition prioritaires de produits pétroliers par les opérateurs au bénéfice du CPSSP résulte du décret, sur le bien-fondé duquel il n'a pas à se prononcer, et que les variations des volumes susceptibles d'affecter ces mises à disposition sont limitées, à la hausse comme à la baisse, à hauteur de 10 % de leur obligation de stockage stratégique chaque année avec un préavis de six mois. Ces prescriptions sont donc de nature à restreindre la latitude des raffineurs dans l'utilisation du système des mises à disposition.

Sur la mise en œuvre pratique de ce système et sur l'utilisation « abusive » qui pourrait en être faite, le Conseil observe, s'agissant du cas particulier soulevé dans la saisine, que, si les procès-verbaux des réunions du CPSSP qui ont été produits font apparaître qu'il a été question, à un certain moment, de vendre des stocks SAGESS, cette opération ne s'est finalement pas réalisée. Le Conseil relève, en outre, que les dispositions du code général des impôts régissant la SAGESS, ainsi que la présence majoritaire des raffineurs au capital de cette société, sont de nature à limiter les risques susceptibles d'être pris, sur ordre du CPSSP, dans lequel les représentants du raffinage ont un poids déterminant, par la SAGESS dans la gestion des stocks. Les chiffres cités au 3 D du présent avis font, d'ailleurs, apparaître que, depuis la mise en œuvre de la loi du 31 décembre 1992, les stocks de la SAGESS n'ont cessé d'augmenter et bien au-delà de l'augmentation du volume de l'obligation de stockage résultant de l'augmentation des mises à la consommation. Par ailleurs, les mises à disposition consenties par les raffineurs au profit du CPSSP ont diminué. Il est donc vraisemblable que les raffineurs se sont défaits d'une partie des stocks affectés aux mises à disposition, ce qui peut être interprété comme un arbitrage entre la rémunération offerte par le CPSSP pour les mises à disposition et les charges résultant des coûts de stockage. L'arbitrage ainsi réalisé par les raffineurs serait de nature à atténuer la portée des arguments de la FFPI sur l'intérêt financier qui résulterait du système des mises à disposition automatiques pour les raffineurs. Les constatations faites au niveau européen sur la tendance au déstockage mis en œuvre par les groupes pétroliers vont dans le sens des observations qui précèdent. Le Conseil souligne, néanmoins, que, sous les réserves énoncées précédemment, le système offre une certaine

souplesse aux raffineurs, de nature à favoriser les ajustements des mises à disposition consenties au CPSSP, en fonction de la conjoncture et de leurs intérêts, alors que cette souplesse n'est pas offerte aux autres opérateurs qui n'ont le choix qu'entre deux taux pour la part de l'obligation qu'ils confient au CPSSP (54 % ou 80 %).

Enfin, le Conseil relève que la FFPI fait état dans sa saisine des possibilités que le système offrirait aux raffineurs de mettre à disposition des produits pétroliers gratuitement au bénéfice de leurs filiales, ce qui serait de nature à alléger les charges de celles-ci et donc à introduire un avantage en leur faveur dans la concurrence les opposant en aval sur le marché des carburants ou du fioul domestique. Le Conseil relève que la qualification de ces pratiques, si elles étaient avérées, soit au regard de l'article 7 de l'ordonnance dont le Conseil pourrait connaître et/ou de son article 36, qu'il n'appartient pas au Conseil de mettre en œuvre, ne peut être effectuée dans le cadre de ses attributions consultatives. Le Conseil se bornera à rappeler qu'une discrimination opérée par un fournisseur entre ses filiales et ses autres clients en ce qui concerne ses conditions de vente ou l'application de telle conditions serait de nature à entrer dans le champ d'application de l'article 7 de l'ordonnance.

Délibéré, sur le rapport de Mme Carole Champalaune, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président, Mme Boutard-Labarde, MM. Robin, Rocca, Sloan, Thiolon et Urbain, membres.

*Le rapporteur général
suppléant,
Marie-Hélène Mathonnière
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen*

(1) Direction des hydrocarbures, aujourd'hui direction des matières premières et des hydrocarbures (DMPH).

(2) Comité français du pétrole.

Annexe 113

Avis n° 99-A-09 du 1^{er} juin 1999 relatif à l'acquisition par les sociétés Koramic et Wienerberger des sociétés Migeon SA et Bisch SNC à la société Ceramic Holding AG Laufen

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre du 22 février 1999, enregistrée sous le numéro A 267, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a, en application de l'article 38 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, saisi le Conseil de la concurrence de l'acquisition par les sociétés Koramic et Wienerberger des sociétés Migeon SA et Bisch SNC à la société Ceramic Holding AG Laufen ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence, et notamment son article 38 ;

Vu les observations présentées par le groupe Koramic-Wienerberger et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants du groupe Koramic-Wienerberger entendus,

Adopte l'avis fondé sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - L'opération

Afin de recentrer son activité sur la branche céramique sanitaire, le groupe suisse Keramic Holding AG Laufen a mis en vente quatre sociétés relevant du secteur des tuiles et briques, dont le groupe Koramic Wienerberger s'est porté acquéreur. Seule l'acquisition des sociétés Migeon SA et Bisch SNC, localisées en France, est concernée par le présent avis, Tonwarenfabrik (Suisse) et Tonwerke Kandern (Allemagne) étant hors du champ de compétence du Conseil.

L'opération s'est déroulée du 23 août 1998 au 30 septembre 1998. Les sociétés Koramic et Wienerberger Industrie ont fondé une filiale commune, la société de droit belge Wiekor Invest NV, au capital de 2 500 000 F belges, laquelle a fait l'acquisition à Keramic Holding AG Laufen de :

- ... actions nominatives de ... F de MBL Holding SA France, soit la totalité du capital de la société Bisch SNC, excepté quatre actions,
- ... actions nominatives de ... F de la société Migeon SA, correspondant à 99 % du capital, le pourcentage restant, détenu par des personnes physiques, a été depuis cédé au nouvel acquéreur.

Le 10 décembre 1998, les deux sociétés Koramic Building Products et Wienerberger Baustoffindustrie ont conclu un protocole d'accord de cession ayant pour objet de répartir les activités des différentes sociétés achetées au groupe Laufen entre les deux sociétés signataires. L'activité tuiles des sociétés MBL Holding SA, Bisch SNC et Migeon SA sera reprise par la société Koramic Finishing Products SA et l'activité briques de Migeon SA sera contrôlée par la société Wienerberger Baustoffindustrie ou une filiale. En vue du partage, Koramic Finishing Products SA fera l'acquisition de 100 % du capital de la société Migeon SA. La société Migeon SA sera ensuite scindée en deux sociétés distinctes, Migeon Tuiles et Migeon Briques. Cette dernière sera ensuite vendue à Wienerberger Baustoffindustrie ou une de ses filiales.

II. - LES ENTREPRISES CONCERNÉES

A. - Le groupe Koramic

Koramic Building Products est un groupe industriel de droit belge, spécialisé dans la production de matériaux de construction. L'origine du groupe remonte à 1883, avec la création de la SA Tuileries du Pottelberg à Courtrai en Belgique, où est situé encore aujourd'hui le siège social.

Les activités de base du groupe sont la production de briques, matériaux de couverture (tuiles terre cuite, zinc, tuiles béton), produits de parachèvement (carrelages, colles pour carrelage), tuyaux et canalisations.

Le chiffre d'affaires consolidé de Koramic Building Products a été en 1997 de [...] millions de francs belges, soit [5 à 6] milliards de francs français, dont 500 à 600 millions de francs HT en France. Les matériaux de construction représentent [70 à 90] % du chiffre d'affaires du groupe.

Le groupe est présent, pour l'ensemble de ses activités, dans 20 pays et réalise en France et en Allemagne les parts les plus importantes de son chiffre d'affaires (respectivement [20 à 30] % et [20 à 30] % de l'activité du groupe), la Belgique et l'Autriche en assurant chacune [10 à 20] %.

En France, le groupe dispose des filiales suivantes :

- la société Koramic Finishing Products : établie à Desvres (62) et filiale à 100 % de Koramic Building Products, elle a été créée en 1995 et est une holding financière sans activité économique opérationnelle qui contrôlait jusqu'à l'opération l'ensemble des activités carrelages et colles du groupe Koramic Building Products ;

- Desvres, filiale de Koramic Building Products, société anonyme au capital de 155 370 640 F, dont le siège social est situé à Boussois (59) et qui exerce son activité dans le

secteur du carrelage. Le chiffre d'affaires réalisé en France est de [400 à 500] millions de francs HT en 1997 ;

- la société Cermix SA, également située dans le nord de la France, est spécialisée dans la fabrication et la commercialisation de colles pour carrelages ; en 1998, elle a réalisé un chiffre d'affaires de [200 à 300] millions de francs ;

- la Tuilerie de Pontigny Aléonard : la société a son siège social près d'Auxerre et est spécialisée dans la fabrication et la commercialisation de tuiles dites de caractère qui sont essentiellement destinées à la restauration de monuments historiques. Le chiffre d'affaires hors taxes en France s'est élevé, en 1997, à [20 à 30] millions de francs et les exportations, essentiellement vers les Etats-Unis, la Hollande et la Belgique, à [moins de 10] millions de francs.

B. - Le groupe Wienerberger

Créé en 1819, le groupe Wienerberger était à l'origine spécialisé dans la fabrication de matériaux de construction (briques), puis dans les matériaux de couvertures (tuiles en terre cuite et béton), les tuyaux, la gestion immobilière. Il est le principal producteur de matériaux de construction en Autriche et dispose d'importantes filiales dans de nombreux pays de l'Europe de l'est et de l'ouest.

La tête de groupe est la société Wienerberger Holding GmbH. Elle est contrôlée, depuis 1996, par la société Koramic Building Products, conjointement avec la banque Créditanstalt Bankverein. Wienerberger Holding GmbH détient 50 % plus deux actions de Wienerberger Baustoffindustrie dont le capital restant est distribué dans le public. Wienerberger Baustoffindustrie contrôle quatre unités : Wienerberger Ziegelindustrie, Wienerberger Rohrsysteme und Abwassertechnik, Treibacher Industries, Wienerberger Immobilien GmbH.

Depuis 1986, le groupe a internationalisé ses activités et est aujourd'hui le premier producteur de briques et de tuyaux en Europe. Il compte 60 filiales opérationnelles et 152 sites de production dans 19 pays et emploie environ 7 600 personnes, dont 600 en France. Le chiffre d'affaires consolidé s'est élevé en 1997 à [...] millions de schillings autrichiens, soit [7 à 8] milliards de francs dont [700 à 800] millions de francs HT en France, les matériaux de couverture et de structure représentant environ [50 à 70] % du chiffre d'affaires.

L'activité tuiles et briques du groupe Wienerberger est regroupée dans la société Wienerberger Ziegelindustrie (WZI), dont la société Sturm SA est une filiale à 100 %.

Etablie à Betschdorf, dans le Haut-Rhin, la société Sturm SA a été fondée en 1925. Premier producteur de briques d'Alsace, elle a été rachetée par le groupe Wienerberger en 1995. En 1997, la société a réalisé un chiffre d'affaires de 201 millions de francs et employait 328 personnes.

Le groupe Wienerberger ayant décidé de recentrer ses activités sur la terre cuite, la société Sturm SA a entrepris depuis 1997 de se désengager du secteur du béton. Elle ne conserve provisoirement qu'une activité marginale dans ce secteur.

Dans le secteur des tuiles, la société Sturm SA exploite le site de Bouxwiller (67), où sont fabriquées des tuiles plates ([...] tonnes par an environ, pour une capacité de production de tonnes, dont tonnes exportées). La part de la société sur le marché français, estimé en 1997 à [2 000 000 à 2 500 000] tonnes, est de moins de [10] %.

La société Sturm a produit en 1997 [...] tonnes de briques, soit [20 à 30] % de la production française de briques de structure (briques à perforations verticales et horizontales), estimée à [1 500 000 à 2 000 000] tonnes par la Fédération française des tuiles et des briques. Les 70 à 80 % de sa production ont été exportés. Les ventes en France de la société ont représenté la même année moins de [10] % du total des briques de structure vendues sur le territoire national.

SITES DE PRODUCTION	CAPACITÉ de production (tonnes)	PRODUCTION/ vente (tonnes)	DONT exportations (tonnes)
Achenheim			...
Rouffach			...
Betschdorf			...
Total			...

Le groupe Terca Briques est également une filiale à 100 % du groupe Wienerberger. Elle compte quatre filiales (PACEMA, Briques de Vaugirard, Briqueterie d'Hulluch, Terres Cuites de l'Aa) et est spécialisée dans la production des briques de façade, dont l'utilisation et la conception sont très différentes de celles des briques de structure fabriquées par la société Sturm. En 1997, le groupe Terca a vendu [...] tonnes de briques dont ... tonnes à l'exportation, pour un chiffre d'affaires HT de [200 à 300] millions de francs dont [10 à 20] millions à l'exportation.

C. - Les sociétés objet de l'acquisition

Le groupe suisse Keramic Holding AG Laufen qui compte 35 sociétés réparties sur 16 pays différents, fabrique et commercialise principalement des produits en céramique (sanitaires, carrelages, vaisselle), des produits en porcelaine, des tuiles et des briques. Au sein de ce groupe, l'activité terre cuite (briques et tuiles) est intégrée depuis 1997 dans la société MBL Heavy Clay Holding AG Laufen, filiale suisse à 100 % de la société suisse Keramic Holding AG Laufen. La holding MBL regroupait avant l'opération les sociétés Kandern (RFA), Laufen (Suisse), Bisch SNC et Migeon SA (France).

La société Migeon SA est une société au capital de 60 millions de francs, spécialisée dans la fabrication et la vente de tuiles et briques en terre cuite, dont le siège social est situé à Franois (25). Elle employait 268 personnes en 1997 réparties sur trois sites de fabrication : Lantenne-Vertière (25), Pont-d'Aspach (68), Pont-de-Vaux (01).

Les [...] tonnes de tuiles en terre cuite produites par la société Migeon SA à Lantenne-Vertière représentent [moins de 10] % du total de la production française, estimée à [...] tonnes en 1997. En 1997, [20 à 30] % des ventes ont été destinées à l'exportation, principalement vers la Suisse et l'Allemagne. Les ventes en France ont représenté [moins de 10] % des ventes totales de tuiles en terre cuite.

La production de briques de structure en terre cuite est localisée à Pont-d'Aspach et à Pont-de-Vaux et s'est répartie comme suit en 1997 :

MIGEON SA – BRIQUES	CAPACITÉ de production	PRODUCTION	VENTES en France	EXPORTATIONS
Pont-d'Aspach	...	...	...	...
Pont-de-Vaux	...	...	...	...
Total	...	...	...	...
Total du marché français		...	...	...
En % du total du marché français		0 à 10	0 à 10	0 à 10

La production cumulée des deux usines de la société Migeon SA représente [moins de 10] % du tonnage de briques de structure en terre cuite produit en France en 1997. L'entreprise a exporté de [20 à 30] % de sa production en 1997, à partir de l'unité de Pont-d'Aspach, principalement à destination de l'Allemagne et de la Suisse.

En ce qui concerne les ventes en France, les secteurs de commercialisation sont différents pour les deux usines. La production de l'unité de Pont-d'Aspach est vendue dans le quart nord-est de la France. Celle de l'usine de Pont-de-Vaux est écoulee principalement dans le sud-est.

Le chiffre d'affaires réalisé en France par Migeon SA s'est élevé, en 1997, à [100 à 200] millions de francs en France, dont environ [60 à 70] % au titre des tuiles et [30 à 40] % au titre des briques. Le chiffre d'affaires à l'exportation était, en 1997, de [moins de 100] millions de francs.

La société Bisch SNC est la seconde société concernée par l'opération notifiée. Spécialisée dans la fabrication et la vente de tuiles en terre cuite, son origine remonte à la fondation par la famille Bisch, en 1885, de la tuilerie, située à Seltz (67 – Haut-Rhin), qui a été ensuite cédée au groupe Marley en 1974, puis au groupe Laufen en 1994.

Le capital de 41 millions de francs était détenu, avant l'opération, par la MBL Holding SA, détenue à 100 % par la société suisse MBL Heavy Clay Holding AG Laufen.

En 1997, Bisch SNC a produit [...] tonnes de tuiles, soit [moins de 10] % de la production française, dont [...] tonnes ont été exportées. Les ventes en France ont représenté [moins de 10] % du total des ventes de tuiles.

Le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Bisch SNC s'est élevé, en 1997, à [moins de 100] millions de francs en France [moins de 100] millions de francs à l'exportation. A la même date, la société Bisch SNC employait 172 salariés.

III. - LE SECTEUR DES BRIQUES ET DES TUILES EN TERRE CUITE

A. - Les briques

1. L'offre

Les briques sont fabriquées à partir d'argile (80 % d'argile noire, ou marne, pour 20 % d'argile jaune, ou loess). Que ce soit du point de vue des techniques de fabrication ou de celui de l'utilisation, on distingue cependant deux principaux types de briques. Les briques de structure, à perforations verticales ou horizontales, sont destinées à construire les murs porteurs. Les briques de façade, dites aussi briques de parement, pleines ou perforées, sont d'un volume plus petit et sont destinées à habiller les murs extérieurs. Elles jouent un rôle à la fois d'isolant et d'élément de décoration. A côté de ces deux grandes catégories existent d'autres éléments de construction en terre cuite : les briques plâtrières et les hourdis, dont la technique de fabrication s'apparente à celle des briques de structure, sont utilisées, en ce qui concerne les premières, pour la construction des parois intérieures et, en ce qui concerne les secondes, pour la construction des planchers.

Il existe deux procédés de fabrication des briques, l'argile étant soit poussée dans des filières comme par exemple pour les briques de structure, soit moulée, comme par exemple pour les briques de façade. Les unités de production de briques de structure ne sont donc pas adaptées à la fabrication des briques de façade. Les unités de fabrication de briques à perforations horizontales peuvent théoriquement être adaptées à la fabrication de briques à perforations verticales. Dans la pratique, il est cependant plus rationnel de construire une nouvelle unité de fabrication pour passer d'un type de briques à l'autre.

L'industrie briquetière est une industrie qui mobilise des capitaux importants. Cela explique que le secteur de la brique soit caractérisé par une forte concentration dans la plupart des pays européens. Certaines grandes entreprises sont présentes à la fois sur le marché des briques et sur celui des tuiles. D'autres ne fabriquent que l'un des deux produits.

En France les principaux fabricants de briques étaient, antérieurement à l'opération :

- le groupe Imétal, à travers ses filiales IRB et GPS ([40 à 50] % du marché des briques de structure, moins de 10 % du marché des briques de parement) ;

- la société Bouyet-Leroux ([10 à 20] % du marché des briques de structure) ;
- le groupe Saint-Gobain, à travers ses filiales Poliet et Industrielle de Tuiles, qui regroupe les sociétés TBF et TBL ([moins de 10] % du marché des briques de structure, [10 à 20] % du marché des briques de parement) ;
- le groupe Wienerberger, à travers ses filiales Terca Briques ([30 à 40] % du marché des briques de parement) et Sturm ([moins de 10] % du marché des briques de structure) ;
- le groupe Laufen, à travers sa filiale Migeon SA ([moins de 10] % du marché des briques de structure) ;
- le groupe Lafarge, avec sa filiale Lafarge Couverture (moins de 10 % du marché des briques de structure).

Globalement, la production de briques, toutes catégories confondues, a sensiblement baissé au cours des dernières années, traduisant certes les effets de la morosité du secteur du bâtiment, mais également, la progression des autres matériaux de construction.

Les fabricants de briques tentent de contenir la concurrence des parpaings en béton agglomérés, moins chers et d'une utilisation plus facile, grâce à des avancées technologiques. Ainsi, la production de briques à perforations verticales, adoptées depuis longtemps en Allemagne, en Suisse ou en Alsace en raison de leurs qualités de résistance mécanique et d'isolation supérieures à celles des briques à perforations horizontales, est en augmentation constante, tandis que la part des briques à perforations horizontales baisse. En 1997, les briques à perforations verticales constituaient 27 % de la production de briques, contre 13 % en 1987, et représentaient 80 % des exportations. Outre les sociétés Sturm et Migeon, le groupe Imétal et la société Bouyet-Leroux fabriquent des briques à perforations verticales. Les fabricants français ont également développé des briques aux performances améliorées en matière d'isolation thermique qui permettent de faire l'économie d'un isolant, la paroi étant uniquement constituée d'un mur de briques (« monomur »). Enfin, la société Sturm a développé la brique rectifiée, qui ne se maçonne plus mais se colle, tout en présentant les caractéristiques techniques du « monomur ».

Nombre de tuileries-briqueteries en activité de 1960 à 1998

RÉGIONS	1960	1965	1970	1975	1980	1985	1990	1995	1998
Alsace	34	31	21	16	9	9	7	7	7
Champagne-Ardenne	31	23	16	10	4	4	3	3	3
Franche-Comté	11	11	8	4	4	4	2	2	2
Lorraine	12	12	6	2	-	-	-	-	-
Total France	863	738	536	404	242	231	181	153	149

Evolution de la production des briques et des ventes d'agglomérés en France
(en milliers de tonnes)

	1960	1965	1970	1975	1980	1985	1990	1995	1996
Production de briques y compris les briques de façade	2 570	4 633	4 819	4 755	4 736	2 655	2 237	1 990	1 791
Ventes d'agglomérés de béton	3 523	6 879	11 417	15 548	19 967	15 278	15 794	13 203	12 940

Production de différents types de briques en 1997
(Source : FFTB)

EN MILLIERS DE TONNES en 1997	PRODUCTION		LIVRAISONS	DONT exportations
Briques pleines ou perforées petit format (briques de façade)	463	19 %	442	67
Blocs perforations verticales	629	26 %	600	364
Briques creuses perforations horizontales	1 275	53 %	1 302	14
Hourdis (éléments de planchers)	56	2 %	62	12
Total	2 423	100 %	2 406	457

2. La demande

Les principaux matériaux utilisés dans la construction de logements individuels et collectifs en France sont le béton cellulaire, le parpaing en béton léger, le béton banché (le béton est coulé entre des « banches », grands panneaux de la hauteur d'un étage), le béton armé ou le parpaing de pierre ponce agglomérée (Bisotherm). La brique ne constitue que 17 % du volume des matériaux utilisés dans les constructions individuelles et sa part dans les logements collectifs est très faible.

L'utilisation de la brique est concentrée dans quelques régions. On constate en effet des disparités régionales marquées, notamment en zones frontalières où pénètrent les techniques utilisées dans l'Etat voisin. Ainsi, dans l'est et le nord-est, les murs sont traditionnellement construits avec un seul rang de briques de structure à perforations verticales, d'une épaisseur de 37 cm, complété d'un isolant, technique similaire à celle utilisée en Suisse et en Allemagne. Dans le nord, on utilise des briques de façade, pour monter un premier mur extérieur, suivi d'un vide ou d'un isolant puis d'un mur en briques de structure ou en produits en béton. Dans le sud de la France, on utilise plutôt, comme dans le sud de l'Europe, des briques de structure à perforations horizontales.

B. - Les tuiles en terre cuite et les matériaux de couverture

1. L'offre

Avec 2 386 000 tonnes produites en 1997, la France est l'un des premiers fabricants de tuiles en terre cuite et exporte ses produits dans le monde entier (328 000 tonnes exportées en 1997). Les avancées dans les procédés de fabrication ont permis de développer des tuiles en terre cuite d'un format plus grand, pour une pose plus rapide.

Comme les briques, les tuiles en terre cuite sont fabriquées à partir de 80 % d'argile noire et 20 % d'argile jaune. Elles peuvent être soit filées soit pressées : les tuiles plates sont filées, les tuiles mécaniques sont pressées (moulées). Le passage d'un procédé de fabrication à l'autre nécessite des investissements importants. En 1997, la production de tuiles en terre cuite s'est répartie comme suit entre les différents types de tuiles :

- petit moule 10 %
- plates 10 %
- canal 14 %
- grand moule faiblement galbé 27 %
- grand moule fortement galbé 39 %

Une faible partie de la production est constituée de tuiles dites « de caractère », aux procédés de fabrication artisanaux, principalement destinées à la rénovation de monuments. Mais pour l'ensemble de la production, l'industrie tuilière est, plus encore que l'industrie briquetière, un secteur qui mobilise des capitaux importants et qui se caractérise par une

concentration rapide en Europe.

Les principaux fabricants de tuiles en France étaient, antérieurement à l'opération :

- le groupe Saint Gobain à travers ses filiales Poliet et Industrielles de Tuiles ([30 à 40] % des tuiles en terre cuite) ;
- le groupe Lafarge avec sa filiale Lafarge Couverture ([20 à 30] % pour les tuiles en terre cuite, [90 à 100] % des tuiles en béton), Lafarge Couverture est le seul fabricant français de tuiles en béton ;
- le groupe Imétal, à travers sa filiale Huguenot Féral ([10 à 20] % tuiles en terre cuite) ;
- le groupe Laufen, à travers ses filiales Migeon SA et Bisch SNC ([moins de 10] % des tuiles en terre cuite).

2. La demande

La tuile en terre cuite fait partie, avec la tuile en béton, l'ardoise, les bardeaux (ou shingles) et le zinc, des petits éléments utilisés comme matériaux de couverture. La tuile et l'ardoise sont principalement utilisées dans la rénovation et la construction résidentielle. Les traditions régionales expliquent la prédominance, soit de la tuile, soit de l'ardoise. Les tuiles en terre cuite représentent 70 % des petits éléments utilisés pour la couverture des toitures, les 30 % se répartissant à part égales entre, d'une part, les tuiles en béton et, d'autre part, l'ardoise et les autres types de matériaux.

Après 1945, la tuile en terre cuite a été progressivement délaissée au profit de la tuile en béton. Dans les années 70, la tuile en terre cuite ne représentait plus que 20 % du marché des tuiles. Depuis, son utilisation a été relancée au point qu'elle représente aujourd'hui près de 85 % des tuiles utilisées (chiffre 1997). Esthétiquement, une toiture en tuiles de béton se distingue difficilement au départ d'une toiture en tuile terre cuite. La tuile béton est cependant réputée se dégrader avec le temps alors que la tuile terre cuite se patine. Le prix de la tuile béton est attractif, inférieur d'environ 20 % à celui d'une tuile terre cuite comparable.

Le type et la forme des tuiles en terre cuite utilisés varient essentiellement en fonction des traditions régionales, ces traditions s'expliquant elles-mêmes par le climat et la forme des toits adaptée en conséquence (tuile rectangulaire plate au nord, tuile écaille plate en Alsace, tuile « canal » au sud, tuiles mécaniques plus ou moins galbées selon la région...).

SUR LA BASE DES CONSTATATIONS QUI PRÉCÈDENT, LE CONSEIL,

1. Sur la nature de l'opération :

Considérant qu'aux termes de l'article 39 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante » ;

Considérant que le Conseil de la concurrence est saisi du transfert des sociétés Migeon SA et Bisch SNC du groupe Keramik Holding AG Laufen aux sociétés Koramic et Wienerberger, l'acquisition des sociétés Tonwarenfabrik Laufen AG et Tonwerke Kandern GmbH ne relevant pas de sa compétence ; que, de même, les accords réorganisant le groupe postérieurement au transfert initial de propriété constituent une restructuration interne et ne relèvent pas de l'analyse de la contrôlabilité de l'opération ;

Considérant que les sociétés Koramic et Wienerberger constituent ensemble une unité économique, la société Wienerberger Holding GMBH étant contrôlée, depuis 1996, par la

société Koramic Building Products, à parité avec la banque Créditanstalt Bankverein ; que les sociétés Koramic et Wienerberger Industrie, filiales d'un même groupe, ont fondé, ensemble, une filiale commune, la société Wiekor Invest NV, au capital de 2 500 000 F belges, en vue de l'acquisition à Keramik Holding AG Laufen de ses quatre sociétés intervenant dans le secteur des tuiles et des briques ;

Considérant, enfin, que l'acquisition par la société Wiekor Invest NV de la quasi-totalité du capital de la société Bisch SNC et de la totalité du capital de la société Migeon SA permettra aux sociétés Koramic et Wienerberger de contrôler intégralement les sociétés Bisch SNC et Migeon SA ; qu'il s'ensuit que l'opération notifiée constitue une concentration au sens des dispositions de l'article 39 de l'ordonnance précitée ;

2. Sur les seuils de référence :

Considérant qu'aux termes de l'article 38 de l'ordonnance susvisée : « Tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une position dominante peut être soumis, par le ministre chargé de l'économie, à l'avis du Conseil de la concurrence.

« Ces dispositions ne s'appliquent que lorsque les entreprises qui sont parties à l'acte ou qui en sont l'objet ou qui leur sont économiquement liées ont soit réalisé ensemble plus de 25 % des ventes, achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services substituables ou sur une partie substantielle d'un tel marché, soit totalisé un chiffre d'affaires hors taxes de plus de sept milliards de francs, à condition que deux au moins des entreprises parties à la concentration aient réalisé un chiffre d'affaires d'au moins deux milliards de francs » ;

Considérant qu'en 1997 le chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par la société Koramic Building Products s'est élevé à [500 à 600] millions de francs et celui de la société Wienerberger à [700 à 800] millions de francs ; que les sociétés Migeon SA et Bisch SNC ont, quant à elles, réalisé cette même année respectivement un chiffre d'affaires hors taxes de [100 à 200] millions de francs et de [moins de 100] millions de francs ; qu'ainsi, la condition fixée à l'article 38 de l'ordonnance susvisée relative au montant du chiffre d'affaires des entreprises concernées n'est pas remplie ; qu'en conséquence il y a lieu de rechercher si le seuil en valeur relative fixé par ce même texte est atteint ;

Considérant que le seuil en valeur relative fixé à l'article 38 doit s'apprécier sur un marché de biens, produits ou services substituables, ce qui rend nécessaire, préalablement à toute vérification du dépassement du seuil, de définir le ou les marchés pertinents en fonction des caractéristiques des biens, produits ou services échangés et notamment leur coût de transport, ainsi que de celles de l'offre et de la demande correspondantes ; que ces caractéristiques peuvent déterminer des marchés s'étendant sur des aires géographiques de tailles différentes susceptibles, en conséquence, d'être plus vastes ou plus restreintes que le territoire national ; qu'ainsi, le « marché national de biens, produits ou services substituables » visé par l'article 38 n'est pas nécessairement un marché s'étendant à l'ensemble du territoire national ;

Considérant qu'il suit de là que, lorsque les biens, produits ou services concernés par une opération de concentration sont échangés sur une pluralité de marchés nationaux de taille régionale ou locale, il suffit que les entreprises parties à l'opération détiennent plus de 25 % de part de marché sur un seul d'entre eux pour que l'opération puisse être soumise à l'avis du Conseil ; que si, au contraire, le marché pertinent s'étend sur une zone qui dépasse le territoire national, le dépassement du seuil de 25 % doit être évalué sur la partie de ce marché qui correspond au territoire national ; qu'enfin, lorsque le seuil n'est dépassé sur aucun des marchés pertinents, une opération peut cependant être réputée contrôlable lorsque le dépassement intervient sur une « partie substantielle » d'un de ces marchés nationaux, c'est-à-dire sur une zone plus petite que l'aire, quelle qu'elle soit, couverte par ce marché à la

condition que les transactions qui s'effectuent dans cette zone, portant sur les mêmes produits ou services que ceux qui s'échangent sur le marché pertinent, exercent un effet directeur sur les prix et conditions de vente de l'ensemble de ce marché et en déterminent l'évolution ;

3. Sur les marchés concernés par l'opération :

Considérant que les sociétés Tuileries de Pontigny Aléonard, Terca France et Sturm SA, filiales françaises des sociétés Koramic et Wienerberger, et les sociétés Migeon SA et Bisch SNC, filiales françaises de la société Laufen, ont pour activité commune la fabrication et la distribution de tuiles et de briques en terre cuite ; que les briques servent, avec d'autres matériaux, à la construction et à la rénovation de murs et cloisons et sont des matériaux pour parois extérieures ou intérieures ; que les tuiles en terre cuite font partie, avec la tuile en béton, l'ardoise, les bardeaux (ou shingles) et le zinc, des petits éléments utilisés comme matériaux de couverture ; que les produits concernés par l'opération sont donc les matériaux de construction, d'une part, et ceux de couverture, d'autre part :

En ce qui concerne les matériaux de construction :

Considérant que les briques de structure, d'une part, et les briques de façade, d'autre part, ne peuvent être fabriquées dans les mêmes unités de production en raison de méthodes de fabrication différentes ; que les briques de structure sont utilisées dans la construction des parties principales du gros œuvre (murs extérieurs, cloisons intérieures, planchers) alors que les briques de façade sont utilisées pour la décoration et l'isolation des façades extérieures ; que les briques de structure et les briques de façade constituent donc des produits non substituables qui ne sont pas échangés sur les mêmes marchés ; que, bien que le groupe Koramic-Wienerberger soit présent, à travers sa filiale Terca France, sur le marché des briques de façade, celui-ci n'est pas concerné par l'opération, puisque les sociétés Migeon SA et Bisch SNC, objets de l'acquisition, ne fabriquent pas de briques de ce type ;

Considérant que les matières premières, les procédés de fabrication, les usines et les coûts de production des briques de structure sont très différents de ceux des autres matériaux de construction ; qu'ainsi, le coût de construction d'une unité de production de briques en terre cuite est beaucoup plus élevé que celui d'une unité de production de parpaings en béton aggloméré ; qu'une telle analyse a été faite par la Commission des communautés européennes, notamment dans sa décision du 18 juin 1996 relative à la concentration Creditanstalt, Koramic, Wienerberger (1996) ;

Considérant que la décision précitée a considéré que si, d'un point de vue théorique et technique, les briques de structure sont substituables aux autres matériaux de construction, dans la pratique, les traditions locales, les goûts des consommateurs, voire les dispositions en matière d'urbanisme et de construction, imposent dans une large mesure l'utilisation d'un type de matériel particulier ; que la Commission n'a donc pu, sur l'ensemble des régions européennes concernées par le cas d'espèce, se prononcer sur la substituabilité entre briques de structure en terre cuite et autres types de matériaux de construction et a renvoyé l'analyse au cas par cas ; que la substituabilité entre ces deux types de produits doit, en conséquence, être analysée en tenant compte des caractères propres des marchés géographiques concernés ;

Considérant que la société notifiante, se référant aux avis rendus par la Commission de la concurrence les 16 octobre 1974 et 24 mars 1983 selon lesquels il existerait un marché unique des matériaux de construction de parois extérieures, soutient que l'opération concernerait le marché de la fabrication et de la vente en France des matériaux de construction de parois extérieures sur lequel les briques fabriquées par les sociétés Sturm et Migeon SA se trouveraient en concurrence avec les autres matériaux et, notamment, les produits en béton ; qu'elle cite également à l'appui de son analyse la décision n° 90-D-27 du 11 septembre 1990 du Conseil, selon laquelle « les produits substituables à la brique sont principalement constitués par les bétons cellulaires et les bétons légers » ; qu'en ce qui concerne la délimitation géographique du marché, elle se réfère à la décision précitée de la Commission

des communautés européennes du 18 juin 1996 selon laquelle « le marché de référence des briques de façade est au moins national ou au-delà des frontières et s'étend dans un rayon de 500 kilomètres, tandis que le marché de référence des briques de mur reste local (dans un rayon de 150 kilomètres maximum) » ; qu'elle en déduit que le marché concerné est celui de la vente de matériaux de construction pour parois extérieures en Alsace et en Lorraine, ainsi que dans les régions allemandes du Bade-Wurtemberg, de la Sarre et de la Rhénanie ;

Mais considérant, en premier lieu, que la brique est utilisée en Alsace de façon privilégiée dans la construction de tous les types de logements ; qu'ainsi, 77,4 % des matériaux utilisés dans la construction des maisons individuelles en 1997 étaient des briques, contre 22 % sur l'ensemble de la France ; que cette proportion est encore de 70 % pour le logement collectif, contre 6,7 % sur la France entière ; que les briques utilisées en Alsace pour la construction des murs extérieurs sont des briques à perforations verticales, dont la résistance et les performances climatiques sont meilleures que celles des briques de petit format à perforations horizontales encore largement utilisées dans les autres régions françaises ;

Considérant, en deuxième lieu, que, selon l'étude du cabinet Développement-Construction communiquée par la partie notifiante, les prix de vente moyens pratiqués en Alsace pour les parpaings de béton aggloméré sont inférieurs à ceux constatés dans les autres régions, le prix hors taxes par mètre y étant en moyenne de 42-43 F alors qu'il est de 45 F sur l'ensemble de la France et de 47 F en Lorraine ; que les parpaings de béton sont donc, en Alsace, environ 50 % moins chers que la brique, ce taux étant toutefois ramené entre 20 et 30 % lorsqu'on compare les prix des produits posés ; qu'en dépit de ce différentiel de prix favorable, les parpaings ne constituent, en Alsace, que 12 % des matériaux utilisés dans la construction des maisons individuelles, contre 71 % sur l'ensemble de la France, 75 % en Lorraine et 85 % en Franche-Comté ;

Considérant que cette spécificité alsacienne tient au poids de la tradition sur les modes de construction ; qu'ainsi, selon l'étude précitée, alors que dans la plupart des régions, notamment en Franche-Comté et en Lorraine, le seul critère de choix de la brique est la demande explicite du client, en Alsace, c'est la tradition qui est le plus souvent invoquée ; que, dans cette région, le niveau de prix constitue la seule justification éventuelle des cas minoritaires de préférence pour le parpaing ;

Considérant, en troisième lieu, que la spécificité du marché alsacien est encore confirmée par l'analyse des flux d'échanges de la brique entre cette région et les régions limitrophes, en France et en Allemagne ; qu'en effet, la quasi-totalité des ventes de briques de terre cuite en Alsace est réalisée par les producteurs exploitant des sites locaux, à savoir les sociétés Sturm SA et Migeon SA et que les autres fabricants de briques français ne sont pas présents sur ce marché, alors même que les plus importants d'entre eux appartiennent à de grands groupes, comme Imétal et Saint Gobain, et disposent de sites répartis dans les autres régions de France ; que l'absence de ces groupes du marché alsacien ne tient donc pas à l'inadéquation de leur production à la demande alsacienne, puisque certains d'entre eux fabriquent désormais les briques à perforations verticales utilisées de façon privilégiée en Alsace pour l'édification des murs extérieurs, mais au fait qu'ils ne disposent pas de sites de production dans cette région ; que, si les sociétés Sturm SA et Migeon SA réalisent une partie de leurs ventes dans les régions françaises limitrophes et exportent à l'étranger respectivement [70 à 80] % et [30 à 40] % de leur production de briques, les producteurs des régions limitrophes ne sont pas présents et la part des produits importés reste très marginale sur le marché alsacien ;

Considérant d'ailleurs que le Conseil de la concurrence, confirmé par la cour d'appel de Paris (décision n° 90-D-27 du 11 septembre 1990 relative à des pratiques relevées sur le marché des tuiles et des briques en Alsace, confirmée par l'arrêt du 21 mars 1991), a constaté en Alsace une situation spécifique en matière d'utilisation des matériaux de construction et a

déterminé un marché des briques de structure limité à cette seule région ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il existe en Alsace un marché spécifique des briques de structure en terre cuite, distinct de celui des autres matériaux de construction de structure ; que l'un des marchés concernés par l'opération est, en conséquence, le marché des briques de terre cuite en Alsace, lequel est alimenté tant par des usines appartenant au groupe acquéreur que par l'usine de Pont-d'Aspach qui appartient à la société Migeon ;

Considérant que l'usine de Pont-de-Vaux également concernée par l'opération alimente un autre marché régional de matériaux de construction dont les caractéristiques n'ont pas lieu d'être précisées dès lors que le groupe acquéreur n'alimente ce marché que par cette seule usine et que la concentration est, par elle-même et en tout état de cause, sans effet sur cette situation ;

En ce qui concerne les matériaux de couverture :

Considérant que les procédés de fabrication et la conception des unités de production des différents types de matériaux de couverture diffèrent fortement ; que l'utilisation de la tuile, d'une part, et des autres types de matériaux de couverture, comme l'ardoise ou le zinc, dépend, d'autre part, des traditions régionales et de la taille des bâtiments à couvrir ; que dans les régions comme l'est de la France, où la tuile est traditionnellement utilisée pour les logements individuels, les fabricants, comme les utilisateurs (négociants et constructeurs), considèrent que la tuile en terre cuite et la tuile en béton sont substituables, le prix plus favorable de la tuile en béton compensant la meilleure résistance à l'usure de la tuile en terre cuite ; que des différences techniques entre ces deux types de tuiles existent mais qu'elles n'influent pas sur le choix des propriétaires de logements ; que l'Alsace ne se distingue pas des autres régions françaises sur ce point puisque 35 % des tuiles qui y sont vendues sont en béton ; que le marché concerné par l'opération inclut donc les ventes de tuiles de terre cuite et celles de tuiles en béton ;

Considérant, en ce qui concerne la délimitation géographique du marché concerné, que, contrairement à la brique, la tuile se transporte sur de longues distances ; que les sources d'approvisionnement des utilisateurs de tuiles alsaciens interrogés sont beaucoup plus diversifiées qu'en ce qui concerne les briques ; qu'ainsi, les utilisateurs interrogés ont indiqué avoir au moins un fabricant installé hors d'Alsace parmi leurs trois principaux fournisseurs de tuiles ; que la répartition des ventes de tuiles en Alsace selon les différents producteurs confirme que le marché n'est pas limité à cette région, puisque plusieurs producteurs, dont les unités de production sont situées dans d'autres régions françaises, détiennent des parts de marché importantes ; que la zone de commercialisation des producteurs de tuiles installés en Alsace s'étend sur l'ensemble du quart nord-est de la France ; que selon la Fédération française des tuiles et des briques, quatre grands marchés géographiques des tuiles peuvent être distingués sur l'ensemble de la France (nord-est, nord-ouest, sud-est, sud-ouest) ; qu'en conséquence, le marché de référence concerné par l'opération est la vente de tuiles en terre cuite et en béton sur le quart nord-est de la France ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la présente concentration affecte trois marchés : d'une part, ceux des briques de structure en terre cuite en Alsace et des matériaux de construction autour de l'usine de Pont-de-Vaux et, d'autre part, celui des tuiles béton et terre cuite dans le quart nord est de la France ; que le nouvel ensemble, issu de l'opération de concentration, réunit, sur le marché des briques de structure en terre cuite en Alsace, la totalité des unités de production et totalise [90 à 100] % des ventes en volume de briques de structure pour la construction de logements, individuels ou collectifs ; que, dès lors que le seuil de 25 % est atteint sur l'un des marchés concernés et sans qu'il soit besoin à ce stade d'examiner les autres marchés, les conditions fixées à l'article 38 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 sont remplies ;

4. *Sur les effets de l'opération sur la concurrence :*

En ce qui concerne le marché des briques de structure en terre cuite en Alsace :

Considérant que la société Sturm SA, filiale du groupe Koramic-Wienerberger, détenait avant l'opération une position évaluée à [70 à 80] % en volume des ventes de briques de terre cuite en Alsace ; que l'opération entraîne la disparition de l'unique concurrent de la société Sturm sur ce marché, la société Migeon, qui assurait [20 à 30] % des ventes en volume de briques de structure en terre cuite en Alsace ; que le nouvel ensemble, filiale du groupe Koramic-Wienerberger, assure désormais la totalité de la production des briques de structure en terre cuite en Alsace et réalise la quasi-totalité des ventes en volume sur ce marché ; que, si la société Koramic soutient que, dans les faits, une part importante de négociants en matériaux concentrait déjà ses achats sur un seul fournisseur avant l'opération, cette circonstance, à la supposer établie, résulte d'un libre choix des négociants et est sans incidence sur les effets potentiellement restrictifs de l'opération sur la concurrence ;

Considérant que, compte tenu de l'attachement des utilisateurs alsaciens aux qualités de la brique en terre cuite, la sensibilité de la demande de béton à une hausse du prix de la brique paraît être faible ; que, si les ventes de parpaings de pierre ponce et ciment, dont les qualités s'apparentent à celles de la brique, ont fortement augmenté en Alsace au cours des dernières années, passant d'une valeur de 6 millions de francs en 1992 à 22,2 millions de francs en 1998, et ce, au détriment des ventes de briques, ce produit semble réservé aux constructions résidentielles haut de gamme et ne peut donc être considéré comme une alternative à la brique sur les autres types de construction ;

Considérant que, bien qu'ils soient considérés par les négociants et par les constructeurs alsaciens comme un recours possible en cas de dégradation des relations commerciales avec les producteurs locaux, les producteurs de briques de structure en terre cuite allemands n'ont, jusqu'à présent, pas augmenté de façon significative leurs exportations en Alsace en dépit de la baisse des prix du marché des matériaux de construction en Allemagne constaté depuis déjà cinq ou six ans ; que par ailleurs, compte tenu du coût élevé des investissements, des exigences liées à la disponibilité et à la proximité des matières premières et de l'existence de capacités de production excédentaires, l'ouverture de nouveaux sites de production susceptibles de modifier la situation concurrentielle en Alsace paraît peu vraisemblable ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la pénétration du marché des briques de structure en Alsace se heurte à des obstacles durables ; que le nouvel ensemble issu de la concentration détiendrait donc pour longtemps le quasi-monopole de l'offre et serait ainsi en mesure de pratiquer des prix supérieurs à ceux résultant du fonctionnement d'un marché concurrentiel ; que la quasi-totalité des négociants alsaciens consultés redoutent une telle évolution ; que, compte tenu, d'une part, du faible poids de la brique dans le chiffre d'affaires des négociants et, d'autre part, de l'incidence marginale des variations de prix des briques dans le prix total d'une construction, les éventuelles hausses de prix ne rencontreraient qu'une faible résistance de la part des entrepreneurs concernés et seraient vraisemblablement répercutées sur les consommateurs locaux ; que, de plus, la position du nouvel ensemble expose ces derniers au risque d'être confrontés à un appauvrissement des gammes de produits offerts ; qu'ainsi, l'opération en cause est de nature à porter atteinte à la concurrence sur ce marché ;

Considérant, toutefois, que le groupe Koramic-Wienerberger fait valoir que l'acquisition de la société Migeon lui permettra de construire une nouvelle unité de production sur le site de Pont-de-Vaux [Secret des affaires].

Mais considérant qu'à supposer même qu'une telle diversification de l'offre de matériaux de construction [Secret des affaires] constitue un progrès économique pour la collectivité, le secteur concerné et les consommateurs, aucun élément n'a été produit qui serait de nature à établir que la concentration soit nécessaire à son obtention qui, au demeurant, dépendrait de la construction d'une nouvelle usine, perspective qui aurait pu être envisagée

indépendamment de la concentration ; que ces projets ne peuvent donc être considérés comme une contribution au progrès économique au sens de l'article 41 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

En ce qui concerne le marché des matériaux de construction de structure alimenté par l'usine de Pont-de-Vaux :

Considérant que la société Migeon SA possède, outre le site de Pont-d'Aspach situé sur le marché alsacien délimité ci-dessus, un site de production de briques de structure situé à Pont-de-Vaux dans l'Ain ; que, les produits fabriqués sur ce site étant commercialisés dans le quart sud-est de la France, ces ventes ne se cumulent pas avec celles réalisées par la société Sturm qui, en France, commercialise ses produits essentiellement en Alsace ; que l'opération n'a donc pas d'effets sur la concurrence sur le marché concerné par les activités de l'usine de Pont-de-Vaux ;

En ce qui concerne le marché des tuiles en terre cuite et des tuiles en béton sur le quart nord-est de la France :

Considérant que les ventes de tuiles en terre cuite des sociétés Migeon SA et Bisch SNC, filiales du groupe Laufen, représentaient, avant la concentration, un peu plus de [20 à 30] % du total des tuiles de terre cuite et de béton vendues dans le quart nord-est de la France ; que celles de la société Sturm, filiale du groupe Koramic-Wienerberger qui s'est porté acquéreur des sociétés Migeon SA et Bisch SNC, représentaient moins de [moins de 10] % de ce total ; que ce marché est, par ailleurs, approvisionné par plusieurs producteurs importants au plan national, disposant d'unités de production dans les régions concernées et y détenant des parts de marché importantes, comme le groupe Imétal, qui réalise [30 à 40] % des ventes, et le groupe Lafarge, qui en réalise [20 à 30] % ; qu'en conséquence, la concentration n'a pas d'effets sur la situation de la concurrence sur ce marché,

Est d'avis :

Qu'en l'état, la concentration soumise à l'examen du Conseil de la concurrence est de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés des briques de structure en Alsace et n'est pas compensée par une contribution suffisante au progrès économique.

Délibéré, sur le rapport de Mmes Maillot-Bouvier et Mouy, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, Mme Boutard-Labarde, MM. Bargue, Lasserre, Nasse, Piot et Rocca, membres.

Le rapporteur général,
Patrick Hubert
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

A la demande des parties notifiantes, des informations relatives au secret des affaires ont été occultées et la part de marché exacte remplacée par une fourchette plus générale. Ces informations relèvent du « secret d'affaires », en application de l'article 28 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986, modifié par le décret n° 95-916 du 9 août 1995, avant-dernier alinéa.

Annexe 114

Avis n° 99-A-10 du Conseil de la concurrence en date du 20 juillet 1999 relatif à une demande d'avis de l'Autorité de régulation des télécommunications concernant la création d'un service dénommé « Portail Vocal » par France Télécom

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 25 juin 1999 sous le numéro A 276 par laquelle l'Autorité de

régulation des télécommunications a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications et relative aux questions de concurrence susceptibles de se poser à l'occasion de la création, par France Télécom, d'un nouveau service dénommé « Portail Vocal » ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu le code des postes et télécommunications ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Les représentants de la société France Télécom, de l'Association française de télématique (AFTEL) et du Groupement d'éditeurs de services télématiques (GESTE) entendus, conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance susvisée,

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

L'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a été saisie pour avis, le 19 mai 1999, par France Télécom d'une « décision tarifaire », dans le cadre d'une procédure d'homologation tarifaire prévue par l'article 17 du cahier des charges de France Télécom approuvé par le décret n° 96-1225 du 27 décembre 1996. Cette décision tarifaire porte sur la création par France Télécom d'un nouveau service dénommé « Portail Vocal ».

Dans sa demande d'avis, l'ART pose cinq questions qui portent sur les conditions à respecter par France Télécom, au regard des règles de concurrence, à l'occasion de la création de son « Portail Vocal ».

I. - CONSTATATIONS

Le terme « télématique » (TELEcommunications + inforMATIQUE) désigne un « ensemble de services, autres que les services télégraphiques et téléphoniques usuels, qui peuvent être obtenus par les usagers d'un réseau de télécommunications. Ces services, qui mettent généralement en œuvre des techniques de téléinformatique, permettent d'envoyer et de recevoir des informations publiques ou privées ou d'effectuer certaines opérations telles que consultations de fichiers, réservations, opérations commerciales ou bancaires » (dictionnaire des termes officiels). La consultation de serveurs qui délivrent des informations sous forme vocale entre dans le champ de cette définition : sous réserve de distinctions rendues éventuellement nécessaires par l'étude des marchés en cause, le projet qui fait l'objet de la présente demande d'avis doit être replacé dans le cadre plus large des activités télématiques.

A. - Le régime juridique des services télématiques

La cour d'appel de Paris a considéré (arrêt Midtratel du 13 octobre 1992) que « les kiosques téléphoniques (service Audiotel) mettant à la disposition du public des messages préenregistrés font partie des services de communication audiovisuelle » et se trouvent à ce titre soumis aux dispositions de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée par la loi n° 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications. Les fournisseurs des services télématiques sont, en conséquence, tenus de procéder à une déclaration auprès du Procureur de la République et auprès du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

Les articles L. 34-8-II et 34-8-III du code des postes et télécommunications, qui sont issus de la loi du 26 juillet 1996, prévoient que les services télématiques doivent bénéficier d'un accès au réseau de télécommunications des opérateurs exerçant une influence significative sur un marché de télécommunications, ce qui est le cas de France Télécom : à ce titre l'Autorité est compétente pour traiter des litiges relevant des conditions d'accès au réseau

de France Télécom, hormis les litiges relatifs au contenu qui relèvent de la compétence du Conseil supérieur de la télématique, placé auprès du ministre chargé des télécommunications, conformément à l'article D.406-1-1 du code des postes et télécommunications.

Cette institution est en effet chargée :

- de formuler des recommandations de nature déontologique, visant « *notamment à la protection de la jeunesse* » (...) ;
- d'émettre des avis sur les projets de contrats types de France Télécom ou de leur modifications. Les avis ainsi rendus sont publiés ;
- de rendre des avis au ministre chargé des télécommunications sur « *toutes questions ayant trait aux conditions générales de développement de la télématique* ».

Enfin, le Conseil supérieur de la télématique peut recevoir de tout intéressé des réclamations portant sur le respect des recommandations de nature déontologique.

Par ailleurs, un comité consultatif dénommé Comité de la télématique anonyme est institué (art. 406-2 du code des P & T) auprès du Conseil supérieur de la télématique. Le rôle de ce comité est de veiller au respect par les parties des recommandations visées à l'article D. 406-1-2 et des clauses « non strictement commerciales » des contrats conclus entre elles. Aux termes de l'article D. 406-2-2 du code des P & T, le comité est obligatoirement consulté par l'exploitant public avant toute décision de résiliation ou de suspension d'un contrat passé avec un fournisseur de services télématiques et, éventuellement, un centre serveur, sauf dans le cas où cette décision est prise à la requête de l'autorité judiciaire ou dans le cas de non-exécution de clauses strictement commerciales.

Le Conseil d'Etat a souligné, dans son rapport du 2 juillet 1998 intitulé « Internet et les réseaux numériques », le caractère « inadapté » du décret de 1993 organisant la régulation de la télématique, en raison de l'ouverture du secteur à la concurrence et de l'apparition d'Internet. Il faut en tout cas relever que l'encadrement juridique des activités télématiques est organisé autour du rôle déterminant de France Télécom.

B. - Les services kiosque offerts par France Télécom

Le système kiosque, mis en place à l'origine par l'article R. 54-1 du code des postes et télécommunications, aujourd'hui abrogé, permet à France Télécom de recouvrer, par le biais des factures téléphoniques, les sommes correspondant à la consommation des services télématiques et de reverser aux fournisseurs de ces services ou aux centres serveurs qui les hébergent la part qui leur revient.

Les services kiosque sont mis à disposition des consommateurs par trois moyens d'accès :

- le service Audiotel ;
- le service Télétel ;
- Internet.

1. Les services offerts par Audiotel de France Télécom – Présentation

L'ART définit le service Audiotel (rapport annuel 1997, page 209) comme étant « *un service de France Télécom qui permet aux utilisateurs d'accéder à des informations, à des jeux, etc., généralement par l'intermédiaire d'un serveur vocal, c'est-à-dire un serveur informatique qui oriente l'appelant grâce à des messages préenregistrés. Ce service est généralement accessible en composant un numéro commençant par 08* ».

a) L'organisation technique des services kiosque téléphonique

Le système Audiotel est constitué d'un terminal téléphonique à fréquence vocale (dont le clavier dispose des touches * et), raccordé par le réseau téléphonique à un point d'accès

Audiotel, qui le raccorde à des serveurs vocaux, soit par le réseau téléphonique analogique ou numérique, soit par des lignes louées.

Il existe neuf points d'accès Audiotel en France métropolitaine répartissant le territoire en neuf « plaques » Audiotel (Toulouse, Bordeaux, Nantes, Rouen, Lille, Strasbourg, Lyon, Marseille et Paris). Lorsqu'un serveur vocal est situé dans la zone du commutateur d'acheminement (CAA) du point d'accès Audiotel, son raccordement s'effectue en « mode abonné » (c'est-à-dire par le réseau téléphonique analogique ou numérique, RTCP). Lorsqu'il est situé hors de cette zone, le raccordement s'effectue par ligne louée (LL).

Pour accéder aux services d'un fournisseur de services kiosque téléphonique, l'utilisateur compose un numéro non géographique de la forme 08 36 PQ MC DU. Par décision n° 98-1046 du 23 décembre 1998, l'ART a décidé l'arrêt de la commercialisation des numéros de série 0836 par France Télécom, dans un délai de six mois à compter de la publication de cette décision, la libération de cette série dans un délai de trois ans et la réservation à France Télécom de séries de numéros permettant à un utilisateur de migrer en conservant, s'il le souhaite, les six derniers chiffres de son numéro actuel, les séries destinées à remplacer cette série étant du type 0891, 0892.... La communication traverse alors le réseau téléphonique commuté pour aboutir à un point d'accès Audiotel de France Télécom, le réseau téléphonique ou des lignes louées assurant la connexion entre le point Audiotel et le serveur vocal où sont installés les équipements du fournisseur de services.

Le fournisseur de services peut soit disposer de ses propres moyens techniques (serveur), soit être client d'un prestataire intermédiaire qui assure pour son compte la prestation technique du service (hébergeur).

b) Les principes de tarification des services kiosque téléphonique et les prix des différents types de services Audiotel

Le prix payé par l'utilisateur du kiosque téléphonique, facturé par France Télécom, inclut le prix de transmission de l'information, la rémunération de la facturation pour compte de tiers réalisée par France Télécom et la rémunération du fournisseur de services. Ce prix fait l'objet d'une procédure d'homologation tarifaire, en application de l'article L. 36-7-5 du code des postes et télécommunications et de l'article 7 du cahier des charges de France Télécom.

Le prix payé par l'utilisateur et le reversement de France Télécom au fournisseur de services dépendent de paliers tarifaires fixés par France Télécom.

Par décision n° 98-1046 du 23 décembre 1998, l'ART a défini des prix maxima payés par l'appelant correspondant aux différents paliers tarifaires de séries de numéros non géographiques à coûts partagés parmi lesquels figurent les numéros 0891 et 0892 appelés à remplacer le 0836 (prix maxima respectifs de 2 F et 3 F par minute).

La rémunération du fournisseur de services est fonction non seulement du palier sur lequel son service est situé, mais aussi de la zone depuis laquelle son service est accessible (plaque Audiotel ou tout le territoire). Par ailleurs, le fournisseur de services achète les prestations de France Télécom, sur la base de son catalogue de prix.

Il existe trois grandes catégories de services Audiotel : les services au forfait, les services à la durée et les services « mixtes » combinant les deux systèmes (forfait + durée).

Le Conseil de la concurrence a été récemment saisi au contentieux par un fournisseur de services des pratiques tarifaires de France Télécom en matière de services Audiotel et Télétel.

c) Importance du secteur de l'Audiotel

Selon France Télécom, le chiffre d'affaires global Audiotel s'est élevé à 2,948 milliards de francs en 1998 pour 688 millions d'appels et 13 millions d'utilisateurs.

La durée moyenne de la communication sur Audiotel est de 2 minutes et 16 secondes

(tous accès et tous thèmes confondus en mai 1999).

Il existe 80 centres serveurs hébergeant des services Audiotel. En outre, 150 fournisseurs de services hébergent leur propre service.

Plusieurs éditeurs de services, parmi les milliers existants, se trouvent généralement en concurrence. Par ailleurs, certaines entreprises proposent des services de différente nature sur différents serveurs.

2. Les services Télétel

L'ART définit le service Télétel (rapport annuel 1997, page 214) comme étant un « *service de consultation de banques de données offert par France Télécom et associé au terminal Minitel* ».

Le système Télétel est constitué d'un terminal, le Minitel, raccordé par le réseau téléphonique à un point d'accès vidéotex (PAVI), qui le connecte à des serveurs par le service X 25 Transpac.

Pour accéder aux services d'un fournisseur de services télématiques, l'utilisateur doit composer un numéro de la forme 36 PQ. La communication transite alors par le réseau téléphonique commuté pour aboutir à un PAVI de France Télécom. Le service de transmission de données de Transpac assure la connexion entre le PAVI et le serveur.

Le fournisseur de services peut soit disposer de ses propres moyens techniques (serveurs), soit être client d'un prestataire intermédiaire qui assure pour son compte la prestation technique du service (hébergeur).

Le système kiosque de France Télécom, accessible notamment par les numéros d'accès 3615, 3616 et 3617, est un système de facturation des services et de reversement aux fournisseurs de services : le prix payé par l'utilisateur sur sa facture France Télécom inclut le prix de transmission de l'information, la rémunération de la facturation pour compte de tiers réalisée par France Télécom et la rémunération du fournisseur de services, laquelle est fonction du « palier tarifaire » sur lequel son service est situé. Par ailleurs, le fournisseur de services (ou le serveur) achète les prestations de Transpac, sur la base du catalogue des prix de cette filiale de France Télécom.

Le prix payé par l'utilisateur et le reversement de France Télécom au fournisseur de service dépendent de paliers tarifaires fixés par France Télécom. Un numéro d'accès peut comporter plusieurs paliers tarifaires.

France Télécom offre elle-même sur le réseau Télétel outre l'annuaire électronique, le Minitel guide des services (MGS), la messagerie avec boîte aux lettres (Minicom) et des informations sur sa gamme d'offres de services (obligation relevant de son cahier des charges).

Le chiffre d'affaires Télétel de France Télécom s'est élevé à 5,46 milliards de francs en 1998 (pour un volume « kiosque » de 2,82 Giga minutes et un volume « non kiosque » de 1,98 Giga minutes).

On compte 6,1 millions de Minitel (auxquels s'ajoutent environ 3,5 millions d'ordinateurs communicants). La durée moyenne de communications est de 3 minutes et 14 secondes (tout trafic Télétel, kiosque et non kiosque en mai 1999).

3. Les nouveaux services offerts par les numéros courts

a) Présentation

Par décision n° 98-170 du 18 mars 1998 (publiée au JO du 21 avril 1998, page 6129), l'Autorité de régulation des télécommunications a dédié les numéros courts de la forme 30PQ et 31PQ à des services gratuits et les numéros de la forme 32PQ à des services dits « divers fournis par les opérateurs à leurs abonnés ».

Les numéros dits courts font partie des services et fonctionnalités complémentaires et avancés (SFCA) spéciaux dont la liste a été arrêtée par décisions de l'Autorité n° 97-170 du 13 juin 1997 et n° 98-902 du 30 octobre 1998 (JO du 14 mars 1999). Dans la dernière décision, l'ART avait souligné que « la mise en place rapide d'une concurrence effective sur le marché des SFCA spéciaux est essentielle dans la mesure où ce service, d'une part, est susceptible de connaître un fort taux de croissance dans les prochaines années et, d'autre part, vient compléter l'offre de base de téléphonie au public ». Conformément à la décision n° 98-75 du 3 février 1998 approuvant les règles de gestion du plan national de numérotation (JO du 22 mars 1998), les numéros courts et les numéros spéciaux ne font pas l'objet de demandes de réservation.

L'Autorité précise que, si la décision du 18 mars 1998 dédie les numéros de la forme 32PQ à des services divers fournis « par les opérateurs à leurs abonnés », ce qui semble restreindre le champ des attributaires aux opérateurs, ces numéros sont accessibles aux fournisseurs de services au sens de l'article L. 34-2 (cf. note 98) du code des postes et télécommunications. Elle indique qu'en pratique elle s'assure, préalablement à l'attribution de numéros courts, que les demandeurs « disposent effectivement d'un contrat d'acheminement du numéro demandé avec un transporteur ».

Selon l'ART, l'attribution des numéros courts est réalisée dans les mêmes conditions que celle de l'ensemble des autres types de numéros, qui sont précisées dans la décision n° 98-75 de l'Autorité en date du 3 février 1998 relative aux règles de gestion du plan de numérotation. Ces critères, qui sont précisés à l'article 2.2 de la décision, qui prévoit une procédure de réservation et d'attribution, comprennent notamment la « bonne utilisation du plan de numérotation, et notamment de la rareté de la ressource ».

Il est toutefois prévu (article 4.4. de la décision) que les numéros courts et les numéros spéciaux (cf. note 99) ne font pas l'objet de demandes de réservation. La demande d'attribution est présentée au plus tôt six mois avant la date prévue d'ouverture du service et l'Autorité examine les demandes au regard des critères énoncés au paragraphe 2.2. et des critères suivants :

- engagement du demandeur à ce que le service soit destiné et accessible au public ;
- efficacité des appels, couverture géographique.

L'ART indique que l'attribution de numéros courts directement à des utilisateurs (banques, assurances) n'est pas prévue par les règles de gestion et que l'Autorité pourrait envisager l'ouverture d'une nouvelle tranche, spécifique, qui répondrait à des demandes de ce type.

Conformément au décret n° 96-1224 du 27 décembre 1996 relatif aux redevances dues pour frais de gestion du plan national de numérotation et de contrôle de son utilisation, l'attribution d'un numéro court entraîne pour son bénéficiaire le versement d'une redevance dont les modalités de calcul sont définies à l'article 2 du décret et par l'arrêté du 30 décembre 1997.

b) Le « Portail Vocal » de France Télécom – Présentation

Par décision n° 99 407 du 19 mai 1999 portant attribution de ressources en numérotation à la société France Télécom, l'ART a attribué le numéro 3223 à la société France Télécom « pour la fourniture de guichet unique, permettant d'accéder à des services Audiotel dans les mêmes conditions de la décision n° 98-170 ». Aux termes de l'article 2 de cette décision, France Télécom est tenue d'acquitter une redevance dont le montant et les modalités de versement sont fixés par le décret du 27 décembre 1996 et l'arrêté ministériel du 30 décembre 1997. Cette attribution ne confère aucun droit de propriété intellectuelle ou industrielle à France Télécom, qui est tenue d'adresser un rapport à l'ART, au 31 janvier de chaque année, sur l'utilisation effective du numéro court attribué, ceci dans le but de vérifier

que la ressource ne reste pas inutilisée.

France Télécom propose le lancement d'un nouveau service dénommé « Portail Vocal », service accessible par le 3223 et faisant l'objet de sa décision tarifaire n° 99089 reçue par l'Autorité le 19 mai 1999.

Le « Portail Vocal » est un service de « guichet unique » qui permet d'accéder à certains services Audiotel d'informations courantes ou de réservations.

Le projet comprend deux phases :

- une phase expérimentale, technique et commerciale, d'une durée comprise entre trois et six mois durant laquelle France Télécom envisage de vérifier la faisabilité technique et commerciale du projet. Une étude de marché sera également réalisée auprès des utilisateurs potentiels afin de mieux définir les thèmes proposés et l'ergonomie du système.

- une phase commerciale, qui interviendra à l'issue de la phase d'expérimentation. France Télécom a précisé, dans une note écrite, qu'après définition d'un contenu pour le « Portail », un appel d'offres sera organisé afin de mettre en concurrence les fournisseurs de services concernés, et ce, sur la base d'un cahier des charges qui leur sera transmis.

L'opérateur a déclaré que le choix des fournisseurs sera effectué au vu de « règles objectives » prenant notamment en compte les critères suivants :

- respect par l'éditeur des règles déontologiques qui régissent le service Audiotel ;
- couverture nationale du service ;
- qualité du service diffusé, en termes :
 - d'ergonomie ;
 - de qualité de l'information diffusée (richesse, exactitude) ;
 - de mise à jour des informations au fur et à mesure de leurs évolutions (météo, résultats hippiques).

Les relations entre France Télécom et l'éditeur seront contractualisées dans des termes non encore arrêtés.

Le contenu du service doit, en raison du large public auquel il s'adresse, présenter un caractère généraliste. C'est la raison pour laquelle les rubriques retenues portent sur des thèmes de la vie de tous les jours (« actualités » : information beauté, actualité de stars, actualités sportives - « informations pratiques » : horoscope, Loto/Kéno, météo, programmes TV, tiercé - « services pratiques » : guide vocal des services Audiotel « GSVA », annuaire inversé « Quidonc » - « transport » : services SNCF - « informations éditeurs/tarif »).

France Télécom propose également un « moteur de recherche » thématique des services Audiotel (service GVSA de France Télécom), qui donne la possibilité au client de sélectionner parmi 200 fournisseurs de services. Par ailleurs, il est envisagé de donner au consommateur la possibilité de gérer un espace personnel de type « répertoire personnel » dans le « Portail », répertoire qui lui permettra de mémoriser les numéros d'appels de services à valeur ajoutée qu'il souhaite utiliser.

Du point de vue du client final, le service fonctionne selon deux phases distinctes :

- une phase d'accueil, durant laquelle un guide vocal présente au client les différents services parmi lesquels il effectue son choix ;
- une phase de mise en relation du client avec le service Audiotel préalablement sélectionné.

Le prix d'accès au « Portail Vocal » est fixé comme suit :

- 61,5 UT/60 secondes depuis un poste d'abonné, soit 0,615 F HT par minute :
 - 1 UTC/60 secondes (cf. note 100) au moyen d'une carte France Télécom ;
 - 1 UTP/60 secondes (cf. note 101) depuis un poste publiphone.

Le prix du service Audiotel dépend du service choisi par le consommateur dans le « Portail Vocal ».

Il n'existe pas d'équivalent au « Portail Vocal » pour les services Télétel. Le sommaire

des pages d'accueil des 3614, 3615 et 3616 indique bien une dizaine de rubriques, mais, derrière chacune d'elles, figure l'ensemble des services Télétel de la catégorie sélectionnée.

France Télécom estime que le chiffre d'affaires du « Portail Vocal » devrait s'élever à :

- 44 000 F en 1999 ;
- 7,380 MF en 2000, soit 0,25 % du CA Audiotel de 1998 (2,9 milliards de francs) ;
- 11 MF en 2001, soit 0,37 % du CA Audiotel de 1998.

Le service « Portail Vocal » sera disponible sur Itinéris et sera proposé aux opérateurs de mobiles concurrents de France Télécom (SFR et Bouygues).

c) Les services offerts actuellement

Selon les informations communiquées par l'ART, onze numéros de type 32 PQ sont attribués, réservés ou en cours de réservation :

- trois des ces numéros concernent France Télécom ;
- trois concernent la société Telecom Développement du groupe Vivendi ;
- les autres concernent des entreprises concurrentes.

Parmi ces onze numéros, seuls deux (3223 de France Télécom et 3222 de Telecom Développement) concernent des services kiosque. La société Prosodie, titulaire d'une licence d'opérateur de services de type L. 34-1, et qui dispose d'un numéro court (32 01) diffuse également de l'information générale, sportive, hippique et boursière sur Audiotel, Minitel et Internet.

Il existe par ailleurs des portails vocaux sur les téléphones mobiles :

- trois sur Itinéris :
 - le 511 pour les abonnés OLA ;
 - les 711 et 811 pour les abonnés Loft ;
- un sur SFR : le 500 ;
- un sur Bouygues : le 888.

4. Internet

Le régime juridique applicable à Internet, qui fait appel aux techniques de télécommunications et de l'audiovisuel, est une source de difficultés en raison de l'imbrication étroite de ces différentes techniques et de leur utilisation, qui peut être à usage collectif ou privé, ainsi que de la difficulté à le qualifier de réseau ou de service.

La cour d'appel de Paris a considéré (arrêts du 28 avril 1998) que la fourniture d'accès à Internet relevait d'un service de télécommunications en soulignant que la technique rend possible l'utilisation des réseaux câblés dans les deux sens (sens descendant et sens remontant).

Le chiffre d'affaires de France Télécom généré par Internet s'est élevé à 800 millions de francs en 1998 (hors kiosque IP).

C. - Les conventions actuelles régissant les relations entre France Télécom et les fournisseurs de services Audiotel

France Télécom a mis au point différents contrats types fixant les règles applicables aux relations avec les fournisseurs de services. Il s'agit principalement des contrats suivants :

- un contrat intitulé « Kiosque téléphonique à la durée : abonnement au service, facturation et recouvrement pour le compte du fournisseur de services » ;
- un contrat spécifique « Audiotel 08 36 70 ».

Aux termes de ces contrats, le fournisseur de services est la personne qui « *fournit aux utilisateurs le service défini aux conditions particulières du contrat, est titulaire du numéro national d'accès au service faisant l'objet du (présent) contrat (...)* ».

La durée de l'appel est limitée au maximum à 20 minutes, le fournisseur étant tenu d'interrompre la communication au terme de ce délai.

Le service fourni par France Télécom fait l'objet d'une facturation recouvrant les éléments suivants :

- frais forfaitaire d'accès au service ;
- frais d'abonnement mensuel ;
- frais de modification du câblage d'un numéro d'accès ;
- frais liés au service d'acheminement ;
- le cas échéant, frais de suspension.

Par ailleurs, pour les accès kiosque téléphonique à la durée, France Télécom assure, auprès des utilisateurs, la facturation et le recouvrement des sommes dues par les consommateurs au titre des consommations (communications + rémunération des services).

La rémunération versée par France Télécom au fournisseur de services est fixée au contrat, selon une formule de type $R = V \times T + F \times N$ dans laquelle R représente la rémunération, V l'une des valeurs exprimées en francs par heure selon le type d'accès (36-67, 36-68 ou 36-70), F la valeur du forfait éventuel (36-70) et N le nombre d'appels donnant lieu à reversement.

Le Conseil de la concurrence est saisi au contentieux de la question de la tarification des services Audiotel.

II. - ANALYSE

A. - Observations générales

En ce qui concerne la disponibilité de la ressource en numérotation :

Le Conseil observe que le « Portail Vocal », qui n'héberge aucun service, n'est qu'une modalité pratique d'accès aux services Audiotel proposés par France Télécom aux abonnés au téléphone, laquelle nécessite l'utilisation d'une ressource physique, le réseau téléphonique, et d'une ressource en numérotation, un numéro court, attribuée par l'Autorité de régulation des télécommunications.

Le Conseil relève également que, selon l'Autorité, l'attribution des numéros courts de type 32 PQ n'est pas limitée aux opérateurs de télécommunications mais est également possible pour les fournisseurs de services de télécommunication autres que le service téléphonique au sens de l'article L. 34-2 du code des postes et télécommunications. Ainsi, des prestataires de type « centres serveurs » ne disposant d'aucun équipement de commutation peuvent-ils, s'ils le souhaitent et dans la mesure où ils disposent d'un contrat d'acheminement avec un transporteur, solliciter l'attribution d'un numéro court auprès de l'Autorité qui, eu égard à la rareté de la ressource, s'assure que les prestataires ont une présence nationale et jouent le rôle d'intermédiaire auprès de clients finals.

De par l'attribution du numéro court 32-23, France Télécom dispose d'une nouvelle ressource, relativement rare, pour laquelle elle acquitte une redevance, conformément aux dispositions de l'arrêté du 30 décembre 1997 qui fixe à 0,15 F la valeur de l'unité de base « a » prévue par le décret n° 96-1224 du 27 décembre 1996, lequel fixe à 2 000 000 unités de base le montant de la redevance pour l'attribution d'un numéro court à quatre chiffres. France Télécom gère cette ressource en la mettant à la disposition des consommateurs moyennant le versement d'un prix équivalent à une communication téléphonique locale.

Aujourd'hui, la société Cegetel, qui dispose d'une base de clientèle établie de l'ordre d'un million d'abonnés sur le « 7 » auxquels elle facture des services, est le seul opérateur de télécommunications en téléphonie fixe en mesure de proposer, avec le numéro 32-22, à sa clientèle un service comparable à celui du « Portail Vocal » de France Télécom, qui devrait être disponible auprès de plus de 34 millions d'abonnés au téléphone fixe et d'environ 6,5 millions d'abonnés au service de téléphonie mobile Itineris.

Concernant la question de la rareté de la ressource, le Conseil avait indiqué, dans son avis n° 98-A-23 du 16 décembre 1998 rendu à la demande de l'ART, qu'il convient de prendre en compte *« le fait que le préfixe E constitue une ressource rare », compte tenu du nombre limité à 7 des chiffres utilisables (...). Il est certain que la rareté du préfixe E confère aux opérateurs qui en sont bénéficiaires un avantage concurrentiel »*.

Il y a lieu de souligner que, si la rareté des numéros de type 32 PQ se pose aujourd'hui en des termes comparables à ceux qui se sont posés lors de l'attribution des numéros de type E pour la sélection du transporteur, le nombre de numéros de type 32 PQ est largement supérieur à celui du nombre de préfixes E disponibles (une centaine environ contre seulement sept pour les numéros de type E).

L'ART a également indiqué qu'elle pourrait envisager l'ouverture d'une nouvelle tranche, spécifique, pour certains utilisateurs comme les banques et les assurances.

Il résulte de cette première analyse que la nouvelle activité de fournisseur d'accès à un « portail vocal » que France Télécom envisage de mettre en œuvre ne repose pas sur une ressource à ce point rare et à ce point inaccessible que d'autres entreprises, si elles le souhaitent, ne puissent aussi se la procurer.

En ce qui concerne les possibilités de développement d'une concurrence entre fournisseurs d'accès à des « portails vocaux » :

Dès lors qu'il est probable qu'un nombre significatif d'opérateurs de télécommunications ou de simples fournisseurs de services disposeront de la possibilité d'obtenir l'attribution du numéros courts de type 32 PQ, il n'est pas impossible, en principe, que plusieurs services de type « portail vocal », concurrents entre eux, et tous également accessibles à partir d'un poste de téléphone fixe, puissent voir le jour.

Il convient de souligner qu'une bonne partie des risques de pratiques anticoncurrentielles qui seront analysés plus loin disparaîtraient ou, du moins, seraient sérieusement atténués si plusieurs portails vocaux fonctionnaient en concurrence. D'une part, les consommateurs y gagneraient les bénéfices habituels de la concurrence ; d'autre part, les fournisseurs de service audiotel écartés du portail de France Télécom pourraient espérer trouver ailleurs la voie d'accès facile au public que semble promettre le concept de portail.

Il est important, dans ces conditions, d'évaluer la probabilité d'apparition de plusieurs portails ou, à tout le moins, de prendre la mesure des barrières à l'entrée que rencontreront les candidats éventuellement intéressés par la création de tels services.

Le Conseil constate, tout d'abord, qu'à ce jour, seulement six numéros de type 32PQ ont été attribués, trois ont fait l'objet d'une réservation et deux sont en cours d'attribution, soit onze en tout. Il doit, ensuite, être relevé que le développement de la concurrence entre les services kiosque téléphonique Audiotel suppose que les opérateurs concernés aient accès, soit directement, soit indirectement, à l'abonné pour pouvoir procéder à la facturation des services qui lui sont rendus. Cela explique qu'en principe, sauf à s'assurer de la collaboration de France Télécom, seuls les opérateurs disposant d'une boucle locale et gérant directement leurs abonnés peuvent leur offrir un tel service. Cette situation est bien connue des autorités de régulation : comme l'a rappelé la Commission européenne dans sa communication relative à l'application des règles de concurrence aux accords d'accès dans le secteur des télécommunications (JOCE du 22 août 1998, n° C 265/2), *« même là où les restrictions ont déjà été éliminées ou le seront prochainement, la concurrence sur les marchés en aval continuera de dépendre des tarifs et des conditions d'accès aux services de réseau en amont, qui ne seront régis que progressivement par le libre jeu des mécanismes du marché »*.

Or l'ouverture à la concurrence dans les télécommunications locales demeure embryonnaire, cette activité étant encore largement dominée par France Télécom. Les techniques susceptibles de permettre le contournement de la boucle locale filaire sur le plan national (boucle locale radio, xDSL...) sont en effet actuellement en cours d'expérimentation

et ne peuvent donc constituer, pour l'instant, une alternative aux réseaux existants.

Il demeure cependant concevable, d'un point de vue technique, que des opérateurs ou des fournisseurs de service sans accès direct aux abonnés puissent créer des portails vocaux substituables, du point de vue du consommateur, à celui qu'envisage de créer France Télécom. Il suffit, pour cela, que France Télécom accepte de facturer à ses propres abonnés le montant du prix de la consultation, par ces derniers, des services audiotels accessibles par ces portails concurrents et que ces montants soient ensuite rétrocédés au gestionnaire du portail et aux fournisseurs des services : c'est ce que l'on appelle la facturation pour compte de tiers.

Selon les informations communiquées au Conseil, une offre de facturation pour compte de tiers aurait récemment été déposée auprès de l'ART par France Télécom. Cette offre serait actuellement en cours d'examen par l'Autorité. Le Conseil de la concurrence ne peut donc, en l'absence d'informations précises à ce sujet, se prononcer à ce stade ni sur l'importance future des barrières à l'entrée qui protégeront la nouvelle activité de France Télécom de l'arrivée de concurrents ni, encore moins, sur la probabilité de cette arrivée. Tout au plus peut-il être constaté qu'il n'apparaît pas impossible que France Télécom soit pendant un certain temps le seul opérateur en mesure de proposer un portail vocal accessible à l'ensemble des 34 millions d'abonnés au téléphone fixe ; pendant cette période, les seuls portails concurrents ne pourraient viser que les abonnés aux réseaux mobiles ou d'autres catégories limitées d'abonnés, comme ceux qui sont abonnés au 7 de Cegetel. Cette situation, tant qu'elle durera, posera des problèmes qui seront analysés ci-après. De plus, une fois cette période achevée, il n'est pas exclu que l'avantage initial du premier entrant, résultant par exemple de l'habitude que les consommateurs auront prise de recourir au 32-23, constitue une barrière ou, du moins, un handicap pour les opérateurs qui voudraient créer un portail concurrent.

Dans ces conditions, le Conseil ne peut que souligner avec force l'intérêt qu'il y aurait à trouver rapidement une solution à la question de la facturation pour compte de tiers par France Télécom puisque, en raison de la position quasi monopolistique de l'opérateur dominant sur la boucle locale, c'est elle qui conditionnera la possibilité d'une concurrence entre portails vocaux accessibles à l'ensemble des abonnés au téléphone fixe.

En ce qui concerne le service GVSA :

France Télécom précise, par ailleurs, que, pour permettre à l'appelant d'exercer un choix plus large, il proposera, parmi les thèmes sélectionnés dans le « Portail Vocal », un « moteur de recherche » thématique des services Audiotel (service GVSA). Selon cet opérateur, ce service, actuellement en phase expérimentale, donnera la possibilité de sélectionner un service parmi 200, la possibilité étant donnée au consommateur d'être « connecté automatiquement sur le service de son choix, à sa demande expresse (l'utilisateur prononçant le mot « connexion », GVSA étant un service à commande vocale) ».

Si, comme le déclare la société France Télécom, le service ainsi proposé sera indéniablement de nature à améliorer la qualité du « Portail Vocal », la limitation de son usage aux seuls clients de France Télécom pourrait constituer un frein à la concurrence de « portails » concurrents, eu égard au caractère innovant de ce service et à l'avantage dont dispose l'opérateur dominant en termes d'expérimentation. La situation de monopole de fait dont dispose France Télécom sur la boucle locale ne semble pas permettre aux autres opérateurs de télécommunication de proposer directement un service concurrent de celui développé par France Télécom.

Par ailleurs, la sélection des 200 services accessibles par le GVSA pose, quoique de façon moins pressante, les mêmes problèmes que la sélection d'un petit nombre de services accessibles au niveau le plus élevé de l'arborescence accessible pour le portail.

En ce qui concerne l'accès au « Portail Vocal » de France Télécom par les usagers de téléphones mobiles :

Enfin, France Télécom a déclaré que le « Portail Vocal » sera disponible sur le téléphone

mobile (Itinérís) et pourra également être offert par les autres opérateurs concurrents sur le téléphone mobile. L'accès des consommateurs au moteur de recherche sur le « Portail Vocal » à partir des téléphones mobiles aura donc également des incidences sur le marché connexe de la téléphonie mobile.

Le Conseil considère (cf. décision n° 98-D-60 du 29 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone) que le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché de biens et de services utilisés pour une activité sur un marché aval concurrentiel sur lequel elle est également présente, d'offrir ces biens et ces services à des prix supérieurs aux charges qu'elle s'impute à elle-même pour leur utilisation *« peut avoir pour effet d'empêcher ses concurrents de se maintenir ou d'entrer sur ce marché aval »*.

Il semble donc nécessaire que les conditions d'interconnexion de ce service soient rapidement précisées et que les prix offerts à Itinérís soient valorisés aux mêmes niveaux que ceux, orientés vers les coûts, offerts aux opérateurs concurrents désireux d'utiliser ce service.

B. - Les réponses aux questions posées

1. La première question est ainsi libellée : le refus d'accès ou l'imposition de conditions discriminatoires dans la sélection des fournisseurs de services « éligibles » au Portail Vocal, pratiques contraires aux dispositions de l'article L. 34-8-II du code des postes et télécommunications, pourraient-ils de manière concomitante être constitutifs d'abus de position dominante relevant de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ?

L'Autorité analyse l'accès des fournisseurs de services Audiotel au « Portail Vocal » comme un accès à un réseau, ce dernier devant en conséquence, selon l'ART, être offert par France Télécom dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires aux utilisateurs et fournisseurs de services de télécommunication autres que le service téléphonique au public et aux services de communication audiovisuelle déclarés, dans la mesure où cette société exerce une influence significative sur un marché de télécommunications (cf. note 102) .

La recherche d'un éventuel abus de position dominante suppose que soit préalablement déterminé le (ou les) marché(s) sur le(s)quel(s) intervient l'opérateur concerné et que la position de l'opérateur sur ce(s) marché(s) soit déterminée.

a) Les marchés pertinents

En proposant le « Portail Vocal » aux consommateurs, France Télécom joue un rôle d'intermédiaire entre les fournisseurs de services, liés contractuellement à l'opérateur, et les consommateurs, lesquels paieront un supplément de prix, correspondant à une unité télécom par minute, pour accéder aux services sélectionnés. Ensuite, le consommateur acquittera, selon France Télécom, le même prix que celui qu'il supporte lorsqu'il consulte le service à partir d'un numéro à dix chiffres, le prix variant en fonction du palier tarifaire. Ce prix est fixé par France Télécom.

Pour ce qui concerne l'offre de services d'informations diverses par le système du « kiosque » télématique aux consommateurs, qui doit être distinguée des annuaires, le groupe France Télécom dispose de deux moyens principaux :

- le service vocal Audiotel ;
- le service Télétel, ce service étant toutefois réservé aux abonnés titulaires d'un Minitel ou d'un ordinateur équipé d'un modem.

Les abonnés à Internet peuvent également obtenir des renseignements par l'intermédiaire

de Wanadoo ainsi que d'un serveur dénommé « Voilà », sorte de kiosque qui met à la disposition des consommateurs différentes rubriques comme « actualités », « annuaires », « communication », « infoville »..., chacune de ces rubriques renvoyant à différents services (les services programmes télé, bourse, météo, horoscope sont notamment disponibles dans la rubrique « actualités »).

Enfin la société France Télécom intervient sur le marché des contenus par l'intermédiaire de plusieurs filiales de la société CVF, filiale de la holding FT Multimedia. Parmi les services Audiotel proposés figurent les suivants : GVSA (Guide Vocal des Services Audiotel), Mémophone, Quidonc (annuaire inversé), Messagerie vocale de la carte France Télécom et France Télécom Mobiles services. Le Minitel est également accessible par Internet.

Si, du point de vue de l'offre, une certaine interchangeabilité entre ces produits peut être envisagée, il n'en va pas de même pour les demandeurs. Certes, pour les usagers du téléphone possédant un Minitel ou un ordinateur muni d'un modem, il peut s'avérer, dans certaines circonstances, indifférent de consulter un service de renseignements au moyen d'un service Audiotel ou d'un service Télétel (Minitel), voire d'un service Internet. Mais, aujourd'hui et pour un assez long temps encore, telle ne sera pas la situation de la majorité des foyers français. Un tiers d'entre eux seulement, par exemple, est équipée d'un Minitel. Dès lors, et ce point de vue est partagé par les professionnels, l'offre de renseignements par le service Audiotel est faiblement substituable par les autres services disponibles pour la majorité des renseignements de la vie courante nécessitant des connexions de courte durée et des messages aisément mémorisables. En dépit de la convergence des supports, le croisement des offres de renseignements sur Audiotel, d'une part, et Télétel, d'autre part, et les demandes correspondantes constituent deux marchés différents.

Le Conseil considère donc qu'un marché des services de renseignements Audiotel ou éventuellement des marchés de tels services, faute de substituabilité entre des renseignements de nature différente, est ou sont susceptibles d'exister. Le Conseil a déjà relevé (décision n° 98-D-31 du 13 mai 1998 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'escrime) que les avantages tirés de l'inscription des coordonnées d'une entreprise sur le serveur Minitel mis en place par une fédération sportive ne sont pas comparables, « en raison du statut de la fédération, organe officiel de la discipline, et de la notoriété qui lui est ainsi attachée, aux avantages tirés de la mise en place par une entreprise de son propre serveur » et que le marché à prendre en considération était donc celui de l'espace publicitaire offert sur le serveur de la fédération sportive concernée.

L'offre de services de renseignements sur des numéros courts à quatre chiffres constitue, pour l'entreprise fournisseur de service qui en bénéficiera, un avantage important par rapport aux fournisseurs de services disposant d'un numéro Audiotel à dix chiffres. Compte tenu de la facilité ainsi offerte au consommateur, on peut raisonnablement penser que l'on assistera, dans les prochaines années, à une migration d'une part importante du trafic des renseignements Audiotel à partir de numéros à dix chiffres vers des services kiosque sur numéros courts à quatre chiffres. Mais, compte tenu de la rareté de ces derniers, il est vraisemblable que cette migration ne sera possible qu'au travers de portails vocaux du type de celui dont France Télécom envisage la création.

Ces analyses ne constituent évidemment que des hypothèses que les expérimentations envisagées devraient permettre de vérifier.

A ces marchés, il faut ajouter les marchés immédiatement connexes de la téléphonie fixe et de la téléphonie mobile.

b) La position de France Télécom sur les marchés concernés

La position dominante de France Télécom sur les marchés connexes de la téléphonie est une première donnée, évidente.

Sur les marchés des renseignements par Audiotel, bien que France Télécom dispose de filiales qui y interviennent, cette société n'occupe pas de position dominante, compte tenu de l'éclatement de l'offre. Mais l'influence exercée par France Télécom, du fait que cette société délivre les numéros et fixe les paliers tarifaires, est manifeste.

En outre, si l'hypothèse précédemment évoquée d'une migration massive des services Audiotel vers le « Portail Vocal » de France Télécom et d'une non substituabilité entre les services ainsi accessibles et les autres se concrétise et si France Télécom est le seul opérateur à offrir à tous les abonnés au téléphone un tel service, sa position sur le marché des services Audiotel eux-mêmes pourrait devenir dominante. Même si des portails concurrents apparaissent, il n'est pas exclu que le prestige de cette société, ses facilités d'accès commercial aux abonnés et ses moyens de recherche et d'expérimentation importants ne lui permettent de s'affranchir de la concurrence.

c) Les risques d'abus de position dominante

A la différence de l'offre de publicité, qui conduit généralement l'exploitant d'un espace disponible à répondre à la demande de la manière la plus large possible, l'offre de services de renseignement sur un portail vocal implique, sauf à recréer un menu généraliste de type Minitel, que le nombre de services offerts soit restreint aux services les plus courants et que le nombre d'offreurs de services soit limité en nombre.

Le Conseil de la concurrence considère, de manière constante, que le choix d'un fournisseur unique par une entreprise n'est pas en soi anticoncurrentiel, même si l'entreprise occupe une position dominante sur un marché. Toutefois, cette dernière circonstance lui impose des obligations particulières en termes de sélection des fournisseurs. Le Conseil avait relevé, dans sa décision n° 98-D-34 du 2 juin 1998 relative à la situation de la concurrence sur les services d'assistance en escale à l'aéroport d'Orly et sur le marché des locaux et espaces nécessaires aux activités des compagnies aériennes mis à leur disposition par Aéroports de Paris sur l'aéroport d'Orly, qu'« aucune procédure de consultation n'a été mise en œuvre à l'égard des compagnies aériennes concernées, qui aurait permis d'aboutir à une allocation des ressources satisfaisante ».

S'il est vrai que la présence de plusieurs fournisseurs pour chacun des thèmes choisis par France Télécom pour son « Portail Vocal » serait plus favorable à la concurrence, la sélection d'un seul fournisseur par thème retenu ne pourrait donc, sous les réserves mentionnées dans la suite du présent avis, s'analyser en soi comme un abus de position dominante de la part de France Télécom. En revanche, les méthodes de sélection de ce fournisseur unique peuvent être constitutives d'un tel abus si certaines précautions, qui seront envisagées dans la suite du présent avis, ne sont pas prises.

2. Les deuxième et troisième questions sont ainsi libellées : afin de se prémunir contre les risques d'abus de position dominante découlant, le cas échéant, des conditions de sélection des fournisseurs de services, quels critères, qualificatifs et/ou quantitatifs de sélection devaient être appliqués par France Télécom, compte tenu du fait que cet accès sera, par nature, limité en nombre ? Quel type de procédure devrait être appliquée par France Télécom pour sélectionner les fournisseurs de service « éligibles » au « Portail Vocal » ? En particulier, quel est le degré de publicité souhaitable pour cette procédure et les critères de sélection qui y sont attachés ?

En ce qui concerne la sélection des fournisseurs de services et les critères qualitatifs :

Comme l'Autorité de régulation des télécommunications, le Conseil de la concurrence souligne que le principe même d'un portail vocal suppose que ce service soit limité à quelques thèmes majeurs afin de permettre au consommateur de pourvoir accéder aux services de renseignements téléphoniques de la vie courante comme ceux relatifs aux transports ou à la

météorologie, et ce, dans des conditions de rapidité et de simplicité optimales. Il serait évidemment souhaitable, du point de vue de la concurrence, d'ouvrir chaque rubrique à un nombre maximum d'éditeurs, au lieu de concentrer aux mains d'un seul ou de quelques éditeurs une grande partie des services disponibles. Mais, pour des raisons techniques, une telle démarche pourrait ne pas être retenue.

En tout état de cause, le Conseil, confirmant l'analyse déjà suivie dans sa décision n° 97-D-71 du 7 octobre 1997 relative à une saisine présentée par les sociétés Asics et autres (LNF), a estimé, dans sa décision n° 98-D-31 du 13 mai 1998 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'escrime, d'une part, qu'il ne pouvait être reproché à la Fédération française d'escrime d'avoir contracté de manière exclusive avec un fournisseur, dès lors que le choix de ce fournisseur avait été précédé d'un appel à la concurrence mais, d'autre part, que la durée de quatre ans fixée pour la convention de partenariat signée entre la Fédération française d'escrime et un fournisseur d'équipements était *« anormalement longue » au regard de la « nécessité de préserver la possibilité pour d'autres opérateurs d'entrer sur le marché de l'assistance technique des compétitions organisées par la Fédération française d'escrime »*.

La société France Télécom a déclaré par écrit qu'elle procéderait à un appel d'offres à l'issue de la phase expérimentale et qu'elle procéderait à la sélection des fournisseurs de services au regard de critères objectifs : le Conseil ne peut que prendre acte d'une telle intention.

Parmi les critères à retenir, la qualité du service pour ce qui concerne les contenus paraît déterminante avec le respect des règles déontologiques, la mise à jour des informations diffusées et l'ergonomie.

Ces éléments paraissent de nature à garantir le déroulement du jeu de la concurrence dans des conditions satisfaisantes dès lors que, par ailleurs, un niveau de publicité suffisamment large sera respecté et que le cahier des charges précisant, le cas échéant, les conditions tarifaires applicables au reroutage des communications du « Portail Vocal » vers les services sera connu de tous. Il semble donc au Conseil, eu égard au caractère particulier des services proposés sur le territoire national, pour l'essentiel liés à l'exercice de la vie courante, qu'un appel d'offres organisé sur le plan national et présentant toutes les garanties de neutralité de la part de l'opérateur chargé du service universel pourrait répondre à cette condition.

Le fait, pour un éditeur de contenu, d'être retenu par France Télécom dans son bouquet de services procurera indéniablement un avantage important à ce fournisseur en termes d'image, compte tenu de la puissance de cet opérateur ainsi que du prestige qui lui est associé en tant qu'opérateur chargé du service universel. La question peut donc se poser de savoir si ce service ne devrait pas faire l'objet du versement d'une redevance par les fournisseurs de services retenus en contrepartie de l'utilisation du « Portail Vocal ».

Pour la fixation du montant de cette redevance, le Conseil souligne l'intérêt qu'il y aurait à prévoir un système d'enchères, lors de la phase de sélection des fournisseurs de services. Pour les services en situation de monopole, la somme minimale à verser à l'opérateur devra être fixée en tenant compte des résultats de l'expérimentation et notamment de l'audience prévisible du « Portail Vocal ». Le montant de l'enchère ne devrait toutefois servir à départager que des fournisseurs présentant par ailleurs des offres suffisantes en termes de qualité. Cette technique incitera le fournisseur retenu à développer au maximum ses activités, ce qui contribuera à une utilisation efficiente de la ressource rare qui lui aura été attribuée. Par ailleurs, les fournisseurs d'accès qui n'auront pas été retenus, et qui souffriront donc d'un handicap tenant à la difficulté de mémorisation de leur numéro, pourront espérer se maintenir sur le marché en pratiquant des prix plus bas ou en offrant un contenu plus riche, dès lors qu'ils n'auront pas à supporter la charge de la redevance fixée à l'issue de la mise aux

enchères.

La survie de fournisseurs de services non sélectionnés pour le portail est d'autant plus importante que, dans l'intérêt des consommateurs comme, d'ailleurs, de France Télécom, il est opportun que la sélection soit remise en cause à intervalle régulier, ce qui suppose que d'autres fournisseurs que ceux qui avaient été initialement retenus existent et puissent concourir. La remise en cause régulière de la sélection suppose, par ailleurs, que la durée des contrats soit limitée. Une durée n'excédant pas deux ans semble raisonnable compte tenu de la nature de l'activité. A l'issue de cette période, France Télécom devra procéder à un nouvel appel d'offres.

En ce qui concerne la non-discrimination :

Même si les fournisseurs sont choisis sur la base de critères objectifs, des discriminations anticoncurrentielles peuvent se produire.

Le Conseil rappelle que, dans son avis n° 97-A-07 du 27 mai 1997 relatif à la coexistence à France Télécom, au sein d'une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole, il avait souligné la nécessité, pour que soit garanti l'exercice concurrentiel des activités de cet opérateur, que soit assurée la transparence comptable et financière des différentes entités du groupe en raison des distorsions de concurrence pouvant résulter d'un amalgame entre les différentes activités de cet opérateur.

Au cas d'espèce, il conviendra de veiller, lors de la procédure de sélection des fournisseurs, que le « Portail Vocal » ne privilégie pas indûment, dans les faits, des filiales de France Télécom intervenant sur le marché des contenus ou à des éditeurs entretenant déjà des liens d'exclusivité avec cet opérateur. Certes, la transparence de la procédure de sélection envisagée limite, en principe, ce risque. Encore faut-il que certains fournisseurs de contenu, et en particulier les filiales de France Télécom, ne soient pas mis artificiellement en mesure de mieux satisfaire les critères objectifs qui président au processus de sélection. Outre les exigences habituellement rappelées par le Conseil quant à la nécessité d'éviter que les filiales d'un opérateur dominant ne bénéficient de subventions croisées ou de tel avantage tiré de la position dominante de la société mère, il convient d'insister, dans le cas d'espèce, sur l'importance des informations techniques et commerciales nécessaires à la préparation des réponses aux appels d'offres.

Le Conseil tient, notamment, à souligner l'importance de la phase expérimentale du « Portail Vocal », qui devrait, selon France Télécom, durer entre trois et six mois. Cette expérimentation permettra en effet aux entreprises qui y participeront d'acquérir des connaissances techniques et commerciales qui pourraient favoriser leur candidature au stade ultérieur, et définitif, de la conception du « Portail Vocal ». Il serait également possible à France Télécom de faire bénéficier de façon discriminatoire certains fournisseurs de services des informations ainsi recueillies. Pour éviter ce risque, il y a lieu de recommander que la société France Télécom, sous réserve du respect de la confidentialité de certaines informations, rende accessible à tous les fournisseurs de services intéressés les résultats techniques et commerciaux du test, notamment pour ce qui concerne la mesure de l'audience de ce nouveau service par rapport aux services kiosque sur numéros à dix chiffres.

L'existence de la phase expérimentale pose, par ailleurs, un autre problème : l'avantage d'accès offert à certains fournisseurs de services risque d'attirer vers eux une clientèle significative avec les conséquences suivantes : d'une part, les services concurrents seront immédiatement pénalisés ; d'autre part, le succès d'un service au cours de la phase expérimentale risque de persuader France Télécom de son caractère « incontournable ». Pour éviter ces risques, le Conseil recommande que la phase expérimentale soit limitée dans l'espace à certaines zones géographiques. Si, comme le déclare cet opérateur, il est nécessaire de procéder à des tests de fiabilité dans des zones variées, ces tests ne devront pas s'étendre à

la totalité des départements afin de ne pas constituer un pré-lancement du service, susceptible de fidéliser une part importante de la clientèle.

3. Quatrième question : Les conventions actuelles devraient-elles être modifiées, en particulier en leur dispositions tarifaires, pour tenir compte de l'accès au Portail Vocal ?

Le système actuellement en vigueur aboutit, dans les faits, à ce que la tarification du contenu des services Audiotel proposés par les éditeurs soit fixé par France Télécom selon un système de paliers tarifaires et de reversement.

France Télécom a indiqué que les relations avec les éditeurs choisis seront contractualisées mais que « *les termes du contrat ne sont pas encore arrêtés* ».

Le Conseil de la concurrence, saisi au contentieux par des éditeurs de services diffusés par Télétel et Audiotel des modalités de fixation tarifaires de leurs services et des incidences de ce système au regard des règles de concurrence, ne peut, dans le cadre du présent avis, que se borner à rappeler, de manière générale, que le prix d'une prestation de service est, sauf cas exceptionnels, fixé par le jeu de l'offre et de la demande et que la pratique consistant à imposer un prix de la part d'une entreprise en position dominante peut se trouver prohibée par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Les saisines susmentionnées étant actuellement en cours d'instruction, le Conseil ne souhaite pas, dans le cadre d'une procédure d'avis, se prononcer sur l'opportunité ou non qu'il y aurait de modifier les dispositions tarifaires figurant dans les conventions actuelles, et ce, d'autant plus qu'il n'est pas certain que ces conventions types seront celles utilisées par France Télécom pour la confection de son « Portail Vocal ».

4. Cinquième question : En quelles dispositions les conventions (le cas échéant spécifiques) liant les fournisseurs de service à France Télécom présenteraient-elles des risques d'ententes anticoncurrentielles contraires à l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ?

Compte tenu des risques présentés par la création du « Portail Vocal » pour le jeu de la concurrence, il sera en effet nécessaire de porter une grande attention au contenu des conventions liant France Télécom aux fournisseurs de services en évitant que ces contrats ne contiennent des clauses qui pourraient s'analyser comme des conventions de nature anticoncurrentielle réprimées par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, dès lors que ces conventions pourraient avoir pour effet de limiter le jeu de la concurrence par d'autres entreprises, ou par l'article 8 de l'ordonnance compte tenu de la position dominante de France Télécom. Le Conseil a par exemple considéré, dans sa décision n° 98-D-70 du 24 novembre 1998, confirmée par la cour d'appel de Paris, et relative à la saisine des sociétés Multivision et Télévision par satellite (TPS) dans le secteur des droits de diffusion audiovisuelle que « *le fait pour un opérateur de télévision par abonnement de conclure des contrats d'achat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement n'est pas en soi contraire aux dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que toutefois un tel accord peut être visé par ces dispositions si les clauses qu'il contient ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser ou de restreindre, directement ou indirectement, le jeu de la concurrence sur le marché de la télévision à péage* ». Dans cette décision, le Conseil avait estimé que la société Canal Plus avait intérêt à « *retarder l'émergence d'une forme nouvelle de concurrence* » rendue possible par les progrès technologiques de la télévision numérique et susceptible d'entraîner le déplacement de la clientèle.

De telles clauses peuvent également entrer dans le champ de l'article 8 de l'ordonnance compte tenu de la position dominante de France Télécom.

Parmi le type de clauses susceptibles d'entrer dans le champ du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il convient de mentionner au premier chef celles qui concernent l'exclusivité et la durée.

France Télécom a déclaré au sujet de l'exclusivité : « *Les éditeurs qui ont accepté de*

paraître dans le “aportail” n’ont aucune contrainte vis-à-vis de France Télécom : ni en terme d’exclusivité ni en terme de durée. Ils peuvent à tout moment demander de ne plus paraître. »

Tout en prenant acte de cette intention, il y a lieu de recommander qu’aucune clause conférant à France Télécom l’exclusivité d’un service ne figure dans les contrats liant France Télécom aux fournisseurs de services : cette recommandation vise principalement à ne pas pénaliser les éventuels portails vocaux concurrents qui viendraient à apparaître ; une clause d’exclusivité pourrait les priver d’un service jugé essentiel par les consommateurs. De même, et pour les raisons qui ont été précédemment indiquées, les conventions devraient être limitées dans leur durée à deux ans maximum.

Délibéré, sur le rapport de M. Bourhis, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président, Mmes Boutard-Labarde et Flüry-Hérard, MM. Ripotot, Robin, Rocca et Sloan, membres.

Le rapporteur général,
Patrick Hubert
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 115

Avis n° 99-A-11 du Conseil de la concurrence en date du 9 juin 1999 relatif à une demande d’avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l’Isère sur la situation créée par l’octroi d’une aide financière à une régie départementale de transport par un conseil général

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 24 juin 1996 sous le numéro A 192, par laquelle la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l’Isère a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l’article 5 de l’ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, d’une demande d’avis sur la situation créée par l’octroi d’une aide financière à une régie départementale de transport par un conseil général ;

Vu l’ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence, notamment son article 5, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d’orientation des transports intérieurs ;

Vu le décret n° 85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants de la Fédération nationale des transports de voyageurs (FNTV) et de l’assemblée des départements de France entendus, conformément aux dispositions de l’article 25 de l’ordonnance précitée,

Est d’avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre enregistrée le 24 juin 1996, la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l’Isère a saisi le Conseil de la concurrence d’une demande d’avis, au titre de l’article 5 de l’ordonnance du 1^{er} décembre 1986, relative aux conséquences sur la concurrence de l’aide financière accordée par le conseil général de l’Isère à la régie de transport terrestre routier Voies Ferrées du Dauphiné (VFD). Il est plus particulièrement demandé au Conseil d’examiner si, compte tenu du soutien financier accordé par l’autorité organisatrice à cette régie qui effectue des prestations en dehors du service public, l’attribution, par le conseil général de l’Isère et par les conseils généraux de départements limitrophes, de l’exploitation de lignes de transports de voyageurs, en dehors de toute mise en concurrence, ainsi que l’attribution par les mêmes autorités de lignes de transport dans le

cadre d'une mise en concurrence, mais sur la base de prix très inférieurs à ceux pratiqués par des entreprises privées du secteur, n'entraîne pas de distorsions de concurrence. Le Conseil est également interrogé sur le point de savoir si la diversification des activités d'une régie départementale sur l'ensemble du territoire national sous la forme de services spéciaux, de location de cars ou d'excursions et d'exploitation de lignes internationales, est conforme aux règles et aux principes de concurrence.

A titre liminaire, il convient de rappeler que le Conseil dispose d'une compétence d'attribution et qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la régularité d'un comportement au regard d'un autre texte que celui de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ou des articles 85 et 86 du traité de Rome.

Par ailleurs, il n'appartient pas non plus au Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur est contraire aux dispositions des articles 7 et 8 de ladite ordonnance. Seules une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure pleinement contradictoire prévue par le titre III de l'ordonnance sont de nature à permettre une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus anticoncurrentiels de position dominante ou de dépendance économique.

Après avoir défini le contexte juridique et économique des activités de transport urbain et non urbain de voyageurs, le présent avis s'attache à décrire le secteur des transports publics de voyageurs, puis examine les conditions de l'exercice de la concurrence par les régies de transports sur les marchés en cause.

I. - LE CONTEXTE JURIDIQUE ET ÉCONOMIQUE

A. - Le service public des transports

1. *L'organisation du service public des transports*

Aux termes des dispositions de l'article 5 de la loi n° 82-1153 d'orientation des transports intérieurs, « *le service public des transports comporte l'ensemble des missions qui incombent aux pouvoirs publics en vue d'organiser et de promouvoir le transport des personnes et des biens.*

« *Ces missions sont les suivantes :*

« *a) La réalisation et la gestion d'infrastructures et d'équipements affectés au transport et leur mise à la disposition des usagers dans des conditions normales d'entretien, de fonctionnement et de sécurité ;*

« *b) La réglementation des activités de transport et le contrôle de son application ainsi que l'organisation des transports pour la défense ;*

« *c) Le développement de l'information sur le système de transport ;*

« *d) Le développement de la recherche, des études et des statistiques de nature à faciliter la réalisation des objectifs assignés au système de transports ;*

« *e) L'organisation du transport public.*

« *Sont considérés comme des services publics tous les transports de personnes ou de marchandises à l'exception des transports qu'organisent pour leur propre compte des personnes publiques ou privées ».*

Au-delà de ces considérations d'ordre général concernant l'ensemble des transports, des dispositions particulières s'appliquent aux transports urbains et aux transports routiers non urbains de personnes, plus particulièrement visés par la présente demande d'avis.

Le règlement CEE n° 1191/69 du Conseil du 26 juin 1969, relatif à l'action des Etats membres en matière d'obligations inhérentes à la notion de service public dans le domaine des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable, a prévu une dérogation à la suppression des obligations inhérentes à la notion de service public imposées dans le domaine

des transports, au bénéfice des transports urbains et suburbains et des services régionaux.

Quant à la loi d'orientation précitée, elle comporte des dispositions particulières concernant les transports urbains de personnes et les transports routiers non urbains de personnes qui répartissent notamment les compétences d'organisation des activités de service public de transports entre les différentes collectivités territoriales en fonction principalement de critères géographiques.

Aux termes des articles 27 et 28 de la loi d'orientation, les transports urbains s'effectuent, conformément à un plan de déplacement urbain, dans un périmètre comprenant le territoire d'une commune ou le ressort territorial d'un établissement public ayant reçu mission d'organiser les transports publics de personnes. Ce périmètre peut également comprendre le territoire de plusieurs communes adjacentes ayant décidé d'organiser en commun un service de transports publics de personnes. Le plan de déplacements urbains définit les principes de l'organisation des transports de personnes et de marchandises, de la circulation et du stationnement. Il a pour objectif « *un usage coordonné de tous les modes de déplacement, notamment par une affectation appropriée de la voirie, ainsi que la promotion des modes les moins polluants et les moins consommateurs d'énergie* ».

En ce qui concerne les transports routiers non urbains de personnes, l'article 29 de la loi d'orientation définit quatre catégories : les services réguliers publics, les services à la demande, les services privés et les services occasionnels publics.

Relèvent seuls des collectivités territoriales les services publics et les services à la demande. Le décret n° 85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes définit les services publics réguliers comme étant « *des services offerts à la place, dont le ou les itinéraires, les points d'arrêt, les fréquences, les horaires et les tarifs sont fixés et publiés à l'avance* » et les services publics à la demande « *des services collectifs offerts à la place, déterminés en partie en fonction de la demande des usagers et dont les règles générales de tarification sont établies à l'avance, et qui sont exécutés avec des véhicules dont la capacité minimale est fixée par décret* ».

La loi d'orientation prévoit qu'à l'exception des liaisons d'intérêt régional ou national ces services sont organisés par le département et qu'ils sont assurés par les départements ou par les entreprises publiques ou privées qui ont passé avec lui une convention à durée déterminée. Le décret précité du 16 août 1985 précise en son article 30 : « *Ont le caractère de service d'intérêt régional, au sens de l'article 29 de la loi du 30 décembre 1982 susvisée, les services réguliers non urbains qui concernent au moins deux départements à l'intérieur d'une même région et qui sont inscrits au plan régional. A la demande des départements, la région peut leur faire assurer tout ou partie de l'organisation et de la mise en œuvre d'un service d'intérêt régional* » et en son article 31 que : « *A la demande des régions, des départements, des communes ou de leurs regroupements, l'Etat peut leur faire assurer tout ou partie de l'organisation et de la mise en œuvre d'un service d'intérêt national sous réserve, le cas échéant, de l'accord des régions ou des départements concernés.* »

Les transports scolaires sont des transports réguliers au sens de l'article 29 de la loi d'orientation précitée. La responsabilité de leur organisation et de leur fonctionnement incombe au département, et, à l'intérieur des périmètres de transports urbains, à l'autorité compétente pour l'organisation de ces transports urbains (communes ou établissements publics de coopération locale). Les stipulations contenues dans les conventions relatives à l'exécution de services de transports scolaires sont définies par le décret n° 84-322 du 3 mai 1984.

Outre les services publics réguliers et à la demande, la loi d'orientation distingue deux autres catégories de transports routiers non urbains de personnes soumis à autorisation ou à simple déclaration.

Les services occasionnels sont, conformément à l'article 32 du décret du 16 août 1985,

de la compétence de l'Etat. Sont soumis à autorisation les circuits à la place, services dont chaque place est vendue séparément et qui ramènent, sauf dispositions particulières, les voyageurs à leur point de départ, et les services collectifs qui comportent la mise d'un véhicule à la disposition exclusive d'un groupe ou de plusieurs groupes d'au moins dix personnes.

Quant aux « services privés », définis par le décret n° 87-242 du 7 avril 1987 comme étant « *les transports de leurs personnels, organisés pour leurs besoins normaux de fonctionnement par les collectivités publiques, y compris les établissements d'enseignement, les entreprises et les associations* », ils sont seulement soumis à déclaration auprès du représentant de l'Etat dans le département concerné.

2. L'exécution des services publics de transports routiers de voyageurs

L'article 7-II de la loi d'orientation fixe également les conditions dans lesquelles sont organisés les transports publics réguliers de personnes en ces termes : « *L'Etat et, dans la limite de leurs compétences, les collectivités territoriales ou leurs groupements, organisent les transports publics réguliers de personnes. L'exécution du service est assurée soit en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial, soit par une entreprise ayant passé à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente. La convention fixe la consistance générale et les conditions de fonctionnement et de financement du service. Elle définit les actions à entreprendre par l'une et par l'autre partie afin de favoriser l'exercice effectif du droit au transport et de promouvoir le transport public de personnes. Elle est résiliée de plein droit en cas de radiation du registre.* »

Il résulte des termes mêmes de la loi que les autorités organisatrices ont le choix soit de faire exécuter le service public de transport en régie par une personne publique sous forme de service public industriel et commercial, soit de passer une convention avec une entreprise.

Dans le premier cas, cette attribution se fera sans mise en concurrence, par exception aux dispositions du chapitre IV concernant les délégations de service public de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Dans le second cas, une convention à durée déterminée est établie entre l'autorité organisatrice et l'exploitant retenu, après mise en concurrence soit dans le cadre de la loi du 29 janvier 1993 susvisée, soit conformément aux dispositions du code des marchés publics. La distinction repose sur la nature économique de la rémunération du cocontractant. Dans un avis d'assemblée du 27 juin 1996 concernant les conventions de transports scolaires, le Conseil d'Etat a indiqué que ces conventions ne présentent le caractère de délégation de services publics que dans les cas où la rémunération du cocontractant est substantiellement assurée par les résultats d'exploitation, par la perception des contributions versées par les usagers ou d'une autre manière. La majorité des conventions passées en matière de transports routiers réguliers prévoit que la rémunération de l'exploitant est assurée par la perception d'un prix auprès de l'usager. Dans son étude sur le transport par autocar, le Centre d'études sur les réseaux, les transports, l'urbanisme et les constructions publiques (CERTU) du ministère de l'équipement, des transports et du logement répartit comme suit les contrats non urbains en vigueur en 1997 :

TYPE DE CONTRATS	POURCENTAGE DES CONTRATS
Gestion aux risques et périls	56
Gestion avec compensation financière	21
Gestion à montant ou prix forfaitaire	22,5
Contrat de gérance	0,5

En ce qui concerne la fixation des prix, l'article 43 du décret du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes prévoit que : « *Les tarifs des transports urbains, des services publics réguliers et des services publics à la demande de transports routiers non urbains de personnes sont fixés ou homologués par l'autorité compétente conformément à la procédure définie par la convention passée entre celle-ci et l'entreprise.* » Dans une convention aux risques et périls, c'est le transporteur qui définit les tarifs soumis à autorisation des autorités compétentes. Si l'autorité organisatrice souhaite imposer sa politique tarifaire, elle doit donc prévoir des compensations financières.

B. - Le secteur des transports publics routiers de voyageurs

1. Généralités

Une profession réglementée :

Les entreprises, privées ou publiques, qui exercent une activité de transport public de personnes sont soumises à l'obligation d'inscription à un registre tenu par les services de l'Etat compétents en matière de transports dans le département. Les exploitants doivent satisfaire à des conditions, notamment de capacité professionnelle, dont l'attestation est délivrée par le préfet. Par ailleurs, la loi d'orientation précise la réglementation sociale ainsi que les règles de sécurité et de contrôle applicables aux transports. Une partie de ces règles découle toutefois de la mise en œuvre de la politique européenne des transports.

Un secteur diversifié dominé par un petit nombre de groupes :

En dehors de la région parisienne qui bénéficie d'un régime particulier, l'étude précitée du CERTU recense près de 8 000 exploitants inscrits au registre des transports et assurant des services de transports publics non urbains réguliers. Parmi ces exploitants, seuls 2 000, qui réalisent 90 % de l'activité, ont la qualité de transporteur constitué en entreprise. La plupart de ces transporteurs sont de petites entreprises, puisque les trois quarts emploient moins de 20 salariés et que seuls 68 en emploient plus de 100.

La profession est toutefois dominée par cinq groupes regroupant 100 entreprises qui assurent 43 % des services réguliers et 15 % des services scolaires réalisés par les transporteurs, emploient 26 % des effectifs et détiennent 24 % du parc des véhicules de plus de 45 places.

Il s'agit des groupes nationaux Via GTI, Verney, la CGEA (pôle transport du groupe Vivendi), la société Cariane (filiale de la SCETA), et la société Transdev (dont le capital est détenu majoritairement par la Caisse des dépôts et consignations).

La structure de l'offre apparaît plus concentrée en ce qui concerne les transports urbains, secteur où l'INSEE recensait, en 1994, 162 entreprises employant plus de 5 salariés, qu'en ce qui concerne les transports routiers réguliers et non réguliers de voyageurs où cet institut recensait respectivement 999 et 553 entreprises.

2. Les régies de transports

Elles coexistent dans plusieurs départements avec les transporteurs privés. Leur objet, défini par le décret du 16 août 1985 précité, est « *d'exploiter des services de transports publics de personnes et, à titre accessoire, toutes activités de transport ou connexes à celui-ci, effectuées à la demande ou avec l'accord de l'autorité organisatrice* ».

Le même décret distingue deux catégories de régies : les établissements publics à caractère industriel et commercial et les régies dotées de la seule autonomie financière.

En ce qui concerne les régies constituées en établissement public à caractère industriel et commercial, le décret susvisé précise qu'elles seront administrées par un conseil d'administration composé d'au moins neuf membres désignés par l'organe délibérant de l'autorité organisatrice.

L'article 16 du décret précité précise que les règles budgétaires applicables sont celles qui sont établies pour les collectivités locales, et l'article 17, que : « *La comptabilité est tenue conformément au plan comptable applicable en la matière arrêté par instruction conjointe du ministre chargé des finances, du ministre chargé des transports et du ministre chargé des collectivités locales, et soumise aux règles de la comptabilité publique.* »

Les conditions dans lesquelles le budget d'une collectivité territoriale est considéré comme étant en équilibre sont fixées par le Code général des collectivités territoriales.

On recensait, en 1995, onze régies départementales de transports qui assuraient 5 % des transports routiers de voyageurs et 3 % des transports scolaires.

Leur nombre diminue régulièrement du fait de leur privatisation mais elles peuvent jouer un rôle important dans les départements où elles sont implantées, comme dans le département de l'Isère.

3. Un exemple de régie de transports : la régie des Voies Ferrées du Dauphiné

a) Les activités

Les activités globales de la régie des Voies Ferrées du Dauphiné peuvent être résumées comme suit :

	1992	1993	1994	1995	1996
Nombre de kilomètres parcourus	10 750 000	10 470 000	10 668 000	10 416 034	10 860 153
Chiffre d'affaires en milliers de francs	116 394	116 611	119 875	125 493	124 152

Pour l'année 1996, la part des différentes activités de la Régie se répartit comme suit en pourcentage :

	INTERURBAIN	URBAIN	SCOLAIRE	OCCASIONNELS et spéciaux
Nombre de kilomètres	59	21,2	8,1	11,7
Recettes	49,7	28	9,9	12,3

L'évolution des différentes activités de la régie des Voies Ferrées du Dauphiné en chiffre d'affaires a été la suivante en milliers de francs :

	1994	1995	1996
Urbain	47 254	37 430	34 727
Interurbain	27 366	27 616	27 560
Périurbain	12 156	12 170	12 897
Montagne	17 133	17 929	18 247
Interdépartemental	3 126	3 477	3 054
Scolaire	10 826	11 815	12 351
Spéciaux réguliers	4 586	5 145	5 551
Occasionnel	10 626	9 912	9 763

b) Les réseaux exploités

La régie des Voies Ferrées du Dauphiné (VFD) exploite le réseau urbain de la ville nouvelle de L'Isle-d'Abeau ainsi que quatre lignes du réseau urbain de Grenoble pour le compte de la société d'économie mixte des transports de l'agglomération grenobloise (SEMITAG), ainsi qu'une ligne du réseau urbain de Lyon pour le compte du Syndicat des

transports de l'agglomération lyonnaise (SYTRAL). Elle a perdu la concession du réseau de la ville de Bourgoin-Jallieu, ainsi que celle de la ville de Vienne qu'elle détenait auparavant.

La régie exploite également 22 lignes interurbaines ou périurbaines, ainsi que deux lignes interdépartementales. A ces chiffres, il convient d'ajouter les lignes de montagne, soit un total de 35 lignes exploitées.

L'activité scolaire s'effectue dans le cadre de 24 conventions scolaires, soit sur des lignes spécialement affrétées à cet effet, soit sur des lignes régulières.

En outre, la régie effectue des services spéciaux réguliers ou occasionnels, comme les transports de personnels d'entreprises, les transports périscolaires ou les voyages organisés.

c) Les moyens matériels et humains

La régie des VFD emploie environ 500 personnes. Elle gère un parc automobile de 300 véhicules dont 247 sont sa propriété, le solde appartenant aux collectivités pour le compte desquelles elle assure le service de transport de voyageurs.

Elle dispose de quatre centres principaux respectivement situés dans les agglomérations de Grenoble, Lyon, L'Isle-d'Abeau et Vienne, auxquels s'ajoutent des dépôts, des agences et des gares routières situées dans les principales villes desservies.

d) La comptabilité

A la demande de l'autorité organisatrice, les VFD ont mis en place en 1989 une comptabilité analytique par centre d'exploitation (Saintt-Martin-d'Hères, Vénissieux, L'Isle-d'Abeau et Pont-L'Evêque), par ligne interurbaine, périurbaine, interdépartementale et par type d'activité.

Cette comptabilité permet de distinguer les recettes perçues auprès des voyageurs des recettes versées par les autorités organisatrices.

La comptabilité analytique des exercices 1994 et 1995 fait apparaître un déficit d'exploitation, respectivement de 31 653 314 F et de 36 688 397 F.

e) La place des VFD sur les différents marchés de transport

Les VFD sont essentiellement présentes dans le département de l'Isère, où elles se trouvent en concurrence pour l'attribution de lignes avec des entreprises d'envergure tant nationale que locale.

La Chambre syndicale des transporteurs routiers de l'Isère a recensé, dans ce département, 43 entreprises disposant de plus de deux cars et un total de 1 332 véhicules. Sur ce total, la régie des Voies Ferrées du Dauphiné en détient 247, soit 18,5 %. Plusieurs entreprises, surtout présentes dans les transports interurbains scolaires et occasionnels, disposent d'un parc automobile comparable à celui des VFD.

Dans ce même département, 149 lignes interurbaines sont en activité dont 33, soit 22 %, sont exploitées par la régie des Voies Ferrées du Dauphiné.

II. - L'APPLICATION DES RÈGLES DE CONCURRENCE

1. Principes d'analyse

A titre liminaire, il convient de rappeler que, aux termes de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le droit de la concurrence s'applique aux activités de production, de distribution et de services qui sont le fait de personnes publiques comme de personnes privées.

La demande d'avis formulée par la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère porte sur le comportement d'un établissement particulier, la régie des Voies Ferrées du

Dauphiné.

Le Conseil considère qu'en application de la procédure prévue par l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, il n'a pas à se prononcer sur les comportements d'une entreprise ou d'une organisation nommément désignée, mais que rien ne s'oppose à ce qu'il réponde aux questions qui lui sont posées dans la mesure où elles présentent un caractère de généralité suffisant, qu'elles mettent en cause des principes de concurrence et que, au cas d'espèce, les réponses qu'il est en mesure d'apporter sont applicables aux régies départementales de transports en général, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles interviennent.

Les questions posées au Conseil concernent, à titre principal, les conséquences sur la concurrence de l'importance, rapportée à son chiffre d'affaires annuel, de la subvention de fonctionnement que peut recevoir annuellement une régie de transports.

La loi d'orientation des transports intérieurs et son décret d'application relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes permettent expressément l'exécution des services de transports publics de personnes en régie par une personne publique, sous forme d'un service public industriel et commercial. Cette personne publique peut être soit dotée de la seule autonomie financière et disposer d'un budget annexe à celui de la collectivité territoriale concernée, soit constituée en établissement public à caractère industriel et commercial. Dans ce cas, les règles budgétaires applicables, conformément aux dispositions de l'article 16 du décret n° 85-891 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes, seront celles établies pour les collectivités territoriales. La subvention d'équilibre qu'un conseil général peut accorder à sa régie de transports s'inscrit ainsi dans le dispositif du Code général des collectivités territoriales. Elle doit faire l'objet d'une délibération du conseil général concerné, soumise au contrôle de légalité. En outre, l'article 17 du décret précité précise que la comptabilité d'une régie de transports est tenue conformément au plan comptable applicable à la matière, arrêté par instruction conjointe du ministre chargé des finances, du ministre chargé des transports et du ministre chargé des collectivités locales, et soumise aux règles de la comptabilité publique.

L'une des conséquences significatives des règles financières susdécrites est que les régies de transports, qu'elles soient ou non érigées en établissements publics, ont des budgets qui doivent obligatoirement être en équilibre, ce qui contraint les collectivités départementales à leur attribuer, en cas de déficit, une subvention d'équilibre dont la nature est fondamentalement différente de celle des subventions éventuellement accordées aux autres exploitants de lignes régulières ; ceux-ci, en effet, ne peuvent bénéficier que de subventions qui constituent la stricte compensation des charges de service public imposées par l'autorité organisatrice. Au contraire, le droit à une subvention d'équilibre, apportée sans contrepartie et non affectée, donne aux régies une grande latitude pour fixer leurs prix ou leurs conditions d'intervention sans mettre leur situation financière en péril.

Par ailleurs, l'objet d'une régie de transports, tel que défini par l'article 12 du même décret, est « *d'exploiter des services de transports publics de personnes et, à titre accessoire, toutes activités de transport ou connexes à celui-ci, effectuées à la demande ou avec l'accord de l'autorité organisatrice* ». En conséquence, s'il est permis à une régie de transports d'assurer des services qui excèdent la mission de service public qui peut lui être déléguée par une autorité organisatrice de transport, ces services sont limités aux activités de transport ou liés à ces activités. Ils doivent également être expressément prévus par les statuts de la régie.

Il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les régies de transports se trouvent dans des conditions d'exploitation différentes de celles des transporteurs privés mais qu'elles peuvent se trouver en concurrence avec ceux-ci, soit pour l'attribution de marchés privés, soit pour l'attribution de lignes dans le cadre d'appels à la concurrence organisés en vue d'un

marché public ou d'une délégation de service public, alors même que, par ailleurs, certains services de transport de voyageurs leur auront été attribués directement par une autorité organisatrice sans mise en concurrence.

Cette différence de situation ne constitue pas en soi une atteinte au droit de la concurrence. En effet, ainsi que le Conseil de la concurrence l'a déjà souligné, notamment dans son avis n° 96-A-12 du 17 septembre 1996 relatif à une demande d'avis de la Commission des finances du Sénat concernant les conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire et de crédit français, le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques. Il suppose toutefois qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général. De tels avantages peuvent faire obstacle au développement d'une compétition par les mérites sur le marché concerné, limitant les perspectives de progression des autres opérateurs sur ce marché, quel que soit par ailleurs le niveau de leurs performances.

La Chambre syndicale saisissante fait valoir que l'aide financière accordée à une régie par un conseil général conduit « *potentiellement à des distorsions de concurrence* », notamment lorsque le département, en tant qu'autorité organisatrice des transports de voyageurs, concède à cette régie de transports, en dehors de toute mise en concurrence, l'exploitation de lignes de transports publics, lorsqu'une régie se livre à une diversification de ses activités sur des marchés concurrentiels et enfin lorsque, dans le cadre d'une mise en concurrence, un département attribue à une régie, sur la base d'une offre de prix inférieure à celles des entreprises privées du secteur, l'exploitation de lignes régulières de transports publics de voyageurs. Chacune de ces situations doit être examinée séparément.

2. L'attribution directe de lignes par un département à sa régie

Le législateur, qui a voulu confier aux collectivités territoriales, et notamment aux départements, l'organisation des services de transports routiers non urbains de personnes, réguliers ou à la demande, a lui-même organisé l'exercice de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées. Il a, en effet, laissé l'autorité organisatrice libre d'assurer elle-même l'exploitation de ses transports ou de la confier à une entreprise publique ou privée ayant passé avec elle une convention à durée déterminée ; il résulte donc de la loi elle-même que le département peut cumuler les fonctions d'autorité organisatrice et, s'il le souhaite, d'exploitant de services de transports.

Ainsi qu'il a été dit plus haut, le choix entre l'exploitation directe et le recours à un exploitant extérieur est discrétionnaire et n'a à être précédé d'aucune mise en concurrence susceptible de démontrer, par exemple, que le recours à la régie directe serait la solution la moins onéreuse. Dans ces conditions, et dès lors que le service que le département se rend à lui-même ne fait pas l'objet d'une offre et d'une demande qui se rencontreraient sur un marché, la décision d'attribuer des services à la régie n'est pas susceptible d'être critiquée au regard des exigences du droit de la concurrence.

3. Les activités de diversification développées par les régies de transports

Le versement par une collectivité publique d'une subvention d'équilibre, soit à un budget annexe retraçant les activités d'une régie, soit à un établissement public, ne peut être considéré, en lui-même, comme contraire aux principes de la concurrence, dès lors que cette subvention contribue à financer une mission de service public qui incombe à cette collectivité.

En revanche, si le versement d'une telle subvention contribuait directement ou

indirectement à équilibrer la gestion d'activités exercées sur des marchés concurrentiels, il pourrait être anticoncurrentiel s'il était démontré qu'il résulte d'une entente au sens de l'article 7 ou constitue un abus de position dominante au sens de l'article 8 de l'ordonnance.

L'utilisation d'une subvention d'équilibre pour financer des activités commerciales de manière à pratiquer des prix bas peut défavoriser des concurrents. Toutefois, une telle pratique ne pourra être appréhendée que s'il peut être démontré qu'elle est constitutive d'un abus de position dominante. Dans cette hypothèse, il faut que soit établi que la régie occupe une position dominante sur un ou des marchés, que les prix bas qui seraient pratiqués sur le marché des transports privés seraient rendus possibles par cette position dominante et, enfin, que le prix soit prédateur, c'est-à-dire susceptible d'empêcher l'accès des concurrents au marché ou de les en exclure.

La pratique consistant pour une entreprise à accepter délibérément de supporter des pertes d'exploitation durables afin d'éliminer des concurrents et afin de bénéficier, ensuite, d'un pouvoir de marché lui permettant de fixer ses prix au dessus du niveau d'équilibre concurrentiel a été condamnée tant par la Cour de justice des Communautés européennes que par le Conseil de la concurrence, en application des dispositions concernant la répression des abus de position dominante et des ententes anticoncurrentielles.

Dans l'affaire Akzo/Commission (C-62/86), la Cour de justice a précisé deux situations dans lesquelles la concurrence par les prix ne peut être considérée comme légitime en application de l'article 86 du traité de Rome :

« – des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites) par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants quelles que soient les quantités produites) et une partie au moins des coûts variables afférents à l'unité produite ;

« - par ailleurs, des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux, qui comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent. Ces prix peuvent, en effet, écarter du marché des entreprises qui sont peut-être aussi efficaces que l'entreprise dominante mais qui, en raison de leur capacité financière moindre, sont incapables de résister à la concurrence qui leur est faite ».

Une telle pratique, si elle était mise en œuvre par une régie de transports en situation de position dominante ou dans le cadre d'une entente anticoncurrentielle, pourrait aussi être éventuellement qualifiable au titre des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Par ailleurs, l'article 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 précitée, prohibe *« les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits... ».*

Toutefois, le Conseil de la concurrence, saisi de pratiques de prix abusivement bas mis en œuvre par la régie des Voies Ferrées du Dauphiné, a, dans sa décision n° 96-PB-01 du 27 novembre 1996, considéré que les offres de prix formulées par cette régie dans le cadre d'un marché lancé par le Commissariat à l'énergie atomique, dans la mesure où elles concernaient des transactions interentreprises, n'étaient pas visées par les dispositions de l'article 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui prohibe les seules offres ou pratiques de prix de vente aux consommateurs.

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 3 juillet 1998 rendu sur le recours formé

contre la décision n° 97-PB-02 du Conseil de la concurrence, a précisé que l'article 10-1 ne pouvait pas s'appliquer à l'occasion de la passation des marchés publics au motif que : « *Le code des marchés publics fait obligation aux personnes responsables de la passation des marchés, lorsque le prix proposé leur paraît anormalement bas, de demander, avant de rejeter l'offre, des explications sur sa composition et de vérifier cette composition au vu des explications fournies* » et que : « *Cette exigence qui pèse sur l'autorité dont émane l'offre suppose une compétence technique dans le domaine où elle intervient présumée par la loi, qui est incompatible avec la notion de "consommateurs" au sens de l'article 10-1 de l'ordonnance susvisée...* ».

L'article 10-1 de l'ordonnance précitée pourrait néanmoins s'appliquer aux contrats de transport que passe une régie, lorsqu'elle offre directement ses prestations à des particuliers.

4. L'attribution de lignes à une régie à la suite d'un appel à la concurrence

Il arrive, en premier lieu, qu'une régie de transports réponde à un appel à la concurrence organisé par le département dont elle procède, en vue d'affecter à une entreprise une ou plusieurs lignes régulières. Il est possible, dans une telle situation, que la régie utilise la souplesse que lui donne la possibilité de bénéficier d'une subvention d'équilibre pour proposer des conditions plus avantageuses que celles de ses concurrents. Certes, il peut apparaître indifférent pour le département, considéré comme demandeur sur le marché créé par l'appel à la concurrence qu'il a organisé, que sa dépense prenne la forme du prix plus élevé exigé par les concurrents privés ou de la subvention d'équilibre requise du fait du prix bas proposé par la régie.

Cependant, si l'appel à la concurrence est motivé par le souci qu'aurait l'autorité organisatrice de choisir la solution la plus efficiente au plan économique, deux problèmes se posent. Si un concurrent privé supporte des coûts plus bas que la régie mais que celle-ci l'emporte parce qu'elle a proposé un prix inférieur à ses coûts, ce qui est rendu possible par la subvention d'équilibre, le département, dès lors qu'il aura choisi la régie, aura en fait retenu la solution pour lui la plus coûteuse. Il en va de même si, dans le cas d'une ligne déficitaire, la régie propose une subvention affectée plus basse que celle demandée par ses concurrents privés mais que, du fait de coûts plus élevés, l'exploitation en régie exigera en réalité qu'à la subvention affectée vienne s'ajouter une quote-part de la subvention d'équilibre.

Dans ces situations, le choix de la régie ne sera pas le plus efficient économiquement pour le département. Toutefois, le droit de la concurrence ne s'oppose pas à ce qu'un demandeur sur un marché privilégie une offre qui n'est pas, pour lui, la plus avantageuse. Les hypothèses précédentes, si elles peuvent poser problème au regard de l'aspiration à une gestion efficiente des deniers publics, n'impliquent donc pas un risque de violation de droit de la concurrence.

En second lieu, il peut arriver qu'une régie réponde à des appels à la concurrence organisés par des collectivités autres que le département qui l'a instituée. Le Conseil est d'avis que, dans une telle situation, et quelles que soient les règles particulières résultant du statut d'établissement public de la régie, le droit de la concurrence s'applique de la même façon aux opérateurs privés et aux régies. Des offres résultant d'une entente ou reposant sur des prix prédateurs rendus possibles par la détention, par ailleurs, d'une position dominante pourraient constituer des pratiques prohibées par l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et par l'article 82 (ex-86) du traité de Rome.

En conclusion, le Conseil estime que la présence d'une régie de transports, dépendant directement d'une autorité organisatrice de transports, peut apporter un élément de souplesse dans l'organisation des transports interurbains, notamment lorsque l'offre privée est déficiente, et peut également servir de référence lors de la mise en concurrence pour l'attribution de lignes. Toutefois, cette situation ne peut être favorable à l'exercice de la

concurrence qu'à la condition que l'autorité départementale, dès lors qu'elle cumule l'activité de régulateur des transports interurbains et celle d'exploitant, se soumette à des règles de transparence en ce qui concerne tant les conditions d'attribution de lignes à sa régie que la comptabilité afférente à cette activité. Cette transparence, en effet, rendrait possible l'élaboration de propositions tarifaires orientées vers les coûts susceptibles de protéger la régie contre le risque de pratiquer des prix prédateurs, dans le cas où elle occuperait une position dominante sur un marché pertinent, ou de pratiquer des prix abusivement bas, dans les cas où elle entrerait en relation contractuelle directe avec des consommateurs au sens de l'article 10-1 de l'ordonnance.

A cet égard, dans son avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996, le Conseil a affirmé que : « *La mise en place d'un système de comptabilité économique fiable et transparent et de comptes généraux séparés est pour La Poste (...) une impérieuse nécessité, dès lors que coexistent en son sein deux types d'activités de nature différente dont l'une d'elles est couverte par un monopole public.* »

En conséquence, il convient que les régies de transports disposent d'une comptabilité analytique qui permette de connaître la rentabilité de leurs différentes activités et la part des subventions affectée à chacune de celle-ci, en distinguant plus particulièrement les activités qui ont été attribuées directement par une autorité organisatrice de celles qui entrent en concurrence avec une entreprise privée ; il serait souhaitable, en outre, que les subventions versées par les autorités organisatrices puissent être affectées aux différentes lignes de transport interurbain.

Délibéré, sur le rapport de M. Poyer, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président, MM. Rocca et Sloan, membres.

Le rapporteur général,
Patrick Hubert
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 116

Avis n° 99-A-13 du Conseil de la concurrence en date du 7 septembre 1999 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications

NOR : ECOC0000001V

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 2 août 1999 sous le numéro A 279 par laquelle l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications, d'une demande d'avis relative à la liste des opérateurs susceptibles d'être concernés par l'article L. 34-8 dudit code comme exerçant une influence significative sur le marché des télécommunications ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP), modifiée par la directive 98/61/CE du 24 septembre 1998 pour ce qui concerne la portabilité

du numéro et la présélection de l'opérateur ;

Vu la directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998 concernant l'application d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel ;

Vu le code des postes et télécommunications, et notamment ses articles L. 34-8 et L. 36-7 (7^o) ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants de la société Bouygues Télécom, de la société France Télécom, de la société SFR et de la société Worldcom entendus, conformément aux dispositions de l'article 25, deuxième alinéa, de l'ordonnance susvisée,

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

I. - LE CADRE D'ANALYSE

A. - Les dispositions applicables

1. Les textes en vigueur distinguent deux catégories d'opérateurs

La directive 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (dite ONP) définit l'interconnexion comme « *la liaison physique et logique des réseaux de télécommunications utilisés par le même organisme ou un organisme différent, afin de permettre aux utilisateurs d'un organisme de communiquer avec les utilisateurs du même ou d'un autre organisme ou d'accéder aux services fournis par un autre organisme* ».

Elle précise, par ailleurs, que « *les Etats membres assurent l'interconnexion efficace et appropriée des réseaux publics de télécommunications figurant à l'annexe I, dans la mesure nécessaire pour garantir l'interopérabilité de ces services pour tous les utilisateurs sur le territoire de la Communauté* ». Cette disposition figure, en droit interne, dans l'article L. 34-8, section I, du code des postes et télécommunications.

Les réseaux publics de télécommunications et les services accessibles au public spécifiques figurant à l'annexe I de la directive sont les suivants : le réseau téléphonique public fixe, le service téléphonique public fixe, le service de lignes louées, les réseaux de téléphonie mobile et les services publics de téléphonie mobile.

La directive susmentionnée et le code des postes et télécommunications distinguent deux catégories d'opérateurs selon la place qu'ils occupent dans le secteur des télécommunications :

- les opérateurs considérés comme « *puissants* » au sens de la directive 97/33/CE ou comme « *exerçant une influence significative sur un marché* », au sens de l'article L. 36-7 (7^o) du code des postes et télécommunications ;
- les autres opérateurs.

La directive susmentionnée dispose (art. 4, paragraphe 3) que : « *Un organisme est réputé être puissant sur le marché lorsqu'il détient une part supérieure à 25 % d'un marché donné des télécommunications dans une zone géographique d'un Etat membre au sein duquel il est autorisé à exercer ses activités.* » Elle précise toutefois (art. 4, paragraphe 4) que : « *Les autorités réglementaires nationales peuvent néanmoins décider qu'un organisme possédant une part inférieure à 25 % du marché concerné est puissant sur le marché. Elles peuvent également décider qu'un organisme détenant une part supérieure à 25 % du marché concerné n'est pas puissant sur ce marché. Dans les deux hypothèses, la décision tient compte de la capacité de l'organisme d'influencer les conditions du marché, de son chiffre d'affaires par rapport à la taille du marché, du contrôle qu'il exerce sur les moyens d'accès à l'utilisateur final, à des facilités d'accès aux ressources financières, ainsi que de son expérience dans la fourniture de produits et de services sur le marché.* »

L'article L. 36-7 (7^o) du code des postes et télécommunications prévoit, quant à lui, que : « *L'Autorité de régulation des télécommunications (...) établit, chaque année, après avis du Conseil de la concurrence publié au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, la liste des opérateurs concernés par les dispositions du II de l'article L. 34-8 et considérés comme exerçant une influence significative sur un marché pertinent du secteur des télécommunications concerné par ces mêmes dispositions.* » Il précise en outre qu' « *est présumé exercer une telle influence tout opérateur qui détient une part supérieure à 25 % d'un tel marché. L'Autorité de régulation des télécommunications tient aussi compte du chiffre d'affaires de l'opérateur par rapport à la taille du marché, de son contrôle des moyens d'accès à l'utilisateur final, de son accès aux ressources financières et de son expérience dans la fourniture de produits et de services sur le marché.* »

2. Ces deux catégories d'opérateurs sont soumis à des obligations différentes

Les obligations en matière d'interconnexion sont, en effet, différentes selon que les opérateurs sont ou non considérés comme « *puissants* » ou comme exerçant une « *influence significative* » sur un marché.

L'article L. 34-8, section I, du code des postes et télécommunications dispose, d'une manière générale, que les exploitants de réseaux ouverts au public font droit dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires aux demandes d'interconnexion émanant de titulaires d'une licence de type L. 33-1 et L. 34-1. L'interconnexion fait l'objet d'une convention de droit privé fixant les conditions techniques et financières, laquelle convention est communiquée à l'Autorité de régulation des télécommunications dans un délai de dix jours suivant sa conclusion. L'Autorité peut, si cela est indispensable pour garantir l'égalité des conditions de concurrence, en demander la modification, après avis du Conseil de la concurrence.

L'article D. 99-10, premier et quatrième alinéa, prévoit que les conditions tarifaires d'interconnexion respectent les principes d'objectivité, de transparence et de non-discrimination et qu'elles ne doivent pas conduire à imposer indûment aux opérateurs utilisant l'interconnexion des « *charges excessives* ».

L'Autorité de régulation des télécommunications a estimé (décision n° 99-539 du 18 juin 1999 relative à un différend entre Cegetel Entreprises et France Télécom portant sur les conditions d'interconnexion pour les appels entrant sur le réseau de Cegetel Entreprises) que cette disposition n'implique pas que les opérateurs considérés comme n'exerçant pas une influence significative sur un marché doivent respecter le principe d'alignement de leurs tarifs d'interconnexion vers les coûts et le principe de la symétrie tarifaire avec France Télécom. L'Autorité a toutefois souligné que les tarifs d'interconnexion des nouveaux entrants ont « *vocation, progressivement et à moyen terme, à s'orienter vers leurs coûts en fonction de leur développement et de celui du marché* ».

Le II de l'article L. 34-8 du code des postes et télécommunications prévoit, en revanche, que les opérateurs considérés comme exerçant une « *influence significative* » sur un marché sont tenus de publier une offre technique et tarifaire d'interconnexion approuvée par l'Autorité de régulation des télécommunications. Les tarifs d'interconnexion, qui reflètent les coûts d'usage du réseau de transport et de desserte, contiennent des conditions différentes pour ce qui concerne les exploitants de réseaux ouverts au public et les fournisseurs de services téléphoniques au public.

Mais s'agissant des opérateurs de téléphonie mobile, la directive précitée ne prévoit d'obligation d'alignement des prix sur les coûts que pour les opérateurs qui sont puissants sur le marché de l'interconnexion.

B. - Les conditions d'application de ces dispositions

Comme il a déjà eu l'occasion de l'indiquer dans son avis n° 98-A-19 du 25 novembre 1998, le Conseil considère comme opportun, dans un souci de favoriser le fonctionnement des marchés à l'échelle européenne, de prendre en compte les recommandations du comité ONP précisant les conditions d'application des règles rappelées ci-dessus. Toutefois, ces recommandations n'ont pas de valeur réglementaire et peuvent soulever des difficultés sur des points particuliers.

Le Conseil de la concurrence relève, en premier lieu, que la directive et le code des postes et télécommunications présentent des différences, soit dans la terminologie employée, soit sur le fond ; il souligne que, d'ailleurs, la Commission européenne a manifesté, dans une lettre en date du 10 juillet 1998, des doutes quant à la conformité de la loi interne à la directive et qu'en séance le commissaire du Gouvernement a fait savoir que l'intention du Gouvernement était de déposer un projet de loi tendant à une mise en conformité du droit interne par rapport au droit communautaire. Toutefois, ces doutes ne portent que sur les contraintes supplémentaires que la loi nationale ferait peser sur certains opérateurs et non pas sur les critères permettant de distinguer les deux catégories d'opérateur. Aussi, le Conseil n'établit-il pas de distinction entre la notion d'« *opérateur puissant* », telle que définie par la directive, et celle d'opérateur « *exerçant une influence significative sur un marché pertinent du secteur des télécommunications* » figurant dans le code des postes et télécommunications.

En deuxième lieu, les textes prévoient de fonder la qualification des opérateurs, d'une part, sur l'examen des parts de marché, par référence à un seuil de 25 %, et, d'autre part, sur des critères complémentaires. Le Conseil considère que le critère de parts de marché introduit une présomption simple et que, en cas de doute, celle-ci peut être confirmée ou infirmée en s'appuyant sur les autres critères.

En troisième lieu, il est habituel, pour les autorités de la concurrence, de définir le marché comme le lieu de rencontre entre l'offre et la demande de produits ou de services substituables entre eux ; cette définition suppose une analyse de la réalité économique, laquelle peut d'ailleurs évoluer au fil du temps. Or, si les textes précités prévoient de mesurer les parts de marché sur des « marchés pertinents », il apparaît qu'au stade des conséquences à tirer de l'influence significative, ce sont des marchés prédéfinis qui sont envisagés. Selon le comité ONP (note d'orientation du 13 janvier 1999), l'approche retenue pour la définition des marchés dans les directives ONP (interconnexion, téléphonie vocale, lignes louées) diffère de celle que suivent, pour chaque affaire, les autorités de concurrence en termes de produits et de services ainsi qu'en termes géographiques, dans la mesure où l'approche retenue en matière d'interconnexion sert seulement à fixer des règles destinées à garantir la sécurité juridique des opérateurs dans l'avenir. Dans sa communication du 31 mars 1998, la Commission a rappelé que le droit de la concurrence tel que résultant de l'application des articles 81 et 82 du traité de Rome ne devrait pas entrer en conflit avec d'autres règles de droit communautaire « *parce que le droit communautaire forme un cadre réglementaire cohérent* » et que, par ailleurs, des actes communautaires adoptés dans le domaine des télécommunications doivent être interprétés d'une manière qui soit « *conforme aux règles de concurrence afin d'assurer la meilleure application possible de tous les aspects de la politique communautaire des télécommunications* ».

Le Conseil estime qu'il n'y a pas lieu, dans le cadre de la présente procédure de désignation des opérateurs puissants, de procéder à une approche différente de celle suivie dans la directive ONP du 30 juin 1997, modifiée, approche à laquelle il s'est conformé dans ses précédents avis rendus sur le fondement de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications et qui conduit à distinguer les quatre marchés de la téléphonie fixe, des lignes louées, de la téléphonie mobile et de l'interconnexion. Il précise toutefois que cette approche sectorielle ne préjuge pas de la définition des marchés qui pourraient être retenus dans le cadre de procédures contentieuses ou d'avis rendus en application des critères utilisés

de manière constante par les autorités de concurrence. Ainsi, s'agissant de la téléphonie fixe, il n'est pas exclu que puissent être retenus des marchés différents pour ce qui concerne, par exemple, la téléphonie locale, d'une part, et la téléphonie longue distance, d'autre part, des marchés intermédiaires de vente en gros de trafic téléphonique ou encore des marchés distincts selon la spécificité de la demande.

En quatrième lieu, les textes ne précisent pas de quelle manière doivent être mesurées les parts de marché. Dans ses précédentes saisines, l'Autorité de régulation des télécommunications avait, pour l'essentiel, fourni des données en volume (nombre d'abonnés, nombre de minutes, etc.). Cette méthode, qui pose peu de problèmes pour des marchés relativement homogènes, comme les marchés de détail de la téléphonie fixe et de la téléphonie mobile, pour lesquels les mesures en volume ou en valeur donnent généralement des résultats voisins, est plus discutable pour le marché de l'interconnexion puisque les terminaisons d'appel débouchent sur des réseaux de nature et de taille différentes. Le comité ONP recommande, depuis janvier 1999, de retenir la somme des éléments suivants pour mesurer le marché national de l'interconnexion :

- les revenus totaux d'interconnexion de tous les opérateurs de réseaux fixes pour les terminaisons d'appel à leurs clients. Le trafic total de terminaison doit inclure le trafic interne et le trafic provenant des autres opérateurs de réseaux fixes et mobiles, nationaux et internationaux ;
- les revenus totaux d'interconnexion de tous les opérateurs de réseaux fixes pour l'interconnexion des lignes louées, nationales et internationales ;
- les revenus totaux d'interconnexion de tous les opérateurs de réseaux mobiles pour les terminaisons d'appels à leurs clients. Le trafic total de terminaison doit inclure le trafic interne et le trafic provenant des autres opérateurs de réseaux fixes et mobiles, nationaux et internationaux.

Comme le Conseil l'avait souligné dans son précédent avis, les parts de marché de l'interconnexion doivent être calculées plutôt en valeur qu'en volume. Il observe cependant que, même dans le cadre des recommandations du comité ONP, plusieurs modalités de calcul sont possibles et que le calcul des parts de marché en valeur implique des choix méthodologiques qui reposent sur des conventions. Sous cette réserve, le Conseil se fondera pour rendre son avis sur les données chiffrées fournies par l'Autorité de régulation des télécommunications dans sa saisine.

En dernier lieu, il convient de rappeler que les critères, d'application relativement mécanique, destinés à caractériser l'influence d'une ou de plusieurs entreprises sur un marché ne sont qu'un des moyens permettant la mise en œuvre d'une réglementation asymétrique ; celle-ci n'est elle-même que l'instrument, voulu par le législateur, du développement de la concurrence dans le secteur des télécommunications. Il paraît utile d'avoir ces considérations présentes à l'esprit compte tenu des difficultés rencontrées pour calculer les parts de marché.

C. - Les éléments fournis par l'ART

Afin de mesurer la position de chacun des opérateurs sur les marchés, l'Autorité de régulation des télécommunications a adressé un questionnaire aux opérateurs détenteurs d'une licence attribuée au titre des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et des télécommunications. Ont ainsi été recueillies les données constatées en 1998 et les données prévisionnelles pour 1999, en ce qui concerne le service téléphonique fixe, les lignes louées, la téléphonie mobile et le marché de l'interconnexion.

En ce qui concerne le marché de détail de la *téléphonie fixe*, l'Autorité constate que la part de France Télécom est supérieure à 97 % en 1998 et à 90 % en 1999 (prévisions), que ce soit en nombre d'abonnés, en nombre de minutes ou en chiffre d'affaires.

La mesure de la part de France Télécom sur le marché des *liaisons louées*, qui inclut

toutes les lignes louées sauf celles identifiées comme des liaisons louées à l'interconnexion (liaisons d'aboutement et liaisons de raccordement), a été effectuée en valeur dans la mesure où l'Autorité estime que la mesure en volume imposerait une charge financière inutile aux opérateurs (calcul du produit des kilomètres par les Mbit), dès lors que ce calcul n'est pas indispensable, eu égard à la part de France Télécom en valeur, supérieure à 97 % en 1998 et à 91 % en 1999 (estimation).

La mesure de la part des opérateurs sur le marché de détail de la *téléphonie mobile* a été effectuée en valeur et en volume (nombre d'abonnés et de minutes).

Les données en nombre de minutes conduisent à une part respective de %, % et % pour les sociétés France Télécom, SFR et Bouygues Télécom en 1998 et une part respective de %, % et % pour les mêmes opérateurs en 1999 (prévisions).

Les données en nombre d'abonnés conduisent à une part respective de %, % et % pour les sociétés France Télécom, SFR et Bouygues Télécom en 1998 et une part respective de %, % et % pour les mêmes opérateurs en 1999 (prévisions).

Les données en chiffre d'affaires conduisent à une part respective de %, % et % pour les sociétés France Télécom, SFR et Bouygues Télécom en 1998 et une part respective de %, % et % pour les mêmes opérateurs en 1999 (prévisions).

S'agissant du marché de l'interconnexion :

L'Autorité de régulation des télécommunications, estimant que les déclarations effectuées par les opérateurs (chiffres « bruts ») ne permettent pas, en l'état, de déterminer leur part de marché, a en conséquence procédé à un retraitement des données recueillies selon la méthode suivante (option 1) :

France Télécom (activité fixe) avait retenu, pour valoriser le trafic en provenance des opérateurs tiers, le montant de 0,331 F par minute. L'Autorité a considéré que ce chiffre n'était pas pertinent dans la mesure où les nouvelles dispositions des conventions d'interconnexion conduisent à un tarif de 0,103 F par minute. Par ailleurs, le revenu de terminaison d'appel du trafic international est valorisé à 0,60 F par minute ;

France Télécom (activité mobile) ayant exclu de sa terminaison de trafic celui correspondant à la messagerie vocale, l'Autorité a estimé nécessaire de le réintégrer dans l'estimation des terminaisons d'appel, ce qui a pour effet de porter leur volume total à milliards de minutes, au lieu de milliards environ.

L'Autorité précise, par ailleurs, que le trafic fixe vers mobile a été valorisé selon la « recette moyenne » perçue par les opérateurs de téléphonie mobile sur l'année en tenant compte de la baisse appliquée par France Télécom au 1^{er} juillet 1999 et, par anticipation, de la baisse annoncée par SFR au 1^{er} septembre 1999. Le trafic entrant international a été valorisé à 0,30 F par minute.

En l'absence de tarifs d'interconnexion spécifique, l'Autorité a, par convention, retenu le même revenu unitaire pour les appels internes au réseau, les appels entrants fixe vers mobile et les appels de mobile à mobile. Ainsi, alors que le prix moyen à la minute retenu par France Télécom Mobiles pour les opérateurs tiers (1,54 F) correspond au ratio revenus totaux déclarés / nombre de minutes, l'Autorité a, en l'absence d'élément sur le trafic interne de cet opérateur, retenu un prix supérieur de 44 % pour la totalité du trafic (interne et entrant), à l'exception du trafic international valorisé à 0,30 F par minute. Ce retraitement, qui conduit notamment à augmenter la part relative de France Télécom (activité mobile), a, en revanche, amené l'Autorité à diminuer le prix unitaire déclaré par les deux autres opérateurs (à l'exception de la terminaison du trafic entrant sur le réseau Bouygues Télécom en provenance d'autres mobiles).

La mesure faite par l'Autorité sur la base du prix d'interconnexion le plus bas pour France Télécom (intra commutateur d'abonné), dite option 1, conduit à estimer que France Télécom (activité fixe), France Télécom (activité mobile) et la société SFR détiennent

respectivement une part en valeur de %, % et % du marché national de l'interconnexion en 1999 (estimation).

L'Autorité a procédé à une seconde estimation (option 2) en valorisant le trafic interne d'interconnexion de France Télécom au revenu moyen perçu par cet opérateur au titre des services d'interconnexion (0,103 F par minute) au lieu de retenir le prix de l'interconnexion qu'il supporte effectivement (trafic intra CA), à savoir 0,047 F par minute (prix retenu dans l'option 1), les autres valeurs n'étant pas modifiées. Cette méthode aboutit à l'estimation suivante : % pour France Télécom (activité fixe), % pour France Télécom (activité mobile) et % pour SFR.

L'Autorité a procédé à un troisième calcul (option 2) consistant à retenir comme hypothèse la situation dans laquelle les opérateurs mobiles auraient décidé d'appliquer la baisse du prix de l'interconnexion (de l'ordre de 15 %) au 1^{er} janvier 1999 au lieu du 1^{er} juillet 1999 pour la société France Télécom et du 1^{er} septembre 1999 comme annoncé par la société SFR. Ce test, qui ne tient pas compte de la croissance certaine du trafic dans les prochaines années que ce soit dans la téléphonie fixe (demande supplémentaire générée par Internet) ou la téléphonie mobile, à potentiel de développement plus élevé, conduit à une estimation de parts respectives de % pour France Télécom (activité fixe), de % pour France Télécom (activité mobile) et de % pour SFR.

Enfin, si l'on s'en tient à la seule estimation en volume disponible, les chiffres recueillis par l'Autorité indiquent que la part en volume de France Télécom (activité fixe) sur le marché national de l'interconnexion est supérieure à %, les parts respectives de France Télécom (activité mobile) et de SFR étant inférieures à %.

II. - ANALYSE

A. - Les marchés à retenir

Ainsi qu'il a été dit plus haut (IB), les textes applicables conduisent à retenir quatre marchés nationaux : celui de la téléphonie fixe, celui de la téléphonie mobile, celui des lignes louées et celui de l'interconnexion.

Le marché de l'interconnexion, qui englobe les interconnexions aux réseaux fixes, aux réseaux mobiles et celles des liaisons louées, s'analyse comme un marché qui concerne l'offre et la demande d'infrastructures sur lequel les offreurs, exploitants de réseaux, et les demandeurs sont des opérateurs cherchant à satisfaire la demande des utilisateurs finals. Il doit donc être distingué des marchés de détail où les offreurs sont les opérateurs ou fournisseurs de services de télécommunications et où les demandeurs sont les clients finals.

La directive 97/33/CE précise qu'un organisme est réputé puissant sur un marché donné des télécommunications dans une zone géographique d'un Etat membre au sein duquel il est autorisé à exercer ses activités. Le Comité ONP recommande de retenir, comme dimension géographique des marchés, l'espace dans lequel les opérateurs concernés sont autorisés à exploiter leur licence. Il indique qu'il est important que, dans un souci de transparence, le régulateur national publie à l'avance les critères retenus pour déterminer les marchés géographiques qui s'écarteraient de cette approche. A l'avenir, l'analyse devrait sans doute être étendue aux zones à fort trafic sur lesquelles la concurrence sur la terminaison des appels est limitée et sur lesquelles des opérateurs disposant d'une influence significative pourraient être identifiés.

B. - La situation sur chacun des marchés concernés

1. Les marchés de la téléphonie fixe et des liaisons louées

Compte tenu de la part occupée par France Télécom dans la téléphonie fixe et les liaisons louées (part supérieure à 90 % quel que soit le critère retenu), cet opérateur est toujours le seul

à entrer dans la catégorie des opérateurs « *puissants sur le marché* » au sens de la directive 99/33/CE ou de celle des opérateurs considérés comme exerçant une « *influence significative* » sur plusieurs marchés du secteur des télécommunications au sens de l'article L. 36-7 (7^o) du code des postes et télécommunications. Aucun autre opérateur n'entre dans cette catégorie.

2. Le marché de la téléphonie mobile

Ce marché est caractérisé par l'existence de deux barrières principales à l'entrée qui sont la rareté des ressources hertziennes et le besoin de financement. Les plans d'investissements des opérateurs de téléphonie mobile font généralement apparaître des montants supérieurs à 20 milliards de francs.

Par ailleurs, l'évolution du secteur de la téléphonie mobile se trouvera, à terme, conditionnée par le développement des systèmes de communications mobiles « nouvelle génération » UMTS (1), qui devraient permettre l'apparition de nouveaux services grâce aux technologies de hauts débits (transfert de voix, images et données). Aux termes d'une décision du Parlement européen et du Conseil (2), les Etats membres doivent avoir pris les mesures nécessaires à l'introduction de l'UMTS sur leur territoire avant le 1^{er} janvier 2002.

Sur le marché, trois opérateurs interviennent actuellement sur le plan national :

- la société France Télécom ;
- la société SFR, filiale de Cegetel ;
- la société Bouygues Télécom.

Seules les sociétés France Télécom et la société SFR détiennent, au vu des chiffres communiqués par l'Autorité de régulation des télécommunications, une part, mesurée en chiffres d'affaires, c'est-à-dire en valeur, supérieure à 25 % du marché de la téléphonie mobile. Leurs parts respectives sont de 37,4 et 41 % contre 20,6 % seulement pour le troisième opérateur. Ces positions sont confirmées par les données en volume. L'importance des parts des marchés de France Télécom et de SFR rend sans objet le recours aux critères complémentaires qui, en tout état de cause, ainsi qu'il sera précisé ci-après à propos du marché de l'interconnexion, jouent dans le sens de l'influence significative sur le marché.

En revanche, à la différence de la situation qui prévalait au moment où le Conseil a rendu l'avis n° 98-A-19 précité, la part de marché de Bouygues Télécom s'est approchée, sans l'atteindre, du seuil de 25 %, ce qui conduit à examiner cette dernière société au regard des critères complémentaires prévus par les textes. Entrée plus tard que ses deux concurrents sur le marché, elle n'exerce des activités dans ce secteur que depuis trois ans et est encore dans une phase où de lourds investissements doivent être consentis alors qu'un opérateur comme France Télécom Mobiles est entré dans la phase de décroissance sensible de ses investissements, comme le montre le tableau suivant qui présente les investissements réalisés par ces deux opérateurs en 1998 et 1999 :

	1998	1999
France Télécom Mobiles.		
Bouygues Télécom.		

Le taux de couverture du territoire de Bouygues Télécom n'est actuellement que de 62 %, ce qui ne lui permet de couvrir que 95 % de la population soit 2 % de moins que pour le réseau Itinériss, alors que la couverture des derniers points de pourcentage, qui concernent des populations dispersées, est de loin la plus coûteuse. Enfin, en nombre d'abonnés, autre élément de mesure de l'accès à l'utilisateur, alors que les parts de France Télécom et de la société SFR s'élevaient respectivement à 49,5 % et 36,9 % (*source* : Observatoire des mobiles, 31 mai 1999), celle de Bouygues Télécom n'était que de 13,5 %.

Les critères complémentaires ne conduisent donc pas à renverser la présomption selon laquelle la société Bouygues Télécom n'est pas puissante sur le marché de détail de la téléphonie mobile.

Le Conseil considère donc, au vu de ce qui précède, que, comme en 1998, les sociétés France Télécom (activité mobile) et SFR exercent une influence significative sur le marché de la téléphonie mobile.

3. Le marché de l'interconnexion

L'application de la présomption d'influence significative

La mesure faite par l'Autorité sur la base du prix le plus bas pour les interconnexions internes au réseau de France Télécom (option 1) aboutit à la constatation que France Télécom (activité fixe), France Télécom Mobiles et la société SFR détiennent des parts respectives de 26,9 %, 30,2 % et 31,7 % du marché national de l'interconnexion. Le dépassement du seuil de 25 % est, dans les deux derniers cas au moins, suffisamment net pour ne pas susciter de doute quant à sa portée. En revanche, aucun autre opérateur ne se rapproche de ce seuil.

Il est vrai que la part de France Télécom Mobiles et de SFR est moindre, (respectivement % et %), tout en demeurant légèrement supérieure à 25 %, si l'on valorise (option 2) le trafic interne d'interconnexion de France Télécom au revenu perçu par cet opérateur au titre des services d'interconnexion (0,103 F par minute) au lieu de retenir le prix de l'interconnexion qu'il supporte effectivement (l'essentiel de l'interconnexion interne se produisant au niveau du trafic commutateur d'abonnés, à savoir 0,047 F par minute. Cette méthode présente l'inconvénient de se fonder sur des coûts supérieurs à ceux que supporte réellement l'opérateur et qu'il est d'ailleurs tenu d'enregistrer dans sa comptabilité, comme le prévoit expressément l'article 8, paragraphe 2, de la directive 97/33/CE du 30 juin 1997 susvisé. Cette option ne sera donc pas retenue par le Conseil, qui considère que, si les mécanismes de valorisation contiennent une part inévitable d'arbitraire, ils ne doivent pas s'éloigner exagérément des réalités économiques. Le Conseil rappelle à ce sujet que la prise en compte, recommandée par le comité ONP, de l'interconnexion interne résulte déjà d'une convention puisque cette interconnexion interne ne se produit pas à proprement parler sur un marché ; la valoriser, en outre, à un niveau différent des coûts réellement supportés par l'opérateur semble difficilement concevable.

Enfin, les parts de France Télécom Mobiles et de la société SFR passent légèrement en dessous du seuil de 25 % si l'on retient comme hypothèse la situation dans laquelle les opérateurs mobiles auraient décidé d'appliquer la baisse du prix de l'interconnexion (de l'ordre de 15 %) au 1^{er} janvier 1999 au lieu du 1^{er} septembre 1999 comme annoncé par la société SFR (option 2'). Le Conseil considère qu'il n'y a pas lieu de retenir cette option. En premier lieu, elle constitue une déclinaison de la version 2 dont les inconvénients viennent d'être soulignés. En second lieu, elle repose, certes, sur une idée intéressante : dès lors que la déclaration de puissance doit produire ses effets en 2000, il pourrait sembler opportun d'apprécier les parts de marché sur la base d'une estimation des chiffres que ce dernier atteindra l'année prochaine. Dans cette perspective, il pourrait être considéré comme légitime de faire produire aux baisses de tarifs entrants récemment annoncées par les opérateurs mobiles, leur effet sur année pleine. Mais cette démarche présente le défaut de reposer sur une série d'hypothèses et si elle devait être retenue, elle devrait prendre en compte les évolutions prévisibles du marché : la croissance du mobile, plus forte que celle du fixe, les effets sur la consommation de la baisse des tarifs envisagés et la croissance vraisemblablement inégale des différents opérateurs de téléphonie mobile. Il paraît dès lors préférable de s'en tenir, pour déterminer l'influence sur le marché, aux chiffres de l'année écoulée, d'autant que la décision à prendre ne produit d'effets que pendant un an, ce qui permet de la corriger en fonction des

évolutions enregistrées.

Le Conseil observe donc que trois opérateurs détiennent, en valeur, une part supérieure à 25 % du marché de l'interconnexion ; il s'agit de France Télécom (téléphonie fixe), France Télécom Mobiles et SFR. Ces trois opérateurs, en vertu de l'article L. 36-7 du code des postes et télécommunications, sont donc présumés exercer une influence significative sur ce marché.

L'application des critères complémentaires

Il est à peine besoin de souligner, par ailleurs, que l'application des autres critères prévus par ce texte conforte cette présomption d'une influence significative sur le marché :

France Télécom détient, en volume et en valeur, plus de 90 % du secteur de la téléphonie fixe dans son ensemble (téléphonie locale et longue distance) ;

France Télécom détient, en valeur, plus de 90 % du secteur des lignes louées ;

France Télécom (activité mobile) et la société SFR détiennent plus de 25 % du marché de la téléphonie mobile en volume et en valeur.

Le marché de détail des télécommunications peut être estimé à 150,5 milliards de francs en 1998 (*source* : rapport annuel 1998 de l'Autorité de régulation des télécommunications).

France Télécom, opérateur historique, qui dispose d'un quasi-monopole sur la boucle locale ainsi que sur les liaisons louées, a réalisé un chiffre d'affaires de 161,6 milliards de francs en 1998. Le résultat net au cours du dernier exercice s'est élevé à 15 milliards de francs et la capacité d'autofinancement s'est améliorée, passant de 41,2 milliards de francs en 1997 à 44,95 milliards de francs au cours de l'exercice 1998. L'essentiel du profit (28,6 milliards de francs de résultat opérationnel courant) est réalisé par l'activité « services fixes et divers », qui regroupe les « activités historiques de France Télécom ». Le montant des abonnements représente actuellement plus de 30 % du chiffre d'affaires de la téléphonie fixe contre seulement 21,3 % en 1996.

L'activité « téléphonie mobile » de France Télécom est exercée au sein d'une division dénommée France Télécom Mobiles sous la marque « Itinériss ». Le chiffre d'affaires de la branche s'est élevé à ... milliards de francs au cours de l'exercice 1998 contre ... au cours de l'exercice 1997, soit une augmentation de ... %. Le résultat opérationnel courant (avant « éléments spécifiques et non récurrents ») de ce segment d'activité s'est élevé à ... milliards de francs au cours de l'exercice 1998 pour une perte de ... millions de francs au cours de l'exercice 1997.

Le montant des investissements est passé de ... milliards de francs en 1997 à ... milliards en 1998. Ce ralentissement marque la fin du programme de couverture du territoire avec 1 600 nouveaux sites ouverts au cours de l'exercice 1998, ce qui porte à 97 % le taux de couverture de la population. Les investissements 1999 devraient concerner le déploiement du réseau « bi-bande » (GSM 900/1800) sur les agglomérations, le déploiement de la technologie EFR et le développement de nouveaux services comme Internet via le mobile.

L'activité téléphonie mobile de la société Cegetel est exercée au sein de sa filiale SFR, laquelle est détenue à 80 % par Cegetel et à 20 % par la société Vodaphone, opérateur de téléphonie mobile au Royaume-Uni, concurrent de la société Cellnet, contrôlée par British Telecom. Le chiffre d'affaires de la société SFR s'est élevé à ... milliards de francs en 1997 contre ... milliards de francs en 1996, soit une augmentation de ... %.

La société Cegetel est détenue majoritairement par le groupe Vivendi, qui a réalisé un chiffre d'affaires supérieur à 208 milliards de francs en 1998. Les autres actionnaires sont British Telecom (BT), qui détient 26 % du capital, et Mannesmann, 2^e opérateur de télécommunications en Allemagne, qui en détient 15 %.

Le montant des investissements en téléphonie mobile s'est élevé à ... milliards de francs en 1997 contre ... milliards en 1996 (16 milliards au total depuis 1988). Le montant

total des investissements de la société SFR depuis sa création devrait dépasser la somme de 20 milliards de francs en 1999.

Il est donc clair que ces deux opérateurs ont un chiffre d'affaires significatif par rapport à la taille du marché, contrôlent l'accès à un nombre élevé d'utilisateurs finaux, ont un accès aisé aux ressources financières et disposent, après plusieurs années de libéralisation progressive du marché, d'une solide expérience.

Cette analyse, conduite en application des critères fixés dans la directive 97/33/CE susvisée et dans le code des postes et télécommunications et reposant, parmi les données fournies par l'Autorité de régulation des télécommunications, sur celles qui sont apparues économiquement les plus adéquates, conduit à considérer que France Télécom (activité de téléphone fixe), France Télécom Mobiles et SFR sont des opérateurs puissants sur le marché national de l'interconnexion au sens de la directive et exerçant une influence significative sur le même marché au sens du code des postes et télécommunications.

Le Conseil de la concurrence estime toutefois utile de formuler un certain nombre d'observations complémentaires.

C. - Observations complémentaires

Les données fournies par la saisine et les choix méthodologiques qui les sous-tendent, pour étayés qu'ils soient, n'en suscitent pas moins quelques interrogations.

En premier lieu, c'est la première fois que la part des opérateurs de téléphonie mobile sur le marché national de l'interconnexion est mesurée en valeur. Or, la valorisation des revenus repose en grande partie sur des règles conventionnelles dont l'application confère une part d'incertitude aux conclusions qui peuvent en être tirées sur les positions effectives des différents opérateurs sur le marché national de l'interconnexion, en particulier lorsque l'observation porte sur une période limitée dans le temps. A titre d'exemple, il peut être rappelé que, dans la réalité et compte tenu de leurs engagements contractuels, les opérateurs de téléphonie mobile ne procèdent, actuellement, à aucun reversement pour les appels échangés entre téléphones mobiles. Par ailleurs, contrairement à ce que recommande la Commission européenne (Comité ONP), depuis le 13 janvier 1999, les revenus tirés de l'interconnexion des lignes louées nationales et internationales n'ont pas été retenus dans l'estimation faite par l'Autorité, alors que la prise en compte de ce chiffre conduirait vraisemblablement à augmenter la part de France Télécom (activité fixe) au détriment de celles des opérateurs de téléphonie mobile sur le marché national de l'interconnexion.

En deuxième lieu, le fait de retenir comme critère de l'influence d'une entreprise sa part de marché en valeur calculée en multipliant un volume par un prix qui n'est pas orienté vers les coûts, suscite inévitablement une difficulté méthodologique puisque l'effet mécanique de la déclaration d'influence sera, au cas d'espèce, d'obliger les opérateurs à baisser leurs tarifs et donc, au moins dans un premier temps, ladite part de marché. C'est un effet (parfois appelé effet « stop and go ») classique lorsqu'un critère de décision est, à son tour, influencé par celle-ci. Cette situation pourrait conduire à attendre que le dépassement du seuil de 25 % de part de marché soit suffisamment important pour minimiser la possibilité qu'un tel effet se produise. Toutefois, l'option 1 retenue par le Conseil et consistant à valoriser des interconnexions internes par France Télécom Mobiles et SFR au coût effectivement supporté par cette entreprise, est celle qui minimise le plus le risque que l'effet « stop and go » ne se manifeste, car il faudrait qu'après la déclaration de puissance, les tarifs d'interconnexion des opérateurs mobiles baissent d'environ 50 % toutes choses égales par ailleurs, pour que France Télécom Mobiles et SFR voient leur part de marché redescendre sous le seuil de 25 %. Il faut par ailleurs souligner que ces calculs ne prennent pas en compte l'élasticité de la demande aux prix des appels fixes vers mobiles, au sujet de laquelle les représentants de la société France Télécom, qui a pourtant appliqué une baisse de l'ordre de 20 % à compter du 1^{er} juillet 1999,

ont déclaré en séance ne pas détenir d'éléments fiables, qui ne peut être considérée comme nulle. Il n'est pas exclu, par ailleurs, que d'autres indicateurs de parts de marché que ceux qui ont été retenus dans le présent avis, notamment des indicateurs composites, puissent constituer, pour l'avenir, des alternatives évitant les inconvénients sus-rappelés.

En troisième lieu, les comparaisons internationales sont également une source de doute : selon une enquête réalisée par la Commission européenne, les opérateurs de téléphonie mobile considérés comme puissants sur le marché de l'interconnexion et comme étant tenus, en conséquence, d'orienter leurs tarifs vers les coûts, sont actuellement, Telia (Suède), Sonera (Finlande) (3) et Mobilkom Austria (Autriche). La Commission européenne précise que Mobilkom Austria a contesté cette désignation et qu'une juridiction a temporairement suspendu cette décision dans l'attente d'une décision au fond. Cette situation peut s'expliquer par le fait que les autorités nationales compétentes auraient, jusqu'à présent, et malgré le poids considérable de certains opérateurs mobiles étrangers, estimé insuffisante la démonstration de ce que le seuil de 25 % du marché de l'interconnexion était atteint, ou encore par le fait qu'il s'agit de situations extrêmement évolutives. A cet égard, il convient de noter que la situation française présente une caractéristique particulière : selon des informations publiées en 1999 (étude *The Phone House* publiée par le quotidien *Les Echos* du 30 juin 1999), les prix pratiqués en France pour les appels de postes fixes vers postes mobiles seraient parmi les plus élevés de l'Union européenne, ce qui peut expliquer la part importante détenue par les opérateurs mobiles sur le marché de l'interconnexion.

Le Conseil observe, en quatrième lieu, que la désignation d'une ou plusieurs entreprise(s) de téléphonie mobile comme opérateur(s) exerçant une influence significative sur le marché national de l'interconnexion aura des conséquences structurelles sur le développement de la concurrence dans le secteur de la téléphonie, au plan national, pendant plusieurs années.

Une diminution des revenus que les opérateurs de téléphonie mobile tirent des appels « fixe vers mobile » amoindrira leur capacité d'autofinancement alors que l'un d'entre eux au moins se trouve encore en phase de déploiement. La désignation d'un ou deux opérateurs de téléphonie mobile comme exerçant une influence significative sur le marché national de l'interconnexion et l'obligation qui s'ensuivra pour les opérateurs d'aligner leurs tarifs d'interconnexion sur les coûts auraient des conséquences sur les revenus du troisième opérateur, qui serait certainement conduit à aligner ses tarifs sur ceux de ses concurrents. En effet, la baisse de 20 % des tarifs entrants décidée par Itinériss a conduit les deux autres opérateurs à s'aligner en quelques semaines. Cet alignement pourrait avoir à première vue, pour ces autres opérateurs, des conséquences économiques difficiles à surmonter. En effet, France Télécom Mobiles, le plus anciennement développé des opérateurs de téléphonie mobile, a, du fait notamment du nombre de ses abonnés, des coûts par abonné inférieurs à ceux de ses concurrents et tout particulièrement du dernier entrant. Le risque existe que le tarif d'interconnexion orienté vers les coûts qui serait imposé à France Télécom Mobiles soit inférieur aux coûts de ses concurrents qui seraient alors contraints de choisir entre l'adoption de tarifs d'interconnexion plus élevés que ceux de France Télécom Mobiles, au risque de perdre des clients, ou l'alignement tarifaire, au risque de rendre leur activité d'interconnexion déficitaire. Cette perspective pourrait aboutir à l'élimination ou, du moins, à l'absence de développement de certains intervenants sur le marché de la téléphonie mobile, ce qui serait préjudiciable à son fonctionnement concurrentiel. Cette analyse doit toutefois être nuancée : les redevances d'interconnexion doivent, conformément à la directive ONP, être fixées en tenant compte d'un « rendement raisonnable des investissements », ce qui devrait rendre possibles des modes de calcul de tarifs orientés vers les coûts évitant les inconvénients précédents.

A l'inverse, une baisse des tarifs d'interconnexion fixe vers mobile diminuerait d'autant

les charges supportées par des nouveaux entrants dans la téléphonie fixe, dont certains se sont dotés d'un réseau en propre, en concurrence avec France Télécom, et favoriserait donc le développement de ces entreprises sur un marché ouvert plus récemment que la téléphonie mobile à la concurrence. Le fait de ne pouvoir proposer d'offre fixe vers mobile à des conditions attractives constitue, selon ces opérateurs en tout cas, un handicap dans la concurrence dans la mesure où il s'oppose à une offre complète de services de leur part, à une clientèle composée essentiellement d'entreprises qui demandent le plus souvent une couverture de l'ensemble de leurs besoins de télécommunications. Une baisse des tarifs de terminaison d'appels fixe vers mobile, répercutée sur les tarifs de détail, serait également bénéfique pour le consommateur. Les opérateurs de téléphonie mobile, qui fixent, en l'état actuel, les prix de détail des communications fixes vers mobiles ont manifestement intérêt à maintenir des prix élevés qui leur procurent une source importante de revenus.

France Télécom, qui opère sur le marché de la téléphonie fixe et de la téléphonie mobile, dispose notamment de toute latitude pour baisser ses tarifs fixes vers mobiles. Mais, alors que les représentants de cet opérateur ont déclaré en séance que France Télécom était favorable à une baisse des prix, la décision de les abaisser au 1^{er} juillet 1999 n'a été prise qu'après concertation menée par l'Autorité avec les trois opérateurs de téléphonie mobile. Il semble donc que, dans la situation actuelle, aucun opérateur ne souhaite réellement une baisse des prix.

Il doit d'ailleurs, à cet égard, être souligné que la fixation des prix aux consommateurs des appels entrants par les opérateurs de téléphonie mobile, alors que c'est l'opérateur de réseau fixe qui facture et perçoit le montant de l'appel auprès de ses abonnés, est contraire au droit commun de la concurrence puisqu'elle porte atteinte à la liberté commerciale de l'entreprise qui commercialise le service. Cette situation, qui résulte des licences des opérateurs de téléphonie mobile, devrait donc être modifiée, d'autant plus qu'elle est atypique en Europe. La levée de cet obstacle structurel permettra de clarifier les rôles :

- le prix final au consommateur sera fixé par l'opérateur fixe ;
- le prix de l'interconnexion sera fixé par l'opérateur mobile.

Enfin, au stade actuel de développement de la téléphonie fixe et de la téléphonie mobile sur le plan national, plusieurs facteurs sont susceptibles de remettre rapidement en cause les conclusions qui pourraient être tirées de la position occupée actuellement par les opérateurs de télécommunications sur le marché national de l'interconnexion : s'agissant de la téléphonie mobile, les prévisions des opérateurs font généralement état d'un taux de pénétration de 32 % en l'an 2000 et de 50 % en 2003 contre 25 % actuellement. Bien qu'arrivée à une certaine maturité, la téléphonie entre points fixes devrait également continuer à se développer en volume, compte tenu notamment du développement d'Internet, dans une proportion cependant moindre que la téléphonie mobile, qu'il est aujourd'hui difficile d'évaluer. Les chiffres recueillis par l'Observatoire des mobiles montrent, par ailleurs, que, bien qu'encore modeste, la part relative de la société Bouygues Télécom sur le marché de la téléphonie mobile progresse régulièrement. Enfin, la convergence entre la téléphonie fixe et la téléphonie mobile, d'une part, et la convergence voix-image, d'autre part, avec notamment la mise en application prochaine des systèmes de « nouvelle génération » UMTS, qui seront composés d'une partie terrestre et d'une partie satellitaire et qui devraient approcher le niveau qualitatif offert sur les réseaux fixes, pourraient enfin modifier profondément la situation de l'ensemble du secteur en rendant aléatoire la séparation voulue par la directive ONP n° 97/33/CE entre les marchés du fixe et du mobile. La directive ONP n° 98/10/CE du 26 février 1998 indique d'ailleurs (considérant 17) que « *dans la perspective de la convergence prévue entre les services de téléphonie fixes et mobiles, la mesure dans laquelle la présente directive s'applique aux services mobiles devra être réexaminée lorsque cette directive sera revue* », la date butoir étant fixée au 31 décembre 1999.

En conclusion, le Conseil est d'avis, au vu des éléments en sa possession, que, sur le marché national de détail de la téléphonie fixe et des lignes louées, la société France Télécom exerce une influence significative et que, sur le marché national de détail de la téléphonie mobile, France Télécom Mobiles et SFR exercent une influence significative. Sur le marché national de l'interconnexion, les sociétés France Télécom (activité fixe, d'une part, et activité mobile, d'autre part) et SFR remplissent les conditions pour être considérées comme exerçant une influence significative. Cependant, le Conseil souligne que s'agissant du marché de l'interconnexion, les incertitudes relatives aux données qui ont servi à calculer les parts de marché, ainsi que les interrogations que peuvent susciter les conséquences mécaniques sur la concurrence d'une application de ces conclusions, méritent d'être prises en considération.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Bourhis, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

Le rapporteur général,
Patrick Hubert
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

- (1) UMTS : Universal Mobile Telecommunications Systems.
- (2) Décision 128/1998/CE du 14 décembre 1998 (*JOCE* n° L 17 du 22 janvier 1999).
- (3) Les pays nordiques sont des pays dans lesquels le taux de pénétration de la téléphonie mobile est largement supérieur à ceux des pays d'Europe continentale.

Annexe 117

Avis n° 99-A-14 du Conseil de la concurrence en date du 28 septembre 1999 relatif au projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company des actifs de la société Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque « Orangina »

Le Conseil de la concurrence (formation plénière),

Vu la lettre enregistrée le 12 mai 1999 sous le numéro A 272 par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative au projet d'acquisition par la société The Coca-Cola Company de l'ensemble des actifs de la société Pernod Ricard concernant les boissons de marque « Orangina » ;

Vu l'ordonnance n° 861243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence, et notamment son titre V, et le décret n° 861309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu les observations présentées par la société The Coca-Cola Company, la société Pernod Ricard et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants de la société Pepsi-Cola et M. Benoît Heilbrunn, spécialiste de l'économie des marques, entendus conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance précitée, les représentants de la société The Coca-Cola Company et de la société Pernod Ricard entendus,

Adopte l'avis fondé sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - CONSTATATIONS

A. - Les entreprises parties à l'opération

1. La société The Coca-Cola Company

La société américaine The Coca-Cola Company (TCCC) est le premier fournisseur mondial de concentrés et de sirops servant à produire des boissons gazeuses sans alcool. Cette

société, qui détient quatre des cinq marques de boissons sans alcool les plus vendues au monde, est présente dans près de 200 pays. En 1998, TCCC a réalisé un chiffre d'affaires de 18,8 milliards de dollars (environ 115 milliards de francs), pour un revenu net de 3,5 milliards de dollars. Le chiffre d'affaires de TCCC est constitué pour l'essentiel par la vente de concentrés, cette société s'étant progressivement désengagée de ses activités directes d'embouteillage (cf. note 103) .

TCCC est présente en France par l'intermédiaire de deux filiales à 100 % : la société Varoise de Concentrés, qui produit des concentrés destinés aux embouteilleurs, et la société Coca-Cola Services France, dont l'activité consiste à fournir divers services à ces embouteilleurs (contrôle de la qualité des boissons, mise en œuvre d'études de marché, assistance dans la commercialisation et la promotion des produits...). En 1998, les sociétés Varoise de Concentrés et Coca-Cola Services France ont réalisé un chiffre d'affaires hors taxes cumulé de 1,8 milliard de francs.

A partir de 1986, TCCC a commencé à regrouper ses activités d'embouteillage et de distribution aux Etats-Unis au sein d'une nouvelle filiale, Coca-Cola Enterprises (CCE), dont 51 % du capital a été ouvert au public. Au début des années 1990, CCE a fusionné avec le groupe d'embouteillage Johnston, premier embouteilleur indépendant de Coca-Cola aux Etats-Unis. Entre 1993 et 1996, CCE a successivement acquis les activités d'embouteillage de TCCC aux Pays-Bas, en Belgique et en France. En 1997, elle a acquis auprès du groupe britannique Cadbury Schweppes et de TCCC la totalité du capital de la société Amalgamated Beverages GB, entreprise assurant, via sa filiale Coca-Cola & Schweppes Beverages (CCSB), l'embouteillage et la distribution en Grande-Bretagne des boissons aux marques de Cadbury Schweppes et de TCCC (cf. note 104) . Enfin, CCE a récemment acquis douze sociétés d'embouteillage américaines ainsi que l'entreprise qui procédait à l'embouteillages des produits Coca-Cola au Luxembourg. CCE, qui, selon son rapport pour l'année 1998, représente désormais « *plus de 21 % du total des affaires de The Coca-Cola Company* », a réalisé en 1998 un chiffre d'affaires consolidé de 13,4 milliards de dollars (environ 82 milliards de francs).

Dans ce rapport, CCE souligne que : « *Les produits de The Coca-Cola Company représentent approximativement 90 % du volume total de nos ventes. Ceci reflète le succès de notre partenariat avec The Coca-Cola Company, laquelle détient actuellement environ 40 % de nos actions ordinaires.* »

Dans un arrêt en date du 9 avril 1999 (cf. note 105) , le Conseil d'Etat, se fondant notamment sur ces éléments, a considéré que, « *sans qu'il soit besoin de se prononcer sur le point de savoir si la première de ces sociétés (TCCC) exerce une influence déterminante sur la seconde (CCE), il résulte de ce qui précède que les deux sociétés en cause ainsi que leurs filiales respectives doivent être regardées comme économiquement liées au sens de l'article 38 (de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986) précité* ».

CCE est présente en France par l'intermédiaire de deux filiales à 100 % : Coca-Cola Entreprises SA (CCESA), qui embouteille et distribue les boissons aux marques de TCCC sur la majorité du territoire national, et Coca-Cola Production SA (CCPSA), qui conditionne ces mêmes boissons en boîtes métalliques et vend sa production aux embouteilleurs européens de Coca-Cola dont CCESA. En 1998, CCESA et CCPSA ont réalisé respectivement un chiffre d'affaires de 5,6 milliards de francs et de 935 millions de francs. Le 1^{er} mars 1999, CCE a annoncé la signature d'une lettre d'intention pour l'acquisition de la société Sud Boissons SA et de la Société de Boissons Gazeuses de la Côte d'Azur, lesquelles distribuent les boissons aux marques de TCCC dans les Pyrénées-Atlantiques et le sud-est de la France. Par l'intermédiaire de ses diverses filiales, CCE couvrira ainsi l'ensemble du territoire métropolitain, à l'exception de la Corse.

2. La société Pernod Ricard SA

La société française Pernod Ricard a réalisé en 1998 un chiffre d'affaires consolidé de 20,582 milliards de francs dont environ 6,3 milliards de francs hors taxes sur le territoire national. Cette société, par l'intermédiaire de ses différentes filiales, produit et distribue des boissons alcoolisées (spiritueux anisés et amers, whiskies, eaux-de-vie, alcools blancs, liqueurs, apéritifs à base de vin, vins divers, cidres) et des boissons rafraîchissantes sans alcool (boissons gazeuses, boissons pour enfants, sirops et concentrés de fruits). Ses marques les plus connues sont : « Ricard », « Pernod » et « Pastis 51 » (spiritueux anisés), « Clan Campbell » (whisky), « Bisquit » (eau-de-vie), « Cinzano » (apéritif à base de vin), « La Cidraie », « Loïc Raison » et « Duché de Longueville » (cidres) et « Orangina » (boisson gazeuse sans alcool).

Les boissons de marque « Orangina » (« Orangina », « Orangina Light », « Orangina Plus » et « Orangina Rouge ») représentent [10-20 %] du chiffre d'affaires français du groupe (environ [...] milliard de francs sur un total de 6,3 milliards de francs).

La Compagnie financière des produits Orangina (CFPO), qui détient l'ensemble des actifs incorporels relatifs à la marque « Orangina », est détenue à 100 % par la société Pernod Ricard. CFPO possède elle-même deux filiales : la société Centre d'élaboration des Concentrés Orangina (CECO) et la société Orangina France.

L'activité de CFPO consiste à promouvoir le développement international de la marque « Orangina » par des programmes de marketing et des accords de licence de marque et de savoir-faire avec des partenaires industriels étrangers et par les exportations. Les boissons Orangina » sont produites sous licence CFPO par la société CECO et embouteillées et distribuées en France par la société Orangina France. Les usines d'embouteillage sont situées à la Courneuve (Seine-Saint-Denis), à Meyrieu (Rhône) et à Fegersheim (Bas-Rhin).

La société Orangina France détient elle-même deux filiales à 100 % : la société L'Igloo Distribution Automatique et la société The New Drinks Company. La société L'Igloo Distribution Automatique gère des appareils de distribution automatique dans la région Provence-Alpes-Côte d'Azur ; la société The New Drinks Company élabore de nouvelles boissons rafraîchissantes sans alcool.

Orangina France détient également une participation de 50 %, à égalité avec la société Pepsi-Cola, dans la société L'Igloo Post Mix qui gère des appareils de soutirage pour la consommation hors foyer.

B. - Le secteur

Les boissons gazeuses sans alcool (BGSA), famille de produits à laquelle appartiennent les boissons de marque « Orangina », sont fabriquées par addition d'eau, de sirop et de gaz carbonique. Leur production ne requiert pas la mise en œuvre de techniques industrielles complexes. Selon l'institut Canadean, 2 164 millions de litres de BGSA ont été vendus en France en 1998. On distingue habituellement entre les colas, les gazeux clairs (« tonics », « bitters », « lemon limes », thés gazeux) et les gazeux aux fruits à goût d'orange ou de citron. Les boissons au goût de cola représentent le segment le plus important avec 1 371 millions de litres vendus au cours de l'année 1998 (63,35 % du total des BGSA) contre 408 millions pour les BGSA aux fruits (18,85 % du total des BGSA) et 385 millions pour les gazeux clairs (17,8 % du total des BGSA).

Avec Orangina, trois grands groupes internationaux, TCCC, PepsiCo et Cadbury Schweppes, réalisent en France près de 80 % des ventes en volume du secteur. Le groupe Coca-Cola représente à lui seul 59,47 % des ventes totales de BGSA avec ses marques « Coca-Cola » (1 170,9 millions de litres), « Fanta » (73 millions de litres) et « Sprite » (43,2 millions de litres), contre 8,69% pour Orangina (188 millions de litres), 6,11 % pour le groupe PepsiCo avec ses marques « Pepsi-Cola » (98,2 millions de litres), « Seven Up » (33,8 millions de litres) et « Kas » (0,3 million de litres), et 5,11% pour le groupe Cadbury

Schweppes avec ses marques « Schweppes Indian Tonic » (51 millions de litres), « Gini » (22,4 millions de litres), « Schweppes Dry » (21,6 millions de litres) et « Canada Dry » (15,7 millions de litres).

Ces boissons sont soit consommées à domicile après achat dans les magasins alimentaires, soit consommées hors domicile dans les cafés, hôtels, restaurants et autres établissements de consommation hors foyer. En 1998, 1 702,2 millions de litres, soit 77,1 % des ventes en volume, ont été distribués par les magasins alimentaires et 461,8 millions de litres, soit 22,9 % de ces mêmes ventes, ont été distribués par les cafés, hôtels, restaurants et autres établissements de consommation hors foyer.

C. - L'opération

Le 4 mai 1999, les sociétés Pernod Ricard SA et TCCC ont conclu un accord rétablissant et amendant une lettre d'intention qui avait été signée entre les deux sociétés le 17 décembre 1997, prévoyant l'acquisition par la société TCCC des droits de la société Pernod Ricard relatifs aux boissons de marque « Orangina ». Cette opération a été notifiée par la société TCCC au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie qui a accusé réception du dossier le 14 juin 1999.

Le projet d'acquisition soumis à l'examen du Conseil fait suite à un premier projet, résultant de la lettre d'intention du 17 décembre 1997, qui avait été interdit le 17 septembre 1998 par un arrêté du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et du ministre de l'agriculture et de la pêche, pris après l'avis du Conseil de la concurrence, enjoignant à la société TCCC de renoncer à l'acquisition des actifs de la société Pernod Ricard relatifs aux boissons « Orangina » pour ce qui concerne la France.

Dans son avis n° 98-A-09 du 29 juillet 1998, le Conseil avait considéré que cette opération n'était pas de nature à apporter au progrès économique une contribution propre à compenser les risques d'atteinte à la concurrence qu'elle comportait sur l'un des marchés concernés, à savoir celui des boissons gazeuses sans alcool autres que les colas destinées à la consommation hors foyer.

Le recours en annulation engagé par la société TCCC à l'encontre de l'arrêté d'interdiction a été rejeté par le Conseil d'Etat le 9 avril 1999.

1. Les actifs devant être transférés à TCCC

Aux termes de l'accord conclu le 4 mai 1999, les actifs qui doivent être cédés par le groupe Pernod Ricard à la société TCCC sont les suivants :

1° [...]

2° .

3° .

2. Les aménagements proposés par les entreprises concernées

Pour tenter de répondre aux objections formulées au sujet du premier projet de concentration, TCCC et Pernod Ricard ont modifié les conditions de la transaction et les ont assorties de modalités nouvelles destinées, selon la société notifiante, à assurer le maintien de la concurrence.

Ces modalités concernent, d'une part, le comportement commercial de TCCC et, d'autre part, la distribution des boissons « Orangina » dans le circuit hors foyer.

2.1. En ce qui concerne le comportement commercial de TCCC :

TCCC confirme qu'elle appliquera, pour ses activités en France, l'engagement donné en

1989 par The Coca-Cola Export Corporation à la Commission des Communautés européennes (affaire Coca-Cola Italia) et que, sur le territoire français, les produits dont la marque contient le nom Orangina « *seront traités comme des produits* » au sens de l'engagement de 1989. Dans sa décision du 22 janvier 1997 relative à la concentration Coca-Cola/Amalgamated Beverages GB, la Commission des Communautés européennes a résumé cet engagement comme suit :

« TCCEC s'engage à se conformer aux obligations spécifiques qui lui incombent en ce qui concerne son comportement commercial dans chaque Etat membre pour les boissons rafraîchissantes au cola. TCCEC s'engage spécifiquement à ne pas inclure les dispositions suivantes dans les accords conclus ou renouvelés avec les clients et à s'abstenir de se livrer à des pratiques restrictives unilatérales d'effet équivalent :

« a) Dispositions d'exclusivité : dispositions qui obligent un client à ne pas acheter d'autres colas ou dispositions qui accordent au client une remise ou un autre avantage à condition que ce client n'achète pas de telles boissons.

« b) Ristournes de quantité : dispositions qui subordonnent l'octroi ou la portée des ristournes accordées à un client à la condition que celui-ci atteigne des objectifs d'achat de produits fixés individuellement pour ce client pour des périodes dépassant trois mois consécutifs.

« c) Ristournes de quantité combinées : dispositions en vertu desquelles une ristourne de quantité (dans la mesure autorisée selon le point b) est versée au client à condition qu'il réalise un total de ventes agrégées de produits de la Mégamarque Coca-Cola et de toutes autres boissons.

« d) Obligations d'achat : dispositions qui subordonnent la fourniture de produits de la Mégamarque Coca-Cola ou l'octroi ou le montant des remises ou autres avantages à l'achat par le client d'une ou de plusieurs boissons supplémentaires à l'achat d'un ou de plusieurs produits de la Mégamarque Coca-Cola. »

2.2. En ce qui concerne la distribution des boissons Orangina « dans le circuit hors foyer :

TCCC s'engage à ne pas commercialiser les boissons de marque « Orangina » dans le circuit hors foyer pendant une période de dix ans et à accorder à un « tiers indépendant » une licence exclusive pour la commercialisation et la distribution de ces boissons pendant cette période. Le circuit hors foyer, au sens de cet engagement, s'entend des cafés, hôtels, restaurants (CHR) et des clients dits « chaînés », à l'exception des clients avec lesquels Coca-Cola possède des accords internationaux de parrainage, dans la mesure où ces ventes sont essentielles au développement de la marque « Orangina » sur les segments alimentaires et hors foyer. Toutefois, Coca-Cola sera autorisé à vendre des produits « Orangina » dans les distributeurs automatiques détenus par Coca-Cola pour autant que les produits « Orangina » achetés à cette occasion soient achetés au tiers indépendant licencié. Le contrat de licence ainsi que l'identité du tiers devront être approuvés par le ministre chargé de l'économie.

Selon la société notifiante : « La période de dix ans pendant laquelle Coca-Cola sera absent du segment hors foyer pour la commercialisation d'Orangina donnera suffisamment de temps aux concurrents pour solidifier et étendre leur position en France, par le lancement de nouveaux produits, l'extension des gammes de produits existants ou en s'associant avec Orangina sous la direction du tiers indépendant titulaire de la licence Orangina pour le segment hors foyer . »

L'engagement de TCCC est assorti de nombreuses précisions destinées à assurer l'indépendance et la viabilité économique de ce « tiers indépendant » :

« – Coca-Cola soumettra tous les deux ans à l'accord préalable du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie tout amendement à la liste des événements internationaux parrainés qui refléterait des changements intervenus dans les événements

internationaux parrainés ;

« – sous réserve de ce qui est prévu dans les présents engagements, Coca-Cola ne mettra pas en cause l'indépendance du licencié ;

« – la licence sera négociée de bonne foi afin de parvenir à un accord dans les trois mois de la réalisation de l'acquisition d'Orangina ;

« – le choix du licencié ainsi que la licence seront soumis à l'approbation préalable du ministre ;

« – les contrats se rapportant à l'activité licenciée seront transférés au licencié sous réserve des stipulations éventuellement contenues dans les contrats concernés ;

« – le licencié aura le droit de distribuer et de vendre les produits Orangina, y compris les formats postmix (bag in box) à destination de l'activité licenciée exclusivement ;

« – la licence stipulera la création d'un comité de pilotage qui comprendra les représentants de Coca-Cola et du licencié. Le comité aura un droit de regard sur les politiques et les décisions concernant le marketing (y compris les promotions sur les ventes) et le positionnement commercial des marques et des produits Orangina. Ce comité sera composé de cinq membres, dont trois représentant le licencié et deux représentant Coca-Cola. Les décisions de ce comité seront prises à la majorité simple ;

« – la licence prévoira l'adoption d'objectifs de performance annuels relatifs aux volumes qui seront soumis par le licencié à l'examen et à l'accord du comité. Des sanctions et, au besoin, la résiliation de la licence seraient appliquées au licencié en cas de défaillance grave. Les désaccords persistants devront être tranchés dans le cadre des procédures d'arbitrage usuelles, sans pour autant que Coca-Cola puisse résilier la licence sans obtenir l'accord préalable du ministre ;

« – une incitation sera proposée au licencié pour promouvoir l'expansion de la marque « Orangina » sous la forme d'un bonus annuel qui sera payé au licencié à la fin de chacune des années de la licence où l'augmentation du volume des produits Orangina en France dépasse un certain pourcentage négocié par les parties. Pour la première année de la licence, le montant de ce bonus sera égal à un montant négocié par les parties qui sera ensuite ajusté annuellement en fonction de l'inflation pour chacune des autres années de la licence ;

« – Coca-Cola gardera la propriété exclusive des marques Orangina et disposera du droit exclusif de contrôle nécessaire pour s'assurer que le licencié ne diminue ou n'atteigne le caractère distinctif, la force et le "goodwill" des marques Orangina, en ce compris le contrôle de qualité sur le produit, l'emballage et la publicité. Le licencié aura le droit d'utiliser les marques Orangina aux côtés de marques appartenant à un tiers (y compris des promotions sur les conditionnements de marques appartenant à un tiers), dans la mesure où cet usage n'entraîne pas une telle diminution ou atteinte au caractère distinctif ou au "goodwill" des marques Orangina ;

« – l'une ou l'autre des parties aura le droit de résilier la licence à l'expiration d'une durée de dix ans avec un préavis d'un an ;

« – le licencié pourra choisir d'acheter des boissons Orangina sous l'une ou plusieurs des formes suivantes :

« – a) le licencié pourra acheter de l'Orangina sous forme de concentré aux fins de fabriquer des produits finis pour la vente et la distribution à l'activité licenciée exclusivement. Les contrôles standards de qualité Coca-Cola seront appliqués au licencié. Le concentré sera vendu au licencié au même prix ou à un prix plus favorable que celui facturé à tous les embouteilleurs dans l'Union européenne ;

« – b) le licencié pourra acheter de l'Orangina sous forme de concentré aux fins de permettre à un tiers de fabriquer des produits finis pour la vente et la distribution à l'activité licenciée exclusivement, sous réserve des contrôles de qualité standards de Coca-Cola. Le concentré sera vendu au licencié au même prix ou à un prix plus favorable que celui facturé

aux autres embouteilleurs dans l'Union Européenne ;

« – c) le licencié pourra acheter auprès de Coca-Cola de l'Orangina sous forme de produits finis pour la vente et la distribution à l'activité licenciée exclusivement, sous réserve des contrôles de qualité standards de Coca-Cola. Ces produits seront vendus au licencié à un prix qui ne sera pas plus élevé que le prix standard de l'embouteilleur, qui correspond au prix auquel les produits de référence sont vendus à d'autres embouteilleurs non producteurs, comme SOCOBO (cf. note 106) . Ce prix sera inférieur au prix grossiste ;

« – Coca-Cola fera en sorte que les produits Orangina distribués dans l'activité licenciée dans les formats du secteur alimentaire soient accessibles au licencié pour la vente et la distribution à l'activité licenciée au prix standard de l'embouteilleur ;

« – Coca-Cola fera en sorte que l'investissement promotionnel média et commercial pour Orangina en France soit d'au moins [...] millions de francs par an ;

« – Coca-Cola continuera de promouvoir et de maintenir la marque Orangina en France pendant au moins dix ans ;

« – Coca-Cola garantit l'approvisionnement du licencié en produits Orangina en application des engagements décrits ci-dessus pendant toute la durée de la licence ;

« – Coca-Cola mettra en œuvre et administrera un programme de formation qui informera tous les employés concernés en France de leurs obligations au regard du droit français de la concurrence et des obligations qui découlent des présents engagements ;

« – pour la durée spécifiée [...] Coca-Cola adressera chaque année à la DGCCRF un rapport sur le respect des engagements concernant les aspects concurrentiels de l'opération. »

Ces engagements de TCCC sont complétés par des engagements de la société Pernod Ricard selon lesquels :

« – Pernod Ricard est prête à proposer à PepsiCo la signature d'un nouvel accord de distribution à des conditions commerciales raisonnables (...). PepsiCo devra décider de confirmer son intérêt à négocier de bonne foi dans un délai de trois mois suivant l'offre en question ;

« – Pernod Ricard est prête à céder à PepsiCo sa participation de 50 % dans la société L'Igloo Post Mix, à sa valeur de marché et à des conditions commerciales raisonnables (...). Si PepsiCo n'est pas intéressée par cette offre, Pernod Ricard est prête à racheter la participation de 50 % de PepsiCo dans la société L'Igloo Post Mix aux mêmes conditions. PepsiCo devra décider de confirmer son intérêt à négocier de bonne foi dans un délai de trois mois suivant l'offre en question. »

La société Pernod Ricard a par ailleurs indiqué être candidate à la reprise de la distribution des boissons de marque « Orangina » dans le circuit hors domicile, au travers de sa filiale CSR Pampryl. Cette filiale, qui emploie 900 personnes, produit et distribue plusieurs types de boissons de marques différentes : des jus de fruits sous la marque « Pampryl », des boissons rafraîchissantes sans alcool sous les marques « Banga » et « Champomy », du cidre sous les marques « La Cidraie », « Loïc Raison », « Duché de Longueville », et du calvados. Elle a réalisé en 1998 un chiffre d'affaires de 1,463 million de francs. Cette société est surtout présente en France et peu à l'international.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Sur la nature de l'opération :

Considérant qu'aux termes de l'article 39 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : « La concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises

d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs entreprises une influence déterminante » ;

Considérant que l'accord conclu le 4 mai 1999 entre les sociétés TCCC et Pernod Ricard SA, en tant qu'il a pour objet de transférer à la première de ces sociétés une partie des biens, droits et obligations de la seconde, constitue un projet de concentration au sens de ce texte ;

Sur les seuils et les marchés de référence :

En ce qui concerne le marché de produits concerné par l'opération :

Considérant que les boissons gazeuses sans alcool (BGSA) sont généralement fabriquées avec de l'eau courante additionnée d'un mélange d'arômes et de sucre (le sirop) ainsi que de gaz carbonique ; que les sociétés TCCC et Pernod Ricard ont en commun de produire et de distribuer plusieurs marques de BGSA, la première avec ses marques « Coca-Cola », « Fanta » et « Sprite », la seconde avec ses marques « Orangina », « Brut de Pomme » et « Ricqlès » ; que, contrairement à la marque « Orangina », les marques « Brut de Pomme » et « Ricqlès » ne sont pas concernées par la présente opération ;

Considérant que, dans son avis n° 98-A-09 du 29 juillet 1998, le Conseil de la concurrence a considéré, d'une part, que les BGSA devaient être distinguées des autres boissons rafraîchissantes sans alcool en raison de leurs caractéristiques physiques, des habitudes de consommation et des données relatives aux prix et, d'autre part, que les BGSA au goût de cola devaient être distinguées des autres BGSA en raison de la spécificité de leur goût, de leur origine et de leur image particulière aux yeux des consommateurs ; qu'ainsi le Conseil a considéré que les BGSA autres que les colas appartenaient au même marché de produits ;

Considérant que, dans son arrêt du 9 avril 1999, le Conseil d'Etat a confirmé la définition des marchés retenue par le Conseil dans son avis et par les ministres dans leur arrêté du 17 septembre 1998 ;

Considérant que, depuis la date de cet avis et de cet arrêté, aucune évolution n'est intervenue qui aurait été de nature à remettre en cause cette analyse ; que le marché de produits concerné par la présente opération est donc celui des BGSA autres que les colas ;

En ce qui concerne les différents circuits de distribution :

Considérant que les boissons incluses dans le marché de référence sont distribuées sur l'ensemble du territoire français, soit dans les magasins alimentaires, soit dans les cafés, hôtels, restaurants et autres collectivités ; qu'en 1998 ces deux circuits ont représenté respectivement 77,1 % et 22,9 % des ventes en volume desdites boissons ;

Considérant que la consommation hors foyer présente des caractéristiques spécifiques en raison des prestations qui l'accompagnent et de contraintes particulières d'espace, comme l'a souligné le Conseil dans son avis n° 98-A-09 précité ; que, du point de vue du consommateur, l'achat d'une boisson dans le circuit hors foyer procède d'une démarche différente de l'achat du même produit dans le circuit alimentaire ; qu'en effet, les boissons achetées dans le circuit hors foyer sont généralement consommées immédiatement alors que les boissons achetées dans le circuit alimentaire font l'objet d'une consommation différée ; que, dès lors, la consommation hors foyer doit être distinguée de la consommation à domicile ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les marchés nationaux concernés par la présente opération sont, d'une part, le marché des BGSA autres que les colas vendues dans les magasins alimentaires et, d'autre part, celui de ces mêmes boissons vendues dans les cafés, hôtels, restaurants et autres établissements de consommation hors foyer ;

En ce qui concerne les seuils de référence :

Considérant qu'aux termes des dispositions de l'article 38 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 une opération de concentration ne peut être soumise à l'avis du Conseil de la concurrence que : « *Lorsque les entreprises qui sont parties à l'acte ou qui en sont l'objet ou qui leur sont économiquement liées ont soit réalisé ensemble plus de 25 % des ventes,*

achats ou autres transactions sur un marché national de biens, produits ou services substituables ou sur une partie substantielle d'un tel marché, soit totalisé un chiffre d'affaires hors taxes de plus de sept milliards de francs, à condition que deux au moins des entreprises parties à la concentration aient réalisé un chiffre d'affaires d'au moins deux milliards de francs » ; que, par ailleurs, l'article 27 du décret du 29 décembre 1986 précise que : « Le chiffre d'affaires pris en compte à l'article 38 de l'ordonnance est celui réalisé sur le marché national par les entreprises concernées et s'entend de la différence entre le chiffre d'affaires global hors taxes de chacune de ces entreprises et la valeur comptabilisée de leurs exportations directes ou par mandataire vers l'étranger » ;

Considérant qu'en 1998, dernière année pour laquelle le Conseil dispose de données complètes, la société Orangina France détenait une part de 20,8 % sur le marché des BGSA autres que les colas destinées à la consommation à domicile et que le groupe Coca-Cola détenait une part de 11,9 % sur ce même marché ; qu'à l'issue de la présente opération ce groupe détiendra 32,7% dudit marché ; que, sur la même période, la société Orangina France détenait une part de 33,5 % sur le marché des BGSA autres que les colas destinées à la consommation hors foyer et que le groupe Coca-Cola détenait une part de 23,9 % sur ce même marché ; que, à l'issue de la présente opération, ce groupe détiendra un portefeuille de marques représentant plus de 57 % de ce dernier marché ; que, par ailleurs, le groupe Coca-Cola détenait 84 % du marché des colas destinés à la consommation à domicile et près de 91 % du marché des colas destinés à la consommation hors foyer ; qu'en conséquence l'opération est contrôlable par le Conseil de la concurrence au regard de l'article 38 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Sur les caractéristiques du secteur :

Considérant que, ainsi que l'a relevé le Conseil de la concurrence dans son avis n° 98-A-09, le marché pris en considération est principalement un marché de marques ; que les barrières à l'entrée sur ce marché ne sont pas d'ordre industriel mais sont constituées par l'accès aux marques et par l'accès aux clients ; que l'importance des investissements nécessaires pour lancer une nouvelle marque a été soulignée par la Commission des Communautés européennes dans plusieurs décisions ; que, notamment dans sa décision du 11 septembre 1997 relative à la concentration TCCC/Carlsberg SA, elle relève que : « *L'image de marque joue un rôle essentiel pour l'augmentation des ventes dans le domaine des BGSA, et des sociétés comme TCCC et Pepsi-Co ont réussi à fidéliser leur clientèle grâce à des investissements très lourds qui leur ont permis de maintenir la bonne image de leurs marques. L'introduction d'une nouvelle marque nécessiterait donc des dépenses de publicité et de promotion très élevées, afin de persuader des clients fidèles de renoncer à leur marques habituelles de boissons gazeuses sans alcool. De plus, en raison de la fidélité des consommateurs aux marques connues, un nouveau fournisseur aurait beaucoup de difficultés à persuader la clientèle des détaillants de changer de fournisseur, ce qui constituerait une entrave supplémentaire à l'entrée. De telles dépenses de publicité et de promotion sont des coûts perdus et accroîtraient considérablement les risques qu'implique l'accès à ce marché* » ; que, toutefois, depuis dix ans, quelques grands groupes titulaires de marques internationales de forte notoriété sont parvenus à créer des produits nouveaux ; qu'il en a été ainsi de « Virgin Cola » lancé en 1997 et dont les ventes s'élevaient en 1998 à 13,2 millions de litres, d'« Orangina rouge » lancé en 1996 et dont les ventes représentaient, en 1997, 27 millions de litres, ou encore de « Pepsi Max » dont les volumes de vente ont atteint 33 millions de litres en 1997 (source : secret d'affaires rapport Canadean – 1998) ; que, de la même manière, des boissons au thé glacé (Liptonic, Lipton Ice Tea) ont été lancées en Europe à partir de l'année 1990 et s'y sont développées ;

Sur les effets de l'opération sur la concurrence :

En ce qui concerne l'acquisition par TCCC des marques de boissons sans alcool du

groupe Cadbury Schweppes dans certains pays :

Considérant que, dans sa lettre de saisine, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie appelle l'attention du Conseil de la concurrence sur le fait que : « *Entre la décision de septembre 1998 et le nouveau projet, la société The Coca-Cola Company s'est lancée dans une acquisition de dimension mondiale en rachetant les marques de boissons de Cadbury Schweppes dans de nombreux pays. Cette acquisition est susceptible d'avoir des effets sur le fonctionnement des marchés français. Elle modifie donc le contexte sur lequel s'était fondé votre Conseil pour rendre son avis du 29 juillet 1998* » ;

Considérant qu'en décembre 1998, la société TCCC a en effet annoncé l'achat pour la somme de 1,85 milliard de dollars (environ 11 milliards de francs) des marques de boissons sans alcool appartenant au groupe Cadbury Schweppes (« Schweppes », « Canada Dry », « Dr Pepper », « Crush », et des marques « régionales ») ; que l'accord conclu entre les deux sociétés couvrait 120 pays et prévoyait l'achat des sites de production de concentré situés en Irlande et en Espagne ainsi que de tous les éléments relatifs à l'activité boissons de Cadbury Schweppes tels que les contrats d'embouteillage et de distribution et le savoir-faire ; que les Etats-Unis, la France et l'Afrique du Sud étaient expressément exclus de cet accord ; que cette opération a été autorisée par les autorités de concurrence de certains pays (Irlande, Grèce, Turquie, Suède, Slovaquie et Royaume-Uni) ; qu'en revanche, elle a été jugée contraire aux règles de la concurrence dans d'autres pays (Australie, Belgique et Mexique) ; qu'elle a fait l'objet d'une procédure d'examen en Allemagne et en Italie ;

Considérant que l'acquisition par TCCC des usines européennes de concentré et des marques du groupe Cadbury Schweppes dans tous les pays d'Europe autres que la France aurait, si elle s'était réalisée, été susceptible d'affecter l'indépendance commerciale de la société Schweppes SA, filiale française de Cadbury Schweppes ; qu'en effet 91 % des distributeurs alimentaires interrogés au cours de l'instruction ont déclaré qu'ils étaient prêts à s'approvisionner dans un pays voisin s'ils pouvaient obtenir des conditions d'achat plus favorables pour une même marque de BGSA ; qu'il en serait résulté que la société Schweppes SA, déjà dépendante du groupe Coca-Cola pour ses approvisionnements en concentré, aurait difficilement pu mettre en œuvre une politique tarifaire et commerciale distincte de celle pratiquée par le groupe Coca-Cola pour les boissons de mêmes marques dans l'ensemble des autres pays ;

Considérant, par ailleurs, que l'accord initial conclu entre TCCC et Cadbury Schweppes comportait une clause aux termes de laquelle le groupe Cadbury Schweppes s'interdisait de vendre des marques ou des éléments d'actifs à un concurrent majeur de TCCC « *qui disposerait d'une présence globale importante correspondant à des revenus annuels provenant des ventes de concentrés supérieurs à 1,75 milliard de dollars* » ; qu'en pratique cette clause aurait eu pour effet d'empêcher le groupe PepsiCo, principal concurrent du groupe Coca-Cola, d'acquérir les marques de boissons du groupe Cadbury Schweppes dans les pays non concernés par l'opération, dont la France ;

Mais considérant, en premier lieu, que l'accord conclu entre TCCC et Cadbury Schweppes a été modifié par un avenant aux termes duquel TCCC ne procédera à l'achat d'aucune des marques, des activités et des actifs du groupe Cadbury Schweppes dans l'Union européenne (à l'exception du Royaume-Uni, de l'Irlande et de la Grèce), en Norvège et en Suisse ; que cet avenant prévoit que les entreprises déjà transférées à TCCC par le groupe Cadbury Schweppes « *doivent rétrocéder à Cadbury Schweppes l'ensemble des actifs exclus de l'opération qu'elles détenaient avant la mise en œuvre de l'opération* » et que le groupe Cadbury Schweppes conservera la propriété des usines de concentré situées en Irlande et en Espagne ; que cet avenant rend inapplicable aux pays européens la clause du contrat initial aux termes de laquelle Cadbury Schweppes acceptait de ne pas vendre de marques ou d'éléments d'actifs à un concurrent majeur de TCCC ; que TCCC précise « *qu'à l'issue de*

l'opération elle ne détiendra aucune participation dans le capital ni aucun contrôle sur la direction de l'une quelconque des exploitations de Cadbury Schweppes, notamment en matière d'embouteillage, tant sur le territoire français que dans les pays voisins d'Europe continentale » ; qu'elle souligne également que « le contrat modifié ne contient aucune stipulation prévoyant une coopération entre TCCC et Schweppes SA dans le domaine du marketing » ; que le prix de la transaction a, en conséquence, été abaissé à la somme de 1,1 milliard de dollars ; qu'il a été mis fin aux procédures d'examen de l'opération de concentration engagées en Allemagne et en Italie ;

Considérant, en second lieu, que l'acquisition des marques et des actifs de Cadbury Schweppes au Royaume-Uni, en Irlande et en Grèce, pays dans lesquels les autorités de concurrence ont considéré que la transaction ne soulevait pas de problème particulier, n'apparaît pas susceptible d'affecter l'indépendance commerciale de la filiale française de Cadbury Schweppes ; qu'en effet des accords de licence donnant à CCE le droit exclusif d'assurer la fabrication, le marketing, la distribution et la vente en Grande-Bretagne des boissons sans alcool de Cadbury Schweppes liaient déjà les deux groupes ; que CCE avait déjà racheté en 1997 l'entreprise d'embouteillage qu'elle contrôlait en commun avec Cadbury Schweppes en Grande-Bretagne ; que les boissons vendues sous les marques appartenant au groupe Cadbury Schweppes occupent une part de marché très faible en Grèce ;

Considérant, en troisième lieu, que, s'il est vraisemblable que la gestion des marques et le développement technique des produits imposera une coordination au niveau mondial entre TCCC et Cadbury Schweppes, notamment en ce qui concerne la promotion de la marque, cette circonstance ne permet pas à elle seule de conclure à l'absence d'indépendance de la filiale française de Cadbury Schweppes vis-à-vis de TCCC ; qu'elle pourrait au contraire être de nature à renforcer sa compétitivité sur le marché français ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'acquisition par TCCC des marques de boissons non alcoolisées appartenant au groupe Cadbury Schweppes au Royaume-Uni, en Irlande et en Grèce et dans d'autres pays non européens n'est pas de nature à avoir des effets directs sur le fonctionnement des marchés français ; que, cependant, elle traduit une tendance mondiale à la structuration oligopolistique du secteur des boissons gazeuses résultant soit de concentrations, soit de la nécessité de coordonner la gestion de marques détenues par différentes sociétés dans différents pays, soit de la croissance interne d'un très petit nombre d'entreprises ; que ce contexte est à prendre en considération lors de l'analyse de chaque situation nationale ;

En ce qui concerne le marché des BGSA autres que les colas, destinées à la consommation hors foyer :

Considérant que le groupe Coca-Cola détient, avec ses marques « Fanta » et « Sprite », 23,9% du marché des BGSA autres que les colas destinées à la consommation hors foyer (43,5 millions de litres sur un total d'environ 182 millions de litres) ; que la marque « Orangina » représente à elle seule 33,5% de ce marché ; que la réunion de ces trois marques conférerait au nouvel ensemble 57,4 % dudit marché ; qu'à l'exception du groupe CadburySchweppes avec ses marques « Schweppes Indian Tonic », « Schweppes Dry », « Gini » et « Canada Dry » (12,8 millions de litres, soit 7 % du marché) et de la société Pepsi-Cola avec sa marque « Seven Up » (5,1 millions de litres, soit 2,8 % du marché), aucun autre intervenant ne détient une position significative sur ce marché ;

Considérant que le groupe Coca-Cola détient également près de 91 % du marché des colas à destination de la consommation hors foyer (253,6 millions de litres sur un total d'environ 280 millions de litres) ;

Considérant que les grandes catégories de demandeurs de BGSA sur le marché de la consommation hors foyer sont, d'une part, les intermédiaires (entrepôts grossistes, magasins de payer-prendre) qui approvisionnent notamment les cafés, hôtels et restaurants

traditionnels et, d'autre part, des acheteurs de dimension nationale (chaînes de restauration rapide, cafétérias, grandes entreprises de distribution automatique, groupes pétroliers, etc.) ; que, si les points de vente de la consommation hors foyer doivent offrir plusieurs variétés de BGSA, leurs contraintes d'espace les conduisent généralement à sélectionner une seule marque pour chaque variété de BGSA ; que, dans chaque catégorie de BGSA, est préférentiellement choisie une marque de grande notoriété faisant l'objet d'une demande forte et spontanée des consommateurs ; qu'il en résulte que la position des marques de premier plan est plus solidement établie sur ce marché que sur celui des BGSA destinées à la consommation à domicile ; qu'ainsi « Orangina » représente plus de 33,5% des ventes en volume de BGSA autres que les colas destinées à la consommation hors foyer, alors que sa part n'est que de 20,8 % dans les circuits de la consommation à domicile ; que « Coca-Cola » représente près de 91 % des ventes de colas dans les circuits de la consommation hors foyer, alors que sa part de marché est de 84 % pour la consommation à domicile ;

Considérant, en outre, que les offreurs de BGSA disposent généralement d'une gamme de produits de plus ou moins grande notoriété ; que ces intervenants ont intérêt, en s'appuyant sur la demande spontanée de leurs produits dont les marques sont les plus notoires, à faire porter les efforts de leurs équipes commerciales sur la vente des marques les moins notoires de leur gamme et sur celles qui sont le plus directement concurrencées par des marques d'un autre groupe ; que la détention d'une marque considérée comme incontournable permet aux offreurs de BGSA d'inciter leurs clients à compléter leur gamme en achetant les boissons du groupe positionnées sur les autres segments du marché ; que l'utilisation de cet effet de levier ou de portefeuille favorise l'existence d'une concurrence active dès lors que chacun des groupes présents sur le secteur dispose d'une marque considérée comme incontournable ;

Considérant que l'accès au marché des BGSA hors cola destinées à la consommation hors domicile, qui représente 22,9 % des ventes totales de BGSA, constitue un enjeu de concurrence crucial pour l'ensemble du secteur des BGSA ; qu'en effet les habitudes de consommation des boissons de marque se prennent dans les lieux de consommation publics ; qu'ainsi 91 % des distributeurs alimentaires ayant répondu au questionnaire des rapporteurs estiment que le succès rencontré par une marque sur les différents circuits de la consommation hors foyer avait une incidence sur les ventes de cette même marque en distribution alimentaire ;

Considérant que, dans son avis n° 98-A-09 relatif au précédent projet d'acquisition par TCCC des actifs du groupe Pernod Ricard concernant les boissons de marque « Orangina », le Conseil de la concurrence a considéré que *« le groupe Coca-Cola, qui détient déjà une marque incontournable sur le marché des colas destinés à la consommation hors domicile, détiendra également, avec la marque "Orangina", une marque incontournable située sur un segment important du marché des BGSA, et ce alors même qu'il détient déjà sur ce segment une marque concurrente de bonne notoriété, la marque "Fanta", et que seuls les groupes Coca-Cola et Pepsi-Cola sont en concurrence frontale sur ce marché, dès lors que le groupe Cadbury Schweppes a choisi une stratégie de niches en offrant des produits qui ne sont pas positionnés sur les mêmes segments de la gamme que ceux de ses concurrents ; que ces éléments sont de nature à restreindre la concurrence dans le court et le moyen terme, non seulement sur le segment des boissons gazeuses sans alcool à l'orange sur lequel les deux marques les plus importantes seront désormais sous le contrôle du groupe Coca-Cola, mais également sur l'ensemble du marché des BGSA autres que les colas destinées à la consommation hors foyer, en privant à court et moyen terme la société Pepsi-Cola de la possibilité d'utiliser l'effet de levier ou de portefeuille susdécrit, compte tenu du fait que cette société ne dispose pas d'une possibilité alternative d'offrir sur ce segment essentiel du marché un produit concurrent disposant d'une notoriété suffisante »* ;

Considérant cependant que, pour répondre à ces objections, la société TCCC a, dans le

cadre du nouveau projet d'acquisition, pris divers engagements destinés, selon elle, à prévenir tout risque d'atteinte à la concurrence sur le marché concerné ; qu'il y a lieu d'examiner ces engagements tels qu'ils ont été soumis au Conseil par le ministre de l'économie dans sa lettre de saisine en date du 12 mai 1999 ; que si, en séance, TCCC, dont la bonne foi n'est pas en cause, a déclaré accepter de modifier ces engagements en ce qui concerne le contenu du contrat de licence à conclure avec le tiers indépendant, le Conseil ne peut, à ce stade de la procédure, se prononcer que sur les textes qui lui ont été communiqués ;

Considérant, en premier lieu, que la société TCCC s'engage à ne pas commercialiser les boissons « Orangina » dans le « *circuit hors foyer* » pendant une durée de dix ans et à accorder à un « *tiers indépendant* » une licence exclusive pour la commercialisation et la distribution de ces produits pendant cette période ; que, au sens de cet engagement, le « *circuit hors foyer* » s'entend de l'ensemble des points de vente de la consommation hors foyer à l'exception toutefois des clients avec lesquels Coca-Cola possède des accords internationaux de parrainage ;

Considérant, en deuxième lieu, que TCCC s'engage à approvisionner le licencié en concentré pendant toute la durée de la licence « *au même prix ou à un prix plus favorable que celui facturé aux autres embouteilleurs dans l'Union européenne, et en produits finis à un prix qui ne sera pas plus élevé que le prix standard de l'embouteilleur. Ce prix sera inférieur au prix grossiste* » ;

Considérant, en troisième lieu, que TCCC s'engage à consacrer à la promotion publicitaire et commerciale d'Orangina un budget annuel de [...] par an et « *de promouvoir et maintenir la marque Orangina en France pendant au moins dix ans* » ;

Considérant, en quatrième lieu, que la société Pernod Ricard s'est déclarée prête, en accord avec TCCC, à assurer la distribution des produits Orangina par l'intermédiaire de sa filiale CSR Pampryl ; que cette société, qui commercialise déjà des jus de fruits, du cidre, du calvados et des boissons pour enfants et à laquelle serait affectée une partie des personnels antérieurement affectés à la commercialisation des produits « Orangina » est en mesure de distribuer les boissons « Orangina » sur le marché de la consommation hors foyer ; que la possibilité sera offerte au tiers licencié d'associer la marque « Orangina » à d'autres produits de marque appartenant à un tiers ;

Considérant, en cinquième lieu, que la société TCCC confirme qu'elle appliquera pour ses activités en France l'engagement donné en 1989 par The Coca-Cola Export Corporation à la Commission des Communautés européennes ; que, conformément à cet engagement, le groupe Coca-Cola n'exigera des clients ni qu'ils achètent des produits « Orangina » comme condition pour obtenir des produits « Coca-Cola », ni qu'ils achètent des produits « Coca-Cola » comme condition pour obtenir des produits « Orangina », ni qu'ils achètent une boisson correspondant à l'une ou l'autre de ses autres marques comme condition pour obtenir des produits « Orangina » et/ou « Coca-Cola » ; qu'il ne sera pas conclu d'accords avec les grossistes ou les détaillants leur demandant de s'abstenir de distribuer des produits concurrents ou leur demandant d'obtenir l'accord de leurs clients pour qu'ils s'abstiennent de distribuer des produits concurrents ; qu'il ne sera pas affirmé dans les campagnes publicitaires ou de promotion des ventes que les marques du groupe Coca-Cola sont incontournables ;

Considérant, en sixième lieu, que pour la durée spécifiée de la convention, Coca-Cola adresse chaque année à la DGCCRF un rapport sur le respect des engagements concernant les aspects concurrentiels de l'opérateur ; que la résiliation de la licence, en cas de défaillance grave, ne peut intervenir qu'avec l'accord du ministre chargé de l'économie ;

Considérant que ces engagements ont été pris afin, selon la société TCCC, de permettre le maintien, pendant une période de dix ans, d'une concurrence de même intensité que celle qui prévalait avant l'opération sur le marché pertinent ; qu'un tel objet ne peut qu'être approuvé mais qu'il n'est susceptible d'éviter les inconvénients relevés par le Conseil dans

son précédent avis que si, sur le marché pertinent, les prix des BGSA vendues par le groupe Coca-Cola, d'une part, et par le tiers licencié, de l'autre, sont fixés indépendamment et si, pendant la période de dix ans, TCCC et le tiers licencié ne disposent pas ensemble, sur le marché pertinent, d'une position les mettant en mesure de gêner significativement l'accès de nouveaux entrants potentiels ;

Considérant que les engagements susvisés comportent à cet égard un certain nombre de points positifs ; qu'il en est ainsi de la durée retenue de dix ans ainsi que de la définition du circuit « hors foyer », des conditions auxquelles le tiers licencié pourra acquérir des boissons sous la forme de concentré ou de produits finis, du montant des budgets promotionnels et de la liberté offerte au licencié d'associer la marque « Orangina » à d'autres produits de marques différentes et de l'impossibilité pour la société TCCC de résilier la licence sans l'accord préalable du ministre chargé de l'économie ; que la possibilité d'un accord à des conditions commerciales raisonnables entre Pernod Ricard et Pepsi-Cola portant sur la distribution par Pampryl des produits du groupe Pepsi-Cola et des boissons sous marque Orangina est ouverte ; que, si un tel accord était réalisé, il serait de nature à favoriser l'exercice de la concurrence effective entre Orangina et les BGSA du groupe Coca-Cola ;

Considérant toutefois que, quelle que soit l'issue des négociations éventuelles entre Pernod Ricard et Pepsi-Cola, il convient d'examiner si le projet de la convention entre Coca-Cola et le tiers licencié ne comporte pas des dispositions de nature à restreindre l'indépendance du licencié en matière commerciale ; qu'il est nécessaire de vérifier que TCCC, qui, avec sa marque Fanta, se trouvera sur ce marché en concurrence frontale avec le distributeur de la marque « Orangina », ne disposera pas de moyens d'influencer, directement ou indirectement, la politique du tiers licencié ; qu'à l'inverse il convient de s'assurer que les liens que la gestion commune de la marque « Orangina » contribueront à nouer entre TCCC et le tiers licencié ne donneront pas à la première des informations lui permettant d'aligner sa politique commerciale, notamment la marque Fanta, sur celle du second ; qu'il est donc nécessaire que les engagements souscrits assurent que ce dernier et TCCC puissent se comporter comme de véritables concurrents ;

Considérant que, si la mise en œuvre d'un accord de licence implique que le propriétaire de la marque dispose du droit de contrôle nécessaire pour s'assurer que le licencié ne porte pas atteinte au caractère distinctif, à la force et au « goodwill » de la marque « Orangina », ce contrôle ne doit pas, dès lors que le licencié et le donneur de licence sont concurrents sur le même marché, mettre en cause l'indépendance commerciale du licencié ; que cette dernière est d'autant plus nécessaire que les marchés de la consommation hors foyer et de la consommation à domicile ne sont pas d'une parfaite étanchéité ; que, notamment, des centrales d'achat peuvent alimenter à la fois les magasins de « payer-prendre » auxquels s'adressent certains distributeurs du circuit « hors foyer » et les magasins de la grande distribution ;

Considérant en l'espèce que le projet d'accord de licence ne se borne pas à prévoir, de manière légitime, que TCCC disposera du droit exclusif de contrôle nécessaire pour s'assurer que le licencié ne porte pas atteinte au caractère distinctif, à la force et au « goodwill » de la marque « Orangina » mais qu'il stipule, en outre, la création d'un « *comité de pilotage qui aura un droit de regard sur les politiques et les décisions concernant le marketing (y compris les promotions sur les ventes et le positionnement commercial de marques et des produits Orangina)* ». Ce comité de pilotage sera composé de cinq membres, dont trois représentant le licencié et deux représentant Coca-Cola. Les décisions de ce comité seront prises à la majorité simple » ; que ce comité décidera des objectifs de performance annuels relatifs aux volumes de vente assignés au licencié ; qu'un bonus annuel sera versé au licencié quand l'augmentation du volume des ventes dépassera un certain pourcentage non pas fixé de manière objective mais négocié par les parties ; qu'ainsi TCCC sera tenu régulièrement

informé de la politique commerciale du tiers licencié, fixera en commun avec lui les objectifs de vente et, en définitive, participera à la gestion de la marque sur le marché hors foyer ; que les informations fournies par le tiers licencié favoriseront, de la part de TCCC, une politique commerciale sur les marques « Sprite » et « Fanta » corrélée avec celles pratiquée sur la marque « Orangina » par le tiers licencié ; que, dans ces conditions, le dispositif proposé ne garantit pas le maintien de deux concurrents réellement indépendants sur le marché concerné ; que, selon la façon dont il sera utilisé, il peut conduire soit à une complète dépendance du tiers licencié, soit à une entente présentant des risques anticoncurrentiels entre les deux entreprises, soit, pour le moins, à une position dominante collective ; qu'ainsi, il n'est assuré ni que les prix de vente aux consommateurs résulteront du libre jeu de la concurrence ni que l'accès au marché de nouveaux producteurs ne sera pas gêné par le pouvoir de marché dont disposeront, ensemble, TCCC et le tiers licencié ; qu'il suit de là que le projet de concentration et les engagements qui l'accompagnent sont de nature à entraver la concurrence sur le marché concerné ;

En ce qui concerne le marché des BGSA autres que les colas destinées à la consommation à domicile :

Considérant que la marque « Orangina » se situe au premier rang sur ce marché avec une part de 20,8 % correspondant à 127 millions de litres vendus en 1998 ; qu'au second rang se trouve le groupe Cadbury Schweppes dont les produits vendus sous les marques « Schweppes Indian Tonic », « Schweppes Dry », « Gini » et « Canada Dry » ont représenté 16 % du marché en 1998 (97,9 millions de litres) ; que le groupe Coca-Cola se trouve au troisième rang avec les marques « Fanta » et « Sprite », qui ont représenté 11,9 % du marché en 1998 ; qu'au quatrième rang se trouve la société Pepsi-Cola dont les produits vendus sous les marques « Seven Up » et « Kas » ont représenté 4,75 % de ce même marché en 1998, soit 29 millions de litres ;

Considérant que la réalisation de l'opération projetée confèrera 32,7 de parts de marché, correspondant à un volume de 199,7 millions de litres, au nouvel ensemble constitué des marques « Orangina », « Fanta » et « Sprite » ; que ce nouvel ensemble se situera au premier rang des fournisseurs de BGSA autres que les colas et sera titulaire, en France, d'un portefeuille de marques de très forte notoriété présentes sur des marchés connexes, dont deux, « Orangina » et « Coca-Cola », sont considérées comme incontournables par les distributeurs ;

Considérant que, d'une manière générale, la détention par un même opérateur de plusieurs marques de forte notoriété présentes sur le même marché ou sur des marchés connexes, est susceptible de procurer à cet intervenant un avantage concurrentiel ; que cet opérateur dispose, en effet, d'une plus grande souplesse pour adapter dans des négociations avec les acheteurs ses prix, promotions et remises et pour développer ses activités de vente et de marketing ;

Mais considérant que, sur le marché alimentaire, les produits de marque de fabricants, même s'ils appartiennent à des segments différents, sont en concurrence avec des produits de marque de distribution et de premier prix ; que sur ce marché de nombreuses boissons sont offertes ; que l'entrée de produits nouveaux est aisée ; que la politique de prix et de conditions de vente des produits de marque ne peuvent être établies sans tenir compte de cette situation ; que, si la présence des produits de grande notoriété est indispensable dans les magasins de la grande distribution, le linéaire qui leur est consacré, leur positionnement dans ces derniers, la publicité, les promotions font l'objet de négociations pour lesquelles les distributeurs disposent d'un pouvoir lié notamment à leur taille, et à la faculté de déréférencer certains produits ; qu'en France, les huit principaux clients du groupe Coca-Cola ont représenté en 1998 environ 90 % du total des ventes en volume réalisées avec les clients alimentaires ; que la concentration de la grande distribution ne peut que renforcer son pouvoir de négociation ; que ces distributeurs disposent de linéaires leur permettant d'accueillir un grand nombre de

BGSA ; qu'ainsi que le Conseil de la concurrence l'a relevé dans son avis n° 98-A-09 précité, le nombre et la diversité des marques distribuées par ces intervenants conditionnent l'attractivité de leurs magasins ; qu'il est donc de leur intérêt de maintenir un large choix de produits ; que les distributeurs, pour préserver leur pouvoir de négociation, ont également intérêt à s'adresser à plusieurs fournisseurs ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la réalisation de l'opération projetée n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur ce marché ;

Sur la contribution au progrès économique et la compétitivité internationale des entreprises en cause :

Considérant que l'article 41 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prévoit que : « *Le Conseil de la concurrence apprécie si le projet de concentration ou la concentration apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Le Conseil tient compte également de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale* » ;

Considérant que les entreprises parties à l'opération soutiennent que la présente concentration permettra, d'une part, de renforcer l'assise du groupe Pernod Ricard dans ses domaines d'activité principaux, d'autre part, de favoriser le développement de la société CSR Pampryl et, enfin, d'assurer le développement de la marque Orangina « en lui donnant le bénéfice d'un réseau de distribution étendu et solidement implanté dans tous les pays du monde ; qu'il convient donc d'examiner successivement ces trois points ;

En ce qui concerne le renforcement de l'assise du groupe Pernod Ricard dans ses domaines d'activité principaux :

Considérant que la société TCCC fait valoir que Les ressources financières générées par cette opération permettront au groupe Pernod Ricard de renforcer ses positions dans ses principaux secteurs d'activités, et de se consacrer à la poursuite de son développement international, en particulier pour ses boissons sans alcool non visées par l'opération et pour ses boissons alcoolisées ; qu'elle souligne que « *Cette stratégie s'inscrit dans la ligne des acquisitions récentes réalisées par le groupe (par exemple, les whiskies de Irish Distillers et le rhum Havana Club) et devrait lui permettre de renforcer ses positions, notamment dans le secteur des boissons alcoolisées* », ajoutant que « *Ce secteur a, en effet, été au niveau mondial le théâtre de nombreuses fusions et acquisitions, et il est essentiel, dans ce contexte, que Pernod Ricard demeure pleinement compétitif par rapport aux principaux acteurs dans la catégorie des boissons alcoolisées (tels que Diageo, Seagram et Allied Domecq)* » ; qu'elle soutient que « *L'opération, étant donné son montant ([]) constitue une occasion unique de développement pour le principal groupe de spiritueux français* » et qu'il est « *indéniable que le maintien de l'indépendance d'un groupe de cette importance est un élément favorable pour l'ensemble de l'économie nationale* » ; que, pour sa part, le groupe Pernod Ricard précise que « *Les moyens additionnels que la cession d'“Orangina” à The Coca-Cola Company procurerait à Pernod Ricard près de [...] seraient un élément déterminant pour la réalisation de ses objectifs, d'autant plus que la conclusion de cette opération permettrait d'augmenter la capacité d'endettement du groupe pour un montant deux fois supérieur au prix de cession convenu* » ;

Considérant qu'il n'est pas contesté qu'il appartient au groupe Pernod Ricard de définir sa stratégie ; qu'il lui est loisible de se recentrer sur son métier principal ; que la vente de la marque Orangina au groupe Coca-Cola, qui s'inscrit dans les nouvelles orientations qu'il a définies, lui procurerait les capitaux propres dont il estime avoir besoin pour effectuer les acquisitions dans le secteur des vins et spiritueux ;

Mais, considérant que si la vente au groupe Coca-Cola est la solution la plus avantageuse pour Pernod Ricard, l'avantage qui en résulte pour le groupe ne saurait être considéré à lui seul comme un progrès économique pour la collectivité, dès lors que cette dernière

supporterait en contrepartie le coût induit d'un affaiblissement de la concurrence sur le marché des BGSA autres que les colas destinées à la consommation hors foyer ;

En ce qui concerne le développement de la société CSR Pampryl :

Considérant que le groupe Pernod Ricard soutient que la société CSR Pampryl, en reprenant la force de vente d'Orangina France, multiplierait par cinq l'effectif de son propre réseau, ce qui lui permettrait de mieux promouvoir ses marques propres sur les marchés des jus de fruits et des cidres, au bénéfice de ses partenaires et fournisseurs du monde agricole ;

Mais considérant que les sociétés CSR Pampryl et Orangina France sont deux filiales du groupe Pernod Ricard ; que, dès lors, le groupe Pernod Ricard est à même de regrouper ces deux entreprises indépendamment de la présente opération ; qu'il en résulte que celle-ci n'est pas nécessaire à la réalisation de l'objectif avancé ;

En ce qui concerne le développement de la marque « Orangina » :

S'agissant du développement international de la marque :

Considérant que la société TCCC soutient que son objectif est de placer « Orangina » au rang de cinquième marque mondiale de BGSA (en complément de « Coca-Cola », « Coca-Cola Light », « Sprite » et « Fanta ») ; que, dans son dossier de notification de l'opération, elle apporte des précisions, d'une part, sur les moyens qu'elle entend mettre en œuvre pour parvenir à son objectif et, d'autre part, sur les avantages économiques susceptibles d'en résulter ;

Considérant que, sur le premier point, TCCC précise qu'elle a l'intention « *de positionner Orangina de telle sorte que la marque puisse coexister avec ses offres de produits existantes, y compris avec Fanta* » ; que, selon elle, « *Fanta et Orangina s'adressent à des groupes cibles de consommateurs différents, Fanta s'adressant à des consommateurs plus jeunes* » (...) TCCC projette de positionner Orangina non pas en tant que boisson sans alcool à l'orange, mais en tant que boisson de prix et de qualité haut de gamme dont l'identité française serait affirmée » ; que TCCC souligne que les caractéristiques du produit « Orangina » (formule, conditionnement, image, « cachet français ») se prêtent tout particulièrement à un tel positionnement ; qu'elle rappelle son aptitude à développer les marques : « *TCCC estime posséder deux domaines de compétence qui lui permettent d'être à même de faire d'Orangina une marque mondiale. En premier lieu, TCCC a prouvé son excellence dans la commercialisation des marques de boissons gazeuses sans alcool au niveau mondial auprès de consommateurs provenant de milieux culturels et de tranches d'âge différents. En second lieu, TCCC, de même que ses partenaires embouteilleurs, possède une infrastructure déjà en place, qui lui permet d'être efficace sur les marchés locaux dans plus de 200 pays ainsi que d'utiliser un mécanisme établi pour la commercialisation et la distribution d'une nouvelle marque. TCCC a appris à développer et à gérer des marques mondiales grâce à son expérience avec des marques telles que Coca-Cola, qui, bien que née aux Etats-Unis, est devenue importante sur des marchés locaux du monde entier ; Sprite qui, grâce à son image liée à l'affirmation de leur autonomie par les adolescents de sexe masculin, suscite la reconnaissance des adolescents du monde entier ; et Fanta, marque d'origine allemande qui est devenue une boisson aux fruits de renommée mondiale* » ; que, selon cette société, les marchés géographiques « *à plus fort potentiel* » pour « Orangina » sont « *ceux où les boissons gazeuses non alcoolisées sont déjà relativement bien développées, où il y a un pouvoir d'achat suffisant pour justifier l'existence d'un produit haut de gamme et où le système TCCC a la capacité de soutenir avec succès un produit de ce type. Bien que les projets ne soient pas encore finalisés, les premiers marchés ciblés comprendront probablement les pays suivants (énumérés par ordre alphabétique et non en fonction de leur importance ni du moment de lancement prévu) : l'Argentine, l'Australie, le Brésil, le Canada, l'Espagne, la Grèce, l'Italie, le Japon, le Maroc, le Portugal, la Suisse, la Thaïlande et les Etats-Unis* » ; que TCCC, après avoir indiqué que « *pour des raisons de confidentialité, il*

n'est pas possible de fournir des chiffres pour chaque pays concernant le volume potentiel estimé au niveau mondial d'«Orangina», soutient qu'elle est en mesure d'augmenter les ventes des boissons Orangina à l'étranger d'au moins 500 % au cours des cinq prochaines années » ; qu'elle souligne que ses prévisions peuvent être considérées comme « conservatrices », dans la mesure où le potentiel de croissance de la marque peut avoir été sousestimé sur certains marchés nationaux plus petits que ceux précédemment cités ;

Considérant que, sur le second point, TCCC soutient que le développement international de la marque permettra la transmission d'un « concept de produit français de consommation de grande qualité à un public international très large » et entraînera « une activité de production croissante, au bénéfice de l'investissement et de l'emploi » ; qu'elle fournit les estimations suivantes : « D'ici la cinquième année suivant la réalisation de l'opération, la production supplémentaire directement liée à l'opération Orangina est estimée à environ 65 millions de litres par an. Les principaux avantages résultant de cette production supplémentaire bénéficieront d'abord aux activités d'emballage. Le principal embouteilleur Coca-Cola en France (CCESA) est déjà, dans le cadre d'accords de conditionnement, un important producteur de produits vendus sous emballage destinés à être commercialisés sur des marchés situés hors de France, notamment à partir de ses sites de Dunkerque (il s'agit de l'une des plus importantes usines de traitement en Europe). Le volume produit par cet embouteilleur représente actuellement environ 240 millions de litres vendus sous emballage pour les embouteilleurs Coca-Cola situés hors de France. Pour la cinquième année suivant l'opération, les achats croissants de produits de conditionnement directement liés à l'augmentation de l'activité de conditionnement des produits Orangina pourront avoisiner les 60 millions de francs par an. Il est également prévu qu'à cette époque les achats croissants de sucre d'origine française, directement liés à l'augmentation de l'activité de conditionnement des produits Orangina, pourront avoisiner les [...] millions de francs par an. Les augmentations prévues des activités de production pourront nécessiter la création d'au moins une chaîne de production supplémentaire, voire davantage, représentant un investissement complémentaire de 10 à 12 millions de francs par chaîne... » ; que, selon TCCC, il en résulterait des effets positifs sur l'emploi ; qu'ainsi, près de 50 emplois pourraient être créés au sein même du groupe Coca-Cola dans les services « de vente et de marketing » ; que des emplois seraient également créés par les fournisseurs français de conditionnements ainsi que dans le secteur du sucre de betterave ; que, sur ce dernier point, TCCC précise que « le système TCCC dans son ensemble est le plus gros acheteur individuel de sucre en France, avec des achats totalisant 8 % environ de la consommation annuelle totale » et que, « sur une hypothèse de productivité constante », l'augmentation des activités de production des boissons « Orangina » pourrait « entraîner la création de 115 à 120 emplois supplémentaires dans la seule industrie de la betterave à sucre au cours des cinq premières années suivant l'opération » ; que TCCC, se fondant sur une étude réalisée à sa demande par M. Peter Nolan, économiste de l'université de Cambridge, souligne que « pour chaque salarié travaillant directement chez TCCC ou l'un de ses embouteilleurs européens, au moins six salariés travaillent dans des activités connexes comme les fournisseurs ou les sous-traitants, les distributeurs ou les revendeurs au détail » ;

Considérant que le groupe Coca-Cola, compte tenu de son importante couverture géographique, de ses moyens logistiques, de son aptitude à promouvoir les marques et, plus généralement, de son savoir-faire dans le secteur des BGSA, est effectivement à même de développer la marque « Orangina » sur les marchés extérieurs ;

Considérant, par ailleurs, que bien que TCCC n'ait fourni aucune précision sur les volumes de vente attendus dans les différents pays où elle envisage de développer en priorité la marque, le pourcentage annoncé concernant l'augmentation globale des ventes à l'étranger (« au moins 500 % au cours des cinq prochaines années ») n'est pas invraisemblable compte

tenu du volume faible ou très faible des ventes d'Orangina dans la plupart des pays étrangers ; qu'il convient par exemple d'observer que les ventes totales de BGSA autres que les colas sur le marché des Etats-Unis représentent environ 21 milliards de litres (chiffre à comparer aux 800 millions de litres vendus en France) ; qu'ainsi, il suffirait que la marque Orangina » gagne 0,5 % de ce marché, soit environ 105 millions de litres, pour que le total de ses ventes, actuellement de 236 millions de litres, soit augmenté de 44,5 % ;

Mais, considérant, en premier lieu, que le développement international de la marque « Orangina » ne pourrait véritablement profiter à l'économie française que si une part importante des boissons vendues à l'étranger étaient produites et conditionnées sur le territoire national ; qu'en l'espèce, la boisson conditionnée en bouteilles ou en boîtes en raison de son poids et de sa faible valeur supporte difficilement le coût d'un transport à longue distance ; qu'en outre, la consommation de BGSA est soumise à des fluctuations de très forte amplitude notamment en raison des variations climatiques, et s'accommode mal d'un approvisionnement d'origine lointaine ; qu'ainsi, si le concentré à partir duquel sont fabriquées les BGSA est peu coûteux à transporter, les BGSA, composées à plus de 90 % d'eau et de sucre, sont généralement produites et conditionnées dans le pays où elles sont destinées à être vendues ou à proximité de ce pays ; qu'ainsi, la société CCESA, principale filiale française de CCE, n'exporte pas les boissons qu'elle produit tandis que la société CCPSA, autre filiale française de CCE, se borne à exporter des boissons conditionnées en boîtes 33 cl en Belgique, aux Pays-Bas, au Luxembourg et en Allemagne ; que les principaux pays où TCCC a déclaré vouloir développer en priorité la marque « Orangina » (Argentine, Australie, Brésil, Canada, Japon, Thaïlande, Etats-Unis) sont situés sur des continents éloignés ; que, dès lors, le groupe Coca-Cola aurait intérêt à produire localement les boissons « Orangina » ; que si, comme le soutient TCCC, la production de boissons « Orangina » en bouteilles de verre et boîtes métalliques requiert la mise en œuvre d'un procédé spécifique de pasteurisation nécessitant des investissements importants et si, pour cette raison, « *TCCC sera, au cours de sa phase de lancement et pendant une période de temps significative, dépendant des équipements de production d'Orangina France pour répondre aux demandes prévues* », cette circonstance n'est pas de nature à remettre en cause les considérations qui précèdent ;

Considérant que TCCC, après avoir souligné que l'opération pourrait, « *potentiellement, selon les estimations* », entraîner la création de près de 50 emplois au sein du groupe Coca-Cola, reconnaît que cet effet « *sera limité dans un premier temps en raison des économies d'échelle inhérentes à la production de boissons sans alcool* » ; que, s'agissant des 115 à 120 emplois qui, selon TCCC, pourraient être créés dans le secteur du sucre, cette société précise que ceux-ci s'entendent « *sur une hypothèse de productivité constante* » ; que si, comme le soutient TCCC, « *l'existence d'économies d'échelle ne signifie pas que les fournisseurs ne bénéficieront pas de l'opération grâce à une production accrue et une utilisation plus efficace de leurs installations* » ;

Mais considérant qu'à supposer même que le développement des ventes dans les pays proches de la France se traduise par une meilleure utilisation des capacités de production, des gains de productivité et dans certains cas par la création d'emplois et au total par une augmentation de la production nationale induite par l'accroissement de la demande extérieure, ce résultat pourrait être obtenu par la seule exploitation à l'étranger de la marque Orangina par Coca-Cola et n'implique pas la vente de la marque à Coca-Cola pour son exploitation sur le marché français ;

S'agissant du développement de la marque sur le marché national :

Considérant que TCCC, après avoir souligné que son objectif était de « *stabiliser la position de la marque* » sur ce marché afin « *de lui assurer un taux de croissance au moins égal à la croissance du marché* », soutient que cette croissance « raisonnable » contribuera

elle aussi à l'économie nationale en permettant la protection des emplois actuels et une augmentation « modérée » de ces emplois dans la durée ; que le nombre de personnes employées par TCCC et ses embouteilleurs (moins de 1000 en 1989, plus de 2300 à la fin de 1998) devrait continuer d'augmenter « *en parallèle à la croissance de la consommation et des ventes* » ; qu'elle souligne qu'un engagement de maintien de l'emploi jusqu'à la fin de l'année 2000, récemment remis à jour, a été signé avec les représentants du personnel d'Orangina en septembre 1998 « *afin de donner aux salariés la même garantie pendant un délai de deux ans suivant la réalisation de l'opération* » ; qu'elle précise que la filiale de Pernod Ricard, CSR Pampryl, a pris des engagements comparables pour les salariés d'Orangina travaillant dans le secteur du hors foyer et qui « *resteraient salariés de Pernod Ricard si CSR Pampryl était agréée en qualité de distributeur indépendant pour les produits Orangina sur le marché français de la consommation hors foyer* » ;

Mais considérant que, pour apprécier l'incidence globale d'une opération de concentration sur l'emploi-opération dont l'objectif ou la conséquence pour les entreprises présentes à l'opération sont presque toujours un gain d'efficacité et à plus ou moins long terme une réduction ou une stabilisation des effectifs employés, il n'est pas possible de se borner à examiner l'évolution prévisible de l'emploi à court terme dans les seules entreprises strictement concernées ; qu'il est nécessaire de raisonner en création ou en conservation nettes d'emplois, c'est-à-dire de prendre en compte les réductions d'effectifs qui pourront être provoquées dans les entreprises concurrentes par le renforcement du pouvoir de marché des entreprises qui participent à l'opération ;

Considérant, au cas d'espèce, que, d'une part, une augmentation des ventes de boissons « Orangina » en France ne pourrait avoir un effet positif sur l'emploi que si elle s'opérait en l'absence de tout transfert de consommation au détriment d'entreprises opérant sur le même marché ou sur des marchés connexes ; que, d'autre part, l'engagement des sociétés TCCC et CSR Pampryl de maintenir les emplois existants pendant une période de deux ans suivant la réalisation de l'opération ne donne aucune indication sur l'évolution ultérieure de l'emploi dans ces deux entreprises, et à plus forte raison dans les entreprises du secteur ; qu'à ce titre, les perspectives d'évolution à court terme de l'emploi envisagées par TCCC ne peuvent, à elles seules, être regardées comme un élément de progrès économique au sens de l'article 41 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986,

Est d'avis :

Que le projet de concentration soumis à l'examen du Conseil de la concurrence n'est pas de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les risques d'atteinte à la concurrence qu'il comporte sur le marché des boissons gazeuses sans alcool autres que les colas destinées à la consommation hors foyer.

Délibéré, sur le rapport de MM. Savinien Grignon Dumoulin et Thierry Jallet, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, Mmes Boutard-Labarde, Flüry-Hérard, Mader-Saussaye et Perrot, MM. Bague, Bidaud, Lasserre, Nasse, Piot, Ripotot, Robin, Rocca et Sloan, membres.

Le rapporteur général,
Patrick Hubert
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Nota : à la demande des parties notifiantes, des informations relatives au secret des affaires ont été occultées, et la part de marché exacte, remplacée par une fourchette plus générale.

Ces informations relèvent du « secret d'affaires », en application de l'article 28 du décret

n° 86-1309 du 29 décembre 1986, modifié par le décret n° 95-916 du 9 août 1995, avant-dernier alinéa.

Annexe 118

Avis n° 99-A-16 du Conseil de la concurrence en date du 26 octobre 1999 relatif à une demande d'avis du Conseil général du Nord sur les procédures de mise en concurrence relatives à l'attribution de la gestion déléguée des services de transports interurbains et scolaires

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 7 juin 1999 sous le numéro A 275 par laquelle le conseil général du Nord a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, d'une demande d'avis sur les procédures de mise en concurrence relatives à l'attribution de la gestion déléguée des services de transports interurbains et scolaires ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence, notamment son article 5, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs ;

Vu le décret n° 85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus,

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre enregistrée le 7 juin 1999, le Conseil général du Nord a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis, au titre de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, relative à la procédure mise en place par cette collectivité pour attribuer les contrats de gestion déléguée des services de transports publics interurbains et scolaires. Le Conseil général expose que le département du Nord a engagé une procédure en vue de l'attribution des contrats de gestion déléguée des services de transports publics interurbains et scolaires pour sept lots correspondant à sept « bassins de vie » définis dans une nouvelle approche territoriale de la politique des déplacements. Il précise que cette procédure a été conduite conformément aux dispositions de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Compte tenu des conséquences économiques et sociales prévisibles d'une nouvelle répartition des services pour une durée de dix ans, le Conseil général indique que le département, sur le fondement de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relatif au progrès économique, a envisagé la possibilité pour le délégataire de subdéléguer, sous certaines conditions, une partie des services dont il serait attributaire à des entreprises autres que celles faisant partie des groupements d'entreprises retenus, mais qui auraient été sélectionnées lors de l'appel à candidatures.

Avant de conclure la procédure qui le liera pour dix ans, le Conseil général souhaite recueillir « l'avis du Conseil de la concurrence sur la légalité du dispositif engagé, au travers de trois points essentiels :

« 1. La qualification de la procédure : délégation de service public ou marché public ?

« 2. La régularité de la procédure menée à ce jour ;

« 3. Le risque de qualification d'entente : introduction du mécanisme de subdélégation, suppression du seuil des 10 % de sous-traitance, négociation avec les groupements intéressés ».

A titre liminaire, il convient de rappeler que le Conseil dispose d'une compétence d'attribution et qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la régularité d'un comportement au

regard d'un autre texte que celui de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ou des articles 81 et 82 du traité de Rome.

Par ailleurs, il n'appartient pas au Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur est contraire aux dispositions des articles 7 et 8 de ladite ordonnance. Seules une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure pleinement contradictoire prévue par le titre III de l'ordonnance sont de nature à conduire à une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus anticoncurrentiels de position dominante ou de dépendance économique.

I. - LES TRANSPORTS INTERURBAINS DE VOYAGEURS

A. - **Caractéristiques du secteur**

1. *Une profession réglementée*

Les entreprises, privées ou publiques, qui exercent une activité de transport public de personnes sont soumises à l'obligation d'inscription à un registre tenu par les services de l'Etat compétents en matière de transports dans le département. Les exploitants doivent satisfaire à des conditions, notamment de capacité professionnelle, dont l'attestation est délivrée par le préfet. La loi d'orientation définit également la réglementation sociale ainsi que les règles de sécurité et de contrôle applicable aux transports. Une partie de ces règles découle de la mise en œuvre de la politique européenne des transports.

2. *Un secteur diversifié dominé par un faible nombre de groupes de transports*

En dehors de la région parisienne qui bénéficie d'un régime particulier, près de 8 000 exploitants sont inscrits au registre des transports et assurent des services de transports publics non urbains réguliers et/ou scolaires. Parmi ces exploitants, seuls 2 000, qui réalisent 90 % de l'activité, ont la qualité de transporteur constitué en entreprise. La plupart de ces transporteurs sont de petites entreprises, puisque les trois quarts emploient moins de 20 salariés et que seuls 68 en emploient plus de 100.

La profession est toutefois dominée par cinq groupes regroupant 100 entreprises qui assurent 43 % des services réguliers et 15 % des services scolaires réalisés par les transporteurs, emploient 26 % des effectifs et détiennent 24 % du parc des véhicules de plus de 45 places.

Il s'agit des groupes nationaux, Via GTI, Verney, la CGEA, pôle transport du groupe Vivendi, la société Cariane, filiale de la SCETA, et la société Transdev dont le capital est détenu majoritairement par la Caisse des dépôts et consignations.

En outre, des régies de transports coexistent dans plusieurs départements avec les transporteurs privés. Leur objet, défini par le décret n° 85-891 du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes, est « d'exploiter des services de transports publics de personnes et, à titre accessoire, toutes activités de transport ou connexes à celui-ci, effectuées à la demande ou avec l'accord de l'autorité organisatrice ».

Le même décret distingue deux catégories de régies : les établissements publics à caractère industriel et commercial et les régies dotées de la seule autonomie financière.

On recensait en 1995 onze régies départementales de transport qui assuraient 5 % des transports routiers de voyageurs et 3 % des transports scolaires.

Leur nombre diminue régulièrement du fait de leur privatisation, mais elles peuvent jouer un rôle important dans les départements où elles sont implantées.

B. - Le département autorité organisatrice des transports interurbains

1. Modalités de l'organisation

Aux termes des dispositions de l'article 5 de la loi n° 82-1153 d'orientation des transports intérieurs (LOTI), « le service public des transports comporte l'ensemble des missions qui incombent aux pouvoirs publics en vue d'organiser et de promouvoir le transport des personnes et des biens.

Ces missions sont les suivantes :

a) La réalisation et la gestion d'infrastructures et d'équipements affectés au transport et leur mise à la disposition des usagers dans des conditions normales d'entretien, de fonctionnement et de sécurité ;

b) La réglementation des activités de transport et le contrôle de son application ainsi que l'organisation des transports pour la défense ;

c) Le développement de l'information sur le système de transport ;

d) Le développement de la recherche, des études et des statistiques de nature à faciliter la réalisation des objectifs assignés au système de transports ;

e) L'organisation du transport public ;

Sont considérés comme des services publics tous les transports de personnes ou de marchandises à l'exception des transports qu'organisent pour leur propre compte des personnes publiques ou privées ».

Au-delà de ces considérations d'ordre général concernant l'ensemble des transports, des dispositions particulières s'appliquent aux transports routiers non urbains de personnes plus particulièrement visés par la présente demande d'avis.

La loi d'orientation des transports intérieurs, qui affirme la notion d'autorité organisatrice, a fixé la responsabilité de chaque niveau de collectivité pour l'ensemble des transports intérieurs. Le principe est que les services réguliers et les services à la demande sont organisés par le département, à l'exclusion des liaisons d'intérêt régional ou national, et qu'ils sont assurés par le département ou par les entreprises publiques ou privées qui ont passé avec lui une convention à durée déterminée. Ces services sont inscrits au plan départemental.

Le décret n° 85-891 du 16 août 1985 précité, précise en son article 30 : « Ont le caractère de service d'intérêt régional au sens de l'article 29 de la loi du 30 décembre 1982 susvisée, les services réguliers non urbains qui concernent au moins deux départements à l'intérieur d'une même région et qui sont inscrits au plan régional. A la demande des départements, la région peut leur faire assurer tout ou partie de l'organisation et de la mise en œuvre d'un service d'intérêt régional » et en son article 31 que : « à la demande des régions, des départements, des communes ou de leurs regroupements, l'Etat peut leur faire assurer tout ou partie de l'organisation et de la mise en œuvre d'un service d'intérêt national sous réserve, le cas échéant, de l'accord des régions ou des départements concernés ».

En ce qui concerne les transports routiers non urbains de personnes, l'article 29 de la loi d'orientation définit quatre catégories : les services réguliers publics, les services à la demande, les services privés et les services occasionnels publics.

Relèvent seuls des collectivités territoriales les services réguliers et les services à la demande. Le décret du 16 août 1985 précité définit les services publics réguliers comme étant « des services offerts à la place dont le ou les itinéraires, les points d'arrêt, les fréquences, les horaires et les tarifs sont fixés et publiés à l'avance » et les services publics à la demande comme étant « des services collectifs offerts à la place, déterminés en partie en fonction de la demande des usagers et dont les règles générales de tarification sont établies à l'avance, et qui sont exécutés avec des véhicules dont la capacité minimale est fixée par décret ».

Par ailleurs, le décret n° 84-323 du 3 mai 1984 officialise le transfert de compétence aux départements en matière de transports scolaires. Les transports scolaires sont des transports réguliers au sens de l'article 29 de la loi d'orientation précitée. La responsabilité de leur

organisation et de leur fonctionnement incombe au département et ; à l'intérieur des périmètres de transports urbains, à l'autorité compétente pour l'organisation de ces transports urbains (communes ou établissements publics de coopération locale). Les stipulations contenues dans les conventions relatives à l'exécution de services de transports scolaires sont définies par le décret n° 84-322 du 3 mai 1984 susvisé.

2. Financement et tarification

Les contrats passés par les départements avec les entreprises de transport, en particulier ceux concernant les transports scolaires, font largement appel au financement public. Ils répondent notamment à des objectifs d'aménagement du territoire (desserte de zones non rentables), des objectifs sociaux (tarification adaptée, voire gratuité pour des publics spécifiques, jeunes, personnes âgées, familles...), des demandes spécifiques d'organisation des transports.

En ce qui concerne le transport scolaire, la participation demandée aux familles est toujours faible, de l'ordre de 15 à 20 % du coût du transport. Il convient toutefois de souligner que le transport scolaire peut être associé aux lignes régulières.

La base du financement consacré par les départements aux transports scolaires est le transfert des crédits que l'Etat y consacrait avant la décentralisation et qui sont maintenant compris dans la dotation générale de décentralisation. Pour 1996, le coût total du transport des élèves s'élevait à 7,7 milliards de francs. Sur ce total, les départements en finançaient 6,8 milliards, soit 90 % dont 4,5 milliards provenaient de la dotation générale de décentralisation. Outre cette dotation, l'Etat peut également apporter des subventions dans le cadre de sa politique d'aide aux transports collectifs de province, notamment pour le renouvellement et la modernisation du parc, la construction de gares routières ainsi que les points d'arrêts et abribus.

L'article 7, paragraphe III, de la LOTI dispose que la tarification des transports publics réguliers de personnes est définie par l'autorité compétente qui, sous réserve des pouvoirs généraux des autorités de l'Etat en matière de prix, fixe ou homologue les tarifs. En dehors des tarifs scolaires qui sont fixés par le département, ce dernier, dans la plupart des cas, ne fait qu'homologuer les tarifs des transporteurs. Toutefois, le département est de plus en plus impliqué dans la recherche d'une harmonisation tarifaire, notamment entre réseaux urbains et interurbains et entre lignes routières et ferroviaires.

En ce qui concerne la fixation des prix, l'article 43 du décret du 16 août 1985 relatif aux transports urbains de personnes et aux transports routiers non urbains de personnes prévoit que : « les tarifs des transports urbains, des services publics réguliers et des services publics à la demande de transports routiers non urbains de personnes sont fixés ou homologués par l'autorité compétente conformément à la procédure définie par la convention passée entre celle-ci et l'entreprise ». Dans une convention aux risques et périls, c'est le transporteur qui définit les tarifs soumis à autorisation des autorités compétentes. Si l'autorité organisatrice souhaite imposer sa politique tarifaire, elle doit donc prévoir des compensations financières.

II. - LES MODALITÉS D'EXÉCUTION DU SERVICE PUBLIC DES TRANSPORTS ROUTIERS DE VOYAGEURS

Comme il a été exposé en introduction, le Conseil de la concurrence n'a pas compétence pour apprécier la régularité d'un comportement au regard d'un autre texte que celui de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ou des articles 81 et 82 du traité de Rome. Au cas d'espèce, il ne lui appartient pas de se prononcer sur la qualification de la procédure choisie par le Conseil général ni sur la régularité de cette procédure, une telle appréciation relevant de la compétence de la juridiction administrative.

Sur cette question de la qualification et de la régularité de la procédure, l'apport du présent avis se limite en conséquence à rappeler le dispositif juridique et la jurisprudence tant au plan national que communautaire.

A. - Le service public des transports routiers de voyageurs

L'article 7, paragraphe II, de la loi d'orientation fixe les conditions dans lesquelles sont organisés les transports publics réguliers de personnes en ces termes : « l'Etat et, dans la limite de leurs compétences, les collectivités territoriales ou leurs groupements organisent les transports publics réguliers de personnes. L'exécution du service est assurée soit en régie par une personne publique sous forme d'un service public industriel et commercial, soit par une entreprise ayant passé à cet effet une convention à durée déterminée avec l'autorité compétente. La convention fixe la consistance générale et les conditions de fonctionnement et de financement du service. Elle définit les actions à entreprendre par l'une et par l'autre parties afin de favoriser l'exercice effectif du droit au transport et de promouvoir le transport public de personnes. Elle est résiliée de plein droit en cas de radiation du registre ».

Il résulte des termes mêmes de la loi que les autorités organisatrices ont le choix, soit d'exécuter le service public de transport en régie sous forme de service public industriel et commercial, soit de passer une convention avec une entreprise publique ou privée.

Dans le second cas, une convention à durée déterminée est établie entre l'autorité organisatrice et l'exploitant retenu, après mise en concurrence, soit dans le cadre de la loi du 29 janvier 1993 susvisée, soit conformément aux dispositions du code des marchés publics.

B. - La distinction entre délégation de service public et marché public

1. En droit national

Les délégations de service public ne sont pas définies par un texte, mais la notion est présente dans la loi du 29 janvier 1993 précitée. Plusieurs types de délégation de service public sont reconnus :

- la concession où le délégataire paie l'investissement, exploite à ses risques et périls et se rémunère sur l'usager ;
- l'affermage où l'investissement est réalisé par la collectivité publique, le délégataire se chargeant de l'exploitation et étant rémunéré par l'usager ;
- la régie intéressée où la collectivité publique se charge de l'exploitation et où le délégataire rémunère les personnels affectés au service, encaisse les recettes, les reverse à la collectivité en contrepartie d'une rémunération accordée par cette dernière ;
- la gérance où le délégataire gère le service pour le compte de la collectivité.

Constatant, d'une part, que les secteurs d'activité donnant lieu à délégation étaient souvent dominés par des entreprises suffisamment puissantes pour imposer à la collectivité concédante des contrats déséquilibrés et, d'autre part, que la totale liberté de choix du délégataire était de nature à faciliter le détournement de l'argent public, le législateur a souhaité encadrer la passation de ces contrats.

La loi du 29 janvier 1993 précitée a ainsi prévu pour les délégations de service public une procédure de mise en concurrence. Aux termes de l'article 38 « les délégations de service publiques des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes... La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. La collectivité adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'usager.

Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire ».

Dans la pratique se pose souvent la question de savoir si l'on se trouve en présence d'une délégation de service public soumise à cette loi ou en présence d'un marché soumis au code des marchés publics. Le choix, en fait, appartient à la collectivité publique concernée, sous réserve du contrôle de légalité.

Le Conseil d'Etat a précisé les critères permettant de distinguer les contrats relevant du code des marchés publics et ceux relevant des délégations de service public.

Dans un arrêt du 15 avril 1996, « préfet des Bouches-du-Rhône », la Haute Assemblée a indiqué que : « les dispositions de la loi du 29 janvier 1993 (...) ne sauraient être interprétées comme ayant pour effet de faire échapper au respect des règles régissant les marchés publics tout ou partie des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration n'est pas substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ».

S'appuyant sur cette décision, le Conseil d'Etat, dans un avis d'assemblée du 27 juin 1996, a confirmé que : « les conventions passées entre les autorités compétentes et les entreprises de transports, pour l'exécution du service public des transports scolaires ou périscolaires (...) ne présentent le caractère de délégation de service public soumise aux dispositions susmentionnées de la loi du 29 janvier 1993, que dans les cas où la rémunération du cocontractant est, soit par la perception des contributions versées par les usagers, soit d'une autre manière, substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ».

Dans un arrêt du 7 juin 1999, le Conseil d'Etat a précisé que, dans une espèce où la rémunération prévue pour le cocontractant était composée, d'une part, d'un prix payé par le Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais et, d'autre part, d'une partie variable provenant des recettes d'exploitation pour un montant d'environ 30 % de l'ensemble des recettes, cette rémunération était substantiellement assurée par le résultat d'exploitation du service et que dès lors « le contrat envisagé devait être analysé non comme un marché mais comme une délégation de service public » (arrêt n° 198147 du 7 juin 1999 Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest Seine-et-Marnais).

La majorité des conventions passées en matière de transports routiers réguliers prévoient que la rémunération de l'exploitant est assurée par la perception d'un prix auprès de l'utilisateur. Dans son étude sur le transport par autocar, le Centre d'études sur les réseaux, les transports, l'urbanisme et les constructions publiques (CERTU) du ministère de l'équipement, des transports et du logement, répartit comme suit les contrats non urbains en vigueur en 1997 :

TYPES DE CONTRATS	POURCENTAGES DES CONTRATS
Gestion aux risques et périls	56
Gestion avec compensation financière	21
Gestion à montant ou prix forfaitaire	22,5
Contrat de gérance	0,5

2. Dispositions communautaires

Les concessions et les autres formes analogues de partenariat public-privé ne font pas l'objet d'un traitement spécifique dans le traité de Rome, mais elles apparaissent dans des directives ou dans la jurisprudence de la Cour de Justice.

La directive 93/37 portant coordination des procédures de marchés publics de travaux définit, au d) de son article 1^{er}, la concession de travaux comme « un contrat présentant les mêmes caractères que les marchés publics de travaux à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste, soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit

assorti d'un prix ». La directive 92/50 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services et la directive 93/38 portant coordination des procédures de passation des marchés dans le secteur de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ne contiennent aucune définition de la notion de concession de service. Toutefois, les concessions, qu'elles soient de travaux ou de services, présentent fondamentalement les mêmes caractéristiques. Aussi apparaît-il légitime d'étendre les principes dégagés pour la concession de travaux aux concessions de service, à l'instar de la Commission, et de s'inspirer de son projet de communication interprétative sur les concessions en droit communautaire des marchés publics.

Même si la Cour de Justice, dans son arrêt rendu le 10 novembre 1998 dans l'affaire Gemeente Arnhem/BFI BV, n'a pas pris position sur la définition de la concession, l'avocat général, M^e La Pergola, a, dans ses conclusions, rappelé qu'en droit communautaire, en l'absence de définition spécifique ayant une valeur normative, la distinction entre marchés et concessions de services se fonde sur un ensemble de critères. Pour conclure à l'existence d'une concession, il faut notamment que le bénéficiaire du service soit un tiers étranger au rapport contractuel, que le service revête un intérêt général et que la rémunération soit en tout ou en partie tirée de la prestation de services que le concessionnaire effectue en faveur des bénéficiaires.

Dans son livre vert sur les marchés publics dans l'Union européenne adopté le 27 novembre 1996, la Commission affirmait : « les pouvoirs adjudicateurs doivent respecter les dispositions des traités CE, en particulier les règles régissant la libre circulation des biens et services, ainsi que les principes fondamentaux que sont la non-discrimination, l'égalité de traitement, la transparence et la reconnaissance mutuelle ». Elle ajoutait, dans une perspective future et en vue de renforcer l'ouverture à la concurrence, qu'il « pourrait être envisagé des règles relatives à des formes de mise en concurrence pour l'attribution des droits exclusifs de prestations des services publics à travers un système de concessions. L'introduction de telles règles aurait pour objectif, tout en préservant la possibilité de recours à l'octroi de droits exclusifs lorsque ceux-ci sont nécessaires pour le maintien d'un service d'intérêt économique général, de faciliter l'accès aux marchés des services publics de nouveaux opérateurs publics ou privés, ainsi que d'introduire chez les opérateurs existants une dynamique d'entreprise plus proche des demandes des usagers ».

Dans son projet de communication interprétative sur les concessions en droit communautaire des marchés publics, la Commission souligne que le traité de Rome « ne restreint pas la liberté d'un Etat membre d'avoir recours à la concession et aux autres formes analogues de partenariat public-privé pour autant que les modalités d'octroi soient compatibles avec le droit communautaire ». Les principes dégagés par la Cour de Justice sont notamment ceux de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité. Pour la Commission, le principe d'égalité de traitement « exige non seulement la fixation de conditions d'accès non discriminatoires à une activité économique, mais également que les autorités publiques prennent toutes les mesures susceptibles d'assurer l'exercice de cette activité ».

III. - LES CONDITIONS DE L'EXERCICE DE LA CONCURRENCE

Il a été précisé dans l'introduction au présent avis qu'en application de la procédure prévue par l'article 5 de l'ordonnance, le Conseil ne peut se prononcer sur un cas particulier et, en tout état de cause, ne peut qualifier une pratique. En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'il réponde aux questions posées lorsqu'elles présentent un caractère de généralité et qu'elles mettent en cause des principes de concurrence. C'est dans cet esprit que seront examinées les différentes questions du Conseil général du Nord, en se limitant à celles qui concernent les principes de mise en concurrence dans le cadre des délégations de service

public ou des marchés publics passés par les collectivités publiques en général.

Sur la distinction entre délégation de service public et marché public du point de vue du droit de la concurrence :

Il convient tout d'abord de rappeler qu'aux termes de son article 53, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 s'applique à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de délégation de service public.

L'article 84 du traité de Rome prévoit, quant à lui, en son alinéa 1 que : « les Etats membres en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent Traité, notamment à celles prévues aux articles 7 et 85 à 94 inclus » et en son alinéa 2 que : « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole, sont soumises aux règles du présent Traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la communauté ».

Il ressort donc de l'ensemble de ce qui précède que les collectivités publiques ont l'obligation de se conformer à ces dispositions et de ne pas favoriser l'exercice de telles pratiques par les entreprises auxquelles elles font appel, quelle que soit la qualification juridique de la procédure retenue, délégation de service public ou marché public. Il leur appartient, certes, de choisir le type de procédure qu'elles souhaitent retenir, mais, après avoir opté pour l'une d'elles, elles ont pour obligation d'observer les règles qui lui sont applicables.

Il convient toutefois de rappeler la position de la Commission de l'Union européenne, qui reconnaît une certaine spécificité aux concessions et autres formes de partenariat public-privé, mais pose, notamment dans son projet de communication interprétative sur les concessions en droit communautaire des marchés publics, publié au *Journal officiel des Communautés européennes* C 94/4 du 7 avril 1999, la question de savoir dans quelle mesure les dispositions concernant les passations de marchés publics sont applicables à ces contrats. La Commission est d'avis que, même si la directive n° 93/38/CEE relative aux marchés passés par les entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des communications, ne contient de règles spécifiques, ni sur les concessions de travaux, ni sur les concessions de services, il est possible pour examiner les concessions au regard de la concurrence de s'inspirer des dispositions contenues dans cette directive ainsi que de celles concernant les procédures de passation des marchés publics de services.

Sur la sous-traitance ou subdélégation au regard des règles de concurrence :

La loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance définit ce procédé comme « l'opération par laquelle un entrepreneur confie par un sous-traité, et sous sa responsabilité, à une autre personne appelée sous-traitant tout ou partie de l'exécution du contrat d'entreprise ou du marché public conclu avec le maître d'ouvrage ». L'article 3 de la même loi précise « l'entrepreneur qui entend exécuter un contrat ou un marché en recourant à un ou plusieurs sous-traitants doit, au moment de la conclusion et pendant toute la durée du contrat ou du marché, faire accepter chaque sous-traitant et agréer les conditions de paiement de chaque contrat de sous-traitance par le maître de l'ouvrage ; l'entrepreneur principal est tenu de communiquer le ou les contrats de sous-traitance au maître de l'ouvrage lorsque celui-ci en fait la demande ».

Dans son avis n° 96-A-08 du 2 juillet 1996 relatif aux propositions formulées dans un rapport portant sur la réforme du droit de la commande publique, le Conseil a rappelé que : « les concertations entre entreprises en vue d'établir des liens de sous-traitance ou de co-traitance ne sont prohibées en elles-mêmes, ni en droit communautaire, ni en droit interne » et

a admis que : « sous-traitance et co-traitance peuvent contribuer à l'efficacité économique, et donc être recherchées par le maître d'ouvrage ».

Le Conseil a également constaté que les concertations et échanges d'informations entre entreprises qui se prévalaient de projets de sous-traitance non aboutis avaient parfois en réalité une fin anticoncurrentielle et que la sous-traitance pouvait constituer un moyen de mettre en œuvre une entente préalable de répartition d'ensembles de marchés dans un secteur donné. Ainsi, dans sa décision n° 97-D-11 du 25 février 1997 relative aux pratiques relevées lors de la passation de marchés d'aménagement des berges de la Seine, le Conseil a considéré que « lorsque plusieurs entreprises ont étudié la possibilité d'établir entre elles des liens de donneur d'ordre à sous-traitant à l'occasion d'un marché et qu'elles présentent ensuite des offres distinctes en s'abstenant de mentionner le fait qu'elles ont échangé des informations, de telles pratiques sont prohibées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dans la mesure où elles faussent le jeu de la concurrence en limitant l'indépendance des opérateurs dans leurs décisions et en tentant d'induire ou en induisant en erreur le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de ses choix ».

Les délégations de service public, à la différence des marchés publics, ne sont pas directement visées par la loi sur la sous-traitance. La loi n° 93-1222 du 29 janvier 1993, dans ses dispositions relatives aux délégations de service public, est muette sur les subdélégations. Il n'en reste pas moins que les règles de concurrence doivent trouver à s'appliquer dans ce domaine. En particulier, la subdélégation ne doit pas être un moyen de faire échec à la concurrence en réintroduisant dans le marché des entreprises qui en ont été écartées. La meilleure façon d'éviter que la subdélégation ne soit utilisée pour contourner les règles de concurrence serait, d'une part, d'obliger de porter à la connaissance et à l'approbation de l'autorité délégante les sous-traitants des délégataires et, d'autre part, d'exiger de ces derniers que le choix des sous-traitants fasse l'objet d'une mise en concurrence. La directive 93/38 du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, peut, selon la Commission de l'Union Européenne, servir de référence. Elle prévoit l'obligation d'une mise en concurrence pour les marchés des secteurs concernés et est applicable, selon son article 2, aux entités adjudicatrices qui exercent parmi leurs activités l'une des activités visées au paragraphe II, ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs. Les transports interurbains de voyageurs entrent dans le champ d'application de cette directive. La mise en concurrence du choix des subdélégataires par l'entreprise ou le groupement bénéficiaire de la délégation de service public constituerait incontestablement un principe de précaution utile pour l'autorité délégante.

Sur les groupements d'entreprises :

A de nombreuses reprises, le Conseil de la concurrence a été conduit à examiner le comportement de groupements d'entreprises dans le cadre de marchés publics ou privés. La jurisprudence du Conseil en la matière est constante : la réunion d'entreprises indépendantes au sein d'un groupement d'intérêt économique, d'une association ou d'une société, ne constitue pas en soi une pratique prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ou l'article 81 du traité de Rome. Elle peut même être favorable à l'exercice de la concurrence dans la mesure où elle permet à des petites entreprises de participer à une consultation et d'accroître ainsi le nombre des offreurs.

C'est sur la base de ce principe que, dans sa décision 99-D-16 du 24 février 1999, le Conseil a déclaré irrecevable une saisine qui se bornait à dénoncer la création d'un groupement d'entreprises de transports sanitaires pour répondre à un appel d'offres lancé par le centre hospitalier de Verdun. Il avait, préalablement, vérifié que le groupement en cause ne constituait pas l'unique moyen d'accéder au marché et qu'il ne disposait pas d'une position dominante.

Toutefois dans certains cas, le regroupement peut présenter un caractère anticoncurrentiel. Cette appréciation du caractère anticoncurrentiel ne pouvant être effectuée qu'au cas par cas en fonction des éléments d'espèce, il n'est pas possible d'établir une typologie a priori des groupements fondée sur leur caractère licite ou illicite au regard de l'article 7 de l'ordonnance.

Dans le cadre du présent avis, le Conseil se limitera, en conséquence, à rappeler quelques cas dans lesquels il a été conduit à sanctionner des groupements.

Dans sa décision n° 96-D-01 du 9 janvier 1996 relative à des pratiques mises en œuvre par des entreprises de transport sanitaire d'Indre-et-Loire lors de la passation de marchés avec le centre hospitalier universitaire de Tours, le Conseil a fait valoir que : « le Groupement départemental des ambulanciers agréés d'Indre-et-Loire doit être considéré comme ayant organisé entre ses membres une entente de prix et de répartition du marché des transports pour consultation au centre hospitalier des malades séjournant en maisons de repos et de convalescence localisées dans le ressort du centre hospitalier universitaire de Tours ».

Dans sa décision 96-D-68 du 6 novembre 1996 relative à des pratiques mises en œuvre par des entreprises de transports sanitaires lors de la passation d'un marché avec le centre hospitalier régional de Metz-Thionville, le Conseil a sanctionné deux associations regroupant des entreprises de transports sanitaires qui avaient conclu une entente de prix et de répartition de marché.

Le Conseil a également condamné dans sa décision n° 98-D-55 en date du 9 septembre 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du transport scolaire de handicapés dans les Alpes-Maritimes, les regroupements d'offres réalisés sous l'égide d'une organisation syndicale et a considéré que : « les exploitants de taxis dont l'offre a été regroupée ont renoncé à présenter des propositions de prix calculées de façon indépendante et adhéré au tarif établi en leur nom par leurs organisations professionnelles ».

Par ailleurs, dans sa décision n° 98-D-26 du 7 avril 1998 relative à des pratiques relevées sur le marché de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique technologique de Luminy, le Conseil a considéré que le fait d'introduire dans un groupement une société qui avait dans un premier temps déposé une offre distincte, constituait une concertation prohibée dans la mesure où elle avait eu pour effet de restreindre la concurrence en limitant le nombre d'offres indépendantes. Le Conseil est d'avis qu'un effet similaire pourrait également découler de la participation de l'ensemble des entreprises retenues par un maître d'ouvrage ou une autorité délégante à un ou plusieurs groupements.

S'agissant d'une éventuelle exemption de l'application de l'article 7 au titre d'un bilan économique favorable,

Dans sa demande le Conseil général du Nord explique que le principe d'une subdélégation a été envisagé sur le fondement de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relatif au progrès économique.

Selon les dispositions du 2 de l'article 10 de l'ordonnance, les pratiques d'ententes peuvent être exemptées lorsque « les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause... Ces pratiques ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès ».

Le Conseil, qui s'en tient à une interprétation stricte de ces dispositions, considère que le progrès invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées. Il doit, notamment, être démontré que le progrès est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies et qu'une partie équitable

du profit qui en résulte est réservée aux utilisateurs. La preuve doit également être rapportée que ce progrès est suffisamment important pour compenser les atteintes à la concurrence observées.

L'application du 2 de l'article 10 ne peut, en conséquence, être étudiée que dans le cadre d'une procédure contentieuse. Elle suppose l'examen de la situation de chaque espèce et ne saurait donner lieu à une position de principe du Conseil. Dans le cadre du présent avis, le Conseil ne peut que rappeler la position qu'il a adoptée dans des dossiers dans lesquels le moyen de l'application du 2 de l'article 10 avait été soulevé. A titre d'exemple, il a écarté dans sa décision n° 98-D-55 l'argumentation développée par la Fédération départementale des taxis des Alpes-Maritimes, qui soutenait que la concertation qu'elle avait mise en place pour répondre à l'appel d'offres pour le transport des élèves handicapés avait permis grâce à une « organisation de l'offre » une meilleure gestion des transports et in fine une amélioration du service rendu. Il a, notamment, observé que la prétendue économie de gestion procurée au département ne constituerait pas une contribution au progrès économique de nature à justifier les surcoûts résultant pour la collectivité publique de la fixation à un prix artificiellement élevé des courses effectuées par les adhérents des organisations professionnelles impliquées dans la concertation anticoncurrentielle constatée.

En définitive, l'efficacité des procédures au regard de la concurrence, tant en matière d'achat ou de prestations de services qu'en matière de recherche d'un délégataire, dépend de la manière dont ces procédures sont conçues et mises en œuvre. Elle dépend également du nombre de soumissionnaires réellement indépendants. Plus le nombre de concurrents est élevé et plus les risques d'ententes horizontales sont faibles et plus les entreprises puissantes peuvent être empêchées d'abuser de leur pouvoir de marché. Les pratiques anticoncurrentielles sont également favorisées par l'existence de barrières à l'entrée sur le marché. Il est donc souhaitable que le maître d'ouvrage ne réduise pas artificiellement le nombre de candidats potentiels par des exigences inutiles ou excessives.

Délibéré, sur le rapport de M. Poyer, par M. Cortesse, vice-président, M. Bidaud, Mmes Mader-Saussaye, Perrot, MM. Piot, Sloan, membres.

Le rapporteur général suppléant,
Marie-Hélène Mathonnière
Le vice-président, présidant la séance,
Pierre Cortesse
Annexe 119

Avis n° 99-A-17 du Conseil de la concurrence en date du 17 novembre 1999 relatif à la mise en œuvre de remboursements différenciés en matière d'optique et à la question de la communication des conventions signées entre mutuelles et opticiens

NOR : ECOC0000088V

Vu la lettre du 30 juin 1998, enregistrée le 8 juillet 1998 sous le numéro A 250, par laquelle l'Union des opticiens de France (UDO) a saisi le Conseil de la concurrence, en application de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, d'une demande d'avis relative, d'une part, à la mise en œuvre de remboursements différenciés en matière d'optique et, d'autre part, à la question de la communication des conventions signées entre mutuelles et opticiens ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Vu le code de la santé publique, et notamment ses articles L. 505 et L. 508 ;
Vu le code de la mutualité, et notamment son article L. 121-2 ;
Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus ;
La Fédération nationale de la mutualité française entendue conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance n° 86-1243 précitée,

Le Conseil est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

L'UDO expose qu'elle a été informée par ses membres du fait que diverses mutuelles proposaient à leurs adhérents des conditions différenciées en matière de prise en charge et de remboursement de produits d'optique-lunetterie selon que l'adhérent s'adresse à un centre d'optique mutualiste ou à une société d'optique dont la mutuelle détient tout ou partie du capital, d'une part, ou à une entreprise d'optique soumise au droit privé et aux règles générales du commerce, d'autre part.

L'UDO demande au Conseil si de telles pratiques ne peuvent pas être considérées comme des pratiques anticoncurrentielles au sens des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

L'UDO expose par ailleurs que les mutuelles ou groupements de mutuelles sont signataires de diverses conventions avec des fournisseurs ou groupements de fournisseurs de produits d'optique-lunetterie. Elle demande au Conseil s'il n'incombe pas aux mutuelles ou groupements des mutuelles signataires de ces conventions une obligation de communiquer des conventions types à toutes personnes pouvant être intéressées par l'adhésion à de tels mécanismes conventionnels.

I. - PRÉSENTATION DES INTERVENANTS SUR LE MARCHÉ

A. - Les réseaux de distribution des produits d'optique

Le commerce d'articles d'optique-lunetterie (hors jumelles, baromètres et accessoires) a réalisé, en 1997, un chiffre d'affaires TTC de 17 milliards de francs, soit une sensible progression en valeur de 4,2 % par rapport à 1996.

La profession est réglementée, les opticiens détenant, en vertu des articles L. 505 à L. 510 du code de la santé publique, le monopole de la vente d'articles d'optique médicale.

1. Les différentes catégories de distributeurs d'articles de lunetterie-optique

Structure de la distribution d'optique-lunetterie (1996)

RÉSEAU	PART EN NOMBRE de magasins	PART EN valeur de CA
Mutuelle	6,3 %	14 %
Chaînes	9,2 %	16 %
Superoptique	1,6 %	6 %
Group. coop.	26,0 %	29 %
Indépendant	56,9 %	(*) 35 %
(*) Indépendants : 14 %, centrales d'achats : 21 %. Source : l'Opticien-lunetier, hors série de mai 1998 via Optic 2000.		

a) Les indépendants

Leur part de marché est de, en 1997, 35 %. Leur chiffre d'affaires progresse moins vite que celui de l'ensemble de la profession. L'adhésion à une centrale d'achat offre aux opticiens indépendants la possibilité de bénéficier de conditions d'approvisionnement plus avantageuses. Les opticiens ayant fait ce choix réalisaient, en 1997, 21 % du marché.

b) Les groupements coopératifs

Les groupements coopératifs rassemblent des opticiens adhérant à une même centrale d'achat, leur objectif étant de renforcer leur pouvoir de négociation vis-à-vis des fabricants.

Les groupements dominent le marché de l'optique en termes de chiffre d'affaires (29 % du marché). Mais leur activité a progressé de 2,9 % en 1997, soit une augmentation inférieure à celle de l'activité globale de la profession.

c) Les chaînes d'opticiens

Fédérés autour d'une même enseigne, les opticiens succursalistes ou franchisés s'engagent à respecter une charte de qualité et bénéficient en échange de la notoriété de l'enseigne. Leur part de marché atteignait 16 % en valeur en 1997 et leurs ventes ont progressé de 5 % en 1997.

d) Les centres optiques mutualistes

Créés par des mutuelles d'assurance maladie, ces centres bénéficient des avantages fiscaux et juridiques propres au monde mutualiste.

Les centres mutualistes ont connu une forte croissance de chiffre d'affaires en 1997 avec un taux de 8 %. Cette forte activité a eu un effet d'entraînement indéniable sur la croissance du chiffre d'affaires global du commerce oculaire.

En 1997, ils détiennent 14 % du marché en valeur.

e) Les « superoptiques »

Ce sont des magasins dont le concept est né récemment. Ils sont caractérisés par de très grandes superficies de vente, sur le modèle des grandes surfaces. Ces points de vente appartiennent à des investisseurs financiers souvent issus de la grande distribution (L'Optique Carrefour, Grand Optical ou la Générale d'Optique).

Ils occupaient, en 1997, 6 % du marché en termes de chiffre d'affaires. Leur marge de progression est faible, dans la mesure où une implantation de ce genre nécessite des zones de chalandise importantes.

2. La représentation professionnelle des opticiens

Elle est assurée, pour l'essentiel, par l'Union des opticiens de France (UDO), qui est une organisation professionnelle régie par les dispositions du livre IV, titre 1, du code du travail.

Son but est la défense des intérêts matériels et moraux des opticiens-lunetiers exerçant sur le territoire français et la représentation de ces intérêts.

Elle est composée de membres adhérents et de membres associés.

Les membres adhérents se répartissent en deux collèges :

- le collège des « opticiens à titre individuel »,

Les centres d'optique mutualistes en sont exclus ;

- le collège des « enseignes » : il s'agit de personnes morales répondant à des conditions d'activité et d'implantation géographique visées par le règlement intérieur (chiffre d'affaires minimum de 200 millions de F [HT], au moins 50 points de vente et présence dans la moitié des régions administratives françaises).

Les membres associés peuvent être tous organismes et personnes ayant des buts complémentaires à ceux de l'UDO ou qui ont rendu des services signalés à la profession d'opticiens. Ils ne participent aux instances de l'UDO qu'à titre consultatif.

L'UDO est administrée par un conseil d'administration de douze membres dont neuf proviennent du collège des « Opticiens à titre individuel » et trois du collège des

« Enseignes ».

L'UDO regroupe entre 1 500 à 1 700 opticiens à titre individuel et sept ou huit principales enseignes.

B. - Les mutuelles ou groupements de mutuelles chargés de la protection sociale complémentaire

La protection sociale complémentaire peut être définie comme la couverture des risques sociaux liés à la personne (maladie, maternité, incapacité, dépendance, décès) s'ajoutant à celle assurée par le régime de base obligatoire de sécurité sociale.

Trois types d'entreprises ou organismes peuvent intervenir en France dans ce domaine :

- les sociétés anonymes et sociétés d'assurance mutuelle relevant du code des assurances ;
- les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural ;
- les mutuelles régies par le code de la mutualité.

Ces dernières sont communément appelées « mutuelles santé » par opposition aux mutuelles d'assurance.

Les mutuelles relevant du code de la mutualité sont des groupements à but non lucratif qui se proposent de mener, dans l'intérêt de leurs membres et principalement au moyen des cotisations de ceux-ci, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide (art. L. 111-1 du code de la mutualité). Ce sont des organismes sans capital social et qui ne peuvent distribuer à leurs membres leurs excédents éventuels.

Les pouvoirs de contrôle sur ces organismes sont exercés par une autorité spécifique, la Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance, créée par la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite loi Evin.

Le fonctionnement des mutuelles repose sur le principe d'égalité de traitement des adhérents (art. L. 121-2 du code de la mutualité). Les cotisations ne sont pas fixées en fonction du risque mais peuvent l'être éventuellement en fonction du revenu des membres.

La catégorie des mutuelles régies par le code de la mutualité correspond à une réalité très hétérogène.

Les mutuelles les plus importantes sont celles qui regroupent, à l'échelon national, des fonctionnaires d'un même secteur (Mutuelle générale de l'éducation nationale, Mutuelle générale des PTT, Mutuelle générale du personnel des collectivités locales, etc.). D'autres sont constituées à l'échelon local et peuvent se regrouper dans des unions départementales. Ces unions départementales ont une personnalité juridique.

Le mouvement mutualiste est également important dans le secteur privé, avec des mutuelles d'entreprises regroupant les salariés appartenant à une même entreprise, ou des mutuelles constituées sur une base professionnelle ou interprofessionnelle. Les mutuelles qui ont un caractère interprofessionnel sont ouvertes à tous les assurés sociaux sans distinction.

Le nombre total des mutuelles est supérieur à 6 000, mais l'on observe une tendance de plus en plus marquée au regroupement des petites mutuelles.

A l'échelon national, les mutuelles sont regroupées au sein de fédérations. La Fédération nationale de la mutualité française (FNMF), la plus représentative, regroupe environ 85 % des mutuelles et 12 millions d'adhérents. Il existe deux autres fédérations minoritaires, la Fédération des mutuelles de France (FMF) et la Fédération nationale interprofessionnelle des mutuelles (FNIM), cette dernière ne représentant que 100 000 personnes environ.

Certaines mutuelles proposent des services associés à la couverture des risques (« réalisations sanitaires et sociales » ou « œuvres sociales ») : elles gèrent des établissements de soins, des centres dentaires et d'optique, des pharmacies, des maisons de retraite, etc. Ces établissements n'ont pas de personnalité juridique propre (art. L. 411-2 du code de la mutualité). Les services qu'ils offrent se rattachent à l'objectif très large de « développement

culturel, moral intellectuel et physique de leurs membres et l'amélioration de leurs conditions de vie » également poursuivi par les mutuelles (art. L. 111-1 du code de la mutualité) : centres de vacances et de loisirs, cautionnement de prêts, tarifs réduits sur des produits culturels, etc.

Ces réalisations sanitaires et sociales au nombre de 1 500 environ sont gérées, dans la majorité des cas, par les unions départementales, plus rarement par les mutuelles directement.

On dénombrait, en 1997, 346 centres d'optique mutualistes dont 85 % gérés par les unions départementales, 15 % gérés directement par des mutuelles. Ces centres d'optique représentent 7 % des points de vente et 13 % du chiffre d'affaires de la vente d'optique-lunetterie. Ils emploient environ 1 450 salariés. Il y a en moyenne quatre ou cinq centres d'optique par département, mais ce nombre peut varier de zéro à dix.

Les magasins d'optique mutualistes ont pour objectif affiché d'offrir un service de qualité au meilleur coût et constituent à ce titre un « secteur-témoin ». En ce sens, leur activité est favorable à la concurrence puisque leur action a pour effet de tirer vers le bas les prix du secteur.

Pour leurs autres activités, et notamment leur activité d'assurance, les mutuelles peuvent bénéficier de subventions du Fonds national de solidarité et d'action mutualistes (art. L. 522-1 du code de la mutualité) ou de l'Etat en ce qui concerne les mutuelles de fonctionnaires et d'agents de l'Etat (art. 523-2 du code de la mutualité). D'après les informations recueillies, ces subventions peuvent représenter pour les mutuelles concernées jusqu'à 25 % des cotisations versées par les adhérents.

L'activité complémentaire santé gérée par les mutuelles représente 50 milliards de francs par an (toutes mutuelles et interventions cumulées).

La prévoyance représente 10 milliards de francs et les œuvres sociales 10 milliards de francs.

II. - APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE À L'ACTION DES CENTRES D'OPTIQUE

MUTUALISTES ET À LA QUESTION DES REMBOURSEMENTS DIFFÉRENCIÉS

A. - **Les régimes complémentaires de protection sociale relèvent du titre III de l'ordonnance de 1986**

Le droit de la concurrence s'applique aux régimes complémentaires de protection sociale dans des conditions déterminées par la jurisprudence communautaire et nationale.

La Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire « Fédération française des sociétés d'assurance » du 16 novembre 1995 a procédé à une analyse globale pour dire qu'un organisme gérant un régime d'assurance vieillesse répondait à la notion d'entreprise au sens des articles 81 et 82 du traité de Rome (anciennement 85 et 86) ; la Cour s'est fondée sur le fait qu'il s'agissait d'un régime facultatif organisé sur le principe de la capitalisation constituant une activité économique en concurrence avec les activités d'assurance, nonobstant les éléments de solidarité existants, le but non lucratif de l'organisme et le fait que les cotisations et les prestations soient définies par le pouvoir réglementaire.

Le Conseil de la concurrence, dans une affaire 91-D-04 du 29 janvier 1991 relative à certaines pratiques de groupements d'opticiens, a indiqué que la prise en charge de la part des dépenses de santé non couvertes par l'assurance maladie est une activité de services offerts soit par des sociétés mutualistes soit par des organismes non régis par le code de la mutualité comme les sociétés d'assurance. En conséquence, ces acteurs sont concurrents sur le marché de la protection sociale complémentaire et ils relèvent du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 dès lors que leurs pratiques sont de nature à avoir une incidence sur le marché.

Par ailleurs, la Cour de cassation (chambre sociale), dans l'affaire Bayer du 10 mars 1994, a précisé qu'un régime complémentaire de prévoyance ne relevait pas de l'ordonnance

ni des articles 85 et 86 du traité dès lors qu'il s'agissait d'un régime à caractère légal et réglementaire, obligatoire, avec des sujétions particulières.

Dans le cadre de leur activité de protection sociale complémentaire, les mutuelles, par l'intermédiaire des centres d'optique mutualistes, offrent des biens et services et ont une activité économique qui relève de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en application de son article 53.

B. - La question des remboursements différenciés au regard du droit de la concurrence

La saisine du Conseil par l'Union des opticiens de France porte sur la question de savoir si le fait, pour une mutuelle, d'accorder à ses adhérents une prise en charge améliorée en ce qui concerne leurs achats de produits d'optique-lunetterie dès lors qu'ils s'adressent à un centre d'optique mutualiste ou à une société d'optique dont la mutuelle détient tout ou partie du capital plutôt qu'à une entreprise d'optique soumise au droit privé peut constituer une pratique anticoncurrentielle au sens des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

L'article L. 121-2 du code de la mutualité dispose : « Les mutuelles ne peuvent instituer, en ce qui concerne le niveau des prestations et des cotisations, des discriminations entre membres ou catégories de membres participants si elles ne sont pas justifiées par les risques apportés, les cotisations fournies ou la situation de famille des intéressés. » Or, selon les représentants de la Fédération nationale de la mutualité française entendus par le Conseil, ce texte interdirait les pratiques en cause consistant à faire varier le taux de remboursement en fonction du lieu d'achat des montures.

Sur le plan de l'analyse concurrentielle, il convient de rappeler qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur est contraire aux dispositions des articles 7 et 8 de ladite ordonnance. Seules une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure pleinement contradictoire prévue par le titre III de l'ordonnance sont de nature à permettre une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus anticoncurrentiels de position dominante ou de dépendance économique.

Les dispositions du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prohibent les ententes et les abus de domination d'entreprises ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

Il convient de noter que les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance précitée prohibant les pratiques constitutives d'une entente anticoncurrentielle ne peuvent s'appliquer aux relations entre un centre d'optique mutualiste et la mutuelle qui le gère dans la mesure où le centre n'a pas de personnalité juridique distincte de la mutuelle. Il en va différemment si un centre ou une société commerciale distribuant des articles de lunetterie-optique est créé par plusieurs mutuelles ou par un groupement de mutuelles : une telle création résulte bien d'une entente qui peut donc, si les conditions prévues à l'article 7 sont réunies, présenter un caractère anticoncurrentiel.

La pratique des remboursements différenciés pourrait être considérée comme anticoncurrentielle sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance de 1986 dans le cas où un accord exprès ou tacite serait mis en œuvre entre plusieurs mutuelles pour instaurer ce type de remboursement. Encore faudrait-il, dans cette hypothèse, que l'objet ou l'effet anticoncurrentiel d'une telle pratique soit établi. Cela pourrait, notamment, être le cas, en ce qui concerne l'objet d'une entente entre mutuelles, s'il était démontré qu'elle a été réalisée en vue d'éliminer un ou plusieurs concurrents sur le marché de l'optique en général ou sur le marché de l'optique mutualiste, ou encore d'interdire à un concurrent potentiel l'accès à ce marché.

S'agissant, par ailleurs, des dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, leur application nécessite que soit établie, au préalable, l'existence d'une position dominante sur un marché économiquement pertinent.

Il n'appartient pas au Conseil, dans le cadre du présent avis, de se prononcer sur l'existence d'une position dominante qui serait détenue par une mutuelle, soit sur le marché de la protection maladie complémentaire, soit sur celui de la lunetterie, une telle éventualité ne pouvant cependant pas être exclue par principe.

La décision 91-D-04, rendue par le Conseil de la concurrence le 29 janvier 1991 sur une saisine contentieuse du Syndicat des opticiens français indépendants (SOFI) relative à des pratiques concernant le marché de l'optique et émanant de divers organismes fournissant des prestations complémentaires à celles des régimes légaux d'assurance maladie, fournit un exemple d'analyse de la question posée.

Le SOFI dénonçait les pratiques de la société de secours minière du Haut-Rhin qui offrait à ses adhérents un remboursement différencié de leurs dépenses de lunetterie, à savoir un taux multiplié par quatre par rapport au tarif de la sécurité sociale en cas d'achat auprès d'un centre d'optique mutualiste et seulement multiplié par deux en cas d'achat auprès d'un opticien indépendant.

Le Conseil a relevé que la société de secours minière ne comptait pas un nombre suffisant de ressortissants pour la placer en situation de position dominante sur le marché de l'optique-lunetterie ni pour placer les opticiens-lunettiers en état de dépendance économique à son égard et, qu'en conséquence, les pratiques dénoncées n'entraient pas dans le champ d'application de l'article 8 de l'ordonnance.

La cour d'appel de Paris, par un arrêt du 5 décembre 1991, a confirmé cette décision. Elle précise notamment, concernant le grief de domination économique des mutuelles, que :

« les centres d'optique mutualistes représentent moins de 5 % des points de vente et, pour les ventes, moins de 12,5 % en volume et de 9,5 % en valeur, une paire de lunettes sur huit étant achetée dans un centre mutualiste alors qu'un Français sur deux est mutualiste ;

« Cette place occupée sur le marché intérieur de l'optique-lunetterie ne caractérise en rien une situation de nature à placer les mutuelles, par l'intermédiaire de leurs centres d'optique, dans une position leur donnant pouvoir de faire obstacle à une concurrence effective de la part des opticiens exerçant à titre libéral ;

« Par ailleurs, les centres d'optique mutualistes ne constituent pas une entité mais relèvent de quelques unes des 6 000 mutuelles indépendantes (regroupées majoritairement en deux fédérations) qui se trouvent face à quelques uns des 5 700 opticiens privés (dont plus de la moitié regroupés dans les deux organisations syndicales les plus représentatives, UNSOF et SOFI) ; qu'il est donc vain, faute de précisions complémentaires, d'exciper d'une domination « des mutuelles » ;

« Existerait-il une position dominante d'une mutuelle sur un lieu géographiquement délimité et à supposer que puisse être défini un marché local, force est de constater que le Conseil de la concurrence n'a pas été appelé par le SOFI à se prononcer sur l'existence d'une telle position ou d'un tel marché, sauf en ce qui concerne le Haut-Rhin où le Conseil a estimé que n'existait aucune position dominante sans que le SOFI présente aujourd'hui un moyen à l'encontre de ce chef de décision. »

La place occupée actuellement, sur le marché de l'optique-lunetterie, par les centres d'optique mutualistes permet de reprendre cette analyse dans le cadre du présent avis. Il ne peut pas être exclu qu'une mutuelle ou un groupement de mutuelles détienne localement une position dominante. Dans ce dernier cas, un abus pourrait, notamment, être constitué si le prix de vente pratiqué par le centre d'optique mutualiste s'avérait prédateur, c'est-à-dire inférieur au coût moyen variable des produits vendus.

III. - LES PRATIQUES RELATIVES À LA POLITIQUE DE CONVENTIONNEMENT PAR LES MUTUELLES

Puisque la question posée par l'Union des opticiens de France concerne précisément les conventions passées entre les mutuelles et les opticiens, le présent avis écarte la question des conventions qui peuvent être passées entre une union départementale ou une mutuelle, d'une part, et la Caisse primaire d'assurance maladie, d'autre part, afin de permettre à tous les assurés sociaux d'un lieu géographique donné de bénéficier des services offerts par un centre d'optique mutualiste.

L'existence de conventions liant mutuelles et distributeurs de produits d'optique-lunetterie est ancienne. Mais il s'agissait, dans le langage mutualiste, de « conventions sèches », à savoir de conventions qui portaient uniquement sur le tiers payant.

Le seul objectif de ces conventions était de permettre aux opticiens de faire bénéficier leurs clients de la pratique du tiers-payant et d'étendre ainsi aux opticiens indépendants un avantage dont disposaient les centres d'optique mutualistes. Ces conventions existent désormais en très grand nombre.

Les mutuelles essaient de développer une autre politique de conventionnement avec les opticiens libéraux dont l'orientation est, d'une part, d'instaurer le tiers-payant notamment sur la partie complémentaire de la mutuelle et, d'autre part, d'obtenir en contrepartie des engagements qualitatifs de la part des opticiens.

Les mutuelles cherchent, notamment, à obtenir des engagements tarifaires de la part des opticiens indépendants et, en particulier, qu'ils proposent une offre de base à leurs clients correspondant strictement à l'ordonnance de l'ophtalmologiste pour corriger la vue ainsi qu'un devis pour toute offre personnalisée.

Ces conventions sont passées soit entre les mutuelles et les opticiens, soit entre les unions départementales et les opticiens. La seconde solution est privilégiée. L'union départementale agit, dans ce cas, comme mandataire des mutuelles.

La FNMF, qui est à l'origine de cette politique de conventionnement, a indiqué qu'elle conseille aux unions départementales de passer les conventions individuellement avec chaque opticien et non avec un réseau compte tenu de l'engagement demandé au professionnel sur la charte de qualité. Elle a élaboré une convention-type.

La logique de la politique ainsi suivie est que la convention soit proposée à tous les opticiens mais l'initiative, localement, incombe aux unions départementales ou aux mutuelles. Actuellement, seules six unions départementales ont passé des conventions de ce type. Cependant, les unions départementales ou mutuelles peuvent proposer une autre convention que la convention-type.

Des conventions constituant par elles-mêmes des ententes, il ne peut être exclu qu'elles soient constitutives de pratiques anticoncurrentielles. Il pourrait, notamment, en aller ainsi si le choix des opticiens conventionnés ne répondait pas à des critères objectifs et transparents, ou si les conventions étaient appliquées de manière discriminatoire.

Il convient, à ce titre, de rappeler que le principe de non-discrimination consiste à traiter également des personnes qui sont dans la même situation.

La jurisprudence du Conseil a posé les principes généraux sur lesquels doit reposer la passation de ces conventions. Elles ne doivent, notamment, comporter ni clauses d'exclusivité ni clauses restrictives à peine de fausser le jeu de la concurrence. Le Conseil a ainsi considéré que des clauses par lesquelles les sociétés mutualistes s'engagent, en contrepartie d'avantages consentis par les opticiens, à s'abstenir de créer des centres d'optique, ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter l'accès au marché, que ces clauses aient eu ou non un effet limité (décision n° 91-D-04 du 29 janvier 1991).

L'Union des opticiens de France demande au Conseil s'il ne peut incomber aux mutuelles ou groupements de mutuelles signataires de conventions avec des distributeurs de

produits d'optique-lunetterie une obligation d'information à l'égard de toute personne pouvant être intéressée par l'adhésion à ces mécanismes conventionnels.

Le fait de rendre ces conventions, lorsqu'elles existent, accessibles à tous les professionnels qui en demanderaient la communication, constitue, de la part des mutuelles, une double garantie : qu'elles ne cherchent pas à cacher d'éventuelles clauses discriminatoires et qu'elles ne mettent pas en œuvre les conventions de façon discriminatoire. La transparence doit donc être encouragée, elle est d'ailleurs préconisée par la FNMF.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Chaulet-Philippe, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et M. Cortesse, vice-président.

Le rapporteur général,
Patrick Hubert
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 120

Avis n° 99-A-18 du Conseil de la concurrence en date du 17 novembre 1999 relatif à une demande d'avis de l'Union fédérale des coopératives de commerçants sur la pratique de prix promotionnel unique

NOR : ECOC0000089V

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 31 mai 1999 sous le numéro A 274, par laquelle l'Union fédérale des coopératives de commerçants a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance, d'une demande d'avis sur la pratique de prix promotionnel unique par des coopératives de commerçants ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence, notamment son article 5, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint et le commissaire du Gouvernement entendus,

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre en date du 31 mai 1999, l'Union fédérale des coopératives de commerçants (UFCC) a sollicité l'avis du Conseil de la concurrence sur la question de savoir si « *un réseau de commerçants indépendants, organisés sous la forme de regroupements de commerçants détaillants régis par la loi du 11 juillet 1972, peut (...), à l'instar des grands groupes intégrés, procéder, sous une même enseigne, notamment par radio, par voie d'affichage ou par diffusion de catalogues, à une campagne publicitaire temporaire comportant un prix promotionnel unique, dans le respect des règles de la concurrence* ».

Après avoir présenté les caractéristiques des coopératives de commerçants et le rôle joué par l'UFCC, puis exposé la position de cet organisme, le présent avis s'attachera à répondre à la question posée, étant rappelé qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance précitée, de qualifier les pratiques de tel ou tel opérateur, au regard des dispositions des articles 7 ou 8 de ladite ordonnance. Seule une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure pleinement contradictoire prévue par le titre III de l'ordonnance sont de nature à conduire à une appréciation de la licéité de la pratique ou des pratiques considérées au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus de position dominante ou de dépendance économique.

I. - LES COOPÉRATIVES DE COMMERÇANTS

De manière générale, l'émergence du commerce associé est le principal événement à avoir marqué le monde du commerce depuis la naissance de la grande distribution dans la plupart des pays européens. Aujourd'hui, cette forme de distribution représente une part importante des ventes de détail dans la plupart des pays occidentaux.

Parmi les différentes formes de commerce associé, la coopération commerciale permet aux responsables de petites entreprises d'entrer dans un cercle de décision, d'entretenir des contacts avec d'autres commerçants individuels confrontés aux mêmes problèmes, de bénéficier de la formation et du soutien d'autres associés sur la base d'un réel intérêt commun, notamment au sein d'une structure d'achat commune et d'une politique de vente et de marketing permettant d'atteindre la masse critique nécessaire pour affronter la concurrence. Ces avantages concurrentiels compensent la perte partielle d'autonomie qui en est la contrepartie, notamment pour ce qui est de la partie amont de la chaîne de distribution, à savoir les relations avec les fournisseurs.

En France, la loi n° 72-652 du 11 juillet 1972, modifiée par les lois des 2 janvier 1990 et 14 juillet 1992, définit en son article 1^{er} les coopératives de commerçants détaillants comme ayant « *pour objet d'améliorer, par l'effort commun de leurs associés, les conditions dans lesquelles ceux-ci exercent leur profession commerciale. A cet effet, elles peuvent exercer pour le compte de leurs associés les activités suivantes : a) Fournir en totalité ou en partie à leurs associés les marchandises, denrées ou services, l'équipement et le matériel nécessaires à l'exercice de leur commerce, notamment par la constitution et l'entretien de tout stock de marchandises, la construction, l'acquisition ou la location ainsi que la gestion de magasins et entrepôts particuliers, l'accomplissement dans leurs établissements ou dans ceux de leurs associés de toutes opérations, transformations et modernisations utiles ; b) Regrouper dans une même enceinte les commerces appartenant à leurs associés, créer et gérer tous services communs à l'exploitation de ces commerces, construire, acquérir ou louer les immeubles nécessaires à leur activité ou à celle des associés, et en assurer la gestion, le tout dans les conditions prévues par la loi n° 72-651 du 11 juillet 1972 relative aux magasins collectifs de commerçants indépendants ; c) Dans le cadre des dispositions législatives concernant les activités financières, faciliter l'accès des associés et de leur clientèle aux divers moyens de financement et de crédit ; d) Exercer les activités complémentaires à celles énoncées ci-dessus, et notamment fournir à leurs associés une assistance en matière de gestion technique, financière et comptable ; e) Acheter des fonds de commerce dont, par dérogation aux dispositions de l'article 4 de la loi n° 53-277 du 20 mars 1956, la location-gérance sera concédée dans un délai de deux mois à un associé et qui, sous les sanctions prévues aux deuxième et troisième alinéas de l'article 17 ci-dessous, devront être rétrocédés dans un délai maximum de sept ans ; f) Mettre en œuvre les moyens nécessaires à la promotion des ventes des associés ou de leur entreprise, notamment par la mise à disposition d'enseignes ou de marques dont elles ont la propriété ou la jouissance.* »

Une proposition de loi n° 1709 a été déposée le 16 juin 1999 en vue de modifier le statut des coopératives, et notamment son article 1^{er}. Elle vise à élargir l'objet social des sociétés anonymes coopératives afin de leur permettre de mettre en place une politique commerciale commune à travers la réalisation d'opérations publicitaires ou non, pouvant comporter des prix communs. Elle prévoit que les coopératives engagées dans un processus d'intégration puissent établir des barèmes de prix communs comme politique habituelle de prix. Elle vise également à permettre aux coopératives d'élaborer des méthodes et modèles communs. Enfin, elle comporte diverses dispositions visant à assurer la pérennité des réseaux : fixation par la loi des conditions d'admission des nouveaux adhérents, reconnaissance par la loi d'un règlement intérieur, possibilité pour les commerçants détaillants affiliés à une autre société

coopérative de commerçants de bénéficier directement des services de cette dernière, rémunération des fonctions de président du conseil de surveillance.

II. - PRÉSENTATION DE L'UFCC

L'UFCC est une association soumise à la loi de 1901, créée en 1964. Elle représente en France les coopératives de commerçants détaillants. Sa vocation est de veiller aux intérêts des coopératives de commerçants par le biais d'actions collectives.

L'article 1^{er} de ses statuts dispose : *« Elle a pour but de regrouper les sociétés coopératives et les groupements de commerçants détaillants et leurs unions ou associations, d'unifier leur action et de promouvoir leur essor. Elle pourra à cet effet : 1) Faciliter la création et le développement de toutes les sociétés coopératives de commerçants ; 2) Poursuivre sur le plan professionnel ou interprofessionnel, toute action collective propre à développer les bienfaits de la coopération commerciale en faveur des producteurs, des commerçants détaillants et de leurs consommateurs ; dans cet esprit, continuer en commun l'étude et l'application des méthodes susceptibles d'améliorer la distribution et d'en réduire le coût ; 3) Représenter et défendre les intérêts des sociétés coopératives de commerçants et de leurs membres ; 4) Etudier toutes questions économiques, fiscales, commerciales, industrielles et juridiques susceptibles d'intéresser les sociétés coopératives de commerçants ou leurs adhérents ; 5) Créer un lien permanent entre les membres et maintenir un contact avec tous autres syndicats, associations ou organisations professionnelles ou interprofessionnelles ; et, d'une manière générale, assurer en commun les relations publiques des sociétés coopératives de commerçants et de leurs mandants, les commerçants coopérateurs, en entreprenant et en poursuivant à cette fin toutes actions d'intérêt collectif. »*

Selon l'article 5 de ses statuts, l'UFCC : *« est ouverte aux sociétés coopératives de commerçants détaillants et à leurs unions constituées sous le régime des lois du 10 septembre 1947 et du 11 juillet 1972 et de celles qui les ont ou pourront les modifier, en tant qu'elles concernent la coopération entre commerçants ; la fédération est également ouverte aux associations professionnelles constituées entre ces sociétés ou leurs unions. Elle est également ouverte à tout groupement de commerçants constitué conformément à l'article 17 de la loi du 11 juillet 1972 et dont l'objet s'apparente à celui des coopératives de commerçants tel qu'il a été défini par l'article 1^{er} de ladite loi. Toutefois, il est entendu que le groupement pourra également faire bénéficier de ses services des non-membres liés à lui par un accord contractuel ».*

Ses 35 membres actuels sont essentiellement des groupements nationaux de commerçants ou des groupements régionaux réunis au sein d'une entité nationale. Ils représentent la plupart des coopératives de commerçants. Le groupement Leclerc, bien que n'adhérant pas à l'UFCC, participe à certains projets de l'organisation et à des échanges d'informations avec elle.

Au 31 décembre 1998, l'UFCC compte 10 000 adhérents et 12 826 points de vente. Ils réalisent ensemble 138,8 Mds F de chiffre d'affaires, soit 13 % du chiffre d'affaires du commerce français (estimé à 2 142,9 Mds F). Les deux groupes Système U et Leclerc représentent ensemble 21,1 % du chiffre d'affaires alimentaire ; les 34 groupements relevant du commerce non alimentaire spécialisé représentent 7,9 % des ventes totales, mais leur part de marché varie fortement d'un secteur à l'autre, de moins de 2 % pour la parfumerie à plus de 40 % pour l'optique ou la photo. Le tableau suivant précise la part de chacun des secteurs concernés.

*Parts de marché des groupements UFCC
à la fin de l'année 1998 (estimation en pourcentage)*

NOMBRE de groupements	SECTEUR	PART de marché
1	Alimentaire (*)	6,1
1	Articles médicaux et orthopédiques	6,5
1	Automobile	1,7
2	Bijouterie, horlogerie	7,0
3	Blanc, brun, disque	5,5
6	Bricolage, jardinage, négoce	29,6
1	Chaussure	7,1
1	Equipement du foyer	3,1
3	Jouet, puériculture	11,7
1	Meuble	1,4
6	Optique, photo	42,2
4	Papeterie, librairie	20,7
1	Parfumerie	1,9
1	Pharmacie	3,6
2	Sport	10,6
1	Tourisme	10,9
35		
* Non compris Leclerc : 15 %.		

Sources INSEE, UNIBAL, Observatoire CETELEM, SECODIP, FFJP, NPD.

L'UFCC est membre de l'Union des groupements de commerçants détaillants indépendants de l'Europe (UGAL). Créée en 1963, l'UGAL représente en 1997 près de 295 000 points de vente en Europe et 238 000 détaillants qui réalisent un chiffre d'affaires global d'environ 206 500 millions d'euros. Pratiquement, tous les secteurs du commerce de détail sont représentés.

L'UGAL est un interlocuteur habituel des instances communautaires et rend à ses membres différents services, tels que les échanges d'expériences techniques et professionnelles ou le soutien d'actions individuelles auprès des institutions européennes ou nationales.

Selon les termes du procès-verbal du 7 avril 1999, le conseil d'administration a mandaté le président de l'UFCC afin qu'il saisisse le Conseil de la concurrence, pour avis, sur le problème des prix communs.

III. - SAISINE DU CONSEIL

Comme indiqué plus haut, l'UFCC sollicite l'avis du Conseil de la concurrence sur la question suivante : « *Un réseau de commerçants indépendants, organisés sous la forme de regroupements de commerçants détaillants régis par la loi du 11 juillet 1972, peut-il, à l'instar des grands groupes intégrés, procéder, sous une même enseigne, notamment par radio, par voie d'affichage ou par diffusion de catalogues, à une campagne publicitaire temporaire comportant un prix promotionnel unique, dans le respect des règles de la concurrence ?* »

L'objet est ainsi limité aux seules opérations de promotion et ne vise pas, à l'instar de la

proposition de loi mentionnée ci-dessus, la pratique habituelle de prix unique de la part des sociétés coopératives ayant engagé un début d'intégration.

La saisine est motivée par la nécessité de doter les coopératives de commerçants de moyens publicitaires adaptés permettant à leurs membres de lutter à « *armes égales* » avec les succursales ou agences de groupes intégrés.

L'UFCC estime en effet que ses membres sont désavantagés par rapport aux entreprises de distribution intégrées qui peuvent définir librement leur politique de prix, quelle que soit leur organisation territoriale, alors que les accords de prix communs mis en œuvre par une association de détaillants sont généralement sanctionnés par les autorités nationales et communautaires de la concurrence.

L'UFCC estime pour sa part qu'« *en l'absence de risque d'abus de position dominante de la part d'adhérents d'une seule et même coopérative, l'interdiction des prix promotionnels uniques ne paraît pas justifiée au regard des critères modernes de l'analyse juridique et économique dont disposent les autorités de la concurrence : existence d'un bilan concurrentiel favorable ; effets potentiellement restrictifs de concurrence intra-marque négligeables dès lors qu'ils sont considérés en fonction de la concurrence inter-marques ; enfin, prise en considération d'un bilan économique positif* ».

IV. - RAPPEL DES DISPOSITIONS DE L'ORDONNANCE ET DE LA JURISPRUDENCE NATIONALE ET COMMUNAUTAIRE

Les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance, qui prohibent les conventions qui ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence, sont applicables aux actions concertées qui peuvent être le fait de concurrents potentiels, mais aussi aux relations qui peuvent s'instaurer entre des agents économiques qui se situent à des stades différents du processus de production et de commercialisation, telles notamment les conventions liant un producteur ou un fabricant à ses distributeurs.

Les accords passés entre les coopératives de commerçants et leurs adhérents peuvent être condamnés dans le cadre d'ententes verticales mais également en tant qu'ententes horizontales dès lors qu'ils mettent en cause des commerçants situés au même stade du processus économique.

Le Conseil de la concurrence a toujours reconnu aux commerçants regroupés au sein de coopératives la possibilité de choisir une politique commerciale basée sur une enseigne commune et de déterminer en commun une formule de vente cohérente avec l'image qu'ils veulent donner de cette enseigne. Mais il a précisé que cette stratégie ne saurait aller jusqu'à limiter la liberté commerciale de ces commerçants en matière d'approvisionnement, d'expansion et de prix, dès lors que plusieurs adhérents d'une ou de plusieurs coopératives concernées se trouvent en concurrence sur un même marché. De même, elle ne doit pas avoir pour effet de protéger les adhérents contre la concurrence de tiers.

Dès lors, le Conseil, lorsqu'il constate de telles pratiques au sein de groupements de commerçants détaillants, les sanctionne sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Dans la décision n° 92-D-38 du 9 juin 1992 relative à des pratiques relevées au sein d'un groupement de commerçants du secteur de l'électronique grand public, il a sanctionné la pratique de prix communs mise en œuvre au sein d'une coopérative et la cour d'appel de Paris a confirmé son analyse. De même, la décision n° 97-D-49 du 24 juin 1997 (réseau Krys) a condamné l'édition et la diffusion, lors des campagnes de promotion nationales, de dépliants publicitaires comportant des indications de « *prix généralement pratiqués* », considérés par un grand nombre d'adhérents interrogés comme « *imposés* ». De la même façon, le Conseil a considéré que l'édition d'un tarif national comportant des prix minimaux était de nature anticoncurrentielle, dès lors que les adhérents du réseau étaient en situation de se faire concurrence.

C'est l'imposition directe ou indirecte d'un prix minimum de revente aux entreprises d'un réseau de distribution lorsque certains membres du réseau sont en concurrence qui constitue une pratique illicite. Plus généralement, toute entente ayant pour objet ou pour effet de provoquer un alignement des prix ou des marges pratiqués par les entreprises d'un réseau de distribution revêt le caractère d'une pratique anticoncurrentielle. A cet égard, il est indifférent que l'alignement soit recherché ou obtenu sur un prix présenté comme un prix maximum, comme un prix minimum ou comme un prix conseillé. Ce qui est condamné, c'est l'effet ou le risque d'uniformisation des conditions de vente des différents distributeurs d'un produit ou des différents prestataires d'un service.

En revanche, la pratique d'un prix conseillé, indicatif ou maximal, reste, en principe, licite dès lors que chaque entreprise demeure effectivement libre de fixer son prix. Ainsi, un fournisseur est libre de diffuser des prix conseillés auprès de ses revendeurs pour autant qu'il n'exige pas le respect du tarif qu'il diffuse et que le réseau concerné ne considère pas que les prix correspondants doivent être impérativement respectés.

Ainsi sont susceptibles d'être sanctionnées les organisations qui exercent des pressions pour obtenir le respect effectif des prix conseillés ou encore prévoient ou engagent des actions de rétorsion à l'encontre des revendeurs qui s'en écartent. Même en l'absence de pressions, toute pratique tendant à inciter ou obliger les distributeurs à s'aligner sur les prix ou les tarifs prédéterminés est en elle-même constitutive d'une entente illicite. Il en est ainsi des clauses qui imposent expressément le respect des prix ou des marges indiquées par le fournisseur et de celles qui engagent le revendeur en cette matière. De telles clauses dissuadent les revendeurs de procéder à la fixation autonome de leurs prix.

Toutefois, la condamnation ne vaut que lorsqu'il s'agit de prix conseillés minimums. L'imposition de prix maximums n'est pas illicite, à moins que les distributeurs ne soient incités à s'aligner sur ceux-ci. L'article 7 n'est pas appliqué si les distributeurs sont effectivement libres de pratiquer un prix différent inférieur et s'ils en ont la possibilité matérielle. En revanche, l'article 7 est applicable s'il est établi que les distributeurs ou une grande partie d'entre eux se sont concertés entre eux ou avec le fournisseur en vue de l'application effective des prix maximums conseillés.

Pour sa part, la Commission européenne interdit formellement le prix unique. Le projet de règlement de la Commission concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, qui s'applique aux coopératives de commerçants (sous condition de chiffre d'affaires), considère que l'imposition d'un prix de vente minimum ou fixe constitue une restriction verticale ayant généralement des effets anticoncurrentiels graves et exclut cette pratique des accords susceptibles de bénéficier d'une présomption d'exemption. En revanche, la Commission autorise la communication d'une liste de prix conseillés, qui n'est pas considérée en soi comme conduisant à des prix de revente imposés.

De manière générale, la diffusion de prix uniques par une coopérative de commerçants dont les membres ne se trouvent pas en situation de se concurrencer sur un même marché local n'est pas contraire aux dispositions de l'ordonnance.

De même, lorsque les membres d'une coopérative ou certains d'entre eux sont susceptibles de se faire concurrence, la diffusion de prix uniques n'est pas contraire aux règles de concurrence, dès lors qu'il s'agit d'un prix de référence et qu'il n'est pas interdit aux destinataires d'appliquer à ces prix des remises ou ristournes ou rabais. En revanche, constitue en ce cas une pratique contraire aux dispositions de l'article 7 de l'ordonnance et de l'article 81 du traité, la fixation de prix identiques ou minimums, ou de prix conseillés que tous les membres d'une coopérative des commerçants seraient tenus de respecter.

V. - RÉPONSES À LA QUESTION POSÉE

Sur la diffusion de promotions à prix unique :

Pour répondre pleinement à la demande de l'UFCC, la question formulée doit être examinée sous ses deux aspects : d'une part, la simple annonce d'un prix unique dans le cadre de campagnes promotionnelles temporaires, sans que le consommateur soit explicitement informé de son caractère de prix maximum ou de prix conseillé, respecte-t-elle les règles de concurrence, d'autre part, qu'en est-il de la pratique effective d'un prix unique par tous les adhérents ?

Le Conseil observe, en premier lieu, que la demande d'avis concerne les réseaux de commerçants indépendants organisés sous la forme de coopératives de commerçants détaillants régies par la loi du 11 juillet 1972 modifiée, c'est-à-dire des commerçants qui ont accepté de mettre en commun de manière durable et effective un certain nombre de moyens afin d'améliorer les conditions dans lesquelles ils exercent leur profession. Il note, en second lieu, que les regroupements coopératifs de commerçants indépendants, en ce qu'ils permettent à ces derniers de s'organiser et de faire face à la concurrence des entreprises intégrées de la grande distribution, elles-mêmes en voie de concentration, participent au développement de la concurrence entre enseignes, même s'il peut arriver aussi que ces commerçants se trouvent localement en situation de se faire concurrence entre eux. Le Conseil relève enfin que la demande d'avis vise les campagnes publicitaires temporaires comportant un prix promotionnel unique, c'est-à-dire des opérations limitées dans le temps, portant sur un petit nombre de produits, qui doivent être offerts à des prix particulièrement attractifs et qui s'inscrivent dans la même ligne que les campagnes promotionnelles de la grande distribution intégrée. Le Conseil est d'avis que ces campagnes, de nature à abaisser les marges commerciales, sont un facteur d'animation et d'intensification de la concurrence.

Dans de telles conditions, la diffusion de documents ou de messages publicitaires mentionnant des prix uniques dans le cadre de promotions temporaires n'est pas contraire aux règles tant nationales que communautaires de concurrence, dès lors que le prix de référence est un prix maximum conseillé et qu'il n'existe pas de pressions directes ou indirectes sur les distributeurs pour en imposer l'application.

Dès lors que le prix unique ne saurait être imposé aux adhérents, ceux-ci doivent disposer de la liberté soit de choisir de participer ou non aux campagnes communes soit, s'ils y participent, de pratiquer des prix réels inférieurs aux prix annoncés dans la campagne promotionnelle. Cette condition doit nécessairement être remplie pour que la pratique soit conforme aux règles nationales et communautaires de la concurrence. Il importe, en conséquence, que les adhérents soient informés de la liberté dont ils disposent de ne pas participer à la promotion en cause ou d'appliquer un prix inférieur à celui mentionné sur la publicité. Chaque réseau peut librement décider des moyens adéquats pour diffuser cette information (circulaire à ses membres ou autre support interne de communication).

Si ces exigences d'information des adhérents sont respectées, l'absence de mention « *prix conseillé* » ou « *maximum conseillé* » sur le support de la publicité ne constitue pas un indice suffisant pour qualifier le prix de prix imposé. En effet, lorsque le Conseil de la concurrence, dans la décision n° 94-D-60 du 13 décembre 1994 relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives, a condamné la diffusion d'une publication en considérant que les prix de revente au consommateur qui y figuraient n'étaient accompagnés d'aucune mention indiquant qu'ils étaient des prix maximums ou conseillés, il s'est déterminé en l'espèce sur le constat que des consignes imposaient aux adhérents de pratiquer les prix des promotions, que le document en cause précisait que le consommateur était assuré de bénéficier de conditions identiques dans tous les points de vente et que la marge très faible dissuadait l'adhérent de pratiquer un prix inférieur au prix défini. Il en a déduit que le groupement avait diffusé des prix imposés et non des prix maximums.

Une campagne de promotion à prix coûtant peut donner lieu à la diffusion de prix

correspondant au seuil de revente à perte pour autant que ce dernier soit le même pour tous les membres de la coopérative. Le Conseil, dans la décision n° 99-D-17 du 24 février 1999 relative à une saisine présentée par le Conseil national des professions de l'automobile (CNPA), confirmée par la cour d'appel de Paris, a considéré que cette pratique était conforme aux règles de la concurrence, dès lors que les membres du réseau disposent d'une certaine liberté dans l'établissement de leurs prix, notamment le choix de participer ou non à l'opération : « *La pratique concertée d'un prix coûtant, pour le même produit, par des entreprises en concurrence, n'a pas pour effet d'imposer un prix identique à ces entreprises, dès lors que leurs conditions d'approvisionnement et d'exploitation, même si elles peuvent être analogues, sont néanmoins propres à chacune d'entre elles et ne les dispense pas de calculer de manière indépendante leur prix de vente ; qu'en tout état de cause ces entreprises ne pourraient pratiquer un prix licite inférieur à ce prix.* »

Toutefois, dans un tel cas de figure, si la campagne à prix coûtant conduit à une pratique de prix unique, il convient de s'assurer que le prix de cession aux membres du réseau n'a pas été artificiellement majoré pour donner lieu ensuite à des ristournes ou remises exceptionnelles anormales (remises fin d'année...). Une telle pratique serait alors condamnable en ce qu'elle reviendrait dans les faits à fixer un prix minimum imposé.

Enfin, serait condamnable, indépendamment de toute appréciation du niveau du prix, l'imposition d'un prix unique à son réseau par une entreprise détenant une position dominante, cette pratique constituant une pratique abusive contraire à l'article 8 de l'ordonnance de 1986.

S'agissant d'une éventuelle exemption au titre d'un bilan économique favorable :

L'UFCC demande également au Conseil de dire que la pratique de promotions temporaires à prix unique devrait être créditée d'un bilan économique favorable, les critères de l'article 10-2 de l'ordonnance étant réunis : « *La mise en œuvre de cette politique de prix bas par cette forme organisationnelle qu'est la coopérative permet une efficacité économique réelle (...). En aval, le consommateur constate une amélioration effective de son pouvoir d'achat et du rapport qualité/prix ; en amont, le fournisseur bénéficie d'une augmentation de volume de ses ventes (ce qui peut être d'autant plus bénéfique en période de surproduction) ; horizontalement, l'effet bénéfique pour l'économie est double : à l'intérieur de la coopérative, ses adhérents sont contraints d'être plus efficaces, notamment en réduisant leurs coûts pour supporter la politique volontariste de prix bas de leur organisation ; à l'extérieur, ses concurrents directs sont incités au même effort.* »

L'examen théorique de cette question est effectué ici dans l'hypothèse où une pratique de prix unique deviendrait anticoncurrentielle, c'est-à-dire lorsque les conditions indiquées plus haut ne sont pas remplies. A l'inverse, la question n'a pas à être abordée si la pratique de promotion temporaire remplit les conditions mentionnées plus haut, puisqu'elle n'a pas vraiment alors de caractère anticoncurrentiel.

Selon les dispositions du 2 de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les pratiques anticoncurrentielles ne sont pas soumises aux prohibitions édictées par les articles 7 et 8 de l'ordonnance, lorsque leurs auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. La loi n° 96-588 du 1^{er} juillet 1996 a ajouté à ces dispositions en prévoyant que ces pratiques « *peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de la production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun* ».

Le Conseil, qui s'en tient à une interprétation stricte de ces dispositions, considère généralement que le progrès invoqué doit constituer un progrès pour la collectivité dans son

ensemble et non pas simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées. Il doit, notamment, être établi que ce progrès est la conséquence directe des pratiques en cause et qu'il n'aurait pu être obtenu par d'autres voies. La preuve doit également être rapportée qu'il est suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence observées.

L'application de l'article 10-2 suppose, en conséquence, l'examen de la situation de chaque espèce et ne saurait donner lieu à une position de principe du Conseil. Cet examen devrait, notamment, prendre en compte l'état de la concurrence dans le secteur concerné, la part relative des coopératives de commerçants et des autres formes de commerce, dont la grande distribution intégrée, les modalités de la publicité des concurrents, la durée et le niveau de prix des promotions, ainsi que l'effet des pratiques mises en œuvre sur la compétitivité des membres des coopératives concernés.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Maillot-Bouvier, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Cortesse et Jenny, vice-présidents, Mmes Boutard-Labarde et Flüry-Herard, MM. Bidaut, Ripotot, Robin et Sloan, membres.

Le rapporteur général adjoint,
Jacques Le Pape
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 121

Avis n° 99-A-21 du Conseil de la concurrence en date du 8 décembre 1999 relatif à une demande d'avis de l'Union des syndicats de l'industrie routière française concernant l'intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsions de bitume et des travaux routiers

NOR : ECOC0000090V

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 25 mars 1999 sous le numéro A 269, par laquelle l'Union des syndicats de l'industrie routière française (USIRF) a saisi, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à l'intervention des parcs départementaux de l'équipement dans le secteur de la production d'émulsions de bitume et des travaux routiers ;

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour son application ;

Le rapporteur, le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement entendus, M. Le Coroller, président de la section des fabricants d'émulsions routières de bitume à l'USIRF, M. Robez, chargé de projet au ministère de l'équipement, des transports et du logement, M. Pfeiffer, chef du parc départemental du Morbihan, M. Le Dauphin, directeur des routes et infrastructures en Ile-et-Vilaine, entendus, conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance susvisée,

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

L'Union des syndicats de l'industrie routière française (USIRF) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à l'intervention accrue des parcs départementaux de l'équipement, services extérieurs de l'Etat, dans le secteur de la production d'émulsions de bitume et des travaux routiers.

L'USIRF souhaite que soient précisés les règles et principes juridiques devant guider et

encadrer les interventions des parcs départementaux de l'équipement, afin d'éviter à l'avenir tout risque de distorsion de concurrence sur les marchés concernés. Plus précisément, l'USIRF estime que la production d'émulsions de bitume par les parcs n'a pas de justification. Elle considère que la production de matières premières dans des conditions de coûts spécifiques confère aux parcs un avantage important sur les marchés aval, que les parcs départementaux de l'équipement formulent des offres à des prix très bas, qui font paraître les entreprises du secteur privé peu ou moins compétitives. Elle souligne que l'intensification de l'intervention des parcs départementaux de l'équipement s'appuie sur une politique commerciale active de prospection de clientèle.

A titre liminaire, il convient de rappeler qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur est contraire aux dispositions des articles 7 et 8 de ladite ordonnance. Seules une saisine contentieuse et la mise en œuvre d'une procédure pleinement contradictoire, prévue par le titre III de l'ordonnance, sont de nature à permettre une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard des dispositions prohibant les ententes illicites et les abus anticoncurrentiels de position dominante ou de dépendance économique.

Le Conseil considère qu'en application de la procédure prévue à l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, rien ne s'oppose à ce qu'il réponde aux questions qui lui sont posées, dans la mesure où elles présentent un caractère de généralité suffisant et où elles mettent en cause des principes de concurrence.

Après avoir décrit le secteur concerné par la saisine (I) et le contexte juridique dans lequel les parcs de l'équipement interviennent sur différents marchés (II), le présent avis examine les conditions de l'exercice de la concurrence par les parcs sur ces marchés (III).

I. - LES MARCHÉS CONCERNÉS PAR LA SAISINE DE L'USIRF

La production d'émulsions de bitume et les travaux réalisés avec ces revêtements font partie du secteur du bâtiment et des travaux publics, et, plus précisément, de l'industrie routière qui, tant par le nombre d'entreprises (1 450 entreprises en 1997, dont 27 de plus de 500 personnes) que par les effectifs (73 700 en 1997), est en recul depuis le début des années 1990. Les clients de l'industrie routière française sont l'Etat, à hauteur de 8 %, les collectivités locales (55 %), les entreprises publiques et les sociétés d'autoroutes (8 %) et le secteur privé (27 %). Les travaux routiers comprennent les terrassements, la construction d'ouvrages d'art, les travaux de chaussée, l'assainissement, le fauchage et l'entretien des accotements, le déneigement et la signalisation.

Les parcs de l'équipement, qui font partie du service déconcentré de l'Etat que sont les directions départementales de l'équipement (DDE), interviennent aussi dans le secteur des travaux publics. Ils entretiennent le matériel utilisé par les directions départementales de l'équipement et assurent également des travaux d'entretien routier, en s'appuyant, dans certains cas, sur des usines administratives produisant des revêtements. Leur activité a représenté, dans son ensemble, 4,85 milliards de francs en 1998. Leurs clients sont l'Etat (30 %), les départements (55 %), les communes et les tiers (15 %).

A. - Le marché des revêtements routiers

Les matières premières utilisées dans les travaux routiers peuvent être produites selon plusieurs procédés : les enrobés à chaud, qui sont la technique la plus répandue, les techniques « béton » pour les routes à grand trafic et les techniques à base d'émulsion. Chaque technique correspond à un ou des usages spécifiques ; elles ne sont que très marginalement

substituables. La technique, qui consiste à utiliser des gravillons et un liant, émulsion de bitume ou liant anhydre, sert essentiellement aux travaux d'entretien et à la réalisation d'enduits superficiels sur des routes de trafic peu important. Les émulsions de bitume servent également à fabriquer des graves émulsion et enrobés coulés à froid. Les marchés locaux d'émulsion de bitume sont vraisemblablement limités par les coûts de transport à trois ou quatre départements autour du lieu de production. Les parcs de l'équipement interviennent essentiellement sur le marché des émulsions.

Les tonnages d'émulsions de bitume produits par les adhérents de l'USIRF ont, en moyenne, baissé d'environ 20 % au cours de la dernière décennie. La production des parcs est également orientée à la baisse depuis quelques années. La demande d'émulsions de bitumes émane des entreprises routières, mais aussi des collectivités publiques et des directions départementales de l'équipement ne disposant pas d'unités de production : le parc de l'équipement est ainsi, selon les zones, client ou concurrent des entreprises du secteur privé.

Sur environ 130 usines produisant des émulsions en France, un peu moins de 10 %, dites « usines administratives », appartiennent aux parcs de l'équipement ; elles fournissent 10 % de la production nationale, soit 100 000 tonnes environ. La production d'émulsions de bitume par les usines des parcs de l'équipement ne concerne pas l'ensemble du territoire mais dix départements (Aisne, Côtes-d'Armor, Ille-et-Vilaine, où les parcs possèdent trois usines, Haute-Loire, Morbihan, Hautes-Pyrénées, Sarthe, Vendée, Vienne, Yonne). Les usines administratives ne produisent que pour le parc du département d'implantation ; elles peuvent vendre à des communes et des tiers. Le poids des parcs doit donc être apprécié à l'échelon local.

Les autres usines appartiennent à 45 % à l'une des dix grandes entreprises de BTP présentes sur l'ensemble du territoire, pour le reste, à des usines en participation et à des PME. La structure de l'offre paraît encore aujourd'hui proche de celle décrite en 1978 par la Commission de la concurrence, dans son avis du 23 novembre 1978 relatif à la licéité de l'activité du « groupement des fabricants d'émulsions routières de bitume » au regard des règles de la concurrence.

Soixante-quinze départements français disposent d'au moins une usine d'émulsion de bitume ; dans quarante-six d'entre eux, il n'y a qu'une seule usine. Le parc se trouve en situation de monopole local dans trois départements : les Côtes-d'Armor, les Hautes-Pyrénées et l'Ille-et-Vilaine.

B. - Le marché des travaux réalisés à partir de ces revêtements

L'ensemble des travaux réalisés avec des émulsions de bitume représente un chiffre d'affaires annuel un peu inférieur à 5 milliards de francs.

Les parcs de l'équipement sont essentiellement présents sur le marché des travaux réalisés à partir de liants, qu'ils utilisent des émulsions fournies par des entreprises privées ou par leurs propres usines. La proportion des enduits réalisés par le parc peut être élevée localement. En Haute-Savoie, par exemple, le parc réalise 100 % des enduits pour l'Etat et le département mais moins de 10 % pour les communes ; la situation est du même type dans le Jura. En revanche, dans l'Aisne ou le Pas-de-Calais, le parc intervient aussi à plus de 80 % sur le réseau communal.

C. - Les moyens dont disposent les parcs

Les parcs assurent leur fonctionnement à partir des ressources dégagées par leur activité industrielle et commerciale qui s'exerce par l'intermédiaire des subdivisions des DDE. Les effectifs des ouvriers des parcs et ateliers travaillant pour les parcs, autorisés par la loi de finances, ont diminué depuis 1993, de 7 354 à 6 505 en 1999. Les parcs emploient également

des fonctionnaires, dont le chef de parc et le comptable.

Les parcs gèrent un important stock de matériel - véhicules légers, fourgons, camions, engins - et les installations nécessaires à son entretien. Ils n'en sont pas propriétaires, mais paient une redevance d'utilisation à l'Etat, ou au département, dans le cas où ce dernier a réalisé l'investissement. Les parcs peuvent louer eux-mêmes du matériel en cas d'insuffisance de moyens, voire, de façon exceptionnelle, recourir à l'autofinancement d'investissements, après accord de la direction des routes du ministère de l'équipement. Le rapport de la Cour des comptes de 1996, relatif à la gestion des parcs départementaux de l'équipement, souligne qu'il est difficile d'apprécier la pertinence de l'investissement réalisé par les parcs :

« L'investissement, notion stratégique et décisive pour toute entreprise, échappe pour l'essentiel aux parcs. Rien ne semble garantir que les intérêts des bailleurs d'immobilisations, Etat ou département, coïncident avec les besoins réels de l'entreprise "parc". »

Treize parcs disposent d'usines fabriquant des émulsions de bitume ou d'autres types de revêtement. Les plus anciennes des usines d'émulsions de bitume et de liants datent des années 1926-1930, une deuxième génération date de l'après-guerre, la dernière, des années cinquante. Les usines d'enrobé à froid, plus récentes, datent de 1952 et 1960 et la centrale mobile, dernière création, de 1983. Les usines administratives ont fait l'objet de travaux divers (extension, introduction de nouveaux produits, etc.) dont les plus récents datent des années 1990-1998.

D. - De grandes disparités locales

A l'échelle nationale, les principales activités des parcs sont les prestations de services (locations de matériels notamment) et les travaux hors service hivernal et intempéries (qui recouvrent l'entretien routier mais aussi le marquage au sol, l'entretien des bas-côtés...). Le poids relatif de ces activités varie d'un département à l'autre. On peut ainsi distinguer des parcs dotés d'usines administratives, qui ont une activité de vente d'émulsion importante, comme de l'Ille-et-Vilaine ou de la Vienne, des parcs essentiellement « loueurs » de matériel comme ceux du Var, de l'Isère, du Val-de-Marne, de la Seine-Saint-Denis, des Yvelines ou des Alpes-Maritimes, et des parcs ayant une activité de travaux publics, comme ceux de l'Yonne, de Loir-et-Cher, de l'Indre-et-Loire, des Deux-Sèvres, de la Marne ou du Rhône.

Le poids relatif des différentes activités varie également selon le type de client. La vente de produits finis et les travaux courants ont un poids plus important dans l'activité pour les communes que dans l'activité globale des parcs. La structure de cette activité varie d'un département à l'autre, les ventes de produits finis représentant jusqu'à 40 % de l'activité en Ille-et-Vilaine.

% DU CA	VENTE de produits finis	TRAVAUX sauf service hivernal	TRAVAUX (intempéries service hivernal)	PRESTATIONS de services	VENTE de marchandises
Parcs	3,2 %	42,6 %	1,9 %	47,4 %	4,5 %
Pour communes et tiers	13,3 %	58,8 %	0,3 %	20,5 %	5,9 %

Le poids relatif de l'activité au bénéfice des départements tend à diminuer (de 57 à 55 % entre 1993 et 1998). La part des communes et tiers oscille entre 14 et 15 % dont environ 10 % pour les communes. Cette structure varie également d'un département à l'autre. C'est dans l'Ain, la Haute-Garonne et les Hautes-Pyrénées (13-14 %) que l'activité du parc pour l'Etat est la plus faible ; elle atteint ses niveaux les plus élevés en Essonne et Seine-Saint-Denis

(plus de 75 %). L'activité pour les communes et tiers est nulle, ou quasiment nulle, dans le Calvados, le Cantal, le Puy-de-Dôme, le Rhône, la Seine-Saint-Denis ou le Val-de-Marne. En revanche, plus de 30 % de l'activité du parc bénéficie aux communes et tiers dans le Loir-et-Cher (41 %), où les communes et tiers sont les principaux clients du parc, ainsi que dans la Vienne, la Saône-et-Loire, les Côtes-d'Armor, la Corrèze, l'Ille-et-Vilaine, la Sarthe et la Vendée.

II. - LE CADRE RÉGLEMENTAIRE

A. - Mise en place et définition des parcs de l'équipement

Avant la décentralisation, les parcs fonctionnaient comme des associations entre l'Etat et le département, chacun de ces deux partenaires apportant les moyens nécessaires à l'exécution des prestations.

Les parcs de l'équipement sont mentionnés et définis dans la circulaire 298 du 2 décembre 1948 du ministère des travaux publics, puis dans la circulaire 71 du 22 novembre 1967 qui prévoit qu'« *il est de plus en plus nécessaire de disposer dans chaque service d'un organisme chargé de l'entretien et des réparations et aussi de suivre de très près le fonctionnement et le coût de chaque engin (...). Cet organisme sera désormais appelé le Parc* ». Elle souligne que « *cette conception globale du Parc (qui comprend aussi les centres de stockage et de réchauffage des liants hydrocarbonés et les usines de fabrication d'émulsions de bitumes) est plus large que celle qui avait inspiré la circulaire ministérielle du 2 décembre 1948 (...) qui comprenait surtout le plus gros matériel et la réserve* ».

En application de la loi du 7 janvier 1983, relative à la répartition des compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, et de son décret d'application du 13 février 1987, le parc de l'équipement a été défini comme un service déconcentré de l'Etat, mis à la disposition du département, voire des communes. L'organisation actuelle est définie par la loi n° 92-1255 du 2 décembre 1992, relative à la mise à disposition des départements des services déconcentrés du ministère de l'équipement, dont l'article 1^{er} dispose : « *Les services ou parties de services déconcentrés du ministère de l'équipement qui concourent à l'exercice des compétences des départements sont mis à leur disposition (...). Ces services ou parties de services demeurent des services de l'Etat.* »

L'article 2 précise : « *Le Parc de l'équipement est un élément du service public de la direction départementale de l'équipement. Les opérations de recettes et de dépenses auxquelles donnent lieu ses activités industrielles et commerciales sont retracées dans le compte de commerce ouvert par l'article 69 de la loi de finances pour 1990.* »

Article 3 : « *Les prestations que le parc de l'équipement peut fournir au département sont définies soit par une convention, soit forfaitairement dans les conditions prévues (...).* »

Article 4 : « *Le conseil général peut décider que le département cessera de recourir au parc de l'équipement.* »

Les compétences des parcs sont exposées dans la circulaire de 1967, « *“le parc” est fournisseur de matériel en location aux subdivisions. (...) Le Parc stocke et fournit des liants hydrocarbonés et éventuellement des agrégats. Il prend en charge, fabrique ou stocke également tous les autres matériaux destinés à des opérations communes à plusieurs subdivisions. (...) Le Parc exécute des travaux en régie (...)* ». Cette même circulaire note que « *dans quelques centres, en outre, existent des usines de fabrication d'émulsion et de bitume* ».

Le cadre de l'activité des parcs pour les départements est fixé par la loi du 2 décembre 1992. Une convention, conclue entre le préfet et le président du conseil général pour trois ans, fixe pour chaque année la nature, la programmation et le montant des prestations à fournir par le parc, les sommes dont sont redevables l'Etat et le département, ainsi que la redevance d'usage des biens mobiliers et immobiliers affectés au parc et des

nouveaux investissements financés par l'une ou l'autre des collectivités. La convention est prorogée chaque année par avenant, le montant des prestations ne pouvant varier de plus de 10 %, sauf à titre exceptionnel. Le conseil général peut décider que le département cessera de recourir au parc de l'équipement ; en l'absence de convention spécifique, le désengagement progressif du parc est alors étalé sur dix ans.

En ce qui concerne les communes, l'article 12 de la loi n° 83-3 du 7 janvier 1983 et l'article 8 du décret du 13 avril 1982, relatif à la mise à disposition du président du conseil général des services extérieurs de l'Etat dans le département, établissent que les services extérieurs de l'Etat continuent d'apporter leur concours aux communes qui en font la demande, dans les conditions fixées par les lois et règlements en vigueur. Selon l'article 7 de la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992, relative à l'administration territoriale de la République, *« les services déconcentrés de l'Etat peuvent concourir par leur appui technique aux projets de développement économique, social et culturel des collectivités territoriales et de leurs établissements publics de coopération qui en font la demande. Dans ce cas, cet appui est fourni dans des conditions définies par convention passée entre le représentant de l'Etat et, selon le cas, le président du conseil régional, le président du conseil général, le maire ou le président de l'établissement public de coopération »*.

Enfin, l'activité pour des tiers, mentionnée dans différentes circulaires, n'apparaît pas dans les lois de décentralisation.

B. - Le cadre comptable

Les activités des parcs sont retracées dans un compte de commerce et décomposées dans une comptabilité analytique, l'un ne correspondant pas exactement avec l'autre.

Depuis 1990, les parcs sont dotés d'un support budgétaire propre à l'Etat, en vue d'assurer la transparence à l'égard du département, leur principal commanditaire. Leurs activités industrielles et commerciales donnent lieu à des opérations de recettes et de dépenses, retracées au compte de commerce n° 904-21, intitulé *« Opérations industrielles et commerciales des directions départementales de l'équipement »*. Créé dans le cadre de la loi de finances pour 1990 (art. 69 de la loi n° 89-935 du 29 décembre 1989) à titre expérimental et généralisé à l'ensemble des départements par la loi de finances pour 1993 (art. 74), ce compte de commerce retrace les opérations de recettes et de dépenses auxquelles donnent lieu les activités industrielles effectuées par les DDE dans le domaine routier.

Conformément aux règles propres aux comptes de commerce, posées par l'article 26 de l'ordonnance n° 59-2 portant loi organique relative aux lois des finances, l'équilibre du compte s'apprécie en termes économiques et en flux de trésorerie. Ces deux équilibres sont globalement atteints chaque année depuis 1993, avec parfois des résultats positifs. Le résultat économique accumulé et l'excédent comptable sont reportés d'une année sur l'autre et restent acquis au compte de commerce.

L'équilibre des comptes de chacun des parcs départementaux est un objectif interne en vue d'assurer l'équilibre à l'échelle nationale. Localement, la gestion financière des parcs est tributaire du volume des commandes, qui n'est pas totalement prévisible, en raison des incertitudes météorologiques ou de l'évaluation, nécessairement plus approximative, des programmes. Cela a conduit le ministère de l'équipement à recommander aux parcs de prévoir un solde bénéficiaire pour obtenir des résultats économiques et constituer progressivement une marge de sécurité suffisante. Néanmoins, plusieurs départements présentent un solde d'exécution négatif, témoignant notamment de difficultés à se faire payer dans des délais raisonnables, qui peuvent atteindre parfois plusieurs années. A l'inverse, quelques parcs dégagent un excédent.

La comptabilité analytique des parcs a été considérée comme indispensable dès la circulaire de 1948, compte tenu de l'association de l'Etat et du département dans les services

d'entretien routier. Par la suite, la circulaire de 1967 a établi que « *le Parc doit tenir trois comptabilités : la comptabilité administrative (ou budgétaire), la comptabilité générale, la comptabilité analytique d'exploitation* », définies en 1968 puis 1976. Une circulaire récente rappelle la nécessité d'intégrer des « charges supplétives », qui permettent d'imputer en comptabilité analytique la contre-valeur de charges que les parcs ne supportent pas et d'évaluer les coûts significatifs du point de vue économique.

En effet, le compte de commerce ne rembourse au budget général de l'Etat que les charges salariales relatives aux ouvriers des parcs et ateliers et, le cas échéant, les rémunérations des vacataires, mais ne supporte pas les rémunérations des fonctionnaires mis à la disposition permanente du parc. L'inscription dans la comptabilité analytique de ces charges de personnel s'effectue sur la base du coût total employeur. De même, l'Etat étant son propre assureur, le compte de commerce ne retrace aucune dépense d'assurance en ce qui concerne le patrimoine de l'Etat. L'incorporation des charges supplétives, au titre de la dispense d'assurance des véhicules de l'Etat, ne vise que l'assurance pour la responsabilité civile ; la valorisation est effectuée par comparaison avec le montant des primes d'assurance pratiquées localement.

L'équilibre de la comptabilité analytique est assuré par des recettes fictives compensant la prise en compte de ces charges supplétives. Cette ligne constitue un écart entre l'équilibre issu du compte de commerce et celui de la comptabilité analytique.

Les tarifs des parcs, fixés dans le cadre de barèmes départementaux, s'appuient à la fois sur les résultats de la comptabilité analytique et sur la logique d'équilibre du compte de commerce. Le décret n° 92-1465 du 31 décembre 1992, relatif aux conditions de la mise à disposition des départements des services déconcentrés du ministère de l'équipement, précise, notamment, que la convention relative au parc de l'équipement détermine pour chaque année le barème selon lequel sont facturées les prestations. Celui-ci doit être conforme à la réalité des coûts de revient et doit évoluer en fonction de la totalité des coûts relatifs à la prestation demandée par le département. Le point de savoir si les prestations réalisées pour les communes sont, ou non, prises en compte pour établir ce barème ou si elles sont facturées sur la base de ces tarifs ou de tarifs spécifiques n'est pas clairement établi. Les pratiques varient d'un département à l'autre. Le barème est actualisé chaque année et peut faire l'objet d'une révision en cours d'année, notamment lors de variations significatives du coût des matériaux utilisés dans la prestation.

Ainsi, l'utilisation des coûts de revient issus de la comptabilité analytique doit permettre d'établir le tarif des différentes prestations proposées. Néanmoins, les barèmes diffèrent d'un département à l'autre, tant pour le tarif des prestations que pour la méthode de tarification (tarif unique ou binôme, partie variable appuyée sur des kilomètres parcourus ou des durées horaires, journalière, hebdomadaire ou mensuelle, etc.).

Mais le barème doit également permettre au parc d'atteindre les objectifs d'équilibre du compte de commerce. La Cour des comptes constate que « *les résultats économiques des parcs traduisent moins la qualité de leur productivité que la plus ou moins bonne aptitude des parcs à "lisser" leur barème de façon à obtenir l'équilibre des comptes* ».

Le principe même d'un barème reflétant le coût de revient des prestations dans leur globalité, de manière à garantir l'équilibre du compte, a pour corollaire l'impossibilité pour le compte de commerce de dégager une marge au sens commun des entreprises. La capacité d'investissement des parcs est donc très limitée.

III. - L'ACTIVITÉ DES PARCS DE L'ÉQUIPEMENT AU REGARD DES RÈGLES DE LA CONCURRENCE

Les parcs de l'équipement interviennent sur les mêmes marchés que les entreprises privées, en particulier celui des émulsions de bitume et celui des travaux réalisés en aval, mais

sur d'autres encore, comme celui de la signalisation au sol ou de la location de matériels. De par leur statut respectif, les parcs et les entreprises produisent dans des conditions différentes, tant en raison de l'objectif visé que des contraintes réglementaires et économiques qui leur sont applicables.

Après avoir déterminé quelle est la nature des activités des parcs et les principes juridiques qui les gouvernent, le présent avis définit un cadre méthodologique de l'analyse d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles.

A. - Nature des activités des parcs de l'équipement : qualification juridique

Aux termes de l'article 53 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, le droit de la concurrence s'applique aux activités de production, de distribution et de services qui sont le fait de personnes publiques comme de personnes privées. Le Conseil de la concurrence, dans son avis n° 96-A-12 du 17 septembre 1996 relatif aux conditions de concurrence prévalant dans le système bancaire français, a rappelé que *« le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques. Il suppose toutefois qu'aucun opérateur ne bénéficie pour son développement de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général »*.

Plus précisément, dans son avis n° 97-A-10 relatif aux questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du service hydrographique et océanographique de la marine, le Conseil a rappelé que l'intervention d'un service de l'Etat sur un marché constituant un prolongement de sa mission de service public est susceptible de relever de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 : *« Elle doit en conséquence s'effectuer dans le respect des règles du droit commun, c'est-à-dire dans des conditions qui ne créent pas de distorsion de concurrence pouvant aboutir, par exemple, à évincer des opérateurs concurrents du marché. »*

Pour déterminer le champ d'application du droit de la concurrence aux activités des parcs de l'équipement, il convient donc de déterminer comment elles se décomposent et, en particulier, quelle part des prestations fournies pourrait relever, d'une part, de l'autoconsommation et, d'autre part, du prolongement de la mission de service public.

Les activités des parcs en tant qu'administrations déconcentrées

L'Etat a pour mission d'assurer *« la mise en œuvre et l'amélioration d'un réseau cohérent de communications routières »*, comme le rappelle un arrêt du 2 novembre 1988 du Conseil d'Etat. Ainsi cet arrêt exclut-il le transfert des parcs aux départements lors de la décentralisation et confirme qu'ils peuvent être mis à disposition du président du conseil général, ainsi que des communes. Les prestations du parc effectuées pour l'Etat doivent être considérées comme de l'autoconsommation ; elles peuvent concerner l'ensemble du réseau routier. De fait, il est loisible à l'Etat d'exercer directement certaines fonctions, sous réserve des dispositions du droit communautaire. L'arrêt « Unipain » du Conseil d'Etat du 29 avril 1970 rappelle que le principe de la liberté du commerce et de l'industrie ne fait pas obstacle à ce que l'Etat satisfasse par ses propres moyens aux besoins de ses services. Ainsi l'arrêt admet-il que la boulangerie militaire fournisse du pain à des établissements pénitentiaires, malgré la concurrence ainsi faite aux boulangers.

L'activité des parcs au bénéfice des collectivités locales

Les missions de service public d'intervention sur le réseau routier des collectivités locales peuvent, selon le choix de ces dernières, être effectuées soit par les parcs, soit dans le

cadre de marchés publics. Dès lors que les parcs se présentent comme des offreurs de biens et services vis-à-vis des collectivités locales, ils doivent donc le faire dans le respect des règles de concurrence (cf. décision n° 97-D-92 du Conseil de la concurrence en date du 16 décembre 1997, relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille).

Le cas des départements :

La loi donne explicitement aux départements la possibilité de faire appel aux parcs dans le cadre de conventions ou de renoncer à cette faculté.

Le Conseil considère que les conventions triannuelles passées entre les départements et les parcs ne dispensent pas les cocontractants de respecter les règles de la concurrence. Ainsi, les conventions ne devraient-elles comporter aucune clause, en termes de tarifs proposés ou d'engagement sur le long terme, qui serait de nature à limiter le département dans son choix éventuel de sortie progressive de la convention. En particulier, les investissements devraient être définis en ne tenant compte que de la demande contractuelle ainsi définie, d'une part ; les parcs ne devraient pas disposer d'avantages durables en termes de coûts, d'autre part.

Le cas des communes :

Les communes ont souvent établi, avant la décentralisation, des liens étroits avec les directions départementales de l'équipement. Pour certaines, le recours aux subdivisions et aux parcs reste une solution fréquemment retenue pour l'entretien du réseau routier. Les prestations des parcs pour ces communes relèveraient, sous cet angle, d'une assistance tacite aux « petites » collectivités locales. Le cas échéant, celle-ci serait avantageusement remplacée par le recours à l'un des nombreux dispositifs de dotations mis en place lors de la décentralisation, auquel cas ceci éviterait de procéder à des subventions croisées peu transparentes.

Le recours des communes aux parcs relève des dispositions précitées de l'article 7 de la loi d'orientation n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République. Le recours est facultatif et doit être prévu par une convention passée entre le représentant de l'Etat et le maire ou le président de l'établissement public de coopération. Cette convention est soumise aux règles de la concurrence.

Les autres clients des parcs

Enfin, la vente d'émulsions par les parcs à des entreprises de travaux routiers et les prestations effectuées pour des particuliers, dans l'hypothèse où elles sont permises par les textes, devraient faire l'objet d'un examen au regard du contexte concurrentiel local. L'examen de l'implantation des usines sur le territoire national et le fonctionnement du marché conduisent à considérer que, dans la plupart des départements, une usine suffit à répondre à la demande locale. L'existence d'une usine administrative, initialement justifiée par la carence de l'initiative privée, pourrait, aujourd'hui, limiter le développement du secteur privé. *A contrario*, en l'absence de producteur alternatif, ou dans le cas où la concurrence, sur le marché régionalement pertinent, est peu intense, la vente de produits par le parc peut contribuer à l'activité d'entreprises de travaux routiers locales, en particulier n'appartenant pas aux grands groupes du secteur.

Plus généralement, les prestations fournies aux communes ou aux tiers se justifient, notamment, comme l'a relevé la Cour des comptes dans son rapport de 1996, par le fait que les parcs, qui, en raison de leur mission de service public, doivent être en mesure de faire face à ces situations d'urgence, sont structurellement en situation de surcapacité.

Comme l'a rappelé l'avis n° 97-A-10, l'utilisation des moyens du service public pour répondre à des besoins autres que ceux en vue desquels ils ont été constitués, et qui pourraient également être pourvus par le secteur privé, s'appuie sur la notion de prolongement de l'activité du service public. La nécessité de développer une activité en marge de la mission de

service public pour atteindre une meilleure efficacité a également été reconnue par l'arrêt Corbeau, rendu le 19 mai 1993 par la Cour de justice européenne. Cet arrêt s'appuie sur la notion de « service d'intérêt économique général » et définit dans quels cas et dans quelles limites le financement de ce service peut reposer sur les rentes dégagées dans une autre activité bénéficiant de conditions favorables. Il n'est donc pas illégitime qu'ils cherchent à obtenir des marchés auprès de tiers pour améliorer la rentabilité des investissements et la productivité des services.

B. - Cadre d'analyse d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles

L'analyse au regard des règles de la concurrence porte sur la partie d'activité des parcs qui ne relève pas des prestations que l'Etat se fournit à lui-même.

B.1. Dès lors que cette partie de leur activité entre dans le champ d'application de l'article 53 de l'ordonnance de 1986, les pratiques qui y sont liées peuvent être visées par l'article 7 de ce texte prohibant les ententes anticoncurrentielles et son article 8 prohibant les abus de position dominante ou de dépendance économique. En ce qui concerne l'article 8, son application est subordonnée à l'identification d'une position dominante détenue sur un ou plusieurs marchés par une entreprise : au cas d'espèce, les parcs, lesquels exercent leur activité comme offreurs sur un marché, nonobstant leur statut public, seraient considérés comme des entreprises et, par conséquent, entreraient dans les prévisions de l'article 8 susvisé.

La part des parcs de l'équipement dans les travaux routiers est relativement faible à l'échelon national. Mais, pour l'essentiel, la concurrence s'exerçant à l'échelon local, c'est à ce niveau qu'il convient d'examiner la part de marché des parcs. Plusieurs questions doivent être étudiées pour définir les marchés pertinents, comme la fonction des différentes techniques de revêtement et la zone géographique où la concurrence peut effectivement s'exercer. Il ne peut être exclu que, dans certaines zones, les parts de marché des parcs leur confèrent une position dominante sur le marché des émulsions de bitume, sur celui des travaux routiers ou sur ces deux marchés.

De plus, les multiples fonctions remplies par les directions départementales de l'équipement renforcent leur poids local. Les subdivisions, qui organisent le travail des parcs, servent également de conseillers des communes, d'organiseurs des chantiers et de prestataires de services. La participation des parcs à de nombreux travaux les avantage auprès des collectivités qui souhaitent avoir peu d'interlocuteurs. Or, la jurisprudence européenne a établi que l'égalité des chances est rompue dans la concurrence entre opérateurs publics et privés lorsque les premiers sont à la fois compétiteurs et arbitres au titre de la même activité sur le même terrain (CJCE République française/Commission 19 mars 1991). Enfin, l'organisation des relations entre les parcs et les communes, qui résulte le plus souvent de conventions, alors que les entreprises privées sont soumises à la procédure d'appel d'offres, constitue également un avantage indéniable.

B.2. En ce qui concerne les niveaux de prix pratiqués par les parcs et les pratiques de démarchage commercial :

1. L'examen d'éventuelles pratiques d'éviction ou de prédation nécessite une comparaison entre les coûts de l'opérateur et les tarifs qu'il pratique

Les parcs de l'équipement bénéficient d'avantages en termes de coûts sur plusieurs postes, tels que la main-d'œuvre, les assurances, la rémunération du capital ou certaines taxes :

- le chef du parc et certains de ses collaborateurs sont des fonctionnaires du ministère de l'équipement, dont les rémunérations ne figurent pas dans le compte de commerce du parc.

Les dépenses correspondantes, ainsi que les dépenses d'assurance, sont intégrées au titre des charges supplétives dans la comptabilité analytique et ne sont pas prises en compte dans l'élaboration du barème ;

- s'il est vrai que le parc supporte l'équivalent de coûts d'amortissement par le biais des redevances payées à l'Etat et, le cas échéant, au département, pour ses investissements, bâtiments inclus, le mode de calcul de ces redevances semble incertain et varierait d'un parc à l'autre. Ainsi, la Cour des comptes souligne notamment que « *d'une convention à l'autre, la redevance d'usage n'est pas traitée d'une manière égale, et tout spécialement pour ce qui touche à son calcul.* » ;

- par ailleurs, les parcs ne sont pas soumis à l'obligation de rémunérer leur capital. Il existe des parcs dont le résultat est négatif plusieurs années de suite sans que cela remette en cause leur activité. L'objectif d'équilibre des comptes départementaux ne constitue en effet qu'un moyen de parvenir à l'équilibre comptable au plan national ;

- en outre, la fiscalité des parcs diffère de celle des opérateurs privés. Si le régime de TVA ne paraît pas être un élément discriminatoire, dès lors que les activités pour les tiers sont assujetties à la TVA et que l'activité pour les communes traitée en investissement relève du Fonds de compensation de la TVA, il n'en va pas de même pour les taxes locales.

En revanche, les parcs, en raison de leur statut et de leur mission publics, supportent des surcoûts que ne connaissent pas les entreprises privées, du fait notamment d'une moindre flexibilité dans l'adaptation de leurs effectifs et de leur situation structurelle de surinvestissement nécessaire pour faire face à des situations de crise. Ces surcoûts n'ont fait l'objet d'aucune estimation et ne peuvent, de ce fait, être mis en regard des économies de charges réalisées par ailleurs.

En ce qui concerne les tarifs, l'analyse devrait, dans chaque cas d'espèce, examiner la pertinence de la méthodologie retenue et la manière dont elle est appliquée pour les établir et confronter les tarifs effectivement pratiqués avec les coûts, en s'appuyant sur des valeurs de la comptabilité analytique intégrant les charges supplétives.

S'il n'est pas possible, compte tenu des disparités locales, de définir des règles générales pour les parcs, le Conseil souligne cependant les risques qui sont associés à des investissements durablement supérieurs aux besoins résultant de la nécessité de faire face aux circonstances exceptionnelles. Ceci est en effet de nature à instaurer une tarification à des niveaux inférieurs aux coûts, visant à évincer des entreprises privées du marché.

2. Les instruments comptables

La coexistence d'activités pour l'autoconsommation et d'activités de marché rend indispensables l'établissement et la tenue d'une comptabilité analytique. Cet instrument devrait être conçu, premièrement, pour éviter qu'une partie de financement du coût des activités concurrentielles soit effectuée par un prélèvement sur les revenus de l'autoconsommation, deuxièmement, pour permettre l'évaluation des surcoûts structurels des parcs et le montant des exonérations de charges dont ils bénéficient, troisièmement, pour contribuer à l'établissement d'une méthode de calcul objective et uniforme des tarifs et des redevances d'utilisation des équipements réalisés par le département et l'Etat.

3. Les relations entre les parcs et leurs clients

Les parcs éditent des « plaquettes », qui témoigneraient d'une volonté de démarchage commercial auprès des communes, mais qui peuvent aussi participer de la gestion interne des personnels et des activités (valorisation du service,...). La Commission centrale des marchés rappelle cependant, dans la revue *Marchés publics* (1990), à propos des parcs : « *il est évident qu'en revanche, tout "démarchage" de clientèle direct ou indirect est strictement interdit aux*

personnes publiques. » En tout état de cause, le démarchage est étranger à l'activité d'autoconsommation et ne saurait être financé par cette activité.

Certains responsables subdivisionnaires s'appuieraient, y compris dans des courriers, sur leurs relations privilégiées avec les communes, au titre du conseil, pour proposer les prestations du parc. De plus, les parcs communiqueraient aux communes leur tarif, avant tout appel d'offres, pour des marchés de travaux routiers déterminés et établiraient des conventions après des appels d'offres déclarés infructueux. La possibilité, pour les communes, d'intervenir dans l'un ou l'autre cadre, celui des conventions ou celui des appels d'offres, est certes inscrite dans les lois de décentralisation. Cette situation confère implicitement aux barèmes du parc une fonction de tarif de référence. L'application de l'article 8 de l'ordonnance pourrait conduire à une analyse du cumul des fonctions de conseil et de prestataire de services par l'ensemble subdivision-parc. Cette analyse porterait également sur la pratique consistant, pour les parcs, à contracter en marge de tout appel d'offres.

Délibéré, sur le rapport de Mme Tourjansky, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président.

Le rapporteur général adjoint,
Jacques Le Pape
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen
Annexe 122

Avis n° 99-A-22 du 14 décembre 1999 relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie concernant les conditions d'organisation et de financement de la filière d'élimination des accumulateurs usagés

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 31 août 1999 sous le numéro A 280 par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, d'une demande d'avis concernant les conditions d'organisation et de financement de la filière d'élimination des accumulateurs usagés.

Vu l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence, notamment son article 5, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour son application ;

Vu la directive 91/157/CEE du Conseil du 18 mars 1991 relative aux piles et accumulateurs contenant certaines matières dangereuses ;

Vu la directive 93/86/CEE de la Commission du 4 octobre 1993 portant adaptation au progrès technique de la directive 91/157/CEE du Conseil du 18 mars 1991 relative aux piles et accumulateurs contenant certaines matières dangereuses ;

Vu la directive 98/101/CE de la Commission du 22 décembre 1998 portant adaptation au progrès technique de la directive 91/157/CEE du Conseil du 18 mars 1991 relative aux piles et accumulateurs contenant certaines matières dangereuses ;

Vu la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux modifiée ;

Vu le décret n° 97-1328 du 30 décembre 1997 relatif à la mise sur le marché des piles et accumulateurs contenant certaines matières dangereuses et à leur élimination ;

Vu le décret n° 99-374 du 12 mai 1999 relatif à la mise sur le marché des piles et accumulateurs et à leur élimination ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus, les

représentants de la Fédération des industries électriques, électroniques et de communication (FIEEC), de l'association Perifem, de l'Organisation générale des consommateurs (Orgeco) entendus conformément aux dispositions de l'article 25 de l'ordonnance précitée,

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre enregistrée le 31 août 1999, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis, au titre de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, concernant les conditions d'organisation et de financement de la filière d'élimination des accumulateurs usagés mise en place par les opérateurs de ce secteur, afin de faire face aux obligations découlant du décret du 12 mai 1999 relatif à la mise sur le marché des piles et accumulateurs et à leur élimination.

L'avis du Conseil est sollicité particulièrement, au regard des règles de concurrence et des objectifs d'intérêt général poursuivis, sur :

- les dispositions statutaires régissant l'organisme susceptible d'être constitué par les opérateurs (conditions d'adhésion, rapport entre le statut d'actionnaire et celui d'adhérent, modalités de rémunération des services rendus par cet organisme) ;
- les conditions dans lesquelles les coûts supportés par les adhérents à cet organisme pourraient faire l'objet d'une facturation distincte ;
- la possibilité d'une détermination concertée, par les opérateurs, de cette facturation sous la forme d'une « contribution-environnement » et d'une répercussion obligatoire de cette contribution à l'utilisateur final.

La demande d'avis précise que plusieurs secteurs générateurs de produits en fin de vie seront prochainement concernés par des obligations analogues et que le dispositif soumis à l'examen du Conseil préfigure ceux qui seront établis pour la collecte et l'élimination d'autres produits en fin de vie et, qu'en conséquence, l'avis du Conseil aura une portée étendue.

A titre liminaire, le Conseil rappelle qu'il dispose d'une compétence d'attribution et qu'il ne lui appartient pas d'apprécier la conformité d'un comportement aux dispositions d'un texte autre que celui de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ou des articles 81 et 82 du traité des Communautés européennes et, qu'en conséquence, il n'a pas compétence pour se prononcer sur le respect du principe environnemental dit du « pollueur-payeur » évoqué dans la note jointe à la demande d'avis.

Par ailleurs, il n'appartient pas non plus au Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur est contraire aux dispositions des articles 7 et 8 de cette ordonnance. Seule une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure pleinement contradictoire prévue par le titre III de l'ordonnance sont de nature à permettre une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus anticoncurrentiels de position dominante ou de dépendance économique.

Après avoir défini le contexte économique et juridique, le présent avis s'attache à examiner les conditions de l'exercice de la concurrence dans le secteur de l'élimination et de la valorisation des accumulateurs.

I. - LE CONTEXTE ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE

A. – **Présentation du contexte économique**

1. *Définition et distinction des piles et des accumulateurs*

Une pile au sens générique du terme se définit comme une source d'énergie électrique obtenue par transformation d'énergie chimique.

Au sens strict, les piles doivent être distinguées des accumulateurs, principalement par leur mode de fonctionnement :

- un accumulateur est un générateur secondaire ; il est rechargeable après avoir restitué

l'énergie qui a été emmagasinée à l'aide d'un chargeur externe ;

- une pile est un générateur primaire dans lequel l'énergie électrique est introduite dès sa fabrication ; la pile n'est, en principe, pas rechargeable et est donc conçue pour un usage unique ;

Piles et accumulateurs satisfont donc des besoins différents.

Au sein des accumulateurs proprement dits qui sont visés par la demande d'avis, il convient encore de faire des distinctions.

D'un point de vue fonctionnel, trois catégories peuvent être distinguées :

- les batteries de démarrage que l'on trouve en particulier dans les véhicules automobiles ;

- les batteries de commande permettant de faire fonctionner des moteurs électriques : matériel de manutention et véhicules électriques ;

- les batteries stationnaires qui fonctionnent comme batteries de secours dans certains bâtiments : hôpitaux...

D'un point de vue technique, deux types d'accumulateurs doivent être distingués :

- les accumulateurs au plomb (ou non alcalins) qui restent liés en permanence à la source de chargement et sont utilisés pour l'allumage, le démarrage et l'éclairage des véhicules de transport et comme système de batteries de secours dans certains bâtiments publics ; le principal débouché est constitué par l'industrie automobile ;

- les accumulateurs alcalins qui sont plus variés, fonctionnent en autonome (charge et décharge s'opérant à des moments différents) et sont principalement utilisés dans les matériels électriques portables (radios, ordinateurs, outillage, jouets...) et dans les équipements de manutention.

On peut aussi distinguer les accumulateurs portables et les accumulateurs non portables en fonction de leurs poids.

2. Caractéristiques du secteur des piles et accumulateurs

La demande d'avis porte sur la mise en place de la filière d'élimination des seuls accumulateurs stricto sensu, mais les données économiques disponibles concernent bien souvent le secteur des piles et des accumulateurs sans autre précision (même code NAF) ; le Conseil n'a pu isoler les données propres aux seuls accumulateurs.

Le secteur de la fabrication d'accumulateurs et de piles électriques a réalisé, en 1997, un chiffre d'affaires de 7,6 milliards de francs représentant 6 % du chiffre d'affaires total de l'industrie de fabrication de matériel électrique et employait alors environ 7500 personnes, soit 5,9 % de l'ensemble des effectifs des entreprises du secteur de la fabrication de matériel électrique.

La production des piles et accumulateurs est en progression régulière, tandis que les fabricants étrangers augmentent régulièrement leur taux de pénétration, les importations représentant plus de 60 % du marché français.

Ce secteur est dominé par de grandes entreprises employant plus de 250 salariés, étrangères pour la plupart. La société SAFT, leader du marché, est toutefois une entreprise française.

SOCIÉTÉS	Contrôle	CHIFFRES d'affaires 1997 (MF)
SAFT	Alcatel Alsthom (99 %). France	2 066
CEAC	Exide (99 %). Etats-Unis	1 856

Ralston Energy Systems France	Energizer via Ralston Energy Systems. Etats Unis	1 277
Oldham France	BTR PLC-RU (99 %). Royaume-Uni	1 001
Varta	Varta (99 %). Allemagne	520
VB Autobatterie	Varta (99 %). Allemagne	496
CFEC – Compagnie française d'électrochimie	Acumuladores Autosil. Portugal	488
Pile d'Alsace	Varta (99 %). Allemagne	105
VHB Batteries industrielles	BTR via Oldham France. Royaume Uni	93
Hoppecke France	Accumulatoren Werke Hoppecke. Allemagne	66
GP. Battery Marketing Europe		51
Cobelak France	Cie Belge de l'accumulateur (62 %). Belgique	33
Accumulateurs Clement		27
PAC 16 – Production d'accumulateurs		19
Aglo		18
National Powerpacks		nd

On assiste depuis plusieurs années à une montée en puissance des marques de distributeurs (MDD), notamment dans le créneau des piles de bas de gamme.

Il existe une demande de nature professionnelle et une demande émanant des ménages. Le principal réseau de distribution des piles est constitué par les grandes surfaces alimentaires (GSA). Les accumulateurs sont davantage intégrés aux produits et distribués par les grandes surfaces spécialisées. La demande a été quelque peu erratique sur la période 1993-1998 avec cependant une croissance globale.

Le taux d'exportation des piles et accumulateurs atteint 64 %.

3. Données économiques et techniques relatives à l'élimination des piles et accumulateurs

a) Les enjeux : les quantités à éliminer ou recycler

Les quantités mises sur le marché en 1997 sont les suivantes (Source ADEME) :

- 610 millions de piles non incorporées représentant 23.000 tonnes ;
- 60 millions de piles incorporées représentant 1500 tonnes ;
- 33 millions d'accumulateurs portables représentant 3500 tonnes ;
- 9,8 millions de batteries de démarrage représentant 145.000 tonnes.

Le taux de recyclage est évalué à environ 10 % à l'exception notable des batteries de démarrage pour lesquelles ce taux atteint 90 %.

Comparé aux ordures ménagères, l'enjeu paraît modeste. Il est surtout de type qualitatif, lié à la toxicité des principaux composants des piles et accumulateurs.

Le problème ne se pose pas exactement dans les mêmes termes pour les piles et les accumulateurs. Dans le cas des accumulateurs qui sont en grande majorité incorporés dans les appareils, il s'agit de mettre en place une collecte technique auprès des services après vente et de la distribution spécialisée : audio/video, électroménager, téléphonie, bricolage, informatique, etc. Dans le cas des piles, il s'agit au contraire d'une collecte grand public,

essentiellement dans les hypermarchés et les grandes surfaces ou par l'intermédiaire des collectivités locales.

b) Les différents intervenants

En application du décret du 12 mai 1999 relatif à la mise sur le marché des piles et accumulateurs et à leur élimination, tant les producteurs et les distributeurs que les utilisateurs professionnels et non professionnels sont impliqués dans la gestion des accumulateurs et piles en fin de vie.

Les distributeurs doivent reprendre les piles ou accumulateurs usagés du type de ceux qu'ils commercialisent qui leur sont apportés par les consommateurs.

Les fabricants, importateurs et ceux qui distribuent sous leurs propres marques des piles et des accumulateurs doivent reprendre, dans la limite des tonnages qu'ils ont eux-mêmes fabriqués, importés ou distribués sous leur propre marque, les piles et accumulateurs usagés collectés par les distributeurs et les collectivités locales. Il sont également tenus de valoriser ou faire valoriser, éliminer ou faire éliminer les piles et accumulateurs repris.

Les utilisateurs professionnels de piles et d'accumulateurs sont tenus de collecter ou faire collecter et de valoriser ou faire valoriser ou éliminer ou faire éliminer les piles et accumulateurs usagés.

Cette filière fait également intervenir les industriels du recyclage regroupés au sein du Syndicat français des recycleurs d'accumulateurs et de piles (SFRAP).

Il s'agit soit de petites et moyennes entreprises autonomes, soit, au contraire, de filiales de groupes plus importants.

Certaines sont en concurrence sur les mêmes créneaux, mais d'autres se sont spécialisées dans la récupération de tel ou tel métal (plomb, lithium, cadmium...) et se situent dans des niches technologiques.

Ces sociétés réalisent à ce jour l'essentiel de leur chiffre d'affaires par le biais de déchets d'importation et attendent avec intérêt le développement d'une collecte nationale efficace, sachant que leur capacité de traitement serait en l'état suffisante pour absorber la totalité des piles et accumulateurs à recycler au plan national.

c) Les difficultés techniques et économiques posées par l'élimination ou la valorisation des piles et accumulateurs

L'essentiel des composants utilisés dans les piles et accumulateurs figurent dans la classification européenne des substances dangereuses comme très toxiques (oxyde de mercure), toxiques (bioxyde de plomb), nocifs (bioxyde de manganèse), corrosifs (chlorure de zinc ou acide sulfurique) ou facilement inflammables (lithium).

Le recyclage des piles et accumulateurs s'opère au plan technique par différents traitements (fours, bains d'acide) permettant l'extraction des composants chimiques ou métalliques, lesquels sont ensuite réutilisés dans la chimie pour fabriquer de nouvelles piles.

Outre certains problèmes d'organisation des circuits de collecte et de sensibilisation des consommateurs finaux, le principal problème posé par l'élimination des piles et accumulateurs provient de l'absence de rentabilité économique des filières, donc du besoin de financement engendré par cette élimination et, par voie de conséquence, de la répartition de la contribution qu'il est nécessaire de prélever entre les différents opérateurs économiques.

Seul le recyclage des batteries pour automobiles au plomb paraît rentable mais celles-ci ne sont pas directement visées dans la demande d'avis formulée.

B. – Présentation du contexte juridique

La législation applicable en matière d'élimination et de recyclage des piles et accumulateurs usagés trouve son origine dans des directives européennes tardivement transposées dans le droit français.

1. Les normes européennes : textes généraux sur les déchets et textes concernant les piles et accumulateurs

La directive cadre 75/442/CEE du Conseil du 15 juillet 1975, relative aux déchets, est le texte fondateur au niveau européen en matière de politique des déchets et a défini les grands principes applicables en la matière. Son article 1^{er} dispose : *« Les Etats membres prennent les mesures appropriées pour promouvoir la prévention, le recyclage et la transformation des déchets, l'obtention à partir de ceux-ci de matière première et, éventuellement d'énergie, ainsi que tout autre méthode permettant la réutilisation des déchets. »* Ce texte fondateur a été complété par la suite par plusieurs directives sectorielles.

La directive 91/157/CEE du Conseil du 18 mars 1991, relative aux piles et accumulateurs contenant certaines matières dangereuses, ne porte que sur les piles incluant du mercure, du cadmium et du plomb, matières réputées dangereuses, et prévoit des contraintes de mise sur le marché et l'obligation d'élimination et de traitement.

Elle impose deux objectifs aux Etats membres :

- la réduction de la teneur en métaux lourds dans les piles et accumulateurs et, parallèlement, l'introduction progressive sur le marché de piles contenant des matières moins polluantes ou une moins grande quantité de matières dangereuses ;
- la collecte séparée des piles et accumulateurs contenant des matières dangereuses, en vue de leur valorisation et de leur élimination (article 4). Les Etats membres doivent établir des programmes en vue de réduire la quantité de piles et d'accumulateurs dans les ordures ménagères et de promouvoir des systèmes de recyclage et d'élimination séparée (article 6).

Cette directive a été complétée par la directive de la Commission 93-86 CEE du 4 octobre 1993 portant adaptation au progrès technique de la directive 91-157 CEE du Conseil relative aux piles et accumulateurs contenant certaines matières dangereuses. Malgré son libellé, ce second texte ne fait que préciser les modalités du marquage des piles et accumulateurs contenant des produits dangereux prévu à l'article 4 de la directive du 18 mars 1991.

Enfin, la directive 98/101/CE de la Commission du 22 décembre 1998, portant adaptation au progrès technique de la directive 91/157/CEE du Conseil relative aux piles et accumulateurs contenant certaines matières dangereuses, a modifié pour partie la directive du 18 mars 1991. Ses principales dispositions sont l'abaissement des teneurs limites pour une mise sur le marché des piles et accumulateurs contenant du mercure ou du manganèse. Cette directive doit faire l'objet d'une transposition effective avant le 1^{er} janvier 2000.

2. Les normes françaises : textes généraux sur les déchets et textes spécifiques aux piles et accumulateurs

Le texte de référence en matière d'élimination des déchets est la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux. Cette loi, modifiée à plusieurs reprises, a fixé les principes essentiels. Elle précise en son article 2 : *« L'élimination des déchets comporte les opérations de collecte, transport, stockage, tri et traitements nécessaires à la récupération des éléments et matériaux réutilisables ou de l'énergie. »*

L'article 6 de ce texte précise les obligations qui peuvent être imposées aux opérateurs économiques en matière d'élimination des déchets : *« La fabrication, la détention en vue de la vente, la mise en vente, la vente et la mise à disposition de l'utilisateur, sous quelque forme*

que ce soit, de produits générateurs de déchets peuvent être réglementées en vue de faciliter l'élimination desdits déchets ou, en cas de nécessité, interdites. Il peut être fait obligation aux producteurs, importateurs et distributeurs de ces produits ou des éléments ou matériaux entrant dans leur fabrication de pourvoir ou de contribuer à l'élimination des déchets qui en proviennent. Il peut être fait obligation à ces mêmes producteurs, importateurs et distributeurs de prêter leur concours, moyennant une juste rémunération, à l'élimination des déchets provenant de produits identiques ou similaires mis en vente ou distribués antérieurement à l'entrée en vigueur de la présente loi. Il peut être prescrit aux détenteurs des déchets desdits produits de les remettre aux établissements ou services désignés par l'administration, dans les conditions qu'elle définit. »

S'agissant des piles et accumulateurs, la transposition de la directive du 18 mars 1991 évoquée ci-dessus devait être réalisée avant le 18 septembre 1992. Cette transposition n'a été réalisée qu'avec retard, et après condamnation de la France pour non transposition (CJCE Aff C-282/96 et C 283/96 du 29 mai 1997), par le décret n° 97-1328 du 30 décembre 1997 relatif à la mise sur le marché des piles et accumulateurs contenant certaines matières dangereuses et à leur élimination.

Ce décret, qui ne concernait que les piles et accumulateurs contenant des matières dangereuses, n'a pas véritablement été mis en application, notamment parce que le tri entre les piles dites dangereuses et les autres s'est avéré trop compliqué à mettre en œuvre par les consommateurs et parce qu'il ne prévoyait pas les modalités précises de financement de la filière des piles usagées, ce qui a conduit à la paralysie du dispositif.

Ce texte a été abrogé par le décret n° 99-374 du 12 mai 1999 relatif à la mise sur le marché des piles et accumulateurs et à leur élimination, qui est à l'origine de la présente demande d'avis.

Les principales dispositions de ce texte concernant l'élimination figurent dans le titre II et sont les suivantes :

– article 5 : *« L'élimination des piles et accumulateurs ou de leurs composants, y compris ceux qui auront été retirés des appareils auxquels ils sont incorporés, doit être effectuée dans des installations autorisées à cet effet en application des dispositions de la loi du 19 juillet 1976 susvisée, ou dans toute autre installation bénéficiant d'une autorisation équivalente dans un autre Etat de la Communauté européenne, dès lors que le transfert transfrontalier des piles et accumulateurs usagés est conforme aux dispositions du règlement du 1^{er} février 1993 susvisé.*

« La valorisation des piles et accumulateurs usagés est préférée aux autres modes d'élimination chaque fois que les conditions techniques et économiques du moment le permettent ».

– article 6 : *« Tout distributeur, détaillant ou grossiste, de piles et d'accumulateurs est tenu, que ces piles ou accumulateurs soient ou non incorporés à des appareils, de reprendre gratuitement les piles ou accumulateurs usagés du type de ceux qu'il commercialise qui lui sont rapportés. Il les rassemble en lots de caractéristiques identiques, de manière à en faciliter la reprise dans les conditions prévues à l'article 7 ci-dessous par les personnes mentionnées à ce même article. »*

– article 7 : *« Toute personne physique ou morale qui fabrique, importe, introduit, distribue sous sa propre marque des piles ou des accumulateurs est tenue de reprendre ou de faire reprendre, dans la limite des tonnages qu'elle a elle-même fabriqués, importés, introduits ou distribués sous sa marque, les piles ou accumulateurs usagés collectés par les distributeurs, d'une part, et par les communes ou leurs groupements, d'autre part, lorsque lesdites communes ou lesdits groupements ont procédé à la collecte séparée des piles et accumulateurs usagés et les ont assemblés en lots de caractéristiques identiques ; ces mêmes personnes sont, en outre, tenues de valoriser ou de faire valoriser, d'éliminer ou de faire*

éliminer les piles et accumulateurs qu'elles ont repris.

« Les prescriptions édictées à l'alinéa précédent s'appliquent également à toute personne physique ou morale qui incorpore dans des appareils des piles ou accumulateurs, ou qui importe ou introduit des appareils contenant des piles ou des accumulateurs ».

– article 8 : « Les utilisateurs de piles et d'accumulateurs autres que les ménages sont tenus de collecter ou de faire collecter, de valoriser ou de faire valoriser, d'éliminer ou de faire éliminer leurs piles ou accumulateurs usagés, qu'ils soient ou non incorporés à des appareils. »

– article 9 : « Les personnes physiques ou morales mentionnées aux articles 6, 7 et 8 ci-dessus sont regardées comme satisfaisant aux obligations d'élimination des piles et accumulateurs usagés prescrites par ces mêmes articles lorsqu'elles passent avec des récupérateurs ou des affineurs, soit directement, soit par l'intermédiaire des groupements dont elles sont adhérentes, des conventions, approuvées dans les conditions fixées à l'article 10, qui ont pour objet de mettre en œuvre, par catégorie de piles ou d'accumulateurs, des filières de collecte et d'élimination et de définir les modalités de leur fonctionnement.

« Les personnes physiques ou morales mentionnées à l'article 7 peuvent créer des organismes appropriés destinés à mettre en œuvre l'élimination des piles et accumulateurs telle que prévue à cet article. Ces organismes peuvent passer des conventions du type de celles mentionnées à l'alinéa précédent et approuvées dans les mêmes conditions. Ces personnes physiques ou morales sont alors également regardées comme satisfaisant aux obligations d'élimination des piles et accumulateurs usagés.

« Dans le cas d'un organisme tiers, le système d'élimination pourra être financé par une contribution de ses adhérents. Ceux-ci ont la faculté de faire figurer sur une ligne séparée de leurs factures la contribution qu'ils versent à un organisme tiers, à la condition que leur initiative résulte d'une décision prise par chacun, librement et individuellement.

« Les conventions susmentionnées précisent à cet effet, pour les catégories de piles ou d'accumulateurs qu'elles visent :

« a) Les objectifs que se fixent les cocontractants en matière de collecte, de valorisation et d'élimination des piles et accumulateurs usagés ;

« b) Les responsabilités respectives des cocontractants en ce qui concerne tant les conditions dans lesquelles sont réalisées les opérations de collecte, de valorisation ou d'élimination de ces piles et de ces accumulateurs que les modalités de financement de ces opérations ;

« c) Les moyens mis en œuvre en vue d'informer les ménages des dangers résultant du mélange des piles et accumulateurs usagés avec d'autres déchets ménagers et d'obtenir leur concours. »

– article 10 : « Les conventions mentionnées à l'article 9 sont, avant d'être mises en application, soumises pour approbation aux ministres respectivement chargés de l'économie, du commerce, de l'industrie et de l'environnement. A défaut pour l'administration d'avoir fait connaître son refus de les approuver dans le délai de deux mois à compter de leur notification aux autorités compétentes, ces conventions sont réputées approuvées. »

Ce nouveau décret prévoit donc l'élimination de toutes les piles et accumulateurs et précise les modalités de mise en place de la filière d'élimination. Les modalités d'organisation et de financement des filières d'élimination sont laissées à l'appréciation des opérateurs économiques, à la différence de ce qui est prévu pour la récupération des emballages ou des huiles usagées.

En application de l'article 13 du décret du 12 mai 1999 précité, l'obligation d'élimination ou de valorisation s'imposera à compter du 1^{er} janvier 2001.

C. – A titre d'exemple : présentation du projet élaboré par la Fédération des industries électriques, électroniques et de communication (FIEEC) et la Fédération des entreprises

industrielles et commerciales de la mécanique et de l'électronique (FICIME) pour les accumulateurs portables

En vue de se conformer aux prescriptions du décret du 12 mai 1999, les industriels fabricants d'accumulateurs portables, regroupés au sein de la Fédération des industries électriques, électroniques et de communication (FIEEC), et les importateurs, regroupés au sein de la Fédération des entreprises industrielles et commerciales de la mécanique et de l'électronique (FICIME), ont décidé, comme les y autorise le second alinéa de l'article 9 du décret du 12 mai 1999 précité, d'organiser collectivement la valorisation et l'élimination des accumulateurs prévues à l'article 7 du même texte.

A cette fin, ils ont créé la Société de collecte et de recyclage des accumulateurs (SCRA), constituée sous forme de société anonyme régie par la loi du 24 juillet 1996, dont sont actionnaires les principaux fabricants et importateurs d'accumulateurs portables.

L'objet social de cette société est défini à l'article 2 dans les termes suivants :
« L'organisation de systèmes visant au regroupement et à la valorisation des appareils électriques et électroniques principalement de grande consommation ainsi que les composants qui y sont intégrés, les pièces détachées, et les accessoires et notamment les piles et accumulateurs ;

« La mise en œuvre des cinq principes de base énumérés ci-après :

« 1. S'assurer du respect de l'environnement et de sa promotion ;

« 2. Obtenir le financement des systèmes de regroupement et de valorisation par une contribution prélevée au moment de la mise sur le marché par le fabricant, l'importateur ou l'incorporateur ou le distributeur pour les produits commercialisés sous sa propre marque. Cette contribution est destinée à être répercutée auprès de l'utilisateur final ;

« 3. Encourager la diffusion jusqu'à l'utilisateur final de l'existence et du montant de cette contribution dans un but de prise de conscience de l'environnement ;

« 4. S'assurer de la transparence du mode d'établissement de cette contribution et des diverses composantes des coûts, des volumes traités et de l'efficacité économique ;

« 5. Etablir un équilibre entre les dépenses et les recettes.

« Le tout directement ou indirectement, par voie de création de sociétés et de groupements nouveaux, d'apport, de commandite, de souscription, d'achat de titres ou droits sociaux, de fusion, d'alliance, d'association en participation ou de prise ou de dation en location-gérance de tous biens et autres droits.

« Et généralement, toutes opérations industrielles, commerciales, financières, civiles, mobilières ou immobilières, pouvant se rattacher directement ou indirectement à l'un des objets visés ci-dessus ou à tous objets similaires ou connexes. »

L'article 8 intitulé « Modification du capital social » prévoit que : *« Le capital social peut être augmenté, réduit ou amorti conformément aux lois et règlements en vigueur. »*

L'article 11 intitulé « Transmission des actions » prévoit que : *« Sauf en cas de successions, de liquidation de communauté de biens entre époux ou de cession, soit à un conjoint, soit à un ascendant ou à un descendant ou au profit d'une personne nommée administrateur, la cession d'actions à un tiers non actionnaire à quelque titre que ce soit est soumise à l'agrément de la société dans les conditions décrites ci-après.*

« Le cédant doit adresser à la société par acte extra judiciaire ou par lettre recommandée avec accusé de demande d'avis de réception une demande d'agrément indiquant les nom, prénoms et adresse du cessionnaire, le nombre d'actions dont la cession est envisagée et le prix offert. Elle doit être accompagnée d'une attestation d'inscription en compte des actions dont la cession est projetée.

« La décision est prise par le conseil d'administration et n'est pas motivée. La décision d'acceptation est prise à la majorité des deux tiers des administrateurs présents ou représentés, le cédant, s'il est administrateur ne prenant pas part au vote. »

Les contrôles internes et externes sont ceux habituellement prévus pour une société commerciale. Un « *collège de censeurs* » est en outre prévu à l'article 14 dans les termes suivants : « *La société, à l'initiative de son Conseil d'Administration, peut se doter d'un collège de censeurs composé de huit membres au plus, choisis parmi les actionnaires ou non, l'administration pouvant demander qu'un fonctionnaire la représente au sein de ce collège. Les censeurs sont nommés ou renouvelés ou révoqués par le conseil d'Administration. Les censeurs peuvent assister aux séances du conseil d'administration et peuvent prendre part aux délibérations avec voix consultative.* »

La plaquette publicitaire diffusée par la SCRA résume ainsi les « points clés » de son action : « *Le décret du 12 mai 1999 oblige les distributeurs à reprendre gratuitement les accumulateurs usagés. Les fabricants, incorporateurs, importateurs et distributeurs (pour les marques distributeurs) sont tenus de reprendre ces accumulateurs usagés collectés par les distributeurs, ainsi que ceux collectés par les communes afin de les valoriser.*

« *La société SCRA a été créée pour permettre aux fabricants, importateurs, incorporateurs et distributeurs de remplir leurs obligations : elle a pour objet de mettre en œuvre, dans le respect de l'environnement, les filières nécessaires à la collecte et au recyclage.*

« *La collecte se fera essentiellement par les services après-vente et dans les grandes surfaces spécialisées (bricolage, audio-vidéo...) : 500 points de collecte et/ou de regroupement seront disponibles en 1999 et une forte progression est prévue d'ici 2003. Tout distributeur qui reprend des accumulateurs portables usagés rapportés par les consommateurs peut s'adresser à SCRA.*

« *Les opérations sont financées par la revente des matériaux issus du recyclage et de façon complémentaire, par une contribution des adhérents de SCRA qui ont la faculté de la faire figurer sur une ligne séparée de leurs factures.*

« *Le montant de la contribution sera de l'ordre de 11,50 F HT par kilo d'accumulateurs mis sur le marché, incorporés ou non dans un appareil.*

« *L'ensemble des acteurs sera impliqué à travers un collège de censeurs afin de garantir la transparence des coûts, des quantités traitées et des opérations menées.* »

II. - Les questions de concurrence soulevées par les conditions d'organisation et de financement de la filière d'élimination des accumulateurs usagés

A. – Principes d'analyse

Il convient tout d'abord de rappeler que l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 prévoit que le droit de la concurrence s'applique aux activités de production, de distribution et de service qui sont le fait de personnes publiques comme de personnes privées.

La demande d'avis formulée par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie porte sur une situation particulière, celle de la Société de collecte et de recyclage des accumulateurs (SCRA), créée par les principaux fabricants et importateurs d'accumulateurs portables pour faire face à leurs obligations d'élimination ou de recyclage.

Le Conseil considère qu'en application des dispositions de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, s'il n'a pas à se prononcer sur les comportements d'une entreprise ou d'une organisation nommément désignée, rien ne s'oppose, en revanche, à ce qu'il réponde aux questions qui lui sont posées dans la mesure où elles présentent un caractère de généralité suffisant et où elles mettent en cause des problèmes de concurrence ; qu'au cas d'espèce, les réponses qu'il est en mesure d'apporter concernent principalement les conséquences éventuelles sur la concurrence de la mise en place d'une organisation collective des fabricants, importateurs et distributeurs sous leurs propres marques pour satisfaire à leurs obligations d'élimination et de recyclage des déchets et de la création d'une contribution

« environnement » à la charge des participants, notamment en ce qui concerne les conditions de son individualisation sur les factures, et de sa répercussion au long de la chaîne économique.

Le Conseil observe tout d'abord que plusieurs marchés sont susceptibles d'être affectés dans le cas d'un développement de pratiques anticoncurrentielles à l'occasion de la mise en place de la filière de recyclage des accumulateurs. Sans qu'il y ait lieu, dans le cadre de la présente demande d'avis, de définir précisément chaque marché, il pourrait s'agir de ceux qui sont liés à la fabrication des produits, à leur importation, à leur commercialisation, aux activités de collecte et de recyclage des produits, c'est-à-dire l'ensemble de la chaîne économique.

Le décret du 12 mai 1999 prévoit, en son article 9, trois types de dispositions, concernant la mise en place des filières d'élimination et de recyclage des piles et accumulateurs :

- en premier lieu, il autorise (sans en faire une obligation) les personnes physiques ou morales qui fabriquent ou distribuent sous leur propre marque des piles ou accumulateurs à créer des « *organismes appropriés* » communs destinés à les aider à remplir leurs obligations en matière d'environnement ;

- en deuxième lieu, le décret prévoit que, dans le cas où les producteurs décident de s'organiser collectivement, le système d'élimination pourra être financé par une contribution levée sur les adhérents ;

- en troisième lieu, il prévoit que les adhérents de l'organisme mis en place auront la possibilité de faire figurer sur une ligne séparée de leurs factures la contribution qu'ils versent à l'organisme tiers, à la condition que leur initiative résulte d'une décision prise par chacun librement et individuellement.

S'agissant des conséquences de la mise en œuvre du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le Conseil entend rappeler :

- que si, selon le 1^{er} de l'article 10 : « *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques : 1. Qui découlent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire pris pour son application* », encore faut-il que les pratiques en cause soient la conséquence directe et inéluctable d'un texte répondant à cette définition (décision n° 94-D - 41 du Conseil de la concurrence du 5 juillet 1994 relative à des pratiques relevées dans le secteur des volailles sous label) ;

- qu'en vertu du 2^e de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 « *Ne sont pas soumises aux dispositions des articles 7 et 8 les pratiques : ... Dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques... ne doivent imposer des restrictions à la concurrence que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès* » ;

- que le 3^e de l'article 81 (anciennement 85) du traité de Rome prévoit de la même manière que des pratiques d'entente peuvent faire l'objet d'une exemption si elles contribuent à promouvoir le progrès technique ou économique tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs et sans donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Si, selon la jurisprudence communautaire et nationale, la défense de l'environnement constitue une forme du « *progrès économique* » visé au 2^e du 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (décision 88-D-20 relative à des pratiques relevées sur le marché du sel) et au 3^e de l'article 81 (anciennement 85) du traité CE (Commission, décision du 21 décembre 1994 Philips c/ Osram : JOCE n° L. 378 du 31 décembre 1994), des pratiques anticoncurrentielles ne pourraient, sur cette base, bénéficier d'une exemption que si l'ensemble des conditions

rappelées ci-dessus étaient réunies. En effet, l'accomplissement d'une mission d'intérêt général telle que la protection de l'environnement ne dispense pas les opérateurs économiques de respecter le droit de la concurrence. En particulier, il est exclu de considérer que les surcoûts éventuels résultant des nécessités de la préservation de l'environnement n'entrent pas dans les coûts de production.

Les jurisprudences citées ci-après illustrent l'équilibre qui doit être trouvé au cas par cas entre les impératifs de préservation de l'environnement et le respect des règles de la concurrence. A noter que, le plus souvent, la protection de l'environnement ne constitue qu'une des facettes du progrès économique pris en compte. A chaque fois les autorités de concurrence saisies s'attachent en effet à vérifier que l'ensemble des conditions prévues pour accorder une exemption sont réunies.

La Commission des communautés européennes a été confrontée à plusieurs reprises à cette problématique sous l'angle de l'article 81 (ancien article 85) du traité instituant la Communauté européenne.

Dans sa décision du 17 décembre 1981 *Navewa-Anseu JOCE* n° L. 167/39 du 15 juin 1982, la Commission a estimé que l'attribution discriminatoire d'un label environnement limitant les importations parallèles de machines à laver n'était pas indispensable à la préservation de la qualité de l'eau et ne pouvait bénéficier d'une exemption.

Dans la décision du 8 décembre 1983 *Carbon Gas Technologie Aff* n° IV/29.955– *JOCE* du 31 décembre 1983 L. 376, la Commission a accordé des exemptions pour des restrictions de concurrence dans le secteur de gazéification du charbon, justifiées par des préoccupations d'indépendance énergétique et de sauvegarde de l'environnement.

Dans la décision du 11 octobre 1988 *BBC Brown Boveri 88/541/CEE JOCE* du 4 novembre 1988, la Commission a accordé une exemption temporaire aux accords passés dans le secteur des batteries sodium-soufre pour véhicules électriques au nom de l'environnement et du progrès technique.

Dans la décision du 14 janvier 1992 *Assurpol JOCE* n° L. 37/16 du 14 février 1992, la Commission a accordé une exemption à une organisation collective dans le secteur de la réassurance contre les risques d'atteinte à l'environnement résultant des activités industrielles compte tenu des incertitudes inhérentes à ce type de risque.

Dans la décision du 21 décembre 1994 *Philipps Orsam*, la Commission a octroyé une exemption temporaire (trois ans) à un accord de création d'une entreprise commune en raison des économies d'énergie, des réductions de coûts et de la diminution des émissions résiduelles obtenues.

On peut également mentionner l'affaire *Vereinigings van Onafhankelijke Tankopslag Bedrijven (VOTOB)* instruite en 1991 par la Commission, laquelle a fait savoir à l'association néerlandaise concernée que la fixation, pour le stockage des produits pétroliers, d'augmentations uniformes des prix pratiqués pour tenir compte des surcoûts liés à l'environnement était contraire au 1^o de l'article 85 et ne pouvait bénéficier d'une exemption au titre du 3^o du même article, ce qui a conduit l'association VOTOB à renoncer à cette clause.

Les autorités françaises de la concurrence ont été également confrontées à plusieurs reprises à la problématique décrite ci-dessus.

Dans un avis du 28 mars 1973 relatif à la situation de la concurrence dans l'industrie du ramassage et de la régénération des huiles usagées, la commission technique des ententes et des positions dominantes a considéré que, si le développement du progrès économique peut s'entendre, notamment, d'une contribution à la lutte contre la pollution de l'environnement, des pratiques tendant à freiner le développement de la régénération des huiles mises en œuvre par les producteurs d'huiles neuves ne peuvent être exonérées dès lors qu'elles répondent pour l'essentiel à des objectifs étrangers à cette préoccupation.

Dans la décision 88-D-20 précitée relative à des pratiques relevées sur le marché du sel, le Conseil de la concurrence a accordé une exemption au regroupement des producteurs de sel de Guérande au nom de la relance d'un secteur économique en difficulté et de la préservation de l'environnement.

Dans un avis n° 94-A-31 du 6 décembre 1994 relatif à une demande d'avis sur un projet de décret portant réglementation de l'élimination des huiles usagées, le Conseil de la concurrence a affirmé que le souci de prévenir les pollutions liées aux huiles usagées ne peut conduire à l'organisation d'une filière comportant un risque d'atteinte grave à la concurrence.

Une logique semblable est mise en œuvre par le Conseil pour l'appréciation des projets de concentration au regard des critères prévus par l'article 41 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Dans un avis n° 94-A-18 du 17 mai 1994 relatif au projet de création d'une filiale commune des sociétés Metaleurop et Heubach & Lindgens, le Conseil de la concurrence a admis que la concentration envisagée pouvait être autorisée dès lors, notamment, qu'elle contribuait au progrès économique en permettant l'abandon des techniques les plus polluantes.

Dans un avis n° 95-A-08 du 9 mai 1995 relatif à l'acquisition de la Compagnie européenne d'accumulateurs (CEAC) par la société Exeide, le Conseil de la concurrence a émis un avis défavorable à la concentration au motif que le progrès économique invoqué, notamment une meilleure protection de l'environnement, consistait seulement à se conformer au droit applicable.

Diverses autorités étrangères compétentes en matière de concurrence ont également eu à connaître de problématiques semblables. L'on peut rappeler, par exemple, qu'en Allemagne, les entreprises qui adhèrent au Duales System Deutschland (DSD) sont dispensées de procéder elles-mêmes à la collecte et au recyclage des emballages dits « de vente » qui enveloppent les produits destinés aux consommateurs finaux. Or, le DSD a tenté de développer, parallèlement à son quasi-monopsonne de demandeur sur les « emballages de vente », une activité sur le marché voisin, mais concurrentiel, des « emballages de transport ». Cela lui a été interdit par le Bundeskartellamt. Ce dernier veille, par ailleurs, à ce que le DSD n'entrave pas la mise au point de nouvelles techniques et ne se livre pas à des pratiques discriminatoires.

B. – Les questions posées par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie

1. Sur les dispositions statutaires régissant l'organisme constitué par les opérateurs : conditions d'adhésion, rapport entre le statut d'actionnaire et celui d'adhérent, modalités de rémunération des services rendus par cet organisme et plus généralement sur les conséquences de la mise en place d'un organisme commun

Prévue par le décret du 12 mai 1999, la création de structures communes associant les producteurs ne saurait être condamnée en elle-même, dès lors, notamment, qu'elle peut favoriser la mise en place d'une filière d'élimination qui ne serait pas rentable dans les conditions économiques actuelles. Toutefois, l'autorisation ainsi donnée par le décret et l'existence d'un objectif d'intérêt général consistant en la protection de l'environnement ne sauraient dispenser les fabricants, les importateurs et les distributeurs pour leurs marques de distributeurs ainsi que le ou les organismes ainsi créés de respecter les règles de la concurrence, a fortiori dans le cas d'un organisme regroupant un grand nombre des fabricants d'un secteur et disposant de ce fait d'une position forte sur le marché.

a) La création et la gestion par les fabricants et importateurs de piles et accumulateurs d'un organisme de collecte unique est d'abord susceptible de gêner l'entrée sur le marché des nouveaux fabricants ou importateurs de ces mêmes produits.

En effet, compte tenu de la taille de l'organisme commun et de l'importance des économies d'échelle qui peuvent être réalisées grâce à sa création, un nouvel entrant, s'il ne peut bénéficier lui-même de l'accès à ce réseau, devra supporter le coût de mise en place d'un système de collecte moins efficient. Il pourrait en résulter l'instauration d'une barrière à l'entrée de nature à restreindre la concurrence sur le marché des accumulateurs.

Pour éviter ces effets, les recommandations suivantes peuvent être formulées.

Il conviendrait, en premier lieu, que les opérateurs qui ne sont pas membres fondateurs de l'organisme puissent néanmoins bénéficier de ses services à des tarifs et conditions non discriminatoires par rapport à ceux dont bénéficient ses membres. Il importe, en conséquence, de créer les conditions adéquates de fixation d'une contribution transparente tenant compte des quantités réelles à retraiter dans le cadre de l'organisme commun. Cette contribution devrait également être différenciée par type de produits en fonction des coûts réels de recyclage ou d'élimination, afin d'éviter des transferts injustifiés de charges. Cette différenciation des tarifs serait d'ailleurs de nature à favoriser le développement de produits plus faciles à retraiter. La réalisation de ces objectifs peut être favorisée par la mise en place d'une comptabilité analytique permettant d'appréhender plus précisément les produits et les charges et par l'instauration de procédures de contrôle permettant d'associer l'ensemble des opérateurs intéressés.

Mais, en second lieu, dans la mesure où les contributions demandées s'avèreraient supérieures aux coûts réels, le prix ne constituerait que pour partie une charge pour les actionnaires, les profits ainsi réalisés pouvant être redistribués. Pour éviter une discrimination entre les opérateurs actionnaires et les autres, il serait opportun que les nouveaux entrants puissent, s'ils le souhaitent, entrer dans le capital de la structure commune. Les conditions d'accès gagneraient donc à être transparentes et non discrétionnaires ; les refus d'accès devraient, sur la base de ces conditions, être motivés. Devraient également être évités les droits d'entrée ou droits de sortie non justifiés par des impératifs économiques. Ces recommandations s'inspirent des analyses faites par le Conseil dans ses décisions n° 88-D-37 du 11 octobre 1988 relative au Groupement des cartes bancaires « CB » et n° 90-D-22 du 26 juin 1990 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des carburants aviation.

Les recommandations qui précèdent visent à garantir, dans tous les cas, une intensité concurrentielle suffisante sur les marchés en cause. Si, de plus, le ou les organismes parvenaient, ce qui n'apparaît pas exclu, à détenir une position dominante, et s'il était démontré que les nouveaux entrants ne pouvaient pas mettre en place un système de collecte propre à des conditions économiquement acceptables, la méconnaissance de ces recommandations pourrait exposer l'organisme commun et ses membres au reproche d'avoir abusé de cette position et au risque de se voir infliger des sanctions.

De même, dans l'hypothèse où plusieurs organismes seraient constitués, dont aucun ne détiendrait de position dominante, et s'il apparaissait toutefois que tous les organismes ainsi créés refusaient leurs prestations ou l'ouverture de leur capital aux nouveaux entrants et que ceux-ci ne pouvaient pas mettre en place un système de collecte propre à des conditions économiquement acceptables, l'effet cumulatif de ces différentes ententes pourrait leur donner un caractère anticoncurrentiel.

b) *S'agissant des rapports avec les organismes souhaitant exercer des activités semblables d'intermédiaire entre, d'une part, les fabricants, les importateurs et les distributeurs d'accumulateurs sous leur propre marque et, d'autre part, les industriels du recyclage, des risques de pratiques d'éviction ne sont pas non plus à exclure, en particulier par le biais d'une politique de prix empêchant l'émergence de nouveaux opérateurs.*

c) *S'agissant de la collecte et du recyclage, il importe de relever que les industriels du recyclage disposent, en l'état, de capacités de traitement bien supérieures à celles qui sont nécessaires pour traiter la matière première disponible au plan national et réalisent*

l'essentiel de leur chiffre d'affaires à partir d'une matière première importée.

Si, pour certains traitements spécialisés, il existe des monopoles, en revanche, pour d'autres traitements, la concurrence peut s'exercer. Dans ce dernier cas, le ou les organismes de collecte auront spontanément intérêt à chercher les meilleures conditions de retraitement en s'ouvrant à plusieurs offreurs ; néanmoins, s'agissant d'organismes collectifs, il ne serait pas superflu de les astreindre à des procédures d'appel d'offres et à ne conclure des contrats que pour une durée limitée.

d) Enfin, il ne peut être totalement exclu que l'organisme commun soit utilisé par ses membres pour coordonner leurs politiques commerciales, c'est-à-dire à des fins étrangères à son objet social.

Une mise en garde à l'égard de tels comportements pourrait être formulée.

2. Sur la possibilité d'une détermination concertée par les opérateurs de cette facturation sous forme d'une « contribution environnement » et d'une répercussion obligatoire de cette contribution à l'utilisateur final

Le Conseil observe que la possibilité offerte par les dispositions combinées des articles 7 et 9 du décret du 12 mai 1999 aux personnes physiques ou morales qui fabriquent, importent, introduisent, ou distribuent sous leurs propres marques des piles et accumulateurs de créer une ou des organisations communes conduit de manière sans doute inéluctable à la fixation concertée au sein de chaque organisme de la contribution environnement prélevée, faute de quoi l'organisme ou les organismes en cause perdraient leur raison d'être et ne pourraient plus fonctionner. Dans la décision n° 88-D -37 du 11 octobre 1988 relative au groupement des cartes bancaires « CB », le Conseil a admis qu'une définition commune de la tarification applicable entre les établissements bancaires membres du GIE carte bancaire pouvait bénéficier des dispositions alors applicables du 2° de l'article 51 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 modifiée, dès lors qu'elle était nécessaire au fonctionnement du système interbancaire de paiement.

S'agissant de la répercussion de la contribution environnement ainsi déterminée, le Conseil entend souligner que, si les règles de la concurrence ne s'opposent pas à ce que les producteurs cherchent, dans le cadre de leurs relations commerciales avec leurs clients, à répercuter les frais supportés pour satisfaire à leurs obligations en matière d'environnement, un mécanisme de répercussion automatique et entière de la contribution ne permettrait pas une internalisation des coûts et enlèverait donc au prix une partie de sa valeur d'indicateur.

En particulier, une fixation collective par les producteurs du montant de la contribution couplée à la possibilité d'une répercussion automatique ne met pas à l'abri de la tentation d'inclure dans cette contribution des coûts qui n'auraient qu'un rapport très éloigné avec la protection de l'environnement. Surtout, un mécanisme de répercussion automatique conduit en pratique à une coordination partielle des politiques de fixation des prix, alors surtout que, par hypothèse, la contribution est de même niveau pour tous.

Dès lors qu'il n'est pas démontré que cette dérogation aux règles habituelles serait indispensable pour atteindre les objectifs poursuivis, une concertation des producteurs pour réaliser une répercussion automatique tout au long de la chaîne de commercialisation ne pourrait qu'être condamnée. De la même façon serait condamnable, au regard de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le fait pour les distributeurs de s'entendre entre eux pour s'opposer par principe à toute répercussion de cette contribution. A fortiori le Conseil serait susceptible de sanctionner une entente verticale associant les producteurs et les distributeurs. Chacun des opérateurs de la chaîne de production et de commercialisation doit garder son entière liberté commerciale et les clients doivent conserver la possibilité de contester les augmentations de prix et de chercher à réduire le montant des augmentations.

On relèvera en particulier que, dans la décision n° 98-D-61 du 6 octobre 1998 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du traitement des ordures ménagères en Ile-de-France, le Conseil a pris soin de distinguer la taxe sur le stockage des déchets, pour laquelle les pouvoirs publics s'étaient officiellement prononcés en faveur d'une répercussion, des frais de gestion de cette taxe, lesquels ne pouvaient faire l'objet d'une répercussion concertée sans enfreindre les règles de la concurrence. Il a condamné cette pratique dans les termes suivants : *« Considérant que... le SNAD [Syndicat national des activités du déchet] ne s'est pas contenté d'attirer l'attention de ses adhérents sur la possibilité de répercuter les frais de gestion liés au recouvrement de la taxe sur le stockage mais qu'il les a incités à facturer des frais de gestion d'un montant uniforme de 2 F par tonne de déchets mis en décharge... Cette consigne appliquée par les sociétés Genet, Satrod, Furlan, Dectra a pour objet et peut avoir pour effet de fausser le jeu de la libre concurrence ; que, par suite, elle est prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. »*

En conclusion, le Conseil estime :

- qu'un mécanisme de fixation collective de la contribution au sein de chaque organisme commun créé paraît inéluctable dans le cas d'une organisation collective de l'élimination des piles et accumulateurs ;
- que, si le fait, pour chacun des opérateurs pris individuellement, de répercuter tout ou partie des coûts engendrés par l'obligation légale de recycler leurs produits n'est pas condamnable en lui-même, chaque opérateur doit conserver sa liberté commerciale en la matière ; le principe et l'étendue de la répercussion ou de la non répercussion ne peuvent faire l'objet d'aucune concertation horizontale, ni entre producteurs, ni entre distributeurs, ni d'aucune concertation verticale entre les différents intervenants de la chaîne de commercialisation dans le but de coordonner ou au contraire d'empêcher une telle répercussion.

3. Sur les conditions dans lesquelles les coûts supportés par les adhérents à cet organisme sont susceptibles de faire l'objet d'une facturation distincte

Le Conseil souhaite attirer l'attention sur le danger que peut représenter la mention dans les factures de la charge supportée pour les besoins de l'élimination ou du recyclage des produits. Selon l'hypothèse précédente, cette charge serait la même pour tous les producteurs ou importateurs. Si la mention se présente comme un élément constitutif de prix total, il en résulte que ce dernier ne sera plus fixé de façon totalement indépendante par les différents opérateurs puisque l'un de ses éléments sera le même pour tous. Certes, la concurrence pourra continuer à jouer sur les autres éléments mais son intensité s'en trouvera diminuée. Par ailleurs, à supposer qu'il soit recouru à cette même pratique pour d'autres charges (pratique consistant à confier une fonction à une organisation commune demandant la même redevance à tous les opérateurs), c'est, peu à peu, une partie de plus en plus conséquente du prix facturé aux clients qui serait identique pour tous les opérateurs.

Le Conseil est donc d'avis que la mention prévue par l'article 9 du décret du 12 mai 1999 doit prendre la forme d'une information présentée indépendamment du prix facturé au client. Il relève d'ailleurs que cette disposition réglementaire n'a pas de base législative. Elle ne saurait donc être interprétée comme autorisant, au titre de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, une pratique anticoncurrentielle.

Le Conseil entend également rappeler que l'article 9 *in fine* prévoit expressément que l'initiative de mentionner séparément le montant de cette contribution doit résulter d'une décision prise par chacun, librement et individuellement, et qu'à défaut de respecter ces conditions le comportement des opérateurs économiques pourrait éventuellement être qualifié d'entente sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Délibéré, sur le rapport de M. Bresse, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Cortesse, vice-présidents, Mme Flüry-Herard, MM. Bidaud, Ripotot et Sloan, membres.

Le rapporteur général,
Patrick Hubert
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Annexe 123

RAPPORT DU MINISTRE DE L'ÉCONOMIE SUR L'EXÉCUTION DES DÉCISIONS RENDUES PAR LE CONSEIL DE LA CONCURRENCE EN 1998-1999

En vertu des dispositions de l'article 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, le ministre chargé de l'économie veille à l'exécution des décisions du Conseil de la concurrence ainsi que, en vertu de l'article 18-3 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987, à celle des arrêts de la cour d'appel de Paris, prononcés sur recours et qui réforment lesdites décisions.

Les décisions prises par le Conseil de la concurrence sont de trois sortes : il prononce des injonctions de faire ou de ne pas faire afin de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, inflige des sanctions pécuniaires ou ordonne la publication de ses décisions dans les journaux ou publications qu'il désigne, leur affichage dans les lieux qu'il indique ou leur insertion dans les rapports statutaires établis par les entreprises sanctionnées.

Le présent rapport relate les actions entreprises et les constats effectués par le ministre pour assurer l'exécution de ces décisions, à la fois celles rendues en 1997 et 1998 dont les délais d'exécution n'étaient pas encore expirés ou au sujet desquelles les enquêtes n'étaient pas encore achevées lors de la présentation du précédent rapport, et, pour partie, celles prises en 1999.

Certaines investigations afférentes à l'exécution de ces dernières décisions sont encore en cours, notamment lorsque celles-ci, datées de 1999, n'ont été notifiées aux parties qu'en 2000 ou que le délai d'exécution prescrit par le Conseil n'était pas expiré à la date de rédaction du présent rapport. Il en sera rendu compte dans le prochain rapport.

I. - LES DÉCISIONS COMPORTANT DES INJONCTIONS DE PUBLICATION

Au titre de l'année 1999, les trois décisions suivantes comportaient une injonction de publication :

– 99-D-14 du 23 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France.

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société Télédiffusion de France de faire publier, à ses frais et dans un délai de trois mois suivant la notification de la décision, le texte de la partie II de cette dernière dans la *Gazette des communes*. Il était également demandé à Télédiffusion de France de faire précéder cette publication de la mention : « *Décision du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France* ». La publication a été effectuée dans la *Gazette des communes* datée du 12 juillet 1999.

- 99-D-50 du 13 juillet 1999 relative aux pratiques anticoncurrentielles concernant le déménagement des militaires dans la région de Vannes.

Le Conseil de la concurrence a ordonné aux 13 sociétés condamnées de publier dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision le texte intégral de celle-ci, à frais commun et à proportion des sanctions pécuniaires, dans le magazine mensuel *Armée d'aujourd'hui*. La notification de la décision étant intervenue le 15 décembre 1999, les entreprises devaient procéder à la publication demandée par le Conseil de la concurrence au

plus tard le 15 mars. Au 1^{er} avril 2000, il ressort des contacts avec la revue en cause que cette publication n'a pas été effectuée. Une enquête va être lancée afin de constater ce défaut de publication et en connaître les raisons.

- 99-D-51 du 20 juillet 1999 relative à des pratiques constatées dans le secteur des applications thermiques de l'énergie.

EDF et GDF ont été condamnées à faire publier à frais communs et au prorata des sanctions prononcées, la partie II de la présente décision dans une édition du quotidien *Le Monde*. La publication doit être précédée de la mention « *Décision du Conseil de la concurrence du 20 juillet 1999 relative à des pratiques constatées dans le secteur des applications thermiques de l'énergie* ». La publication a été effectuée conformément à la demande du Conseil de la concurrence dans le quotidien *Le Monde* du samedi 25 décembre 1999.

Au titre de 1997, dans sa décision 97-D-16 du 11 mars 1997 relative aux pratiques de la société Chalon Mégard sur le marché de l'installation de fromageries fabriquant du fromage de reblochon, le Conseil de la concurrence avait ordonné à la société Chalon Mégard de publier, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision, le texte intégral de celle-ci à ses frais dans la *Revue laitière française*. La publication devait être précédée de la mention : « *Décision du Conseil de la concurrence en date du 11 mars 1997 relative aux pratiques de la société Chalon Mégard sur le marché de l'installation de fromageries fabriquant du fromage de reblochon* ». La publication de ladite décision a été publiée conformément à la demande du Conseil dans le numéro 573 de juillet-août 1997 de la *Revue laitière française*.

II. - LE SUIVI DES INJONCTIONS

1. L'enquête concernant une décision de 1996 comportant des injonctions de faire ou de ne pas faire était encore en cours lors de la présentation du précédent rapport.

- 96-D-17 du 19 avril 1996 relative à des pratiques relevées dans le réseau de distribution de matériel de jardin de la SARL Société Commerciale des Outils WOLF.

Le Conseil avait enjoint la SARL Wolf de supprimer certaines clauses des contrats commerciaux applicables pour la saison 96-97 à ses distributeurs. Les contrats ont été modifiés conformément à l'injonction du Conseil de la concurrence. Une clause demeurait cependant ambiguë. Après intervention de l'administration, l'entreprise a pris l'engagement de rectifier la rédaction de cette clause. Par courrier du 14 juin 1999, la société Outils Wolf a transmis à la DGCCRF l'accord Conseiller Officiel Distributeur « pour l'année 1999/2000. Il a pu être constaté que la partie de la clause qui restreignait la base de calcul de la remise de fonction aux « achats pour l'activité du distributeur la zone déterminée en commun » a été supprimée.

2. Les enquêtes concernant cinq décisions de 1997 comportant des injonctions de faire ou de ne pas faire n'étaient pas achevées lors de la présentation du précédent rapport.

- 97-D-41 du 4 mars 1997 relative à des pratiques mises en œuvre par différents syndicats du bâtiment à la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises (CAPEB).

Le Conseil a enjoint 19 syndicats du bâtiment affiliés à la Confédération de l'artisanat et des petites entreprises (CAPEB) de ne plus diffuser de séries de prix ou d'études de prix de revient comportant des coefficients forfaitaires de frais généraux et de marges bénéficiaires. Les vérifications ont permis de constater que certains syndicats continuaient de diffuser à leurs adhérents des documents non conformes à l'injonction prononcée par le Conseil de la concurrence. Une lettre de rappel et de mise en garde du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a été adressée à la fin de l'année 1998 au président de la CAPEB. Une nouvelle vérification a permis d'établir que les coefficients de frais généraux et de marges bénéficiaires ne sont plus diffusés. En conséquence, l'injonction

du Conseil de la concurrence est respectée.

- 97-D-49 du 24 juin 1997 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de l'optique médicale par les entreprises du réseau Kryos (Gilde des lunetiers de France).

Il a été enjoint à la Gilde des lunetiers de France d'informer ses adhérents du montant exact des réductions inconditionnelles de prix qu'elle obtient, à leur profit, de leurs fournisseurs référencés et de s'abstenir d'éditer des tarifs qui comportent des prix de vente au public, uniques ou minimum. La Gilde des lunetiers de France a informé la DGCCRF par lettre du 5 novembre 1997 qu'elle prenait les mesures nécessaires pour se conformer à cette injonction. Une enquête prescrite au cours de l'année 1998 a permis de vérifier que les membres du réseau ont bien été informés du montant des remises obtenues à leur profit par la Gilde des lunetiers de France auprès des fournisseurs. En outre, il a été constaté que l'édition de tarifs qui comportent des prix de vente au public, uniques ou minimum, a cessé.

- 97-D-54 du 27 juillet 1997 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'exploitation des taxis à Toulon.

Il a été enjoint au Syndicat professionnel des taxis du Var et le GIE-TRT de ne plus s'immiscer dans la procédure de transfert des licences d'exploitant de taxi à Toulon autrement que dans le cadre réglementaire énoncé par le décret n° 86-426 du 13 mars 1986 portant création de la commission communale des taxis et voitures de petite remise.

Le Conseil a par ailleurs enjoint le GIE-TRT, dans un délai de trois mois, de supprimer, d'une part, les dispositions des articles 1^{er} alinéa 2, 9-1^{er} alinéa 2 et 12 alinéa 2 des statuts du GIE-TRT et, d'autre part, les dispositions des articles 1^{er} alinéa 2, 10, 10 *bis*, 28 alinéa 1, 29, 31 et 32 du règlement intérieur du GIE-TRT.

Une enquête, effectuée en 1998 auprès des deux organismes, a permis d'établir que le GIE-TRT a modifié ses statuts et son règlement intérieur conformément à la demande du Conseil de la concurrence. Ces modifications ont été approuvées par l'assemblée générale du GIE-TRT du 29 juin 1999.

- 97-D-81 du 4 novembre 1997 relative à des pratiques constatées dans la distribution des produits chlorocyanuriques.

Le Conseil a enjoint la société Elf Atochem de prendre les mesures nécessaires pour que, en ce qui concerne les produits chlorocyanuriques, sa filiale Celloplast supprime, dans les contrats passés avec ses distributeurs grossistes, les clauses qui pourraient suggérer l'existence d'une protection territoriale absolue. Une enquête destinée à s'assurer de la suppression de ces clauses et de celle d'une pratique de protection territoriale absolue est en cours d'exécution.

- 97-D-92 du 16 décembre 1997 relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Marseille.

Il a été enjoint la ville de Marseille, d'une part, de dissocier, dans les quatre hôpitaux de l'Assistance publique dans lesquels sont installés des postes de conseillers funéraires, l'activité relevant de l'état civil de celle relevant des pompes funèbres, d'autre part, de garantir aux agences privées des conditions d'accès aux bureaux d'état civil, aux bureaux de règlements des obsèques et à la chambre funéraire municipale identiques à celles dont bénéficie le service municipal des pompes funèbres.

L'enquête diligentée par l'administration a permis d'établir que la première injonction avait été respectée, le directeur général de l'Assistance publique de Marseille ayant mis fin à la présence de conseillers funéraires de la « régie » dans ses hôpitaux. En ce qui concerne la seconde injonction, une première enquête avait montré que les obligations d'affichage de la liste des opérateurs funéraires étaient globalement satisfaites mais que certaines irrégularités persistaient en la matière dans les bureaux d'état civil de deux des trois mairies du secteur concerné. La DDCCRF des Bouches-du-Rhône a demandé au service en cause de ne plus afficher les seuls tarifs de la régie sur le panneau de la direction des cimetières communaux.

A la suite de cette intervention, l’affichage a été ouvert aux autres opérateurs funéraires. La seconde injonction est donc maintenant entièrement satisfaite.

3. Les enquêtes concernant neuf décisions de 1998 comportant des injonctions de faire ou de ne pas faire n’étaient pas achevées lors de la présentation du précédent rapport.

- 98-D-08 du 27 janvier 1998 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des fromageries fabriquant du comté et de l’emmental.

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société Chalon Mégard de ne plus refuser la vente de moules microperforés de marque Doryl aux autres installateurs de fromageries. Les vérifications effectuées en 1999 n’ont pas révélé de pratiques de refus de vente. L’enquête a par ailleurs confirmé, en ce qui concerne le comté, le remplacement des moules microperforés par des moules en inox.

- 98-D-52 du 7 juillet 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur du mobilier urbain.

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés du groupe Decaux :

- de ne pas proposer aux collectivités publiques souhaitant contracter avec elles l’insertion d’une clause reconnaissant à la société du groupe Decaux cocontractante un droit de priorité pour l’installation de mobilier urbain supplémentaire ;

- de ne pas proposer aux collectivités publiques souhaitant contracter avec elles l’insertion d’une clause selon laquelle les équipements installés en cours de contrat ont une durée contractuelle propre différente de celle du contrat ;

- de ne pas proposer aux collectivités publiques souhaitant contracter avec elles l’insertion d’une clause de tacite reconduction ;

- d’informer dans un délai de six mois à compter de la notification de la présente décision les collectivités publiques avec lesquelles elles sont liées par contrat des modifications apportées aux clauses-types figurant dans les contrats qu’elles proposent.

Cette décision devait, en outre, faire l’objet d’une publication dans la *Gazette des communes, des départements et des régions* dans un délai de deux mois à compter de sa notification.

Compte tenu de la date de notification de la décision, le délai d’exécution de l’ensemble des injonctions prenait fin le 3 février 1999. Afin de s’assurer de leur exécution effective, une enquête générale a été prescrite après le renouvellement d’un nombre significatif de marchés.

Il résulte d’une première analyse des constatations effectuées que le groupe Decaux a satisfait à l’obligation de publication de la décision, opérée dans la *Gazette des communes, des départements et des régions* du 14 septembre 1998. Conformément à la décision du Conseil, les nouveaux avenants intervenus depuis lors ont fixé un terme unique aux contrats en cours d’exécution. Les nouveaux contrats conclus par le groupe Decaux avec des collectivités publiques ne présentent plus de clauses de tacite reconduction ni de clauses reconnaissant au prestataire un droit de priorité pour l’installation de mobilier urbain publicitaire supplémentaire. Enfin, le groupe Decaux a informé ses partenaires du contenu de la décision du Conseil et des dispositions qu’il entendait prendre à la suite de cette décision par courriers du 1^{er} septembre 1998, 21 septembre 1998 et 13 janvier 1999.

Un examen plus approfondi de l’ensemble des modifications contractuelles permettra d’apprécier dans quelle mesure le groupe Decaux a strictement procédé aux adaptations demandées par le Conseil.

- 98-D-60 du 2 septembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d’abonnés au téléphone.

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société France Télécom, dans un délai de six mois à compter de la notification de la décision, et jusqu’à la mise en service de l’organisme prévu par l’article L. 35-4 du code des postes et télécommunications (loi n° 96-659 du 26 juillet 1996) chargé de tenir à jour la liste de l’annuaire universel, de fournir, dans des

conditions identiques, à toute personne qui lui en fait la demande, la liste consolidée comportant, sous réserve des droits des personnes concernées, les informations contenues dans l'annuaire universel et de proposer un service permettant la mise en conformité des fichiers contenant des données nominatives détenus par des tiers avec la liste orange des abonnés au téléphone, que ces fichiers soient ou non directement extraits de la base annuaire ; ces prestations devront être proposées dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix reflétant les coûts liés aux opérations techniques de « déduplication » ou de « topage » de ces fichiers, à l'instar de la prestation prévue au catalogue de France Télécom à la rubrique L. 13 qui prévoit la mise en conformité des fichiers tiers externes avec la liste safran et la déduplication ou le topage de ces fichiers.

Le délai d'exécution de la présente injonction devant intervenir à compter du 18 juin 1999, une enquête a été demandée dans le courant du second semestre 1999 : les investigations sont en cours.

- 98-D-62 du 13 octobre 1998 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils médicaux.

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société GEMS France de supprimer dans le contrat de distribution exclusive la liant avec la société Médicaraïbe la clause interdisant à ce revendeur de « revendre les produits distribués à des clients situés en dehors dudit territoire, sauf accord préalable et écrit de la société » ainsi que de cesser d'appliquer une telle clause dans ses relations avec la société Spie-Réunion.

Les investigations tendant à vérifier la bonne exécution des injonctions prononcées par le Conseil sont en cours.

- 98-D-65 du 20 octobre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre par la société coopérative agricole Les éleveurs mosellans dans le secteur de l'insémination artificielle (COOPEMOS).

Le Conseil de la concurrence a enjoint la COOPEMOS de cesser, dans le délai de deux mois à compter de la notification de la décision, de pratiquer une tarification globale et de mettre en œuvre une tarification détaillée, distinguant le prix de la mise en place et le prix de la dose de semence fournie.

Une enquête de la DGCCRF a été diligentée dans le courant de l'année 1999. Les constatations qui ont été recueillies permettent de conclure à la bonne exécution de l'injonction.

- 98-D-70 du 24 novembre 1998 relative à la saisine des sociétés Multivision et Télévision par Satellite (TPS) dans le secteur des droits de diffusion audiovisuelle.

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société Canal Plus :

– de cesser de lier le préachat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement des films cinématographiques français à la condition que le producteur renonce à céder à tout autre opérateur les droits de diffusion télévisuelle de ces films pour le paiement à la séance avant ou au cours de la période pour laquelle Canal Plus peut mettre en œuvre l'exclusivité de la diffusion par abonnement ;

– de mettre son contrat-type de préachat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement qu'elle propose aux producteurs de films en conformité avec les dispositions de l'article 2 ci-dessus en modifiant, notamment, les articles 2, 6 et 7 de ce contrat-type.

La SA Canal Plus a saisi le premier président de la cour d'appel de Paris d'une demande de sursis à exécution des deux injonctions en application des articles 12 et 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. Par une ordonnance rendue le 18 février 1999, le premier président a rejeté cette demande.

Puis, par arrêt rendu le 15 juin 1999, la cour d'appel de Paris a modifié les injonctions émises par le Conseil de la concurrence. Cette dernière a enjoint la SA Canal Plus de cesser de lier le préachat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle par abonnement des films

cinématographiques d'expression française récents à la condition que le producteur renonce à céder à tout opérateur les droits de diffusion télévisuelle de ces films pour la diffusion par un service de paiement à la séance, avant et pendant la période au cours de laquelle Canal Plus peut mettre en œuvre l'exclusivité de la diffusion par abonnement.

Elle a enjoint par voie de conséquence la société Canal Plus de mettre son contrat type de préachat de droits exclusifs de diffusion télévisuelle en conformité avec l'injonction précédente, en modifiant notamment les articles 2, 6 et 7 de ce contrat type.

Une enquête a été diligentée afin de vérifier la bonne exécution de ces injonctions. Les conclusions n'en sont pas encore connues à ce jour.

- 98-D-76 du 9 décembre 1998 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du disque.

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société Polygram SA de supprimer de ses accords de coopération commerciale le passage rédigé dans les termes suivants : « D'autre part, ces conditions particulières de fonctionnement avec Polygram peuvent être mises en cause dès lors que vos magasins s'approvisionnent sur des produits Polygram par un autre canal que Polygram, car cet accord prévoit des relations particulières et privilégiées qui seraient donc en contradiction avec votre action. Polygram serait amené à arrêter de visiter vos magasins. Polygram peut à tout moment revenir sur ces conditions qui vous sont accordées, dès lors que l'offre commerciale ne sera pas correctement respectée et que les avantages consentis ne correspondront pas à notre attente » .

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés Sony Music Entertainment (France) et EMI France de supprimer dans leurs accords de coopération commerciale la clause d'approvisionnement exclusif. Enfin, il a été enjoint les sociétés Groupe Virgin Disques et BMG France de supprimer la clause subordonnant l'acceptation des retours d'inventus à un approvisionnement exclusif pour l'ensemble du catalogue.

Les sociétés concernées ont informé le ministre chargé de l'économie des modifications apportées à leurs conditions générales de vente et à leurs contrats de coopération commerciale qui sont désormais conformes.

- 98-D-77 du 15 décembre 1998 relative à une plainte émanant de l'Association du parc hôtelier de la périphérie de l'Aéroport de Paris Roissy-Charles-de-Gaulle (APHPAR) contre des pratiques mises en œuvre par Aéroports de Paris (ADP).

Par cette décision, le Conseil de la concurrence a enjoint ADP de faire, dans le délai d'un mois à compter de la notification de la décision, des propositions à l'APHPAR de nature à répondre à sa demande de signalisation des points d'arrêt des navettes desservant les hôtels de la périphérie de l'Aéroport de Paris Roissy Charles-de-Gaulle.

Une enquête effectuée en 1999 a permis de constater qu'ADP avait apposé la signalisation demandée.

- 98-D-81 du 21 décembre 1998 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'expertise des objets d'art et de collection.

Le Conseil a enjoint :

- la Chambre nationale des experts spécialisés en objets d'art et de collection (CNES) de supprimer de ses statuts la disposition relative à la dispense de motivation des refus d'admission ;

- la Compagnie nationale des experts spécialisés en livres, antiquités, tableaux et curiosités (CNE) de supprimer de son règlement intérieur les dispositions relatives à la limitation du nombre des spécialités par expert et à la dispense de motivation des décisions de refus d'admission ;

- le Syndicat français des experts professionnels en œuvres d'art et objets de collection (SFEP) de supprimer de ses statuts et de son règlement intérieur les dispositions relatives à la limitation du nombre des spécialités par expert, à la dispense de motivation des décisions de

refus d'admission, à l'obligation faite à ses membres d'adhérer à l'assurance de groupe souscrite par le syndicat, aux principes exposés au chapitre VII-1, selon lesquels sont interdites, sous peine de sanctions disciplinaires, certaines politiques tarifaires et le « démarchage » de la clientèle d'un autre expert, et au chapitre VIII-2, concernant, en cas de remplacement d'un expert par un autre, l'obligation d'informer le prédécesseur, de collaborer avec lui ou de lui consentir une compensation, et à la transmission à la CEDEA des informations concernant les refus de candidature ;

- l'Union française des experts spécialisés en antiquités et objets d'art (UFE) de supprimer de ses statuts et de son règlement intérieur les dispositions relatives à la dispense de motivation des décisions de refus d'admission et à la recommandation de s'adjoindre « par référence » d'autres experts du syndicat en cas d'expertise multiple ;

- la CNES, la CNE et le SFEP de ne plus communiquer les décisions de refus de candidature ou d'exclusion de membres aux autres organisations professionnelles.

Il a par ailleurs enjoint la CNES, la CNE, le SFEP et l'UFE d'adresser, dans un délai de deux mois à compter de sa notification, la copie de la présente décision à chacun de leurs adhérents.

Cette décision a été notifiée aux parties le 11 février 1999. A l'issue de l'enquête de vérification de la bonne exécution de ces injonctions, il est apparu que deux des syndicats en cause, le SFEP et l'UFE, n'avaient pas effectué toutes les modifications demandées. Une lettre d'avertissement leur a été adressée le 1^{er} décembre 1999. De nouvelles démarches vont être engagées afin de vérifier si les statuts et règlements intérieurs de ces deux organisations professionnelles sont désormais conformes.

4. Au titre de 1999, le Conseil de la concurrence a prononcé six décisions au fonds comportant l'injonction de modifier des clauses contractuelles ou de mettre fin à des comportements.

- 99-D-08 du 2 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Académie d'architecture dans le secteur du bâtiment et des travaux publics.

Le Conseil de la concurrence a enjoint l'Académie d'architecture de ne plus diffuser de série de prix comportant des valeurs de référence intégrant des valeurs moyennes et des coefficients forfaitaires relatifs aux coûts de main-d'œuvre, de fournitures ou de matériaux, aux frais de chantiers et frais généraux, ainsi qu'une marge bénéficiaire dont le pourcentage est prédéterminé.

Le premier président de la cour d'appel de Paris a prononcé par ordonnance un sursis à exécution de cette injonction. Par arrêt du 8 février 2000, la cour d'appel de Paris a enjoint l'Académie d'architecture de modifier la rédaction de l'ouvrage de la série centrale des prix en ce qu'elle ne devra plus contenir de valeurs de référence intégrant des valeurs moyennes et des coefficients forfaitaires relatifs aux différents coûts ou à la marge bénéficiaire dont le pourcentage est prédéterminée.

Une enquête a été diligentée afin de s'assurer de la bonne observation de l'injonction. Les conclusions n'en sont pas connues à ce jour.

- 99-D-22 du 23 mars 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par des entreprises de marbrerie funéraire de l'agglomération de Reims.

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés Pompes Funèbres du Tardenois, Pechenard, Traxler, Walter-Focant et Maily de s'abstenir d'élaborer, de diffuser et de pratiquer des barèmes établis en commun. L'enquête diligentée en 1999 a permis de constater que ces entreprises ont mis fin à ces pratiques.

- 99-D-45 du 30 juin 1999 relative à des pratiques constatées dans le secteur du jouet.

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société Mattel de mettre fin à des pratiques de prix imposés et de retirer de ses conditions de vente et de ses contrats de coopération commerciale toutes les clauses tendant à limiter la liberté tarifaire de ses distributeurs.

Une lettre a été adressée le 24 mars 2000 à la société Mattel pour lui demander de transmettre dans les meilleurs délais une copie des conditions de vente et des contrats de coopération commerciale modifiés conformément à la décision du Conseil.

La société Mattel a répondu à ce courrier par lettre du 18 avril : si elle a bien supprimé de ses conditions de vente et de ses contrats de coopération commerciale les clauses obligeant les distributeurs à respecter les lignes générales de sa politique commerciale (et pour les grossistes, à ne pas pratiquer une politique de prix susceptible de nuire à la société Mattel dans ses relations avec la clientèle) et les clauses interdisant aux grossistes de procéder à la rétrocession de leurs marchandises, la société Mattel a en revanche maintenu dans ses documents commerciaux la clause subordonnant le paiement des remises concernées à l'encaissement de toutes les factures échues sans aucun report d'échéance. Elle considère en effet que, dès lors que les deux autres clauses ont été supprimées, cette disposition n'est pas condamnable en elle-même.

Ce point va faire l'objet d'un examen détaillé et une enquête a été demandée afin de vérifier que la société Mattel avait mis fin effectivement à ces pratiques de prix imposés.

- 99-D-49 du 6 juillet 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires de biologie végétale Yves Rocher.

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société Yves Rocher de modifier la clause figurant à l'article 4-1 de son contrat de franchise en supprimant la référence à la communication de la liste des fournisseurs de matériels et équipements caractéristiques de la franchise Yves Rocher, de cesser de diffuser ladite liste, de cesser d'imposer aux franchisés de s'approvisionner exclusivement auprès du franchiseur en produits et matériels qui ne sont pas des outils indissociables du savoir-faire du franchisé et qui peuvent être décrits par des caractéristiques objectives, de diffuser aux franchisés la liste des produits et matériels pouvant être acquis auprès d'autres fournisseurs.

La société Yves Rocher a informé le ministre chargé de l'économie des mesures mises en œuvre afin d'exécuter ces injonctions. Yves Rocher a effectivement modifié la clause 4-1 de son contrat de franchise conformément à l'injonction du Conseil. En ce qui concerne la seconde injonction, Yves Rocher a incorporé un additif au livre des normes de 1997 pour avertir les franchisés que les fournisseurs de matériels cités ne sont pas obligatoires. S'agissant enfin de l'approvisionnement exclusif en matériels publicitaires, Yves Rocher a opéré un tri entre les produits qu'il estimait relever ou non de son savoir-faire, en fonction notamment des droits de propriété intellectuelle détenus sur ces matériels conçus spécifiquement pour l'enseigne Yves Rocher. Les mesures prises pour assurer le respect de la seconde injonction n'étant pas encore entièrement satisfaisantes, une lettre a été adressée à la société Yves Rocher le 10 avril 2000 pour lui demander de revoir ses propositions.

- 99-D-78 du 15 décembre 1999 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de la porcelaine de Limoges.

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société Raynaud de modifier, dans ses accords de distribution sélective, la clause réservant la commercialisation des porcelaines Raynaud aux « commerces traditionnels de produits de luxe ».

Un courrier a été adressé le 11 avril 2000 à la société Raynaud pour lui demander une copie de son contrat-type de distribution sélective modifié conformément à l'injonction du Conseil et les mesures prises pour informer ses revendeurs de la modification de la clause précitée.

- 99-D-85 du 22 décembre 1999 relative à des pratiques de la société Télévision Française 1 (TF1) dans le secteur de la production, de l'édition et de la publicité de vidéogrammes.

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société Télévision Française 1, d'une part, de supprimer, dans ses contrats de coproduction audiovisuelle, la clause réservant à une de ses filiales l'exclusivité des droits de reproduction sur vidéogrammes et, d'autre part, de cesser de

réserver à TF1 Entreprises un régime spécifique en matière de publicité télévisée de vidéogrammes. Une enquête est engagée afin de vérifier le respect de ces deux injonctions.

III. - L'EXÉCUTION DES SANCTIONS PÉCUNIAIRES

En application de l'article 16 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, les sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence sont recouvrées comme créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine. Ce recouvrement est confié à la Trésorerie générale des créances spéciales du Trésor, sise à Châtellerault.

Depuis la création de cette instance, mes services procèdent, dès réception de la décision du Conseil de la concurrence comportant des sanctions pécuniaires, à l'assignation du recouvrement auprès de la TGCST. Le montant de cette assignation est modifié lorsque la cour d'appel de Paris annule, réduit ou aggrave lesdites sanctions.

La TGCST m'a communiqué, au 31 décembre 1999, l'état des opérations de prise en charge et de recouvrement accomplies en exécution des décisions du Conseil.

S'agissant des sanctions prises en charge les années antérieures, leur montant net (prenant en compte les annulations, réductions, ou aggravations intervenues postérieurement à leur énoncé, soit 3,1 millions de francs), est de 46,3 millions de francs ; elles sont apurées à hauteur de 44,56 millions de francs, soit un taux de recouvrement de 96,2%.

Les sanctions prises en charge lors de l'exercice 1999 représentent, au 31 décembre 1999, un montant total de 72,559 millions de francs pour 46 sanctions. Les recettes pour l'année 1999 s'élèvent, à cette date, à 38,5 millions de francs. Le taux d'apurement ressortant du rapport de ces montants est de 53 %. Ce taux s'explique par la prise en charge en fin d'année de plusieurs sanctions significatives qui n'ont pas pu être recouvrées avant la fin de l'exercice.

*Le directeur général
de la concurrence, de la consommation
et de la répression des fraudes,
Jérôme Gallot
Annexe 124*

Index des décisions et avis par entreprise ou organisme

A

Abaque Immobilier (99-D-71)
Académie d'architecture (99-D-08)
Ad Valorem (99-D-36)
AFOPT (99-MC-04)
Agence Alp Azur (99-MC-10)
AGS Armorique (99-D-50)
Allied Signal Aftermarket Europe SA (99-D-52)
Alpan (99-D-30)
AMLF (99-D-34)
AOL Compuserve France (99-MC-11)
AOST (99-MC-04)
Ardial (99-A-03)
Ariane distribution (99-D-34)
Armoricaïne mécano-plastique (ARMEP) (99-D-64)
ART (99-A-13)
Assemblée plénière des sociétés d'assurances dommages (APSAD) (99-D-42)
Association Alpepo (99-D-23)

Association française de la télématique multimédia (AFTEL) (99-D-55)
Association française des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT) (99-D-37)
Asthrol (99-D-53)
Aubry Déménagements (99-D-50)
Auto pièces Nantais (99-D-31)
Autodistribution (99-D-31)
Automotor (99-D-52)
Autorex (99-D-52)
Autorité de régulation des télécommunications (ART) (99-D-55)
Auxiliaire d'entreprise (99-D-11)
Axima Centre (99-D-65)

B

Banque Transatlantique (99-D-81)
Bekaert (99-D-44)
Bernardaud (99-D-78)
Beylat (99-D-65)
Boiron (99-D-05)
Boots Healthcare (99-D-05)
Boutique Sign (99-D-66)
Bouygues Télécom (99-A-13)

C

Cabinet Duploux (99-D-43)
Cabinet Plichon (99-D-73)
Camif (99-D-67)
Campagne pour les pharmacies de France (99-D-39)
Canal Plus (99-D-60)
Carrefour France SAS (99-D-45)
Cegelec (99-D-11 ; 99-MC-11)
Centre d'étude des systèmes d'information hospitaliers (CESIH) (99-D-82)
Centre d'études techniques de l'équipement, laboratoire des Ponts et chaussées (99-D-43)
Centre national d'études spatiales (99-D-06)
CESAG et Mesnager (99-D-50)
Chaillan (99-D-13)
Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère (99-A-11)
Chambre syndicale typographique parisienne (CSTP) (99-D-41)
Charles de Filippis (99-D-65)
Charvet (99-D-84)
Chéfar-Ardeval (99-D-05)
Citel et Editions Montparnasse (99-D-85)
CLGB Routes (99-D-65)
Climespace (99-D-51)
Coca-Cola (99-A-14)
Cochery Chaussé (99-D-65)
Cofratel (99-D-73)
Coiro (99-D-65)
Colas Rhône-Alpes (99-D-65)
Comité des abonnés au câble de Metz (99-D-28)

Comité interprofessionnel du Livre parisien (CILP) (99-D-41)
Comité national contre le tabagisme (CNCT) (99-D-40)
Commission d'étude des activités du CESIH de Bourgogne (99-D-83)
Communauté urbaine de Lyon (99-D-65)
Compagnie d'assurances AXA (99-D-42)
Compagnie d'assurances AZUR (99-D-42)
Compagnie d'organisation des salons des professions (COSP) (99-D-23)
Compagnie générale d'entreprise automobile (CGEA) (99-D-42)
Concerto Vertical (99-D-23)
Confédération nationale des syndicats dentaires à l'encontre de M. Velpy (99-D-46)
Confédération syndicale du cadre de vie (CSCV) (99-D-15)
Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens dentistes de Haute-Savoie (99-D-46)
Conseil national des professions de l'automobile (CNPA) (99-D-17 ; 99-D-21)
Coopérative des pharmaciens d'Ile-de-France (99-D-05)
Corsabail (99-D-61)
Courteille (99-D-32)
Cristal Téléphonie (99-D-29)
Curty (99-D-65)

D

Darty (99-D-67)
Datapost (99-D-12)
DCM (99-D-18)
Demeco Roussel (99-D-50)
Déménagements Bertholom (99-D-50)
Déménagements Boulouard (99-D-50)
Denain Anzin Minéraux (DAM) (99-D-69)
Direct Price (99-D-07)
Dirickx (99-D-44)
Distri club médical (99-D-01)
Docteur Izarn (99-D-81)
Drexco (99-D-18)
Dumas (99-D-65)
Dynapost (99-D-12)

E

E. Leclerc (99-D-17)
E3S (99-D-18)
EDF (99-D-02 ; 99-D-38 ; 99-D-51 ; 99-D-59 ; 99-MC-09)
Emettel (99-D-14)
En toute sécurité (99-A-03)
Enalis (99-D-30)
Energie de Bigorre (99-MC-09)
Enrobés 35 (99-D-33)
Enrobés Rennes-Nord (99-D-33)
Entreprise Barthélemy et Pigeon (99-D-33)
Entreprise Béchamp-Lollier (99-D-16)
Entreprise Blondet Marius (99-D-65)
Entreprise d'Anthouard (99-D-16)

Entreprise David Déménagement (99-D-50)
Entreprise Holvec (99-D-16)
Entreprise Jean Lefebvre (99-D-33 ; 99-D-65)
Entreprise La Clôture (99-D-44)
Entreprise Rollin (99-D-16)
Eric Boulouard (99-D-50)
Etablissements Demonchaux (99-D-84)
ETPVA (99-D-65)
Etudalp (99-D-57)
Eurest (99-D-35)
EuroDisney SCA (99-D-45)
Eurofence (99-D-44)
Europe Etudes Gecti (99-D-57)
Europe Régies SA (99-D-03)
Europe Régies SA (99-D-04)
Eurovia grands projets et industries (99-D-65)
Evans (99-D-76)
Exaco (99-D-76)
Exacompta (99-D-32)

F

Federal Mogul (99-D-31)
Fédérale nationale des cinémas français (99-D-34)
Fédération des familles de France (99-D-24)
Fédération française des agences de presse (99-D-47)
Fédération française des industries du sport et des loisirs (FIFA) (99-D-23)
Fédération française des pétroliers indépendants (99-A-06)
Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) (99-D-68)
Ferodo Abex (99-D-31)
FID (99-D-50)
FNTV (99-A-11)
France rail publicité (99-D-75)
France Télécom Câble (99-D-28 ; D-56 ; D-29 ; D-37 ; D-55 ; D-79 ; 99-MC-02 ; MC-06 ; MC-08 ; MC-11)
France Télévision Publicité (99-D-60)

G

GAN (99-D-42)
Gantois (99-D-44)
Gauthey (99-D-65)
Geosys (99-D-06)
Gerland SA (99-D-65)
GIE Prop (99-D-30)
Giesper (99-D-11)
GMF (99-D-42)
Grillages Schertz (99-D-44)
Grolier Interactive Europe/Online Groupe (99-MC-06)
Groupe Espace quotidien (99-D-47)
Groupe Lasource SA (99-D-69)

Groupe Lippi (99-D-44)
Groupement des cartes bancaires (CB) (99-D-21)
Groupement des labellisés par l'assurance maladie (GLAM) (99-D-27)
Guerlin (99-D-24)

H

Haviland (99-D-78)
Heras Clôture France (99-D-44)
Héry (99-D-31)
Hexadis (99-D-30)
Home Shopping Service (99-D-77)

I

ICS France (99-D-79)
Infotel Martinique (99-D-66)
Institut national de la consommation (INC) (99-D-26)
Intégris (99-D-63)
IP RTV (99-D-03)

J

J.C. Systèmes (99-D-66)
Janssen-Cilag (99-D-05)
JBI (99-D-80)
Juin International Déménagements (99-D-50)

K

Kaolinière Armoricaïne (ex-SOKA) (99-D-69)
Kemper Freins (99-D-31)
Kendall Incontinence (ex-Alaune) (99-D-30)
Kinnevik (99-D-77)
Korff (99-D-39)

L

La Poste (99-D-12)
Laboratoire Chauvin (99-D-05)
Laboratoire du Dermophil Indien (99-D-05)
Laboratoire Lachartre (99-D-05)
Laboratoire Sarget Pharma (99-D-05)
Laboratoire Uργο (99-D-05)
Laboratoires 3 M Santé (99-D-18)
Laboratoires de biologie végétale Yves Rocher (99-D-49)
Laboratoires Upsa (99-D-05)
Le Golvan (99-D-50)
Les Meilleures Editions SA (99-D-41)
Lescoublet (99-D-50)
Lyonnaise communications (99-D-77)

M

M. Aymeric Werth (99-D-76)
M. Ballu Philippe (99-A-19)
M. Bauer Jean (99-D-64)
M. Berthelot (99-D-25)
M. Dechaintre (99-D-66)
M. Fischer Daniel (99-D-16)
M. Guillot Patrick (99-D-25)
M. Jannot Norbert (99-D-16)
M. Naudet (99-D-66)
M. Nicolas Alain (99-D-16)
M. Saint-Marcy (Procureur de la République – TGI de Tarbes) (99-D-74)
M6 Interactions et Télésopping (99-D-77)
M6 Publicité (99-D-60)
M6 (99-D-77)
MAAF Assurances (99-D-42)
McDonald's France (99-D-72)
Maia Sonnier SA (99-D-65)
Mattel France (99-D-45)
Mazza (99-D-65)
Médiaposte (99-D-12)
Médilis (99-D-30)
Médistore (99-D-18)
Microsoft (99-D-07)
Ministère de l'agriculture (99-D-06)
Mireille Esthétique SARL (99-D-49)
Monsanto France (99-D-05)
Mory (99-D-84)
Mullet (99-D-84)
Mutuelles du Mans (99-D-42)

N

NC NumériCâble (99-MC-01)
New Charmes (99-D-54)
NM Médical (99-D-18)
Novartis (99-D-05)
NRJ Régies (99-D-03)

O

Office technique du Sud-Ouest (99-D-57)
Orangina (99-A-14)
Organon (99-D-05)

P

Paramat (99-D-18)
Paris Distribution (99-D-45)
PBRK (99-D-77)
Péchenard (99-D-22)
Pernod Ricard (99-A-14)
Perrier TP (99-D-65)

Pharmacia & Upjohn (99-D-05)
Philips (99-D-67)
Phototelem SARL (99-D-55)
Planète Câble (99-MC-02 ; 99-MC-05)
Polyclinique Comiti (99-D-61)
Pompes funèbres du Tardenois (99-D-22)
Proteg (99-A-03)

R

Ragoucy (99-D-13)
Ramos (99-D-11)
Rayaud (99-D-78)
Régie autonome des transports parisiens (RATP) (99-D-42)
Reims Bio (SARL) (99-MC-03)
Renault Véhicules industriels (99-D-31)
Roche-Nicholas (99-D-05)
Rol Lister (99-D-33)

S

SA Concurrence (99-D-58 ; 99-D-67)
SA France Télécom (99-D-56)
SA Les Meilleures Editions (99-D-41)
SA Semavem (99-D-67)
Sacer (99-D-65)
Sagem (99-D-52)
Salon Assure-Expo (99-D-68)
Salons européens de Strasbourg (SES) (99-D-76)
Sarl Energie de Bigorre (99-D-02)
SARL Phototelem (99-D-55)
Sarl Walter-Focant (99-D-22)
Saviex-France (99-D-52)
SC Galec (99-D-45)
SCA Normande (99-D-45)
Scam travaux publics (99-D-11)
Scan Coupon (99-MC-07)
Schering SA (99-D-05)
SCI Perspectives Courrèges (99-D-62)
Scot Conseil (99-D-06)
SCR (99-D-65)
Screg Sud-Est (99-D-65)
Securitas AB (99-A-03)
SEMITAG (99-D-42)
SEPA (99-D-62)
Seribat (99-D-64)
Sesen (99-D-11)
SFR (99-A-13)
SIDEPA (99-D-64)
Silhouette International Schmied & Co. Kg (99-D-54)
SLTC (99-D-42)

Smith Kline Beecham Santé et Hygiène (99-D-05)
 SN Monin (99-D-65)
 SNCF (99-D-75)
 SNTL TP (99-D-65)
 Socat (99-D-11)
 Société « Campagne pour les pharmacies de France » (99-D-39)
 Société « Salons Européens de Strasbourg » (SES) (99-D-76)
 Société 3MCE (Quick) (99-D-72)
 Société Abaque Immobilier (99-D-71)
 Société anonyme d'économie mixte locale Energies Services Launemezan (99-D-59)
 Société Auto pièces Nantais (99-D-31)
 Société Autodistribution (99-D-31)
 Société auxiliaire d'entreprise (99-D-11)
 Société chimique routière (99-D-33)
 Société Cristal Téléphonie (99-D-29)
 Société de reconditionnement industriel de moteurs (99-D-52)
 Société des transports poitevins (99-D-42)
 Société d'études techniques et industrielles (99-D-57)
 Société du métro de Marseille (99-D-57)
 Société enrobés Rennes-Nord (99-D-33)
 Société La Garonne (99-D-11)
 Société M6 (99-D-77)
 Société ploërmelaise de friction industrielle (99-D-31)
 Société polyclinique Comiti (99-D-61)
 Sociétés d'études techniques et industrielles (99-D-57)
 Soeximex (99-D-52)
 Sofex (99-D-76)
 Sogea Sud-Ouest (99-D-11)
 Sogec Gestion (99-MC-07)
 Sogec Marketing (99-MC-07)
 Sogelerg Sogreah Sud-Ouest Ingénierie SNC (99-D-57)
 Solaronics Parocess (99-D-38)
 Solumedic Orkyn' (99-D-82)
 Solvay Pharma (99-D-05)
 Sonis (99-D-34)
 Sopreco (99-D-11)
 Sotema (99-D-06)
 Sud Communication SA (99-D-04)
 Sud-Loire Distribution (99-D-45)
 Syndicat départemental d'électricité (SDE) (99-A-19)
 Syndicat départemental d'électricité des Hautes-Pyrénées (99-D-74)
 Syndicat des correcteurs (99-D-41)
 Syndicat des négociant détaillants du Nord-Pas-de-Calais (99-D-84)
 Syndicat général du Livre et de la communication écrite (SGLCE) (99-D-41)
 Syndicat national des cadres et techniciens du Livre et de la communication (SNCTLC) (99-D-41)
 Syndicat national des entreprises de logistique de publicité directe (99-D-12)
 Syndicat professionnel Action de la coordination nationale des entreprises de télécommunications (ACNET) (99-D-56)

Télédiffusion de France (TDF) (99-D-14)
Télésélection (99-D-77)
Ténor (99-MC-08)
TF1 Publicité (99-D-60)
TF1 (99-D-85)
TGC de Filippis (99-D-65)
Theraplix (99-D-05)
Tison (99-D-50)
Tod Freinage (99-D-31)
Tournaux-Crosne-Pottier (99-D-84)
Transcatalogne Badie (99-D-50)
Transdev (99-D-42)
Transmontagne (99-MC-10)
Traxler (99-D-22)
Twinsys-Dataguard (99-D-63)

U

UGC distribution (99-D-34)
Union des transports publics (99-D-42)
Union fédérale des consommateurs du Val-d'Oise (99-D-35)
Union fédérale des consommateurs Que Choisir (UFC) (99-D-26, 99-D-40)

V

Vérimédia (99-D-60)
VFD (99-A-11)
Viafrance (99-D-33 ; 99-D-65)
Via-générale de transport et d'industrie (VIA-GTI) (99-D-42)
Vidal (99-D-68)

W

Worldcom (99-A-13)
Wyeth-Lederle (99-D-05)

Y

Yves Rocher (99-D-49)

Z

Zenecca-Pharma (99-D-05)

Annexe 125

INDEX DES DÉCISIONS ET AVIS PAR SECTEUR D'ACTIVITÉ

A

Agence de voyages (99-MC-10)
Alimentation énergie (99-D-51)
Ambulances (99-D-70)
Architecture (99-D-08)
Art contemporain (99-D-76)

Assainissement (99-D-11, 99-PB-01)
Assurance (99-D-42 ; 99-D-68 ; 99-D-70)
Assurance maladie (99-D-27)
Avocats (99-D-73)

B

Banques (99-D-61)
Béton prêt à l'emploi (99-D-48)
Bitume (99-A-21)
Boissons gazeuses sans alcool (99-A-14)
Bons de réduction (99-MC-07)
Briques (99-A-09)

C

Câble (99-D-03 ; 99-D-28 ; 99-MC-01 ; 99-MC-02 ; 99-MC-05)
Cantines de prisons (99-D-35)
Cartes bancaires (99-D-66)
Cartes postales (99-D-34)
Changes pour incontinents (99-D-30)
Charbon (99-D-84)
Climatisation (99-D-51)
Clôture (99-D-44)
Communication (99-D-14)
Consommation (99-D-26 ; 99-D-35)
Construction (99-D-13 ; 99-D-62 ; 99-D-64)
Coopératives de commerçants (99-A-18)
Cosmétique (99-D-49)
Crédit aux entreprises (99-D-61)

D

Déménagement (99-D-50)
Diffusion de chaînes de télévision (99-D-14)
Distributeurs de matériel médical (99-D-18)
Distribution alimentaire (99-D-72)
Distribution d'appareils médicaux (99-D-82)
Distribution de carburants (99-D-17)
Distribution de linge de maison (99-D-71)
Distribution de logiciels (99-D-07)
Distribution de montures de lunettes (99-D-54)
Distribution de produits cosmétiques (99-D-39)
Distribution de produits divers (99-D-77)
Distribution de produits électroniques grand public (99-D-58, 99-D-67)
Distribution papeterie (99-D-32)

E

Echangeurs thermiques (99-A-02)
Edition de vidéogrammes (99-D-85)
Édition et vente de matériel publicitaire (99-D-34)

Électricité (99-D-02 ; 99-D-38 ; 99-D-51 ; 99-D-59 ; 99-D-74 ; 99-MC-09)
Enrobés bitumineux (99-D-33)
Etudes de travaux publics (99-D-57)
Études spatiales (99-D-06)
Expertises judiciaires (99-D-15)
Expertise Média (99-D-50)
Exportation (99-D-52)

F

Fabrication de produits en céramique (99-D-69)
Fioul domestique (99-D-84)

G

Garnitures de freins (99-D-31)

I

Imprimerie de publications (99-D-41)
Informatique (99-D-27 ; 99-D-63 ; 99-D-83)
Internet (99-MC-11 ; 99-MC-06)
Isolants pour bâtiments (99-D-80)

J

Jouets (99-D-45)

K

Kaolin (99-D-69)

L

Laboratoires biologiques (99-D-49)
Lecteurs de cartes bancaires (99-D-65)
Logistique de publicité directe (99-D-12)

M

Marbrerie funéraire (99-D-22)
Marché des travaux (99-D-11 ; 99-D-13)
Marché du traitement des bons de réduction (99-MC-07)
Marchés publics d'électricité (99-A-19)
Matériel médical (99-D-01 ; 99-D-19 ; 99-D-20)
Médicaments (99-A-05)
Mutuelles (99-A-17)

O

Optique (99-D-54 ; 99-A-17)
Organisation de salons (99-D-23 ; 99-D-68 ; 99-D-76)

P

Parapharmacie (99-D-05)
Parfumerie de luxe (99-D-24)
Pétrole (99-A-06)
Pièces détachées automobiles (99-D-32 ; 99-D-52)
Polychlorure de vinyle (fabrication) (99-D-10)
Polychlorure de vinyle (négoce) (99-D-09)
Pompes funèbres (99-D-25)
Ponts et chaussées (99-D-43)
Ponts et chaussées (99-D-65)
Porcelaine de Limoges (99-D-78)
Presse (99-D-47)
Produits sanguins (99-MC-03)
Professions de l'automobile (99-D-17 ; 99-D-21)
Publicité (99-D-03 ; 99-D-04 ; 99-D-60 ; 99-D-85)

R

Ramassage des huiles usagées (99-D-53)
Remontées mécaniques (99-MC-10)
Restauration rapide (99-D-72)

S

Santé (99-D-83)
Secours informatique (99-D-63)
Sécurité électronique (99-A-03)
Services et conseils aux propriétaires de parcs automobiles (99-D-36)
Services télématiques (99-D-55)
Soins dentaires (99-D-46)
Sport et loisirs (99-D-23)

T

Tabac (99-D-40)
Télécommunications (99-D-29 ; 99-D-37 ; 99-D-55 ; 99-D-56 ; 99-A-10 ; 99-A-13 ; 99-MC-04 ; 99-MC-06 ; 99-MC-08 ; 99-MC-11 ; 99-MC-12)
Transferts de fonds (99-A-03)
Transfusion sanguine (99-MC-03)
Transport routier de marchandises (99-A-04)
Transport routier de voyageurs (99-A-11 ; 99-A-16)
Transports sanitaires (99-D-16 ; 99-D-70)
Travaux publics (99-D-62 ; 99-D-64)
Travaux routiers (99-A-21)
Tuiles (99-A-09)

V

Vidéogrammes (99-D-85)

Actes de procédure :

Voir Notification de griefs.

Rapport.

Procédure.

Action concertée :

Voir ententes.

Compétence :

Matérielle : 99-D-70.

Pratiques ne relevant pas du titre III : 99-D-64, 99-D-69, 99-D-72.

Rationae loci : 99-D-52.

Autres juridictions concernées : 99-D-36.

Contribution au progrès économique :

Voir Exemptions.

Droit communautaire :

Application : 99-D-52, 99-D-69.

Ententes :

Participants : 99-D-41, cour d'appel de Paris, 29 février 2000.

Ententes horizontales :

Echanges d'informations :

– sur les prix et les marges : 99-D-22, 99-D-70, 99-D-84 ;

– avant la remise des offres : 99-D-11, 99-D-13, 99-D-57, 99-D-64.

Entraves à l'accès au marché : 99-D-51, 99-D-85.

Etablissement et diffusion de tarifs, prix ou indicateurs : 99-D-08.

Exclusion de marchés : 99-D-01, 99-D-68.

Groupements d'entreprises : 99-D-11, 99-D-16, 99-D-62.

Organisations professionnelles : 99-D-08, 99-D-70, 99-D-84.

Répartition de marchés : 99-D-50, 99-D-70.

Ententes verticales :

Distribution :

– application des CGV et accords de coopération commerciale : 99-D-31 ;

– clause d'approvisionnement exclusif : 99-D-34, 99-D-85 ;

– clause de non-concurrence : 99-D-32 ;

– distribution sélective : 99-D-78 ;

– franchise : 99-D-01, 99-D-49 ;

– entente de prix : 99-D-18, 99-D-19.

Exemptions (art. 10) :

Contribution au progrès économique : 99-D-51.

Franchise :

Voir Ententes verticales.

Injonctions :

De prendre certaines mesures : 99-D-45, 99-D-49, 99-D-78, 99-MC-01, 99-MC-09, 99-MC-10.

De s'abstenir de certaines pratiques : 99-D-08, 99-D-22, 99-D-45, 99-D-85.

Irrecevabilité :

Absence d'éléments probants : 99-D-02, 99-D-05, 99-D-17, 99-D-21, 99-D-23, 99-D-55, 99-D-60, 99-D-61, 99-D-67, 99-D-71, 99-D-80.

Champ de compétence : 99-D-04, 99-D-16, 99-D-36, 99-D-54, 99-D-66, 99-D-69, 99-D-72.

Marché :

Définition : 99-D-14, 99-D-44, 99-D-20, 99-D-32, 99-D-45, 99-D-51, 99-D-59, 99-A-02, 99-A-03, 99-A-09, 99-A-13, 99-A-14.

Voir également Entraves à l'accès au marché, Répartition de marché, Marchés publics ou privés.

Marchés publics ou privés :

Voir Ententes.

Mesures conservatoires :

Conditions réunies :

- atteinte aux intérêts de l'entreprise saisissante : 99-MC-01, 99-MC-03, 99-MC-09 ;
- atteinte aux secteurs ou aux intérêts des consommateurs : 99-MC-06, 99-MC-07, 99-MC-10.

Conditions non réunies :

Absence d'atteinte grave et immédiate : 99-MC-02, 99-MC-04, 99-MC-08, 99-MC-11, 99-MC-12.

Non-lieu :

Sur proposition de non-lieu à poursuivre la procédure : 99-D-09, 99-D-15, 99-D-19, 99-D-22, 99-D-44, 99-D-52, 99-D-59, 99-D-63, 99-D-72, 99-D-76.

Notification de griefs :

Destinataires : 99-D-50.

Position dominante :

Définition : 99-D-14, 99-D-20, 99-D-32, 99-D-45, 99-D-85.

Abus :

- refus d'achat : 99-D-59 ;
- entraves à l'accès au marché : 99-D-14, 99-D-51, 99-D-85.

Prescription (art. 27) : 99-D-50.

Preuve :

Simple parallélisme de comportement : 99-D-10, 99-D-48, 99-D-62, 99-D-65.

Etablissement :

- valeur probante des documents : 99-D-65 ;
- faisceau d'indices : 99-D-01, 99-D-11, 99-D-31 ;

Prix abusivement bas : 99-PB-01.

Procédure :

Régularité de l'enquête administrative :

- mise en œuvre de l'article 48 : 99-D-11 ;
- validité des procès-verbaux : 99-D-14, 99-D-33, 99-D-44, 99-D-62, 99-D-65, 99-D-84.

Régularité de la procédure devant le Conseil :

- actes de procédure : *voir* Notification de griefs, Rapport ;
- consultation du dossier : 99-D-11 ;
- durée : 99-D-50 ;
- séance : 99-D-08, 99-D-44, 99-MC-06.

Rapport :

Contenu et pièces annexes : 99-D-14.

Ministre intéressé : 99-D-21.

Saisine :

Auteur : 99-D-25, 99-D-28.

Champ de la saisine : *voir aussi* Injonctions : 99-D-01.

Sanctions :

Domage à l'économie :

- durée des pratiques : 99-D-41, 99-D-45 ;

– effets structurels : 99-D-51.

Etendue des effets sur l'économie :

– secteur ou opérateurs concernés : 99-D-11, 99-D-22, 99-D-45 ;

– montant des marchés : 99-D-01, 99-D-57.

Gravité des faits :

– ampleur de la concertation :

– nature de la pratique : 99-D-11, 99-D-13, 99-D-22 ;

– intention des auteurs : échec à une consultation : 99-D-51 ;

– pouvoir d'influence des auteurs : 99-D-08, 99-D-11, 99-D-45, 99-D-51, 99-D-78, 99-D-85 ;

– nature du marché : 99-D-11, 99-D-14, 99-D-85.

Situation de l'entreprise :

– situation juridique : voir Continuité : 99-D-11 ;

– chiffre d'affaires : 99-D-11, 99-D-50.

Publication des décisions : 99-D-14, 99-D-50, 99-D-51.

NOTE (S) :

(1) Le Conseil, en effet, depuis l'arrivée d'un troisième vice-président, comporte une section supplémentaire, la section IV.

(2) Cour de cassation (ch. comm., fin. et éco.), 6 avril 1993, n° 1465, bull. n° 4, p. 99.

(3) Annexes n°s 11, 23, 43, 61, 73, 76, 79.

(4) Annexes n°s 9, 12, 24, 28, 30, 62, 63, 67, 68, 74, 78, 87.

(5) Annexes n°s 32, 35, 88.

(6) Annexes n°s 34, 81, 90.

(7) Annexes n°s 16, 22, 25, 26, 51, 59, 66, 70, 79, 83.

(8) Annexes n°s 33, 37, 42, 50, 53, 65.

(9) Annexes n°s 26, 27, 38.

(10) Annexes n°s 15, 20, 29, 37, 61.

(11) Annexes n°s 18, 20, 48, 64, 91.

(12) Annexes n°s 15, 29, 52, 77, 85.

(13) Annexe n° 56.

(14) Annexes n°s 21, 57, 58, 77.

(15) Annexe n° 55.

(16) Annexes n°s 94, 96, 97, 100, 103, 104.

(17) Annexes n°s 93, 95, 98, 99, 101, 102.

(18) BOCCRF du vendredi 29 janvier 1999, page 41.

(19) BOCCRF du vendredi 29 janvier 1999, page 39.

- (20) BOCCRF du vendredi 26 février 1999, page 79.
- (21) BOCCRF du jeudi 3 juin 1999, page 293.
- (22) BOCCRF du mercredi 12 mai 1999, page 254.
- (23) BOCCRF du mercredi 12 mai 1999, page 253.
- (24) BOCCRF du mardi 27 juillet 1999, page 385.
- (25) BOCCRF du mercredi 25 août 1999, page 455.
- (26) BOCCRF du samedi 30 octobre 1999, page 619.
- (27) BOCCRF du jeudi 14 octobre 1999, page 562.
- (28) BOCCRF du mardi 30 novembre 1999, page 656.
- (29) BOCCRF du mardi 30 novembre 1999, page 655.
- (30) BOCCRF du mercredi 25 août 1999, page 439.
- (31) BOCCRF du mercredi 25 août 1999, page 447.
- (32) BOCCRF du samedi 30 octobre 1999, page 622.
- (33) BOCCRF du 18 février 2000, page 61.
- (34) BOCCRF du mardi 16 février 1999, page 63.
- (35) BOCCRF du vendredi 18 février 2000, page 66.
- (36) BOCCRF du vendredi 18 février 2000, page 71.
- (37) BOCCRF du 11 décembre 1999, page 686.
- (38) BOCCRF du samedi 20 mars 1999, page 97.
- (39) BOCCRF du 27 avril 1999, page 164.
- (40) BOCCRF du 31 janvier 2000, page 12.
- (41) Non publié au BOCCRF.
- (42) BOCCRF du 14 octobre 1999, page 564.
- (43) BOCCRF du 26 juin 1995, page 83.
- (44) BOCCRF du 11 décembre 1999, page 685.
- (45) BOCCRF du 18 février 2000, page 65.
- (46) BOCCRF du 26 février 1999, page 81.
- (47) BOCCRF du 29 janvier 1999, page 38.
- (48) BOCCRF du 22 juin 1999, page 327.

- (49) BOCCRF du 26 septembre 1999, page 529.
- (50) BOCCRF du 27 juillet 1999, page 383.
- (51) BOCCRF du 31 août 1999, page 491.
- (52) BOCCRF du 18 février 2000, page 61.
- (53) BOCCRF du 31 janvier 2000, page 12.
- (54) BOCCRF du 7 mars 2000, page 133.
- (55) BOCCRF du 21 avril 2000, page 245.
- (56) BOCCRF du 18 février 2000, page 65.
- (57) BOCCRF du 26 février 1999, page 81.
- (58) BOCCRF du 27 juillet 1999, page 385.
- (59) CJCE, affaire 14-68, Walt Wilhelm et autres c/ Bundeskartellamt, 13 février 1969.
- (60) Cour appel de Paris (1^{re} ch. conc.), 14 février 1995, Soc. Auto DLC et autres, BOCCRF du 10 mars 1995, p. 67.
- (61) Cour de cassation (ch. comm., écon. et fin.) 3 mai 1995, Soc. L'Entreprise industrielle, bull. n° 5, mai 1995, p. 115.
- (62) Cour d'appel de Paris, société Lilly France, 6 mai 1997, BOCCRF du 11 juin 1997, p. 404.
- (63) Annexe n° 108.
- (64) Annexe n° 109.
- (65) Annexe n° 114.
- (66) Annexe n° 119.
- (67) Annexe n° 108.
- (68) Annexe n° 109.
- (69) Annexe n° 114.
- (70) Annexe n° 108.
- (71) Annexe n° 109.
- (72) Annexe n° 114.
- (73) Annexe n° 108.
- (74) Annexe n° 108.
- (75) Annexe n° 109.
- (76) Annexe n° 114.

- (77) Annexe n° 119.
- (78) Annexe n° 112.
- (79) Annexe n° 116.
- (80) Annexe n° 121.
- (81) Annexe n° 122.
- (82) Annexe n° 123.
- (83) Annexe n° 124.
- (84) Annexe n° 125.
- (85) Annexe n° 107.
- (86) Annexe n° 115.
- (87) UMTS : Universal Mobile Telecommunications Systems.
- (88) Annexe n° 115.
- (89) Annexe n° 111.
- (90) Annexe n° 110.
- (91) Annexe n° 106.
- (92) Modifié par les décrets n° 88-479 du 2 mai 1988 (*Journal officiel* du 3 mai 1988), n° 95-916 du 9 août 1995 (*Journal officiel* du 17 août 1995) et n° 97-538 du 26 mai 1997 (*Journal officiel* du 29 mai 1997).
- (93) *BOCCRF* des 11 mai 1988, 29 décembre 1990, 15 août 1992 et 13 février 1993.
- (94) Le code de la propriété intellectuelle a été promulgué par une loi du 1^{er} juillet 1992. Il ne s'applique donc pas aux faits exposés.
- (95) Président du Syndicat de la presse parisienne.
- (96) Secrétaire général du CILP en 1992.
- (97) Un « service » correspond à un emploi posté.
- (98) L'article L. 34-2 du code des postes et télécommunications prévoit que « *la fourniture au public des services de télécommunications autres que le service téléphonique est libre sous réserve du respect des exigences essentielles et des prescriptions relatives à la défense et à la sécurité publique. Toutefois, ce services sont soumis à autorisation dans les cas prévus à l'article L. 34-3 et à déclaration dans le cas prévu au premier alinéa de l'article L. 34-4 (...)* ». L'article L. 34-3 concerne les fréquences hertziennes et l'article L. 34-4 les réseaux câblés.
- (99) Aux termes de la décision n° 98-75 du 3 février 1998 de l'ART, les numéros spéciaux sont attribués par l'Autorité pour des services d'intérêt collectif gratuits ou certains services opérateurs directement liés à l'exploitation du réseau (dérangement, SAV) à faible coût pour

l'utilisateur final. Certains numéros spéciaux sont également attribués à des services d'intérêt général sur demande du département ministériel compétent. Il s'agit des numéros de série 30 PQ et 31 PQ.

(100) UTC : Unité télécom carte dont la valeur est fixée en 011 au tarif de France Télécom.

(101) UTP : Unité télécom publiphone dont la valeur est fixée en B40320 au tarif de France Télécom.

(102) Pour l'année 1999 : décision n° 98-982 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 23 novembre 1998.

(103) L'embouteillage consiste à réaliser des boissons à partir de sirops ou de concentrés (les sirops étant un mélange de concentrés et de sucre, voire de caféine) en ajoutant à ces produits de l'eau et du gaz carbonique. En général, les embouteilleurs assurent également la distribution des boissons qu'ils produisent.

(104) Cette opération a été autorisée par la Commission des Communautés européennes, celle-ci ayant notamment considéré que : « *Eu égard aux circonstances particulières du présent cas d'espèce, il n'est pas possible d'opérer une distinction suffisamment claire entre les possibilités qui découleraient directement du projet et celles qui existent déjà dans la structure actuelle de CCSB pour conclure que l'opération proposée renforce la position dominante de CCSB sur le marché des colas en Grande-Bretagne au sens de l'article 2 du règlement sur les concentrations* » (décision du 22 janvier 1997 n° IV/M794 publiée au *Journal officiel des Communautés européennes* du 9 août 1997).

(105) Arrêt rejetant le recours en annulation formé par TCCC à l'encontre de l'arrêté ministériel du 17 septembre 1998 enjoignant à cette société de ne pas donner suite à son premier projet d'acquisition des actifs du groupe Pernod Ricard relatif aux boissons « Orangina » en ce qui concerne le territoire français.

(106) Il s'agit de la société Corse Boissons, seule entreprise française embouteillant et distribuant des boissons du groupe Coca-Cola à ne pas être une filiale de CCE.